

T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Doktora Tezi

**HAKSIZLIK İÇERİĞİNDEKİ AZLIĞIN
CEZALANDIRMA ÜZERİNDEKİ ETKİSİ**

Yasemin BABA
2502110139

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İSTANBUL 2017



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : YASEMİN BABA Numarası : 2502110139
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : KAMU HUKUKU Danışmanı : PROF.DR.ADEM SÖZÜER
Tez Savunma Tarihi : 09.03.2017 Saati : 12:00
Tez Başlığı : HAKSIZLIK İÇERİĞİNDEKİ AZLIĞIN CEZALANDIRILMA ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.ADEM SÖZÜER		Kabul
2- PROF.DR.İZZET ÖZGENÇ		Kabul
3- PROF.DR.ALİ KEMAL YILDIZ		Kabul
4- YRD.DOÇ.DR.SELMAN DURSUN		Kabul
5- YRD.DOÇ.DR.SERDAR TALAS		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.AHMET GÖKÇEN		
2- YRD.DOÇ.DR.BATUHAN BAYTAZ		

ÖZ

HAKSIZLIK İÇERİĞİNDEKİ AZLIĞIN CEZALANDIRMA ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Yasemin BABA

“Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi” başlıklı çalışmamızda esas itibarıyla; cezaya meşruiyet kazandıran ve ceza hukukunun diğer tüm kurumlarının temel bağlama noktası olan “haksızlık (Unrecht)” kavramı ele alınmıştır. Hukuk felsefesinin de inceleme sahasında dahil olan ve niceliksel bir yapıya sahip olması sebebiyle cezanın belirlenmesi sürecinde de temel faktörlerden olan haksızlık, öncelikle genel ceza hukuku teorisindeki yeri açısından inceleme konusu edilmiştir. Haksızlığın içerik olarak suçun unsurları arasında yer alan bütün faktörlerden etkilenebilmesi sebebiyle, çalışmamız özellikle hırsızlık suçu örneğinden hareketle ve “değer azlığı” kriteriyle bağlantılı hususlarla sınırlanmıştır. Ayrıca haksızlık seviyesi düşük suçların ceza yargılama sistemi açısından yarattığı yükü hafifletebilmek adına muhakeme hukukunda alınabilecek önlemler de karşılaştırmalı hukuk metoduna bağlı kalınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELEER: Haksızlık, ceza hukuku, suçun unsurları, değer azlığı, hırsızlık, cezalandırma, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları.

ABSTRACT

THE EFFECT OF SCARCITY WITHIN INJUSTICE ON PENALTY

Yasemin BABA

Our study titled “The Effect of Scarcity within Injustice on penalty” examines principally; the concept of “injustice” (Unrecht) which justifies the penalty and which is the basic referring point of all other institutions of criminal law. Injustice is made the subject of examination based principally on its place in the theory of general criminal law and also which is one of the fundamental factors of penalty decision process as it has a quantitative character and which is also included in the examination field of the philosophy of law. As injustice is affected substantially by all factors taking place among the elements of the crime, our study has been limited by the elements related to the criteria of “lowness of value” and taking into consideration especially the felony of theft. Besides, in order to decrease the load of felonies with low injustice levels on the criminal justice system, the measures to be applied on procedural law are explained based on comparative law method.

KEYWORDS: Injustice, criminal law, elements of the crime, lowness of value, theft, penalty, alternative dispute resolution.

ÖNSÖZ

Haksızlık, pek çok açıdan ceza hukukunun merkezine konumlandırılmayı hak eden bir kavramdır. Her şeyden önce, fiilin sosyoetik bir değersizlik ifade ettiğini ortaya koyarak faile verilecek cezaya meşruiyet kazandırmaktadır. Diğer taraftan ceza hukukunun diğer bütün kurumlarının incelenmesi bir haksızlığa bağlı olarak gerçekleşebilir. Örneğin; meşru müdafaa, teşebbüs, iştirak gibi kurumlar diğer unsurlarından önce bir haksızlığın tespitini gerektirir. Ayrıca haksızlık, kusur gibi niceliksel bir yapıya sahip olması sebebiyle cezanın belirlenmesi üzerinde de etki sahibi olan temel faktörlerdendir. Bazı fiiller (kabahatler) yapısal özellikleri gereği hafif seviyede haksızlıklar ifade ettikleri için daha başlangıçtan ceza kanunları dışında bırakılmış olsalar da; ceza kanunlarında yer alan bazı suç tipleri de tamamen somut olaydaki işleniş tarzları sebebiyle hafif haksızlıklar ortaya koyabilmektedirler. Bu tip durumlarda haksızlık o denli azalmıştır ki sosyoetik değersizliği bütünüyle ortadan kalkmasa da ceza hukuku gibi sert bir müdahale aracının kullanılmasını gereksiz kılacak, yargılama sürecinde sarf edilecek emek ve gayrete değmeyecek hale gelmiştir. Roma hukukunda yer alan “*minima non curat praetor* (hakim küçük/basit şeylerle uğraşmaz)” kuralı da mahkemeler önüne getirilecek haksızlıkların belli bir filtreden geçirilmesinin kadim bir ihtiyaç ve zorunluluk olduğunu göstermektedir.

Bu çalışmada özellikle hırsızlık suçu (ve kısmen zimmet) örneğinden hareketle ve “değer azlığı” kriterine bağlı olarak haksızlık içeriğindeki azalmanın cezalandırma üzerindeki etkileri incelenmeye çalışılmıştır. İşlenen suçun taalluk ettiği değere nazaran faile verilen cezanın yüksek kaldığı durumlarda adalet duygusunda yaşanan sarsılma, ağır bir suçun cezasız kalması kadar tahripkar olabilmektedir. Basına yansıyan olayların aktarılış şekli itibarıyla belli ölçüde ajitasyon içerdiği, kimi zaman tam olarak doğru bilgilere dayanmadığı kabul edilse bile maddi hukukun bu tip istenmeyen sonuçları engelleyecek bir donanıma sahip olması gerekir. Ayrıca haksızlık seviyesi düşük suçların ceza yargılama sistemi açısından yarattığı yükü hafifletebilmek adına muhakeme hukukunda da bir takım önlemler alınmalıdır. Her şeyden önemlisi de benimsenen uygulamalar, değişken

duygusal kanaatlere değil rasyonel ve öngörülebilir bir zemine oturmalıdır. Bu sebeple çalışmada haksızlık içeriğindeki azığın cezalandırma üzerindeki etkileri olan ve olması gereken hukuk açısından irdelenmeye çalışılmıştır.

Haksızlık gibi pek çok açıdan ceza hukukunun merkezinde yer alan bir konuyu, üstelik de (Türk ve Alman ceza hukuku bağlamında) karşılaştırmalı hukuk yöntemiyle inceleme gayretini ifade eden bu çalışma, büyük ölçüde saygıdeğer hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Adem SÖZÜER'in cesaretlendirici ve teşvik edici tutumundan kuvvet almıştır. Kendisi, bütün konuların uygun bir şekilde sınırlandırıldığında ve karmaşık noktalarından ayıklandığında açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulabileceğini her görüşmemizde tekrar etmiştir. Ayrıca bu satırların yazarı da hukuk uygulaması içinde yer alan herkes gibi “ciddi suçların failleri dururken”, özellikle de çocukların “basit suçlar için” travmatik adli süreçlere ve ağır yaptırımlara maruz bırakıldığı algısının tamir edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu algı çoğunlukla basının belli ölçüde ajite ettiği olaylara dayanmakla birlikte, mevcut durum bizi hem teorik düzlemde elimizde bulunan kanunların yeterliliğini hem de uygulamacıların bu kanunları tatbik şeklini sorgulamaktan alıkoymamalıdır. Çalışmamız bu yöndeki çabalara küçük bir katkı olma gayretinin ifadesidir.

Bu tezin hazırlanması sırasında, yoğun ve yorucu iş temposuna rağmen, bana daima zaman ayıran, desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen, ufuk açıcı sohbetlerine çok şey borçlu olduğum danışmanım Prof. Dr. Adem SÖZÜER'e; çalışmalarımın Almanya-Giessen'de yürütülen kısmı boyunca yol gösterici ve aydınlatıcı önerilerinden yararlanmama imkan sağlayan ve karşılaştığım tüm sorunlarda bana yardımcı olan Prof. Dr. Walter GROPP'a; yabancı dildeki kaynaklara ulaşmamı sağlayan sevgili arkadaşım İpek'e, “Bilim İnsanı Destekleme Programı” çerçevesinde hem yüksek lisans hem de doktora eğitimim boyunca çalışmalarına destek veren TÜBİTAK'a çok teşekkür ederim.

Ayrıca bu çalışmanın, ilk satırlarının yazılmaya başlandığı günden beri yaklaşık dört senedir zorunlu olarak mesleki serüvenimize de eşlik ettiğini ve yazarıyla birlikte ülkenin birbirinden güzel şehirlerini gezdiğini de buraya not

düşmek isterim. Çeşitli zorluklarla dolu olan tüm bu süreçte mekanlar ve etrafımızdaki insanlar değişirken, değişmeyen tek şey zor zamanlarımda ailemin bana karşı gösterdiği sabır, anlayış ve özveri olmuştur. Bu sebeple son söz olarak burada sevgili aileme minnet, şükran ve teşekkürlerimi iletmeyi bir borç bilirim.

İstanbul, 2017

Yasemin BABA

yaseminbaba@hotmail.com

yasemin.baba@adalet.gov.tr

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK KAVRAMI

I. HAKSIZLIK KAVRAMI	5
A. Kavram Üzerine	5
1. Genel Olarak	5
2. Haksızlığın Temellendirilmesi Üzerine Görüşler	6
3. Suç Teorisi İçinde Haksızlık Kavramı	15
4. Haksızlık ve Tipiklik İlişkisi.....	19
B. Hareket Teorilerinin Tarihsel Gelişimi ve Haksızlığın Tespitine Yönelik Görüşleri.....	21
1. Doğal Hareket Teorisi (Klasik Suç Teorisi).....	23
2. Geçiş Süreci (Neoklasik Teori).....	25
3. Gai Hareket Teorisi (Finalist Suç Teorisi).....	26
a. Welzelci Finalizm.....	26
b. Radikal Finalist Görüş	32
c. Objektif İsnadiyet Teorisinin Etkileri	37
4. Sosyal Hareket Teorisi	40
5. Sonuç ve Görüşümüz	41
II. HAKSIZLIĞIN HUKUKA AYKIRILIK İLE İLİŞKİSİ VE TÜRLERİ.....	44
A. Hukuka Aykırılık ve Haksızlık Arasındaki İlişki.....	44
1. Bağlantı Noktaları	44
2. Yapısal Farklılıkları	46

3. Maddi ve Şekli Hukuka Aykırılık Kavramları.....	51
B. Ceza Hukukunda Haksızlık Kategorileri.....	61
1. Haksızlıkların Tasnifi ve Bu Tasnifin Dayanağı.....	61
2. Türk ve Alman Hukukundaki Durum	69
3. Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi	72
III. CEZA HUKUKUNDA HAFİF SUÇ KAVRAMI.....	75
A. Kavram Üzerine	75
1. Maddi Ceza Hukuku Açısından Hafif Suç.....	75
2. Kriminolojik Açından Hafif Suçluluk.....	79
B. Hafif Suçluluğa Yönelik Muamele Tarzı	84

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZLIĞIN İÇERİĞİNİ BELİRLEYEN VE

ETKİLEYEN HALLER

I. HAKSIZLIĞIN İÇERİĞİNİ BELİRLEYEN TEMEL ÖLÇÜTLER.....	92
A. Korunan Hukuki Değer	93
1. Hukuki Değer Kavramı	93
2. Hukuki Değerler Arasındaki Hiyerarşi	98
B. İhlalin Yoğunluğu.....	100
1. Aynı Hukuki Değere Yönelik Farklı Seviyede İhlaller	100
2. Haksızlık İçeriğine Bağlı Cezalandırma Eşiği Tartışması	103
a. İhlalin Önemsizliği	104
b. İhlalin Cezaya Layık Olması.....	114
(1) Cezaya Layıklık Kavramı ve Bu Kavramın Hukuki Niteliği	114
(2) Cezaya Muhtaçlık ile İlişkisi	122
3. Sonuç ve Görüşümüz	125
C. Haksızlığın Gerçekleştirilme Şekli.....	130
1. Kasten ve Taksirle İşlenen Fiiller	130
2. Teşebbüs Aşamasında Kalmış ve Tamamlanmış Suçlar.....	133
3. İhmali ve İcrai Fiiller	137
4. İştirak Statüleri: Failik ve Şeriklik	139

5. Nitelikli Haller	141
6. Fiilin İşlenişinden Kaynaklanan Diğer Özellikler.....	145

II. CEZALANDIRMAYI ETKİLEYEN DİĞER HALLER..... 151

III. SOSYAL UYGUNLUK VE ÖRF-ADET KAVRAMLARININ HAKSIZLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ 155

A. Sosyal Uygunluk Teorisi	156
1. Ortaya Çıkışı, Hukuki Niteliği ve Fonksiyonu	156
a. Tarihsel Gelişimi ve Kapsamı	156
b. Sosyal Uygunluk Kavramının Hukuki Niteliği ve Fonksiyonu	161
2. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler.....	170
3. Sonuç ve Görüşümüz	182
B. Örf-Adetin Haksızlık Üzerindeki Etkisi.....	184

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM FİİLİN HAKSIZLIK İÇERİĞİNİN AZALDIĞI HALLERE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

I. MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA DEĞER AZLIĞI 191

A. Türk Hukukundaki Durum	191
1. Tarihsel Gelişim	194
2. Ceza Kanunlarında Değer Azlığı Düzenlemeleri.....	203
3. Değer Azlığının Belirlenmesi	222
4. Nitelikli Haller ve Kullanma Hırsızlığında Değer Azlığı	227
5. Suçun Özel Görünüş Biçimlerinde Değer Azlığı.....	231
6. Daha Az Cezayı Gerektiren Diğer Haller	234
B. Alman Hukukundaki Durum	236
1. Değer Azlığı Düzenlemesi ve Tarihsel Gelişimi	236
2. Değer Azlığının Tespiti.....	239
3. Uygulamanın Kapsamı ve Nitelikli Haller.....	245
4. Değer Azlığında Hata ve Suçun Özel Görünüş Biçimleri	251

II. ZİMMET SUÇUNDA DEĞER AZLIĞI 253

A. Türk ve Alman Hukukundaki Durum	253
--	-----

B. Uygulama ve Görüşümüz	259
III. HAKSIZLIK İÇERİĞİNDEKİ AZLIĞIN MUHAKEME HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	263
A. Türk Hukukundaki Durum	263
1. Mevcut Yasal Olanaklar	266
2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Dair Karar	271
B. Alman Hukukundaki Yaklaşım Tarzı	275
1. StPO § 153'te Yer Alan Düzenleme	276
2. StPO § 153a'da Yer Alan Düzenleme	280
3. Eleştiriler ve Sağlanan Verim	284
SONUÇ	289
KAYNAKÇA	304
ÖZGEÇMİŞ	331

KISALTMALAR LİSTESİ

A.e	: Aynı eser
AE	: Alternative Entwurf (Alternatif Tasarı)
a.f.	: Alte Fassung (eski düzenleme)
a.g.e.	: Adı geçen eser
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AT	: Allgemeiner Teil (Genel Hükümler)
Aufl.	: Auflage (Bası)
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AvStGB	: Avusturya Ceza Kanunu
A.y.	: Yazara ait son zikredilen yer
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BayObLG	: Bayerisches Oberstes Landesgericht (Bayern Yüksek Eyalet Mahkemesi)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Federal Mahkeme Ceza Daireleri Kararları)
Bkz.	: Bakınız
BK	: Bankacılık Kanunu
bs.	: Bası
BverfG	: Bundesverfassungsgericht (Federal Anayasa Mahkemesi)
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMİYAT	: Ceza Muhakemesinde İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (mülga)
Çev.	: Çeviren

ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DDR	: Deutsche Demokratische Republik
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
DRİZ	: Deutsche Richterzeitung
Ed.	: Editör
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Haz.	: Hazırlayan
HCK	: Hırvat Ceza Kanunu
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau
JURA	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
Khuka	: Kamu Hukuku Arşivi
KK	: Kabahatler Kanunu
KritV	: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KYTK	: Karayolları Trafik Kanunu
md.	: Madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NSZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OECD	: Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
OLG	: Oberlandesgericht
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
StGB	: Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu)
StPO	: Strafprozessordnung (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu)

SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Projesi
v.d.	: ve diğerleri
y.y.	: Yüzyıl
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZIS	: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	: Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

GİRİŞ

Haksızlık, ceza hukukundaki merkezi konumuna rağmen Türk hukukunda özellikle uygulamanın yabancı olduğu bir kavramdır. Haksızlık her şeyden önce fiilin sosyoetik bir değersizlik ifade ettiğini belirterek, faile uygulanacak cezai yaptırıma meşruiyet kazandırır. Bu yönü itibarıyla daha çok hukuk felsefesinin dikkatini çekmiş bir konu olsa da ceza hukukuna da bütünüyle yabancı değildir. Nitekim çalışmamızda kavrama ilişkin genel bilgilerden sonra, -hukuk felsefesi yönünden yeni bir tespit ya da değerlendirmede bulunulmaksızın- haksızlığın temellendirilmesine ilişkin görüşler aktarılmaya çalışılmıştır. Haksızlık, niceliksel bir yapıya sahip olması sebebiyle (kusur gibi ve onunla birlikte) cezanın belirlenmesi üzerinde de etki sahibi olan temel faktörlerdendir. Nitekim ceza hukuku öğretisinde de haksızlığın niceliksel bir yapıya sahip olduğu tereddütsüz şekilde kabul edilmektedir. Buna karşın suç teorisi içerisinde haksızlığın hareketten mi, neticeden mi yoksa her ikisinden birden mi kaynaklandığı hususu çeşitli teorilere bağlı olarak uzun süre tartışılmış bir konudur. Bu tartışma önemlidir. Zira, hem suç teorilerinin tarihsel gelişimine ışık tutmakta hem de haksızlığın tespiti noktasında elverişsiz teşebbüs, soyut tehlike suçları, hukuka uygunluk sebeplerinde hata gibi konularda farklı sonuçlara varmaktadırlar. Bu görüşlerin aktarılmasından sonra haksızlığın ceza hukukundaki ve suç teorisindeki konumunu tam olarak aydınlatılabilmek için tipiklik ve hukuka aykırılıkla ilişkisine dair başlıklar açılmıştır. Çalışmamızın birinci bölümde bu konular durularak terminolojik yabancılık giderilmeye ve ilerleyen bölümler için kavramsal bir zemin hazırlanmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümde ele alınan diğer bir kavram da “hafif suç” olmuştur. İşlenen tüm suçların büyük bir bölümünün bu grupta değerlendirilebilecek fiillerden oluşması, ceza hukukçuları ve kriminologların ilgisini de bu sahaya çekmiştir. Gerçekten de haksızlık içeriği düşük suçların işlenme sıklığı ve sebep oldukları yargısal yük, bu suçları yaratan sosyal faktörler ve mücadele yöntemleri üzerinde düşünmeyi zorunlu hale getirmekte ve bu maksatla sürekli yeni düşünceler ortaya atılmakta, hatta ülkemizde kanun değişiklikleri yapılmaktadır. Bu sebeple birinci bölümün son kısmında hafif suçların ceza hukuku sistemi içinde en adil ve pratik şekilde çözüme kavuşturulmasına ilişkin çeşitli görüşler aktarılmaya çalışılmıştır.

Haksızlık, farkı başlıklar halinde ele alınabilecek birden fazla parametreye bağlı olarak biçimlenmekte ve içerik kazanmaktadır. Her şeyden önce saldırı veya tehlikeye maruz kalan hukuki değerin önemi belirleyicidir. Hukuki değerler arasında bir önem sıralaması olduğu açıktır. Bu sebeple örneğin vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı ile malvarlığına yönelik saldırıların haksızlık seviyesi de farklı olmaktadır. Saldırı ya da tehlikenin yoğunluğu da önemli diğer bir faktördür. Yani aynı hukuki değere yönelik olsa bile farkı yoğunluktaki saldırılar da farklı seviyede haksızlıklara vücut vermektedir. Keza suçun (maddi ya da manevi) unsurlarının hepsi haksızlık üzerinde eş zamanlı etkide bulunur. Bir kısmı haksızlık seviyesini yükseltirken bir diğeri bu çitayı aşağı çekebilir. Sonuç olarak fail, mağdur, suçun işlendiği yer ve zaman, işleniş şekli, meydana gelen zarar ve tehlike, haksızlığın gerçekleştirilme şekli (kasten, taksirli vb) gibi değişkenler bir araya gelerek “total” haksızlığı meydana getirirler. Haksızlığın azaldığı halleri konu edinen bu çalışma bakımından kritik soru; haksızlığın hangi seviyeye kadar inebileceği daha doğrusu cezalandırma gerekliliği ve zorunluluğu açısından her suç tipi için bir yeterlilik sınırından bahsedilip edilemeyeceğidir. Bu konu da ikinci bölümde hukuki değere yönelik saldırının yoğunluğu başlığı altında incelenmiştir. İkinci bölümde ayrıca sosyal uygunluk ve örf-adetin haksızlık üzerindeki olası etkileri üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda özellikle öğreti ve uygulamanın sıklıkla yaptığı gibi haksızlık seviyesi düşük bazı fiillerin bu kavramlara istinaden cezasız bırakılmasının mümkün olup olamayacağı bu tarz bir yaklaşımın genel ilkelerle tezat bir durum ifade edip etmeyeceği sorunu üzerinde durulmuştur.

Çalışmamız, bu genel tespitlerden sonra, haksızlığın; hırsızlık, yağma ve kısmen zimmet suçu örneğinden hareketle ve “değer azlığı” kriteriyle bağlantılı olarak azalmasının cezalandırma üzerindeki etkileriyle sınırlandırılmıştır. Çalışmamıza bu suç tiplerinin konu edilmesi iki sebebe dayanmaktadır. İlk olarak öğreti ve uygulama değer azlığı karşısında nasıl bir uygulama yapılması gerektiğini öteden beri en çok hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarından hareketle tartışmıştır. İkincisi, bu tartışmaları bertaraf etmek adına 5237 sayılı TCK, sadece bu suçlar bakımından “değer azlığı” kriterinden hareketle yapılan ve haksızlık içeriği azalmış fiillere özel bir muamelede bulunulmasına imkan tanıyan özel hükümler sevk etmiştir. Her ne kadar değer azlığı, kanun koyucunun yaptığı özel düzenlemlerle hırsızlık suçu yanında yağma ve zimmet suçu açısından da özel bir anlama sahip olsa

da öğretinin ilgi ve dikkati, uygulanma potansiyeli ve içtihat birikimi hırsızlık suçunda daha yüksek olduğundan TCK'nun 145. maddesine ilişkin açıklamalarımız daha geniş tutulmuştur. Kaldı ki 145. maddeye ilişkin açıklamalar büyük ölçüde yağma suçunda değer azlığını düzenleyen 150. madde bakımından da geçerlidir. Tekrara sebebiyet vermemek adına hırsızlık ve yağma suçları malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında birlikte incelenmiştir. Ayrıca çalışmanın tamamı boyunca hem genel hem de özel hükümlere ilişkin açıklamalar yapılırken Türk ve Alman hukuku arasında karşılaştırmalı bir anlatım benimsenmiş, yeri geldikçe önemine binaen diğer ülkelerin hukuk sistemlerinden de örnekler verilmiştir.

Haksızlık içeriğindeki azlık sadece maddi hukukta yer alan hükümlerle değil muhakeme hukuku müesseseleriyle de düzenleme bulabilir. Bu bir tercih sorunudur. Asıl önemli olan söz konusu kurumların paralel, uyumlu şekilde çalışması ve öngörülebilir sonuçlar ortaya koymasıdır. Zira özellikle 765 sayılı TCK döneminde yasal zeminde boşluk bulunması sebebiyle uygulamanın değer azlığı durumunda ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, cezasızlık hükmü çoğunlukla hatalı gerekçelere dayandırılmıştır. Dolayısıyla bu çalışmanın amaçlarından biri de bu uygulamanın olması gereken hukuk açısından hangi teorik temellere oturtulabileceğini tespit etmektir. Hukukun belli ve öngörülebilir bir sisteme dayanması; duygularımızdan, önyargularımızdan, inançlarımızdan sıyrılarak, gelişigüzel, aklımıza estiği gibi bir uygulamanın önüne geçerek ve hükmün hukuken denetlenebilir bir şekilde gerekçelendirilmesine imkan sağlayacaktır¹. Dünyanın her yerinde ve bütün hukuk sistemlerinde cezanın belirlenmesi sürecine ilişkin en temel endişe ve eleştiri; bu süreçte genellikle sezgisel hareket edilip, keyfiliğe kapı aralayacak şekilde cezanın belirlenmesi sürecinde rasyonel ilkelerin yeterli ölçüde etkin kılınamamasıdır. Ceza hukuku öğretisinde “nokta ceza” olarak idealize edilen hakimin adeta somut olay karşısında sadece “bulduğu” bir cezayı sonuçlayacak kadar rasyonel bir yöntem belirlemek² mümkün -hatta belki arzu edilen- bir durum olmasa da ceza yargılamasının bir ürünü olarak ortaya çıkan cezanın daima adil, orantılı ve denetlenebilir bir gerekçeye sahip olması gerekir.

¹ Adem Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 2. (çevrimiçi), <http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, 01.05.2016

² Hans-Ludwig Günther, “Systematische Grundlagen der Strafzumessung - Eine Bestandsaufnahme”, **JZ**, Y. 44, S. 22, 1989, s. 1025.

Diğer yandan modern ceza hukuku, toplumdaki uyuşmazlıkları sadece herhangi bir şekilde çözmek değil; en kısa sürede, en az masrafla, en etkili ve en tatminkar biçimde sonuçlandırmak zorundadır. Maddi hukukta yer alan düzenlemelerin ve klasik muhakeme yöntemlerinin yeterli olmadığı durumlarda, ihdas edilecek yeni ve alternatif kurumlardan yararlanılması da bu amacın gerçekleştirilmesi bakımından dünya genelinde teşvik görmektedir. Türk hukukunda da özellikle 2005 yılında ceza mevzuatında yapılan reformist hareketle birlikte bu yöndeki gayretin artarak devam ettiği göze çarpmaktadır. Bu gayretler etkilerini en çok haksızlık içeriği az/azlamış olan fiillerin ceza yargılama sistemi içerisinden adilane, mağduru da tatmin edecek şekilde ve üstelik en hız yolla tahliye edilmesinde etkilerini gösterebilecektir. Bu gerekçelerle çalışmamızın üçüncü bölümünün son kısmında yine Türk ve Alman hukuku arasında karşılaştırma yöntemiyle muhakeme hukukunda mevcut olan olanaklar ve ceza yargılama sisteminin sağlayabileceği katkılar ele alınmaya çalışılmıştır.

Sonuç bölümü ise her üç bölümün kapsamlı bir özetinden oluşmaktadır. Ayrıca konuya ilişkin görüşlerden hangilerini benimsediğimizi, olan ve olması gereken hukuk açısından tespitlerimizi; kanun koyucu, öğretisi ve uygulamaya yönelik önerilerimizi ihtiva etmektedir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK KAVRAMI

I. HAKSIZLIK KAVRAMI

A. Kavram Üzerine

1. Genel Olarak

Günlük dilde de sıklıkla kullanılan “haksızlık” kavramı Türk Dil Kurumu’na ait Büyük Türkçe Sözlük’te “*hak ve adalete aykırılık*” şeklinde tanımlanmıştır³. Nitekim insanlar hayatları içerisinde haksızlık kavramına adalet duygusunu inciten hemen her olayda müracaat eder. Haksızlığın Almanca karşılığı olan “*Unrecht*” kavramı da “a. hukuk ve adalete aykırılık, hukuk ve adaletin onaylamadığı esas; b. haksız davranış tarzı, fiil, hareket; c. hukuki ve aklaki düzeni ihlal edici durum” olarak tanımlanmakta⁴ ve dilimizdekiyle aynı anlamda kullanılmaktadır.

Bu tanımlarda dikkat çeken nokta şudur: Haksızlık yani “*Unrecht*” kavramı yapısı gereği bir fiilin hem sıfatı hem de bizatihi kendisini ifade etmek üzere kullanılabilme özelliğine sahiptir. Nitekim kavramın bu çoklu fonksiyonu Alman ceza hukuku öğretisindeki kullanımında da açıkça görülmektedir. Modern Türk ceza hukuku öğretisinde de haksızlık kavramı, Alman doktrini etkisiyle, çifte bir fonksiyon kazanmış ve giderek tipik fiilin kendisini ifade etmek üzere de kullanılabilir hale gelmiştir. Türk kanun koyucununun 5237 sayılı TCK’nun temeline bu kavramı oturtmasına ve öğretinin gayretlerine rağmen, uygulamada haksızlık kavramına karşı

³ Büyük Türkçe Sözlük, (çevrimiçi) http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts,01.05.2016.

⁴ Duden Online Wörterbuch, (çevrimiçi) <http://www.duden.de/rechtschreibung/Unrecht,01.05.2016>.

hala bir yabancılık olduğu gözlemlenmektedir. Örneğin Yargıtay, istinaf ve ilk derece mahkemelerinin içtihatlarında hemen hemen hiç kullanılmamaktadır.

Oysaki haksızlık kavramı, hukuk disiplininin tüm kollarında, özellikle de ceza hukuku terminolojisinde önemli bir yere sahiptir. Nitekim hukukçunun temel uğraşı, hukukun ilgi sahasına giren haksızlıkları belirlemek, bunları belli bir tanıma kavuşturmak ve karşılığında uygulanacak yaptırımları tayin etmektedir. Hukuk normlarının muhatabı insandır ve haksızlık, bu normların insan tarafından ihlal edilmesiyle gerçekleşir. Böyle bir ihlalin gerçekleşmesiyle de hukuk alanında bir araştırma faaliyeti başlar. Zira her haksızlık hukukun, özellikle de ceza hukukunun, ilgi sahasına girmez. Bazı haksızlıkların yaptırımı hukuk dışı (ahlak, din ve sosyal yaşam kuralları) alanlarda kalmaktadır ve zaten öyle de olmalıdır. Bu sebeple çalışmamızın hemen başında haksızlık kavramının düşünsel temeli hakkındaki görüşlere kısaca değindikten sonra bu kavramın ceza hukuku sahasında kazandığı terim anlamı ve ona bağılı olarak şekillenen hukuki müesseseleri özellikle de haksızlığın içeriğini etkileyen faktörleri açıklamaya çalışacağız.

2. Haksızlığın Temellendirilmesi Üzerine Görüşler

Hayatın akışı içerisinde -hukuk disipliniyle ilgili olsun ya da olmasın- bir çok olay ve fiil karşısında kişisel ve toplumsal olarak sürekli “haklı” veya “haksız” şeklinde bir değerlendirmede bulumaktayız. Bu zihinsel süreci işletirken farkında olmadan bir takım normları dayanak aldığımız açıktır. Meseleye ceza hukuku özelinde bakıldığında neyin haksızlık ifade ettiğini belirlemek son derece kolaydır. Zira kanunilik ilkesi gereği ceza hukuku bakımından haksızlık değerlendirmesinin pozitif hukuk dikkate alınmak suretiyle yapılacağı açıktır. Ancak haksızlık kavramı sadece ceza hukuku ile sınırlı olmayıp hukukun diğer tüm disiplinlerini hatta hukuk dışı yaptırım sahalarını ilgilendirdiğinden haksızlık yargısında bulunurken esas alınan normları daima pozitif hukukla sınırlamak doğru olmayacaktır. Kaldı ki neyin suç olduğunu tespit etmeden önce neyin haksızlık ifade ettiğini belirlemek zorunludur. Bu sebeple haksızlık yargısına varmamızı sağlayan normların neler olduğu ve bu normların kaynağının belirlenmesi son derece önemli bir meseledir. Fakat bu konu, yapısı gereği bizi soyut ve net yanıtlar vermenin zor olduğu bir tartışma sahasına sürüklenme potansiyeline sahiptir. Bu nedenle haksızlık kavramının

temellendirilmesi konusuna sadece çalışmamız açısından önem taşıyan belli başlı görüşleri ortaya koyacak ölçüde girmeye çalışacağız.

Öğretide genel olarak haksızlık yargısının temelinde “davranış normları (*Verhaltensnorm*)” denilen normların olduğu belirtilmektedir. İnsanların toplu halde yaşayabilmeleri ve ortak yaşam içerisinde kendilerini geliştirebilmeleri zorunlu olarak belli bir düzen ve disiplin ortamının varlığını gerektirmektedir. Nitekim pek çok yerde tekrarlanan bu ihtiyaç, devletin ve pozitif hukuk sistemlerinin doğuşunun asıl sebebi olarak gösterilmektedir. Bununla birlikte bir adım daha ileri geri giderek davranış normlarının kaynağı, yani kim tarafından ve nasıl belirlendikleri sorulduğunda karşımıza hukuk felsefesinin en temel görüş ayrılıklarından biri çıkmaktadır.

Katı pozitivist yaklaşımın perspektifinden bakıldığında davranış normları kanun koyucunun irdesinden başka bir şey değildir. Hata öğretide bir grup yazar, suç olarak tanımlanmış bir fiilin mefhumu muhalifi niteliğinde normlar aramanın gereksiz olduğunu dahi iddia etmiştir⁵. Konuya pozitivist normlar hiyerarşisini temel alan “anayasacı” bir perspektiften bakan görüşe göre ise davranış normları ve bu normlar vasıtasıyla korunacak hukuksal yararlar kanun koyucuya (başka bir kaynaktan) gösterilmiş olmayıp, devlet bu değerleri bizzat belirler ve cezalandırır. Bu noktada korunması gerekli değerleri belirlemeye yönelik en temel dayanak noktası anayasadır⁶.

Aksi görüşü temsil eden sözleşmecî kurama göre insanlar binlerce yıllık ortak yaşam tecrübesi sonucunda hangi davranış tarzlarının sözleşmeyle kurulmuş düzen açısından zararsız, hangilerinin zararlı ve tehlikeli olduğunu zaten belirlemişlerdir. Kanun koyucu sadece bu normlar yığını içerisinde bazılarını seçerek onlara kanun niteliği kazandırır⁷. Tüm davranış kuralları esasen tabii-doğal hukuka dayanır. Doğal hukuk, pozitif hukuka model vazifesini gören akli prensipleri belirlemeyi sağlar ve bu sebeple pozitif hukuk daima doğal hukukun ideallerini

⁵ İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, **SÜHFD Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan**, Cilt 5, 1996, Sayı 1-2, s. 446, 449-450.

⁶ Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ed. Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, 1. bs, Ankara, Adalet, 2014, s. 5.

⁷ Roland Grassberger, **Die Strafzumessung**, Wien, Verlag von Julius Springer, 1932, s. 3.

imkanlar nispetinde aksettirmelidir⁸. Bir fiilin ne türden ve hangi seviyede ceza ile karşılanacağı sosyal zararlılığının seviyesine göre; sosyal zararlılığının seviyesi de hukuk tarafından kabul edilmiş ortak tecrübe kurallarına göre belirlenir⁹.

Türk öğretisinde Hafizoğulları davranış normlarının toplum içindeki çıkar çatışmaları ve uyuşmazlıklarının ne doğal, ne zorunlu, ne de nedensel sonuçları olduğunu; çıkar çatışmaları ve uyuşmazlıkların sadece insan davranışının belli normlarla düzenlenmesini gerekli kıldığını, bu ihtiyaca istinaden oluşturulan davranış normlarının esasen pozitif hukuk gibi insanın bilinçli bir çabasının ürünü olduğunu belirtmiştir. Yazara göre aralarındaki tek fark yazısız olan davranış normlarının pozitif hukuka öngelmesi ve belli seviyede kabul gördükten sonra yazılı hale gelmeleridir¹⁰. Kanun koyucuların pozitif hukuku tamamen keyfi bir yaklaşımla belirleme lüksleri olmayıp; meşruiyetleri açısından zaten mevcut olan bir takım kuralları esas almaları zorunludur. Ancak kanaatimizce davranış normlarının resmi ya da gayri resmi bir insan müdahalesi olmadan oluştuğunu kabul etmek gerekir¹¹. Zira bir normun oluşumu ile insan zihni tarafından kavranarak toplumsal yaşama sözle, yazıyla ya da başka bir yolla aktarılması farklı şeylerdir. Davranış normları insanın doğası gereği oluşur ve ondan kaynaklanırlar. Toplumsal yaşamın gelişimiyle paralel olarak zamanla daha kristalize olur ve pozitif hukuka yön verirler. Ayrıca yine kabul etmek gerekir ki devlet teorisinde sözleşmecî yaklaşım benimsenmiş olsa dahi salt sözleşme teorisinden haksızlık kavramının maddi muhtevasını çıkarmak mümkün olmayacaktır. Zira sözleşme teorisi esasen sadece normun geçerlilik koşullarını ve devlet müdahalesinin meşru sınırlarını belirler. Pozitif hukuktaki haksızlık bakımından sözleşmenin temelinde yatan gönüllülük esasının moralitesi de önemli bir role sahiptir¹².

⁸ Öztekin Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, **İÜHFD**, C. XXVIII, S. 3-4, 1963, s. 628.

⁹ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 5.

¹⁰ Zeki Hafizoğulları, **Türk Ceza Hukuku Ders Notları**, Ankara, Başkent Üniversitesi, 2007-2008, s. 31. Tosun; ceza hukukunun “gerçek kaynakları” olarak isimlendirdiği ve pozitif hukuktaki düzenlemelerin içeriğini, malzemesini ortaya koyduğunu belirttiği normları; ahlak, örf-adet, içtihat, zaruretler, tabi hukuk, doktrin, nesafet, ekonomik, sosyal, dini, siyasal cereyanlar olarak başlıklandırmıştır. (Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, s. 620-621)

¹¹ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 11. bs., İstanbul, Beta, 1994, C.I, s. 1.

¹² Carsten Momsen, **Beck Online Kommentar StGB**, § 32, Rn 5. (çevrimiçi) <https://beckonline.beck.de>. 01.05.2016.

Özellikle seküler düşüncenin yaygınlık kazanmasından önce pek çok Avrupalı hukukçu davranış normlarının esasını dine dayandırarak açıklamıştır. Türk öğretisinde Özgenç de davranış normlarının kaynağını “ilahi mesaj” a dayanmadan açıklamanın mümkün olmadığını, bu normların kaynağının “ilahi risalet” olduğunu kabul etmek gerektiğini söylemiştir¹³. Yaratılışçı düşünceden hareket edildiğinde yazarın bu yaklaşım tarzı tutarlı bir sonuç ortaya koymaktadır. Zira insanın doğasından kaynaklandığını söylediğimiz normların onun yaratıcısından bağımsız olduğu düşünülemez. Burada kaynak tartışmasını çok uzatmadan şunu söylemek mümkün olabilir: Davranış normları kavramını varlığı itibarıyla soyut ve insanüstü konumunda bırakmakta mahsur yoktur. Zira bu normlar nasılsa zamanı geldiğinde insan akli tarafından kavranmakta; hukuk, ahlak ve diğer sosyal normlar aracılığıyla toplumsal yaşama yön vermekte ve bir kısmı da pozitif hukuka dönüşmektedir.

Esasında davranış normlarının temel özelliklerinin ve fonksiyonlarının neler olduğunu belirlemek bu soyut kavramı izahta daha yararlı olabilir. Öğretide davranış normlarının üç temel fonksiyonu olduğundan bahsedilmektedir. Davranış normları öncelikle, “belirleme fonksiyonu” ile bir fiilin “doğru” ya da “yanlış” olduğunun belirlenmesini (*Bestimmungsnorm*) sağlarlar.¹⁴ Diğer yandan “değerlendirici norm (*Bewertungsnorm*)” olma özellikleriyle fiile hukuk tarafından onaylamadığına, tasvip edilmediğine ve dolayısıyla haksızlık teşkil ettiğine dair bir damga vururlar. Bu da davranış normlarının “değerlendirme fonksiyonu” olarak isimlendirilir¹⁵. Üstelik soyut bir takım tespitlerde bulunmakla kalmayıp bunlara ek olarak sosyal bir varlık olan insanları bu normlara uygun bir irade oluşturmaya da sevk ederler ki buna da davranış normlarının “yönlendirme fonksiyonu” denilmektedir¹⁶. Nitekim suç ihdasının temel amacı da ilgili olduğu davranış normuna uygun davranılmasını

¹³ Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, s. 446, 449-450.

¹⁴ Rainer Zacyk, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, S. 161, 2014, R.v. Decker's Verlag, Hamburg-Heidelberg, s. 74.

¹⁵ Neslihan Göktürk, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz, **Ceza Hukukuna Giriş**, Anadolu Üniversitesi, 2012, s. 3; Wilhelm Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed. Arthur Kaufmann, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979, s. 155-160.

¹⁶ Göktürk, Özgenç, Üzülmöz, **Ceza Hukukuna Giriş**, s. 5; Claus Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre**, Verlag C.H. Beck, München, 2006, s. 92, s.200; Adem Sözüer, “Tehdit Suçu”, **İÜHFİM**, C. 54, S. 1-4, 1994, s. 125; İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2013, s. 156-157.

sağlamaktır¹⁷. Bu noktada davranış normlarının yaptırım normlarından (*Sanktionsnorm*) ayrı ele alındığına dikkat etmek gerekir. Zira davranış normları sadece fiilin doğru ya da yanlış olduğunun tespitini yapıp uygulanacak yaptırım normuna meşruiyet kazandırmaktayken yaptırım normları belli koşullar altında o ihlale hangi türde ve miktarda yaptırım uygulanabileceğini belirlemektedirler¹⁸.

Bu özellikleriyle davranış normları pozitif hukuka öngelerek ona kaynaklık etmekte ve meşruiyet kazandırmaktadırlar¹⁹. Kanun koyucu pozitif hukuku oluştururken ve bir fiili suç olarak tanımladığında zımni olarak bu görünmez normlardan yani davranış normlarıyla belirlenen emirlerden ve yasaklardan bahsetmektedir²⁰. Kanun koyucunun ceza hukukunu yapılandırırken pozitif hukuk öncesi toplum yaşamında zaten bulunan değer yargılarını dikkate alması ikna ediciliği bakımından da son derece önemlidir. Zira ceza hukuku, hukuki değerleri koruma amacına ancak muhattapları tarafından da kabul görecektir fiilleri suç olarak tanımlayarak ulaşabilir. Yani ceza hukukunun emirleri; akla yatkın, toplumun büyük çoğunluğunun makul bulduğu ve dolayısıyla ihlal ihtimalinin düşük olduğu olaylara ilişkin olmalıdır. Toplum ve kanun koyucunun değer yargıları birbirleriyle ne kadar uyumlu olursa ihlal sonucu da o derece az olur. Ceza hukukunun toplum bilincini yönlendirici etkisi ceza hukukunun toplum bilincinden etkilenme seviyesinden azdır. Gropp'un da belirttiği gibi ceza hukuku toplumsal değer yargılarının motoru değil aynasıdır. Ceza hukukunun toplumda kabul görmeyen yasaklar koyarak değer yargılarını değiştirici etki doğurduğu fikri bir ilüzyondan ibarettir. Nitekim kürtajın ceza hukuku tarafından yasaklandığı dönemde de çok sayıda kürtaj vakası yaşanmış ve yasaklamalarla bunun önüne geçilememiştir²¹.

¹⁷ Johannes Wessels, Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, 41. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, s. 5-6, kn. 15-16.

¹⁸ Zaczyk, "Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm", s. 74.

¹⁹ Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Adalet, 2015, s. 37-39; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 156-157, s. 282; Özgenç, "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", s. 445; Yener Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 1062.

²⁰ Zeki Hafizoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", **AÜHFD**, C. 35, S. 1-4, 1978, s. 236; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 75; Zaczyk, "Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm", s. 73.

²¹ Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Springer, Berlin, 2005, § 1, s. 33, kn. 74-75.

Ceza hukuku teorisinde bir emir içeren davranış normları “emredici normlar” olarak tanımlanıp ihmalî suçlara vücut verirken bir yasak ifade eden normlar “yasaklayıcı normlar” olarak tanımlanmakta ve icraî suçlara vücut vermektedir. Davranış normları içerik itibarıyla bir ya da birden fazla hukuksal değeri korumaya yönelik bir emir ya da yasak normu ihtiva edebilmektedirler. Ancak hukuki değerler soyut, metafizik ve ideal kavramlar oldukları için doğrudan ve somut bir zarara uğramaları söz konusu olamaz. Dolayısıyla hukuki değer ihlalinden bahsedildiğinde asıl kast edilen failin hukuki değeri koruyan davranış normuna zıt bir tavır ortaya koymuş olmasıdır²². Ancak ister emredici ister yasaklayıcı nitelikte olsun davranış normları bireyler açısından bir zorunluluk (*müssen*) değil; gereklilik (*sollen*) ifade ederler. Bu sebeplerdir ki davranış normlarının tavsiyelerine uygun davrananlar toplumla uyum içerisinde yaşayıp kişiliklerini geliştirme imkanı bulurken, aykırı davrananlara kusur isnat edilmesi ve ceza, hukuki ya da idari sorumlulukları yoluna gidilmesi mümkün olabilmektedir²³.

Anlaşılabacağı üzere öğretide bireyin davranış normlarıyla sergilediği uyum sadece bir yaptırıma maruz kalıp kalmama meselesi değil, bireyin şahsi gelişimiyle de alakalı bir konu olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşü savunan Özgenç’e göre; davranış normları bize olması gereken insanı tarif eden normlardır. Bu normlar, insanın kişiliğini serbestçe geliştirmesine (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*); toplumla uyumlu, kendisine ve çevresine yararlı, “kamil bir insan” olma yolunda ilerlemesine rehberlik ederler. İnsan, anlama yeteneği ve irade kabiliyeti sayesinde davranışlarını serbestçe yönlendirebildiği için muhatabı olduğu davranış normlarına uygun bir şekilde yaşayarak bu hedefi gerçekleştirebilir. Kaldı ki davranış normları fitridir yani insan tabiatı ile çelişki göstermezler. İnsandan yaratılışına aykırı bir talepte bulunmaz ya da onu doğasına aykırı bir iş yapmaya zorlamazlar. Bu sebeple dünyanın her yerinde, tüm kültür çevrelerinde, hangi dünya görüşü benimsenmiş olursa olsun, geçmiş ve gelecekte ana hatlarıyla aynı kalacaklardır²⁴. Yazara ait bu yaklaşım tarzının, davranış normlarının insanın doğasından kaynaklandığı yönündeki fikirle de uyumlu olduğunu görüyoruz.

²² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 157.

²³ Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, s. 449.

²⁴ Göktürk, Özgenç, Üzülmez, **Ceza Hukukuna Giriş**, s. 3; Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, s. 443-446.

Benzer fikirde olan Page de davranış normları kavramını kullanmamakla birlikte, değişik tarih ve coğrafyalarda birbirinden farklı kanunların uygulanmasına rağmen pozitif düzenlemelerden bağımsız ve eşyanın mahiyetinden kaynaklanan esaslara dayandığı için daima ve her koşulda geçerliliklerini koruyan üstün bir takım normların bulunduğunu belirtmiştir. Yazara göre pozitif hukuklar, zamansal ve mekansal olarak birbirinden farklı tezahürler göstermekle birlikte bütünüyle insanoğlunun keyfi bir icadı değildir. Pozitif hukuku belirleyen bu üst normlar sadece onun aklı ve vicdanı yoluyla kavranabilirler²⁵.

Aksi görüşe göre ise hukukun neyi koruyacağı baştan ve değişmez şekilde belirlenmiş değildir. Bir defa toplumun değerler yargılarının değişkenliği söz konusudur. Hayat, vücut dokunulmazlığı, mülkiyet gibi -farklı şekillerde olsa da- hemen hemen her toplumda çok eskiden beri korunan hukuki değerler bulunmakla birlikte bazı değerler de artık ceza korunmasına layık görülmemektedir. Kanun koyucu yürürlükteki anayasanın çizdiği çerçevede etrafında ceza hukuku koruması altına alacağı hukuksal yararları belirleme serbestisine sahiptir. Bununla birlikte insan varlığının temel şartları suça yansıdığı için, suçların bütün zamanlar ve bütün milletler için geçerli bir çekirdek alanı mevcuttur. Fakat, bunun haricindeki durumlarda dünya görüşündeki ve hayat şartlarındaki değişikliklere bağlı bir dinamizm mevcuttur²⁶.

Konuya hukuksal değer kavramı üzerinden yorum getiren Ünver ise, hukuksal değerlerin süreç içerisinde toplamsal değer yargılarına bağlı olarak değişim geçirdiğini; canlı bir organizma gibi toplumun yaşantısı, ihtiyaçları, kültür düzeyi ve değişiminden etkilendiğini, bunun neticesinde pozitif hukukun da zorunlu olarak değişime uğradığını belirtmiştir. Yazara göre, hukuksal değerler belli bir bölgede zaman içinde değişime uğradığı gibi ülkeden ülkeye de değişkenlik gösterir. Ancak uygulamada sorun çıkmaması ve hukukun birliği ilkesi dolayısıyla, ülkenin yönetim

²⁵ Henri de Page, "Tabii Hukuk Ve Hukuki Pozitivizm", Çev. Hamide Uzbar, **AÜHFD**, C. 2, S. 1, 1982, s. 98-99.

²⁶ Wilhelm Gallas, "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", Çev. İzzet Özgenç, **SÜHFD**, C. 4, S. 1-4, 1994, s. 305-322. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-wilhelmgallas-1.htm>, 01.05.2016; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 8.

biçimi federal veya konfedere devlet niteliğinde değilse aynı ülke içinde farklı hukuksal değerlerin varlığı kabul edilmemelidir²⁷.

Kanaatimizce değişime uğrayan davranış normları değil, onların ihlaline yönelik muamele tarzıdır. Bir hukuki değer; belli bir zaman ve yerde o yer ve zamanın sosyal, ekonomik, kültürel şartlarına göre farklı şekillerde korunabilir. Söz gelimi aile her zaman korumaya layık bir hukuki değerdir. Ancak eşcinselliğin suç olmasına ilişkin algı zaman içinde değişmiş, yaptırımını da hukuk sahası dışına itilerek ahlak sahasına bırakılmıştır. Dolayısıyla korunan hukuksal değerler aynı kalsa da bunların belli ihlal şekillerine yönelik uygulama farklılıkları olabilir. Bu bütünüyle dönemsel ve mekansal koşullardan kaynaklanan tolerans eşikleri ile ilgili bir husustur.

Yukarıda da değinildiği gibi davranış normları sadece pozitif hukuk değil, ahlak kaideleri şeklinde de vücut bulabilirler. Yani hukuk ve ahlak normları aynı kaynaktan beslenir. Bu sebeple teorik olarak hukuk ve ahlak normları arasında çelişki bulunması mümkün değildir. Fakat kaynakta müştereklik bulunmasına rağmen ahlak ve hukuk normlarının işgal ettiği saha konusunda da bugüne kadar farklı görüşler ortaya atılmış ve sona gelmeyen bir tartışma sahası açılmıştır. Bu bağlamda özellik taşıyan ve artık kabulüne olanak kalmamış görüşlerden ilki ceza hukuku ve ahlakın sahalılarının bütünüyle örtüştüğü görüşüdür. Bu görüşe göre ahlaka aykırı her fiil suç olduğu gibi her suç da bir ahlaka aykırılıktır. Bu görüşteki İtalyan yazarlardan Maggiore ceza normları ile ahlak arasındaki farklılaşmayı ahlakın zaman içerisindeki değişimine mukabil ceza normlarının statik kalmasına bağlamıştır. İkinci görüş, suçların ahlaka aykırı fiillerin en önemlileri olduğu görüşüdür. Jellinek'in hukuk tarifine dayanan bu fikre göre hukuk devletin toplumdaki uymasını beklediği asgari etikdir. Bu bağlamda sadece toplumun bir arada yaşamasını sağlamaya yetecek, medeni bir toplum için zorunlu olan miktarda fiil suç olarak tanımlanmaktadır. Örneğin hukuk yardımı muhtaç durumda olan komşuya yardım etmeme, başkasının kötü durumundan memnuniyet duyma gibi fiillere yaptırım uygulamamaktadır. Borcunu ihlal etme gibi ahlaka aykırılıklara da ceza hukuku dışındaki yollarla yaptırım uygulamaktadır. Dolayısıyla ahlakı, hukuku kapsayan bir çember olarak düşünmek mümkündür. Keza örneğin, yalan söylemek her halükarda

²⁷ Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1063.

ahlaka aykırı ve ahlaken kınanacak bir davranıştır ancak sadece yalan tanıklık, iftira, dolandırıcılık gibi durumlarda -tipe uygun gerçekleşmesi şartıyla- ceza hukukunun sahasına girer²⁸. Üçüncü görüşe göre ise hukuk ve ahlak benzer noktaları olduğu gibi bağımsız alanları da olan belli konularda kesişen daireler gibidir. Örneğin hukukta ahlaka aykırı olsa da ensest, fahişelik ya da belli akrabalar arası hırsızlık fiili cezalandırılmamaktadır. Buna karşın Tosun'un ifadesiyle tüm suçlar da toplumda "aman ne ayıp" olarak tepki bulan fiiller de değildir. Keza bu fikre örnek olarak taksirle bina çökmesine, trafik kazasına neden olma gibi fiiller de cezai yaptırımla karşılanırsa da ahlaka aykırılık taşımadıkları gösterilmektedir²⁹.

Ahlak ile hukukun kesişim sahası daima güncel bir sorun olma özelliği de taşımaktadır. Bugün hangi ülkede olursa olsun bir ceza hukuku reformu gündeme geldiğinde homoseksüellik, zina, fahişelik, kürtaj, ensest, suni dölleme, sterilizasyon, ötenazi, intihar, tanrıya küfür gibi fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusuna yanıt bulmak gerekmektedir³⁰. Öğretide bir çok yazarın vurguladığı gibi özgür demokrasilerde ceza kanunları; toplumdaki müşterek ahlaki değersizlik (*Amoralite*) ifade eden minimum etik ve asgari ahlak ile sınırlıdır. Çoğulcu bir toplumda ancak bu yolla ceza hukukunun dominant gruplar tarafından biçimlendirilmesi engellenebilir. Keza ancak bu yolla ceza hukukunun toplumdaki her bireyin şahsi ahlak algısına göre parçalanması engellenebilir. Bu sebeple genel yarar (*Gemeinwohl*) ya da genel toplumsal düzen üzerinde ciddi etkileri olmadıkça her türlü ahlaka aykırılık cezai yaptırım altına alınmamalıdır. Hele de ceza hukukunun ahlakın önüne geçerek ahlaki biçimlendirici bir fonksiyon üstlenmeye çalışması bütünüyle alanı dışına çıkması anlamına gelecektir³¹.

Kannatimizce ahlakın hukuktan ayrı bir sahası olduğu açık olmakla birlikte hukukun ahlaktan ayrı bir sahası olduğunu kabul etmek son derece zordur. Zira verilen örneklerde yer alan trafik düzenine ilişkin ihlallerin sıklıklaşması ve sayısının artması onun ahlaka aykırılığı noktasında bir fark yaratmaz. Dolayısıyla biz hukuka

²⁸ Özgenç, "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", s. 449-450; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 283-284; Stefan Trechsel, Peter Noll, **Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner Teil I**, 6. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, 2004, s. 26.

²⁹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Adalet, Ankara, 2015, s. 89; Tosun, "Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları", s. 620-625.

³⁰ Norbert Hoerster, "Strafwürdigkeit und Moral in der angelsächsischen Rechtsphilosophie, **ZStW**, S.62, 1970, s. 538-539.

³¹ Hoerster, "Strafwürdigkeit und Moral in der angelsächsischen Rechtsphilosophie, s. 540-542.

aykırı her fiilin ahlaken de tasvip edilemez mahiyette olduğu görüşüne katılıyoruz. Buna karşın ahlaka aykırı her fiil ceza hukukunun temel prensipleri gereği cezai yaptırım sahasına sokulmamakta, ahlaka aykırılık bir haksızlık ifade etse de suç teşkil etmeyebilmektedir. Haksızlığın esasına dair temel kabullerimizi yansıtan açıklamalarımıza bu noktada son verip haksızlık kavramının ceza hukuku terminolojisinde kazandığı terim anlamdan hareketle inceleme konumuzun asıl sınırları içerisine girmeye çalışacağız.

3. Suç Teorisi İçinde Haksızlık Kavramı

Haksızlık kavramının bir geniş bir de dar anlamı olduğunu söylemek mümkündür. Geniş anlamıyla haksızlık, herhangi bir davranış normuna aykırılığı ifade etmekteyken; ceza hukukunda ele aldığımız haliyle yani dar anlamıyla haksızlık, ceza kanununda korunan hukuki değerlere yönelik tipik ihlalleri ifade etmektedir (ceza hukuku haksızlığı, *strafrechtliche Unrecht*). Ceza hukukundaki yasaklar ve emirler davranış normları listesinin kısıtlı ve çekirdek bölümünü oluşturur³². Yani ceza hukuku açısından haksızlık olarak vasıflandırılan fiilin iki temel özelliği vardır: Bunlardan birincisi tipe uygun (maddi ve manevi unsurları itibarıyla) ikincisi de hukuka aykırı olmasıdır. Haksızlık kavramı bu haliyle ele alındığında suçun temel unsurlarını da kapsamaktadır. Bu sebeple yukarıda belirttiğimiz gibi Alman öğretisinde suç yerine ve onunla eş anlamlı olarak doğrudan haksızlık kavramının kullanıldığını görmek dahi mümkündür³³. Ancak haksızlık kavramının çoklu bir kullanıma sahip olması Alman öğretisinde kavram üzerinde bir kafa karışıklığı olmasından değil; bütün bir suç teorisini, haksızlık kavramı üzerine inşaa etmelerinden kaynaklanmaktadır. Teorik çalışmalar haksızlığı bağımsız bir kavram olarak değerlendirilebilecek ölçüde gelişmiştir³⁴.

³² Momsen, **Beck Online Kommentar StGB**, Rn 4-6; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 224; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, § 6, s. 55, kn. 1.

³³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 76; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 197.

³⁴ Elvan Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, Ed. Veli Özer Özbek, **CHD**, S.21, Nisan 2013, s. 21.

Alman ceza hukuku öğretisinde “*Unrecht*” ve “*Unwert*” kavramları da sıklıkla aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır³⁵. Ancak “*Unrecht*” kavramıyla hukuk tarafından negatif bulunan bir değersizliğin (*Unwert*) kendisinin ifade edildiği belirtilerek iki kavram arasındaki farklılığı vurgulanmaya çalışan yazarlar da bulunmaktadır³⁶.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere fiilin bir ceza hukuku haksızlığı vücuda getirip getirmediği iki aşamalı bir değerlendirme sonucu belirlenebilmektedir: İlk aşamada belli bir suç tanımının tüm unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği yani tipik bir fiilin bulunup bulunmadığı belirlenmektedir ki buna kanuni unsurların altlanması (*Subsumtion*) denir. Arkasından da somut olayda tipik fiili hukuka uygun hale getiren bir sebep olup olmadığı araştırılmaktadır. Dolayısıyla tipik ve hukuka aykırı fiiller haksızlığı birlikte vücuda getirir³⁷. Bununla birlikte bu iki kategorinin hangi alt unsurların tahlilinden oluştuğu büyük ölçüde kabul edilen suç teorisine göre değişen izahlara sahiptir ve bu husustaki tartışmalara daha ileride değinilecektir. Ancak mevzuatımızdaki durumdan burada kısaca bahsetmekte yarar vardır.

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yeni bir suç teorisini dayanak alarak hazırlanmıştır. 765 sayılı mülga TCK’nun mental anlamda temel dayanağı olan ve öğretiye hakim durumdaki klasik suç teorisi ve bu teorinin suçun yapısına ilişkin izahları terk edilmiş ve bütünüyle yeni bir suç formülasyonu benimsenmiştir. Bu sistemde suç; maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık bileşenlerinden hareketle incelenmekte ve bu üç unsurun bir arada bulunduğu hallerde “tipik haksızlığın” gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak bu aşamaya kadar sadece “fiil ile ilgili olarak” bir “haksızlık yargısı”nda (*Unrechtsurteil*) bulunmuş olmaktadır. Tipik bir haksızlığın varlığını saptadıktan sonra bu defa “fail ile ilgili olarak” bireysel bir kusur değerlendirmesi yapılmakta ve “kusur-kınama yargısı”nın neticesine göre faile ceza verilip verilemeyeceği belirlenmektedir. Kusur, fiilin suç olma vasfını etkilemeyip sadece cezalandırılabilirlik üzerinde etkili

³⁵ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 21.

³⁶ Adolf Schönke, Horst Schröder, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2014, §§ 13, kn. 51.

³⁷ Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 6, s. 55, kn. 5. Udo Ebert, Kristian Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, **Jura**, 1981, s. 225.

olmaktadır. Yani ceza sistemimizde önce haksızlık, sonra kınama yargısı açısından değerlendirme yapılmaktadır³⁸. Kusur, failin iradesinin oluşum şartları değerlendirilerek fiili dolayısıyla kınanıp kınanamayacağı belirlendiği saha olduğundan kast ve taksirden ayrı ele alınmaktadır. Kast ve taksir haksızlığın birer gerçekleşme biçimidir. Kusursuz haksızlık olabilirse de bir haksızlık vücuda gelmeden yani kast ya da en azından taksire dayanan bir fiil gerçekleşmeden kusurla ilgili bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Somut olayda failin kusurunu kaldıran ya da azaltan sebepler bulunsa dahi fiil bir haksızlık ifade etmeye devam eder³⁹.

Bir fiille ilgili olarak haksızlık yargısında bulunduğumuzda ceza hukukunun merkezine ulaşan büyük bir adım atılmış olmaktadır. Alman öğretisinde Roxin, ceza hukukunda bir fiille ilgili olarak haksızlık yargısında bulunmanın üç temel fonksiyonu bulunduğunun altını çizmiştir. Buna göre haksızlık kavramı her şeyden önce fiili suç tipindeki tanımın soyutluğundan kurtarır. Somut olaydaki menfaat çatışmasıyla ilgili olarak; meşru müdafaa, kanunun icrası gibi hukuka uygunluk sebeplerini de gözetmek suretiyle varılan nihai yargıyı gösterir. Bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça ortaya çıkan tipik hareketin kusur değerlendirmesine dahil edilebilecek bir haksızlık vücuda getirdiğini belirlememizi sağlar. Fiilin bu tarz bir haksızlık vücuda getirmesi failin toplumsal açıdan kabul edilmez şekilde tehlikeli (*sozienschädlich*) olduğu anlamına da gelir. İkinci olarak, ceza hukukunda haksızlık yargısında bulunulurken hukukun diğer disiplinlerinde yer alan hukuka uygunluk sebepleri de dikkate alındığından hukukun bütünlüğü teminat altına alınmış olmaktadır. Nitekim ceza hukuku; saldırıya uğrayan bireysel menfaatleri (meşru müdafaa), ailenin korunmasına dönük amaçları (ebeveynlerin tedip hakkı), ceza muhakemesinin ihtiyaçlarını (yakalama, tutuklama ve muhakeme hukukundan kaynaklanan diğer tedbirler), icrai tedbirleri (icra memurlarına tanınan yetkiler) ve sayısız başka müdahale biçimini destekleyecek normları bünyesinde barındırmaktadır. Üçüncü olarak haksızlık yargısı, cezai tüm yaptırımların bağlama noktası olması itibarıyla ceza hukuku açısından büyük bir öneme sahiptir. Örneğin şeriklik asıl fiilin haksızlığına bağlı olarak cezalandırıldığından iştirak alanında kilit

³⁸ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 230; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 50, 78; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, 2006, s. 205;.

³⁹ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 171; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 142; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 229-230, 277.

bir konumdadır. Keza yasak hatası (haksızlık hatası, § 17 *Verbotsirrtum*) da haksızlık kavramıyla doğrudan bağlantılıdır⁴⁰.

Bu noktada yeri gelmişken haksızlık hatasından da kısaca bahsetmekte zorunluluk bulunmaktadır. Haksızlık hatası denilen durumda kişi, işlediği fiilin hukuk düzenince tasvip edilmediği, toplumsal düzlemde bir haksızlık ifade ettiği hususunda yanılmaktadır. Haksızlık hatasından bahsedebilmek için fiilin ceza kanunlarında suç olarak tanımlandığını ya da cezaya layık bir haksızlık olduğunu bilmek gerekmez. Önemli olan fiilin haksızlık ifade edip etmediğinin bilinmesidir. Bu tarz bir hata kişinin ilgili davranış normunun varlığında ya da yorumunda hataya düşmesinden kaynaklanabilir⁴¹. Haksızlık hatasının konusunu oluşturan haksızlık bilincinin kast sahasında mı yoksa kusur alanında mı değerlendirilmesi gerektiği konusu öğretilerde tartışılmış ve bu hususta iki temel görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan birincisi klasik suç teorisinin etkisiyle hatanın bu türünün kastı kaldırdığını, kastı ortadan kalkan failin koşulları varsa fiilin taksirli halinden cezalandırılacağını belirtmektedir. Oysa ki haksızlık hatasının bulunduğu durumlarda esasen failin maddi unsurlara ilişkin bilgisi tam ve doğrudur. Bu sebeple bugün bu görüş kabul edilmemektedir⁴². İkinci görüş ise haksızlık bilincini kast sahasından bağımsız, kusurun bir unsuru olarak ele alan kusur teorisidir. Bu görüş uyarınca olayda kaçınılmaz nitelikte bir haksızlık hatası olsa bile bu kastı etkilememekte, ortada bir haksızlık olduğunu söylememize engel olmamaktadır⁴³. Haksızlık hatasının koşulları gerçekleştiğinde failin kusurunun bütüyle oradan kalktığı kabul edilmekte ve cezasızlık sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu durumda da tipik bir haksızlık vücuda gelir. Zira kişinin kasten hareket ettiğini söyleyebilmemiz için gerekli olan fiilin haksızlık muhtevasını belirleyen maddi unsurların bilinmesidir. Fiilin bizatihi kendisinin haksızlık teşkil edip etmediğinin bilinmesi değil⁴⁴. TCK'nun 34/4

⁴⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, s. 224-225, kn. 68.

⁴¹ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 347; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234. Türk öğretisinde hatanın bu türüne tipiklikte hata denildiği de görülmektedir. (Artuk, Gökçen, Yenidünya, *a.g.e.*, s. 207) Bu tip bir isimlendirme daha ziyade tipikliğin bağımsız bir unsur olarak ele alınmaya çalışılmasından kaynaklanmakta olup esasen bu hata türünde yukarıda belirttiğimiz gibi fiilde kanundaki tanımı altlayan unsurların bulunup bulunmadığı tartışılmamaktadır. Bu tarz bir hata suçun maddi unsurlarındaki hata niteliğindedir.

⁴² Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 2015, s. 462; Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 347.

⁴³ Akbulut, *a.g.e.*, s. 462.

⁴⁴ Koca, Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 347-348; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 234.

maddesinde “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz” denilmiştir. Kanunun kabul ettiği sistemde şayet hata kaçınılabilir nitelikteyse bu durum failin ceza sorumluluğu üzerinde sadece TCK’nun 61. maddesi değerlendirilirken dikkate alınabilir⁴⁵.

Belirtelim ki haksızlık bir yaptırım türü olarak sadece ceza değil güvenlik tedbirlerinin uygulanması hususunda da temel bağlantı noktasını oluşturmaktadır. Zira güvenlik tedbirleri, failin kusurlu olması aranmaksızın, salt haksızlık ifade eden fiiller karşılığında da uygulanabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında haksızlık, güvenlik tedbiri uygulanabilmesinin temel-yeter koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip durumlarda kanun koyucu kusurlu olmasa da failin tehlikeliliğini dikkate alarak toplumu koruma amacıyla gerekli tedbirleri almaktadır⁴⁶.

4. Haksızlık ve Tipiklik İlişkisi

Tipiklik, davranış normuna aykırı fiilin ceza kanunlarındaki suç tarifinin tüm unsurlarını karşılama ifadesini ifade eder. Ceza hukukunda tipten bahsedildiğinde suçun kanundaki şekli ve kalıbı anlatılmaya çalışılmaktadır⁴⁷. Almanca’da “*Tatbestand*” ve “*tatbestandsmäßigkeit*” olarak ifade bulan kavramlar, Türk öğretisinde “tip” ve “tipiklik” şeklinde kullanılmaktadır. Kanun koyucu bu hususta “suçun kanuni tanımı” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Dolayısıyla “tipik haksızlık” denildiğinde özel ya da genel ceza kanunlarıyla tanımlanmış ve yaptırım altına alınmış haksızlıklar kastedilmektedir. Kanun koyucunun benzer fiiller karşısında tekdüze ve tutarlı bir davranış sergileme zorunluluğu; genel, soyut haksızlık tanımları yapmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle ceza kanunlarında, temel karakteristik özellikleri taşıyan ve gelecekte vuku bulacak çok sayıdaki fiil karşısında genel bir değerlendirmede bulunulur⁴⁸. Belirtelim ki burada kastedilen dar anlamda tipiklikdir. Dar anlamıyla tipiklik her suça kendi karakteristik özelliğini

⁴⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s. 462.

⁴⁶ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 25-26.

⁴⁷ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 196.

⁴⁸ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 225; Selahattin Keyman, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 70; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 43-44. Öğretide bazı yazarlar tipikliği suçun bağımsız bir unsuru olarak ele almaktadır. Fakat bu grupta yer alan yazarlar dahi onu esasen suç kalıbı olarak tanımlamaktadırlar. (Bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 205).

veren, onun haksızlık içeriğini belirleyen kanuni tanımdaki maddi ve manevi unsurları içine almaktadır. Geniş anlamda tipiklik denildiğinde ise fiilin haksızlık içeriği ile ilgili olmayan ancak kanuni tanımında yer alıp cezalandırılabilirliğin diğer şartlarını ortaya koyan unsurların da dahil olduğu yapı anlaşılmaktadır. Bu unsurlar her ne kadar suçun oluşumu üzerinde etkili olmasalar da ceza hukukunun güvence fonksiyonu sebebiyle suçun kanuni tanımında yer almaktadırlar⁴⁹.

Failin fiili ceza hukuku açısından tipik olmasa bile hukukun diğer disiplinlerine aykırılık taşıyabilir. Buna karşın tipik her fiil kural olarak hukuka aykırı ve dolayısıyla da haksızdır. Yani her suç bir haksız fiil olmakla birlikte her haksız fiil bir suç değildir⁵⁰. Bu sebeple tipikliğin hukuka aykırılığın karinesi olduğu belirtilmekte, suçun analizinde önce maddi ve manevi unsurlar daha sonra da hukuka aykırılık unsurunun değerlendirilmesi yapılmaktadır. Tipiklik olmadan hukuka aykırılık da olmaz. Bir hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu durumlarda ise şeklen tipik bir fiil ortaya çıkmış olsa bile hukuka aykırılık ve dolayısıyla haksızlık ortadan kalkacaktır⁵¹.

Hangi haksızlıkların suç olarak tanımlanacağını belirlemek sadece kanun koyucuya tanımış bir yetkidir. Güvence fonksiyonu gereği ceza hukukunun alanı son derece keskin sınırlarla belirlenmiştir. Her davranış normuna aykırılık, o normun ilgili olduğu hukuki değeri ihlal etmesi itibarıyla bir haksızlık ifade etse de her haksızlık hukukun uygulama alanına girmez. Keza bir haksızlık, hukukun uygulama sahasına doğrudan ceza hukukundan da giriş yapamaz. Medeni hukukta öngörülen müeyyideler ya da idari yaptırımların yeterli olduğu aşamada “ultima ratio” ilkesi gereği ceza hukuku enstrümanlarına müracaat edilmez. Suç vücuda getiren haksızlığın hukukun diğer alanlarındaki haksızlıklardan özü ve niteliği itibarıyla bir farkı olmasa da bir haksızlığın suç olarak tanımlanabilmesi için diğer disiplinlerdeki yaptırımların hafif kalacağı bir “vehamet” ifade etmesi gerekir. Özgenç’in tanımıyla

⁴⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 175-176.

⁵⁰ Her ne kadar bazı yazarlar suç ile haksız fiil arasında niteliksel bir fark olduğunu iddia etse de bu görüş genel bir kabul görmemiştir. Nitekim suçların kasten, haksız fiillerin ise hem kasten hem taksirle hatta kusursuz dahi işlenebileceği; suçlardan kaynaklanan zararların giderilmesi mümkün değilken, haksız fiilden kaynaklananların giderilebileceği; suçta hukuk düzeni ile mutlak bir çatışma varken haksız fiilde nisbi bir çatışmanın olduğu yönündeki görüşlerinin tamamına yakını için aksi yönde bir çok örnek vermek mümkündür. (Bu görüşler ve ayrıntıları için bkz. Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 28 vd.)

⁵¹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 178; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 46.

suç, haksızlık içeriğinin yüksekliği sebebiyle niceliksel açıdan (kemiyyet itibarıyla) hukuka aykırılık arzeden özel bir fiildir⁵². Eğer haksızlık bir başkasının kişisel haklarını (sözleşmeyi ihlal gibi) ihlal ediyorsa özel hukuk sorumluluğundan bahsedilir. Özel hukuk sorumluluğu da aynen ifa ya da tazmin şeklinde karşımıza çıkabilir. Bununla birlikte özel hukuk sorumluluğu bazı hukuki değerlerin korunması için her zaman yeterli etkiye sahip bir enstrüman değildir. Bu sebeple eğer haksızlık bir başkasının kişisel haklarını ihlal yanında toplumundaki düzen ve barışın bozulmasına da sebebiyet veriyorsa kamu hukuku sorumluluğu doğurması gündeme gelir. Bu durumda fail ceza ve güvenlik tedbirlerine maruz kalabilir. Dolayısıyla suç teşkil eden ve etmeyen haksızlıklar arasındaki ayırım müeyyideden hareketle de yapılabilir⁵³.

B. Hareket Teorilerinin Tarihsel Gelişimi ve Haksızlığın Tespitine

Yönelik Görüşleri

Ceza hukukunda faile uygulanacak yaptırımın temelinde tipik bir haksızlık bulunduğundan haksızlığın, failin hareketinin bizatihi kendisinden mi yoksa bu hareketin ortaya koyduğu zararlı neticelerden mi kaynaklandığı, dolayısıyla haksızlığın mevcudiyeti ve derecesinin harekete ya da neticeye göre mi yoksa her ikisi birlikte değerlendirilerek mi saptanacağı sorusu önem taşımaktadır. Bu konu özellikle Alman öğretisinde uzunca bir süre hararetli tartışmalara neden olmuştur. Zira temelinde bütün bir suç teorisini biçimlendiren hareket teorileri yatmaktadır. Nitekim aşağıda da görüleceği üzere hareket teorilerine istinaden biçimlenen suçun yapısına ilişkin açıklamalar bu soruya belirgin biçimde farklı yanıtlar verilmesine sebep olmuştur.

Bugüne kadar ceza hukuku öğretisinin geliştirdiği; hareketin, suçun ve dolayısıyla haksızlığın izahında önemli ölçüde taraftar bulmuş üç temel yaklaşım olduğu söylenebilir. Bunlardan birincisi klasik suç teorisinin doğal-nedensel hareket

⁵² Göktürk, Özgenç, Üzülmöz, **Ceza Hukukuna Giriş**, s. 3-4; Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi (2. Kitap)**, 3. bs., İstanbul, Beta, 2004; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 38; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 156, 286; Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 1-2, kn. 4.

⁵³ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 35-36.

düşüncesine dayanan “klasik haksızlık teorisi (*klassische Unrechtslehre*)”, ikincisi sosyal hareket teorisinin sosyal hareket düşüncesine dayanan “sosyal haksızlık teorisi (*soziale Unrechtslehre*)”, üçüncüsü de finalist suç teorisinin gai hareket düşüncesine dayanan “şahsi haksızlık teorisi (*personale Unrechtslehre*)”dir. Özellikle birinci ve üçüncü teoriler modern ceza hukukunu uzunca süre meşgul etmiş⁵⁴, tarihsel süreç içerisinde ülkemiz ceza kanunları üzerinde de etkilerini göstermişlerdir. Yukarıda kısmen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun benimsediği suç teorisinden bahsedilmişti. Burada hareket teorilerinin konumuz üzerindeki etkisini 765 sayılı Mülga TCK ve yürürlükteki 5237 sayılı TCK ile ilişkilendirerek açıklamaya çalışacağız.

Klasik ve finalist suç teorilerinin ortaya koyduğu diyalektik zıtlık konunun anlaşılması açısından didaktik etkiler doğurmaktadır. Suç teorilerinin zaman içerisindeki evrimi başlangıçtaki hallerinden ayrı ele alınmasını gerektiren farklılıklar da yaratmaktadır. Bu sebeple ilgili başlıklar altında teorilerin temel kabulleri ve kendi içerindeki farklı görüşlere de yer vermeye çalışacağız. Ayrıca bugüne kadar geliştirilmiş tüm hareket⁵⁵ teorilerinin belli zayıf noktaları bulunduğunu, ceza hukuku öğretisinin hem bu zayıf noktaları ikna edici biçimde gidermek hem de suçun ve hareketin yapısına ilişkin yeni açıklamalar geliştirmek için sürekli bir uğraş içerisinde olduğunu gözardı etmemek gerekir.

Aşağıda ele alacağımız teoriler her şeyden önce tüm suçlar için müşterek bir hareket teorisi geliştirilebileceği düşüncesinden hareket eden yazarlara aittir. Kasıtlı, taksirli, icrai, ihmali tüm hareketler için müşterek bir tanım geliştirilemeyeceğini savunan yazarlar parçalı bir hareket teorisinden yanadır. Fakat suçların tüm işleniş şekillerini kapsayacak bir hareket tanımı yapılması, suçların incelenmesi aşamasında işlenişleri bakımından ayırım yapılmasına engel değildir. Nitekim öyle de yapılmaktadır. Ayrıca bu teorilerin tamamı hareketi, hukuk öncesi ontik bir vaka olarak ele alan yazarlara aittir. Normativist hareket teorisi izlenerek hareket; “normun ihlalidir” şeklinde tanımlandığında tüm bu tartışmalara da mahal kalmayacaktır. Bununla birlikte bu aşırı pozitivist tutum ceza hukukunun cevap

⁵⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 322, kn. 90.

⁵⁵ Bu çalışmada “hareket” kavramı kullanıldığında kast edilen esasen iradi bir insan hareketini ifade etmek üzere kullanılan “fiil”dir. Hukuk öğretisinde insan iradesinin ürünü olmayan dolayısıyla hayvanlara hatta doğa olaylarına bile izafe edilebilecek hareketleri ifade etmek üzere kullanılan “davranış” ile bir ilgisi yoktur. (Kavramlar için bkz. Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 80; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 159)

bulunması gereken teorik sorunlara cevap verememektedir⁵⁶. Dolayısıyla hareket sorununa yönelik bir çözüm bulma gayretinin sürdürülmesi gerekir.

1. Doğal Hareket Teorisi (Klasik Suç Teorisi)

Temsilcileri olan Beling ve von Liszt ile bilinen klasik suç teorisi pozitivist düşünce akımına dayanmaktadır. 765 sayılı mülga TCK'ya yön vermiş olan klasik suç teorisi; suça ilişkin izahlarını doğal-nedensel hareket teorisinden yola çıkarak yapmaktadır. Doğal hareket teorisine göre fiil; hareket, nedensellik bağı ve neticeden oluşan bir bütündür. Her hareket dış dünyada zorunlu olarak bir neticeye vücut verir. Bu sebeple neticesiz bir suç düşünülemez⁵⁷. Bu yaklaşım hareketi, dış dünyada nedensel bir sonuç meydana getiren iradi insan davranışı olarak tanımladığından hareketin amacını kapsam dışı bırakmaktadır. Klasik suç teorisinin temelinde yatan doğal-nedensel hareket teorisine bu ismin verilmesinin sebebi hareketi, nedensel bir sürecin başlatıcısı olarak görmesidir⁵⁸.

Klasik suç teorisi, neticeyi dahi kapsayan bir hareket tanımı benimsediğinden hareket ve neticeden kaynaklanan haksızlığı da bir bütün olarak ele almakta⁵⁹, haksızlığın esasını neticeye dayandırmaktadır. Bu yaklaşıma göre haksızlığa korunan hukuki değer ihlali (*Rechtsgutverletzung*) vücut verdiğinden, haksızlığın belirlenmesinde failin psikik dünyasına ait unsurlar dikkate alınmaz⁶⁰. Netice haksızlığı içerisinde hareket haksızlığı da bir ön koşul olarak bulunmaktadır. Bu yaklaşım, -salt hareket suçlarının olabileceğini kabul etmese de- neticesi harekete bitişik suçlar olarak isimlendirdiği durumlarda netice haksızlığının zarar suçlarına nazaran daha sönük olduğunu, zira netice haksızlığının hareketin icrası içinde erdiğini iddia etmek durumunda kalmıştır. Buna karşın hukuki değer bir zarara uğramadığı ya da somut bir tehlikeye maruz kalmadığı soyut tehlike suçlarının kanunlarda kabul edilmiş olması, haksızlığın daima hukuki değer ihlaline

⁵⁶ Hareket teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 190 vd.; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 80 vd.

⁵⁷ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker-Humboldt, Berlin, 1996, § 22, s. 202; Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 34, kn. 89; Zaczyk, "Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm", s. 76.

⁵⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s. 192; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 60.

⁵⁹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 225.

⁶⁰ Detlef Krauß, "Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht", **ZStW**, C.76, S.1, 1964, s. 22-23.

dayandığı yönündeki görüşe kanun koyucunun itibar edilmediğinin en açık delilidir⁶¹.

Bu tartışmaların pratiğe yansıyan en önemli sonucu hukuka uygunluk sebeplerinde kendini göstermektedir. Klasik suç teorisine ait yukarıda belirttiğimiz ön kabullerin sonucu olarak hukuka uygunluk sebeplerinin objektif koşullarının olduğu durumlarda fail bu koşulların gerçekleştiğini bilmesede dahi neticenin hukuka aykırılığı ortadan kalkacağı için (harekete de bağımsız bir haksızlık değeri tanınmadığından) failin cezalandırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁶².

Klasik suç teorisine taraftar yazarlar kast ve taksiri haksızlık alanının dışında bırakarak kusur alanında değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Bu sebeple bu yaklaşıma “objektif haksızlık teorisi” denildiği de görülmektedir. Zira klasik suç teorisi “dışsal”, “objektif” olan tüm unsurları haksızlık alanına dahil edereken; “içsel”, “subjektif” olan tüm unsurları da kusur alanına itmiştir. Bu kabulün zorunlu sonucu da manevi unsurun bir bileşeni olan kastın kusur sahasında değerlendirilemesi olmuştur⁶³.

Belirtelim ki doğal hareket teorisini kabul eden yazarlar dahi hareket ve neticenin bu denli bitişik ele alınmasının uygun bir yöntem olmadığını fark etmişlerdir. Fiili; hareket-davranış netice ve nedensellik bağından oluşan bir bütün olarak ele alan yazarlardan Petrocelli bile, hukuk düzenin sadece insan hareketiyle ilgilendiğini, neticenin insanla ilgisi olmayan bir doğa olayından dahi kaynaklanabileceğini belirterek haksızlık yargısının konusunun hareketten ibaret olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte klasik teori içindeki hakim görüş, hukukun amacının zararlı neticeleri önlemek olduğu, harekete de neticenin önem kazandırdığı, haksızlık yargısının neticeye göre yapılacağı yönünde olup, hareket ve neticenin bir madalyonun iki ayrı yüzü gibi olduğu şeklindedir⁶⁴.

⁶¹ Kristian Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, **JuS**, S. 6, 2008, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 29.

⁶² Akbulut, **a.g.e.**, s. 360; Selman Dursun, Ali Emrah Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, **İÜHFİM**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 82 vd.; Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 81, 255-256.

⁶³ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 228; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 59; Karl Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, 20. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, Vor § 13, s. 77.

⁶⁴ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 119-121.

Klasik suç teorisinin esas aldığı doğal-nedensel hareket teorisi, özellikle ihmalî suçları kapsayıcı bir hareket tanımı geliştirememesi ve hareketin yöneldiği amacı dikkate almaması sebebiyle ciddi anlamda maluldür⁶⁵. Nitekim klasik suç teorisi Türk öğretisinde de artık terkedilmiştir.

2. Geçiş Süreci (Neoklasik Teori)

Yeni kantçı (*Neukantianismus*) düşüncenin etkisiyle gelişen neoklasik teori, klasik teoriden önemli bir sapmayı ifade etmemekle birlikte hareketi irade ile ilişkilendirmeye çalışması bakımından önem taşımaktadır⁶⁶. Bu süreçte klasik suç teorisinin suçun objektif unsurlarını haksızlık; subjektif unsurlarını da kusur sahasına dahil eden düşünce tarzı sarsılmaya başlamıştır. Katı objektif teorinin bazı eksiklikleri olduğunu fark eden yazarlar, “maksat suçları (*Absichtsdelikten*)” gibi kavramlardan hareketle subjektif unsurları da haksızlık sahası içerisine dahil etmeye çalışmışlardır⁶⁷. Yani neo-klasik teori ile haksızlığın sadece objektif bir değerlendirmeden ibaret kalamayacağı faile ait manevi unsurları da ihtiva etmesi gerektiği düşüncesi kabul edilmeye başlamıştır⁶⁸.

Neo-klasik teori suç tanımları içerisinde yer alan bazı manevi unsurların tamamen tipiklik sahası dışında değerlendirilemeyeceğini farketmiştir. Kanun koyucunun StGB § 242’de hırsızlık suçunu tanımlarken “mal edinmek maksadıyla” (aynı şekilde karşı. TCK md 141/1 “yarar sağlamak maksadıyla”), StGB § 253’te şantaj suçunu tanımlarken “zenginleşme amacıyla”, StGB § 263’te dolandırıcılık suçunu tanımlarken “çıkar sağlama amacıyla” gibi ifadeler kullanarak özel kast unsurlarına yer vermesinden hareketle haksızlığın subjektif unsurları da olabileceği kabul görmeye başlamıştır. Bu noktadan başlayan gelişme kendi içerisinde bazı görüş farklılıkları barındırmakla birlikte finalist hareket teorisinin dayandığı kişisel haksızlık teorisine kadar sürmüştür. Bu teorinin gelişmesiyle birlikte de haksızlık, nedensel sürecin ürünü olan netice ya da durum (*Erfolgunwert - Sachverhaltsunwert*) değersizliğine değil; hukuken kabul görmeyen iradeden kaynaklanan hareket

⁶⁵ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 84

⁶⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 22, s. 204 vd.

⁶⁷ Harro Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, **ZStW**, S. 87, 1975, s. 541.

⁶⁸ Hatta neo-klasik teori ile örneğin ölüm neticesini ortaya koyan kasıtlı ya da taksirli fiillerin kusur değil haksızlık derecesinin farklı olduğu dahi söylenmiştir. (Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 61-62).

değersizliğine (*Handlungsunwert*, -ya da aynı anlama gelmek üzere-*Verhaltensunwert*, -veya- *Aktunwert*) dayanarak açıklanmıştır⁶⁹.

Ne var ki subjektif unsurların haksızlık alanına dahil edilmesi fikri ceza hukukunda kısa bir süre içerisinde ve direkt gerçekleşmemiş, nispeten yakın bir zamanda kabul görebilmiştir. Bununla birlikte yukarıda açıkladığımız gerekçelerle sorumluluğun belirlenmesinde failin neticeye yönelik iradesinin hiç dikkate alınmaması da makul bulunmadığından ilk aşamada; haksızlığın bağımsız bir subjektif unsuru olabileceği kabul edilmemekle birlikte “haksızlığın subjektif şartları (*subjektive Bedingungen des Unrechts*)” ve “subjektif haksızlık unsurları (*subjektive Unrechtselemente*)” gibi geçiş teorileri geliştirilmiştir⁷⁰. Ancak Alman ceza hukukunda Graf zu Dohna, Weber, Lange, Gallas, Mayer, Schaffstein gibi yazarlar haksızlık içerisinde subjektif unsurlara sadece bir istisna olarak yer vermenin tatmin edici olmadığını, istisnanın kurala dönüşmesi gerektiğini açıkça zikretmişlerdir⁷¹.

İşte Welzel tam bu noktada şahsi haksızlık teorisini ortaya atarak bünyesinde hem objektif hem de subjektif unsurlar ihtiva eden bir haksızlık teorisi geliştirmiştir. Buna göre failin kişiliği fiiline bir damga vurur ve faile onun bir eseri olarak isnat edilebilecek hareketler haksızlığın esasını oluşturur. Failin fiiliyle hangi gayeye dönük olarak hareket ettiği haksızlık üzerinde belirleyicidir. Ceza hukukunda neticenin en temel fonksiyonunun isnadiyet ilişkisini kurmak olup, netice haksızlığın tespitinde asla tek başına belirleyici değildir⁷².

3. Gai Hareket Teorisi (Finalist Suç Teorisi)

a. Welzelci Finalizm

Alman ceza hukukunun teorik temelinde yukarıda değindiğimiz haksızlık ve kusur ayrımı yatmaktadır. Ancak bu ayrım uzun bir tarihsel gelişim sonucu ortaya

⁶⁹ Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, Vor § 13, s. 77; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 52-53.

⁷⁰ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 229; Krauß, “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, s. 25-31.

⁷¹ Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, s. 542.

⁷² Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 229; Krauß, “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, s. 25-31; Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, s. 542.

çıkabilmiştir ve dogmatik tüm çalışmalar gibi bilinçli bir emeğin ürünüdür. 20. yy'ın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan ve gelişimini sürdüren gai hareket teorisi Alman ceza hukuku dogmatığının geçirdiği büyük dönüşümün de lokomotifi olmuştur⁷³. Finalist teorinin babası Welzel ile birlikte hareket haksızlığı, haksızlığın içeriğini belirlemede birincil bir fonksiyon üstlenmeye başlamış ve nedensel sürecin ürünü olan netice haksızlığı ikincil konuma düşmüştür⁷⁴.

Welzel, hareket değersizliğinin netice değersizliğinden bağımsız olarak da vücut bulabileceğini belirterek kanun koyucuların esasında netice-durum değersizliğinin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla hareket değersizliğini yaptırım altına aldığını ileri sürmüştür. Yazara göre hareket değersizliği, ceza normunun sosyo-etik arka planını oluşturmaktadır. Ceza hukukunun görevi toplumsal yaşamın temel değerlerini korumaktır ve bu da hukuki değerlerin mahfuz olduğu zihniyet ve hareket değerlerini (*Gesinnungs-, Handlungswert*) koruyarak mümkün olur⁷⁵.

Bu teori emir ya da yasak normuna aykırılık niteliğindeki hukuki ihlallerin kör bir nedensel süreçte değil, gai bir fiil sonucu gerçekleştiğini kabul ettiği için, kastı haksızlık sahasında değerlendirilme imkanı doğmuş, böylece kusurun (kınama yargısının) suçun unsurları dışında itilmesi kolaylaşmıştır. Finalist yaklaşım, insanın; hareketinin sebep olacağı muhtemel nedensel süreci öngörebilme ve irade sahibi bir varlık olarak faaliyetini buna göre dizayn edebilme kabiliyetine sahip olmasına dayanır. Bu sebeple fiili bilinçli ve belli bir gayeye matuf hareket olarak ele alır⁷⁶. Belirli bir amaçtan bağımsız olarak hareketin sonuçlarını dikkate alan klasik teoriden farklı olarak; gai hareket teorisinde insanın hareketiyle neyi amaçladığına bakılmaktadır. Bu yaklaşımda hareket yönlendirici irade tarafından hakim olunan bir hedefin gerçekleştirilmesidir (*Zielverwirklichung*)⁷⁷. Dolayısıyla haksızlık neticeye

⁷³ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 26-27; Otto, “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, s. 541.

⁷⁴ Zaczyk, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, s. 76

⁷⁵ Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht : Eine Systematische Darstellung**, 11. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 2-4.

⁷⁶ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 30-33.

⁷⁷ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 63; Zaczyk, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, s. 76.

bağlı olarak değil esasen hareketin gerçekleşmesi yoluyla oluşmaktadır. Zira hareket haksızlığı kast ve maksattan kaynaklanan haksızlığın da taşıyıcısı durumundadır⁷⁸.

Hareketin gayesi fiilin içine bu seviyede dahil edilince kast ile de bütünleşmektedir. Dolayısıyla fiili yönlendiren gai irade yani kastın, hem tipe uygun fiilin hem de hukuka aykırılığın subjektif unsuru olarak değerlendirilmesi de mümkün olmaktadır. Welzel hareketin gerçekleşmesini temel olarak iki aşamalı açıklamıştır. Yazara göre öncelikle düşünsel süreç gerçekleşmektedir. Bu süreç kendi içerisinde niyetlenme, hareketin yöntemini seçme ve yan sonuçları göze alma aşamalarından oluşur. Bu aşamadan sonra da hareket icra edilerek dış dünyadaki tezahürü gerçekleştirilir⁷⁹.

Belirtelim ki finalist teori taraftarları arasında da haksızlık kavramını ele alışları itibarıyla temel olarak üç farklı görüş bulunmaktadır: Finalist teori içerisindeki hakim görüş haksızlık kavramını *düalist* bir yaklaşımla ele almaktadır. Buna göre haksızlık, hukuka aykırı gai hareketin bizatihi kendisinden kaynaklanan kişisel/*personal* hareket haksızlığı (*Handlungsunwert*) ve hukuka aykırı neticenin ortaya çıkmasına dayanan nedensel/*kausal* netice haksızlığı (*Erfolgswert*) olmak üzere iki bileşene dayanmaktadır⁸⁰.

Bu teoriden daha sonra ortaya çıkan ve Welzelci finalizmin radikal bir takipçisi olan ikinci görüş ise *monist-subjektif* bir haksızlık kavramından yanadır. Buna göre haksızlık sadece hukuka aykırı hareketin temelindeki iradeye dayanmakta olup esasen bir “niyet/maksat haksızlığı (*Intentionsunwert*)”ndan ibarettir. Bu yaklaşıma göre netice, haksızlığın değil sadece cezalandırılabilirliğin bir şartıdır (objektif cezalandırılabilme şartı)⁸¹.

Olayı daha da karmaşık hale getiren düalist görüşün de kendi içerisinde iki alt gruba bölünmesidir. Düalist görüş içerisindeki ilk gruba göre hareket haksızlığı, haksızlığın objektif unsurlarından birisidir. İkinci grup ise hareket haksızlığını,

⁷⁸ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 231; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 84; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 322, kn. 89.

⁷⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 192-193.

⁸⁰ Dursun, Bozbayındır, “Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi”, s. 69; Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 157; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 24, s. 239

⁸¹ Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 157.

monist-subjektif görüş gibi sadece bir niyet haksızlığı olarak ele almakta, diğer tüm objektif unsurları da netice haksızlığı içinde değerlendirmektedir. Bu yaklaşımlar arasındaki fark özellikle hukuka uygunluk sebepleri üzerinde düşünürken belirginleşmektedir. Ortak noktaları ise teorik açıklamalarını davranış normlarının ihlalden hareketle yapmalarıdır. Buna göre davranış normları bir yasak (*Verbot*) ya da emir (*Gebot*) hükmü ihtiva eder. Bu özellikleri sayesinde de bireyler üzerinde hukuki değer ihlalden kaçınma etkisi yaratırlar. Dolayısıyla davranış normları sadece gai-final hareketle ihlal edilebilir. Bu yüzden de haksızlığın esasen hareket haksızlığına dayandığı ittifakla kabul edilir. Bu parçalanmış yapıyı yorumlayan Gallas haksızlık kavramıyla ilgili olarak finalist teoride sadece görünüşte ittifak bulunduğunu ayrıntıya inildiğinde gerçek bir ittifak olmadığını görüleceğini belirtmektedir. Zira monist-subjektif yaklaşım ve düalist yaklaşımın ikinci kolu, hareket haksızlığının sadece bir “niyet haksızlığı”ndan yani suç işleme kararından kaynaklanan haksızlığı ifade ettiği hususunda hemfikirdir. Bu sebeple de suçun konusunun reel olarak değil failin zihninde düşünsel olarak bulunmasını önemserler. Düalist görüşün diğer yorumunda ise gai-final hareketten bir objektif bir de subjektif unsur çıkarılmakta ve hareket haksızlığı her iki unsur ile de ilgili görülmektedir⁸².

Welzel ceza hukukunun ödevinin temel toplumsal değerleri korumak olduğunu belirtmiştir. Buna göre her insan hareketi iyi ya da kötü yönünde bir değerlendirmeye tabi tutulur. Neticeye göre tayin edilen netice ya da durum değeri (*Erfolgs-, Sachverhaltswert*) iken bundan bağımsız olarak sadece fiile bakılarak tayin edilen ise hareket (*Aktwert*) değeridir. Örneğin failin bir şeyler çalmak amacıyla boş bir çantaya elini uzattığı durumda neticeye ulaşılmasından bağımsız bir hareket değersizliği söz konusudur⁸³. Nitekim finalist teorinin haksızlığın esasen harekete dayandığı yönündeki görüşüne gösterdiği en önemli dayanak ceza kanunlarındaki “teşebbüs” düzenlemeleridir. Zira netice gerçekleşmeden sırf teşebbüsle ceza sorumluluğu doğduğunun kabul edilebilmesi için hareketin yöneldiği gayeyi haksızlığın subjektif unsuru olarak kabul etmek zorunludur⁸⁴. Yine bu teorinin ön kabullerinin bir sonucu olarak failin hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarının gerçekleştiğini bilmediği yani hukuka uygunluğun manevî unsurunun bulunmadığı

⁸² Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 157.

⁸³ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 1-2.

⁸⁴ Krauß, “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, s. 39.

durumlarda bundan yararlanması olanaklı değildir. Zira bu tip durumda hukuka uygunluk sebebi sadece neticenin yarattığı haksızlığı ortadan kaldıracak ancak hareketin ifade ettiği haksızlık varlığını sürdürdüğünden failin sadece teşebbüsten dolayı cezalandırılması gündeme gelebilecektir. Bu yaklaşım şekli günümüz Alman hukukunda hakim durumda olduğu gibi Türk hukukunda da pek çok yazar tarafından desteklenmektedir⁸⁵. Üstelik Alman öğretisindeki bir görüşe göre hukuka uygunluğun manevi unsurunun eksikliği durumunda bu sonuca varılması sadece şahsi haksızlık teorisinin zorunlu bir sonucu olmayıp ilave dayanaklara da sahiptir. Zira Alman hukukunda kanun koyucu elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmasını tercih etmiştir. Elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması hukuka düşman düşüncelerin hayata geçirilme çabasının müstakilen ceza hukuku anlamında bir haksızlık olarak değerlendirilmesine dayanmaktadır. Elverişsiz teşebbüsün dahi cezalandırıldığı bir sistemde failin hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmadığı vakalarda netice haksızlığının bulunmadığı gerekçesiyle cezalandırılmaması düşünülemez. Çünkü bu tip olaylarda da fail hukuka aykırı davranma iradesini açıkça ortaya koymaktadır. Failin davranışının tehlikeliliği dikkate alınarak elverişsiz teşebbüs cezalandırılırken, hukuka uygunluk nedeninin manevi unsurunun bulunmadığı vakalar cezalandırmamanın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir⁸⁶.

Welzel'in geliştirdiği gai-final hareket teorisi Türk öğretisinde düalist görüşün ilk grubuna ait yaklaşımla kabul görmüştür. Teorinin Türk öğretisindeki taraftarları hareket ve neticeyi suçun maddi unsurunun ayrı elemanları olarak ele almaktadır. Bu yaklaşıma göre tipik hareket haksızlığın özüdür ve ister objektif ister subjektif nitelikte olsun hareketin tüm unsurları -gai irade de buna dahil olmak üzere- haksızlık üzerinde etki sahibidir. Bu sistemde her suçun neticeli bir suç olması gerekmediği, sırf hareket suçlarının da olabileceği kabul edildiğinden haksızlığın neticeden bağımsız olarak izah edilmesinde de teorik bir tutarsızlık yoktur⁸⁷.

⁸⁵ Hohn, "Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsrecht", s. 495; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 255-256; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 434; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 60. Bu tip durumlarda failin tamamlanmış teşebbüsten cezalandırılması ya da hiç cezalandırılmaması gerektiğini savunan görüşler ve gerekçeler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 360; Dursun, Bozbayındır, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", s. 76 vd.

⁸⁶ Dursun, Bozbayındır, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", s. 72.

⁸⁷ Krauß, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", s. 38; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 321, kn. 88.

Monist-subjektif görüş hariç bırakıldığında finalist yaklaşımda hareket haksızlığının kastı kapsadığının kabul edilmesi dışsal koşullardan hiçbir şekilde etkilenmeyen genel bir zihniyet haksızlığından bahsedildiği manasına gelmez. Kastın bulunmaması halinde hareket haksızlık ifade etmeyecek olmakla birlikte salt kastın varlığı da diğer objektif şartların yokluğunu telafi etmez. “Fiil ceza hukuku”, failin fiilinin sosyal değersizliğinin azaldığı hallerde daha az cezalandırılmasını gerekli kılar. Yani hareket haksızlığı final-nedensel bir anlam bütünlüğü içerir ve objektif ve subjektif unsurlardan oluşur. Netice ise gai hareketin basit nedensel süreç içerisindeki karşılığıdır⁸⁸.

Daha derinlemesine ve daha özetleyici bir anlatımla finalist suç teorisinde; hareketin ifade ettiği haksızlık ya da değersizliğin oluşabilmesi için (*Handlungsunrecht - Handlungsunwert*) suçun subjektif unsurlarının bulunması, hukuka uygunluk sebeplerinin ise subjektif koşulunun bulunmaması gerekir. Neticenin ifade ettiği haksızlık ya da değersizlik (*Erfolgssunrecht - Erfolgssunwert*) ise suçun netice de dahil tüm maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesine ve somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin objektif ve subjektif koşullarının bulunmamasına bağlıdır. Bu sistemde gailik-amaçsallık (*Finalität*) hareketin; hareket de haksızlığın temel dayanak noktasıdır⁸⁹.

Öğretide finalist hareket teorsine taraftar olanların haksızlığı salt harekette dayandırarak açıklamaya çalışması eleştirilmiştir. Bu düşüncenin temelinde “netice haksızlığı”nın haksızlığın objektif yönünü “hareket haksızlığı”nın da haksızlığın subjektif yönünü oluşturduğu yönündeki fikrin yattığı belirtilmektedir. Oysa ki hareket ve neticenin ifade ettiği haksızlık ayrımı tipikliğin objektif-maddi ve subjektif-manevi unsurları ayrımından farklıdır. Bu sebeple hareket haksızlığının salt bir niyet haksızlığı olarak değerlendirilmesi yanlış olur. Hareket haksızlığının da objektif bir yönü vardır⁹⁰.

⁸⁸ Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 159-162.

⁸⁹ Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 6, s. 56, kn. 6; Diethart Zielinski, **Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss**, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1973, s. 308.

⁹⁰ Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgssunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 27.

Tüm bu açıklamalara rağmen finalist suç teorisinin vardığı sonuçlar gai bir hareketin net şekilde tespit edilemediği taksirli ve ihmali suçlar için eleştirilmiştir. Fakat teori taksirli suçlarda da gai bir hareket olduğunu ancak bu hareketin hukuken önemli olmayan bir neticeye yöneldiğini; özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin, iradesinin kapsamadığı fakat hukuken önemli bulunan bir neticenin gerçekleşmesine sebep olduğunu belirterek bu eleştireye cevap vermeye çalışmıştır. İhmali suçlarda ise aktüel bir gailiğin bulunmadığını kişinin muhtemel iradi hareketinin yeterli görüldüğü belirtilmektedir. Burada failin ihmal edilen harekete egemen olma düşüncesi öne çıkarılmaya çalışılmıştır⁹¹. Keza finalist hareket teorisinin otomatik şekilde gerçekleşen hareketleri izahta da yetersiz kaldığı belirtilmiştir. Fakat bu eleştiriye de bu tip durumlarda bilinçli olarak mevcut olmasa bile her an gai bir yönelendirmenin söz konusu olabileceği belirtilerek cevap verilmeye çalışılmıştır⁹².

b. Radikal Finalist Görüş

Finalist görüşü savunan yazarlardan bir grubu radikal bir yaklaşım ortaya koyarak, neticenin hareketin tamamen tesadüfi bir sonucu olduğunu, bu durumun da haksızlığı sadece harekete bağlamayı zorunlu kıldığını belirtmişlerdir. Bu görüşe göre netice taksirli suçlarda dahi herhangi bir role sahip değildir. Taksirli suçlarda haksızlık, özen yükümlülüğünü ihlal eden hareketin icrası suretiyle gerçekleşir. Dolayısıyla neticenin yalnızca bir objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde olduğunu ve ceza miktarı üzerinde bir etkisi olamayacağını kabul etmek gerekir⁹³.

Radikal finalist Kaufmann ve öğrencileri olan Zielinski ile Sancinetti gibi yazarlara göre haksızlık kavramının esasını hareket oluşturmaktadır. Norm bireye sadece ihmali veya icrai bir hareketi emredebilir. Neticenin kendisi normdaki emir olamaz. Zaten bir çok olayda neticenin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi bir tesadüfün eseridir ve bu sebeple neticeyi suçun bir unsuru olarak değil sadece objektif cezalandırılabilme şartı olarak görmek daha isabetlidir. Haksızlık normda yer alan emirle çatışma halidir ve aslında hareket istencinin içerisinde bulunur.

⁹¹ Akbulut, **a.g.e**, s. 193; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 85.

⁹² Akbulut, **a.g.e**, s. 193-194.

⁹³ Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, Vor § 13, s. 78; Zielinski, **a.g.e**, s. 309.

Neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesinin haksızlığın oluşumu bakımından bir önemi yoktur. Kasıtlı suçlar teşebbüsün tamamlanmasıyla yani failin suç yolunda geri dönülemez aşamayı geçmesiyle işlenmiş olur. Bu sebeple elverişsiz de olsa teşebbüs haksızlığın prototipini oluşturur. Taksirli suçlarda ise failin özen yükümlülüğüne aykırı hareketi ile tüm haksızlık gerçekleşmiş olur. Taksirli suçlarda neticenin gerçekleşmesi sadece objektif cezalandırılabilme şartıdır. Dolayısıyla neticesiz taksir (*folgenlose Fahrlässigkeit*) denilen durumlarda da haksızlık bütünüyle vücuda gelmiştir⁹⁴.

Schönke-Schröder kısmen benzer bir yaklaşımla bu hususu şu şekilde özetlemektedir. Hareket ve netice haksızlığı kavramlarının ayrı ayrı anlam ifade edebilmesi için hareket haksızlığının “yapmamalı (*Nicht-Tun-Sollen*)” emrini ihtiva eden belirleyici norma aykırılık (*Bestimmungsnorm*) ile sınırlanması gerekir. Kasıtlı bir suçta norma aykırılığı vücuda getiren ve maksat haksızlığını (*Intentionsunwert*) ortaya koyan değersizlik; taksirli suç bakımından da özen yükümlülüğüne aykırılığın ortaya çıkmasıyla (*Sorgfaltsmangelunwert*) gerçekleşmiş olur⁹⁵. Netice haksızlığı ise olmamalı (*Nicht-sein-sollen*) emrini ihtiva eden değerlendirme normunun (*Bewertungsnorm*) ilgili olduğu değer niteliği ve niceliğine göre, ihlalin şekli ve kapsamına göre farklı derecede değersizlikler ifade eder. Netice haksızlığından sadece dışsal dünyada zuhur eden tipik zarar ya da tehlike neticesi anlaşılmaz. Salt hareket suçlarında karşımıza çıkan ve teknik anlamda bir netice olmamakla birlikte değersiz bir durum ifade eden durum haksızlığını (*Sachverhaltsunwert*) da kapsar⁹⁶.

Bu yaklaşım tarzı haksızlığın belirlenmesinde hareket ve neticeyi sert bir şekilde birbirinden ayırdığı için öğretide ciddi şekilde eleştirilmiş, kanundaki neticesiz suç tanımlarının bu tarz bir kabul için yeterli olmadığı, bu açıdan bakınca hayatın tamamının tesadüften ibaret olduğu ifade edilmiştir⁹⁷. Ayrıca Alman kanun koyucu radikal finalistlerin yaklaşımını benimsemediğini taksirli suçlarda

⁹⁴ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 236; Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 29; Claus Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, *ZStW*, S. 116, 2004, s. 937; Zaczyk, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, s. 77.

⁹⁵ Schönke, Schröder, *a.g.e.*, §§ 13, kn. 56.

⁹⁶ Schönke, Schröder, *a.g.e.*, §§ 13, kn. 57.

⁹⁷ Zaczyk, “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, s. 78.

sorumluluğu daima neticeye dayandırarak ve kasıtlı suçlara teşebbüsü de daima tamamlanmış suça nazaran daha az cezalandırma yoluna giderek göstermiştir⁹⁸.

Her ne kadar Alman hukukunda elverişsiz teşebbüs olarak isimlendirilen ve suçun konusu ya da araçları üzerindeki hatalı tasavvur sebebiyle suçun sadece failin zihninde vücut bulduğu durumlarda da cezalandırılabilen kabul edilmesinden ve soyut tehlike suçlarından yola çıkılarak, hareket haksızlığının (monist-subjektif görüş gibi) esasen maksat haksızlığı ile özdeş olduğu iddia edilmiş ise de ceza hukuku haksızlığı niyet ile değil fiille orantılı bir reaksiyon olarak cezai yaptırım altına aldığından haksızlığı bütünüyle suç işleme iradesine dayandırmak mümkün değildir. Kriminal hareket hukuki değer ihlali hususunda ciddi bir risk yaratması sebebiyle haksızlık yargısına konu olmaktadır. Failin dışa yansıyan iradi beden hareketleri sadece onun suç işleme kararını ortaya çıkarmaz aynı zamanda gerçekleştirir. Bu sebeple Alman öğretisinde de belirtildiği gibi elverişsiz teşebbüs durumunda aslında istisnai ve özgün bir durum olarak sadece kriminal suç işleme kararının icrasına dayanan bir “teşebbüs haksızlığı” vardır. Monist-subjektif görüş de failin suç işleme kararını sadece buna uygun bir fiille realize edebileceğini kabul etmektedir. Ancak bu görüşe göre hareket ister başarılı ister başarısız olsun aynı subjektif fikre dayanır ve aynı haksızlığı ifade eder. Zira iki durumda da aslında aynı “itaatsizlik haksızlığı” mevcuttur. Halbuki hareket haksızlığı bir yönüyle kriminal kararın icrasındır (teşebbüs haksızlığı) diğer yönü ile de bunun gerçekleşmesidir. Yani sırf hareket suçlarında suç tipinin gerçekleşmesini, netice suçlarında da neticenin gerçekleşme tehlikesinin yükseltilmesini sağlar. Bu durum failin suç işleme kararını icraya koyması ile tamamlanmış suç yaptırımının uygulandığı sırf hareket suçlarında bir problem gibi gözükse de aslında değildir. Hareketten kaynaklanan haksızlığının şekli yönünü oluşturan norma aykırılık derecelendirilebilir olmadığından cezanın miktarının belirlenmesi aşamasında mutlaka hareketin maddi içeriğinin dikkate alınması gerekecektir. Bu da yasak normunun koruma amacının (*Schutzzweck*), hareketin sosyal tehlikeliliğinin (*Sozialschädlichkeit*) dikkate alınması yoluyla olur. Bu tarz bir derecelendirme yapılması failin subjektif tasavvurunun farklı olduğu anlamına da gelmez⁹⁹. Üstelik elverişsiz teşebbüs ve soyut tehlike suçları ceza

⁹⁸ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 30.

⁹⁹ Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 159-162.

hukukunda istisnai alanlardır. Hatta elverişsiz teşebbüsün bizatihi kendisi dahi şüphe edilmesi gereken bir kurumdur. Nitekim Türk kanun koyucu elverişsiz teşebbüsü cezalandırma yoluna gitmemiş, öğretilen de bu yönde kuvvetli bir talep gelmemiştir.

Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi bu yaklaşım tarzı da taksirli suçları açıklama hususunda handikaplıdır. Hareket haksızlığı ceza sorumluluğunun esası olarak görüldüğünde taksirli suçlara teşebbüs de cezalandırılabilir hale gelmektedir. Zira taksirli suçlarda hareketin haksızlığı objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranış ile gerçekleşmektedir. Ancak Alman kanun koyucu kasıtlı suçlarda hareketin haksızlığını teşebbüs kurumuyla cezalandırırken taksirli suçlarda bu yönde bir tercihte bulunmamıştır¹⁰⁰. Nitekim bu yaklaşımın taraftarı Sancinetti dahi radikal finalist görüşün tüm taksirli suçları adeta kasıtlı tehlike suçlarına dönüştürdüğünü itiraf etmiştir. Ancak yine de taksirli suçların sadece neticeyi ortaya koymaları durumunda cezalandırılabilirlik kazanmasını ultima-ratio ilkesine bağlamıştır. Aksi takdirde devlete anormal bir müdahale yetkisi verilmiş olacağını belirtmiştir¹⁰¹.

Keza şayet tehlike suçları alanında sadece failin zihniyetini esas alıp failin etkilerini bütünüyle değerlendirme dışı bırakacak olursak olaylara gerçek bir tehlike doğup doğmadığına bakılmaksızın aynı şekilde muamele edilmesine ve birey özgürlükleri sahasına hukuki açıdan uygun olmayacak şekilde müdahale edilmesine kapı aralamış olacağımıza da dikkat etmek gerekir.

Diğer yandan bütünüyle hareketin haksızlığı öne çıkarılarak neticenin haksızlığı geriye itilecek olursa bir suçun tam teşebbüs aşamasında kalmış hali ile tamamlanmış halinin aynı şekilde cezalandırılması gerekirdi. Oysa ki tamamlanmış teşebbüs hiçbir zaman tamamlanmış suç gibi cezalandırılmamalı kanun koyucunun yaptığı gibi bir indirim imkanı tanınmalıdır (StGB § 23/2 karşı. TCK md. 35). Zira tamamlanmış teşebbüsün sonuçlanan bir icraya nazaran başarısız kalmasının sebebi genellikle failin kriminal enerjisindeki düşüklüktür. Ayrıca kasten öldürme suçu bakımından düşünüldüğünde bir insanın ölüp ölmemesinin ortaya koyduğu sosyal

¹⁰⁰ Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 28.

¹⁰¹ Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 939.

etki de farklıdır. Bir hareketin bireysel değil sosyal anlamı da son derece önemlidir ve hareketin sosyal anlamı da failin zihninden okunamaz¹⁰².

Alman öğretisinde bazı suç tiplerinde özel bir haksızlık seviyesi olarak failin suç tipiyle korunan hukuki değeri hiçe sayması anlamında “failin zihniyetinin kınanabilirliği (*Verwerflichkeit der Tätergesinnung*)” kavramı kullanılmaktadır. Buna öğretide “zihniyet haksızlığı/ değersizliği, (*Gesinnungsunwert, -unrecht*)” de denilmektedir. Bu gibi durumlarda failin ancak fiilinin hukuk düzeni açısından özel bir haksızlık ifade etmesi durumunda cezalandırılabilmesi belirtilmektedir. Yani bu kavram tipikliğin bir unsurudur ve haksızlıktan bahsedilebilmesi için ilave bir değerlendirme daha yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁰³. Bir görüşe göre ise bu kavram failin tavır veya tutumunun hukuken korunmayan bir değersizlik ifade ettiğini belirtmek üzere kullanıldığından haksızlık sahasından çok kusur alanını ilgilendirmektedir¹⁰⁴. Türkçeye zihniyet değersizliği olarak çevirebileceğimiz “*Gesinnungsunwert*” kavramı esasında radikal finalist teorinin etkisiyle hareket değersizliği ile eş anlamda kullanılmaya çalışılmış bu seviyede bir yorumu reddedenler tarafından da kusur içeriğiyle ilgili olarak ele alınmıştır¹⁰⁵. Örneğin cebir suçunu düzenleyen StGB § 240 ve şantaj suçunu düzenleyen StGB § 253’te “cebir veya tehdidin (*verwerflich*) takbih edilecek nitelikte” olması gerektiği ifade edilmiştir. Takbih etmek, kınamak ve ayıplamak anlamına gelmektedir ve esasında bu durum tüm suç tiplerinin ortak özelliğidir. Hal böyle iken Alman kanun koyucunun bazı suç tiplerinde neden ayrıca böyle bir ifadeye yer verdiğini tespit etmek zorlaşmaktadır. Alman ceza hukuku öğretisinde bu ifadenin fiilin “kötü bir amaca dönük araç olma” özelliğini belirttiği, düzenlemenin mefhumu muhalifinden hareketle bu koşul gerçekleşmediği müddetçe fiilin sosyal açıdan uygun sayılacağı ve cezalandırılmayacağı belirtilmektedir¹⁰⁶. Esasında benzer bir durum Türk hukuku için de geçerlidir. TCK md. 106/1’de tehdit suçu tanımlanırken “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir

¹⁰² Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 938-939.

¹⁰³ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 226.

¹⁰⁴ Gropp, a.g.e, § 1, s. 34, kn. 91-92, kn. 33 vd. Yazar bu kavramın günümüzün liberal ceza hukukundan çok totaliter rejimlerde önem taşıdığını belirtmiştir. (Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 22).

¹⁰⁵ Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 6, kn. 15-16.

¹⁰⁶ Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, İstanbul, Beta, 1998, s. 87.

saldırı gerçekleştireceğinden bahisle ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit eden” kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Her ne kadar suç tanımı lafız itibarıyla ele alındığında kanun koyucunun salt tehdit fiilinin gerçekleşmesini yeterli gördüğü düşünülebilecek ise de öğreti ve uygulamada istikrarla mağduru korkutmaya yönelik her beyanın değil, objektif olarak mağdur üzerinde korkutucu etki doğurabilecek beyanların tehdit suçunu oluşturabileceği belirtilmektedir¹⁰⁷. Dolayısıyla tehdit ya da cebirin takbih edilebilecek nitelikte olması da bu kapsamda değerlendirilebilir.

c. Objektif Isnadiyet Teorisinin Etkileri

Finalist teorinin radikal temsilcileri neticeyi adeta suçun unsurları dışına iterek objektif cezalandırılabilme şartları arasına atacak noktaya varmışlardır. Ancak ceza hukukunda objektif isnadiyet teorisinin gelişmeye başlamasıyla birlikte netice, suç teorisi içinde yeniden itibar kazanmıştır. Zaten netice, suçun teorisi içerisinde suçun tamamlanma anı, yeri, zamanı gibi tespitlerin yapılması bakımından da kilit bir role sahiptir¹⁰⁸. Ancak objektif isnadiyet teorisi özellikle izin verilen risk kavramından hareketle netice üzerindeki tartışmaları hararetlendirmiştir. Alman hukukunda özellikle Roxin tarafından bu teori üzerinde çalışılmış ve suç teorisine ilişkin izahların da merkezine konumlandırılmıştır.

Roxin’e göre objektif isnadiyet teorisi bütün hukuk sistemlerinin temel gayesi olan birey özgürlüğü ile hukuki değerlerin korunması amaçları arasında bir balans sistemi oluşturulmasını sağlamaktadır. Güvenlik ihtiyacının ağır bastığı durumlarda izin verilmeyen bir riziko mevcuttur ve bu hareket isnat edilebilir bir suç ortaya koyar. Özgürlük ihtiyacının ağır bastığı noktalar da izin verilen bir riziko vardır ve isnadiyet koşulları gerçekleşmez. Bunun tipik örneği trafik düzenidir. Karayolu trafiğinin kişilerin hayatı, sağlığı, malvarlığı açısından risk yaratıcı bir unsur olmasına rağmen yasaklanması hareket özgürlüğüne yönelik önemli bir

¹⁰⁷ Sözüer, “Tehdit Suçu”, s.130.

¹⁰⁸ Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 6, s. 56, kn. 6; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 325, kn. 97.

kısıtlama ve bireylerin yaşam kalitesinde önemli bir düşüş anlamına geleceğinden belli risklerin ortaya çıkması hukuk toplumu tarafından kabullenilmiştir.¹⁰⁹.

Yazara göre bugüne kadar sanıldığıının aksine ceza hukuku haksızlığının temelinde netice ya da final hareket değil izin verilmeyen riziko kavramı yatmaktadır. Nedensellik haksızlığın tespiti için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Üstelik ihmali suçlarda nedenselliğin gözlemlenmesi dahi mümkün değildir. Keza final hareket kasıtlı suçlara özgü bir durum olup kasıtlı suçlarda dahi haksızlık tamamıyla bundan müteşekkil değildir. Final hareket yaklaşımı kastın *dolus eventualis* formunda daha da şüpheli bir konuma düşmektedir. Final hareket teorisinin mucidi Welzel de onun öğrencisi Hirsch de hareketin ifade ettiği haksızlığa özel bir önem vermekle birlikte haksızlığın yapısı içerisinde hareket ve neticenin ifade ettiği haksızlığı eş değer görmüşlerdir. Fakat bu yaklaşım şekli haksızlığın sosyal yönünü yeteri kadar aydınlatamamıştır. Welzel bu sorunu baştan fark etmiş ve “sosyal uygunluk” kavramından hareketle çözmeye çalışmıştır¹¹⁰.

Finalist suç teorisi gibi -ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız- “sosyal uygunluk” teorisinin de mucidi olan Welzel’e göre bazı suçlarda haksızlık sadece hareketle, bazılarında hem hareket hem netice ile gerçekleşir. Bazı suçlarda ise hareketin haksızlığından bağımsız bir netice haksızlığı vardır. Salt hareket haksızlığı, sırf hareket suçları ve teşebbüs aşamasında kalan suçlar olmak üzere iki durumda gündeme gelebilir. Salt netice haksızlığının tipik örneği ise olumsuz bir neticenin ortaya çıktığı izin verilen risk halleridir¹¹¹. Bu açıklamadan da anlaşılacağı gibi Welzel haksızlığın bazı durumlarda salt neticeye dayanabileceğini söylediği noktada Roxin’den ayrılmaktadır. Ancak bu konuda Roxin’in görüşüne üstünlük tanımak isabetli olur. Zira izin verilmiş bir hareketin hukuka aykırı bir netice ortaya koyduğunun kabul edilmesi mümkün değildir¹¹² ve hukuk güvenliği ile de bağdaşmaz.

¹⁰⁹ Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 930.

¹¹⁰ Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 930-933.

¹¹¹ Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**, S. 58, 1939, s. 524.

¹¹² Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 27

Roxin, hareket ve netice haksızlığını birbirinden bütünüyle tecrit etmeye çalışmanın uygun olmadığını belirtmiştir. Yazara göre mantiken sadece neticeyi yasaklayıp hareketi yasaklamayan bir norm düşünülemez. Böyle bir durum sadece zararlı bir neticenin ortaya çıktığı ancak iradi bir hareketin olmadığı kaza-tesadüf gibi hallerde ya da doğa olaylarında söz konusu olabilir ki bu gibi neticelerin yasaklanması son derece anlamsızdır ve nitekim bu tip olaylar ceza hukukunun alanına da girmezler. Ceza hukukunda aslolan hareket haksızlığıdır. Ancak kasıtlı ya da taksirli bir hareketin neticesi ilgili suç tipinde açıkça gösterilmiş de olabilir. Örneğin kasten öldürme suçunda hem hareket hem netice haksızlığı bir arada bulunur. İşte bu gibi durumlarda haksızlık değerlendirmesi yaparken neticeyi bütünüyle bir kenara bırakmak olanak dışıdır¹¹³.

Yazarın da belirttiği gibi neticenin her durumda ve bütünüyle tesadüflere bağlı olduğunu kabul etmek olanak dışıdır. Zira ceza hukukunda isnadiyet teorisi, faile sadece onun eseri olarak görülebilecek hukuki değer ihlallerini yüklemek ve tesadüfi neticeleri sorumluluk alanından çıkarmak amacını güder. Bu sebeple netice tesadüfi olmak bir kenara neticeli suçlar bakımından haksızlığın zorunlu, çekirdek unsurlarından birisidir. Bazı durumlarda hareket ve netice arasındaki zamansal ve mekansal farklılık olabilmesi onların hukuki bir bütün oldukları gerçeğini değiştirmez. Tesadüfen ortaya çıkan bir netice hiçbir durumda faile isnat edilemeyeceğinden tipik de değildir. Normal şartlar altında neticenin gerçekleşmesi değil suç planının öngörülemeyen bir sebeple tam olarak icra edilememesi sebebiyle gerçekleşmemesi tesadüf olabilir ki bu gibi durumlarda da teşebbüs gündeme gelmektedir. Bazı durumlarda ise neticenin ortaya çıkamamasının sebebi tesadüf değil (gönüllü vazgeçmede olduğu gibi) bizatihi failin kriminal enerjisinin düşük olmasıdır¹¹⁴.

Buraya kadarki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi Alman öğretisindeki hakim görüş haksızlığın içerik olarak ikili bir ayrımla ele alınması gerektiği yönündedir¹¹⁵. Hareket ve netice haksızlığının birbirinden ayrı değerlendirilmesini haksızlığın tek başına bu ikisinden birine bağlanmasından ayırmak gerekir. Hareket

¹¹³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 325, kn. 96 -97.

¹¹⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 326-327, kn. 98-99.

¹¹⁵ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 321, kn. 88.

ve netice haksızlığı bir suçtaki toplam değersizliği oluşturur. Dolayısıyla haksızlık hareket haksızlığı ve netice haksızlığından oluşan ikili bir yapıya sahiptir¹¹⁶.

Roxin'e göre neticenin sadece bir kötü tesadüften ibaret olduğu görüşü de ikna edici değildir. Zira netice sadece nedensel bir olay olmayıp izin verilmeyen rizikonun gerçekleşmesidir. Ayrıca failin bilinçli bir eseridir. Bununla birlikte özellikle başarısız-sonuçsuz teşebbüs ya da neticesiz taksirde şansa bağlı olduğu da inkar edilemez bir gerçektir. Ancak bu durum, kanun koyucunun neticenin ortaya çıktığı halleri ortaya çıkmadığı hallerle aynı şekilde cezalandırmasını gerektirmez¹¹⁷.

4. Sosyal Hareket Teorisi

Hakreket teorileri arasında son olarak (tarihsel sürece uygun biçimde) ele alınan sosyal hareket teorisine göre ceza hukuku bakımından hareket, toplumsal önemi haiz bir fiildir. Hareketi bu kapsamda ele aldığımızda toplumsal açıdan önem taşımayan hareketler baştan ceza hukuku sahasının dışına itilmiş olmaktadır. Ayrıca hareketin “sosyal zararlılık” kavramından yola çıkılarak değerlendirilmesi aşağıda ele alacağımız “maddi-şekli hukuka aykırılık” ayrımının da ortaya atılmasına sebep olmuştur¹¹⁸.

Alman öğretisinde Jescheck/Weigend, Wessels/Beulke gibi önemli yazarlarca savunulan bu yaklaşımın kısmen ontik kısmen normatif bir yapı arz ettiği belirtilerek “ortalama bir çözüm” sunduğu iddia edilmiş, hareketin “insan iradesince hükmolunan ya da hükmolunabilen sosyal bakımdan önemli insan davranışı” olarak tanımlanması önerilmiştir¹¹⁹. Bununla birlikte öğretilerde de belirttiği gibi bir hareketin sosyal bakımdan önemli olup olmadığı ona varlık kazandıran değil; ortaya çıkmasından sonra yapılan bir değerlendirme yani bir sıfattır. Oysaki hareket tipiklik değerlendirmesinden önce dahi mevcut olmalıdır¹²⁰. Ayrıca bu teori hareketin alanını subjektifliğe kapı aralayacak ölçüde aşırı genişlettiği, prensip olarak her insan

¹¹⁶ Gallas, “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, s. 164-166.

¹¹⁷ Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 938.

¹¹⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 229; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 87.

¹¹⁹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 91.

¹²⁰ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 91.

hareketinin sosyal açıdan önem taşıdığı, sosyal açıdan önemli olan ve olmayan hareketi ayıracak net bir ölçüt ortaya koyamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²¹.

5. Sonuç ve Görüşümüz

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ceza hukuku öğretisi bu güne kadar yapılan çalışmalarda herkesi tüm olaylar bakımından ikna kabiliyetine sahip bir hareket ve suç teorisi geliştirememiştir. Klasik ve finalist hareket teorisinden sonra sosyal hareket teorisi, olumsuz hareket teorisi¹²², kişisel hareket teorisi, hukuki değere riayetsizlik teorisi¹²³ gibi pek çok farklı yaklaşım geliştirilmiştir¹²⁴. Bugün Türk ve Alman hukukuna hakim durumda olan finalist suç teorisinin taksirli ve ihmali suçları açıklamakta zorluk yaşadığı gerekçesiyle yüksek sesle eleştiriler dile getirilmektedir. Bilim insanlarının daha başarılı bir hareket ve suç teorisi geliştirme yönündeki gayretleri elbette devam edecektir. Bununla birlikte günümüzde suçun yapısına ve ceza hukukunun kritik tartışma konularına ilişkin en ikna edici ve kapsamlı cevapları finalist suç teorisinin ortaya koyduğunu da açıktır. Kaldı ki kısmen revize edilerek gai hareket, “yönlendirici irade tarafından hakim olunan ya da hakim olunabilir, belli bir gayeyi gerçekleştirmeye yönelik ve dış dünyada gerçekleşen insan davranışdır” şeklinde tanımlandığında ihmali suçlar bakımından da daha kabul edilebilir bir hal almaktadır. Diğer hareket teorilerine göre “genç” nitelikte olan ve Roxin tarafından geliştirilen “kişisel hareket teorisi” hareketi; kişinin manevi-ruhsal dünyasının dışı vurumu olarak tanımlamak suretiyle hem gai hareket teorisindeki gibi iradi bir unsura yer vermesi hem ihmali ve taksirli fiilleri de kapsayabilecek olması sebebiyle heyecan uyandıracak nitelikte¹²⁵ olsa da daha çok hareketi tanımlamaya ilişkin bir girişim olup hareket ve netice haksızlığı ayırımı noktasında diyalektik bir fark ortaya koymamaktadır. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi Roxin haksızlığın belirlenmesi bakımından hareket ve neticeyi birlikte ele alan yazarlardandır¹²⁶.

¹²¹ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 87.

¹²² Bu teori hareketi “failin kaçınma yükümlülüğü bulunmasına rağmen kaçınmaması” olarak ele almaktadır. (Gropp, **a.g.e.**, § 4, s. 134, kn. 62).

¹²³ Bu teoriye göre hareket, kanunen korunan hukuki değere riayetsizliktir. (Gropp, **a.g.e.**, § 1, s.136-137).

¹²⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 198.

¹²⁵ Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 11.

¹²⁶ Her ne kadar teori “iradilik, dışı yansıyan beden hareketi, amaca yönelik olma, kaçınmama” gibi kavramlardan kaçarak üst bir tanım yapmaya çalışmış ise de tipikliğe yönelik hiçbir referans

Ceza sorumluluğunun hareket haksızlığı üzerine mi yoksa netice haksızlığı üzerine mi inşaa edileceği sorusuna verilecek cevabın teorik ve pratik açıdan önemli sonuçları olmaktadır. Bu sebeple burada ele alınan konu ceza hukuku açısından son derece mühim bir tartışma sahasıdır ve en önemli sonuçlarını da özellikle teşebbüs ve taksirli suçlar sahasında ortaya koymaktadır. Özellikle taksirli ve kasıtlı suçlar ile tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlara ilişkin ayrımlar hareket ve netice haksızlığını suçun ayrı ve fakat kombine unsurları olarak ele almayı gerektirmektedir¹²⁷. Nitekim bugün modern ceza hukuku öğretisinde hareket ve netice haksızlığı ayrımı kesin olarak kabul edilmektedir.

Bununla birlikte hareket haksızlığından bağımsız bir netice haksızlığı olduğu kabul edilemez. Neticeli suçlarda şayet netice gerçekleşmemiş ancak hareket haksızlık özelliğini devam ettirmekteyse teşebbüsten bahsedilir. Netice gerçekleşmiş olsa dahi hareketin haksızlığı tespit edilemiyorsa artık haksızlık yoktur ve fail cezalandırılmaz. Hareket haksızlığı kasıtlı ve taksirli şekillerde ortaya çıkabilir. Neticenin haksızlığı ise zarar ve tehlike şeklinde tezahür edebilir¹²⁸. Alman öğretisinde de esasen haksızlığın dayanağı konusunda modern bir sentezden hareket edildiği söylenebilir. Salt bir davranış normunun ihlali şeklinde ortaya çıkan harekette yerleşik istencin cezalandırılması şeklinde hareketin haksızlığı ya da salt bir hukuki konunun ihlaline neden olma şeklinde hareketteki iradeyi ihmal eden bir haksızlık anlayışı modern ceza hukukunun gereklerini karşılayacak kapsayıcılıktan uzaktır¹²⁹.

Netice haksızlığı hareketin haksızlığının ifade ettiği hukuka aykırılık üzerinde etkili olmamakla birlikte onun haksızlık seviyesi üzerinde belirleyicidir. Bu bağlamda hareket haksızlığı neticenin ortaya çıkmasıyla artmadığı gibi çıkmaması sebebiyle de azalmaz. Bununla birlikte suçtan kaynaklanan haksızlık da bütünüyle

içermemesi sebebiyle eleştirilmekte; bir roman yazma, resim yapma gibi fiillerin de insanın manevi dünyasının dışı vurumu niteliğinde olduğu ancak ceza hukuku ile hiçbir ilgisi olmadığı eleştirisi ile karşılaşmıştır. (Gropp, **a.g.e.**, § 4, s. 136, kn. 73).

¹²⁷ Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 27.

¹²⁸ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 28; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 321, kn. 88.

¹²⁹ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 31.

hareket haksızlığından müteşekkil değildir. Bir suçun total haksızlığını ortaya koyduğu zararlı etkilerden bağımsız değerlendirmek de mümkün değildir¹³⁰.

Yaptırımın türü ve miktarının belirlenmesi noktasında da neticenin yeri hafife alınmamalıdır. Zira neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesi cezalandırma ihtiyacının ve uygulanacak cezanın belirlenmesinde de önemli bir etkiye sahiptir. Gerçekten de fiilin mevcudiyetine rağmen neticenin gerçekleşmediği durumlarda hukuki bir reaksiyon verilmesi gereksiz hale gelebilir. Bunun istisnası soyut ya da somut tehlike suçlarıyla düzenlenen trafik gibi önemli bir tehlikeliliğin bulunduğu yaşam alanlarıdır¹³¹. Keza TCK'nun 61/1-e maddesinde de açıkça "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı" kriterinin temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Sözelimi kasten yaralama suçunda darbelerin sayısı ve etkisi, malvarlığına karşı işlenen suçlarda malın değeri, uyuşturucu madde suçlarında maddenin miktarı haksızlığın belirlenmesinde son derece önemlidir¹³². Ayrıca neticeli suçlar dediğimiz suç tiplerinde sadece konunan hukuksal değeri ihlal etmeye yönelik bir irade ortaya konulması yeterli olmayıp, suçun tamamlanabilmesi için mutlaka neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Sırf hareket suçlarında haksızlığın sadece hareketten kaynaklandığını söylemek mümkün ve zorunludur. Zira bu tip suçların dış dünyada hareketten ayrı bir netice vücuda getirmesi mümkün değildir. Haksızlığı belirleyememizi sağlayan tek enstrüman harekettir. Oysaki neticeli suçlarda netice de suçun diğer maddi ya da manevi unsurları gibi haksızlık içeriği üzerinde etki sahibidir. Krauß'un da belirttiği gibi haksızlık üzerinde; korunan hukuksal değer ihlali sebebiyle neticenin, kusurlu irade oluşumu sebebiyle de hareketin etkisi bulunmaktadır¹³³.

Dolayısıyla haksızlığın mevcudiyeti, derecesi, artması ya da azalması her suç tipinin kendi özellikleri doğrultusunda bazen salt hareket bazen de hareket ve neticeyi birlikte değerlendirmek suretiyle tayin edilmelidir. Bu değerlendirmenin sonucunda tespit edilen total haksızlık, kusurla birlikte orantılılık ilkesi gereği faile verilecek cezanın miktarını belirleyen iki temel enstrümandan biri olacaktır. Hatta

¹³⁰ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 58.

¹³¹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 327, kn. 100.

¹³² Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, Gerhard van Gemmeren, **Praxis der Strafzumessung**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2012, kn. 588.

¹³³ Krauß, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", s. 65-67.

haksızlığın bazı durumlarda cezasızlık sonucunu doğuracak ölçüde azalması gündeme gelebilecektir.

II. HAKSIZLIĞIN HUKUKA AYKIRILIK İLE İLİŞKİSİ VE

TÜRLERİ

A. Hukuka Aykırılık ve Haksızlık Arasındaki İlişki

1. Bağlantı Noktaları

Hukuka aykırılık (*Rechtswidrigkeit*) ve haksızlık (*Unrecht*) kavramları ilintili olmaları sebebiyle öğretilerde sıklıkla birbiri yerine kullanılsa da suç teorisi içinde farklı konumlara ve anlamlara sahiptirler. Alman öğretisinde de bu kavramlar zaman zaman aynı manada kullanılsa da suç teorisine ilişkin izahlarda birbirinden titiz biçimde ayrılabilirler¹³⁴. Her şeyden önce hukuka aykırılığın suçun müstakil bir unsuru; haksızlığın ise fiille ilgili bir değerlendirmeyi ifade ettiği açık şekilde ve ittifakla ortaya konulabilmektedir¹³⁵.

¹³⁴ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 23; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 601, kn. 1-3; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 51 vd.

¹³⁵ Bununla birlikte modern ceza hukuku öğretisi açısından istisna niteliğinde olsa da hukuka aykırılığın suçun unsurları arasında ele alınamayacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Tarihsel süreçte hukuka aykırılıktan önce hukuka uygunluk nedenleri düşüncesinin belirginleştiği zaman içerisinde hukuka aykırılığın ayrı bir kategori olarak ele alınmaya başlandığı anlaşılmaktadır. Suçun yapısını açıklamada başvurulan tekçi-sentezci yaklaşımlar yöntemsel tutarlılık gereği zaten hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak görmemektedir. Bu yaklaşım genellikle hukuka aykırılığın suçun zaten zorunlu bir özelliği olduğu yani ona mündemiç bir nitelik olduğundan hareket etmektedir. Sentezci yazarlara göre fiil ile hukuka aykırılık ilişkisi bir değerlendirmeden ibarettir ve hukuka aykırılığı suçun bağımsız bir unsuru olarak ele almak kastın hukuka aykırılık bilincini de içine alacak biçimde genişletilmesi riskini (!) taşımaktadır. Hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olup olmadığı sorusu, tahlilci yaklaşım içerisinde de tartışmalı konulardan biridir. Tahlilci yazarlardan da hukuka aykırılığı negatif bir unsur olarak ele alan ya da bir cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirilenler bulunmaktadır. Türk öğretisinde de Katoğlu hukuka aykırılığın suçun bağımsız bir unsuru olarak ele alınmasına karşı çıkmıştır. Yazara göre doğal bir özellik taşıyan maddi ve manevi unsurlar ile salt bir değerlendirme niteliğinde olan hukuka aykırılık aynı kefeye konularak suçun unsurları arasında değerlendirilemez. Bu sebeple hukuka aykırılık sadece bir cezalandırılabilirlik unsuru niteliği taşımaktadır. (Bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 129-138, 376). Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Suçun yapısı analiz edilirken tipik fiil (suçun kanuni yanımına uygun fiil) ile tipik haksızlığın değerlendirilmesi zihinsel olarak ayrı aşamalarda gerçekleşmekte, bu da maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılığın ayrı unsurlar

Bu bağlamda hukuka aykırılık; fiilin en az bir davranış normuna aykırı olmasını, hukuk düzeni ile çelişmesini, fiil ile norm arasındaki zıtlığı ifade etmektedir (*Widerspruch gegen des Recht*). Haksızlık ise fiil hakkında yapılan negatif değer yargısını, onun değersizliğine yönelik bir tespiti ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık tipik haksızlığın bir özelliği iken haksızlık bizatihi kendisi ya da kendisi hakkındaki değersizlik yargısının sonucudur¹³⁶. Daha doğru bir ifade ile hukuka aykırılık fiile ilişkin bir vasıfken, ceza hukuku açısından haksızlık fiilin hem tipe uyması hem de hukuka aykırı olmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebepleri gerçekleştiğinde ortaya bir haksızlık da çıkmış olmaz¹³⁷.

Hukuk düzeni ile çelişki içinde olmayı ifade etmesi itibarıyla hukuka aykırılık sadece ceza hukuku açısından değil özel hukuk, idare hukuku ve diğer tüm hukuk dallarından kaynaklanan haksızlıkların da unsuru niteliğindedir. Bu unsur gerçekleşmediğinde sadece ceza hukuku açısından değil hukukun hiçbir sahasında haksızlıktan bahsetme olanağı yoktur. Hukuka uygunluk sebepleri de hukukun bütünü açısından hüküm ifade ederler ve bu yolla hukukun birliği ve bütünlüğüne temel oluştururlar¹³⁸. Hukukun didaktik ve uygulamaya dönük sebeplerle farklı disiplinlere ayrılmış olması bu disiplinlerin hukuka aykırılık ve hukuka uygunluk sebepleri bakımından farklı ölçüt ve yaklaşımları olabileceği manasına gelmez¹³⁹. Zira bir fiilin hukukun bir dalında hukuka uygun bir dalında hukuka aykırı sayılması mantığa terstir. Hukuk düzeni güvenlik fonksiyonu gereği, bütünsel (*Einheitlich*) bir yapı arz etmek ve bir fiilin yasak olup olmadığına yeknesak bir cevap vermek zorundadır¹⁴⁰. Ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin her zaman yazılı olması gerekmediği gibi bir “*numerus clausus*”ları da yoktur¹⁴¹. Bu nedenle bir fiilin hukuka

olarak ele alınmasını haklı kılmaktadır. Üstelik aynı yaklaşım tarzından hareket edildiğinde (kasıtlı suçlar bakımından) kastın dahi cezalandırılabilme şartı olduğu iddia edilebilir.

¹³⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 171, 357, 374; İçel vd., **a.g.e.**, s. 94; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 233; Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, Vor § 13, s. 77; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 47, 51 vd.

¹³⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 375.

¹³⁸ Aksi yöndeki görüşler için bkz. Katoğlu, **a.g.e.**, s. 23-24.

¹³⁹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 94; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282.

¹⁴⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s. 358; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 209; İçel vd., **a.g.e.**, s. 101; Eduart Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, **ZStW**, S.64, 1952, s. 262; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252.

¹⁴¹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 102; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 258.

aykırı olup olmadığı değerlendirilirken tüm hukuk sisteminin göz önünde bulundurulması gerekir.

Ortaya tipik bir fiilin çıkması, hukuka aykırılığa karine oluşturur. Yani fail kanuni tipi gerçekleştirmişse bu kural olarak onun hukuka aykırı davrandığını gösterir. Bu etki ancak yasak normunu karşılayan bir izin bulunmasıyla ortadan kalkar. Hukuka uygunluk sebepleri işte bu karineyi çürüterek fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırırken diğer taraftan doğal olarak haksızlığı da hukuk düzleminden yok etmektedirler. Dolayısıyla tipik bir fiilin bulunduğu durumlarda hukuka aykırılığın olup olmadığını ayrıca sorgulamak gerekmez. Şartları varsa hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti tartışılmalıdır¹⁴². Bu durum bazı farklar bulunmasına rağmen iki kavram arasındaki sıkı bir bağ bulunduğunu da açıkça ortaya koymaktadır¹⁴³.

2. Yapısal Farklılıkları

Her ne kadar bütün haksızlıklar hukuka karşı bir “itaatsizlik (*ungehorsam*)” ifade etse de yaptırımlarının farklı farklı oluşu devletin, bazı normların ihlalini daha çok önemseyişini ve onlar arasında bir ağırlık farkı öngördüğünü açıkça ortaya koymaktadır. İşte bu farkı yaratan fiilin ifade ettiği haksızlığın derecesidir. Yaptırımlara bakarak da kolayca anlaşılabilirdiği gibi her suç tipi aynı derecede “değersiz (*unwert*)” değildir. Bu durum esasen iki temel sebepten kaynaklanmaktadır. Birincisi suç tipleriyle korunmaya çalışılan hukuki değerlerin farklı olması ikincisi ise hukuki değerlerin her olayda farklı yoğunlukta ve farklı

¹⁴² Akbulut, **a.g.e**, s. 374. Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 225; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 42; İçel vd., **a.g.e**, s. 92; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 250-251 vd; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 282.

¹⁴³ Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın etkileri de bu iki kavramının ilişkisi bakımından önemli bir yere sahiptir. TCK'nun 30/3 maddesinde failin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşülmesi durumu bir arada düzenlenmiştir. Dolayısıyla TCK'ndaki düzenleniş şekli dikkate alındığında hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata ve kusuru etkileyen sebeplerin şartlarındaki hatanın aynı şekilde değerlendirileceği sonucu çıkabilecektir. Fakat failin somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiği hususunda hataya düştüğü durumlarda öğretilerdeki kabul ettiğimiz görüşe failin kastı ortadan kalkmaktadır. Bu gibi durumlarda şayet failin tasavvurundaki gerçek olsaydı ortada bir haksızlık bulunmayacak ve fail cezalandırılmayacaktı. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata durumunda şayet failin hataya düşme konusunda taksiri varsa o zaman işlediği fiilden taksirine göre cezalandırılması gündeme gelebilir. (İlhan Üzülmöz, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata (Karar Tahlili)”, **Dünya'da ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi II - Tebliğler**, Ed. Adem Sözüer, İstanbul, 2010, s. 215).

şekilde ihlal ediliyor olmasıdır. Modern ceza hukukunda, cezalandırmanın amacına uygun olabilmesi için ortaya konulan haksızlıkla orantılı olmasını gerektiği istisnasız kabul edilmektedir. Haksızlığın derecesi arttıkça uygulanacak müeyyide de sertleşecek tam tersine fiilin haksızlık içeriği azaldıkça müeyyide hafifleyecek ve hatta belki de ceza hukunun alanından çıkacaktır. Buraya kadar anlattıklarımızın tamamı haksızlığın nicelik ifade eden yani derecelendirilebilir bir kavram olduğunu vurgulamak içindir ki bu durum haksızlığı hukuka aykırılıktan ayıran en önemli özelliklerden birisidir¹⁴⁴.

Zira hukuka aykırılık nicelik değil sadece nitelik belirten bir kavramdır. Bu itibarla bir fiil ya hukuka aykırı ya da uygun olur. Yani hukuka aykırılık ya vardır (*vorliegen*) ya yoktur (*fehlen*), azlığı ya da çokluğundan bahsedilemez. Fiilin hukuka aykırılık vasfı haksızlık ya da kusur gibi derecendirilmeye müsait değildir¹⁴⁵. Bu sebeptendir ki fiilin haksızlık içeriği hangi ölçüde azalırsa azalsın hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Aynı şekilde fiilin haksızlık içeriği ne kadar yükselirse yükselsin bu durum fiilin hukuka aykırılığını da yükselmez. Hukuka aykırılık yapısı gereği bu tarz bir değerlendirmede bulunmaya imkan vermez. Tam aksine şayet somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi varsa fiil hangi ölçüde değersizlik ifade ederse etsin hukuka uygun kabul edilir. Yani haksızlık ve hukuka aykırılık kavramları arasında her zaman bir doğru orantı bulunmaz. Örneğin bir suçun nitelikli hali basit haline nazaran daha fazla ya da az hukuka aykırı değildir. Ancak suçların nitelikli hallerinin temel şekillerine nazaran daha fazla ya da az haksızlık ifade ettiğini söylemek mümkündür¹⁴⁶. Keza kasten öldürme fiili normal şartlar altında ne kadar ciddi bir değersizlik ifade ederse etsin meşru müdafaa şartları altında işlendiğinde hukuka aykırı değildir. Yine yağma suçu işleyen bir fail hırsızlık yapana göre daha ağır bir haksızlık meydana getirmektedir. Buna mukabil hırsızlık suçunun haksızlığı da alacaklısına borcunu ifa etmeyen kişinin sebep olduğu haksızlıktan fazladır. Ancak bu davranışların hepsi eşit derecede hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın bu

¹⁴⁴ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 228; Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 48.

¹⁴⁵ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 23; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 255; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 252-253; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286.

¹⁴⁶ İçel vd., **a.g.e.**, s. 94.

bağlamda bir davranışın hukuk düzenine aykırı olmasından fazla bir anlamı yoktur¹⁴⁷.

Yukarıda anlattığımız gerekçelerle ceza hukuku ve özel hukuk bakımından hukuka aykırılık kavramları arasında bir fark bulunmamakla birlikte ağır bir değersizlik ifade etmeleri sebebiyle ceza hukuku ve özel hukuk haksızlıkları birbirinden ayrılmaktadır. Ceza hukuku anlamında haksızlık her zaman için ceza kanununda düzenlenmiş tipik bir fiili zorunlu kıldığı için salt bir ceza hukuku objesi olarak değerlendirilebilir. Ancak özel hukukta ya da idare hukukunda da haksızlık kavramları mevcuttur¹⁴⁸. Bununla birlikte ceza hukuku haksızlığı her zaman özel hukuk haksızlığı ile örtüşmemektedir. Bazı fiiller sadece özel hukuk haksızlığı oluştururken (taksirle mala zarar verme gibi) bazı fiiller de sadece bir ceza hukuku haksızlığı (TCK md. 179/3 kapsamında alkollü araç kullanma gibi) ortaya koyabilir¹⁴⁹. Haksızlıkların türlerine göre yaptırımları da farklı şekillenir. Örneğin, bir kişinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda sadece tazminat yükümlülüğü doğar (özel hukuk haksızlığı, *zivilrechtliches Unrecht*). Kolluk tarafından korunan düzenin ihlal etmesi durumunda idari sorumluluk gündeme gelir (idari haksızlık, *polizeirechtliches Unrecht*). Bir devlet organının devletler hukukuna aykırı fiilleri dolayısıyla uluslararası sorumluluğu doğabilir (devletler hukuku haksızlığı, *völkerrechtliches Unrecht*)¹⁵⁰.

Bununla birlikte öğretilerde taraftar bulmasa da hukuk dallarının tamamı açısından yasaklanmış fiillerin mutlak hukuka aykırılık, bir kısmınca yasaklanmış olanların ise nisbi hukuka aykırılık ifade ettiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Hukuka aykırılıkta terditli bir değerlendirme olabileceği şeklindeki yaklaşımı savunan ceza hukukçuları genellikle fiilleri; hukuka aykırı (*rechtswidrig*), hukuken önemsiz (*rechtlich neutral*) ve hukuka uygun (*rechtsmäßig*) şeklinde olmak üzere

¹⁴⁷ Ebert, Kühl, “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, s. 228; Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 23.

¹⁴⁸ Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 23; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 601, kn. 1-3.

¹⁴⁹ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 198.

¹⁵⁰ Bazı durumlarda ise hukuk düzenine karşı formel bir aykırılık mevcut olsa da yaptırım uygulamama yoluna gidilebilir. (*sanktionsloses Unrecht*). Bu durum çeşitli gerekçelerle normların fiili yürürlüklerinin sona ermesinden kaynaklanır. (Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, 1996, § 7, s. 50).

üçlü bir ayırımla ele almaya çalışmıştır¹⁵¹. Burada anlaşılması zor olan kategori hukuken önemsiz fiiller başlığıdır. Zira hukuka uygunluk ve aykırılık kategorileri zaten kabul görmüş olasılıklardır¹⁵². Alman öğretisinden Baumgarten ise skalayı daha da genişletmiş ve hukuk nazarında emredilen (*gebotten*), izin verilen (*erlaubt*), yasaklanmayan (*unverboten*), onaylanmayan (*mißbilligt*) ve yasaklanan (*verboten*) olmak üzere beş farklı kategoride fiil bulunduğunu dile getirmiştir¹⁵³. Ancak yazarlar tarafından bu kategoriler arasındaki ayırımın hangi kriterlerden hareketle yapılacağı hiçbir zaman netleştirilemediği gibi pratik olarak da yararı bulunmayan bu tarz skalalar öğretilerde kabul görmemiştir¹⁵⁴. Buraya kadarki açıklamalar ışığında bu tarz bir ayırımları gereksiz ve hatalı bulduğumuzu belirtmek gerekir. Öncelikle, hukukun belli bir kolunda bir fiilin açıkça yasaklanmasının tüm hukuk düzlemi açısından o fiilin hukuka aykırı olduğunu kabul etmeye yeterli olduğunu tekrar vurgulamak gerekir. Bir yasağın tüm hukuk disiplinlerinde ayrı ayrı tekrarlanması gerekli değildir. Bu sebeple mutlak-nisbi hukuka aykırılık ayırımı tamamen temelsizdir. Ayrıca hukuka aykırılık açısından sınırları son derece belirsiz ve çok fazla sayıda kategori oluşturmak fiilin konumunu hukuk karşısında şüpheli bırakmaktan ve hukuk güvenliğini tehdit etmekten başka bir işe yaramaz.

Alman öğretisinde Kern, “*Grade der Rechtswidrigkeit* (Hukuka Aykırılığın Derecesi)” ismini verdiği çalışmasında “*Rechtswidrigkeit*” yani hukuka aykırılık kavramını kullanarak, hukuka aykırılığın derecelendirilebileceğinden bahsetmiş ise de çalışmasının ilerleyen noktalarında ve pek çok yerde -açıkça ifade etmemekle birlikte- bu kavramı “*Unrechtsinhalt*” yani fiilin haksızlık içeriğini ifade etmek üzere kullandığını ortaya koymuştur¹⁵⁵. Yazarın 1952 tarihli çalışmasına yansıyan temel eksiklik hukuka aykırılık ve haksızlık kavramlarının ayırımı netleştirememiş

¹⁵¹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 101; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 263; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, s. 8.

¹⁵² Beling fiili hukuken önemsiz duruma getiren hallere; kurtarılan ve feda edilen hukuki değerlerin eşdeğerli olduğu zorunluluk halini, -bugün hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen- rıza, tedip hakkı gibi durumları örnek göstermektedir. (Ernst Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Mohr Verlag, 1906, s. 128 vd.)

¹⁵³ Arthur Baumgarten, **Notstand und Notwehr**, Tübingen, Mohr Verlag, 1911, s. 30 vd.

¹⁵⁴ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 257 vd.

¹⁵⁵ Yazarın çalışmasındaki terminolojik hata hususunda aynı kanaatte bkz. Hans-Ludwig Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, **Kriminalität Persönlichkeit, Lebensgeschichte und Verhalten: Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag**, Ed. H. J. Kerner, Günter Kaiser, Berlin - Heidelberg - New York - London - Paris - Tokyo - Hong Kong, Springer Verlag, 1990, s. 458.

olmasıdır. Böyle bir terminolojik hata suç teorisine ilişkin açıklamalarda da problem yaratacağı için çalışmayı önemli ölçüde malul hale getirmekle birlikte bu sıkıntıdan bağımsız değerlendirildiğinde eserde pek çok doğru tespit de bulunmaktadır. Nitekim yazar haksızlığın, zarar gören ya da tehlikeye maruz kalan hukuki değerlerin niteliğine ve saldırının yoğunluğuna göre değişim gösterebileceğini belirterek konunun bel kemiğini net biçimde ortaya koymuştur¹⁵⁶. Kern'in çalışmasından birkaç yıl sonra yayınlanan “*Übergesetzliche Milderungsgründe aus Vermindertem Unrecht* (Haksızlığın Azalmasına Dayanan Kanunüstü Hafifletici Sebepler)” isimli çalışmasında Noll'de aynı terminolojik hatayı sürdürmüş ve fakat kusur gibi haksızlığın (yazarın ifadesiyle hukuka aykırılık) da derecelendirilebileceğinden bahsetmiştir. Her iki yazarlara göre de haksızlığın derecelendirilebileceği sadece teorik bir iddia niteliğinde de değildir. Bunun en açık delili kanunun bizatihi kendisidir. Zira kanun koyucu farklı hukuki değerleri farklı suç tipleri içerisinde ve farklı ağırlıktaki cezalarla değerlendirmiştir¹⁵⁷. Gerçekten de başkaca yan sebeplere de bağlı olmakla ikinci bölümde değineceğimiz üzere bütün suçların niçin aynı şekilde ve aynı oranda yaptırım altına alınmadığının temel izahı (kusurla birlikte) haksızlık kavramında yatmaktadır¹⁵⁸.

Burada şunu da vurgulamak gerekir: Haksızlık, derecelendirilebilir bir kavram olmasına rağmen kast-olası kast-bilinçli taksir-taksir geçişlerinde olduğu gibi belli basamaklar referans alınarak kategorize edilebilmesi mümkün değildir. Haksızlığın derecesine ilişkin değerlendirme sadece iki farklı durumun birbirine mukayesesi suretiyle, birinin diğerine nazaran daha az ya da çok değersiz/haksız olduğunu belirtmek suretiyle yapılabilir¹⁵⁹. Ancak örneğin hırsızlık suçunda suçla konu malın ekonomik değerinin az olması halinde haksızlığın da azalacağını kabul etmek gibi genel bir takım tespitlerde bulunulması bütünüyle olanaksız da değildir. Fakat bu tarz bir tespit bile sonuca yönelik genel geçer bir doğru ortaya koymaz. Zira suçla konu malın değeri düşük olsa da haksızlık üzerinde etki sahibi olan başka faktörler olaya vehamet kazandırabilir. Örneğin bir kaza sonrası kazazedenin

¹⁵⁶ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 260.

¹⁵⁷ Peter Noll, “Übergesetzliche Milderungsgründe aus Vermindertem Unrecht”, **ZStW**, S.68, 1956, s. 181.

¹⁵⁸ Hohn, “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, s. 494; Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 24.

¹⁵⁹ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 290.

çantasından 10 TL alınması durumunda haksızlık, total olarak değerlendirildiğinde, bir kimsenin çantasından 100 TL çalınmasından çok da düşük değildir.

Her ne kadar yukarıda hukuka aykırılığın derecelendirilemeyeceği ve kategorize edilemeyeceği anlatılmış ise de ceza hukukunda maddi hukuka aykırılık ve şekli hukuka aykırılık ayrımlarının üstelik bazen yargı kararlarına da yansiyacak ölçüde kabul gördüğü anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu kavramların üretimi de öğretinin bilinçli bir çabası sonucunda gerçekleşmiştir. Dikkat çekici olan, hukuka aykırılık kavramının tek başına “norma aykırılığı ilgilendiren” tüm teorik sorunları açıklayabilme kapasitesine sahip olmasına rağmen bu tarz bir ayrıma niçin ihtiyaç duyulduğudur. Bu sebeple aşağıda söz konusu kavramlardan ve bu kavramların hangi maksatla geliştirildiklerinden bahsetmek için ayrı bir başlık açmayı uygun bulduk.

3. Maddi ve Şekli Hukuka Aykırılık Kavramları

Ceza hukukunun bazı durumlarda arzu edilmeyen sonuçlar ortaya koyarak fiilin ifade ettiği haksızlığa nazaran daha ağır yaptırımların uygulanmasına yol açtığı ceza hukuku öğretisinde sıkça dile getirilen bir husustur. Bu sebeple öğretilde bazı yazarlar, bu sorunu aşabilmek adına için -pozitif hukukta ve ceza hukuku teorisinde ciddi bir dayanağı bulunmamakla birlikte- “maddi hukuka aykırılık” ve “şekli hukuka aykırılık” kavramlarını ortaya atmıştır. Bu kavramların aşağıdaki örneklerinden de anlaşılabilceği gibi tarihsel süreçte özellikle sosyalist ülke hukukçuları tarafından savunulan ve hukuk düzeninin yaratması muhtemel ağır sonuçları önlemede yardımına başvurulmuş kavramlar olduğunu söylemek mümkündür.

Öğretilde bu tarz bir ayırım yapılması gerektiğini savunan yazarların şekli hukuka aykırılık kavramı ile kast ettiği, fiilin şeklen emredici ya da yasaklayıcı bir hukuk kuralı ile çelişmesidir (*Verstoß gegen Norm*). Maddi hukuka aykırılıktan bahsedilebilmesi için ise hareketin şeklen norma aykırı olması yeterli görülmemiş, içeriği itibarıyla gerçekten o suç tipi ile korunan hukuksal değeri ihlal etmiş olması aranmaktadır (*unsoziales/ unmorales Verhalten*). Maddi hukuka aykırılık kavramının geliştirilme amacı, somut olayın kanun koyucunun ihlalini yaptırım altına almak istediği norma içerik yönünden uyup uymadığının denetlenmesini sağlamaktır. Buna göre ihlalin cezalandırılabilmesi için sadece suçun konusunun doğal manada bir

zarara maruz kalması yeterli olmayıp normla korunan ideal değere yönelik de bir saldırı ifade etmesi gerekmektedir¹⁶⁰. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi maddi-şekli hukuka aykırılık kavramları fiilin çatışma içerisinde olduğu hukukun belirlenmesi açısından bir ölçüde doğal-pozitif hukuk ayrımı ile de bağlantı içerisinde¹⁶¹. Zira şekli hukuka aykırılık ile kast edilen bir emir ya da yasağa aykırılık iken maddi hukuka aykırılık daha çok fiilin sosyal zararlılığı cephesinden yapılan bir değerlendirmedir. Bu yaklaşım şekli her ne kadar ceza hukukçularını hemen her dönemde meşgul etmiş teorik bir konu olsa da günümüzde hakim görüş, bu tarz bir ayırım yapılmasının pratik yararı bir olmadığı yönündedir. Zira aslında maddi hukuka aykırılık kavramıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılan mesele, haksızlığın somut olaydaki niceliğinden hareketle, uygulanması ihtimali doğan yaptırımın amaca uygunluğunun ve orantılılığının değerlendirilmesidir¹⁶².

Bu ayırım üzerinde belirleyici olan hususlardan biri de şudur: Şekli hukuka aykırılık yaklaşımında fiilin hukuka aykırılığını ancak başka bir pozitif hukuk kuralının kaldırabileceği düşünülürken; maddi hukuka aykırılık düşüncesine taraftar olan yazarlar, bir fiilin şeklen bir hukuk kuralına aykırı olsa da içerik olarak hukuka uygun olabileceğini, yazılı olmayan hukuka uygunluk sebeplerinin de bulunabileceğini, ceza hukukunun örtülü bir takım sınırları olduğunu iddia etmektedirler¹⁶³. Hatta öğretilerde şekli hukuka aykırılık ve maddi hukuka aykırılık tarzında ikili bir ayırım üretilmesini tamamen kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk sebeplerinin izahında yaşanan zorluğa bağlayan yazarlar da bulunmaktadır. Geçen yüzyıl sonlarından itibaren sayısı ve çeşitleri sürekli olarak artan hukuka uygunluk sebeplerinin izahında maddi hukuka aykırılık kavramının adeta bir “mesih (kurtarıcı)”, rolü üstlendiği belirtilmektedir¹⁶⁴. İlk defa Franz von Liszt tarafından ortaya atılan bu ayrımı ortaya çıkaran düşüncenin en ileri ucunda hukuksal değer ihlali hususunda kanun koyucu ve toplumun değerlendirmesi arasında fark olabileceği düşüncesi yer alır¹⁶⁵.

¹⁶⁰ İçel vd., **a.g.e.**, s. 104-105; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 234; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 262; Katoğlu, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁶¹ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁶² Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 50.

¹⁶³ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, s. 11.

¹⁶⁴ İçel vd., **a.g.e.**, s. 106; Katoğlu, **a.g.e.**, s. 49.

¹⁶⁵ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 37.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi maddi hukuka aykırılık kavramı özellikle somut olayda kanunda yazılı bir hukuka uygunluk sebebi bulunmasa da faile ceza vermenin kanun koyucunun o suç tipiyle ulaşmak istediği amaca uygun olmadığı hallerde fiilin hukuka uygun olduğunun kabul edilmesi düşüncesine hizmet etmektedir. Bununla birlikte öğretide salt maddi hukuka aykırılık kavramına dayanmanın beraberinde hukuk güvenliği açısından bir takım sıkıntılar getirebileceğini tehlikesine de dikkat çekilmiştir. Zira maddi hukuka aykırılık kavramını savunanların kullandığı “doğru araçlarla doğru amaca dönük” tüm hareketlerin hukuka uygun olduğu ya da “devlet ve taraflar için yarardan çok zarar” ifade eden fiillerin hukuka aykırı olduğu şeklindeki genelleştirici cümlelerin somut olayların çözümünde kullanılmasının büyük bir tehlike ifade ettiği belirtilmektedir. Ceza hukuku uygulamasında tipik hareketi bir istisna yaratarak hukuka uygun hale getiren sebeplerin somutlaştırılmasına ihtiyaç bulunduğu vurgulanmaktadır¹⁶⁶.

Bununla birlikte Alman öğretisinde Jescheck/Weigend gibi önemli yazarlar dahi maddi hukuka aykırılık kavramının teorik açıdan önemli olduğu gibi pratik sonuçları da olduğunu düşünmektedir. Buna göre maddi hukuka aykırılık kavramı; suçları ihdas ederken kanun koyucuyu yönlendirme etkisine sahip olduğu gibi, soruşturma makamları açısından da mahkumiyet hükmüne giden yolda esas alınması gereken temel ilkedir. Zira yazarlara göre bu kavram; haksızlığı ağırlığına göre derecelendirme, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında cezanın miktarı ve türünü düzenleme ve normun konuluş amacına uygun yorumlanmasına imkan sağlamaktadır¹⁶⁷.

Belirtelim ki bu yaklaşım şekli aslında sadece ceza hukukuyla da sınırlı değildir. Normal şartlar altında kanuncu pozitivizme öncelik vermeye devam etse de kanunun ciddi haksızlıklara sebebiyet verdiği aşırı durumlarda doğal hukuk kavramına göndermede bulunarak pozitif hukuku bir kanara iten Radbruch da “*Radbruch Formülü*” şeklinde isimlendirilen meşhur formulasyonunda pozitif hukukun bazen bizzat haksızlık yaratabileceği ve adalete aykırı bir sonuç ortaya koyabileceği varsayımından hareket etmiştir¹⁶⁸. Yazar, meşhur “Yasal Haksızlık

¹⁶⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 235.

¹⁶⁷ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 234.

¹⁶⁸ Kristian Kühl, “Radbruch Formülü”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **İÜHFİM**, C. 70, S. 1, 2012, s. 373.

Yasaüstü Hukuk (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*)” isimli çalışmasında nasyonel sosyalizmin hukukçular ve askerlerin itaatini iki temel ilkeden hareketle kazandığını belirtmiştir: “Emir emirdir” ve “kanun kanundur”. Bu iki ilkeden “kanun kanundur” şeklindeki ikincisi için hiçbir istisna kabul edilmediğini belirtmiştir¹⁶⁹.

Radbruch’a göre: “*Yasalar adalet istencini bilinçli olarak yadsıyorsa, örneğin; İnsan Hakları’nı sağlamakta keyfilik içeriyor ve yetersiz kalıyorsa, o zaman bu yasaların geçerliliği yoktur, o zaman halk bunlara itaat borçlu değildir, o zaman hukukçular da kendilerinde, bu yasaların hukukilik karakterinin bulunmadığını söylemek cesaretini bulmalıdır*”¹⁷⁰. Yazara’a göre; “kanun kanundur” düşüncesi ve katı pozitivism hukukçuyu keyfi kanunlara karşı savunmasız bırakmaktadır. Pozitivism normun geçerliliğini sadece kendini uygulatma iktidarına sahip olmasına bağlamaktadır. Ancak “olması gereken”, basit bir “geçerli olmak” durumuyla temellendirilemez. Buna karşın pozitif bir hukukun varlığı, hiçbir yasa bulunmamasından daha iyidir, çünkü en azından bir hukuk güvenliği sağlamaktadır. Ancak amaca uygunluk ve adalet düşünceleri de kenara itilmemelidir. Adalet ve hukuk güvenliği arasındaki yarışta prensip olarak pozitif hukuka öncelik verilmelidir. İçerik bakımından haksız ve amaca uygun olmayan yasanın yani “yanlış yasa”nın adaletle çelişimi geri adım atmasını zorunlu kılacak derecede katlanılmaz bir ölçüye vardığında yaklaşım farklı olmalıdır. Yasal haksızlık durumları ile yanlış içeriğine rağmen geçerli yasalar arasında kesin bir sınır çizmek zordur. Ancak şayet pozitif hukuk yapılırken adalet bilinçli olarak yadsınmaktaysa ortada sadece “yanlış hukuk” değil, hukuk olma doğasından yoksun bir norm bulunur. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bu formülden hareketle “*Nasyonel sosyalist hukuk kurallarının hukuk olarak geçerliliği, bunları uygulamak ya da sonuçlarını tanımak isteyen yargıcın hukuk yerine bir haksızlık hükmü vermiş olacağı derecesinde adaletin temel ilkelerine açık biçimde ters düşmesi durumunda*

¹⁶⁹ Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Y. 1, S. 5, 1946, s. 105. Bu meşhur makalenin Türkçe çevirisi yakın zamanda ortak bir çalışmada yapılmıştır. Bkz. Sevtap Metin, Altan Heper, **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Formülü**, 2. Bası, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015, s. 74-100.

¹⁷⁰ Hayrettin Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı ‘Radbruch Formülü’ ”, **TBBD**, S. 56, 2005, s. 167.

reddedilebilir” demiştir¹⁷¹. Öğretide Ökçesiz Radbruch formülündeki bu tespitlerden hareketle somut olaylar karşısında hakimlerin “*Ben de karşıyım, ama yasa böyle emrediyor. Uygulamak zorundayım*” düşüncesi hareket etmemesi gerektiğini, aksi halde hukuka aykırı bir normun yürürlükten kaldırılıncaya kadar mağduriyet yaratmaya devam edeceğinin altını çizmiştir¹⁷².

Kuşkusuz normun ortaya koyduğu sonucun adalet duygusuyla örtüşmediği durumlarda hukukçunun aklında bir soru işareti belirmelidir. Ancak Radbruch formülünün çıkmasına neden olacak denli çelişkilerin ancak büyük toplumsal ve siyasal değişimler sonucu olabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun dışındaki durumlarda hakimden beklenen kanaatimizce somut olayın ortaya koyduğu ve adalet duygusu açısından tatminsizlik yaratan durumlarda “belirlilik” ilkesine uymak ve mevcut anayasal olanaklardan (somut norm denetimi gibi) yararlanmak olmalıdır.

Ayrıca maddi hukuka aykırılık yaklaşımı her ne kadar fail lehine bir kavram olarak düşünülmüş ve geliştirilmiş ise de tam tersi sonuçlar yaratmaya da oldukça müsaittir. Kanunun garanti fonksiyonu sebebiyle (*nullum crimen sine lege*) ceza hukukunda mümkün merteye sadece kanunun lafzı ile yetinilmeli maddi hukuka aykırılık kavramına dayanak teşkil eden sosyal zararlılık kavramı suç politikası alanına bırakılmalıdır¹⁷³. Zira bu yaklaşımın mefhumu muhalifinden kolaylıkla şeklen kanuna aykırı olmayan fiillerin maddi hukuka aykırı olduğu sonucu da çıkarılabilir. Nitekim bu kavramlara özellikle sosyalist ülke hukukçuları tevessül etmiş ancak en büyük kötüye kullanımlar da bu rejimlerde olmuştur¹⁷⁴. Türk öğretisinde Ünver de haklı olarak “maddi hukuka aykırılık” şeklinde bir kavram kullanmak suretiyle aslında her somut olayda ve sürekli değişen bir hukuka uygunluk sebebi yaratıldığını, bu haliyle söz konusu kavramın kötüye kullanımlara son derece açık olduğunu ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşürebileceğini belirtmiştir¹⁷⁵.

¹⁷¹ Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, s. 107. Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı ‘Radbruch Formülü’”, s. 169.

¹⁷² Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı ‘Radbruch Formülü’”, s. 170.

¹⁷³ Heribert Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 1982, R.v. Decker's Verlag, G. Schenk, Hamburg-Heidelberg, s. 334.

¹⁷⁴ İçel vd., **a.g.e.**, s. 106.

¹⁷⁵ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 122.

Kanaatimizce maddi ve şekli hukuka aykırılık kavramlarına müracaat etmeden de hukuka aykırılık sahasında tatmin edici sonuçlara ulaşılabilir. Genellikle hukuki pozitivizm ile özdeşleştirilen şekli hukuka aykırılık yaklaşımının sağladığı hukuk güvenliği ile vazgeçilmez bir fonksiyon ürettiği açıktır. Keza doğal hukuk düşüncesi ile özdeşleştirilen maddi hukuka aykırılık kavramı da hukuki menfaat ihlaline karşılık gelen bir içerik taşıması ve olması gereken hukuka işaret etmesi sebebiyle önem taşımaktadır. Bu sebeple hukuka aykırılık değerlendirilirken bir biçimde hem şekli hem de maddi içeriği tam kombine bir yaklaşım sergilemek zorunlu bir hal almaktadır¹⁷⁶. Bir defa, hukuka aykırılığı şekli yaklaşımdan hareketle yani “norma aykırılık” olarak belirlemek yazılı olmayan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmadığını ve dikkate alınamayacaklarını iddia etmek anlamına gelmemektedir. Nitekim günümüzde hukuka uygunluk sebeplerinin tamamen yazılı hukuktan kaynaklanmasının gerekmediği neredeyse ittifakla kabul edilmektedir. Korunan hukuki değer ihlali ya da fiilin sosyal zararlılığı gibi kavramlar kanun yapma ve cezanın belirlenmesi aşamalarında önemli olsa da çoğu kez tek başına tipik bir fiilin hukuka uygun olduğunu söylemeye yeterli olmayacaktır. Kanunda pozitif hukukun fiilin ifade ettiği haksızlığa nazaran daha ağır bir yaptırımın uygulanmasına neden olarak adalet duygusunu zedeleyici sonuçlar ortaya koyma ihtimaline binaen sistemi rahatlatıcı hükümler sevk edilmesi daha uygun bir çözüm tarzıdır.

Bütün bu teorik eleştirilere rağmen “maddi hukuka aykırılık/ şekli hukuka aykırılık” kavramları Türk uygulamasında kısa bir süre öncesine kadar oldukça rağbet görmüştür. YCGK 1983 tarihli eski bir kararında bu kavramlardan uzunca bahsederek;

“(…) sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, fiili 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

¹⁷⁶ Katoğlu, a.g.e, s. 44.

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 belirtilen halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun da zımnî sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz” denilmiştir¹⁷⁷.

YCGK bu kararında şeklen hukuka aykırı görülmele birlikte hükmün ratio legisine uygun olmayan durumlarda failin cezalandırılmayacağını vurgularken “ratio legisine uygunluk” halini adeta yazılı olmayan bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele almıştır.

Yargıtay uygulamasında özellikle Selçuk karşı görüşleri ile maddi hukuka aykırılık/ şekli hukuka aykırılık ayırımını savunmuştur. Bir kararda karşı görüş yazısında;

“Her ceza normunda korunan yararın/ değerinin/ varlığının ve bunun ihlal boyutuna ulaşmış ulaşmadığının saptanması zorunludur. (...) Yağma cürümleri çok hukuki konulu suçlardandır ve bu cürümlerin oluşması için hem irade (karar) özgürlüğü ve hem de malvarlığı değerlerinin ihlal boyutlarına ulaşması gerekir. Ancak, ‘maddi hukuka aykırılık’ gerçekleşmemiştir. Bu nedenle failin cezalandırılması normun konuluş amacına ve özüne ters düşer. (...) Olayımızda oluşa uygun kabule göre, sanık mağdurdan yalnızca 10.000 lira istemiş ve bununla sınırlı olarak yağma cürümünü işlemiştir. 10.000 lira ise günümüzdeki ekonomik şartlara göre malvarlığını ihlal edici boyutta bir değer değildir. Bu durumda sanık yalnızca karar özgürlüğünü ihlal etmiş olmaktadır ve eylem, TC yasasının 188/3. madde ve fıkrasına uymaktadır. (...) Sanığın 10.000 lirayla sınırlı olarak yaptığı yağma cürümünden cezalandırılması ihlal boyutunu gözetmediğinden maddi hukuka aykırılık ögesine ters düşecek, sadece biçimsel hukuka aykırılık ögesiyle yetinilmiş olunacaktır”¹⁷⁸ demiştir.

Yine bir başka kararın karşı oy yazısında;

¹⁷⁷ CGK, 28.03.1983, 1983/8-56 – 1983/144 (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>

¹⁷⁸ 6. CD, 1993/5887 - 1993/6145, 24.08.1993, (Sami Selçuk’un karşı oy yazısı); Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, **TBBD**, S. 69, 2007, s. 57.

“Dışa yansıyan somut ve kusurlu eylem, korunan bu varlığı, değeri, menfaati ya tehlikeye düşürmeli ya da ona zarar vermeli; tek sözcükle onu ihlal etmelidir. Bu yüzden ceza hukukunun meşruluğu ve cezalandırmanın haklılığı, “ihlal yoksa suç yoktur (nullum crimen sine iniuria)” temeline dayanır. Bu nedenlerle, tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemin (biçimsel hukuka aykırı) suç olabilmesi için, o suçla korunan varlığın, menfaatin, değer ihlal edilmesi ve bu ihlalin nicelik açısından belli boyutlara ulaşması zorunludur. Maddi hukuka aykırılık da adı verilen bu boyut gerçekleşmemiş ise, suçun yapısına göre, fail ya cezalandırılmayacak ya da kalkışma aşamasında kalmış suçtan cezalandırılacaktır”¹⁷⁹ demiştir.

Bu kararda da maddi hukuka aykırılığın gerçekleşmediği ve sadece şekli hukuka aykırılıktan bahsedilebilen durumlarda gerçekte bir ihlalin bulunmadığı bu sebeple ancak teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini belirtilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi kanaatimizce ceza hukukunun maddi hukuka aykırılık/ şekli hukuka aykırılık gibi bir ayrıma ihtiyacı yoktur. Aksine bu tip kavramların ceza hukukunda kurumsallaştırılması yarardan çok zarar doğurmaya müsaittir. Her ne kadar uygulama somut olay adaletini sağlama adına bu tip kavramları dayanak alma yoluna gitmiş ise de aslında yapmak istediği haksızlık içeriği normda öngörülen cezanın uygulanmasını haklı kılmayan fiilleri cezalandırılabilirlik alanı dışında bırakmaktadır. Ancak bunu sağlamak için maddi hukuka aykırılık/ şekli hukuka aykırılık gibi kavramlar kullanılıncaya Selçuk’un karşı görüş yazısında olduğu gibi hatalı sonuçlara ulaşılabilecektir. Zira yağma suçunda elde edilen maddi menfaatin azlığı fiilin hukuka aykırı olmadığı anlamına gelmez. Sadece fail bakımından kanunun ilgili maddelerinde yer alan indirim düzenlemelerinin uygulanmasını halı kılar. Yağma gibi birden fazla hukuki değeri ihlal eden ağır bir suçta salt değer azlığından hareketle cezasızlık sonucuna ulaşılması son derece hatalı olur.

Bu başlığı kapatmadan kısaca maddi - şekli hukuka aykırılık ayrımına benzeyen maddi suç - şekli suç ayrımına da değinmekte fayda vardır. Maddi suç - şekli suç ayrımı da yine özellikle 2. Dünya Savaşından sonra Sovyetler Birliği ceza hukukunun etkisiyle sosyalist ülkelerde yayılmıştır ve sosyalist-komünist ülke hukuklarına karakteristik bir özellik kazandırarak, onları batılı ülkelerin ceza hukuku düzenlemelerinden ayırıcı bir unsur haline gelmiştir. Bu yaklaşımda da bir fiilin

¹⁷⁹ (Sami Selçuk’un karşı oy yazısı); Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 83, 113. dn.

cezalandırılabilmesi için sadece kanuni tanıma uymasının yeterli olmadığı, içeriği itibarıyla bir “toplumsal tehlikelilik” ifade etmesi gerektiğine işaret edilmiştir¹⁸⁰.

Maddi suç-şekli suç ayrımını yapanlara göre bazı fiiller suç oldukları için cezalandırılmamakta; cezalandırıldıkları için suç olarak değerlendirilmektedir. Her ne kadar suç şekli anlamıyla sadece tipik, hukuka aykırı fiili ifade etmekteyse de maddi anlamıyla yani ratio legis bir kenara bırakılarak değerlendirilemez. Çünkü kanun koyucu tipik ve hukuka aykırı fiili sadece o koşullar altında cezalandırmak istemiştir¹⁸¹. Şayet bir fiilin suç olarak tanımlanmasına imkan sağlayan maddi sebepler tespit edilirse suç oluşturan haksızlığın genel bir tanımını vermek de mümkün olabilecektir. Ancak bu soruya net bir yanıt verilebilmiş değildir. Fakat iki farklı görüş geliştirilmiştir. Bunlardan birincisi suçu sosyo-etik kavramına dayanarak açıklamaktadır. Bu görüşe göre suç, sosyo-etikğin temel emir ve yasaklarına aykırılıktan, toplumsal kültür nazarında değersiz ya da genel değer yargılarına aykırı fiillerden oluşmaktadır. Diğer görüş ise suçu hukuki değer ihlalden hareketle açıklamaktadır¹⁸². Bununla birlikte öğretilerde belirtildiği gibi her iki yaklaşım da suç kavramının içini tek başına doldurmaya yeterli değildir. Suçu tanımlamada korunan değer önemi ya da tehlike yaratan davranış biçiminin gerçekleştirilme sıklığı gibi objektif faktörler önemli olmakla birlikte tek belirleyici değildir¹⁸³. Bir ceza, kamunun menfati açısından kaçınılmaz ve aynı zamanda hukukun korunmasına ilişkin ölçülü bir araç olarak görünmesi halinde meşru kabul edilebilir¹⁸⁴.

Maddi suç kavramına atıf yapan yazarlara göre kanun koyucu ne kadar itinalı davranmış olursa olsun ciddi derecede az ya da hiç sosyal zararlılık ifade etmeyen bazı fiillerin suç tanımları içerisinde kalmasını engelleyemeyecektir. Bu sebeple ilave tedbirlere ihtiyaç vardır. Bunlardan biri kanun koyucunun her suç tipine sosyal zararlılık şartını vurgulayacak bir unsur eklemesidir. Ancak her suç tanımı bu

¹⁸⁰ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 66; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 333-334; Friedrich-Christian Schroeder, “Das Strafrecht der DDR und der Sowjetunion”, *ZStW*, S. 91, 1979, s. 1087; Ewa Weigend, Andrzej Zoll, “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen”, *ZStW*, S. 95, 1983, s. 752.

¹⁸¹ Trechsel, Noll, *a.g.e.*, s. 26.

¹⁸² Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

¹⁸³ Theo Vogler, “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, *ZStW*, S. 90, 1978, s. 138.

¹⁸⁴ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

tarz bir yönteme uygun olmayabilir ve bu yöntem ceza kanunu lafzi açıdan çok kalabalıklaştırabilir. Bu sebeple diğerk ihtimal olan ceza kanunlarına genel bir filitre konulması düşüncesi ağır basmaktadır. Bu noktada da gündeme özellikle maddi suç, maddi hukuka aykırılık, sosyal tehlikelilik, sosyal zararlılık, önemsizlik gibi kavramlardan hareketle yapılan suç tanımları ya da cezalandırmayı sınırlama amacını dönük genel normlar gelmektedir¹⁸⁵.

Ancak öğretinin hukuk güvenliğiyle ilgili çekinceleri sosyal-toplumsal tehlikelilik kriterini esas alan bir ceza hukuku uygulaması için de geçerlidir Nitekim Çekoslavakya rneğinde toplumsal tehlikelilik kriterinin zaman içerisinde suçların kapsamını sınırlama yönündeki işlevini kaybederek tam aksine hazırlık hareketlerini dahi cezalandırmaya uzanan bir uygulamaya dönüştüğü belirtilmektedir¹⁸⁶. Keza sosyalist hukuk düzenlerinde uygulamacıya devletin ceza kanunları ile ulaşmak istediği amaca uygun bir yorum yapılabilmesine olanak tanımak amacıyla maddi suç kavramını ürettiği belirtilmektedir¹⁸⁷. Bu sebeple maddi suç ya da maddi hukuka aykırılık gibi yapay kavramlar üretmek yerine soruştumanın takdiriliği gibi alternatif yöntemlerin benimsenmesi ve geliştirilmesi yoluyla aynı sonuçlara teorik olarak daha isabetli yollardan ulaşılabileceğinin altı izilmektedir¹⁸⁸.

Belirtelim ki Türk hukukunda maddi suç/ şekli suç kavramları, burada anlatılan anlamından farklı olarak suçu doğal hareket teorisinden hareketle izah eden yazarların her suçta bir netice aramalarının sonucunda üretilmiş bir ayrımı ifade etmek üzere de kullanılmaktadır. Bu teoriyi savunan yazarlar neticesiz suç olamayacağını düşündükleri için; hareketten açık bir şekilde ayrılabilen bir neticenin bulunduğu durumlarda maddi suçtan, “hareketin neticeye bitişik” olduğunu iddia ettikleri suçlarda da şekli suçtan bahsetmektedirler¹⁸⁹. Yani maddi suç/ şekli suç kavramları ülkemizde genellikle burada üzerinde durulan anlamda kullanılmamaktadır.

¹⁸⁵ Heinz Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, **Salzburger Universittsreden**, S. 58, Universittverlag Anton Pustet, Salzburg-München, 1975, s. 9-10.

¹⁸⁶ Solnar Vladimir, “Kriminalpolitische Tendenzen des neuen tschechoslowakischen Strafrechts im Vergleich mit dem modernen deutschen Strafrecht”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 231.

¹⁸⁷ Katoğlu, **a.g.e.**, s. 38.

¹⁸⁸ Gerald Grünwald, “Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 266.

¹⁸⁹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 68; Ayhan nder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Beta, 1992, C. 2. s. 54.

Alman öğretisinde Gropp da bu konuda şöyle bir açıklama yapmaktadır: Şekli açıdan suç denildiğinde kanunda tanımlanmış ve cezai yaptırıma bağlanmış fiil anlaşılır. Suçun maddi anlamı ise kanun koyucunun o fiille ilgili olarak cezai yaptırım uygulamasının meşruiyeti sorunuyla alakalıdır. Yazara göre toplumu ve bireyi korumak için hayat, sağlık, malvarlığı gibi değerli bulunan hukuki değerlere yönelik ihlal ya da tehlikeleri cezai yaptırıma tabi tutmanın meşru olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹⁹⁰. Her ne kadar hukuka aykırılığın belirlenmesi bakımından maddi suç/ şekli suç ayrımı yapılmasını anlamı bulmasak da Gropp'un bu kavramları daha farklı ve doğru bir yöntemle kullandığı açıktır. Gerçekten de kanun koyucu teknik olarak neyi suç olarak tanımlamak istese onu “şeklen” suç haline getirebilir. Bununla birlikte ceza hukukunun meşruiyeti ancak korunmaya değer olduğu hususunda toplumsal bir ittifak bulunan hukuki değerleri ihlalle orantılı biçimde yaptırım altına alarak sağlanabilir. Fakat kanaatimizce meşruiyet sorunun maddi suç kavramına sınırlanarak yapılacak bir yorum faaliyetiyle çözülmesi olanaklı olmadığı gibi hukuk güvenliği ve eşitlik ilkesi açısından da son derece risklidir. Maddi hukuka aykırılık / şekli hukuka aykırılık ya da maddi suç/ şekli suç gibi yapay ayrımlar yapmak yerine somut olay adaletini sağlamaya yönelik pozitif hukukta da kabul görmüş başka çözümler aranmalıdır. Aksi yaklaşım tarzı her somut olayda sürekli değişen ve kanun koyucunun iradesini aşarak hukuk güvenliğini zedeleyici bir hal kazanan uygulamalara sebebiyet verebilir¹⁹¹.

B. Ceza Hukukunda Haksızlık Kategorileri

1. Haksızlıkların Tasnifi ve Bu Tasnifin Dayanağı

Daha önce belirtildiği gibi hukuk dünyasındaki haksızlıkların bir kısmı ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte ceza hukukundan diğer hukuk disiplinlerinin sahasında kalan haksızlıklar ayıklandıktan sonra dahi geriye kalan tüm haksızlık biçimlerine aynı şekilde muamele edilmesi kabul gören bir yaklaşım tarzı değildir. Ceza hukuku haksızlıkları -yani hukuka aykırı tipik fiiller- bugüne kadar hem öğreti hem de kanun koyucular tarafından belli özelliklerinden ve

¹⁹⁰ Gropp, **a.g.e.**, § 1, s. 33, kn. 78-89.

¹⁹¹ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, s. 17; İçel vd., **a.g.e.**, s. 107; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 123.

ortak paydalarından hareketle tasnife tabi tutulmuşlardır¹⁹². Ancak bizim burada ele alacağımız tasnif; uygulanacak yaptırımın türünü değiştiren; o fiille ilgili olarak farklı usuli hükümler uygulanmasına neden olan kategorilerdir. Nitekim tarihsel süreç içerisinde öğreti ve uygulamanın 18. yy'ın ikinci yarısından itibaren ceza hukuku haksızlıklarını ağırlıklarına ve yaptırımın türüne göre tasnif etmeye başladığı bilinmektedir¹⁹³.

Her ne kadar (Japonya, Rusya, Danimarka gibi) bazı ülkelerde ceza hukuku haksızlıklarının derecelendirilemeyeceği ve tek bir kategori oluşturdukları kabul edilse de bir çok ülkenin çok eski dönemlerden beri ceza hukuklarında cürüm-kabahat, cürüm-cünha, cürüm-cünha-kabahat gibi ikili ya da üçlü ayrımlar yapması, haksızlık oluşturan fiillerin aynı ya da farklı kanunlarda yer alsalar da bazı farklı değerlendirmelere tabi tutulmalarının ceza hukukunda kadim bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır. Üstelik zaman içerisinde kabahat nevinden fiillerin pozitif hukukta sayıca artması ve fazla sayıda işlenmeleri sebebiyle ortak bir yapıya kavuşturularak, genel bir düzenlemeye tabi tutulmalarına yönelik ihtiyaç kendisini iyice hissettirmiş ve kabahatler hukukunu düzenleyen müstakil kanunlar yapılmaya başlanmıştır¹⁹⁴.

Haksızlığın farklı kategorilerine giren fiiller arasında hem genel ilkeler hem de yargılama usulü açısından fark olması gerektiği ittifakla kabul edilmekle birlikte, bu alanlar arasındaki sınırın hangi kriterlerden hareketle çizileceği, yani hangi fiillerin kabahat; hangilerinin suç olarak tanımlanacağı öğretide farklı şekillerde yanıtlanmış bir sorundur¹⁹⁵. Kabahat ile suç nevinden fiiller arasında nitelik farkı olduğunu savunan birinci görüş kabahatlerin hukuki değerleri değil devletin idari yararlarını koruduğu şeklinde bir görüş ileri sürse de kabahatler hukuku alanının genişlemesi ve farklı türden hukuki değerleri koruma sahası içine almaya başlamasıyla birlikte bu görüş desteğini kaybetmiştir. Diğer bir yaklaşım tarzı ise suçların bireysel menfaatleri, kabahatlerin ise bireyüstü menfaatleri koruduğu iddiasına

¹⁹² Bu kapsamda; şikayete tabi olan-resen soruşturulan, uzlaşmaya tabi olan-olmayan, kasten-taksirle işlenen, ihmali-icrai suçlar vb. ayrımlar sayılabilir. Keza ceza kanunlarında suçların herşeyden önce korunan hukuki değer dikkate alınarak bir tasnife tabi tutulduğu görülmektedir.

¹⁹³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 42.

¹⁹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 44-45; Fatih Selami Mahmutoğlu, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1995, s. 50 vd.

¹⁹⁵ Ayrıntılı bilgi ve görüşler için için bkz. Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 56-86.

dayanmaktadır. Bununla birlikte işin esasına inildiğinde basit bir park yasağının dahi bireylerin serbest ticaret ve hareket etme hakkı ile ilgili olduğu, keza trafik düzenine aykırılıkların da bireylerin hayat, sağlık ve mal güvenliklerini korumaya yönelik olduğu yani bu tezin de bir geçerliliği olmadığı görülebilecektir¹⁹⁶.

Türk kanun koyucunun da aynı hukuki değeri korumaya yönelik hem kabahat hem de suç nevinden düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Örneğin 2918 sayılı KYTK md. 48/5'te 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı kanunda yapılan değişiklikle şu şekilde bir düzenleme yapılmıştır: “Yapılan tespit sonucunda, 0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alınır. Hususi otomobil dışındaki araçları alkollü olarak kullanan sürücüler bakımından promil alt sınırı 0.21 olarak uygulanır”; KYTK md. 48/6'da “Yapılan tespit sonucunda, 1.00 promilin üzerinde alkollü olduğu tespit edilen sürücüler hakkında ayrıca Türk Ceza Kanununun 179 uncu maddesinin üçüncü fıkrası hükümleri uygulanır”; KYTK md. 48/7'de “Hususi otomobil sürücüleri bakımından 0.50 promilin, diğer araç sürücüleri bakımından 0.20 promilin üzerinde alkollü olan sürücülerin trafik kazasına sebebiyet vermesi hâlinde, ayrıca Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uygulanır” denilmiştir. TCK md.179/3 ise “Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır” şeklindedir. Görüleceği üzere kanun koyucu bu düzenlemelerin her ikisinde de trafik düzenini korumak adına failin alkollü şekilde araç kullanmasını yaptırım altına almıştır. Özel araçlar için konuşulacak olursa sürücünün 0,50 promilin üzerinde alkollü olduğu durumlarda her halukarda -yani emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edebilecek durumda olsa dahi- idari yaptırım uygulanması zorunludur. TCK'nun 179/3. maddesinde yazılı cezanın uygulanabilmesi için ise failin kaç promil alkollü olursa olsun emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olması gerekir. KYTK'nda 24.05.2013 tarih ve 6487 sayılı kanunla değişiklik yapılmaya kadar Yargıtay içtihatlarında, Adli Tıp Kurumunun görüşlerinden hareketle tüm kişisel farklar elimine edildiğinde 100 promil ve üzeri alkol seviyesinin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare etme olanağını ortadan kaldırdığı ön kabul haline getirilerek istikrarlı şekilde md. 179/3'te

¹⁹⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 48-49.

yer alan yaptırımın uygulanması yoluna gidilmiştir. Nitekim 2013 yılında belirtilen değişiklikle de bu durumun yasal bir kural haline getirildiği görülmektedir. Daha dikkat çekici olan ise 0.50 promilin üzerinde alkollü olan sürücüler bakımından şayet trafik kazasına sebebiyet vermişlerse yine bir ön kabulden hareketle -yani failin emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olup olmadığının araştırılması gerekmeksizin- ayrıca TCK hükümlerinin uygulanacağını öngörülmesidir. Bu düzenleme failin trafik kazası yapmasını, emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek durumda olması bakımından bir karine haline getirerek, kusur ilkesine aykırı bir durum ortaya koyduğu gibi, KK md. 15/3'te yer alan "Bir fiil hem kabahat hem suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır" şeklindeki içtima kuralına da aykırı bir durum arz etmektedir¹⁹⁷. Bununla birlikte bu örnek de göstermektedir ki aynı hukuki değer belli şartlar altında suç, belli şartlar altında da kabahat nevinden bir fiil olarak tanımlanarak yaptırım altına alınabilmektedir. Dolayısıyla suç ve kabahatler arasında nitelik yönünden bir fark aranması isabetli bir görüş tarzı değildir.

Suç ve kabahatlerin ayırımına ilişkin ikinci görüş bu fiiller arasında hem nicelik hem de nitelik farkı bulunduğunu kabul etmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi bu görüşe dayandığı bir kararında; suçlarda tam anlamıyla bir sosyo-etik değersizlik (*ein soziaethisches Unwerturteil*) hükmü bulunduğunu, kabahatlerin ise suçların aksine özünde bir etik ihlal ifade etmeyip sadece zaman ve mekana göre değişen devlet idaresi düzenini koruduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla suç ve kabahatler arasında çekirdek alan bakımından nitelik farkı olduğu, ancak bu çekirdek alanın dışında kalan sahada kanun koyucunun suç ve kabahat ayırımını haksızlık içeriğini dikkate alarak nicelik yönünden yaptığı kabul edilmektedir¹⁹⁸.

Üçüncü görüş ise sosyoetik değersizlik yargısının sadece suçlar bakımından söz konusu olmadığını kabahatlerde de geçerli olduğunu, suçlar ile kabahatler arasındaki farkın nicelik yönünden yapılabileceğini belirtmektedir. Bu yaklaşıma göre kabahatler suçlara nazaran daha az haksızlık içeriğine sahiptir. Bir fiil, korunan hukuksal yararın toplumsal açıdan çok önemli ve ihlalinin çok ağır olduğu

¹⁹⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 186.

¹⁹⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s. 49-50.

durumlarda suç, diğer durumlarda ise kabahat olarak düzenlenebilir. Türk hukukunda 5236 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra kanunun da etkisiyle baskın konuma gelen görüş budur¹⁹⁹. Fakat elbette bu durum suç-kabahat ayrımının

¹⁹⁹ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun genel gerekçesine suç ve kabahat ayrımının haksızlık içeriği kriterinden hareketle yapıldığı çok açık bir şekilde anlatılmıştır. Bu sebeple gerekçeye burada yer vermekte yarar görüyoruz: "Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Ancak, bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, bunun esasen haksızlık ifade etmesi gerektiği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Esas itibarıyla haksızlık ifade etmeyen, hukuka aykırı olmayan bir fiil hiçbir surette suç veya kabahat olarak tanımlanamaz. 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. Örneğin, suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilirler. Eğer kanunda açıkça belirtilmişse, taksirle işlenen fiil de istisna olarak suç oluşturabilir. Buna karşılık, Tasarıda benimsenen sisteme göre, kabahat türünden haksızlıklar kural olarak hem kasten hem de taksirle işlenebilirler. Ancak, sadece kasten veya taksirle işlenebilen fiilin kabahat oluşturabileceği konusunda kanunda hüküm bulunabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanununun sistemine göre, failin cezalandırılabilmesi için, kabahat teşkil eden fiilin gerçekleşmiş olması yeterli sayılmıştır. Kabahat türünden bir suçun işlenmesi açısından failin kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiğinin araştırılmasına gerek yoktur (m. 45, f. 2). Objektif sorumluluk rejiminin benimsendiği 19 uncu yüzyıl ceza hukuku anlayışının bir ürünü olan bu düzenlemenin doğru olmadığını ifade etmek gerekir. Aslında bu düzenleme, kabahat türünden bir suç işleyen kişi aleyhine olan bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, örneğin bir başkasının malvarlığına taksirle zarar verilmiş olması durumunda kişi cezalandırılmayacaktır. Çünkü, başkasının malvarlığına zarar verme (nası ızrar) suçu ancak kasten işlenebilir (m. 516). Buna karşılık, kamu makamlarından gerekli izin alınmaksızın başkasına ait binanın duvarlarına afiş yapıştırmak, yazı yazmak gibi fiiller dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için kastının sabit olması gerekmektedir (m. 536). Keza, suça teşebbüs cezalandırılabilir iken, Tasarıda benimsenen sisteme göre, kabahate teşebbüs kural olarak cezalandırılmamaktadır. Suça iştirakte suç ortakları arasında fail ve şerik (azmettiren veya yardım eden) ayırımı yapılmaktadır. Tasarıda benimsenen sisteme göre, kabahate iştirakte ise, tek tip fail sistemi kabul edilmiştir. Tekerrür bakımından da suçlarla kabahatler arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir. Başka bir deyişle, bu fiiller, "idarî suçlar" olarak tanımlanmaktadır. Bu fiiller karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan "adli para cezası" değil; idarî yaptırım olarak "idarî para cezası" niteliği taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; adli nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanunî neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, idarî nitelikte bir yaptırım olarak para cezasına, ceza muhakemesi süreci sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmez; bu ceza, idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Bu cezalar, adli sicile kaydedilmez, ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez. İdarî nitelikteki "para cezası", bir uyarı (ikaz) fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacıyla da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının misli nitelikte olması mümkündür. Özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idarî nitelikte ceza yaptırımlarına yer verilmektedir. Bu bağlamda yürürlüğe konan kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelelerde kazuistik hükümlere yer verilmektedir. Bu kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin varlığından söz edilemez. Bunlar arasında bir ahenksizlik hakim bulunmaktadır. Bu nedenle, idarî nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanuna ülkemiz açısından büyük bir ihtiyaç bulunmaktadır. Bu düşüncelerle hazırlanan bu Tasarıda, idarî yaptırımları gerektiren fiiller yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idarî yaptırımların hukukî niteliği, çeşitleri ve sonuçları, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular, bir sistematik çerçevesinde düzenlenmiştir. Tasarı içeriğinde ayrıca, bazı özel kabahat tanımlarına yer

temelinde niteliksel bir farklılık olup olmadığı yönünde sorgulama yapma gereksinimini ortadan kaldırmamaktadır. Nitekim suç ve kabahat nevinden fiillerin genel özelliklerine bakıldığında, kabahat türünden fiillerin daha çok belli bir mağdura yönelmemiş ve toplumun genel düzenini korumaya yönelik haksızlıkları yaptırım altına aldığı görülmektedir. Ancak bu tespit genelleştirilebilme kabiliyetine sahip değildir. Ne kadar gayret gösterilirse gösterilsin suçlar ile kabahatler arasında öze dair genel geçer bir fark bulmak olanaklı görünmemektedir. Suç ve kabahat türünden fiillerin bir çoğunda hem birey hem de kamusal menfaatleri ilgilendiren yönler bulunmaktadır. Ayrıca kabahatlerin sosyoetik açıdan değersiz bulunmadığı, kınanmadığı görüşü (ikinci görüş) kanaatimizce son derece hatalıdır. Bu yaklaşım tarzının alt metninde hukuk ile etiğin (ahlakın) çatışması ihtimali yatmaktadır ki bu hiç bir durumda kabul edilebilecek bir yaklaşım tarzı değildir. Zira ahlak kuralları, hukuk kuralları ile ilişkili ve toplumsal yaşamı onunla birlikte düzenleyen kurallardır. Ahlak toplumda hakim düzeni bozma noktasına geldiğinde hukuk kuralı haline gelmektedir. Kabahatlerin de (özellikle sarhoşluk, kumar vb.) ahlaka aykırılık ifade ettiği açık olmakla birlikte suçlara nazaran haksızlık içerikleri ve kınanabilirlikleri azdır bu sebeple de cezalandırılma kategorileri farklıdır²⁰⁰. Ayrıca belli bir fiil karşılığında uygulanacak yaptırımın ağırlığı salt hukuki değerinin öneminden değil onun somut olaydaki ihlal edilmiş şekliyle kaynaklanabilir. Örneğin bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile bağlantılı olan bazı fiiller TCK'da suç olarak tanımlanırken bir kısmı da kabahat nevinden fiillerle düzenleme bulmuştur. Dolayısıyla kanaatimizce de bu ayrımın temelinde ihlalin boyutuyla ilgili niceliksel bir fark yatmaktadır. Yani suçlar ve kabahatler arasındaki temel fark koruma konusu hukuki menfaat değil; buna yöneltilen saldırının işleniş tarz ve yoğunluğudur. Bu tarz bir değerlendirme sonucunda ultima ratio ilkesi gereği haksızlığın niceliksel olarak cezayı haklı kılacak bir seviyeye ulaşmadığı durumlarda cezai yaptırım uygulamaktan kaçınılmalıdır. Zira cezayı haklı kılmayacak fiiller

verilmiştir. Bu kabahatlerden bir kısmını, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 1 Nisan 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkması dolayısıyla yaptırımsız kalan bazı kabahatler oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin idarî yaptırım gerektiren fiiller dolayısıyla hüküm içeren çeşitli kanunlardaki usule ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak verdiği anayasaya aykırılık kararları karşısında; bu Kanun Tasarısında idarî yaptırım kararlarına karşı yargı yolu gibi konularda ayrıca düzenleme yapılmamıştır". (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>, (çevrimiçi) 01.05.2016).

²⁰⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s. 56.

dolayısıyla toplumun büyük bir kısmı sabıkalı kişilere dönüşürse bu kuralların bize sağlamak istediği himaye çok pahalıya mal olur²⁰¹.

Bununla birlikte suç-kabahat ayırımına ilişkin açıklamaların olması gereken hukuk dikkate alınarak yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır. Zira pozitif hukuk açısından bu ayırımı yapan kanun koyucunun bizatihi kendisi olduğundan, hangi fiillerin hangi alanda değerlendirileceği kesinlik arz etmeyen ve zaman içerisinde değişmeye müsait bir yapı arz etmektedir. Bu sebeple kabahat olarak tanımlanmış bir fiilin sonradan suça; suç olarak tanımlanmış bir fiilin de kabahate dönüşmesi mümkündür²⁰². Ancak elbette kanun koyucunun da bu tespiti yaparken tamamen keyfi hareket etmesi mümkün olmayıp, tercihlerinin belli bir suç politikasına dayanması gerekir. Nitekim bir fiilin suç ya da kabahat olarak tanımlanmasında izlenen suç siyasetinin etkili olduğu KK'nun genel gerekçesinde de zikredilmiştir. TBMM Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin 3 Ağustos 2004 tarihli raporda da suç politikası “barış esasına dayalı toplum düzeninin devamı için hukuka aykırı fiillerin hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğinin belirlenmesinde izlenen yol” olarak tanımlanmıştır²⁰³. Kuşkusuz kanun koyucunun izlediği bu suç politikasının da belli tutamak noktaları olmalıdır. Yani kanun koyucu bir fiili suç ya da kabahat olarak düzenlenmiş olmasının makul gerekçelerini ortaya koyabilmelidir. Bu hususta en temel kriterlerden birinin hukuki değer kavramı olduğu, anayasada da ifadesini bulan temel nitelikte haklar -özellikle de bu hakların çekirdek alanının- cezai yaptırımla korunması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim Alman hukukunda bir görüş basit hırsızlık olaylarında idari yaptırımlara müracaat edilmesini teklif etmiş ise de bu fikir kabul görmemiş, hırsızlık gibi ceza hukukunun çekirdek sahasında bulunan suçlarda -hangi seviyede haksızlık ifade ederse etsin- idari yaptırımlara başvurmanın mülkiyet hakkının korunmasını hafife almak anlamına geleceği belirtilmiştir²⁰⁴. Ancak hukuki değer kavramına dayanan bu kriter kısmen kabahat-suç ayırımında nitelik farkının da bulunduğu görüşüne kapı açabilecek mahiyette olduğundan kanun koyucunun

²⁰¹ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

²⁰² Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 358; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 288; Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 87-89.

²⁰³ İzzet Özgenç, **Gazi Şerhi**, 3. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006, s. 41.

²⁰⁴ Herbert Landau, Helmut Fünfsinn, “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, **ZRP**, S. 1, 2000, s. 8.

yapacağı seçimin başat faktörü olamayacaktır²⁰⁵. Dolayısıyla bir fiil salt ilintili olduğu hukuki değere bakılarak değil bir bütün olarak haksızlık içeriği göz önünde bulundurulmak suretiyle değerlendirmeye tabi tutulmalıdır²⁰⁶. Fakat kanaatimizce adam öldürme, hırsızlık, cinsel saldırı gibi bazı fiillerin tüm zaman ve mekanlarda ve tüm ihlal seviyelerinde cezai yaptırım altına alınmaya layık olduğunu söylemeye engel yoktur²⁰⁷. Çünkü bu örneklerdeki saldırılar her halükarda sosyal hayatın temel moral değerlerine aykırı düşmektedir. Diğer durumlarda da suç haline getirilecek haksızlığın, normal haksızlığı aşan ölçüde bir “şenaati (kötülük)” mündemiç olması zorunludur. Ancak bu şartın ne zaman gerçekleşmiş sayılacağını genel ve basit bir formülle ortaya koymanın zorluğu açıktır²⁰⁸.

Konuya cezalandırmanın amacı çerçevesinden bakan Gallas’a göre suç tanımı kazanacak fiillerin belirlenmesinde; toplumu koruma ihtiyacının yüksek olması, yani toplumda bu fiillerin önlenmesine yüksek bir alaka gösterilmesi önemli rol oynamaktadır. Yazara göre başka silah bulunmaması halinde bile serçeye topla ateş edilmemelidir²⁰⁹. Kanaatimizce de kanun koyucu, suç-kabahat ayrımını yaparken orantılılık ve ultima ratio ilkelerini dayanak almalıdır. Ceza hukuku, hukuki değerlerin korunmasında sınırlı bir fonksiyon icra eder. Binding her ne kadar ceza hukukunun bu şekilde sınırlandırılmasını kanun koyucunun “eserindeki büyük eksiklik” olarak nitelendirmişse de bu yaklaşım bugün özgür bir hukuk devletinin en temel teminatlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ceza hukukunun hukuki değerlerin korunmasında sadece tali-ikincil bir işleve sahip olup, natamam bir yapı (*fragmentarische Character*) arzemesi normal bulunmalıdır²¹⁰. Öncelik ve aslolan hukuki değerlerin ceza hukuku dışından yaptırımlarla ve daha az müdahale ile korunmasıdır. Bu bağlamda örneğin sadece park yasağına aykırı davranış idari yaptırımını haklı kılsa da ceza uygulanmasını gerektirecek kadar ağır bir haksızlık

²⁰⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s. 61-62.

²⁰⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 63.

²⁰⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 53-55; Hans Joachim Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, **ZStW**, S. 90, 1978, s. 253; İçel vd., **a.g.e.**, s. 9; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 40-41; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 93.

²⁰⁸ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

²⁰⁹ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

²¹⁰ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 52-53.

değildir. Keza dikkatsizliği sonucu komşusunun arabasına zarar veren fail de zararı tazmin etmek zorundadır ancak kasta dayanmayan bu fiili sebebiyle cezalandırılması yoluna gidilmesi orantısız bir yaptırım olur²¹¹.

Yukarıda anlatılanları özetleyecek olursak: Suç-kabahat ayrımı ceza hukukundaki kanunilik ve belirlilik ilkeleri gereği ancak yasayla ve dolayısıyla kanun koyucu tarafından yapılabilir. Kanun koyucunun bu tespiti yaparken tutarlı sonuçlar ortaya koyabilmesi için belli ilkelere dayanan bir suç politikası izlemesi gerekir. Yaşam, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet gibi temel hukuki değerleri korumaya yönelik ihlallerin, somut olaydaki işlenişleri itibarıyla hangi seviyede haksızlık ifade ederlerse etsinler, etkin bir koruma sağlanabilmesi için adli yaptırım sahası içinde bırakılmalarının daha uygun bir çözüm tarzı olacağını düşünüyoruz. Ancak kanaatimizce sevk edilecek maddi hukuka ilişkin özel hükümler ve alternatif uyuşmazlık çözüm metodlarının geliştirilmesi yoluyla bu tip önemli hukuki değerlere yönelik olsa da somut olaydaki işleniş tarzına göre hafif bir haksızlık ortaya koyabilecek fiiller bakımından yargısal yükün artmasının önüne geçmek gerekir. Diğer hukuki değerlerin ihlali durumunda ise haksızlığın (fail, mağdur, işlenme şekli, işlendiği yer ve zaman, meydana gelen zarar gibi) tüm unsurlarının genel bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Bu çerçeveden bakıldığında örneğin çevrenin kirletilmesine yönelik bazı fiillerin ya da trafik düzenine yönelik bazı aykırılıkların haksızlık içerikleri dikkate alınarak kısmen kabahat kısmen de suç olarak tanımlanması makul bir çözüm tarzı olarak ortaya çıkmaktadır.

2. Türk ve Alman Hukukundaki Durum

Yukarıda da belirtildiği gibi suç ve kabahat ayrımını -teorik tartışmalara girmeksizin- kanuni düzenlenişlerini dikkate alarak yapmak son derece kolaydır. Nitekim cürüm ve kabahat şeklindeki ikili ayrımı benimsemiş olan 765 sayılı TCK döneminde fiil karşılığında öngörülen yaptırıma bakılmak suretiyle ayırım yapmak mümkündü: Fiil karşılığında ağır hapis ve ağır para cezası öngörülmesi durumunda cürümlerden, hafif hapis ve hafif para cezası öngörülmesi durumunda ise kabahatlerden bahsedilmekteydi. 5237 sayılı TCK ve 5326 sayılı Kabahatler

²¹¹ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 8-9.

Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle suçlar ve kabahatler ayrı ayrı kanunlarda düzenleme bulmuştur. Özel kanunlar bakımından da yaptırıma bakarak ayırım yapma imkanı halen mevcuttur. Suçlar karşılığında adli para, hapis cezası ya da güvenlik tedbirleri uygulanabilmekteken; kabahatler karşılığında idari para cezası ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi gibi diğer idari tedbirler uygulanabilmektedir. Esasında suç ve kabahat arasındaki ayırımın yaptırıma bakılarak yapılması hukuk pratiği açısından ihtiyaca yeterlidir²¹². Nitekim Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde “kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır” demek suretiyle kanun koyucu da suç-kabahat ayırımının uygulanan yaptırımın türüne göre yapılabileceğini açıkça ortaya koymuştur.

Alman ceza hukuku ise başlangıçta üç kademeli (cürüm-cünha-kabahat) bir formda dizayn edilmiştir. Ancak tarihsel süreçte geleneksel ceza hukuku yanında ayrı bir düzene aykırılıklar hukuku oluşturma yönünde kuvvetli bir çaba sarf edilmiş, önce 1949 yılında Ekonomi Ceza Kanununda suçlar ve düzene aykırılıklar ayırımı yapılmış ve nihayet bu neviden fiiller 1952 tarihli Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) ile geniş kapsamlı bir düzenlemeye kavuşmuştur²¹³. Ancak suçun üçüncü ve en hafif şekli olarak cürüm ve cünhanın yanında yer alan kabahatler (*Übertretung*) 1974/1975 yıllarında yapılan ceza reformu ile bütünüyle kanundan çıkarılabildiği. Kabahatlerin kanundan çıkarılmasıyla ikili ayırma dönülünce (cürüm-cünha) eskiden kabahat olarak düzenlenmiş olan fiillerden bir kısmı cünha (örneğin eskiden 370 bent 5'te düzenlenen “Mundraub” fiili hırsızlık olarak) bir kısmı da düzene aykırılık (huzuru bozucu şekilde gürültü yapma) olarak mevzuatta kendisine yer bulmuştur²¹⁴. Bu süreç terminolojik olarak da desteklenmiş, “*Übertretung*” yerine “düzene aykırılık (*Ordnungswidrigkeiten*)”; “para cezası (*Geldstrafe*)” yerine “(*Geldbusse*)” kavramları kullanılarak ayırım netleştirilmeye çalışılmıştır.

²¹² Akbulut, **a.g.e.**, s. 59; Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 359; Kayıhan İçel, “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, **İÜHFİM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 117-118; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 41.

²¹³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 45; Hünerfeld, “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, s. 911.

²¹⁴ Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 222; Elisa Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, **JuS**, S. 11, 2014, s. 976; Weigend, Zoll, “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen”, s. 755.

Alman hukukunda suç olmaktan çıkarma sürecinin en bariz örneği karşılıksız çek keşide etme fiilinin geçirdiği evrimdir. 1950’li yıllardan itibaren Avrupa’da karşılıksız çek keşide etme fiillerinin sayısındaki devasa artış, soruşturma ve kovuşturma masraflarının ulaştığı meblağ, yarattığı emek ve mesai kaybı dikkate alınarak karşılıksız çek keşide etme fiilinin adli yaptırım sahasından çıkarılması yoluna gidilmiştir²¹⁵. Türkiye de bu süreci -zamansal olarak biraz daha gecikmeli de olsa- hemen hemen aynı şekilde yaşamış ve ceza mevzuatımız karşılıksız çek keşide etme fiilini kabahat olarak tanımlama yolunda evrilmiştir²¹⁶. Fakat artan karşılıksız çek keşide etme fiillerinin bir ödeme aracı olan çekin güvenilirliğini zedelemesi sebebiyle idari yaptırımların bu sahada yeterli olmadığı değerlendirilerek, 15.07.2016 tarih ve 6728 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”²¹⁷ ile (bkz. md.63) tekrar para cezası sistemine dönülmüştür. Bu durum bize bir fiilin adli ya da idari yönden yaptırım altına alınmasında dönemsel ihtiyaçların da belirleyici olduğunu göstermektedir.

Alman kanun koyucu, suçlara nazaran daha basit bir usule tabi tuttuğu düzene aykırılıklar bakımından ayrıca bir de Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (OWiG) md. 47’de maslahata uygunluk prensibine geniş bir saha açmıştır. Bu maddede; “(1) Kabahatlerin takibi soruşturma organlarının takdirine bağlıdır. Devam etmekte olan soruşturmalarda takipsizlik kararı verilebilir. (2) Mahkemede görülmekte olan bir davada ceza uygulanması zorunlu değilse dava her aşamada savcılığın onayıyla düşürülebilir. Ancak eğer 100 Euroya kadar para cezası (*Bußgeld*) gerektiren bir karar verilecekse ve savcılık davayı takip etmeyeceğini açıkladıysa düşme kararı verilebilmesi için onaya gerek yoktur. Mahkemenin kararı kesindir. (3) Davanın düşürülmesi para cezasının kamuya yararlı bir kuruluşa ya da başka bir yere ödenmesine bağlanamaz ya da bununla ilişkilendirilemez”²¹⁸ denilmiştir.

²¹⁵ Köksal Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 207.

²¹⁶ 5941 sayılı Çek Kanunu’nun mülga 5. maddesinde karşılıksız çek keşide etme fiili karşılığında çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararı verilmesi öngörülmüştü.

²¹⁷ 09.08.2016 tarih ve 29796 sayılı Resmi Gazete. (çevrimiçi)
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/08/20160809-22.htm>, 31.12.2016

²¹⁸ Çeviri yazara ait.

Alman ceza hukukunda kabahatlerin ceza kanunundan çıkarılarak düzene aykırılıklar alanına itilmesinin yeterli olmadığı, cünha (*Vergehen*) niteliğindeki fiillerin de aynı şekilde ceza kanunundan çıkarılması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Hatta bu öneriyi sunan Baumann'a göre geleneksel suç tanımlarının da bir kısmından vazgeçilmeli, bireylerin hareket sahası daha az ve net sayıda suç ile sınırlanmalıdır²¹⁹. Yazarın bu yaklaşımı, ceza hukukundaki suç olmaktan çıkarma eğilimi ile paralellik göstermektedir. Bu sebeple aşağıda suç olmaktan çıkarma eğilimini körükleyen sebepler ve bu akımın modern ceza hukukları üzerindeki etkisi üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

3. Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi

Tarihsel süreç içerisinde bir taraftan birey hak ve özgürlükleri önem kazanırken diğer yandan haksızlık ifade eden her fiili adli yargıya taşınmanın ceza adalet sisteminin işlerliğini tehdit ettiği fiilen gözlemlenmiş bir olgudur²²⁰. Gerçekten de her seviyeden haksızlığın aynı yargılama usulüne tabi tutulması, mahkemelerin iş yükünü altından kalkılamaz ölçüde arttıracak ve olağanüstü zaman kaybına yol açacak bir durumdur. Keza bu tarz fiillerin ceza kanunlarında düzenlenmesi, ceza hukukunun toplum düzenini korumada son araç olması ve kişi hak ve özgürlüklerine bu kadar sert müdahalelerin ancak zorunlu hallerde yapılabileceği düşüncesine (*ultima ratio*) de uymamaktadır²²¹. Bu sebeple suçla mücadelede başarı gösterilebilmesi için öncelikle hangi fiillerin ceza hukuku kapsamına sokulacağına eleyici bir yaklaşımla belirlenmesi gereklidir. Modern ceza hukukunda suç olmaktan çıkarma (dekriminalizasyon, *Entkriminalisierung*) kavramının öne çıkarılmasının gerekçesi budur.

²¹⁹ Jürgen Baumann, "Minima Non Curat Praetor", **Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag**, Ed. Klaus Tiedemann, Tübingen, 1974, s. 9. Polonya Ceza Hukukunda da cünhalar -bu sistemde kabahatleri de kapsayacak şekilde- müstakil bir kanunla özel bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu tip fiiller söz konusu kanunla daha hafif bir yargılama usulüne tabi tutulmuştur. (Ayrıntılar için bkz. Weigend, Zoll, "Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen", s. 755 vd.).

²²⁰ Bayraktar, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", s. 198. Bir görüşe göre suç olmaktan çıkarma eğilimi ceza hukukunun aşırı şekilde genişlemesine yöneltmiş bir tepki niteliğindedir. Hatta bu durum etkilerini 19. yüzyılın başlarında gösterebilmeye başlamıştır. Nitekim o dönemde dahi von Liszt, "gereklilik" ve "uygunluk" gibi kriterlerin cezalandırmanın temel şartları olarak ele alınması gerektiğini söylemeye başlamıştır. (Vogler, "Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung", s. 132-135)

²²¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 17; Mahmutoğlu, **a.g.e.**, s. 13; Trechsel, Noll, **a.g.e.**, s. 29; Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 4, kn. 10.

Suç olmaktan çıkarma, ceza mevzuatı üzerinde iki şekilde etki gösterebilir: Birincisinde kanun koyucu fiili ceza hukuku alanından çıkarılıp idare hukuku, medeni hukuk gibi başka bir hukuk disiplininin yaptırım alanına bırakmaktadır. Ceza kanunlarında düzenlenen fiillerin kabahate dönüştürülmesi bu kapsamda ele alınabilecek bir örnektir. Keza “zina” fiilinin hukuk sistemimiz içerisinde geçirdiği evrim de buna örnek gösterilebilir. Çünkü zina, Türk hukukunda suç olmaktan çıkarılmış ise de aile hukuku açısından sadakat yükümlülüğünü ihlal eden bir fiil olarak haksızlık ifade etme özelliğini sürdürmektedir ve bir boşanma sebebidir. Suç olmaktan çıkarmanın ikinci alternatifinde ise fiil bütünüyle hukuki yaptırımların ilgi alanı dışına itilmektedir²²² ki bu durumda dahi o fiil ahlaki, sosyal, dini açıdan tasvip edilemez bulunmaya devam edilebilir. Bu duruma da eskiden pek çok ülkenin ceza kanununda yaptırım altına alınan (Türk hukuku açısından 10 haftadan önce yetkili kişilerce usulüne uygun şekilde gerçekleştirilen) kürtaj ve (yetişkinler arasında rızaya dayalı) eşcinsel ilişki fiilleri örnek gösterilebilir.

Her iki olasılıkta da suç olmaktan çıkarma akımının amacı adli yargının sahasını daha ağır ve önemli nitelikteki haksızlıklara hasretmek, basit nitelikteki hukuka aykırılıklarla ilgili olarak toplumsal disiplini sağlayabilmek için idareye daha geniş bir sahada yaptırım uygulayabilme yetkisi vermektir. Bu sahayı hukuksal temellere oturtabilmek amacıyla yapılan çalışmalar kabahatler hukukunun da gelişimine imkan sağlamıştır²²³.

Suç olmaktan çıkarma düşüncesi her şeyden önce, kanun koyucunun suç teşkil eden bir fiil hakkındaki değerlendirmesinin zaman içinde değişim gösterebileceği kabulüne dayanmaktadır. Aslında bu durum pozitif hukuka bir dinamizm kazandırarak, kanun koyucuların suç tanımlarını zaman zaman gözden geçirmesini de sağlamaktadır²²⁴. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi bir zamanlar dünyanın pek çok ülkesinde suç olarak tanımlanan zina, eşcinsel ilişki gibi fiiller bugün hemen hemen hiçbir modern ülkenin ceza yasasında kendisine yer bulamamaktadır. Ancak bu ifadelerden söz konusu fiillerin bugün için toplumsal bazda mutlak kabul gördüğü

²²² Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, s. 199; Klaus Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, *ZStW*, S. 97, 1985, s. 871.

²²³ Mahmutoglu, *a.g.e.*, s.13 vd.

²²⁴ Akbulut, *a.g.e.*, s. 57; Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, s. 201, 204.

sonucu çıkarılmamalıdır. Bu durum sadece o fiiller bakımından cezai yaptırım uygulama ihtiyacının ortadan kalktığını, yani kanun koyucunun mevcut şartlar altında o fiili cezalandırmamayı cezalandırmaktan daha isabetli bulunduğunu gösterir²²⁵. Suç olmaktan çıkarma bu yönü itibarıyla tarihsel süreçte liberalleşme akımıyla birlikte kendisini en önce kürtaj, zina, eşcinsellik gibi etik alan ile doğrudan bağlantılı konularda göstermiştir²²⁶. Bununla birlikte cinsel dokunulmazlık, aile gibi hukuki değerlerin korunması gerektiği konusunda halen toplumsal bir ittifak mevcuttur. Yani değişen hukuki değerler değil onların hangi yollarla ve nasıl korunacağı yönündeki algıdır. Şayet statik konumdaki suç tanımları zaman zaman gözden geçirilmezse toplumsal değerlerle uyumsuz bir hal kazanmaya başlayabilirler. Bu da o normların zamanla görmezden gelinmesi yönünde bir teamül oluşmasına, dolayısıyla pozitif manada “mevcudiyet”ine rağmen fiilen “metrukiyet”ine sebebiyet vermektedir²²⁷. Nitekim Avrupa Birliği 1972 yılı sonlarında yayımlanan bir raporunda dekriminalizasyonun “dejure” ve “defacto” olmak üzere iki farklı türünden bahsetmiştir. “De jure dekriminalizasyon”un kanun koyucunun cezalandırma yetkisini hukuken bizzat daraltmasını ifade etmekten; “de facto dekriminalizasyon”un cezalandırma yetkisi veren normların yürürlükte olmasına rağmen bireylerin, polisin ya da uygulamacının yaklaşımları sebebiyle fiilen uygulanmamasını ifade ettiği belirtilmiştir²²⁸.

Suç olmaktan çıkarma eğilimi bir görüşe göre ceza hukuku içinde -kısmen pratik zorluklarla atılmış- liberal bir adımı ifade etmeyken; diğer görüşe göre hukuki değerlerin etkili biçimde korunmasından sarfi nazar etme anlamına gelmekte ve eleştirilmektedir. Bununla birlikte kanaatimizce suç olmaktan çıkarılan haksızlıkların genellikle farklı (idari) bir yaptırım formuna tabi tutulması dikkate alındığında bu eleştiri önemini yitirmektedir. Kaldı ki suç olmaktan çıkarma esasen ceza adalet sisteminin daha etkili biçimde işleyebilmesi için başvuru bir yoldur. Ayrıca idari yaptırımların daha basit bir usul çerçevesinde ve derhal uygulanabilmesi dikkate

²²⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 35.

²²⁶ Vogler, “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, s. 135.

²²⁷ Örnekler için bkz. (Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, s. 119-200; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, Beta, 1991, s. 8-9) Yazar çalışmasında dekriminalizasyonun iki sebebe dayanabileceğini belirterek, eşcinsel ilişkileri fiilin artık toplum nazarında meşru görülmesine, zinayı ise bu tip fiiller karşısında devletin tarafsız kalması ve müdahaleci davranmaması isteğine bağlamıştır.

²²⁸ Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 585.

alındığında fail üzerindeki etkisini anlamak kolaylaşacaktır. Nitekim suç olmaktan çıkarma eğilimi hemen hemen bütün hukuk sistemlerine asgari ölçüde de olsa sızmayı başarmıştır. Ancak kuşkusuz suç olmaktan çıkarma hayata geçirilirken ceza sistematığının bütünü göz önünde tutulmalı, toplumsal kayıp ve yararların neler olduğu iyice araştırılmalıdır²²⁹. Ayrıca bir yandan suç olmaktan çıkarma eğilimiyle bazı fiiller ceza kanunlarından çıkarılırken diğer taraftan da çevre ceza hukuku alanında olduğu gibi önceden idari yaptırımlara bırakılmış bir çok fiil bakımından da geniş bir kriminalizasyon-suç ihdas etme süreci yaşandığı dikkatten kaçırılmamalıdır²³⁰. Dolayısıyla suç olmaktan çıkarma ya da suç haline getirme sürecinin tamamen ultima ratio ve hukuki değerlerin etkin biçimde korunması gayeleri arasında bir denge kuracak başarılı ve bilinçli bir suç politikasının ürünü olması gerektiği anlaşılmaktadır.

III. CEZA HUKUKUNDA HAFİF SUÇ KAVRAMI

A. Kavram Üzerine

1. Maddi Ceza Hukuku Açısından Hafif Suç

Suç olmaktan çıkarma eğiliminin ceza kanunlarında yarattığı daraltıcı etkiye rağmen suç olma vasfını devam ettiren bazı fiillerin, diğer suçlara nazaran daha düşük bir haksızlık içeriğine sahip olduğu gözlemlenmektedir. Bu durum iki şekilde tezahür edebilir: Birincisinde suç tipinin temel şekli ciddi bir haksızlık ifade etmekle birlikte daha az ceza gerektiren nitelikli hallerin haksızlık seviyesi çok düşük olmaktadır. Bazı durumlarda ise tamamen suçun yapısından ve somut olaydaki işleniş şeklinden kaynaklanan sebeplerle haksızlık içeriği düşük olmaktadır. Öğretinin ceza hukukunda “hafif suç” şeklinde bir kategori oluşturma çabasının altında yatan sebep; fiile haksızlık ve kusur içeriğiyle orantılı bir yaptırım uygulanmasını sağlamak ve mümkünse bunu daha basit bir usulle gerçekleştirerek adliyenin yükünü hafifletmektir. Dolayısıyla bu yönüyle hafif suçluluk yukarıda ele

²²⁹ Bayraktar, “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, s. 205- 206.

²³⁰ Landau, Fünfsinn, “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, s. 6.

almaya çalıştığımız suç olmaktan çıkarma eğiliminin amaçlarıyla da sıkı bir bağlantı içerisindedir²³¹. Alman hukukunda Hirsch hafif suçları, haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle cezai yaptırım uygulanmasını gerektirmeyen ya da en azından klasik cezai tedbirlerin ve onlarla bağlantılı yargılama sürecinin aşırı kaldığını hissettiren suçlar olarak tanımlamıştır²³². Kanaatimizce bu yaklaşım tarzı hafif suçlardaki haksızlık seviyesinin düşüklüğünü (kavramın maddi yönü) ve buna bağlı olarak cezalandırma ihtiyacının azlığını (kavramın suç politikasına dönük yönü) bir arada ele alması itibarıyla önemli bir noktaya işaret etmektedir²³³.

Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında artık istikrar kazanmış bir kavram olan “*Bagatelldelikt*” ya da “*Bagatellkriminalität*” ile de genellikle haksızlık ve/veya kusur seviyesinin düşüklüğü sebebiyle az öneme sahip (*geringer Bedeutung*) suçlar kastedilmektedir²³⁴. *Bagatell* kelime olarak da; önemsiz, değersiz, basit, ufak anlamlarına gelmektedir. Her ne kadar bu kavram kusur ve haksızlığın azlığı, zararın hafifliği gibi genel kavramlardan hareketle açıklanmaya çalışılsa da aslında bunlar suç tipine, faile, zaman ve yere göre son derece değişken bir içeriğe sahip olduklarından *Bagatelldelikt* kavramı dogmatik açıdan net ve bağımsız bir kategori oluşturamamaktadır. Kaldı ki hafif haksızlığın tespiti bile hayatın farklı alanlarında farklı değerlendirmeler yapmayı gerektirmektedir. Örneğin ekonomi ceza hukuku alanında 10000 € önemsiz bir miktar olarak görülebilir. Ancak bir işyerinden hırsızlık suçunda 100 € bile önemlidir. Bu görecelilik sebebiyle kanun koyucular bu kavramla ilgili olarak hiçbir zaman yasal bir tanım oluşturma yoluna gitmemişler bu konuda işi öğretisi ve uygulamaya bırakmışlardır²³⁵.

²³¹ Johannes Driendl, “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz, **ZStW**, S. 92, 1980, s. 1079; Yu Wang, **Qualitative und quantitative Instrumente zur Einschränkung der Strafverfolgung bei fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-chinesischer Rechtsvergleich**, LIT Verlag, Berlin, 2014, s. 1.

²³² Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 550.

²³³ Weigend, Zoll, “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen”, s. 751.

²³⁴ Eduard Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974**, Ed. Günter Stratenwerth/ Armin Kaufmann/ Gerd Geilen/ Hans J. Hirsch/ Hans -Ludwig Schreiber/ Günther Jakobs/ Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, s. 917; Günther Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, **ZStW**, S. 90, 1978, s. 877; Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 976.

²³⁵ Driendl, “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz”, s. 1020-1021; Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 880, 899; Weigend, Zoll, “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen”, s. 750.

Alman öğretisinde bu kavramla ilgili terminolojik bir birlik de bulunmadığı görülmektedir. Farklı çalışmalarda; “*Bagatelldelikt*”, “*Bagatellkriminalität*”, “*Bagatelldelinquenz*”, “*Kleinkriminalität*”, “*geringfügige Straftat*” gibi kavramların eş anlamlı olacak şekilde kullanıldığı görülmektedir²³⁶. Türk öğretisinde ise bu tarz bir kategorik ayırım yaygın bir kullanıma sahip olmadığı için öğretide öne çıkan bir tercih de yoktur. Kuşkusuz bir kavramın kullanım sıklığı öğretinin o konuya gösterdiği ilginin de bir göstergesidir. Çevirisinin dahi nasıl yapılması gerektiği noktasında tereddüt duyduğumuz bu kavram Türk ceza hukuku öğretisinde birkaç istisna dışında müstakil çalışmalara konu olacak şekilde ele alınmamıştır. Ancak kelime anlamı itibarıyla dilimize “hafif suç”, “basit suç” ya da “adi suç” olarak çevirebilmek mümkündür. Biz çalışmamızın ilgili bölümünün başlığında ve metin kısmında genellikle “hafif suç” kavramını kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz²³⁷. Zira hafif suç kavramını fiilin haksızlık içeriğinin hafifliğine atıf yapması dolayısıyla daha amaca uygun buluyoruz. Bununla birlikte *Bagatell* kavramının bir taraftan da işlenen suçun “alelade, sıradan” bir vasfa olduğunu anlatma özelliği yaşadığını belirtmek gerekir. Bu durum da içerik olarak esasen “vehamet” kelimesiyle karşılanabilir. Dolayısıyla hafif suçlar; haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle bireyler ve toplum açısından çok vahim bir ihlal ortaya koymayan suçlardır denilebilir.

Alman hukukunda hafif suçları bir grup yazar pratik-usuli esaslardan hareketle (hukuk düzenin o fiili düzenleyiş şekli ve verdiği tepkiye bakarak) bir grup yazar ise teorik-dogmatik esaslardan (haksızlığın içeriğine bakarak) hareketle tanımlama ve çözüme kavuşturma yoluna gitmiştir. Konuya daha pozitivist yaklaşan ilk görüş hafif suçluluğu haksızlıkların kanundaki tasnifinden hareketle yapmaktan yanadır. Ancak söz gelimi Türk hukukunda 2005 yılında yapılan reformla cürüm-kabahat ayırımı kaldırıldığından, hukukumuzda bu yöntemle bir hafif suçlar kataloğu belirlemek mümkün değildir. Kaldı ki kabahat ya da düzene aykırılık olarak yaptırım altına alınmış fiiller, zaten kanun koyucu tarafından suçlardan kategorik olarak ayıklanmış olup, hafif suçlar arasında değerlendirilemezler. Fakat kanun koyucunun fiilin haksızlık içeriğinin azlığından hareketle cezada ciddi şekilde indirim

²³⁶ Lackner, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, Vor § 13, s. 66.

²³⁷ Selman Dursun, “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, *Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht: Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung*, Ed. Walter Gropp, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, Baden-Baden, 2010, s. 471.

yapılmasına hatta cezasızlık yoluna gidilmesine imkan sağladığı düzenlemeler halen mevcuttur²³⁸. Dolayısıyla bugün için hafif suç kavramının sınırlarını önceden (*per se*) ve salt fiilin kanundaki düzenlenişine bakarak yapmak mümkün değildir. Kanunda sadece adli para cezası ile yaptırım altına alınmış ya da üst haddi bile kısa süreli hapis cezasını geçmeyen fiiller bakımından hafif suç değerlendirmesi kolaylıkla yapılabilecek olmakla birlikte, özellikle üst ceza sınırı çok yükselebilen suçların dahi somut olayda işlenişinden kaynaklanan özellikler sebebiyle hafif suç yapısı kazanması mümkündür²³⁹.

Alman ceza hukukunda ise cürüm ve cünha ayrımı devam etmektedir. Bu sebeple Alman öğretisinde suçların (*Verbrechen*) hafif suç formunda ortaya çıkamayacağını bu ihtimalin cünhalar (*Vergehen*) için mümkün olabileceğini belirten bir görüş bulunmaktadır. Keza bir fikre göre hafif suçtan bahsedebilmek için kanunda hapis cezasının alt sınırı belirlenmemiş olmalıdır. Bu mantıktan hareketle örneğin hırsızlık suçunun basit halinde (§ 242 StGB) hafif suç gündeme gelebilir, ancak yağma (§ 249 StGB) ya da nitelikli hırsızlıkta (§ 244 StGB) mümkün değildir. Buna karşın -yukarıda belirttiğimiz gibi- öngörülen cezanın üst sınırı hafif suç değerlendirmesi yapma hususunda olumlu ya da olumsuz yönde bir belirteç değildir. Yani somut olayda ceza makasının yükselebilecek olması suçun hafif suç olarak nitelendirilmesine engel değildir²⁴⁰.

İkinci görüş ise hafif suçun tespitini tamamen fiilin somut olaydaki işlenişine bakarak yapmaktadır. Bu görüşten hareket eden Dreher hafif suç için ikili bir ayırım yapma yoluna gitmiştir. Yazara göre yapısı gereği hafif bir haksızlık ifade eden suçlar “gerçek hafif suç” iken haksızlığın hafifliğinin suç tipine içkin bir unsur durumunda olmadığı ancak somut olaydaki işleniş şekli sebebiyle bu özelliği kazanan suçlara da “sözde hafif suç” denilmelidir. Yazar Alman ceza hukukunu bu bağlamda değerlendirdiğinde; cünha niteliğindeki tüm fiillerin birinci gruba dahil

²³⁸ Dursun, “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, s. 472.

²³⁹ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 976.

²⁴⁰ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 977.

olduğu, ikinci grupta ise hırsızlık ve dolandırıcılık gibi duruma göre hafif bir haksızlık ifade edebilecek fiiller olduğu sanucuna varmaktadır²⁴¹.

Kanaatimizce de şayet Alman hukukundaki gibi kanun tarafından yapılmış bir cürüm-cünha ayrımı yoksa ve fiil suç tanımlarından birine uyuyorsa haksızlık içeriğinin azlığı, cezanın belirlenmesi aşamasında dikkate alınabilecek ve ceza makasının en altına inilmesini sağlayacaktır. Zaten cezanın belirlenmesinde temel ilke, faile verilecek cezanın haksızlık ve kusurla orantılı olmasıdır. Alman uygulamasında hafif suçlar karşısında hürriyeti bağlayıcı ceza uygulama yoluna gidilmesi genellikle orantılılık ilkesinin ihlali şeklinde değerlendirilemekle birlikte bu alanda götürü bir şekilde cezasızlık sonucuna gitmenin de uygun olmayacağına dikkat çekilmektedir. Nitekim BVerfG 1994 tarihli bir kararında bir çok defa aynı fiilden sabıkası olan kişiler hakkında -fiil hafif bir suç oluştursa dahi- hürriyeti bağlayıcı ceza uygulanabileceğini belirtmiştir²⁴². Gerçekten de her ne kadar hafif suçluluk kriminolojik ve usuli açıdan değerlendirildiğinde özel bir muameleyi haklı kılsa da kesin bir imtiyaz da ifade etmemelidir. Bu sebeple kanun koyucunun -ceza makasının ayarlanması yanında- haksızlık içeriğinin azlığı kriterine dayanan ve hakime tanıdığı takdir yetkisiyle somut olayın tüm şartlarını değerlendirme imkanı yaratan özel düzenlemeler yapması büyük bir önemi haizdir.

2. Kriminolojik Açıdan Hafif Suçluluk

Hafif suçluluk; ortaya çıkış sebeplerinin tespiti ve ideal müdahale yöntemlerinin belirlenmesi açısından kriminoloji için de ilgi çekici bir çalışma sahasıdır. Nitekim kriminolojik araştırmalar toplam suç sayısı dikkate alındığında yüksek bir haksızlık ifade eden ağır suçların nadiren; düşük bir haksızlık ifade eden hafif suçların da sıklıkla işlendiğini göstermektedir. Bu durum özellikle hafif suçlulukla mücadelede izlenecek suç politikasının belirlenmesi, genel ve özel önleme düşüncesi açısından önem taşıyan bir sonuçtur²⁴³.

²⁴¹ Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 918; Louk Hulsman, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in den Niederlanden”, *ZStW*, S. 92, 1980, s. 569.

²⁴² Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 979.

²⁴³ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 878.

İstatistiklere göre Almanya’da hafif suçluluğa en sık market ve benzeri yerlerden düşük ekonomik değerli şeylerin çalınması şeklinde gerçekleşen iş yerinden hırsızlık olaylarında rastlanılmaktadır. Polis istatistiklerine göre Almanya’da işyerinden hırsızlık olaylarının sayısı; 1963 yılında 43000 iken 1975 yılında 199000 rakamına 1993 yılında 660000’e yükselmiştir. Kriminolojik bir gerçek olan ve istatistiklere hiç yansımayan siyah sayılarla birlikte düşünüldüğünde bu rakamın daha yüksek olduğu tahmin edilmektedir. Öyle ki bu olayların her biri ayrı ayrı ele alındığında işyerleri bakımından cüzi zararlar doğsa da rakamların yekunu düşünüldüğünde ciddi ve giderek artan bir ekonomik probleme işaret ettiği belirtilmekte; bu sebeple Alman uygulamasında bu tip suçlara “*Massenkriminalität*” de denilmektedir²⁴⁴. Dilimizde direkt bir karşılığı olmayan fakat “kitlesel suç” olarak çevirebileceğimiz bu kavram ile anlatılmak istenen bu suçların son derece sık ve çok sayıda işlenmesidir. Bu sebeple öğretide “*Alltagskriminalität*” yani “günlük suçlar” olarak adlandırıldıkları da görülmektedir. Kitlesel şekilde işlenen hafif suçların yargı sistemi üzerindeki en belirgin etkisi soruşturma organlarını aşırı şekilde iş yükü altında bırakmaları ve bu sebeple de soruşturma makamlarının ağır suçlara konsantre olmasını engellemeleridir. Aslında hafif suçlar fiilin haksızlık seviyesine göre belirlendikleri için kitlesel suçlardan farklıdır. Zira bir suç nadiren işlense de haksızlık içeriği düşük olabilir. Ancak bu iki kavram arasında zorunlu bir ilişki bulunmasa da müşterek tecrübeler göstermiştir ki hafif suçlar aynı zamanda kitlesel olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik toplumun güven duygusu küçük suçların işlenme sayısının çokluğundan ciddi şekilde etkilenmektedir²⁴⁵.

Hafif suçların çoğunlukla ilgilileri tarafından şikayet konusu edilmediğinden kriminolojik tabirle “siyah sayı” olarak kaldığına da dikkat edilmelidir. Almanyadaki araştırmalar şikayet konusu edilmediği için bu tip suçların neredeyse yarısının suç soruşturmasının dışında kaldığını göstermektedir. Kasier 1978 tarihli çalışmasında güncel istatistiklerden yola çıkarak resmi kayıtlara yansıyan suçların yaklaşık % 30; kayıtlara yansımayan suçların da % 50’sinin hafif suç niteliği gösterdiğini

²⁴⁴ Friedrich Helmut Berckhauer, “Soziale Kontrolle der Bagatellkriminalität: Der Ladendiebstahl als Beispiel”, **DRİZ**, 1976, s. 229; Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 878; Landau, Fünfsinn, “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, s. 7; Heribert Ostendorf, “Präventionsmodell „Ladendiebstahl“: Doppelter Wertersatz”, **ZRP**, S. 1, 1995, s. 18.

²⁴⁵ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 878-879.

belirtmiştir²⁴⁶. Mağdurların şikayet yoluna gitmemesinin en yaygın gerekçesi de suçtan kaynaklanan zararın hafifliğidir. Ancak mağdurların şikayetçi olma yoluna gittiği durumlarda dahi hafif suçların ağır suçlara nazaran aydınlatılma oranları düşük olduğundan adli süreçten sonuç alınamayacağına yönelik olumsuz kanaatin de bu sonuç üzerinde etkili olduğunu görmezden gelmemek gerektiği vurgulanmıştır²⁴⁷. Nitekim hafif suçlarda kolluğun tahkikat başlatma konusunda daha isteksiz davrandığı Alman hukukunda da zikredilen bir olgudur²⁴⁸. Vaziyetin Türk uygulamasında da farklı olmadığını tahmin ediyoruz. Bu sebeple hafif suçları kısmen ya da tamamen klasik adli süreçlerin dışına itmek çok da anormal bir durum değildir²⁴⁹.

Burada tekrar vurgulamak gerekir ki bir fiilin ceza hukukunun ya da klasik adli süreçlerin dışına doğru itilmesi hiçbir zaman fiile meşruiyet kazandırılması anlamına gelmez. İnsan zihni ve yapısı daima fiiline meşruiyet kazandıracak bir mazeret bulma gayreti içerisindedir. Almanya’da yapılan kriminolojik bir çalışmada hafif suçluluğun en sık görünüm şekillerinden biri olan işyerinden hırsızlık (çalışmadaki diğer örnekler “*Schwarzfahren*” yani kaçak-biletsiz yolculuk yapma ve basit kasten yaralama fiilleridir) bakımından bireylerin 5 farklı yöntemle bu tip fiilleri meşrulaştırma gayreti içerisine girdiği gösterilmiştir. Ankete katılanlara bir mağaza zincirinden kimsenin görmediği bir anda 75 € değerinde bir mal alarak çantasına atan failin durumu sorulmuştur. “Mağduruiyeti inkar” başlığında toplanabilecek cevapları veren ilk grup, malların satın alınamayacak ölçüde pahalı olmasını değişik bir ifadeyle hayat pahalılığını mazeret olarak kabul etmiştir. “Zararı inkar” olarak değerlendirilen ikinci grup, mağazalar zincirinin zaten milyonlar kazandığını, bu malın alınmasının onlar açısından kayıp yaratmayacağını söylemiştir. “Daha üstün değerlere yaslanma” olarak başlıklandırılan üçüncü görüş, malvarlığı değerlerinin bu şekilde tek elde tutulması sürdükçe bu durumun da devam edeceğini savunmuştur. “Yargılayanı yargılama” fikri bu tip zincirlerin küçük işletmeleri yok olmaya sürüklediğini iddia etmiştir. “Sorumluluğu inkar” olarak

²⁴⁶ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 888.

²⁴⁷ Hulsman, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in den Niederlanden”, s. 570.

²⁴⁸ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 883

²⁴⁹ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 883; Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 12.

değerlendirilebilecek gruptakiler ise olayın güvenlik personelinin dikkatsizliğinden kaynaklandığını daha dikkatli olunması durumunda bu tip olayın engellenebileceğini söylemiştir²⁵⁰.

Büyük işyerlerinde malların sergileniş biçimi ve suçun anonimliğinin de faileri sık sık bu tip suçları işlemeye tahrik ettiği bu sebeple işyerinden hırsızlık suçlarının sayısının her geçen gün artış gösterdiği de zikredilmektedir. Bugünkü ticari sistem müşterinin her şeye temas edebilmesine, deneyebilmesine imkan tanımaktadır. Nitekim gerçekten de işyerinden hırsızlık suçları ticari hayatta insanların bizzat hizmetin sağlanmasına katıldığı (*Selbstbedienungsladen*) ve ürünü bizzat seçerek aldığı market ve reyon satışının yaygınlaşmasıyla artış göstermiştir. Bu sebeple Almanya’da basit nitelikli işyerinden hırsızlıklar her yaş grubundan her cinsten ve toplumun son derece geniş bir bölümünden insanların karışabildiği bir suç türü haline gelmiştir²⁵¹.

Bu sebeple 1974-1975 yılları Alman ve İsviçreli hukukçular için sürekli artış gösteren ve çoğunlukla düşük değerli mallara taalluk ederek hafif suç vasfı taşıyan işyerinden hırsızlık suçlarına çare arayışlarının zirve yaptığı dönem olmuştur. Bu tip fiillerin çokluğu, özel hukuk ihtilafına dönüştürülmelerinin teklif edilmesini dahi gündeme getirmiştir²⁵². Hatta bu düşünce 1974 tarihli Alternatif Tasarı’da (*Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*) dahi yer bulmuştur²⁵³. Alternatif tasarıda işyerlerinin açık olduğu normal çalışma saatlerinde gerçekleşen 500 DM değerine kadar olan hırsızlıkların ceza hukuku alanından çıkarılarak özel hukuk yaptırımına tabi tutulması ve işyeri sahiplerinin malın satış değeri yanında 50 DM’ya kadar para talep edebilmesi öngörülmüştü. Bu tasarıda ceza soruşturması yoluna gidilmesi failin resmi kayıtlara göre son iki yıl içinde aynı imkandan iki defa yararlanmış olması ve üçüncü fiili işlemesi halinde öngörülmekteydi. Ancak bu yaklaşım tarzı, işyeri hırsızlığının ancak iki yıl içinde üçüncü kere işlendiğinde

²⁵⁰ Heiko Rauhut, Ivar Krumpal, Mandy Beuer, “Rechtfertigungen und Bagatelldelikte: Ein experimenteller Test”, **Klein aber fein!: Quantitative empirische Sozialforschung mit kleinen Fallzahlen**, Ed. Peter Kriwy, Christiane Gross, Wiesbaden, VS Verlag, 2009, s. 386

²⁵¹ Dieter Rössner, “Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung: Neue Wege beim Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches”, **ZRP**, Y.9, S.6, 1976, s. 141

²⁵² Günter Arzt, **Strafrecht Besonderer Teil: LH 3 Vermögensdelikte (Kernbereich)**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 1978, s. 22.

²⁵³ Berckhauer, “Soziale Kontrolle der Bagatellkriminalität: Der Ladendiebstahl als Beispiel”, s. 229-231; Rössner, “Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung: Neue Wege beim Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches”, s. 141.

cezalandırılacağı düşüncesini yaratarak arada kalan fiiller bakımından cesaret yaratabilecek nitelikte olması sebebiyle eleştirilmiş ve kabul görmemiştir²⁵⁴. Aksi görüşte olanlar bu tip fiillerin tazminat veya eski hale iade gibi yöntemlerle yaptırım altına alınmasının aslında cezalandırmama ile aynı anlama geleceğini, zira bu fikrin aslında ceza hukukuna paralel olarak özel hukukta her zaman mevcut olan bir imkandan başka bir şey olmadığını belirtmişlerdir. Gerçekten de suç oluşturan fiiller özel hukuk açısından da daima bir haksızlık ifade ettiklerinden failin fiilinden kaynaklanan iade veya tazmin sorumluluğu özel bir düzenleme yapılması gereksizdir²⁵⁵. Ayrıca haklı olarak bu yolun seçilmesi halinde ceza yargılamasını hafifletmeye çalışırken hukuk yargılamasında aşırı bir yüklenmeye neden olunabileceği endişesi de dile getirilmiştir²⁵⁶.

Diğer bir öneri de iş yerinden hırsızlık suçlarının düzene aykırılıklar alanına itilerek bu fiillerin yaptırımının polis tarafından uygulanacak ve hemen tahsil edilecek bir para cezasına dönüştürülmesidir. Böylece yaptırımın daha hızlı, efektif ve bürokrasiye takılmadan uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu tarz bir yaklaşımın da sorunlu tarafları olduğunu belirten yazarlar, suçun konusunun değeri az olduğu için hafif görülse bile hırsızlığın her zaman önemli suçlardan birisi olduğunu ve bu suçla itham edilen kişiler açısından temel usuli hakları teminat altına alan ve hukuk devleti ilkesinden taviz vermeyecek bir soruşturma ve kovuşturma yapılmasının şart olduğunu belirtmişlerdir. Keza bu tarz bir yaklaşımın; ceza hukuku yerine polis hukukunun, hakim ve savcı yerine de polisin ikame edilmesi anlamına geleceği ifade edilmiştir²⁵⁷.

Alman hukukunda hafif suçluluğun bir örneği olarak ele alınan işyerinden hırsızlık olaylarına yönelik aşırı denebilecek görüşleri yansıtan tazminata ya da idari yaptırıma tabi tutma fikirlerine karşı; her ne kadar küçük meblağlara tekabül edecek şekilde işlenirse işlensin, hırsızlık suçunu bütünüyle cezai yaptırım dışında tutmanın ceza hukuku korumasının çekirdek alanında bulunan mülkiyet hakkını hafife almak

²⁵⁴ Hünerfeld, “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, s. 912-913.

²⁵⁵ Landau, Fünfsinn, “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, s. 8.

²⁵⁶ Ostendorf, “Präventionsmodell „Ladendiebstahl“: Doppelter Wertersatz”, s. 21.

²⁵⁷ Landau, Fünfsinn, “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, s. 6.

anlamına geleceği itirazında bulunulmuştur²⁵⁸. Mülkiyet hakkının temel anayasal haklardan biri olduğu ve devlete bireylerin malvarlığını üçüncü kişilerin haksız müdahalesinden korumasına yardım etme sorumluluğu yüklediği belirtilmiştir²⁵⁹. Diğer taraftan bu suç tipinin çok yaygın ve sıklıkla işlenmesi, basında çıkan ve ani tepkileri yansıtan haberler tam aksi bir etki doğurarak cezaların arttırılması yönündeki iştahı da kabartabilmektedir. Fakat öğretilerde de belirtildiği gibi şayet suç karşılığında öngörülen ceza orantılılık ilkesiyle bağdaştırılamayacak şekilde yüksekse, uygulamada olayı bir şekilde daha az ceza öngören hafif hallerden biri kapsamına sokarak seçenek yaptırımlar sahasına itme eğilimi baş göstermektedir²⁶⁰. Dolayısıyla eşit, adil ve hukuk devletine yakışır bir uygulama için anlık tepkilerden de aşırı liberal görüşlerden de sakınmak gerekir.

B. Hafif Suçluluğa Yönelik Muamele Tarzı

Mahkeme önüne getirilen hukuki ihtilafların belli bir ciddiyet ve vehamet taşıması gerektiği düşüncesi, Roma hukukunda dahi kendisine yer bulmuş “*minima non curat praetor* (Der Richter kümmert sich nicht um Kleinigkeiten, Hakim basit şeylerle uğraşmaz)” ilkesiye²⁶¹ ifade edilmiştir. Bununla birlikte hafif suçluluğa yönelik tüm müdahalelerin çok hassas bir dengede tüm yarar ve zararları etraflıca değerlendirilerek yapılması gerektiği son derece açıktır. Hafif suçlara -diğer suçlara nazaran- farklı bir muamelede bulunulması gerektiği düşüncesi karşılaştırmalı hukukta müştereken kabul edilmekle birlikte bunun nasıl yapılabileceği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır²⁶². Hafif haksızlıklar ifade etmekle birlikte sayısal olarak işlenen tüm suçların önemli bir bölümünü oluşturan bu tip fiillerin devlet tarafından istikrarlı biçimde cezalandırılması her zaman istenen maksadı temin etmemektedir. Genel önleme düşüncesi açısından bakıldığında bir yaptırımın çok

²⁵⁸ Kaiser, “Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland”, s. 894; Rössner, “Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung: Neue Wege beim Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches”, s. 145.

²⁵⁹ Rainer Hamm, “Eigentum im Wandel der Zeiten: Eigentumsschutz durch Strafrecht und Entkriminalisierung im Bereich der Eigentums und Vermögensdelikte”, **KritV**, S. 76, N. 2, 1993, s. 215.

²⁶⁰ Sönke Gerhold, “Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung”, **ZJS**, S. 3, 2009, s. 262-263. (çevrimiçi) <http://www.zjs-online.com>, 01.05.2016.

²⁶¹ Örneğin Corpus Iuris Civilis’te bu ilke kendine yer bulmuş ve Roma hukukunda 2 altından düşük bir değere taalluk eden davalara bakılmayacağı kabul edilmiştir. (Wang, **a.g.e.**, s. 1).

²⁶² Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 11.

yaygın biçimde uygulanması normun etkisini arttırmayıp tam aksine hukuk otoritesinde ve haksızlık bilincinde sarsıntıya yol açma riski taşımaktadır. Zira bu durumda ceza toplum nazarında ciddiyetini yitirmekte, olumsuz bir halin yarattığı istisnai ve alışılmışın dışında bir leke olma özelliğini kaybetmektedir²⁶³. Bu sebeple her küçük olayın cezalandırılması aslında ceza hukukuna karşı duyulan çekincenin kaybedilmesine de neden olabilir.

Ceza hukukunda hafif suçluluktan kaynaklanan problemlerin çözümünde bugüne kadar ileri sürülmüş 4 temel olasılık gündeme gelmektedir: Cezalandırmadan feragat, suçları kabahat-cünha gibi daha hafif bir türe dönüştürme, maddi hukukta genel bir düzenleme yapma yoluna gitme ve muhakeme hukukundaki olanakların genişletilmesi ve maslahata uygunluk ilkesine daha geniş bir saha açılmasıdır²⁶⁴.

Bu seçeneklerden ilki olan hafif suçları cezalandırmaktan vazgeçme hakkında Baumann tarafından radikal bir söylem geliştirmiştir. Yazara göre hafif suçların esasında ceza hukukunda yeri yoktur. “Bir kaç kuruş” çalmanın kendisine ceza kanununda yer bulacak bir haksızlık ifade etmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu tip fiillere cezasızlık sonucunun bağlanabilmesi için özel hükümlere ya da genel hükümler arasına bir norm eklenmesi gereklidir. Bu görüşe karşı çıkanlar ise her suç tipinin içerdiği haksızlık bakımından en alt seviyesine her durumda uygulanabilecek ve cezasızlık sağlayan böyle genel bir imtiyaz hükümlerinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedirler. Bu yaklaşıma göre cezasızlık sonucunun doğabilmesi için fiilin sosyoetik haksızlığı da aynı şekilde azalmış olmalı, dolayısıyla somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır²⁶⁵. Ayrıca bu tip bir yaklaşım belli bir değer altındaki eşyaları çalmanın cezalandırılmaması gibi bir anlama gelir. Dolayısıyla ne olursa olsun cezai tehdit muhafaza edilmeli ama bunlara yönelik başka bir muamele düşünülmelidir²⁶⁶.

²⁶³ Vogler, “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, s. 151; Wolfgang Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, **Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuchs**, Selçuk Üniversitesi, Konya 1998, s. 61-62.

²⁶⁴ Hünerfeld, “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, s. 909.

²⁶⁵ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 977.

²⁶⁶ Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 920.

İkinci olasılık olan “dönüştürme”ye esasında suç-kabahat ayırımına ilişkin başlık altında değinmiştik. Orada da belirtildiği gibi bu yöntemin de genel bir tatbik kabiliyeti yoktur. Bir defa Türk hukukunda cürüm-cünha ayırımı olmadığı için bu tarz bir dönüşüm ancak suç sahasından kabahatler hukukuna taşınma şeklinde olabilir. Fakat Alman öğretisinde Mayer, Peters, Krümpelmann ve Hirsch gibi yazarlar tarafından ilginç bir öneri ileri sürülmüş ve StGB’nin 3. kitabına ceza kanununun genel hükümlerine tabi bir hafif suçlar kataloğunun koyulması gerektiği belirtilmiştir. Hirsch’e göre bu şekilde “*Verfehlungen* (kötü davranışlar)” olarak isimlendirilecek üçüncü yeni bir haksızlık kategorisi oluşturulmalı, fiilin ya da neticenin ifade ettiği haksızlığın az olduğu durumlarda suçtan değil kötü davranıştan bahsedilmeli, bu tip sorunların çözümü için de sulh mahkemeleri olarak isimlendirilecek, kendine özgü bir yargılama usulü olan ve uzman bir hakimin çalışacağı mahkemeler kurulmalıdır. Bu mahkemelerde ceza kararnamesi usulünün basitleştirilmiş bir hali uygulanmalıdır. Bu tip filler için hazineye belli bir miktar ödeme yapma gibi hemen karşılanabilecek yaptırımlar öngörülmalıdır²⁶⁷. Baumann ise hafif suçluluk kavramının sadece malvarlığına karşı işlenen suçlarla sınırlanmasını talep etmiştir. Bununla birlikte hem bu tercihin hem de malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçlar ve kabahatleri ayırmak için başvuru kesin değer sınırlarının adil olmaktan uzak ve çoğunlukla keyfi sonuçlar ortaya koymaya müsait olduğu eleştirisi ile karşılaşılmıştır²⁶⁸. Federal Anayasa Mahkemesi de hafif suçların dekriminalizasyonu hakkında verdiği bir kararında kanun koyucunun hafif suçları ceza hukuku alanından çıkararak idari yaptırımlar sahasında aktarma gibi bir sorumluluğu olmadığını belirtmiştir²⁶⁹. Keza mahkeme kriminalizasyon yani bir fiilin suç haline getirilmesinin prensip olarak kanun koyucunun takdir sahasındaki bir konu olduğunu fakat *ultima ratio* ilkesinden hareketle “sosyal açıdan zararlı, toplumsal yaşam açısından katlanılamaz ve

²⁶⁷ Bununla birlikte yazar üçlü bir sistem önerisinde bulunduğu 1978 tarihli çalışmasında; kanun koyucunun henüz 3 yıl önce yani 1975 yılında ikili sisteme geçme kararı almış olmasını da dikkate alarak hemen üçlü sisteme dönmeyi mümkün olmayabileceğini kabul etmiştir. Fakat en azından maddi hukuk alanında bir yaptırım kataloğu oluşturabileceğini buna ek olarak usul hukukunda da bahsedilen tarzda basitleştirilmiş bir usul oluşturulabileceğini belirtmiştir. (Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 246 vd, 253-254).

²⁶⁸ Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 925 vd.

²⁶⁹ BVerfG, 17.01.1979 tarih ve 50, 205 sayılı karar (NJW, S. 20, 1979, s. 1039 vd).

engellenmesi zorunlu” fillerin suç olarak düzenlenebileceğini vurgulamaktadır²⁷⁰. Türk Anayasa Mahkemesi de bir kararında “Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir” demiştir²⁷¹. Bu kararlardan da açıkça görülmektedir ki yüksek mahkemeler de kanun koyucuya bu tarz bir dönüştürme görevi yüklememekte, sadece haksızlıkla orantılı bir yaptırım belirlenmesi gerektiğini söylemekle yetinmektedirler.

Üçüncü görüş hafif suçluluk sorununa maddi hukuka konulacak genel bir hükümlerle çözüm bulmayı önermektedir. Bu tarz bir hükümlerle fiilin haksızlık içeriğinin belli bir seviyenin üzerine çıktığında cezalandırılması amaçlanmıştır. Bu yöntem daha çok sosyalist ülke hukuklarında tercih edilerek fiilin sosyal zararlılığının belli bir seviyenin üzerinde olmadığı durumlarda cezalandırılmayacağını belirten hükümler yoluyla hayata geçirilmeye çalışılmıştır (bkz. yukarıda maddi-şekli hukuka aykırılık, maddi-şekli suç kavramları). Hafif suçluluğa maslahata uygunluk prensibi çerçevesinde usuli çözümler üretilmesini (bkz. aşağıda 4. görüş) hukuk devleti ilkesine aykırı bulan görüş, her ne kadar eski sovyet hukukunda kötüye kullanılmış olsa da hafif suçluluk sorununu maddi hukukta çözümlenmenin sistematik ve hukuki olarak daha doğru olacağını belirtilmektedir²⁷².

Dördüncü olasılık da hafif suçluluk problemine muhakeme hukukundan çözümler bulmaktadır. Nitekim Alman hukukunda uzun süren tartışmaların ardından 01.01.1975 tarihinde yürürlüğe giren kanunla StPO § 153’te bir düzenleme yapılmış ve maslahata uygunluk ilkesine üstünlük tanınarak konuya usuli bir çözüm

²⁷⁰ Antje Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, **ZIS**, S. 6, 2013, s. 266. (çevrimiçi) www.zis-online.com, 01.05.2016.

²⁷¹ AYM, 15.03.2007, 2003/92 - 2007/25 RG. 26.05.2007. (çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr>. 01.05.2016.

²⁷² Wang, **a.g.e.**, s. 3-6.

bulunması yolu seçilmiştir²⁷³. Alman hukukunda dekriminalizasyon genel bir kabul görmekle birlikte, salt fiilin ortaya koyduğu sonuçlara yani söz gelimi çalınan malın değerine bakılarak küçük miktarlı hırsızlıkları ceza hukukunun çekirdek sahası dışına çıkarmak uygun bir yöntem olarak görülmemiştir. Hırsızlık suçlarının işlenişi itibarıyla çoğunlukla adi karakter gösterdiği fakat bu tip fiillerin sosyal değersizliğinin de göz ardı edilemeyeceği belirtilmiştir²⁷⁴ ve 1975 yılında yapılan reform sırasında malvarlığına karşı işlenen suçların düzene aykırılıklar sahasına itilmesi parlamento tarafından reddedilerek sadece soruşturmasının şikayete bağlanması yoluna gidilmiştir (bkz. StGB § 248 a)²⁷⁵. Bu sebeple Almanyada hafif suçluluğun daha ziyade usuli tedbirlerle aşılmaya çalışılan bir problem niteliğinde olduğu söylenmektedir²⁷⁶. Alman öğretisinde bu seçim tarzı, devletin sunduğu tüm hizmetler gibi ceza soruşturması ve yargılamanın da bir kapasitesi ve bir takım sınırları olduğu, devletten her seviyede haksızlığı ve tüm suçları aynı şekilde soruşturmasının beklenemeyeceği, soruşturma organlarının bütün güçlerini önemli ve ağır suçlara verebilmesi için hafif suçlar bakımından ayrı usuller öngören düzenlemeler yapılmasının kabul edilebilir bir bedel olduğu, bu yolla ceza hukukunun temel ilkelerinden kaynaklanan güvenceleri ortadan kaldırmayan ancak bir taraftan da basitleştirilmiş bir usul geliştirilmiş olduğu söylenerek desteklenmiştir²⁷⁷. Mevcut sorunları bertaraf edecek başka usuli yöntemler aranmaya da devam edilmektedir. Bu noktada polis, savcı, hakim işbirliğinin geliştirilmesi, eski § StPO 413'de olduğu gibi belli miktara kadar olan cezalarda kolluk amirine ceza kararnamesi yoluyla yargılamayı başlatma imkanı tanınması, kamuya yararlı bir kuruluş ya da devlet kasasına usuli tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sonra iade edilcek bir teminat depo edilmesi gibi alternatif fikirler daima taze tutulmaktadır²⁷⁸.

²⁷³ Landau, Fünfsinn, "Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung", s. 8; Rössner, "Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung: Neue Wege beim Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches", s. 141.

²⁷⁴ Hünerfeld, "Kleinkriminalität und Strafverfahren", s. 912.

²⁷⁵ Peter Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", **JR**, 1975, s. 99; Hoven, "Bagatelldelikte: Zum Umgang mit 'geringfügigen Straftaten' im materiellen und prozessualen Recht", s. 978.

²⁷⁶ Wang, **a.g.e.**, s. 2.

²⁷⁷ Zipf, "Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)", s. 12-13.

²⁷⁸ Landau, Fünfsinn, "Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl : Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung", s. 8.

Maslahata uygunluk ilkesinin öne çıkarıldığı Hollanda’da ise savcılıklar teşkilatlanışları itibarıyla başsavcılık talimatlarına bağlı olamakla birlikte suçun takibinde kamusal bir yarar yoksa takdiren takipsizlik kararı verme yetkisine de sahiptir. Maslahata uygunluk ilkesi doğrultusunda savcıya tanınan geniş takdir yetkisi, kategorik bir sınırlama olmadığı için tüm suçlarda uygulanabilir. Bu sebeple savcılığın takdir yetkisini kullanım koşullarının netleştirilmesi ve bu hususuta müşterek bir uygulama sağlanması Hollanda ceza hukukundaki temel gayretlerden biridir. Zaten savcıların başsavcılığın talimatıyla bağlı olması, Adalet Bakanının da parlamentoda savcılığın uygulamalarından sorumlu olması bu tarz bir denetimi zorunlu kılmaktadır²⁷⁹.

1937 tarihli İsviçre Ceza Kanununda yapılan 1950 ve 1971 tarihli reformlarda hafif suçlulukla ilgili maddi ceza hukukunda yeni bir adım atılmamış olmasını değerlendiren Driendl, 1980 tarihli çalışmasında bu durumun gelecekte hafif suçluluk konusuna Alman hukukunda olduğu gibi muhakeme hukuku alanında çözüm bulma gerekliliği doğuracağını bu durumun da kantonlarda muhakeme usulü noktasında hukuk birliği bulunmadığından uygulama farklılığı doğuracağı endişesini dile getirmiştir²⁸⁰. Bununla birlikte İsviçre’de fiil karşılığında uygulanacak yaptırım olarak para ya da hapis seçme hususunda takdir yetkisi hakime bırakılmış, kanun koyucu cünha niteliğindeki fiiller bakımından yasal bir belirlemede bulunarak para cezasına öncelik tanımamıştır²⁸¹. Daha güncel çalışmalarda hafif suçlar sebebiyle hükmolunacak 6 ayın altında kalan hapis cezaları bakımından paraya çevirme ya da bir işte çalışma yaptırımını uygulanması gibi öneriler göze çarpmaktadır²⁸².

Türk hukukundaki durumu ve yasal düzenlemeleri ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacağız. Burada kısaca şunlar söylenebilir: Türk ceza hukukunda hafif suçluluk kısmen maddi hukukta kısmen de muhakeme hukukunda dikkate alınmıştır. 5237 sayılı TCK kabahatleri ceza kanunu dışına itmekle birlikte ceza

²⁷⁹ Hulsman, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in den Niederlanden”, s. 573-576. Hirsch 1978 tarihli çalışmasında o günün koşullarını değerlendirerek Hollanda ceza hukukunda (Almanya’ya nazaran) adli sürecin oldukça kısa ve teknik şekilde işlediğini verebildiğini belirtmiştir. (Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 580)

²⁸⁰ Johannes Driendl, “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz”, s. 1017-1018.

²⁸¹ Driendl, “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz”, s. 1079.

²⁸² Günter Stratenwerth, “Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht”, **Forumpoenale**, S. 4, 2009, s. 230-232.

kanunu kapsamında bıraktığı fiillerden bir kısmı bakımından da hafif suç değerlendirmesi yapmaya imkan sağlayan düzenlemeler yapmayı ihmal etmemiştir. Bu noktada malvarlığına karşı işlenen suçlarda özellikle malın değerinin dikkate alındığı görülmektedir (TCK md. 145 ve 150)²⁸³. Keza hafif suçlar açısından; seçenek yaptırımlara dönüştürme, erteleme, kamu davası açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması, uzlaştırma gibi alternatif kurumlar geliştirilmeye çalışılmıştır. Kanaatimizce de bu grupta yer alan suçlar açısından maddi hukukta başlayan fakat muhakeme hukunda devam eden uygulamayı rahatlatıcı hükümler sevk edilmesi yerinde bir tercih olacaktır²⁸⁴.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman öğretisi hafif suçları tanımlarken haksızlık ve/veya kusur içeriğinin azlığı kriterlerini kullanmaktadır. Her ne kadar çalışma sahamız dışına çıkmamak adına kendimizi sadece haksızlık içeriğinin azlığı ihtimaliyle sınırlıyor olsak da Alman öğretilerinde de belirtildiği gibi hafif suçluluk kusurun azlığına da dayanabilir. Nitekim 5237 sayılı TCK, kusurun azaldığı durumlara ilişkin de bazı özel hükümler sevk etme yoluna gitmiştir. TCK'nun 92. ve 147. maddelerinde yer alan düzenlemeler bunun en açık örnekleridir²⁸⁵. Buna karşın kanun koyucu ne TCK ne de CMK'na kusurun azlığı gerekçesine dayalı olarak fiile özel bir muamelede bulunulmasını sağlayacak genel bir hüküm koymamıştır. Bu noktada Türk kanun koyucunun açık şekilde Alman kanun koyucudan ayrıldığını söylemek mümkündür. Zira Alman kanun koyucu -daha ileride ayrıntılı olarak ele alacağımız- StGB § 153 ve § 153a'da kusurun cezayı gereksiz kılacak ölçüde azaldığı halleri de açık bir şekilde uygulama kriteri olarak zikretmiştir. Hatta Alternatif Tasarı (Alternative Entwurf eines Strafgesetzbuches, AE) §16/II'de "Fail hafif/önemsiz (geringfügig) taksirli hareket sebebiyle cezalandırılmaz"²⁸⁶ denilerek taksirli suçlara özgü bir durum olarak kusurun azlığı halinde faile ceza verilmesini engelleyecek genel bir düzenleme yapılması amaçlanmıştı. Her ne kadar bu hüküm hayata geçirilemese de Alman öğretilerinde kanunda mutlaka bu yönde bir düzenleme

²⁸³ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 475.

²⁸⁴ Aynı yönde Frisch, "Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht", s. 67.

²⁸⁵ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 476.

²⁸⁶ Thomas Vormbaum, Kathrin Rentrop, **Reform des Strafgesetzbuchs: 1959 bis 1996**, Berliner Wiss.-Verlag, 2008, s. 374.

yapılması gerektiğini belirten bir görüş bulunmaktadır²⁸⁷. Türk hukukuna bakıldığında da benzer bir durum gözlemlenmektedir. 2003 Tasarısı'nın 32/2. maddesinde "Taksirli suçlarda failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler meydana getirdiği hallerde kovuşturma yapılamaz ve ceza verilmez" şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm 5237 sayılı TCK'ta alınmasa da öğretide 3. maddede yer alan orantılılık prensibinden hareketle kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler yarattığı hallerde faile ceza verilmekten kaçınılabileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁸⁸. Fakat kanaatimizce bu düşüncenin yasal bir dayanağı ve uygulanma kabiliyeti yoktur. Dolayısıyla bizim hukukumuz açısından bir çıkış yolu sunmaları itibarıyla erteleme, seçenek yaptırımlara çevirme gibi kurumlar ayrıca özel bir önem taşımaktadır.

²⁸⁷ Frisch, "Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht", s. 65.

²⁸⁸ Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 92.

İKİNCİ BÖLÜM

HAKSIZLIĞIN İÇERİĞİNİ BELİRLEYEN VE

ETKİLEYEN HALLER

I. HAKSIZLIĞIN İÇERİĞİNİ BELİRLEYEN TEMEL

ÖLÇÜTLER

Birinci bölümde açıklandığı gibi haksızlık kavramı niceliksel bir yapıya sahip olmakla birlikte, haksızlığın seviyesine göre belli basamakların referans alınması suretiyle kategorize edilmesi mümkün değildir. Haksızlığın derecesine ilişkin değerlendirme iki farklı durumun birbirine mukayese edilmesi halinde birinin diğerine nazaran daha hafif ya da daha ağır haksızlık ifade ettiğini söylemek suretiyle yapılabilir. Hem Türk hem de Alman doktrininde haksızlık kavramı suç teorisinin merkezine konumlandırılmış olup -kendisi gibi derecelendirilebilir bir kavram olarak- kusurla birlikte faile uygulanacak cezanın miktarını belirlediği kabul edilmektedir. Birinci bölümdeki açıklamalar da göz önünde bulundurulduğunda cezai bir yaptırım ile karşılanacak fiilin haksızlık seviyesini belirleyen üç temel kriter olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi normun koruduğu hukuki değerdir. Normla korunan hukuki değerın önemi ve sosyoetik anlamı haksızlığa temel içeriğini kazandırmaktadır. Bu sebeple aşağıda önce hukuki değer kavramı ve hukuki değerler arasındaki hiyerarşi ilişkisi hakkında kısa bir izaha yer verilecektir. İkincisi ise hukuki değere yönelik saldırının yoğunluğudur. Aynı hukuki değere yönelik farklı yoğunluktaki saldırıların doğrudan haksızlığın seviyesini de etkileyeceği açıktır. Bununla birlikte bu başlık altında ayrıca fiilin haksızlık seviyesine göre bir cezalandırma eşiğinden bahsedilip edilemeyeceği, hukuki değere yönelik saldırının etki ve yoğunluğunun önemsiz denilebilecek seviyede düşük ya da ihlalin cezaya layıklık olmadığı gerekçelerinden hareketle cezasızlık sonucuna varılıp varılamayacağına ilişkin tartışmaya değinilecektir. Haksızlığın seviyesini belirleyen

kriterlerden üçüncüsü ise haksızlığın gerçekleştirilme şeklidir ki bu başlık altında da fiilin; kasıtlı-taksirli, icrai-ihmali şekilde işlenmesinin haksızlık üzerinde yarattığı etki üzerinde durulacaktır. Ayrıca tamamlanmış ve teşebbüs aşamasında kalan suçlar ile iştirak biçimleri arasında da haksızlık bağlamında özel bir takım sonuçlar olduğundan bu kavramlar için de ayrı başlıklar açılacaktır. Ancak bu çalışmanın hedefi müstakilen kasıtlı-taksirli, icrai-ihmali, tamamlanmış-teşebbüs aşamasında kalmış ya da iştirak halinde işlenen suçuların bir haksızlık türü olarak incelenmesi olmadığından sadece -aynı sonuçları ortaya koysa bile- haksızlığın gerçekleştiriliş biçiminin de haksızlık seviyesi üzerinde etkili olduğunu açıklayacak ölçüde ve örneklendirme amacıyla çalışmaya dahil edilmişlerdir.

A. Korunan Hukuki Değer

1. Hukuki Değer Kavramı

Modern ceza hukuku öğretisi ceza hukukunun amacını izah etmek istediğinde hukuki değer ya da hukuksal yarar (*Rechtsgut*) kavramına mutlaka müracaat etmektedir¹. Ceza hukukunun nihai amacının hukuki değerleri korumak olduğu², her ceza normunun bir ya da birden fazla hukuki değeri korumak amacına hizmet ettiği³ belirtilmektedir. Hukuki değerler, kamunun ya da bireyin hukuken kabul görmüş ve korunmaya layık bulunmuş menfaatlerini ifade ederler. Bireye ait hukuki değerler, yaşam, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet, haysiyet gibi değerlerdir. Kamuya ait hukuki değerler ise devletin demokratik yapısının, kamu idaresinin işleyişine duyulan güvenin, devlet sırrının korunması gibi değerlerdir. Hukuki değerler ve onlara izafeten oluşturulan davranış normları toplumun sosyoetik ön kabullerini ortaya koyarlar ve cezai düzenlemelerin meşruiyetlerini sağlarlar⁴. Bununla birlikte hukuki değerler soyut ve ideal

¹ Hukuki değer ve hukuki yarar kavramları öğretilerde *Rechtsgut* kavramının karşılığı olarak ve genellikle aynı anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Bu çalışmada biz hukuki değer kavramını kullanmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

² Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 4-5; Yener Ünver, “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, **İÜHFİM**, C. 59, S.1-2, 2001, s. 51-53.

³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 56; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 158.

⁴ Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, s. 41; Harro Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktstypen?”, **Gedächtnisschrift für Horst Schröder**, Ed. Walter Stree, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, s. 55- 56; Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 2-3, kn. 7-9.

kavramlardır⁵. Bu sebeple -suçun konusundan farklı olarak- hukuki değerlerin doğrudan ihlal edilmeleri ve bir zarara maruz kalmaları söz konusu olamaz. Fakat toplumun ilgili hukuki değerinin korunmasındaki menfaat ve önceliği fiilin haksızlık içeriğini doğrudan etkiler.

Alman öğretisinde de hukuki değer kavramının kanun koyucuya neyi ve ne ölçüde cezalandıracağı, neyi cezalandırmayacağı hususunda önemli bir zemin sunduğu kabul edilmektedir⁶. Bu görüşe karşı çıkan ve daha pozitivist bir yaklaşım sergileyen fikir ise anayasal bir devlette hukuki değer kavramının ceza hukukunun sınırlarını belirleyen değil ancak kanunun yorumunda müracaat edilen bir yorum kuralı olma imkanına sahip olduğunu belirtmektedir⁷. Pozitivist yaklaşımın gözünden hukuki değer, anayasaca tanınmış, hukuken korunan menfaati ifade etmektedir. Bu yaklaşımda toplumsal değer yargıları gibi kavramlardan uzak durulmaya çalışıldığından, modern anayasal devletlerde suç ihdası sırasında hukuki değer kavramının sınırlandırıcı bir foksiyona sahip olamayacağı kabul edilmektedir. Bu sebeple hukuksal değer kavramının etkisinin sadece teleolojik yorumla sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir⁸.

Ancak işin esasına bakıldığında kanun koyucunun iradesinin kanunların sadece şekli açıdan meşruiyet şartı olduğu görülür. Toplumsal değer yargılarını görmezden gelen kanunlar ikna ediciliklerini kaybedeceklerinden kadük kalmaya mahkumdur⁹. Ayrıca iki görüşün birbiriyle uyumlu noktalarının bulunması çok da güç değildir. Bir defa her iki görüş de bir hukuk devletinde kişi özgürlüklerini kısıtlayıcı her normun salt cezai yaptırım gereken bir boşluğun tespitine bağlı kalamayacağını, mutlaka kanun koyucuya ait bir karar ile rasyonalize edilmesi gerektiğini ittifakla kabul etmektedir¹⁰. Kaldı ki hukuki değerlerin kanun tarafından koşulsuz şekilde değil kanun koyucunun belirlediği belli şartlar altında ve dahilinde

⁵ Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1055.

⁶ Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, s. 40.

⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 55; Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 266; Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 505.

⁸ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 270.

⁹ Gropp, **a.g.e.**, § 1, s. 33, kn. 74-75

¹⁰ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 266-267.

korunduğu da açıktır. Örneğin yaşam en temel hukuki değerlerden biri olmakla birlikte yaşlı bir insanın yatağında ölmesi hukuku ilgilendirmez. Tam tersine öldürmeye teşebbüs durumunda yaşam sona erdirilmiş olmasa da teşebbüsün cezalandırılması gerektiğinde tereddüt duyulmaz. Ultima ratio ilkesi gereği tüm hukuki değer ihlalleri cezalandırılmasa da tüm cezalandırmalar bir hukuki değer ihlali ile meşruiyet kazanır¹¹. Dolayısıyla kanaatimizce de korunan hukuki değer cezalandırmanın meşruiyetini sağlayan, sınırları ve kapsamını belirleyen en önemli parametredir.

Ceza hukuku, hukuki değerleri korumak amacıyla hareket etse dahi ihlale yönelik müdahalelerin, hukuki değerlerin bizatihi kendilerinin bireyi korumak için var olduğunu dikkate alarak yapılması gerekir. Hukuki değerlerin aşırı müdahaleler ile korunmak istenmesi, bireyleri hukuki değerlerin düşmanı saymaya ve Jakops'un belirttiği gibi bir "düşman ceza hukuku" oluşturmaya yarar. Bu sebeple yaptırım, daima orantılılık ilkesiyle uyumlu şekilde belirlenmelidir¹². Haksızlık ve kusur seviyesi netice ceza bakımından orantılılık ilkesinin iki temel ayağını oluşturmaktadır.

Birinci, bölümde değindiğimiz hukuki değerlerin her zaman geçerli ideal ve stabil değerleri mi yoksa dinamik ve değişken değerleri mi ifade ettiği konusu bu hukuki değerlerin ihlalinden kaynaklanan haksızlığın zaman içerisinde azalma ya da artma gösterip gösteremeyeceğinin belirlenmesi açısından da önemlidir. Öğretide bir görüş, hukuki değerlerin ve bunlara bağlı olarak yapılan suç tanımlarının zamana ve mekana göre değişkenlik gösterdiği yönündedir. Bu görüşe göre, toplumdaki gelişmelere paralel olarak yeni hukuki değerler ve suçlar ortaya çıkabileceği gibi aynı süreç içerisinde önceden var olanlar da ortadan kalkabilir. Nitekim bu süreci pozitif hukuklarda yeni suç tiplerinin ihdası, eskilerin ilgası şeklinde gelişen evrimde de gözlemlemek mümkündür¹³. Dolayısıyla hukuki değerler arasında önem derecelerine göre hiyerarşik bir ilişki bulunmakla birlikte bu sıralama da her zaman sabit değildir. Hukuki değerlerin zaman içerisinde değişkenlik gösteren yapıları

¹¹ Gropp, **a.g.e.**, § 1, s. 33, kn. 74 – 89-90.

¹² Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1056.

¹³ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 3; Frisch, "Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht", s. 43; Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 491 vd.

gereği bu hiyerarşideki konumları yukarı ya da aşağı yönde değişebilir; hatta skalaya yeni hukuki değerler eklenip, çıkarılabilir¹⁴.

Türk öğretisinde Özgenç'in savunduğu bizim de benimsediğimiz aksi görüşe göre ise hukuki değerlerin tamamı insanlığın başından beri mevcuttur ve daima da varlığını muhafaza edecektir. Bununla birlikte hukuki değerlerin bir kısmı toplum bilincinde erken; bir kısmı ise daha ileri aşamalarda ortaya çıkabilmektedir. Örneğin liberal insan hakları düşüncesinin gelişimini tamamlayıp insanoğlunun belli bir bilinç düzeyine ulaşmasından sonra salt yaşama hakkının yeterli olmadığını, sağlıklı ve ekolojik dengesi bozulmamış bir çevrede yaşama hakkına sahip olmanın da önem taşıdığı fark edilmiştir. Nitekim bu gelişmeye paralel olarak ceza kanunlarında çevreye karşı işlenen suçlar tanım bulmaya başlamıştır. Keza hukuki değerlerin değişkenliğinden bahis olduğunda sıklıkla örnek verilen zina gibi fiillerin suç olmaktan çıkarılması da ailenin korunan bir hukuki değer olmaktan çıkarıldığı manasına gelmeyip sadece izlenen suç politikasının bir sonucu olarak kanun koyucunun bu fiili artık cezai yaptırımla karşılamayı uygun görmediğini gösterir¹⁵. Keza bir hukuki değeri korumaya yönelik normun ihlali toplumsal değer yargılarındaki değişime bağlı olarak farklı dönemlerde izlenen suç politikasının amaçları doğrultusunda farklı şekillerde (miktar olarak daha az ya da daha çok, adli para cezası ya da hapis cezası şeklinde) de cezalandırılmış olabilir.

Tüm suç olmaktan çıkarma eğilimine rağmen insan hakları kataloğunun sağlıklı bir çevre hakkı, embriyonun korunması, bilişim suçlarının yaygınlaşması gibi gerekçelerle sürekli genişlemesi ceza hukukunun da buna paralel bir şekilde gelişmesine sebep olmaktadır. Bununla birlikte daha dikkatli bakıldığında görülecektir ki; değişen hukuki değerler değil onların hangi yöntemle korunacağına ilişkin algıdır. Hukuki değerler ideal ve sürekli esaslar olsa da toplumsal bazda onlara atfedilen önem değiştikçe koruma yöntemi de farklılaşabilmektedir. Nitekim aile, ailenin korunması ve cinsel dokunulmazlık günümüzde de önemini sürdüren bir hukuki değerlerden olmakla birlikte zina (evlilik dışı cinsel ilişki) ve (yetişkinler

¹⁴ Kern, "Grade der Rechtswidrigkeit", s. 290; Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1063. Ünver toplumsal yaşamın değişmesiyle yeni hukuki değerlerin ortaya çıkmasına internet, uyuşturucu, terörizm ve çevre ile ilgili alanları örnek göstermiştir. Ünver, "Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi", s. 56-57).

¹⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 159-160, dn. 116.

arasıda ve karşılıklı rızaya dayanan) homoseksüel ilişkilerin cezai yaptırımla karşılanması gerektiği yönündeki algı ve dolayısıyla ihtiyaç ortadan kalkmıştır. Hatta liberal modern hukuk düşüncesi ve ultima ratio ilkesinin etkisiyle aile, cinsel kimlik ve cinsellikle ilgili konular artık hızla hukukun alanından ahlak alanına itilmektedir. Dolayısıyla bugün için zina ve yetişkinler arası rızai homoseksüel ilişki gibi fiiller, kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal edici bir vasıf taşımadıkları sürece ahlakilikleri sorgulanacak olsa da cezai bir mesele teşkil etmemektedirler¹⁶.

Alman hukukunda cezanın belirlenmesi konusu üzerinde çalışmış olan Grassberger fiilin haksızlık içeriğinin; korunan hukuki menfaatin önemi, ihlal seviyesi ve sayısına bağlı olarak değişkenlik göstereceğini belirterek bizim bu ve devam eden başlıklar altında benimsediğimiz görüş ile uyumlu bir yaklaşım ortaya koymuştur. Yazara göre haksızlığın korunan menfaatin önemine göre değişim gösterdiğinin en açık delili de kanun koyucunun farklı suç tipleri ihdas etmiş olmasıdır¹⁷. Şurası açıktır ki; korunan hukuki değer değişmesi kanun koyucunun o değeri korumak üzere vazettiği normu yani suç tipini de değiştirmektedir. Kanun koyucu ihlalini cezai yaptırım altına almayı uygun bulduğu her hukuki değer için prensip olarak en az bir tane suç tipi oluşturmaktadır. Ancak bazı durumlarda korunan hukuki değer aynı olmasına rağmen fiilin haksızlık içeriğiyle ve işlenişindeki özelliklerle bağlantılı olarak farklı suç tipleri ihdas etme yoluna gidildiği de görülmektedir. Örneğin kanun koyucu korunan hukuki değer aynı olmasına rağmen yaşama hakkı gibi önemli bir hukuki değeri korumaya yönelik olan öldürme suçunun kasten, taksirli ve ihmali suretle işlenmesini üç farklı suç tipi şeklinde düzelemiştir. Keza hukuki değer önemi ceza hukuku korumasının kapsamını belirleme noktasında da ciddi bir rol oynamaktadır. Fiilin sadece kasten işlenmesinin mi, yoksa taksirle işlenmesinin de mi; hukuki menfaatin sadece zarara sokulmasının mı, yoksa tehlikeye maruz bırakılmasının da mı cezalandırılabilir olduğu da bu noktadan hareketle saptanmaktadır¹⁸.

¹⁶ Gropp, **a.g.e.**, § 1, s. 34, kn. 77 – 79.

¹⁷ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 6.

¹⁸ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

2. Hukuki Değerler Arasındaki Hiyerarşi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir fiilin haksızlık seviyesini ve onunla orantılı olarak uygulanacak yaptırımın türü ve miktarını belirleyen faktörlerden ilki ihlal edilen hukuki değerın önemidir. Norm ne kadar yüksek bir hukuki değeri ihlale yönelikse o kadar kuvvetli bir ihlal yaratmaya adaydır. Adam öldürmenin yaralamaya nazaran daha ağır cezalandırılmasının sebebi budur. Hukuki değerin haksızlığı belirleyici etkisine paralel olarak ciddi bir yaralama fiilinin hukuka uygun hale gelebilmesi için en az o kadar kuvvetli bir hukuki değeri koruması gerekir¹⁹. Bu sebeple meşru müdafaadanın en önemli şartlarından bir de orantılılıktır. Dolayısıyla örneğin malvarlığının korunması için hayat ve vücut dokunulmazlığına yönelik bir müdahale hukuka uygun kabul edilemez.

Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere hukuki değerlerin kendileri arasında hiyerarşik bir ilişki vardır. Hem ideal anlamda hem de pozitif hukukta sosyoetik kanaatlerden hareketle bu hiyerarşik ilişkinin tezahürü olan bir temel haklar kataloğu bulunduğu söylenebilir²⁰. Bir hukuki değerin bu katalogdaki yeri ne kadar yüksekse ona yönelik tehlike ya da zararların haksızlık seviyesi ve cezalandırma potansiyeli de o kadar yüksektir²¹. Yani bu tip hukuki değerlere yönelik hemen her içerikteki saldırı (basit-ağır, taksirli- kasten, ihmali-icrai) cezalandırılır. Yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığını korumaya yönelik suçlar buna örnek gösterilebilir. Tam aksine hukuki değerin yeri ne kadar düşükse ise cezalandırılma ihtiyacı ve potansiyeli de o kadar düşüktür. Yani bu tip bir hukuki değere karşı sadece ciddi bir değersizlik (tehlike ya da zarar) ifade eden fiillerin cezalandırılması yoluna gidilir. Sadece kasten işlenmesi durumunda cezai sorumluluk doğuran ve diğer suç tiplerine nazaran ceza makasının alt ve üst sınırı son derece düşük olan mala zarar verme suçu da bu duruma örnek gösterilebilir.

Genel olarak vücut ve cinsel dokunulmazlığı korumaya yönelik hukuki değerlerin; malvarlığı, zilyetlik ya da mülkiyet hakkını korumaya yönelik olanlardan daha önemli olduğu söylenebilir. Yaşam hakkı ise birey açısından tam anlamıyla

¹⁹ Noll, "Übergesetzliche Milderungsgründe aus Vermindertem Unrecht", s. 183-184.

²⁰ Otto, "Strafwürdigkeit und Strafbefürftigkeit als eigenständige Deliktstypen?", s. 55- 56.

²¹ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 5.

varoluşal bir meseleye işaret ettiği için diğer tüm hukuki değerlerden üstündür²². Keza liberal hukuk görüşü bugün devlete ya da kamuya ait hukuki değerleri de bireye ait değerlerin gerisine atmaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nun özel hükümler kitabında yapılan sıralama da bu yaklaşımın yansımalarından biridir. Hukuki değer ve hukuki değerleri koruma amacı güden davranış normları (kabul ettiğimiz görüşe göre) özünde doğal hukuk ve insan hakları düşüncesine dayandığından; hukuksal değerlerin gerek önem sıralaması yapılırken gerekese de eşitlik ilkesi doğrultusunda yorumlanmalarında bu hususun gözden kaçırılmaması gerekir. Söz gelimi yaşama hakkı, mülkiyetin hakkı, cinsel dokunulmazlık her birey açısından eşit biçimde korunmaya layıktır. Bu noktada yapılacak her türlü ayırımın insan hakları teorisiyle uyumlu somut tutamak noktaları olmalıdır. Örneğin bir çocuğa yönelik cinsel saldırı fiilinin yetişkine karşı işlenenden daha yoğun bir haksızlık içeriğine sahip olduğu herkesçe kabul edilebilecek olmakla birlikte; suç mağdurunun, fuhuşla iştilgal eden bir kadın olması durumunda fiilin haksızlık içeriğinin azalacağını iddia etmek her insanın hiçbir ayırım gözetmeksizin sırf insan olması itibarıyla bazı haklara sahip olduğu düşüncesine aykırı olur. Keza evlilik birliği içerisinde eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı fiili de diğerleriyle aynı derecede haksızlık içeriğine sahiptir. Evlilik birliği eşlere karşılıklı cinsel yükümlülükler de yüklemekle birlikte bu ancak karşılıklı rızanın bulunduğu durumlarda meşru olma vasfına sahiptir. Her ne kadar eşler arasında gerçekleşen nitelikli cinsel saldırı fiilleri (TCK md. 102/2) şikayete tabi kılınmış ise de bu söz konusu fiilin haksızlık içeriğinin azlığından değil, kanun koyucunun aile mahremiyetine zorunlu olmadıkça müdahale etmek istememesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim şikayet koşulu gerçekleştiğinde verilecek ceza yine aynı maddeye göre belirlenmektedir. Ayrıca 102. maddenin düzenlenme şeklinden zımnen eşler arasındaki basit cinsel saldırı niteliğindeki fiillerin suç oluşturmayacağı sonucu çıkarılmaktadır²³. Her ne kadar kanattımızca bu tip fiiller de haksız fiil vasfına sahip olsa da kanun koyucu tarafından aynı saikle resen suç soruşturmasına konu edilmesinden kaçınıldığı anlaşılmaktadır.

²² Gallas, "Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler", s. 305-322; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 253.

²³ Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 74, dn. 69.

Şunu da belirtelim ki hukuki değerler arasındaki hiyerarşi, ihlalin yoğunluğu ya da fiilin işlenişindeki diğer özellikler sebebiyle her zaman uygulanacak yaptırım ile ilgili kesin bir öngöründe bulunmaya imkan vermez. Bir hukuki değer sıralaması yapıldığında geride kalabilecek fiiller somut olaydaki işlenişine göre çok yüksek bir haksızlık ifade edip daha yüksek bir yaptırım ile karşılanabilir²⁴. Örneğin soyut olarak ele aldığımızda vücut dokunulmazlığı daima malvarlığına nazaran daha önemli bir hukuki değerdir. Ancak bu durum somut olayda basit bir taksirle yaralama fiilinin çok ciddi ve ağır bir mala zarar verme suçuna nazaran daha hafif bir şekilde cezalandırılmasına engel olmayacaktır. Yani haksızlığın içeriği hukuki değerlerin öneminden ciddi şekilde etkilenmekle birlikte, haksızlık hakkındaki nihai yorum tüm değişkenler bir arada değerlendirilerek yapılabilir.

B. İhlalin Yoğunluğu

1. Aynı Hukuki Değere Yönelik Farklı Seviyede İhlaller

Fail hakkında uygulanacak somut cezanın belirlenmesine yönelik ilk adım kanun koyucunun belirlediği ceza makasından başlangıç cezanın tayin edilmesidir. Bundan sonraki diğer tüm arttırmalar ve indirimler bu miktar üzerinden yapılacağından işlenen haksızlıkla orantılı bir yaptırım sonucunun ortaya çıkabilmesi için başlangıç cezanın isabetli bir şekilde belirlenmesi son derece önemlidir (bkz. TCK md. 61). Başlangıç cezanın belirlenmesi yani fiilin haksızlık içeriğinin tespiti bakımından en temel kriter de ihlalin yoğunluğudur (*Intensität der Normverletzung*)²⁵.

Bu noktada kasten yaralama suçu haksızlık skalasının çok düşükten çok ağıra kadar son derece geniş olması sebebiyle iyi bir örnektir. İki farklı yaralama fiilinden biri ortaya çıkardığı netice itibarıyla diğerine nazaran daha fazla haksızlık ifade edebilir. Burada haksızlık üzerinde fark yaratan hukuki değerler arasındaki hiyerarşi değil aynı hukuki değere yönelik ihlalin yoğunluğudur²⁶. Kanun koyucu kasten yaralama suçunun; temel şekli ve daha az ceza gerektiren basit hali (TCK md.

²⁴ Akbulut, a.g.e, s. 55.

²⁵ Grassberger, *Die Strafzumessung*, s. 8; Edmund Mezger, “Strafzumessung im Entwurf”, *ZStW*, S. 52, 1931, s. 861; Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, Gerhard van Gemmeren, *Praxis der Strafzumessung*, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2012, kn. 588.

²⁶ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 287.

86); neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali (TCK md. 87) ve ihmali şekilde işlenmesini (TCK md. 88) ayrı ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu yöntemle, hem somut olay adaletini hem de uygulama birliğini sağlamak amaçlanmıştır. Günümüzde (765 sayılı TCK'nun aksine) kasten yaralama suçunun ağırlığı mutlak iştigalden kalma süresine göre belirlenirse de kanun koyucunun yaralama fiilinin etkilerini dikkate alarak son derece detaylı bir düzenleme yapma yoluna gittiği görülmektedir.

Hukuki değere yönelik ihlalin yoğunluğu bakımından diğer bir tipik örnek malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusunu oluşturan maddi değerdir. Diğer tüm şartların aynı olduğu bir durumda 1000 TL değerindeki bir malın çalınması, 10 TL değerindeki bir malın çalınmasından daha ağır bir haksızlık ortaya koyacaktır. Keza norm bazen hukuki menfaati sadece zarardan değil aynı zamanda zarar tehlikesinden de korur. Örneğin alkol veya uyuşturucu madde etkisindeyken emniyetli bir şekilde araç kullanamayacak olmasına rağmen araç kullanan kişi tehlikeye maruz bırakılan hukuki menfaatin zarar görüp görmemesine bakılmaksızın bir haksızlık meydana getirmektedir. Ancak hukuki değeri tehlikeye düşürmeye ilişkin yasağa aykırılık, aynı hukuki değeri zarara uğratmaya nazaran daha az bir haksızlık ifade etmekte ve genellikle daha hafif cezalandırılmaktadır²⁷.

Bu hususta ilginç ve üzerinde durulması gereken konulardan birisi de mağdurun rızasının fiilin haksızlık vasfı ve içeriği üzerindeki etkisidir. Bilindiği gibi ceza hukukunda “rıza” belli şartlar altında bir hukuka uygunluk sebebi olarak etki göstermektedir. Ancak bazı durumlarda fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmasa da daha hafif bir haksızlığın vücuda gelmesine neden olabilir²⁸. Örneğin TCK'nun 99. maddesinde düzenlenen çocuk düşürtme suçu bakımından kanun koyucu gebenin rızası olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapma yoluna gitmiştir. Hukukumuzda

²⁷ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

²⁸ Örneğin ötenazi uygulamasıyla ilgili olarak (ötenezinin kabul görmediği hukuk sistemlerinde); iyileşme şansı olmayan bir hastanın talebi üzerine yaşamına son verilmesinin, bu durumda olmayan bir insanın talebi üzerine yaşamına son vermektense daha az haksızlık ifade ettiği; keza bir kimsenin yaşamına son verilmesini talep ettiği tüm durumlarda -fail cezadan kurtulamayacak olsa bile- suçun haksızlık içeriğinin, böyle bir talebin olmadığı tüm durumlara nazaran daha az olduğu belirtilmektedir. (Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 277, 285). Belirtelim ki yaşama hakkının söz konusu olduğu durumlarda rızanın fiili hiçbir şekilde hukuka uygun hale getirmeyeceği genel olarak kabul edilmekle birlikte, tıp etiğiyle yakından ilgili bir konu olan ötenazi durumlarında fiilin haksızlık içeriğinin azalması azalmayacağı da tartışmaya açıktır. Mağdurun ötenazi talebinin olduğu tüm durumlarda fiilin sosyaetik değersizliğinin azalacağını kabul etmek uygun olmayabilir.

sadece 10 haftadan önceki aşamada ve gebenin rızasıyla yapılan kürtaj işlemi hukuka uygun kabul edilmektedir. Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişinin (gebelik süresine bakılmaksızın) bir haksızlık yarattığı açık olup beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte kadının rızası bulunsa bile -tıbbi bir zorunluluk olmadıkça- gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişinin fiilinin de hukuka aykırı olacağı kabul edilmiştir. Fakat bu olasılıkta fail (ve gebe) iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Yani gebelik süresinin 10 haftayı geçtiği durumlarda kadının rızası işlemi yapan açısından fiili hukuka uygun hale getirmese de rızanın hiç bulunmadığı durumlara nazaran fiilin haksızlık içeriğini azaltıcı bir faktör olarak kabul edilmiştir. Benzer bir durum TCK'nun 101. maddesinde düzenlenen kısırlaştırma suçu açısından da geçerlidir. Bu maddede yetkili olmayan kişiler tarafından bir erkek ya da kadının rızası olmaksızın kısırlaştırılması, rızaya dayalı olarak kısırlaştırılmasından daha ağır cezalandırılmıştır. Yani bu olasılıkta da ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyip sadece haksızlık içeriğini etkilemektedir.

Diğer bir ilginç örnek de cinsel istismar suçunda karşımıza çıkmaktadır. Kanunumuz cinsel istismar fiilini TCK'nun 103. maddesinde resen takibi gereken ve yaptırımını itibarıyla çok ağır bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Ancak eğer 15-18 yaş grubundaki çocuklar bakımından çocuğun bu suçun basit haline yönelik (vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşmeyen cinsel davranışlar) rızası varsa fiil hukuka uygun hale gelmektedir. Suçun nitelikli halinin (vücuda organ veya sair cisim sokma şeklinde gerçekleşen cinsel davranışlar) gerçekleşmesine yönelik rıza ise fiili hukuka uygun hale getirmemekle birlikte TCK'nun 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu çerçevesinde değerlendirilmekte ve şikayet üzerine soruşturulmaktadır. Üstelik şikayet koşulu gerçekleşse dahi fail hakkında uygulanacak ceza makası 103. maddeye göre son derece düşük ve dar tutulmuştur. Yani bu örnekte rıza bir taraftan fiilin haksızlık içeriğini azaltıcı bir etki göstermekte; diğer taraftan da fiilin soruşturulmasının şikayet koşuluna bağlanmasına neden olmaktadır.

2. Haksızlık İçeriğine Bağlı Cezalandırma Eşiği Tartışması

Bu bölüme kadar yapılan tüm açıklamalardan da anlaşılacağı gibi suç, alelade değil sosyoetik anlamı ve sonuçları itibarıyla ciddi bir haksızlıktır. Ultima ratio ilkesi, kanun koyucuya sadece bu tür haksızlıkları suç tanımına kavuşturmaya yönelik bir eleme görevi yüklemektedir. Fakat diğer taraftan da kanun koyucunun yaptığı soyut suç tanımlarının somut olaylarda fiilin haksızlık içeriği üzerinde etki eden tüm olasılıkları da kapsayacak genişlikte olması gerekir. Bu sebeple somut olay adaletini sağlayabilmek adına suçlar karşılığında uygulanacak cezalar alt ve üst sınırlar içinde hareket etmeye olanak sağlayan bir makas halinde belirlenir.

Buna karşın bazı olaylarda haksızlık o kadar düşük seviyede olmaktadır ki fiilin tipikliğin tüm unsurlarını karşılamasına rağmen cezasız kalması gerektiği hissedilmektedir. Hem Türk hem de Alman öğretisinde bir grup yazar ihlalin önemsizliği gerekçesinden ya da cezaya layıklık kavramından hareketle, her suçun meydana gelen zarar veya tehlikenin “özel bir ağırlıkta olması” gerekliliğini ifade eden niceliksel bir “yeterlilik sınırı” olduğunu ve bu aşamaya ulaşılmadan failin cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir²⁹. Ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında ihlalin önemsizliği veya cezaya layıklığı kavramlarından hareketle açıklanmaya çalışılan bu durum, tipik dahi olsa fiilin haksızlık içeriği itibarıyla cezalandırmayı haklı kılacak eşiği aşmadıkça yaptırıma muhattap edilemeyeceği düşüncesine dayanmaktadır. Hümanist bir yaklaşım tarzı ortaya koysa da bu fikir ve kavramların kanunilik ilkesi ile uyumlu bir yapı ortaya koyup koymadığı ve suç tanımından uzaklaşıldığında cezalandırmayı haklı kılacak eşiğin neye göre belirleneceği tartışmaya açıktır. Bu sebeple aşağıdaki başlıklar altında ihlalin önemsizliği ve cezaya layıklığı kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, hukuk pratiğinde uygulanma kabiliyetine sahip olup olmadıkları ve temel ilkelerle olan uyumları konusuna değinilecektir.

²⁹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 4. Eserin takip eden cümlelerinde yazarlar “yeterlilik sınırının üzerine çıkılması durumunda ise, tek suçu karakterize eden bağımsız bütün aşılmış olur ve suçların çokluğu alanına girilir” demiş ise de suçların içtimaına ilişkin problemlerin fiilin haksızlık içeriği ile bu tarz bir bağlantısı olmadığını belirtmemiz gerekir.

a. İhlalin Önemsizliği

Failin işlediği suçun çok hafif bir haksızlık ifade ettiği durumlarda cezasız bırakılması gerektiği sonucuna ulaşan yazarların dayanak aldığı kavramlardan ilki “ihlalin önemsizliği”dir. Önemsizlik kavramı ihlalle yani haksızlık ile ilişkilendirildiği nispette suç olmaktan çıkarma akımıyla ve ultima ratio ilkesiyle de sıkı bir göbek bağına sahiptir. Zira haksızlığın önemsizliği, nadiren işlenmesine ya da istisnai bir suç tipine ilişkin olmasına değil; seviyesine, yani içerik olarak haksızlığın az olmasına bağlı olarak yapılan bir değerlendirmedir. Elbette tüm doktriner tartışmalar gibi önemsizlik kavramı üzerine yapılan çalışmalar da belli bir gayeye matuftur ve bu gaye, -yukarda belirttiğimiz gibi- haksızlık içeriği düşük fiiller sebebiyle failin cezai bir yaptırıma maruz kalmasının önüne geçmektir. Bu sebeple bu amaca ulaşmada önemsizlik kavramının uygun bir araç olup olamayacağı sorgulanması gereken bir husustur.

Bu noktada haksızlığın (ihlalin) önemsizliği ile hareketin önemsizliğini birbirinden ayırmak gerektiğine de dikkat edilmelidir. Ceza hukukunda “önemsiz hareket” denildiğinde ilk akla gelen, hiçbir şekilde insan iradesinin ürünü olmayan, bütünüyle mekanik bir etki niteliğindeki³⁰ veya hayvandan sadır olan³¹ ve bu sebeple

³⁰ Mutlak kuvvet (*vis absoluta*) etkisi altında gerçekleşen davranışlar bu niteliktedir. Örneğin arkasındaki kişinin itmesi sonucu vitrin camını kıran bir kişinin hareketinin ceza hukuku açısından mala zarar verme suçu çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte sadece cebre yani zorlayıcı kuvvete (*vis compulsiva*) maruz kalan kişinin fiili zorlanmış da olsa bir iradeye dayandığından ceza hukukunun uygulama sahasına girer ancak faile kusur isnat edilemeyeceğinden cezalandırılması yoluna gidilemez. (Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 218-220; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 93; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 163.)

Keza tamamen refleks nitelikteki hareketler ile uyku halinde veya epileptik nöbet sırasında gerçekleştirilen hareketler de hiçbir iradeye dayanmadığından ceza hukukunun inceleme alanına girmez ve sorumluluk doğurmazlar. Bu tip durumlarda insan bedeninin sadece mekanik bir kütle etkisi söz konusudur. (Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 38, kn. 95-98. Akbulut, **a.g.e.**, s. 200). Örneğin uyku halinde yanına yatırdığı çocuğunun üzerine yatarak boğulmasına sebep olan annenin kasten öldürme suçunu işlediği düşünülemez. Bu gibi hallerde annenin sadece çocuğunu uyurken yanına yatırma şeklinde gerçekleşen özen yükümlülüğüne aykırı fiili sebebiyle ceza sorumluluğu doğabilir (Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94). Refleks ya da epileptik nöbet sırasında gerçekleşen hareketlerin özelliği, vücudun iradi bir etkileşim olmaksızın gösterdiği reaksiyonu ifade etmeleridir. Bununla birlikte planlamadan, ani bir karar sonucu gerçekleştirilen ve anlık tepkileri ifade eden hareketler her ne kadar kişiyi bu fiili işlemekten alıkoyacak direnme imkanını zayıflatsa da ceza hukuku açısından fiil olarak değerlendirilir. Ancak kusur isnadı noktasında dikkatlice tetkik edilmeleri gereklidir (Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 163; Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 14). Bu hususta öğretisi sıklıkla direksiyon başındaki sürücüyü rahatsız eden arı örneğini vermektedir. Sürücünün otomobiliyle giderken aracının içine giren arıyı kovmaya çalıştığı sırada yaptığı el kol hareketleri sonucu kaza yapması durumunda, her ne hareket

de ceza hukukunun konusunu oluşturmayacak olan hareketlerdir (fiilin sınırlama fonksiyonu). Bu tip durumlar her ne kadar ceza hukuku öğretisinde bazı yazarlarca “önemsiz hareket” olarak adlandırılrsa da esasında ceza hukuku açısından hareket olma vasfına sahip değildirler. Keza bazı fiillerin de başka bir hukuk dalının yaptırım sahasına giriyor olmakla birlikte tipik olmaması sebebiyle ceza hukuku açısından önemsiz (*irrelevant*) olduğu iddia edilmektedir³². Kanaatimizce bu tip durumlarda da esasen ceza hukuku açısından önemsiz değil, prensip olarak ceza hukukunun (tipik olmadığı için) alakadar olmayacağı -nötr durumda kaldığı- bir fiilden bahsetmek daha yerinde olacaktır. Dolayısıyla burada asıl tartışma konusu olan iradeye dayanan, üstelik tipe uygun bir fiilin “önemsizlik (Alman hukukundaki kullanımıyla *geringfügigkeit*³³)” kriterinden hareketle cezasız kalmasının mümkün olup olmadığıdır³⁴. Önemsizlik kavramı bu anlamıyla ele alındığında, “önemsiz haksızlık” olarak tanımlamak teorik açıdan daha uygun bir seçim olmaktadır. Hatta öğretilerde bir kısım yazarlar, ciddi bir haksızlık ve önemli bir ihlal ifade etmenin suça mündemiç bir unsur olduğu düşüncesinden hareketle, tipik olmakla birlikte önemsiz bir haksızlık ortaya koyduğu kabul edilen durumları dışlayacak genel bir suç tanımı yapmak gerektiğini belirtmişlerdir³⁵.

kadar ani şekilde gerçekleşmişse de iradeye dayandığından sürücü açısından sorumluluk doğacaktır. Ancak bu noktada da şöyle bir ayırım yapılabilir: Şayet arı sürücüyü ısırdığı için sürücü tamamen irade dışı refleks bir hareket gerçekleştirirse bundan sorumluluk doğmaz (Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 221).

Hipnotik telkin altında gerçekleştirilen hareketlerin durumu biraz daha karmaşık olup öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş hipnotik telkin durumunda ağır biçimde etkilenmiş olsa da bir iradenin bulunduğu gerekçesinden yola çıkarak sorumluluk doğurabileceklerini kabul etmekteyken (Akbulut, **a.g.e.**, s. 200) diğer görüş hipnoz durumunda gerçekleşen hareketleri refleks hareketler gibi hiçbir şekilde iradeye dayanmayan hareketler kapsamında değerlendirmektedir (Wessels, Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 38, kn. 95-98).

³¹ Ancak eğer hayvan suç işlenmesinde bir insan tarafından araç olarak kullanılırsa hayvanı idare eden bundan sorumlu tutulabilir. (Akbulut, **a.g.e.**, s. 205; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 94; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 164).

³² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 224. Bu tip durumlarda müdehalenin sağladığı fayda müdehale etmemenin sağladığından daha azdır. Örneğin ceza hukuku, aile içerisinde gerçekleşen ve aleni vasıf taşımayan hakaretlere müdehale etmemektedir. Keza bizim hukukumuzda -Alman hukukunda cezalandırılmış olmakla birlikte- aralarında evlenme yasağı bulunan reşit kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkileri cezalandırılmamaktadır.

³³ Kelime anlamı önemsiz, küçük, değersiz olan *geringfügigkeit* kavramı Alman öğretisinde daha ziyade suçun konusunu oluşturan şeyin maddi değerinin azlığını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. (çevrimiçi, <http://www.duden.de>, 01.05.2016).

³⁴ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 64; Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 976.

³⁵ Albin Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**, Ed. Bernd Schünemann/ Hansa Achenbach/ Wilfried Bottke/ Bernhard Haffke/ Hans - Joachim Rudolph, Walter de Gruyter,

Önemsizlik kavramından hareketle cezasızlık sonucuna ulaşan yazarların; yüksek bir zarar ya da tehlikelilik içermeyen fiillerin cezalandırılmasının orantılılık ilkesine aykırı olduğu; kanunilik ilkesinin sıkı bir şekilde uygulandığında yargı organlarına aşırı yük yarattığı; toplumsal tolerans düşüncesinden hareketle bazı durumlarda failin ceza sorumluluğunun kaldırılabilmesi gerekçelerini ileri sürdükleri görülmektedir³⁶. Uygulamada da bu kavrama gönderme yapan kararlara rastlanmaktadır. Hamm Yüksek Eyalet Mahkemesi 1980 tarihli bir kararında; şeklen kanunun lafzına uysa da yaralama, mala zarar verme, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, rüşvet gibi suç tiplerinde bazı durumlarda hukuki değer ihlalinin çok önemsiz olması sebebiyle ilgili suç tipinin gerçekleşmediğini söylemiştir³⁷. Mahkemenin bu kararıyla önemsizlik kavramının uygulamada ilk defa bu düzeyde ve netlikte kabul gördüğü belirtilmektedir³⁸.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılabilmesi gibi bir grup yazar “önemli bir haksızlık ifade etme” şartının suçun yapısından kaynaklanan genel bir unsur olduğu kanaatinde. Pozitif hukukta -genel veya özel hükümlerde- yer alan bazı düzenlemelerde de suçun oluşum veya cezalandırılma şartı olarak bu kavrama yer verildiği görülmektedir. Ancak az sayıda istisna dışında genel olarak önemli/önemsiz kavramları suçun yapısını analizde değerlendirmeye tabi tutulan dogmatik bir kategori ifade etmediğinden “önemsizlik” kriterinden hareketle cezasızlık sonucuna ulaşılması daha çok bir tür amaçsal yorum faaliyeti sonucunda gerçekleşmektedir.

Konuya öncelikle pozitif hukukta yer alan genel hükümler açısından bakılacak olursa; TCK'nun genel hükümleri arasında fiilin haksızlık içeriğinden hareketle kendisine cezalandırmayı etkileyecek ölçüde sonuç bağlanmış genel bir önemlilik/önemsizlik kavramına yer verilmediğini söylemek gerekir³⁹.

Berlin-New York, 2001, s. 202; Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 92; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 341.

³⁶ Yener Ünver, “Uluslararası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar”, **KHUKA**, S. 2-3, 2000, s. 161-171.

³⁷ Oberlandesgericht Hamm (OLG Hamm), 16. 07. 1980 tarih ve 6 Ss 40/80 sayılı karar. Kararın tam metni için bkz. “Unerhebliche Erschwerung der Pfändungsdurchführung”, **NJW**, S. 46, 1980, s. 2537.

³⁸ Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 333.

³⁹ Buna karşın failin kusurunun hangi durumlarda cezasızlık sonucu yaratacak ölçüde azaldığını belirlemek bakımından “önemli derecede” olma kriterine atf yapıldığı görülmektedir. Örneğin md. 32/1’de akıl hastalığı sebebiyle, 34/1’de de geçici nedenlerle “işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği *önemli* derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez” denilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise bazı kanun koyucuların bu konuyu ceza hukuku açısından teorik tartışmalara terk edilemeyecek kadar önemli bulup -özellikle genel bir suç tanımı yapan maddelere monte ederek- doğrudan pozitif hukukta düzenleme yoluna gittikleri görülmektedir. Fakat bu eğilim, modern ceza hukukunda etkisini sürdüren bir akım olmadığı gibi bugüne kadar da sadece (maddi hukuka aykırılık-şekli hukuka aykırılık ayrımında olduğu gibi) az sayıda sosyalist ülke tarafından tercih edilen bir yöntem olmuştur.

Örneğin 1960 tarihli eski SSCB ceza kanununun suçun tanımını yapan 7. maddesinin ikinci fıkrasında⁴⁰ ve 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14. maddesinin 2. fıkrasında şeklen suç tipine uysa da önemsizliği sebebiyle toplum açısından büyük/ciddi bir tehlike oluşturmayan fiillerin suç vasfına sahip olmadığı kabul edilmiştir. Rus ceza hukukunda halen geçerli olan bu düzenlemeler sebebiyle bir bakıma maddi suç-şekli suç ya da maddi hukuka aykırılık-şekli hukuka aykırılık ayrımlarına pozitif hukukta da hayat kazandırılmaktadır. Bu düzenleme sebebiyle Rus ceza hukuku öğretisinde önemsizlik kavramı suçun bağımsız bir unsuru olarak ele alınmaktadır⁴¹.

Benzer bir düzenleme eski Doğu Alman Ceza Kanunu'nun (DDR) 3. maddesinde “fiilin kanundaki suç tipinin lafzına uymasına rağmen bireyler ve toplumun hak ve menfaatlerini üzerindeki etkisinin ve failin kusurunun önemsiz olması halinde” suç oluşturmayacağı şeklinde yer bulmuştu⁴².

Slovakya Ceza Kanununun 14. maddesinde de “kanuna göre tipik olmakla birlikte düşük bir öneme sahip fiiller suç oluşturmazlar. Şayet bir fiilin doğası gereği tehlikeliliği, ağırlığı, ortaya koyduğu zararlı sonuçlar yoksa ya da azsa veya gerçekleştiği koşullar ya da failden kaynaklanan sebeplerle cezai sorumluluk düşük

⁴⁰ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 68.

⁴¹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 67; Yener Ünver, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Ed. Köksal Bayraktar, İstanbul, 2004, s. 972-973.

⁴² Grünwald, “Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik”, s. 266; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 335; Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 10; Wang, a.g.e., s. 6.

seviyedeysse düşük bir öneme sahip demektir” şeklinde bir düzenleme yapılarak önemsizlik kavramına yasal bir tanım getirilmiştir⁴³.

Yine 1979 tarihli Küba Ceza Kanunu’nun 8. maddesinin ikinci fıkrasında “bir icrai veya ihmali hareketin bir suç tipinin unsurlarını gerçekleştirse dahi, sonuçlarının önemsiz olması veya failin kişisel durumlarından ötürü toplum açısından tehlikeli olmaması halinde suç olarak kabul edilemeyeceği” şeklinde bir düzenleme yapılarak önemsizlik kavramının pozitif hukuka aktarılması sağlanmıştır⁴⁴.

1969 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde de toplumsal tehlikelilik (*Gesellschaftsgefährlichkeit*) kriterinden hareketle fiilin sosyal tehlikeliliğinin önemsiz seviyede olması durumunda suç oluşmayacağı kabul edilmiştir⁴⁵.

Bu örneklerin tamamında toplum merkezli bir yaklaşımla ihlalin önemsizliği, fiilin yarattığı veya yaratması muhtemel toplumsal etki (tehlike) bağlamında dikkate alınmış ve bu etkinin önemli seviyede olmadığı durumlarda daha başlangıçtan bir suçtan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Bu yaklaşım şekli teorik açıdan bütün suçları adeta bir tehlike suçu olarak değerlendirmesi sebebiyle eleştiriye açık olduğu gibi aslında maddi suç-şekli suç ya da maddi hukuka aykırılık-şekli hukuka aykırılık kavramlarına yöneltilen -ve ilgili başlık altında değindiğimiz- eleştirilerin tamamına muhattap olma potansiyeline de sahiptir. Zaten belirttiğimiz gibi ceza kanunlarında hala geçerli olan bir yaklaşımı da temsil etmemektedir.

İhlalin önemsizliğini esas alan ilginç örneklerden biri de Avusturya Ceza Kanunu’nun mülga 42. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddeye göre resen soruşturulan bir suç olsa dahi üç yıldan az hapis veya adli para cezası gerektiren suçlar sebebiyle; “1. Failin kusuru az ise, 2. Fiilin olumsuz bir neticesi yoksa veya önemsiz ise, 3. Failin cezalandırılması onu yeni suçları işlemekten alıkoymak veya

⁴³ Slovak öğretisi ve uygulamasında bu normun bir hukuka uygunluk sebebi niteliğinde olduğu dolayısıyla bu tip bir fiile karşı meşru müdafada bulunulamayacağı, bu maddenin koşullarındaki hatanın hukuka uygunluk sebeplerinin koşullarındaki hata niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. (Damjan Korošec, “Rechtsanalyse: Das materiellrechtliche Institut der Geringfügigkeit der Tat im slowenischen Strafrecht”), *ZStW*, S. 115, 2003, s. 127).

⁴⁴ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 68.

⁴⁵ Weigend, Zoll, “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in Polen”, s. 752. Hakeri çalışmasında sosyal zararlılık kavramını kullanmıştır. (Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 69).

başkalarını önlemek bakımından gerekli değilse” ceza verilmekten vazgeçilebileceği belirtilmişti⁴⁶. Bu maddenin uygulama bulabilmesi için kusurun azlığı ve fiilin olumsuz neticesinin az ya da hiç olmaması şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktaydı. Fiilin olumsuz etkilerinin ise suç tipinin bizatihi kendisinden kaynaklanabileceği gibi (*tatsanmässigen Folgen*), suç tipi dışındaki sebeplere de dayanabileceği kabul edilmekteydi. Bu bağlamda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun süresi ve yaralamanın boyutu birinci duruma; kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu sebebiyle bakıma muhtaç çocuklarda oluşan mağduriyet ve yaralama fiilinin iyileşme sürecinde ailenin geçim sıkıntısı çekmesi gibi durumlar da ikinci duruma örnek gösterilmiştir. Avusturya ceza hukukuna 1975 yılında yapılan geniş kapsamlı reform ile giren bu düzenleme hafif suçları soruşturma ve kovuşturma sürecinin dışına iterek adli makamların iş yükünü azaltması sebebiyle öğretilde önemli ve olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir⁴⁷. Söz konusu hüküm önemsizlik kriterine maddi hukukta yapılan genel bir düzenleme ile cezasızlık sonucunu bağlaması bakımından ve soruşturma ve kovuşturma makamlarına tanıdığı takdir yetkisi ile maslahata uygunluk ilkesi bakımından önemli bir örnek olmuştur⁴⁸.

Ancak ceza kanunlarının genel hükümlerinde ihlalin önemsizliği kriterinden hareketle cezalandırmadan sarfınazar etmeye imkan tanıyan genel düzenlemeler yapılması kabul görmüş bir yaklaşım tarzı olmadığı gibi özellikle sosyalist ülkelerde itibar edilmesinden de anlaşılabilirliği gibi her zaman faili koruma düşüncesine de dayanmamaktadır. Ayrıca tipik bir fiilin gerekçesi ortaya koyulmadan salt önemsiz bir ihlal yarattığı düşüncesinden hareketle cezasız bırakılması kanunilik ilkesi

⁴⁶ [https://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_\(StGB\).html](https://www.jusline.at/Strafgesetzbuch_(StGB).html), (çevrimiçi) 01.05.2016. Çeviri yazara ait. Avusturya Ceza Kanunu'nun 42. maddesi 2007 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Resmi gazete için bkz. www.sbg.ac.at/ssk/bgbl/2007_i_93.pdf, (çevrimiçi) 01.05.2016.

⁴⁷ Bununla birlikte her yeni düzenleme gibi bu düzenlemenin de uygulamada çabuk kabul görmediği anlaşılmaktadır. İlginç bir tesadüfün ürünü olarak 1975 yılında yapılan yasal değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonraki ilk uygulaması Salzburg'da yaşanan bir işyerinden hırsızlık olayında 42. maddeyle ilgili olmuş ve söz konu olay gazetelerde kinayeli bir dille “*Premiere des Strafgesetzes in Salzburg* (Ceza Kanunu'nun Salzburg'da Prömiyeri)” şeklinde yer bulmuştur. (Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 7.)

⁴⁸ Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 19. Avusturya ceza hukukunda bu maddeyi uygulama yetkisi ilk önce mahkemelere verilmiş ancak mahkemelerin bu yetkiyi kullanmakta çekimser davranmaları üzerine 1987 yılında yapılan bir değişiklikle savcılığa da aynı yetki tanınmıştır. Ne var ki bu düzenleme başlangıçta çok büyük heyecanla karşılanırsa da özellikle Avusturya Yüksek Mahkemesinin maddenin uygulamasını son derece daraltması sebebiyle iyi bir örnek olma yolunda ilerleyemediği belirtilmektedir. (Hakan Hakeri, “Avusturya Ceza Hukuku'nun 25. Yılı”, **MHB Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan**, C. 23, S. 1-2, 2003, s.451-452; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 335).

bakımından da sakınca doğurabilir. Bu sebeple özel hükümlerde yer alan düzenlemeleri kanunilik ilkesiyle bağdaştırma imkanı daha yüksektir.

TCK'nun özel hükümleri arasında yer alan bazı suçların oluşumu ya da cezalandırılabilmesi için suçun konusu ya da ortaya çıkan zarar veya tehlikenin boyutuyla ilgili olarak önemli/önemsiz ayrımı yapıldığı görülmektedir. Örneğin trafik güvenliğini tehlikeye sokan fiiller bakımından TCK'nun 172 ve 173. maddelerinde failin cezalandırılabilmesi için fiilin başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığına açısından *önemli* ölçüde zarar vermeye elverişli olması/önemli ölçüde tehlike yaratması aranmıştır. StGB § 315, 315 a, 315 b, 315 c, ve 330'da yer alan trafik suçlarında da benzer bir durum söz konusudur⁴⁹. Genel olarak somut tehlike suçlarında aranan tehlikenin gerçekleşmesinin ve bu maddede tehlikenin seviyesiyle ilgili olarak aranan önemlilik şartının suçun bir unsuru mu yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu tartışmalıdır. Her ne kadar öğretide bir görüş suçun bir unsuru olarak kabul etse de katıldığımız görüşe göre cezalandırılabilme şartı niteliğinde olup, kasta dahil değildir⁵⁰. Fakat soyut tehlike suçlarında önemli bir tehlikenin aranması suçun unsurları arasında değerlendirilmesi gereken bir kritere işaret etmektedir. TCK md. 174/3'te “*önemsiz* tür ve miktarda patlayıcı”; TCK md. 164'te “gerçeğe aykırı *önemli* bilgiler”den bahsedilmek suretiyle önemli/önemsiz kavramı bu defa suçun konusuyla irtibatlandırılmıştır. Bu örneklerde de önemli/önemsiz kavramı suçun unsurlarıyla bağlantılı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olan ve 109/4'te düzenlenen suçun, “mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması” halinde cezanın arttırılacağını öngören hüküm açıkça önemlilik kriterine yer vererek zımnen basit ekonomik kayıpların dikkate alınmayacağını belirtilmiştir⁵¹.

Önemsizlik prensibi Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölümde yer alan cinsel suçların tamamı için önemli bir etkiye sahiptir. Zira StGB § 184 g n.1'de cinsel davranış (*sexuelle Handlung*), “korunmakta olan hukuki değer açısından önemli

⁴⁹ Bu maddelerde bir kimsenin hayatı, sağlığı veya *önemli* değeri haiz malvarlığı değeri tehlikeye maruz kalmamışsa fiilin cezalandırılmayacağı kabul etmiştir. (Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 338). BGB uygulaması bu maddeler bakımından 75 Euro civarında bir değeri esas alma yönündedir. (Helmut Satzger, “Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB”, **JURA**, S. 34, 2012, s. 786-787).

⁵⁰ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 111.

⁵¹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 91.

(*Erheblichkeit*) bir fiil” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeyle cinsel dokunulmazlığa yönelik sadece önemli bir ihlal ortaya koyan fiillerin cezalandırılmak istendiği açıkça ifade edilmiş olmaktadır. Tanımdaki belirsizlik öğretide eleştirilse de kanun koyucunun cinsel suçlar alanında basit edepsizlik, sırnaşıklık vb. fiillerle ilgilenmediğini ortaya koyması bakımından önemli olduğu belirtilmektedir⁵². Yine StGB § 174/4’te failin bakım ve gözetimi altında bulunanlara yönelik işlediği cinsel suçlarda fiilin haksızlık içeriğinin az olması halinde faile ceza verilmeyebileceği kabul edilmiştir. Homoseksüel ilişkiyi düzenleyen mülga § 175’te ise “fiilin yöneldiği kişinin davranışı dikkate alındığında suçun haksızlık içeriği az ise” failin cezalandırılmayabileceği belirtilmiştir. Alman Ceza Kanunu malvarlığına karşı işlenen suçlarda değer azlığından hareketle daha sonraki başlıklarda ele alacağımız birçok hükümde daha önemsizlik kriterini göz önünde bulundurmıştır (bkz. StGB § 248a, 243/2, 263/4, 265a/3, 266/2, 257/4, 259/2).

Bu başlık altında belirttiğimiz gibi ihlalin önemsizliği bazı durumlarda cezasızlık sonucuna varılabilmesi için pozitif hukukta dayanakları olabilen bir yaklaşım tarzıdır. Her ne kadar önemsizliğe sonuç bağlayan özel hükümlerdeki ve usul kanunundaki mevcut düzenlemelerin yeterli olmayıp önemsiz ihlallerin genel hükümlere eklenecek bir hükümle düzenlenmesi gerektiği yönünde bir görüş bulunsa da⁵³ hukuk güvenliği ve eşitlik ilkesi ile bağdaştırılması son derece güç olan bu yaklaşım tarzı ortaya koyamamaktadır. Buna karşın öğretide bir görüş hiçbir yasal dayanak olmasa dahi önemsizlik kavramından hareketle ve yorum yoluyla cezasızlık sonucuna varılabileceği kanaatindedir.

Türk öğretisinde Keyman, ceza normunun genel ve soyut nitelikte olması sebebiyle hukuki değer ihlalinin hangi yoğunluktan itibaren cezalandırılacağı hususunda bir ipucu vermediğini bu sebeple örneğin çok az bir ekonomik değere sahip hatta terk edilmesi kararlaştırılmış bir malın çalınması durumunda normun *ratio*’sundan hareketle “tipik fiilin haksızlık sayılmayacağı sonucuna varmak” gerektiğini belirtmiştir⁵⁴. Alman öğretisinde de bir grup yazar tarafından önemsizlik

⁵² Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 339.

⁵³ Hirsch Hans Joachim, “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit”, *ZStW*, S. 83, 1971, s. 146-147; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 334.

⁵⁴ Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, *AÜHFD*, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 134-135. Aynı düşünceden hareket eden Katoğlu da zimmet suçunun ihmal edilebilir yani çok

kavramının ceza hukukuna özgü bir yorum usulü olduğunu savunulmaktadır. Bu yazarlara göre “korunan hukuki yarara yönelik tamamen önemsiz ihlaller” içerik olarak tipikliği oluşturamazlar ve bu sonuca yorum yoluyla ulaşılabilir⁵⁵. Ceza normları yorumlanırken sadece niteliksel değil niceliksel olarak da değerlendirme yapılmalıdır. Önemsizlik prensibi genel bir yorum kuralı olarak cezai düzenlemelerin sınırlarının netleştirilmesi amacıyla hizmet eder. Zira bu gayeye erişmede salt maddi hukuka ait ve usuli çözümler yeterli değildir⁵⁶.

Türk öğretisinde Hakeriye göre de; ceza hukukunda önemsiz ihlallere cezasızlık sonucunu bağlamak için pozitif bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmayıp mesele yorum prensiplerinden hareketle çözülebilir. Yazara göre hakim, karşısındaki tipik hareketin ilgili hükmünün koruma sahası içerisinde yer alıp almadığını zaten araştırmak zorundadır. Kanun koyucunun soyut eleğinden ultima ratio prensibine rağmen geçerek kanunun lafzına uyma şanssızlığına uğramış fiillere, hakim somut eleğini uygulayarak, bunları ceza hukukunun kapsamı dışına itmelidir. Nasıl ki hakimin normunun anlamını belirleyebilmek için yorum faaliyetine girişmesi zorunlu ise somut olaydaki haksızlığın normun koruma sahasına girecek türden olup olmadığını belirleme noktasında da durum böyledir. Bu yöntem sayesinde çok kapsamlı genel bir hüküm formüle etmenin ve birel farklılıkları göz ardı edecek genel bir değerlendirme yapmanın sakıncaları da önlenmiş olacaktır. Ayrıca bu tarz bir yorum faaliyeti kanun koyucunun amacına da uygundur. Zira kanun koyucu da esasında sadece ağır ve önemli haksızlıkları ceza yaptırımına altına almak ve bu kapsam dışında kalanları cezalandırmamak gayesindedir. Ayrıca bu tarz bir yorum kanunilik ilkesine de aykırı düşmez. Zira burada yorum faaliyeti sonucunda normun uygulama alanı fail aleyhine genişletilmemekte, aksine daraltılmaktadır⁵⁷. Nitekim hakim, bu hususta hiçbir zaman kanun koyucu kadar bağımsız da değildir. Zira

değersiz bir şeyin zimmete geçirilmesi suretiyle gerçekleşmesini ifade eden “müsamaha edilen zimmet” olarak adlandırılan durumlarda “hukuka aykırılığın içeriğinin hukuka aykırılığın vücudunu belirlediğinden bahsetmek yerinde olacaktır” demiştir. (Katoğlu, **a.g.e.**, s. 71)

⁵⁵ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 139.

⁵⁶ Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 345 - 346.

⁵⁷ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 61-62, 93. Kern de kanunun fiilin haksızlık içeriğini azaltan halleri önceden belirlemediği durumlarda dahi koşullar gerçekleştiyse hakimin bu durumu gözetmesinin zorunlu olduğuna dikkat çekmiştir. (Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 264).

neticede hakimın gün ışığına çıkardığı kanunlarda yer almakla birlikte yoruma muhtaç olan normlardır⁵⁸.

Bütün bu açıklamalara rağmen yine bizzat Hakeri'nin de belirttiği gibi önemsizlik kavramının genel bir yorum kuralı olduğu kabul edilecek olsa dahi asıl büyük sorun bu noktadan sonra başlamaktadır. Önemsizlik neye göre belirlenecektir? Yazara göre bu noktada başvurulabilecek kriter “sosyal uygunluk”tan başkası değildir⁵⁹. Ancak esasında sosyal uygunluk ve önemsizlik kavramları teorik olarak farklı amaçlara hizmet etmek üzere geliştirilmişlerdir⁶⁰. Ayrıca çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde sosyal uygunluk kavramına ilişkin açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere bu izah tarzı bir bilinmeyi bir başkasıyla açıklamaktan öteye geçememektedir.

Diğer taraftan önemsizlik prensibinin genel bir yorum kuralı olduğunu ve tüm suçların bu kriterden hareketle yorumlanması gerektiği düşüncesi öğretide çeşitli gerekçelerle eleştirilmektedir. Eleştirel yaklaşıma göre bir defa kanun koyucu, önemsizlik kriterine sonuç bağladığı durumlarda bunu açıkça madde metninde belirtmiştir. Bu hususta genel bir düzenleme yapmaktan kaçınması önemsizlik prensibinin genel bir kontrol kriteri olmadığı sonucunu ortaya koymaktadır. Ayrıca uygulamacıya her suçta bu tarz bir yorum sahası açmak kanun koyucunun emir ve yasakları belirleme hususundaki monopolünü kıracak bir durum olur. Adaletsiz sonuçları önlemek bakımından önemsizlik kriterinden hareketle bu seviyede esasa etkili yorumlar yapılmamalıdır⁶¹.

Kanaatimizce de önemsizlik kavramı ancak kanun koyucunun özel hükümlerde açıkça belirttiği durumlarda ve kanun koyucunun öngördüğü sonuçların bağlanabileceği bir kavramdır. Suçun bağımsız ve genel bir unsuru olmadığı gibi bağımsız bir yorum metodu da değildir. Sadece amaçsal-teleolojik yorumun bir alt türü olarak değerlendirilebilir⁶². Ancak kanunilik ilkesi gereği herhangi bir yasal dayanağı olmadan önemsizlik kriterinden hareketle cezasızlık sonucuna ulaşamayacağını kabul etmek gerekir.

⁵⁸ Yıldız Abik, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, *AÜHFĐ*, C. 59, S. 3, 2010, s. 376.

⁵⁹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 94.

⁶⁰ Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 344.

⁶¹ Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 339.

⁶² Schönke, Schröder, *a.g.e.*, §§ 13, kn. 70a.

b. İhlalin Cezaya Layık Olması

(1) Cezaya Layıklık Kavramı ve Bu Kavramın Hukuki Niteliği

Alman hukukunda haksızlık içeriği düşük olan bir fiilin, cezai yaptırım ile karşılanmasının uygun olup olmadığı sorunu daha çok “cezaya layıklık (*Strafwürdigkeit*)” kavramından hareketle incelenmektedir. İhlalin önemsizliği gibi cezaya layıklığı da suç olmaktan çıkarma akımı ve ultima ratio ilkesiyle sıkı bir bağlantı içerisinde olup, genel manada fail merkezli bir suç politikasının temel referans noktası olarak ele alınmaktadır⁶³. Yukarıda belirtildiği gibi ultima ratio ilkesi kanun koyuculara eleyici bir yaklaşımla suç tanımlarını oluştururken, cezaya layık olan fiilleri kapsayan ama cezaya layık olmayanları da kapsam dışı bırakan bir tanım ortaya koyma ikilemiyle başetme görevi yüklemektedir⁶⁴. Üstelik kanun koyucunun bu husustaki tercihlerini doğru bir şekilde yapması izlenen suç politikasının hedeflerine ulaşma noktasında da önemli bir adımdır. Bu sebeple cezaya layıklık kavramına, hem suç ihdası hem de suç olmaktan çıkarma sürecinde yani cezalandırılabilirliğin sınırlarının tayininde önemli bir rol yüklenmektedir⁶⁵. Cezaya layıklık problemi fiilin bir ceza normu ile yaptırım altına alınmasının uygun olup olmadığı (yani idari yaptırım sahasının hatta belki de özel hukukun o hukuki değeri korumada yeterli olup olmadığı) sorunu yanında, somut olaydaki -tipik- ihlalin ilgili ceza normunun koruma sahası içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorununa da cevap bulma iddiasına sahiptir ve öğreti tarafından esasen bu maksatla kullanılmaktadır⁶⁶.

Birinci fonksiyonu itibarıyla ele alındığında cezaya layıklık kavramının da haksızlık gibi derecelendirilebilir bir yapıya sahip olduğu ve ortaya koyduğu skala doğrultusunda dekriminalizasyon ve kriminalizasyonun en önemli argümanı olduğu kabul edilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda bir fiilin hem bir ceza hukuku haksızlığı vasfına sahip olup olmadığını hem de hem de hangi seviyede cezalandırılacağını belirleme

⁶³ Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, s. 40-41.

⁶⁴ Vogler, “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, s. 151.

⁶⁵ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Delikttaufbaus”, s. 872.

⁶⁶ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 81, s. 867.

⁶⁷ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Delikttaufbaus”, s. 872.

fonksiyonu üstlenmektedir. Yani cezaya layıklık hem (geniş anlamıyla) cezai yaptırımın uygunluğunu (*Angemessenheit*) hem de (dar anlamıyla) orantılılığını (*Verhältnismässigkeit*) belirlemek maksadıyla kullanılan bir kavramdır⁶⁸. Özellikle cezaya layıklık kavramına yüklenen ikinci fonksiyon, yani tipik olduğu kabul edilen bir fiilin cezaya layık olmadığı gerekçesinden hareketle cezasız bırakılıp bırakılamayacağı konusu tartışmaya açıktır. Zira; tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin bunlar dışındaki herhangi bir sebeplerle “cezalandırmaya değer” olmadığını söylemek -tıpkı ihlalin önemsizliği gerekçesinde olduğu gibi- teorik zorluklarla karşılaşılabilecek bir iddiadır⁶⁹. Buna karşın cezaya layıklık kavramına sıklıkla “kanunun sınır alanlarında kalan” olaylarla ilgili olarak daha esnek bir uygulama yapmak ve “kanunun ortaya koyduğu aşırı sonuçları düzeltmek” amacıyla başvurulmaktadır. Dolayısıyla cezaya layıklık kavramı klasik ceza hukuku dogmatikğini sarsıcı bir vasfa ve etkiye sahiptir⁷⁰.

Cezaya layıklık kavramı Alman dilinde birleşik kelime (ceza ve layıklık, Strafe ve Würdigkeit, *Strafwürdigkeit*) yapısında olup, terim anlamı da buna göre şekillenmiştir. Bununla birlikte yine de bu kavramın fiilin cezalandırılabilirliğini açıklama hususunda üç farklı şekilde anlam kazanma potansiyeli vardır: Bunlardan ilki “cezalandırılmalıdır (*es sollte gestraft werden*)” anlamıdır. Bu bağlamda ele alındığında kavram bir beklentinin, talebin dile getiriliş şeklidir. İkinci olarak belli bir fiil yüzünden cezalandırılma gerekliliğini (*Strafe ist erforderlich*) ifade edebilir ki bu bağlamda ele alındığında da ilgili hukuki değerinin etkin biçimde korunabilmesi için cezai yaptırıma müracaat edilmesi ihtiyacı olduğunu ortaya koyar. Cezaya layıklık bu şekilde ele alındığında cezaya muhtaçlık kavramının anlamına da yaklaşmaktadır. Son olarak cezaya müstehak olma (*Strafe verdienen*) anlamına gelebilir. Bu durumda da esasen fiille ilgili olumsuz bir değer yargısında bulunulmuş olmaktadır⁷¹. Görüleceği gibi cezaya layıklık kavramı tek kelimeyle birden fazla anlam içeriğini ortaya koyma potansiyeline sahiptir. Ancak haksızlıkla ilgili bir yorum yapılırken cezaya layıklık kavramına müracaat edildiğinde daha çok fiilin

⁶⁸ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 270.

⁶⁹ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Delikttaufbaus”, s. 871.

⁷⁰ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Delikttaufbaus”, s. 873.

⁷¹ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 269.

cezayı haklı kılacak bir değersizlik ifade etme eşiğini aşır aşımadığının belirlenmesi amaçlanmaktadır.

Cezaya layıklık kavramının öngörülen filtre görevinin sağlayacağı etki bir ölçüde cezadan ne anlaşıldığı daha doğrusu cezalandırmadan ne beklendiği konusuyla da bağlantılıdır. Ceza failin değersiz fiili dolayısıyla hak ettiği fenalıktan (Übel) ibaret görüldüğü takdirde cezaya layıklık kavramının etkisi de zorunlu olarak “mütevazı” seviyede kalacaktır⁷². Cezalandırmanın amacını kefarete düşüncesiyle açıklayan Kant, cezanın genel ve özel önleme gibi hiçbir fonksiyonu olmaksızın bile salt suç işlediği için faile verilmesi gereken bir tepki olduğunu, cezadan ilk fiilin (suçun) kefaletini oluşturması dışında bir fayda beklemek gerekmediğini savunmuştur. Dolayısıyla Kant cezaya layıklığı da bu bağlamda ele almaktadır. Yazara göre kesin bir ahlaki emre aykırı olan fiil sırf bu sebeple cezaya layıktır ve cezayı hak eder. Bu nitelikte bir fiilin cezaya layık olduğunu söyleyebilmek için başka bir ilave tespiti gerek yoktur. Yazara göre bu doğrultuda uygulanacak olan ceza, cezaya layıklığın da sembolüdür⁷³. Teorik tutarlılık gereği cezalandırmada faydacılığı reddeden pozitivist yaklaşımın cezaya layıklık açısından da “*fiat iustitia, pereat mundus* (dünya yıkılsa da, adalet yerini bulmalı)” düşüncesinden hareket etmesi normal bir sonuçtur⁷⁴. Ayrıca konuya katı pozitivist çerçeveden bakıldığında; kanun koyucu tarafından önceden cezaya layıklık olduğu belirlenmiş ve ceza hukuku vasıtasıyla korunmaya değer (*schutzwürdig*) bulunmuş fiillerin bunun ötesinde bir cezaya layıklık değerlendirmesine tabi tutulması yetki aşımından başka bir anlam ifade etmeyecektir⁷⁵. Ancak haksızlık seviyesi ile ilgili değerlendirme yapılırken ihlal edilen normun ya da o normla korunan hukuki değerın kanun koyucunun bıraktığı soyut düzlemde ele alınmasının bazı durumlarda yeterli olmadığı belirtilmektedir. Zira haksızlık o norm ya da hukuki değerın somut olaydaki ihlali bağlamında değerlendirilebilir⁷⁶. Ayrıca bugün öğretilerde cezalandırmanın amacı daha

⁷² Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, s. 57-58.

⁷³ Wolfgang Schild, “Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit: Zur Verbrechens- und Straphilosophie von Immanuel Kant”, **Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag**, Rainer Zaczyk, Michael Köhler, Michael Kahlo, Springer, 1998, Berlin, s. 439 vd.

⁷⁴ Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, Baden-Baden, Nomos, 4. Auflage, 2013, Vorbemerkungen § 1, kn. 78.

⁷⁵ Trechsel, Noll, **a.g.e.**, s. 27.

⁷⁶ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 31-32.

çok nisbi teoriden hareketle açıklanmaktadır. Dolayısıyla cezaya layıklık saptanırken de salt norma aykırı bir davranışın bulunmasıyla yetinilmemektedir.

Katı pozitivist yaklaşımı bir kenara bırakan yazarlar 1970’li yıllardan bu yana Alman hukukunda cezaya layıklık kavramını, “fiilin cezayı gerekli ve orantılı gösterecek şekilde sosyal açıdan uyumsuz, tehlikeli ve katlanılmaz olması”, “fiilin hukuk toplumunda yarattığı zarar veya tehlike itibarıyla sosyoetik açıdan olumsuz bir değere sahip olması” gibi kavramlardan hareketle açıklamaya çalışılmaktadır. Fakat kavramın izahında açıklama yöntemine başvurulduğunda maksadı ortaya koyulabiliyor olmakla birlikte tam olarak ayırt edici unsurları ve kriterleri netleştirilememektedir⁷⁷. Ancak öğretilerde cezaya layıklık kavramı için genellikle fiilin sosyoetik değersizliği, ihlal edilen hukuki değerın önemi (*Wert des Rechtsgut*), saldırının tehlikeliliği (*Gefährlichkeit des Angriffs*) ya da meydana gelen zararın ağırlığı, gibi kriterlerin dikkate alındığı görülmektedir⁷⁸.

Örneğin cezaya layıklık kavramının sosyoetik bir değersizlik yargısı içerdiğini belirten Otto’ya göre cezanın fail açısından ciddi bir müdahale niteliği taşıması sebebiyle sadece hukuk barışını sağlama adına kaçınılmaz bir reaksiyon niteliğinde olduğu hallerde uygulanması gerekir. Yazara göre bir fiil sosyoetik açıdan kötü bulunuyorsa ve bu fiil karşılığında cezai yaptırım uygulanması kaçınılmaz görünüyorsa o fiil cezaya layıktır. Bu tarz bir fiil, neticede orantılılık ilkesiyle uyumlu olacak şekilde yarattığı tehlike ya da zarar nispetinde cezalandırılacaktır. Salt basit rahatsız edici ve istenmeyen hareketler cezayı hak eden bir sosyal tehlikelilik ve sosyal zararlılık derecesine ulaşamadıklarından cezaya layık kabul edilemezler⁷⁹. Bir fiilin cezaya layıklık olabilmesi için ağır bir hukuki değer ihlali (*gravierende Rechtsgutsbeeinträchtigung*) ifade etmesi gerekir⁸⁰.

Sosyal zararlılık kavramından hareketle benzer bir sonuca ulaşan Deckert’e göre de; sosyal zararlılık toplumun temel sosyoetik prensiplerine aykırılık durumunu tespit ederek cezaya layık olan ve olmayan haksızlıkları birbirinden ayırma imkanı

⁷⁷ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 267; Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2004, s. 9.

⁷⁸ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 51-52.

⁷⁹ Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbefürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 54-55.

⁸⁰ Otto, **Grundkurs Strafrecht**, s. 10.

sağlamaktadır. Bir hukuki değer bu sistem içerisinde ne kadar yüksek bir yere sahipse ona yönelik ihlallerin cezaya layık görülme olasılığı da o kadar yüksektir. Tam tersine ne kadar düşük ise ona yönelik ihlallerin cezaya layık görülebilmesi için o kadar önemli bir seviyeye ulaşmış olması gerekmektedir⁸¹.

Cezaya layıklığın belirlenmesinde korunan hukuki değer önemli olduğu genellikle kabul edilmekle birlikte tek başına belirleyici olmadığı vurgulanmaktadır. Zira korunan hukuki değer (*Wert des Rechtsgut*) ile somut olaydaki maddi zararın miktarı (*Wert des materiellen Schaden*) aynı şey değildir. Bu sebeple örneğin bir sözleşmenin ihlali karşı tarafta çok büyük miktarda maddi zarara sebebiyet verse de cezalandırılmazken küçük bir dolandırıcılık vakası ceza ile karşılanmaktadır. Yani cezaya layıklığın tespitinde hukuki değere yönelik saldırının tarz veya yoğunluğu önemlidir. Sözleşmeye aykırılık ceza hukuku dışındaki enstrümanlarla (tazminat sorumluluğu, cezai şart gibi) etkili şekilde yaptırıma tabi tutulabilmekteyken, dolandırıcılıkta ya da hırsızlıkta özel ilişkilerin doğruluğuna duyulan güveninin sarsılmasından daha ileri bir ihlal vardır. Bu olasılıkta fail hukuk düzeni ile açık bir mücadeleye girmektedir. Kaldı ki bu suçların mağduru çoğu zaman faili dahi bilemeyecek durumdadır. Bu durum hırsızlık ve dolandırıcılığa, sözleşmeye aykırılık ile mukayese edilemeyecek bir ayıp, leke olma özelliği kazandırmaktadır⁸². Benzer bir durum trafik düzeni için de geçerlidir. Örneğin trafik kurallarının basit şekilde ihlali sonucu meydana gelen maddi hasarlı kazalar, zarar ne kadar yüksek olursa olsun adli yönden soruşturma konusu edilmezken; fail ciddi bir kural ihlali yapar ve başkalarının malvarlığı açısından ciddi bir tehlike yaratırsa maddi zarar doğmamış olsa dahi adli yönden soruşturma konusu edilen bir fiil ortaya çıkmaktadır⁸³.

Aynı örneklerden hareket eden Önder, hukuka aykırı bir fiilin cezai yaptırıma muhattap olabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Buna göre öncelikle fiilin ihlal ettiği hukuki yarar topluma ait ve önemli olmalıdır. İkinci olarak fiil öyle işlenmiş olmalıdır ki toplumun kınama duygusu fiilin cezai yaptırımla karşılanmasını istemiş olmalıdır. Üçüncü olarak da

⁸¹ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 271.

⁸² Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 50-51.

⁸³ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 51.

fiil, failin ahlaki kötülüğünü ortaya koymalıdır. Yazara göre bu kriterler hem bir fiilin suç olarak tanımlanmasında hem de verilecek cezanın belirlenmesinde etki sahibidir⁸⁴.

Alman hukukunda Kindhäuser/Neumann/Paeffgen de cezaya layıklık kavramının öğelerini belirlemeye çalışmış ve belirlenecek bu kriterlerin doğru bir suç politikasının izlenmesine aracılık edeceğini vurgulamışlardır. Yazarlar cezaya layıklıktan bahsedebilmek için öncelikle, emir ya da yasak normunun ceza hukuku tarafından korunmayı gerektirecek önemde bireysel ya da toplumsal bir menfaati korumaya yönelmiş olması gerektiğini belirtmişlerdir. Bu bağlamda yazarlara göre ceza hukuku bakımından hayat, vücut dokunulmazlığı, mülkiyet, konut dokunulmazlığı gibi temel haklar korunması gerekli menfaatlerin başında gelmektedir. Ancak temel haklar söz konusu olduğunda dahi korumanın cezai yaptırımla sağlanması bir zorunluluk değildir. Bu sebeple cezaya layıklığın belirlenmesinde korunan hakkın temel haklardan biri olması da tek belirleyici değildir. Kanun koyucu suç ihdas ederken söz konusu temel hakka yönelik saldırı ya da tehlikenin yoğunluğunu göz önünde bulundurmalıdır. Yani temel haklar suç ihdas etme konusunda kanun koyucuya sadece ampirik bir taban oluşturmaktadır. Cezaya layıklık yargısında bulunurken toplumsal realite de göz önünde bulundurulmalı ve gerçek bir cezalandırma ihtiyacı olup olmadığı belirlenmelidir⁸⁵. Türk öğretisinde Dönmezer/Erman da bir fiilin suç olarak tanımlanmasında dikkate alınacak en temel kriterlerin korunan hukuki değerinin önemi ve bu hukuki değerinin maruz kaldığı tehlike ya da zararın büyüklüğü olduğunu belirterek benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur⁸⁶.

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen'e göre cezaya layıklığın aynı zamanda üç temel özelliği bulunmaktadır: Bunlardan ilki sosyal zararlılıktır (*Sozialschädlichkeit*). Buna göre korunan hukuki değere zarar veren ya da onu tehlikeye sokan fiilin cezaya layık olabilmesi için sadece fail ve mağdur arasındaki ilişkiyi aşırp “hepimiz için (*uns alle*)” önem taşıyan bir vafsa sahip olması gerekir. İkinci kriter de “fiil ceza hukuku (*Tatstrafrechts*)” anlayışıdır. Bu bağlamda ne kadar kötü bir zihniyet durumunu ifade ederse etsin gerçekleşmesi muhtemel fiiller bakımından değil; somutlaşarak dış dünyaya yansımış fiiller bakımından cezaya layıklık değerlendirilmesi yapılabilir.

⁸⁴ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.1, s. 9-10.

⁸⁵ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, § 1, kn. 63-67.

⁸⁶ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 4; İçel vd., **a.g.e.**, s. 103.

Üçüncü olarak da talilik (*Subsidiarität*) prensibi uyarınca bir hukuki değer ihlali o değer için yalnızca cezai tedbirlerle korunması mümkünse diğer yollarla etkili biçimde korunamayacaksa cezaya layıktır. Ayrıca verilecek ceza da her halükarda dengeli (*Verhältnismäßigkeit*) ve kusurla orantılı (*Schuldangemessenheit*) olmalıdır. Fiil karşılığında ceza hukuku tarafından yapılan müdahaleler uygun, gerekli ve orantılı hissedilmelidir. Ayrıca yazarlara göre bu üç kriterin de süzgecinden geçtikten sonra dahi fiilin cezaya layıklığı hususundaki tereddüt giderilemezse kanun koyucu cezasız bırakma ve dekriminalize etme yoluna gitmelidir⁸⁷. Keza tolarans (*Toleranz*) ve insan onurunun korunması (*Wahrung der Menschenwürde*) esasları da cezaya layıklık kavramı açısından büyük bir öneme sahiptir. Zira bu kavramlar kamu otoritesinin icra gücüne getirilmiş en temel sınırlamalardandır. Bu bağlamda kanun koyucu koyduğu bir yasağın moral değerlere aykırı olmamasını sağlamakla yükümlüdür⁸⁸. Cezalandırma yetkisinin kullanımı pratikteki tüm yan sonuçları da gözetildiğinde amaca uygunluk da taşınmalıdır. Şayet cezalandırma sonuçları itibarıyla yarardan çok zarar sağlayacaksa amaca uygun değildir⁸⁹.

Türk hukukunda da Ünver, benzer bir hususun altını çizerek; kanun koyucunun, bir fiilin cezayı gerektirip gerektirmediğinin belirlenmesinde tereddütte kalsa dahi orantılılık ilkesini de göz önünde bulundurarak mutlaka bir karara varmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Zira kanun koyucuların birey özgürlüklerine müdahale etmemek kadar müdahale ederek hukuki değerleri korumayı sağlayıcı tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Ancak her türlü çabaya rağmen fiilin cezai yaptırım altına alınması ihtiyacının bulunup bulunmadığı saptanamayorsa, tercih özgürlükten yana kullanılmalı ve bu düzenlemeyi yapmaktan hiç olmazsa konunun belirginleşmesini beklemek üzere bir süre için vazgeçilmelidir⁹⁰.

Yukarıda anlatıldığı gibi fiilin sosyoetik değersizliği, ihlal edilen hukuki değer için önemi, saldırının tehlikeliliği, meydana gelen zararın ağırlığı, orantılılık, ultima ratio gibi kavramlardan hareketle açıklanmaya çalışılan cezaya layıklık kavramı; öğretinin tarafından (özellikle Alman hukukunda) kararlılıkla ceza hukukuna dahil edilmeye çalışılmakla birlikte kavramın anlamı gibi suç teorisi

⁸⁷ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, § 1, kn. 70-73.

⁸⁸ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, § 1, kn. 74.

⁸⁹ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, § 1, kn. 78.

⁹⁰ Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1061.

içerisinde nasıl konumlandırılacağı hususu da tartışmalıdır⁹¹. Yazarların bir bölümü cezaya layıklık kavramını suçun bağımsız bir unsuru gibi ele alıp bu koşul gerçekleşmedikçe tipik bir fiilin varlığından bahsedilemeyeceğini belirtmekteyken; diğer bir bölümü cezaya layıklığı sadece bir yorum yoluyla dikkate alınabilecek bir kavram ya da bir cezalandırılabilirlik şartı olarak ele almaktadır.

İlk grup içinde değerlendirdiğimiz yazarların ortak noktası; tipiklik (maddi unsur, manevi unsur) ve hukuka aykırılığın suçun yapısını izah için yeterli olmadığı düşüncesidir⁹². Örneğin Sax, normun koruma amacı dikkate alındığında hukuki değer o normla koruma altına alınmak istenen ölçüde ihlal edilmediği sürece tipiliğin gerçekleşmiş sayılmayacağını belirtmiştir⁹³. Gallasa göre ise suç, cezaya layık ve kusurlu bir haksızlıktır⁹⁴. Önder suçu, “toplumun değer verdiği yararlaraya yönelik tahammül edilemeyecek bir zarar ve tehlikenin yaratılması”, toplum düzenini “önemli ve ağır” bir şekilde ihlal eden fiil olarak tanımlamıştır⁹⁵. Langer de suçun; haksızlık, kusur ve cezaya layıklıktan teşekkül ettiğini, cezaya layıklığın suçun harici bir unsuru olduğunu, suça haksızlık ve kusurun yanı sıra onların değersizlik içeriğini kapsayamadığı sosyoetik bir haksızlık yargısına varmayı sağlayacak bağımsız bir unsur ilave etmenin zorunlu olduğunu belirtmiştir⁹⁶. Keza Schmidhäuser cezaya layıklığın haksızlık ve kusura bağlı olarak değerlendirilecek olmakla birlikte suçun yapısı içerisinde haksızlık ve kusuru aşan ilave bir haksızlık unsuru niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁹⁷.

İkinci grupta yer alan yazarlar ise bu tip durumlarda da esasen tipik bir fiil olduğunu ancak soyut suç tanımlarının ağır ve önemli ihlalleri yaptırım altına almak maksadıyla formüle edilmiş olsa da bazı durumlarda tipik eylemin somut tezahürünün, içerik olarak aynı şekilde yaptırım uygulanmasını haklı kılacak ölçüde ağır bir ihlale takabül etmeyebileceğini, böyle hallerde tipik fiil karşılığında

⁹¹ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, s. 876.

⁹² Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 53-54, 57-58.

⁹³ Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 58-59.

⁹⁴ Gallas, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, s. 305-322.

⁹⁵ Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.1, s. 9.

⁹⁶ Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 60; Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, s. 878.

⁹⁷ Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, s. 880; Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 59-60.

uygulanacak yaptırımın, ortaya çıkan ihlale nazaran çok ağır kalabildiğini ve toplum düzenini koruma maksadının ötesinde bir kısıtlamaya yol açabileceğini belirtilmektedirler. Bu doğrultuda ele alındığında cezaya layıklık, suçun bağımsız bir unsuru olmayıp her suç bakımından -adeta- bir cezalandırılabilme şartı⁹⁸ ve ceza kanunundaki tüm suç tiplerinin tanımına mündemiç bir özellik niteliğindedir. Bu kriterin suçun tüm unsurlarını kapsadığı ve bir araya getirdiği belirtilmiştir⁹⁹.

Ayrıca cezaya layıklık kavramına; formel, dogmatik olarak katılmış bir ceza hukukunun yaratması muhtemel aşırı sonuçları gidermek amacıyla başvurulduğu belirtilerek -hukuk sistematigi içerisinde kategorik bir yeri olmasa da kensidine en azından- bir yorum ilkesi olarak başvurulabileceği belirten bir görüş de bulunmaktadır¹⁰⁰. Faile uygulanacak cezai yaptırımın meşruiyet kazanabilmesi için ilgili suç tipiyle korunan hukuksal değerın cezaya layıklık sınırına ulaşacak kadar tehlike ya da zarara maruz kalmış olması gerektiği, şayet failin fiili hukuksal değer üzerinde asgari bu derecede etki yaratmıyorsa faile ceza uygulanmasının meşruiyetini kaybedeceği belirtilmektedir¹⁰¹.

Yukarıda öğretinin cezaya layıklık kavramını geliştirmesinin amacı, bu kavramın anlamı ve hukuki niteliğine ilişkin Türk ve Alman öğretisindeki temel görüşleri ortaya koymaya çalıştık. Daha önce de belirttiğimiz gibi cezaya layıklık kavramı yaptırımın orantılılığı ve gerekliliği ile de ilgilidir ve bu kapsamda ele alındığında aşağıda ele alacağımız cezaya muhtaçlık kavramı ile de sıkı bir bağlantı içerisindedir. Aşağıdaki başlık altında cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramları arasındaki ilişki incelenerek farkları ve ortak noktaları belirlenmeye çalışılacaktır.

(2) Cezaya Muhtaçlık ile İlişkisi

Alman öğretisinde bir fiilin cezai yaptırım ile karşılanmasının uygun olup olmadığı cezaya muhtaçlık kavramından hareketle de test edilmekte ve

⁹⁸ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 51; Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, **Strafgesetzbuch**, Band 1, § 1, kn. 56.

⁹⁹ İzzet Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2002, s. 141-142; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 38, 252.

¹⁰⁰ Volk, "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus", s. 873.

¹⁰¹ Otto, "Strafwürdigkeit und Strafbefürftigkeit als eigenständige Deliktstypologien?", s. 58-59.

cezalandırılabilirlik sahası bu kavramdan hareketle de sınırlanmaya çalışılmaktadır¹⁰². Cezaya muhtaçlık (*Strafbedürftigkeit*)¹⁰³ kavramıyla anlatılmak istenen cezaya layık olduğu zaten saptanmış olan bir hukuki değer ihlali karşısında cezanın toplumu ve hukuk düzenini korumak için zorunlu, kaçınılmaz (*unerlässlich*) bir araç olmasıdır. Öğretide cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramları arasındaki farkı vurgulamak isteyen yazarlar; cezaya layıklığın hareketin sosyal zararlılığı, sosyoetik değersizliği hususundaki bir değerlendirme iken cezaya muhtaçlığın daha ziyade kamusal yaptırımın zorunluluğunu ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmektedirler. Buna göre eğer idari yaptırım gibi daha hafif başka bir müdahale yöntemi ile daha iyi ya da en azından yakın bir sonuç alınması mümkün ise cezaya muhtaçlık prensibi, cezaya layık fiilin ceza hukuku yaptırımı ile karşılanmasına engel olur. Yaptırım uygulanmaksızın cezalandırmadaki amacın gerçekleştiği anlaşılırsa (örneğin gönüllü vazgeçme) veya yaptırım faili düzelme yolunda gerçekten işe yarar bir olanak sunmuyorsa cezaya muhtaçlık şartları yine yoktur¹⁰⁴. Yani cezaya muhtaçlık cezai yaptırımın amaca uygunluğunu, kaçınılmazlığını anlatmaktadır¹⁰⁵. Bu sebeple cezaya muhtaçlık kavramı dekriminalizasyonun temelinde yer alır ve hafif bir haksızlık türü olarak değerlendirilen düzene aykırılıkların/kabahatlerin ceza kanunundan süzülmesini sağlamaktadır¹⁰⁶.

Öğretide pozitivismeye daha yakın olan bir görüş cezaya layıllıklığın; fiilin normatif bir özelliği olduğunu ve sadece fiilin norm uyarınca cezayı hakeden (*Strafeverdien*) bir fenomen olarak görüldüğünü belirttiğini ifade etmektedir. Ancak hiç bir hukuk sisteminin faili cezalandırma için bununla yetinmeyeceği, amaca uygunluk hususunun yani cezaya muhtaçlığın da göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir. Tüm amaçsal ceza hukuku sistemlerinde (*Teleologischen Straftatsystem*) cezalandırma hususunda karar verilirken salt fiilin değersizliğinden hareket edilmez. Aynı zamanda cezanın amacı düşüncesiden hareketle bir de cezaya

¹⁰² Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, Vor § 13, s. 64-65; Ünver, “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, s. 60.

¹⁰³ Akbulut çalışmasında bu kavramı “cezaya ihtiyaçlılık” şeklinde kullanmıştır. (Akbulut, **a.g.e**, s. 61 vd.).

¹⁰⁴ Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktstypologien?”, s. 268.

¹⁰⁵ Otto, **Grundkurs Strafrecht**, s. 10.

¹⁰⁶ Lackner, **Strafgesetzbuch mit Erläuterungen**, Vor § 13, s. 66.

muhtaçlık değerlendirmesi yapılır¹⁰⁷. Bunun sebebi ceza hukukunun sosyal kontrol sağlayacak tek araç olmayıp, norma aykırı davranışa karşı verilebilecek daha elverişli ve hafif başka reaksiyonlar da olabilmesidir¹⁰⁸. Alman hukukunda ceza hukukunun tali bir karaktere (*fragmentarische Charakter*) sahip olduğu söylenerek anlatılmak istenen budur. Dolayısıyla bir fiile yönelik cezanın ölçülü olduğunu söyleyebilmek için sadece cezaya layıklık olması yeterli olmayıp aynı zamanda cezaya muhtaç olması gerekir¹⁰⁹.

Alman öğretisinde Deckert de cezaya layıklık kavramının anlamını iyice netleştirebilmek için önce çoğunlukla eş anlamlıymış gibi kullanıldığı “cezalandırma gereksinimi” ve “cezaya muhtaçlık”tan ayırmak gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre; cezalandırma gereksinimi (*Strafbedürfnis*) insanın ruh dünyasından kaynaklanan duygusal ve toplumsal bir arzuyu ifade etmektedir. Şayet kanun koyucu kendisini bu duyguya açık hale getirirse suç ihdas etme sürecinde uyması gereken rasyonalizasyonu riske atmış olur. Kanun koyucu eğer rasyonel bir ceza hukuku oluşturmak istiyorsa suç ihdası sürecinde cezalandırma gereksinimiyle ilgili tüm temayülleri tartışma dışı bırakması gerekmektedir. Dolayısıyla cezalandırma gereksinimi kavramı ceza hukukunun oluşturulması sürecinde kullanım kabiliyetine sahip değildir. Cezaya muhtaçlık ise cezaya layıklığı saptanan yaptırımın uygulanması hususundaki kaçınılmazlığı ifade etmektedir ki suç ihdası sürecinde asıl dikkate alınması gereken budur¹¹⁰.

Buraya kadar yer verdiğimiz görüşler cezaya muhtaçlık ve cezaya layıklık kavramlarını titizlikle birbirinden ayırmaya çalışsa da öğretilerde bir grup yazar bu kavramları bağlantılı görmekte ve birbirlerinden hareketle açıklamaktadır. Buna göre cezaya layıklığın olmadığı yerde cezaya muhtaçlıktan bahsedilemez¹¹¹. Örneğin Volk’a göre cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlığın ceza hukukundaki fonksiyonları aynıdır. Ceza hukuku sisteminde bir fiilin cezaya layık olup, cezaya muhtaç olmadığı belirlenmesinin teknik bir sonucu yoktur. Bu nedenle aslolan cezaya

¹⁰⁷ René Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, *ZStW*, S.113, 2001, s. 96.

¹⁰⁸ Kindhäuser, Neumann, Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, Band 1, § 1, kn. 49-53.

¹⁰⁹ Otto, *Grundkurs Strafrecht*, s. 10; Wessels, Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, s. 3, kn. 9.

¹¹⁰ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 267.

¹¹¹ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 267-268.

muhtaçlık kavramının öne çıkarılmasıdır¹¹². Bir görüşe göre ise cezaya layıklık; cezaya muhtaçlığı kapsamına alacak genişlikte bir kavramdır¹¹³. Gerçekten de cezaya layıklık kavramı -başlangıçta bahsettiğimiz şekilde- geniş anlamıyla ele alındığında yaptırımın uygulanmasındaki kaçınılmazlığa da işaret edebilir. Dolayısıyla bu durumda ayrıca cezaya muhtaçlık değerlendirmesi yapılmasına da gerek kalmayabilir.

3. Sonuç ve Görüşümüz

Öğretinin ihlalin önemsizliği ve ihlalin cezaya layıklığı/muhtaçlığı kavramlarından hareketle çok ağır bir haksızlık ifade etmeyen fiilleri (dolayısıyla hafif haksızlıkları) ceza hukukundan uzaklaştırma gayreti hümanist bir eğilim ortaya koymakla birlikte etki sahası sınırlı olacak bir uğraştır. Zira tüm bu tespitlere rağmen bu kavramların, haksızlık içeriği azalmış olsa bile tipik olma vasfını sürdüren bir fiilin cezasız bırakılmasını sağlayacak etkiye sahip olduklarını söylemek güçtür. Kanaatimizce ihlalin önemsizliği ve cezaya layıklığı sadece suç ihdas etme (ya da suç olmaktan çıkarma) sürecinde kanun koyucuya yol gösterici olabilecek kriterlerdir. Dolayısıyla öğretinin bu kavramlar üzerinden sarf ettiği çaba daha çok olması gereken hukuku tespite yöneliktir. Ancak olması gereken hukuk açısından da olsa bugün Alman öğretisinin; bir fiile ceza hukuku müdahalesinin gerekip gerekmediğinin sorgulandığı durumlarda cezaya layıklık ve/veya cezaya muhtaçlık kavramlarının bir biçimde dikkate alınması gerektiği hususunda görüş birliğine doğru gittiği görülmektedir¹¹⁴. Bununla birlikte neticede cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramlarının suçun bağımsız birer unsuru olarak kabulü de mümkün değildir. Her iki kavram da ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ultima ratio ve orantılılık ilkeleriyle bağlantılıdır ve hem kanun koyucu hem de uygulamacıya sorumluluklar yüklemektedir. Kanun koyucu suç ihdas etme sürecinde aynı amaca başka yollardan ulaşıp ulaşılamayacağını sorgulamalı ve cezai yaptırıma sadece vahim, ağır haksızlıklar için ve son çare olarak müracaat etmeli; uygulamacı da cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında somut olayın özelliklerini bu ilkeler

¹¹² Volk, “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, s. 899.

¹¹³ Deckert, “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, s. 275.

¹¹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 46; Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 672.

doğrultusunda değerlendirmelidir¹¹⁵. Şayet suçun tüm unsurları korunan hukuki değere ve normun ratio legisine uygun şekilde yorumlanırsa bağımsız bir unsur arayışına girme gerekliliği kalmayacaktır¹¹⁶. Eğer hem kanun koyucu hem de uygulama bu noktada üzerine düşeni gereği gibi yerine getirirse kanunilik ilkesinin sınırları da zorlanmamış olur.

Kanaatimizce de ceza hukuku, cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık çitasının geçildiği yani hukuki değer ihlalinin cezai bir yaptırımla karşılanabilecek ve sadece cezai bir yaptırımla korunup, giderilebilecek kadar önemli olduğu durumlarda harekete geçmelidir. Bu durumun hukuki değerlerin korunmasında zafiyet yaratacağından da endişe edilmemelidir. Zira fiil, cezaya layık ve/vaya cezaya muhtaç bulunmasa da haksızlık ifade etmeye devam edecektir¹¹⁷. Dolayısıyla hukukun başka bir alanında yaptırım altına alınması mümkündür. Ortada bir hukuksal değer ihlali bulunan her durumda, buna karşılık gelen bir ceza normu ihdas etme ve cezalandırma yoluna gitmek ceza hukukunun “ultima ratio” yani son araç olma özelliğine de aykırıdır¹¹⁸. Bu sebeple bir fiile öncelikli olarak ceza hukuku dışında yaptırımların uygulanmasının yeterli olup olmayacağı araştırılmalı, mağduru ve toplumu koruma adına zorunlu olan durumlarda cezai yaptırımlar tercih edilmelidir. Keza kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, erteleme, uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumlar gibi kurumlardan da en üst düzeyde yararlanılmaya çalışılmalıdır¹¹⁹. Dolayısıyla haksızlık içeriğinin azaldığı durumlarda faile verilecek cezanın indirilmesi ve hatta cezasızlık ihtimalini öngören maddi hukuk hükümleri ile muhakeme hukukunda yer alan alternatif kurumların kombine şekilde değerlendirilmesi suretiyle belirlenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

Suç tanımları bu bağlamda değerlendirildiğinde ikili bir ayırım yapılabilir. Bazı durumlarda normla korunan hukuki değere yönelik ihlal son derece hafif, hatta

¹¹⁵ Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 53-69.

¹¹⁶ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 63; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 341-342; Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, s. 66

¹¹⁷ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 81, s. 867.

¹¹⁸ Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1960- 1062.

¹¹⁹ Adem Sözüer, “Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)**, Ed. Feridun Yenisey/Ulrich Sieber, İstanbul, 2011, s. 267.

önemsiz denilecek seviyede olabilir. Haksızlığın çok az olduğu bu tip durumlarda orantılı bir yaptırım belirleyebilmek için prensip olarak yapılması gereken ceza makasının alt seviyelerine inmektir. Ancak bazı durumlarda kanun koyucu bir suç tipine ilişkin haksızlığın hafif halleri için özel nitelikli hal düzenlemeleri yapmış olabilmektedir. Bu durumda dikkate alınması gereken ilgili özel düzenlemedeki ceza makasıdır. Buna karşın ihlalin hafifliği karşısında yorum yoluyla bütünüyle cezasızlık sonucuna ulaşılması daha güç kabul edilebilir bir sonuçtur. Fakat hangi hareketlerin tipik olduğunu yani soyut suç tanımına uyduğunu belirleme noktasında Alman hukukçuları tarafından geliştirilen normun koruma amacına göre (*ratio legis* göre) yorum ya da hukuki değere göre yorum denilen metottan yararlanılabilir. Bu yorum şekli esasen teleolojik yorumun bir türüdür. Bu teoriden hareketle öncelikle davranış normlarının hangi menfaatleri korumak istediğini belirlenmekte ve buna göre failin fiilinin ortaya çıkardığı sonuçlardan sorumlu tutulup tutulmayacağı tespit edilmektedir¹²⁰.

Örneğin TCK'nun 86/1 maddesinde kasten yaralama suçu; “kasten başkasının vücuduna acı verme veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma” şeklinde tanımlanmıştır. Keza StGB § 223 kasten yaralama suçunu “bir insana bedenen kötü muamelede bulunma ya da sağlığını bozma” olarak tanımlamıştır. Bir insana yönelik hangi türden hareketlerin ve minimum hangi seviyedeki acının bu suç tipini oluşturabileceği belirsizdir. Esasen bireysel ağrı eşiklerinin farklı olması sebebiyle bu konuda net bir sınırlama yapılması mümkün de değildir. Bu nedenle öğretide, ortalama bir insana objektif olarak acı verebilecek hareketlerin kasten yaralama suçunu oluşturabileceği belirtilmektedir¹²¹. Her ne kadar öğretide basit iğne batırma, çizik, sıyrık, zararsız mor lekelere neden olma gibi bazı durumlarda kasten yaralama suçunun oluşmayacağını iddia eden bir görüş bulunmaktaysa da¹²² kanaatimizce verilen örneklerin tamamı tüm bireysel farklılıkları elimine ettiğimizde dahi bir insana objektif olarak acı verebilecek haller olduğundan basit kasten yaralama suçunun tipik örnekleri niteliğinde

¹²⁰ Abik, “Normun Koruma Amacı Teorisi”, s. 347-348, 351; Ünver, **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 1059.

¹²¹ Bu nedenle öğretinin uyuşturucu madde etkisi altında bulunması sebebiyle acı hissetmeyen bir kişinin de kasten yaralama suçunun mağduru olabileceği belirtilmektedir. (Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Adalet, 2013, s. 166).

¹²² Rudolf Rengier, **Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit**, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, s. 81-82.

değerlendirilebilir ve failin şikayet koşulu gerçekleştiği sürece cezalandırılması gerekir. Bu tip durumlarda da esasen bir kasten yaralama suçu bulunmakla birlikte haksızlık içeriği son derece azalmıştır. Bu sebeple TCK'nun 86/2 maddesinde kasten yaralama suçunun etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde faile verilecek cezanın azalması, üstelik şikayete tabi tutulması öngörülmüştür. Kanun koyucu burada haksızlık içeriğinin azalmasını “basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilme” kriterine bağlamıştır. Ancak bu durum, tıbbi müdahale gerektirmeyecek kadar hafif yaralanmaların bu suçu oluşturmayacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte örneğin bir kuyrukta bekleyen insanlar arasında gerçekleşebilecek basit itekleme, çekme gibi vücut üzerindeki acı verici etkileri yok denecek az olan ve etkileri son derece hızlı bir şekilde ortadan kalkan fiiller kasten yaralama suçunun kapsamı dahilinde düşünülmemelidir¹²³. Bu tip durumlarda haksızlık içeriği azalmış bir kasten yaralama fiili değil kasten yaralama suçu bakımından tipik kabul edilemeyecek bir fiil bulunduğunu düşünmekteyiz.

Benzer bir durum kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından da söz konusudur. Kanun koyucu TCK'nun 109/1 maddesinde suçu “bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma” şeklinde tanımlamıştır. Ancak öğretisi ve uygulamada hakim görüş bu suçun oluşabilmesi için alıkoymanın kısa da olsa en azından belirli bir süre devam etmiş olması gerektiği yönündedir. Yani bu suç, kişisel hareket serbestisinin belli bir ölçüde etkilendiği durumlarla sınırlanmaya çalışılmaktadır¹²⁴. Örneğin kapıdan çıkmak üzere olan bir kimseyi mağdurun kolayca engel olabileceği şekilde kısa bir süreliğine kolundan tutularak bekleten kişinin fiilinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından tipik olmaması sebebiyle cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir¹²⁵. Esasen tüm mütemadi suçlarda hukuka aykırı durumun belli bir süre devam etmesi gerektiği gibi, hukuka aykırı durumun devam ettiği sürenin uzunluğunun ihlalin yoğunluğunu arttırarak fiilin haksızlık içeriğini yükselteceğini söylemek de mümkündür¹²⁶.

¹²³ Wang, **a.g.e.**, s. 2.

¹²⁴ Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 340.

¹²⁵ Recep Gülşen, **Hürriyeti Tahdit Suçları**, 2002, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 58.

¹²⁶ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 11.

Cezaya layıklık ya da ihlalin önemsizliği kavramları uygulamada özellikle çok düşük bir ekonomik değer ifade eden şeylere yönelik hırsızlık suçları bakımından kendisine yer bulmuştur. Örneğin Yargıtay bir kararında “somut olayda çek karnesinden alınan ve malvarlığı ve ekonomik değeri bir insanı cezalandıracak boyutta bulunmayan çek yaprağının çalınması eyleminin, nicelik açısından suç yeterliliğine ulaşmadığı halde sanığın hırsızlık cürmünden hükümlülüğüne karar verilmesini” bozma sebebi yapmıştır¹²⁷. Yine hırsızlık suçuna ilişkin başka bir kararında “Üç-dört elma çalmaktan ibaret eylem nedeniyle hırsızlık cürmünün oluşması için suçun nicelik açısından yeterli boyutlara ulaşmadığı düşünülmeden hükümlülük kararı verilmesi”ni¹²⁸ bozma nedeni yapmıştır. Mahkeme mala zarar verme suçuna ilişkin uygulamasında da etkileri çok basit şekilde giderilebilecek fiillerin mala zarar verme suçunu oluşturmayacağına yönelik kararlar vermektedir. Bununla birlikte örneğin; oturduğu kahvehanenin sandalyesini fırlatarak kırılmasına sebebiyet veren sanık hakkında¹²⁹; “katılanın garajından akan suların evine zarar vermesi nedeniyle (garajı yıkmak suretiyle) mala zarar verme¹³⁰” suçunu işleyen sanık hakkında fiilin haksızlık içeriğinin azlığı gerekçesine istinaden ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini bozma sebebi yapmıştır. Kanaatimizce hırsızlık suçunun konusunu oluşturan şeyin ekonomik değeri ya da mala zarar verme suçundaki zarar ne kadar hafif olursa olsun tipik bir haksızlık ortaya koyduğundan haksızlığın nicelik açısından suç yeterliliğine ulaşmadığı gerekçesinden hareketle cezasızlık yoluna gidilmesi isabetli bir uygulama tarzı değildir. Bu tip durumlarda TCK 145 gibi özel hükümler ve muhakeme hukukundan kaynaklanan diğer olanaklar doğrultusunda çözümler aranmalıdır.

¹²⁷ 6. CD, 14.06.1984, 1984/3548 - 1984/5184 (YKD, C.10, S.9, Eylül 1984, s. 1443)

¹²⁸ 6. CD, 07.04.1986, 1984/1974 - 1986/3688 (Ahmet Gündel, **İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları**, 2. bs, Ankara, Seçkin, 2002, s. 549)

¹²⁹ 15. CD, 07.12.2015, 2015/11779 - 2015/31912 (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

¹³⁰ 15. CD, 10.11.2014, 2013/27729 - 2014/18419 (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

C. Haksızlığın Gerçekleştirilme Şekli

1. Kasten ve Taksirle İşlenen Fiiller

Ceza hukukunda aslolan kasıtlı fiillerin cezalandırılmasıdır. Bununla birlikte istisnaen suçların taksirli halleri de yaptırım altına alınabilmekte ve bu tip fiiller sadece kanunda bu yönde açık bir hüküm varsa cezalandırılabilir¹³¹. Taksir ve kast, haksızlığın birer işleniş şekli olmakla birlikte birbirlerinden yapı olarak oldukça farklıdır. Bu sebeple modern ceza hukukçuları suçun yapısını incelerken taksirli ve kasıtlı suçlar için farklı başlıklar açma yoluna gitmektedir. Zira taksirli suçlara haksızlık muhtevasını kazandıran ilgili hukuki değer korunmasına yönelik dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Bu sebeple taksirli suçlar salt ontik bir yaklaşımla kavranamazlar. Mutlaka buna eklenen normatif bir değerlendirmeyi zorunlu kılarlar¹³².

Hukuka aykırılık, salt bir davranış normuna aykırılıktan kaynaklandığı için taksirli ve kasıtlı fiillerin hukuka aykırılığında bir fark yoktur. Bununla birlikte hukuki değeri kasten ihlale yönelen bir fiil ile dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu böyle bir netice yaratan fiilin ifade ettiği haksızlığın farklı olduğu genel olarak kabul edilmektedir¹³³. Bir görüşe göre bunun sebebi taksirli suçlardan kaçınmanın kasten işlenen suçlara göre daha zor olmasıdır¹³⁴. Ancak esasen bir haksızlığın kasten işlenmesinin taksirli haline göre *lege lata* daha ağır bir haksızlık olarak görülmesinin sebebi, kasıtlı suçlarda failin korunan hukuki değeri ihlale yönelik kati iradesidir. Zira taksirli suçlarda fail esasen toplumdaki değer yargılarını benimsemekte sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranış sergilemektedir. Kasıtlı suçlarda ise fail, fiili işlediği sırada bu değer yargılarını direkt olarak karşısına almaktadır. Taksirli fail sadece dikkatsizliği (*Unaufmerksamkeit*) sebebiyle sorumlu tutulabilecekken; kasıtlı fail suçu işlediği sırada doğrudan hukuki değeri ihlale yönelmiş olması ve hukuk düzenini karşısına

¹³¹ Kabahatler bakımından ise Kabahatler Kanunu'nda kasten ve taksirle işlenen kabahat ayırımına yer verilmeyerek md. 9'da aksi belirtilmedikçe kabahatlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme şekli öğretide kabahat nevinden fiillerin haksızlık içeriğinin düşüklüğüne bir delil olarak gösterilmektedir. (Akbulut, **a.g.e.**, s. 55).

¹³² Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 251.

¹³³ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 54.

¹³⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 55.

almış olması sebebiyle sorumlu tutulur¹³⁵. Kasıtlı ve taksirli fiiller arasındaki bu farklılık sebebiyle taksirli fiiler bir çok suç tipi bakımından cezalandırmaya layık görülmemiş ve ceza kanunları kapsamına da dahil edilmemişlerdir. Örneğin mala zarar verme suçunda (StGB 303, karş. TCK 151) haksızlığın kasten gerçekleşmesi cezalandırılabilir bir haksızlığın ortaya çıkmasının şartı olup fiilin taksirli işlenişi cezalandırılmamaktadır¹³⁶. Keza ne kadar düşük ya da ne kadar yüksek bir mala tekabül ederse etsin hırsızlık suçunun da taksirle işlenmesi mümkün değildir.

Genel olarak kast ve taksirin kendi içlerinde ifade ettikleri haksızlık seviyesi bakımından doğrudan kast > olası kast > bilinçli taksir > basit taksir şeklinde bir derecelendirmeye tabi tutulması mümkündür¹³⁷. Nitekim Türk hukukunda haksızlığın işleniş biçimleri arasında bu tarz bir fark olduğunu sadece kanundaki cezanın belirlenmesine ilişkin kurallara bakarak dahi belirlemek mümkündür. Bununla birlikte kanaatimizce şu hususa mutlaka dikkat edilmelidir: Her kasıtlı fiil her taksirli fiile nazaran daha ağır bir haksızlık ifade etmez. Burada anlatılmak istenen mutlak değil genel bir kuraldır ve diğer tüm şartların aynı olduğu hallerde bir fiilin kasten işlenmesinin taksirli haline nazaran daha hafif bir haksızlık ifade ettiğini belirtmektedir. Alman ceza hukukunda taksirin dereceleri arasında kategorik bir fark (bilinçli taksir, basit taksir) da gözetilmemiştir. Taksirli fiildeki dikkat ve özen eksikliğinin yoğunluğu cezanın tayini sırasında göz önünde bulundurulmakta bu yolla bilinçsiz basit taksir, bilinçli taksire nazaran daha az cezalandırılmaktadır¹³⁸.

Alman ceza hukuku öğretisinde kast ve taksir artık ittifakla suçun manevi unsurları arasında ve haksızlığın birer işleniş biçimi olarak değerlendirilmekte birlikte aynı zamanda birer kusur türü olduklarını yani çifte fonksiyona sahip olduklarını kabul eden bir görüş de bulunmaktadır¹³⁹. Aslında kast ve taksirin kusur değerlendirmesi üzerinde etkiye sahip olduğunu kabul etmek için aynı zamanda bir kusur türü olduklarını iddia etmek gerekli değildir. Zira failin kusuru her

¹³⁵ Wolfgang Joecks, Klaus Miebach, **Münchener Kommentar zum StGB**, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, Band.1, 2011, § 16, kn. 10-11.

¹³⁶ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 55.

¹³⁷ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 77 vd; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 7, s. 299; Kern, "Grade der Rechtswidrigkeit", s. 255; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 55.

¹³⁸ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, § 15, kn. 205.

¹³⁹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 139; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 55.

halükarda kast ya da en azından taksire dayanan haksız bir fiile göre belirlenecektir. Taksirli suçlar, gerçekleşme şekli açısından kendi içinde bilinçli taksir ve basit taksir şeklinde ikili temel bir ayrıma tabi tutulsa da failin “taksire dayanan kusurunun ağırlığı” sonsuz genişlikteki bir skalada gerçekleşebilir¹⁴⁰.

Taksirli suçların haksızlık seviyesinin belirlenmesinde önem taşıyan tartışma konularından biri de neticenin gerçekleştiği ve gerçekleşmediği haller arasındaki farktır. Gerçekten de taksirle işlenen suçlarda ölüm, yaralanma vb. sonuçların gerçekleşmesi bazı durumlarda tesadüfe ve şansa bağlı bir sonuçtur. Yani dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık noktasında teknik olarak neticenin gerçekleştiği ve gerçekleşmediği haller arasında bir fark yoktur. Bu sebeple birinci bölümde belirttiğimiz gibi radikal finalist görüşün etkisiyle modern Alman ceza hukuku teorisinde taksirli suçlarda neticenin -önceden beri kabul edildiği gibi- haksızlığın bir unsuru mu yoksa bir objektif cezalandırılabilme şartı mı olduğu konusu üzerinde tartışılmaktadır. Haksızlığın bütünüyle gai harekete yüklendiği bu yaklaşımda teorik tutarlılık gereği haksızlığın gerçekleştiğini kabul etmek için netice aramanın gereksiz olduğu iddia edilmektedir. Buna karşın birinci bölümde de belirttiğimiz gibi kabul ettiğimiz görüşe göre taksirli suçlarda neticenin suçun bir unsuru olarak önemini koruduğunu kabul etmek gerekir. Zira taksirli hareketin neticeleri (ölüm, yaralanma gibi) suçun tamamlanma zamanı ve yeri gibi tespitleri yapmamamızı sağladığı gibi fail hakkında uygulanacak suç tipini dahi belirlemektedir¹⁴¹. Kaldı ki finalist görüş (radikalleşmemiş haliyle) esasen neticenin de haksızlık üzerinde etkili olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla hiçbir neticenin gerçekleşmediği yani salt dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir fiilin bulunduğu durumlarda herhangi bir haksızlık gerçekleşmiş olmamaktadır. Bu sonucu kabul etmek Türk hukuku açısından son derece kolaydır. Zira hukukumuzda failin hukuk düzeni ile açık bir çatışmaya girdiği elverişsiz teşebbüs hallerinde dahi cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir. Fakat aynı şeyi Alman hukuku açısından söylemek teorik açıdan zordur. Bir defa Alman hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir. Buna karşın salt hukuka aykırı bir iradenin cezalandırılması yoluna gidilmesi ceza hukukunun sahasını aşırı ölçüde genişletip, ispat zorluklarına ve eşitliğe aykırı uygulamalara kapı aralayabileceğinden Türk

¹⁴⁰ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 284.

¹⁴¹ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 58.

hukukunda olduğu gibi mutlak elverişsiz teşebbüs ve neticesiz taksirin cezasız bırakılması yoluna gidilmesi daha uygun bir çözümdür¹⁴².

2. Teşebbüs Aşamasında Kalmış ve Tamamlanmış Suçlar

Ceza kanunlarında hukuki değeri ihlale yönelik fiiller sadece tipe uygun neticeyi gerçekleştirmeleri durumunda değil bazı koşullar altında netice gerçekleşmese de yaptırım altına alınmaktadır¹⁴³. Tarihsel süreç, tamamlanmış olanlar yanında, teşebbüs aşamasında kalmış fiillerin cezalandırılmasının da kadim bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymuştur. Bununla birlikte ceza hukukunda teşebbüsün başlı başına bir haksızlık ifade ettiğinin kabulü belli bir tarihsel süreç içerisinde ve adım adım gerçekleşmiştir. Başlangıçta teşebbüs aşamasında kalan fiiller bağımsız birer suç gibi ele alınmaktayken; ilk defa Carolina md. 178'de (*Constitutio Criminalis Carolina*) suçun özel görünüş biçimi olarak genel bir tanıma kavuşmuştur¹⁴⁴.

Teşebbüsün ifade ettiği haksızlığın neye dayanarak belirleneceği sorunu büyük ölçüde teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan teoriler ile bağlantılıdır. Bu hususta üç temel teorinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Objektif teori olarak isimlendirilen yaklaşım teşebbüsün cezalandırılabilirliğini suç tipiyle korunan hukuki değer tehlikeye sokulmasına bağlamaktayken, subjektif teori hukuk düzeni ile çatışan iradeyi esas almaktadır. Bu teoriye göre teşebbüs failin tehlikeliliğini ortaya koyan bir belirtidir ve bu sebeple cezalandırılmalıdır. Alman hukukunda etkili olan ve karma teori olarak adlandırılan yaklaşım da iki farklı ifade şekline sahiptir. Etki teorisi denilen yaklaşımda failin hukuku ihlale yönelen iradesiyle birlikte fiilinin hukuk güvenliği hissini sarsıcı etkisi dikkate alınmaktadır. Fail teorisinde ise failin hareketi ile korunan değer açısından tehlikeliliğini ortaya koymuş olması referans noktası yapılmıştır. Karma teori teşebbüs aşamasında kalan suçlarda faile verilecek

¹⁴² Kaldı ki neticesiz taksir şöyle dursun bir haksızlık biçimi olarak özellikle basit (bilinçsiz taksir - *unbewuster Fahrlässigkeit*) taksirin cezalandırılabilirliği ve sınırları sorunu ceza hukuku öğretisinin daima üzerinde tartıştığı konulardan birisi olmuştur. 20. yy'ın başlarından itibaren artan endüstrileşme taksirli suçları çok arttırdığından modern ceza hukukunda taksirli suçların sahasını daraltma eğilimi mevcuttur. (Arnd Koch, "Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik", *ZIS*, S.3, 2000, s. 182. (çevrimiçi) <http://www.zis-online.com>, 01.05.2016).

¹⁴³ Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994, s. 45.

¹⁴⁴ Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, s. 9-11.

cezada indirim yapıp yapılmamasını hakimın takdirine bırakmaktadır. Türk Ceza Kanununda da esas alınmış olan objektif teori doğrultusunda düşünüldüğünde teşebbüsün cezalandırılabilmesi için haksızlığın netice unsurunun gerçekleşme ihtimali yüksek olmalıdır. Bu sebeple mutlak elverişsiz teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlar tamamlanmış suçlara nazaran daima daha az cezalandırılmalıdır. Subjektif teori açısından bakıldığında ise gerçek anlamda bir tehlike yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın ihlal kastı içeren her hareket cezalandırılmalı üstelik cezasında tamamlanmış suça nazaran herhangi bir indirim yapılmamalı, dolayısıyla mutlak elverişsiz teşebbüs de cezalandırılmalıdır¹⁴⁵. Bu yaklaşım taksirli suçlarda neticenin gerçekleşmesinde olduğu gibi, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da neticenin çoğunlukla bir tesadüfün eseri olarak gerçekleşmediğini belirtmekte, her iki durumda da esasen aynı sosyal zararlılığın söz konusu olduğunu belirtmektedir¹⁴⁶. Bununla birlikte nihai olarak bakıldığında tamamlanmış suçun, teşebbüs aşamasında kalmış bir suça nazaran hukuk barışına duyulan güven duygusuna karşı yarattığı tahribat daha kalıcı ve etkilidir¹⁴⁷.

Teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda subjektif-manevi unsurlar yönünden bir eksiklik bulunmamakla birlikte objektif-maddi unsurlar yönünden bir yarım kalış söz konusudur. Bu sebeple teşebbüs aşamasında kalmış fiillerde haksızlığın ağırlık noktasını manevi unsurun oluşturduğu söylenmektedir¹⁴⁸. Ancak her ne kadar teşebbüste hukuku ihlale yönelen irade önem taşısa da bunun mutlaka dış dünyada bir tezahürü olması gerektiğinden hukuki değer üzerinde yarattığı zarar ya da tehlikeyi de gözardı etmek mümkün değildir. Teşebbüs aşamasında kalmış bir suçun tamamlanmış haline nazaran daha düşük bir haksızlık ifade etmesinin sebebi; teşebbüs aşamasında kalan suçlarda hareketin ifade ettiği haksızlık (*Handlungsunrecht*) gerçekleşmiş olmakla birlikte neticenin ifade ettiği haksızlığın (*Erfolgsunrecht*) gerçekleşmemiş olması, dolayısıyla hukuk barışının neticenin gerçekleştiği durumlar kadar ağır biçimde bozulmamış olmasıdır. Örneğin bıçakla kasten yaralamaya teşebbüs suçunu işleyen fail salladığı bıçak mağdura hiç isabet etmese dahi cezalandırılacaktır. Zira netice haksızlığı gerçekleşmese de elimizde

¹⁴⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s. 473-475, 586; Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 391-392.

¹⁴⁶ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 19.

¹⁴⁷ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 21.

¹⁴⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s. 472.

harekete dayanan bir haksızlık bulunmaktadır. Hareket ve neticenin bir araya gelmesinden kaynaklanan haksızlık salt hareketten kaynaklanandan daima fazla olacağından kanun koyucular (subjektif ya da karma teori benimsenmediği sürece) ceza kanunlarında suçların teşebbüs aşamasında kalmış hallerinin tamamlanmış hallerine nazaran daha hafif cezalandırılması yoluna gitmektedirler¹⁴⁹. Nitekim Türk kanun koyucu TCK md. 35/2’de “Suça teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir” demek suretiyle bu yöndeki tercihini ortaya koymuştur. Alman kanun koyucu ise -yukarıda belirttiğimiz karma teoriyi kabul etmesinin bir sonucu olarak- StGB § 23/2’de teşebbüsün tamamlanmış suça nazaran daha hafif cezalandırılabilceğini belirtmiş¹⁵⁰ yani indirim hususunda takdiri hakime bırakmıştır. Belirtelim ki kanun koyucunun objektif teoriyi benimsediği durumlarda suçun teşebbüs aşamasında kalmış halini tamamlanmış olana nazaran daha hafif cezalandırması bir prensibi ifade edip bunun da istisnaları bulunmaktadır¹⁵¹. Korunan hukuki yararın önemi dikkate alınarak bazı suçların teşebbüs aşamasında kalmış halleri tamamlanmış gibi cezalandırılabilir (Örn. bkz TCK md. 79, 309, 310, 311, 312).

Buraya kadar anlatılanlar tamamlanmış bir suçun teşebbüs aşamasında kalmış olana nazaran daha fazla haksızlık ifade ettiğini açıklamaya yöneliktir. Ancak teşebbüs aşamasında kalmış fiiller de kendi içlerinde haksızlık içerikleri bakımından bir derecelendirmeye tabi tutulabilirler. Bir defa tamamlanmış bir suçun haksızlık içeriğini etkileyen bütün haller teşebbüs aşamasında kalmış fiiller açısından da aynı etkiyi doğurur. Buna ilaveten teşebbüs aşamasında kalan fiillerde ayrıca failin suç yolunda ilerlediği aşama, meydana çıkan zarar veya tehlikenin büyüklüğü de belirleyici bir etkiye sahiptir. Teşebbüste haksızlık, fiilin doğrudan doğruya icrasıyla birlikte başlar¹⁵². Elverişli hareketlerle bir suç tipinin icrasına başlayan fail, herhangi bir sebeple icra hareketlerini bitiremeye ya da neticeyi gerçekleştiremeye dahi o ana

¹⁴⁹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 321, kn. 88, s. 326, kn. 97.

¹⁵⁰ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 459.

¹⁵¹ Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, Gerhard van Gemmeren, **Praxis der Strafzumessung**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2012, kn. 589.

¹⁵² Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 5.

kadar icra ettiği fiillerle bağımsız bir haksızlık vücuda getirmiş olur. Suç yolunda (*iter criminis*) katedilen mesafeye göre hukuki değer maruz kaldığı tehlike ya da zarar artmakta buna paralel olarak fiilin haksızlık içeriği de yükselmektedir¹⁵³. Yani teşebbüs aşamasında kalan suçlar kendi içlerinde de neticeye olan yakınlıkları nazarı dikkate alınarak ifade ettikleri haksızlık bakımından derecelendirilebilirler. 5237 sayılı TCK teorik düşünceler ve ceza adaletine dönük gerekçelerle tam teşebbüs ve eksik teşebbüs ayrımını ortadan kaldırmıştır. Bununla birlikte eksik teşebbüs durumunda icra hareketlerinin tamamlanamadığı, tam teşebbüste ise icra hareketleri tamamlanmakla birlikte neticenin gerçekleşmediği genel kabul görmüş kadim bir ayırımdır. Bu ayırmadan hareketle de tam teşebbüs aşamasında kalmış olan suçların eksik teşebbüs aşamasında kalanlara göre daha çok haksızlık ifade ettiğini söylemek mümkündür¹⁵⁴.

Eksik teşebbüs aşamasında kalmış suçlar esasen suçun konusu üzerinde zarar değil sadece bir tehlike yaratırlar. Buna rağmen bir çok hukuk sistemi tarafından müstakilen cezalandırılmışlardır. Hatta daha önce de belirttiğimiz gibi Alman hukukunda failin işlemeyi kast ettiği suçu vasıttan ya da suçun konusundan kaynaklanan sebeplerle işlemesinin mümkün olmadığı durumlarda yani “elverişsiz teşebbüs (*untauglicher Versuch*)” durumunda dahi failin cezalandırılabilmesi kabul edilmektedir. Bilindiği gibi Türk öğretisi bu konuda ikili bir ayırım yapmakta ve mutlak elverişsizliğin söz konusu olduğu durumlarda faile teşebbüsten ceza verilemeyeceğini ancak nisbi elverişsizlik durumunda cezalandırılabilmesini belirtmektedir. Alman Ceza Kanunu § 23/3’te ise açıkça failin suçun konusu veya kullandığı araçların elverişliliği hususunda ağır bir hata yaptığı (*grober Unverstand*) -Türk öğretisinde tam elverişsizlik olarak değerlendirilen- hallerde dahi cezalandırılabilmesi belirtilmiştir. Maddeye göre bu gibi hallerde hakim takdiren cezayı indirebilir veya ceza vermekten vazgeçebilir. Alman öğretisindeki hakim görüş de elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilmesi yönündedir. Elverişsiz teşebbüs durumunda sadece hareket haksızlığının subjektif yönünü ifade eden bir niyet-plan haksızlığı (*Intentionsunrecht*) olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵. Niyet-plan haksızlığı kavramı tartışmalı bir kavram olmakla birlikte failin belli bir suçu gerçekleştirmeye

¹⁵³ Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, s. 77; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 441 - 442.

¹⁵⁴ İçel vd., **a.g.e.**, s. 95; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 278.

¹⁵⁵ Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, s. 84

yönelik iradesini ifade etmek üzere kullanılmakta ve hareket haksızlığının subjektif yönü olarak değerlendirilmektedir¹⁵⁶. Elverişsizliğin zaten ölü olan bir kişiyi öldürmeye teşebbüs örneğinde olduğu gibi konuda elverişsizlik ya da hamile kadının basit bir ilaçla çocuğunu düşürmeye çalışması gibi vasıtada elverişsizlik şeklinde ortaya çıkabileceği kabul edilmekte ancak sihir-büyü yapma gibi tamamen batıl düşüncelere dayalı durumlarda elverişsiz teşebbüsün dahi bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁷. Biz yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle ve Türk hukukunda kabul edildiği gibi mutlak elverişsiz teşebbüs ve neticesiz taksirin cezasız bırakılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira teşebbüs ve taksir zaten yapısal olarak ceza sorumluluğunu genişletmeye yönelik kurumlardır. Elverişsiz teşebbüs ve neticesiz taksirin cezalandırılabilmesini kabul etmek ciddi ispat problemleri yaratabileceği gibi ceza sorumluluğunu da arzu edilenin ötesinde genişletecektir.

Teşebbüsten bir önceki adımı ifade eden hazırlık hareketlerinin ifade ettiği haksızlık ise müstakil bir cezai yaptırım gerektirmeyecek ölçüdedir¹⁵⁸. Suç yolunun en erken aşamasını ifade eden hazırlık hareketlerinin yaptırım altına alınması çoğu durumda niyetlerin ve düşüncelerin cezalandırılması sonucunu yaratacağından ve bu aşamada henüz korunan hukuki değer bakımından cezalandırmayı haklı kılacak bir zarar ya da tehlike gerçekleşmemiş olduğundan kanun koyucular çok istisnai durumlar dışında hazırlık hareketlerini cezalandırmaktan kaçınmaktadır¹⁵⁹.

3. İhmali ve İcrai Fiiller

Çalışmamızın başında davranış normlarının içerikleri itibarıyla emredici ve yasaklayıcı olmak üzere iki türü bulunduğunu; emredici normların ihmali, yasaklayıcı normların ise icrai suçlara vücut verdiğini belirtmiştik. Emredici mahiyetteki davranış normlarıyla koruma altına alınan hukuki değerlere yönelik tehlike ve tecavüzler karşısında, “garantör” sıfatına sahip olan kişinin, bu tehlike ve tecavüzlerin önlenmesine yönelik icrai davranışta bulunma yükümlülüğü olmasına

¹⁵⁶ Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, s. 86.

¹⁵⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 211. Hatta öğretilerde Kern, elverişsiz teşebbüsün normal teşebbüsten daha az haksızlık ifade ettiğini keza elverişsiz teşebbüs bakımından da suçun konusundan kaynaklanan elverişsizliğin, araçtan elverişsizliğe nazaran daha az haksızlık ifade ettiğini savunmuştur. (Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 279).

¹⁵⁸ Bloy, “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, s. 77; Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 279.

¹⁵⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 471.

rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmemesi ihmali suçların haksızlık içeriğini oluşturmaktadır¹⁶⁰. Yani icrai ve ihmali suçlarda fiilin haksızlık içeriği farklı esaslardan hareketle belirlenmektedir. İcrai suçlarda ortaya çıkan zarar veya tehlike dikkate alınırken; ihmali suçlarda failin ihmali ile istenmeyen neticenin gerçekleşme ihtimalini yükseltme seviyesi dikkate alınmaktadır¹⁶¹.

Aynı suç tipine yönelik olsa bile ihmali suçların haksızlık içeriğinin icrai suçlardan daha az olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin bir doktorun -icrai bir hareketle- hastasına ölümcül bir iğne yaparak hayatına son vermesi, bu hastaya tıbbi müdahalede bulunmaktan kaçınması sonucu ölümüne neden olmasından daha ağır bir haksızlık ortaya koyma potansiyeline sahiptir¹⁶². Ancak bu da genel geçer bir kural olma vasfına da sahip değildir. Bu sebeple StGB § 13/2’de de Alman kanun koyucu StGB § 49/1’e atıf yaparak bu gibi ihmali suçlarda cezanın indirilebileceğini belirtmiş¹⁶³ yani bu hususta hakime takdir yetkisi bırakmıştır. TCK’nun “Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” başlıklı 83/3 maddesinde de “Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına *hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir*” denilerek ihmal suretiyle ölüme neden olmanın her durumda ve zorunlu olarak cezada indirim yapılmasını haklı kılmayacağı vurgulanmıştır. Keza 88. maddede “Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar *indirilebilir*” denilerek bu husus tekrar edilmiştir.

İhmali suçların kendi içerisinde de haksızlık muhtevaları yönünden bir derecelendirme yapılabileceği belirtilmiştir. Kern, klasik dağ rehberi örneğinden hareketle; yaptığı sözleşmede bir kaza anında turisti kurtarma sorumluluğu üstlenen dağ rehberinin ihmali fiilindeki haksızlığın, bu sorumluluğu üstlenmeyen rehberin ihmaliindeki haksızlıktan daha yüksek olduğunu, kurtarma sorumluluğu üstlenmeyen rehberin fiilindeki haksızlığın ise olayla tamamen ilgisiz 3. bir kişinin ihmali fiilinden daha yüksek olduğunu belirtmiştir. Yazar benzer şekilde ihmali suçların salt

¹⁶⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 218, 225.

¹⁶¹ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 8.

¹⁶² Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 279.

¹⁶³ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 459.

ihbar yükümlülüğüne dayanan türlerinin yardım etme yükümlülüğüne dayananlardan daha düşük bir haksızlık ifade ettiğini belirtmiştir¹⁶⁴.

Belirtelim ki; işlenen suç diğer tüm koşullardan (unsurlarından) soyutlayarak bu tip kategorik ayrımlar yapılması haksızlık değerlendirmesi bakımından fikir verici olmakla birlikte kesin bir tespitte bulunmaya yeterli değildir. Total haksızlık, -fiil ister ihmali ister icrai nitelikte olsun- işlenişindeki tüm şartlarla birlikte değerlendirilerek tespit edilecektir.

4. İştirak Statüleri: Faillik ve Şeriklik

Hukumumuzda geçerli olan “sınırlı bağlılık kuralı” gereği şeriklerin ceza sorumluluğuna uzanabilmek için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla şeriklerin ceza sorumluluğu da failin gerçekleştirdiği haksızlıkla sınırlıdır¹⁶⁵. Bununla birlikte şerikler her ne kadar failin gerçekleştirdiği haksızlığa bağlı olarak cezalandırılsa da esasında herbiri suça katılımlarındaki etkiye göre farklı bir haksızlık vücuda getirmiş olmaktadır. Yani şeriklik ve failliğin ifade ettiği haksızlık aynı olaya göre belirlense de birbirinden farklıdır ve her somut olayda farklı tezahür eder. Bu sebeple azmettirme ve yardım etme için öngörülecek cezanın alt ve üst sınırlarının genel geçer şekilde önceden belirlenmesi mümkün değildir. Zira bu kişilere verilecek ceza hem katıldıkları suça hem bu suçun haksızlık içeriğine hem de kendilerinin bu suçun işlenmesindeki katkılarına göre somut olaya bazında değerlendirilecektir¹⁶⁶.

Bununla birlikte genel olarak failliğin şerikliğe nazaran şeriklik içerisinde de azmettirmenin de yardım etmeye nazaran daha büyük bir haksızlık yaratma potansiyeline sahip olduğu söylenebilir. Ancak bu ifadeden şerikliğin failliğin hafif hali olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Bu iki statü arasındaki ayrım suç teşkil eden fiille olan temasın doğrudan ya da dolaylı olmasına göre yapılmaktadır. İştirak şekilleri arasında haksızlık içeriği yönünden ortaya çıkan fark nicelik değil nitelik

¹⁶⁴ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 269.

¹⁶⁵ Keçelioğlu, “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku Üzerine Bir İnceleme)”, s. 25-26.

¹⁶⁶ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 283.

farkıdır. Aralarındaki ilişki haksızlık içeriğinin derecelendirilmesine dayanmamaktadır¹⁶⁷.

Yardım etme dahi bir şeriklik türü olarak suçun işlenmesindeki katkısına göre haksızlık muhtevası bakımından kendi içinde bir derecelendirmeye tabi tutulabilir. Örneğin suçun işlenmesinde çok etkili olan yardım, salt motivasyonu arttırmaya yönelik basit yardımdan daha yüksek bir haksızlık içeriğine sahiptir. Yardım etmede skalayı daha da genişleten Kern haksızlık içeriği yüksek olandan azalana doğru; tamamlanmış bir suçta tamamlanmış yardım etme > teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta tamamlanmış yardım etme > tamamlanmış bir suçta tamamlanmış sözde yardım etme (suçun başka yollarla işlenmesi) > icra hareketlerine başlanmayan bir suçta tamamlanmış sözde yardım etme > (başka yollarla) tamamlanmış bir suçta teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmeye tam teşebbüs > (başka yollarla) tamamlanmış bir suçta teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede eksik teşebbüs > (başka yollarla) teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede eksik teşebbüs > (başka yollarla) teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede tam teşebbüs > (başka yollarla) teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede tam teşebbüs > icra hareketlerine başlanmayan bir suçta teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede tam teşebbüs > icra hareketlerine başlanmayan bir suçta teşebbüs aşamasında kalmış yardım etme, yardım etmede tam teşebbüs şeklinde bir liste ortaya koymuştur. Yazar özellikle son iki durumunda haksızlık içeriğinin sıfır derecesine indiğini belirtmiştir¹⁶⁸. Belirtelim ki sadece son iki durumda değil yukarıda sayılan hallerin büyük bir bölümünde bağlılık kuralı gereği bizim hukukumuz açısından cezalandırma sonucuna varılması mümkün değildir. Zira asıl fiilin icra hareketlerine başlanılmadan yardım edenin cezalandırılması söz konusu olamayacağı gibi, soyut şekilde yardım etmeye teşebbüs iradesinin belirlenerek cezalandırılması da düşünülemez. Bu sebeple yukarıdaki sıralama sadece bir mantık akışı ortaya koyması itibarıyla önem taşımaktadır. Yardım etme kendi içerisinde farklı seviyede haksızlıklar ifade edebilecek olmakla birlikte ifade ettiği haksızlık en yüksek seviyede bile failliğin gerisinde kalacaktır. Ancak yine de haksızlık içeriğinin

¹⁶⁷ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 512.

¹⁶⁸ Kern, "Grade der Rechtswidrigkeit", s. 283.

en önemli parametresi asıl suçun haksızlık içeriğidir. Bu sebeple kanun koyucu yardım etmenin cezasını da TCK 39’da asıl fiile bağlamış fakat geniş bir değerlendirme makası içerisinde bırakmıştır.

Suç işleme düşüncesi olmayan bir kişiye suç işleme kararının verildiği ancak azmettirilenin suçun icra hareketlerine dahi başlamadığı durumlarda öğretilde “sonuçsuz (âkim) kalmış” azmettirmeden bahsedilmektedir. Öğretilde bir görüş azmettirilenin asıl fiilin icrasından bağımsız başlı başına ayrı bir haksızlık oluşturduğunu bu nedenle sonuçsuz kalmış azmettirilenin müstakil bir cezasının olması gerektiğini savunsa da yukarıda belirttiğimiz gibi bağlılık kuralı sebebiyle bugün için hukukumuzda esas fiil en azından teşebbüs aşamasına ulaşmadan şeriklerin cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte kanaatimizce azmettirme bir şeriklik türü olarak yardım etmeden kısmen farklıdır. Zira azmettirme durumunda suç işlemeyi aklından dahi geçirmeyen bir kişinin suça yönlendirilmesi söz konusudur. Bu sebeple asıl fiilin icrasına başlanılmamış olsa dahi azmettirmede müstakil bir haksızlık bulunduğu görüşüne katılıyoruz. TCK’nun 38. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi şayet azmettirme müstakil bir haksızlık ifade etmeseydi, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle ya da çocukların suça azmettirilmesi halinde azmettirenin verilecek cezadan artırım yapılmasını izah etmek de mümkün olmazdı. Ancak özellikle akim kalmış azmettirme tarzı fiillerin daima ciddi ispat sorunları ile karşı karşıya kalacağı hususu ve haksızlık içeriklerinin çok farklı olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Bu sebeple bu hususta cezai bir düzenleme yapılsa bile mutlaka hakime hem faili cezalandırıp cezalandırmama hem de cezanın belirlenmesi noktasında geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır¹⁶⁹.

5. Nitelikli Haller

Belirli bir hukuki değeri ihlale yönelik fiillerin işlenişlerinden kaynaklanan diğer bazı özellikleri nedeniyle de farklı seviyede haksızlık ifade etmesi mümkündür. Bu sebeple kanun koyucular suçların temel tanımlarını yaptıktan sonra bazı özel durumları “nitelikli haller” dediğimiz başlıklar altında ayrıca düzenleme yoluna

¹⁶⁹ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 462; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 504.

gitmektedir. Bu yolla, aynı hukuki değeri ihlale yönelmiş olmakla birlikte haksızlık içeriği farklılık arz eden eylemlere değişen oranlarda adil bir ceza verilmesi sağlanmaktadır¹⁷⁰. Esasında özel hükümlerde yer alan suç tiplerinin somut olayda çok farklı seviyelerde haksızlık ifade etmesi mümkün olduğundan kanun koyucu haksızlığın en hafif halini de an ağır halini de adil biçimde karşılayacak ceza aralıkları belirlemektedir. Fakat somut olay adaletini sağlamaya imkan tanısa da kanun koyucunun suç tipleri karşısında geniş ceza makasları bırakmasının kuvvetler ayrılığına ve belirlilik ilkesine aykırı olduğu söylenerek bu yaklaşım tarzı eleştirilmektedir¹⁷¹. Bu sebeple çeşitli durumları öngören nitelikli haller belirleyerek bunları ayrı bir ceza makasına tabi tutmanın daha isabetli bir yöntem olduğu söylenmekte, bu yolla hakimin takdir yetkisinin de belli sınırlara tabi tutulduğu belirtilmektedir¹⁷².

765 sayılı TCK döneminde hafifletici ya da ağırlaştırıcı sebep kavramı haksızlık sahası dışında kalan hatta kusur sahasında değerlendirilmesi gereken ve faile verilecek cezanın arttırılması ya da azaltılması sonucunu doğuran (haksız tahrik etkin pişmanlık gibi) pek çok durumu kapsar şekilde kullanılmaktaydı. Modern Türk ve Alman¹⁷³ ceza hukuku öğretisinde hafifletici sebepler-ağırlaştırıcı haller ayrımlarına nadiren de olsa halen rastlanılmaktadır. Ancak konu Türk hukuku açısından ele alındığında özellikle yeni TCK döneminde bu kavramların kullanılmasının teorik açıdan uygun olmadığı söylenebilir. Zira 5237 sayılı TCK hafifletici ya da ağırlaştırıcı sebep ayrımlarına yer vermemiş, bir suçun temel şekline nazaran cezanın artırılması ya da azaltılmasını da gerektiren hallerini “nitelikli haller” müşterek başlığı altında ele almıştır. Suçun nitelikli hallerinde temel şekle ilişkin tüm unsurlar gerçekleşmekte, buna ilaveten haksızlığı ve dolayısıyla cezayı azaltan ya da arttıran ilave bir unsur daha gerçekleşmektedir¹⁷⁴. Yani suçun temel

¹⁷⁰ İsa Başbüyük, Veli Özer Özbek, “Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi”, **TBBD**, S. 111, 2014, s. 109.

¹⁷¹ Gerhold, “Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung”, s. 260.

¹⁷² Karl Heinz Gössel, “Über die sog. Regelbeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Ed. Thomas Weigend, Georg Küpper, Berlin-New York, De Gruyter Verlag, 1999, s. 184.

¹⁷³ Gerhold, “Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung”, s. 262.

¹⁷⁴ İçel vd., **a.g.e.**, s. 89. Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 131; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 214.

şekline nazaran daha az ceza ile yaptırım altına alınan özel düzenleniş şekillerini de nitelikli haller olarak ifade etmekteyiz. Bu bağlamda bakıldığında; TCK'nun 143. maddesinde düzenleme bulan hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi fiilin işlendiği zamandan kaynaklanan ve cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal iken; TCK'nun 145. maddesi suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasından kaynaklanan ve cezanın azaltılmasını gerektiren bir nitelikli haldir¹⁷⁵.

Daha az ya da daha ağır ceza gerektiren nitelikli halleriyle birlikte değerlendirildiğinde her suçun temel şekli, haksızlığın oluşması için varlığı zorunlu temel unsurları taşıyan ortalama (*Durchschnittsfall*) haksızlık seviyesini ifade eder¹⁷⁶. Buna karşın cezanın belirlenmesi sürecinde “adeta bir sismografin orta hat çizgisi” gibi ele alınabilecek bir ortalama bir değer olduğu kabul edilemez. Bir suç tipinin gerçekleşmesi muhtemel tüm haksızlık seviyeleri kanundaki çerçeve ceza içerisinde değerlendirilir. Dolayısıyla cezanın belirlenmesine ceza makasının ortasından başladığını söylemek doğru olmaz. Ceza makası içerisinde hakim, somut olayın tüm koşullarını göz önünde bulundurarak bir başlangıç noktası seçecektir¹⁷⁷. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi haksızlığın soyut olarak ifade bulmuş dereceli basamakları yoktur. Bir fiilin haksızlık içeriği hakkındaki yorum ancak bir başka durum ile mukayese edilmesi yoluyla yapılabilir. Bu itibarla bir suçun kanunda ifade bulmuş temel şeklini normal (orta seviye, *mittlerer Deliktsschwere*) haksızlık olarak ele alırsak diğer koşulların bu seviye üzerinden artış ya da düşüş şeklinde değerlendirilmesi mümkün olur¹⁷⁸.

Alman ceza hukukunda kimi suçların bazı işleniş şekilleri için çok ağır hal (*besonders schwerer Fall*), ağır hal (*schwerer Fall*), az ağır hal (*minder schwerer Fall*) ve çok hafif hal (*besonders leichter Fall*) gibi ayrımlar yapıldığı, bu kavramlara bazen kanunda da yer verildiği görülmektedir. Ağır hal, çok ağır hal ya da hafif hal nitelendirmeleriyle kastedilen kanunda öngörülen cezanın arttırılmasını, azaltılmasını ya da temel cezaya seçenek bir yaptırımın uygulanmasını olanaklı kılan hallerin varlığıdır ve neticede bu gibi ayrımların yapılmasının asıl sebebi cezanın

¹⁷⁵ Sözüer, **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 32-33.

¹⁷⁶ Günther, “Systematische Grundlagen der Strafzumessung - Eine Bestandsaufnahme”, s. 1027-1028; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 130.

¹⁷⁷ Eberhard Foth, “Strafschärfung/Strafmilderung - eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung”, **JR**, S. 10, 1985, s. 397.

¹⁷⁸ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 460.

belirlenmesi sırasında hakimnin haksızlığın seviyesine göre bir derecelendirme yapabilmesine olanak tanımaktır¹⁷⁹. Ayrıca Alman kanun koyucu bu ifadeleri genellikle örnekleyici sayım (Regelbespiel) metodunu benimsediği durumlarda kullanmaktadır.

Türk ceza hukuku öğretisinde nitelikli unsurlar genellikle yedi başlık altında tasnife tabi tutulmaktadır: Fiilin işleniş tarzı, fiilin işlendiği yer ve zaman, failin sıfatı, mağdurun sıfatı, faille mağdur arasındaki ilişki, suçun konusu, fiilin işlenmesiyle güdülen amaç ya da saik¹⁸⁰. Kanun koyucu fail ya da mağdurun kamu görevlisi, gebe olduğu bilinen bir kadın, çocuk vb. sıfatlara sahip olmasını bazı suçlar bakımından failin daha ağır cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli hal durumuna getirmiştir. Bu gibi hallerde kamu görevlisinin kamu idaresini temsil eden konumu, gebe kadın ya da çocuğun kendini koruyamayacak durumda olması gibi sebeplerle fiilin haksızlık içeriği yükselmektedir. Bazı durumlarda da fail ile mağdur arasındaki ilişkiyi dikkate alarak nitelikli halleri dizayn etme yoluna gitmektedir. Bir çok suçun üstsoy, altsoy, eşe ya da kardeşe karşı işlenmesi fiilin haksızlık içeriğini ve dolayısıyla cezasını yükseltmekte, bazı durumlarda ise şikayete tabi olmaksızın soruşturulmasına imkan veren bir hal niteliği kazanmaktadır. Suçun konusundan kaynaklanan nitelikli haller suçun konusunu oluşturan şeyin maddi değeri ve önemi gibi hususlardan etkilenebilir. Fiilin işlendiği yere ve zamana göre nitelikli hal düzenlenmesinin tipik örneği de bazı suçların gece vakti işlenmesinin daha ağır cezalandırılması yoluna gidilmesidir. Bunun en tipik örneklerinden biri de hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesine yönelik 143. maddededir. Gece vakti, bireylerin çoğunlukla istirahatte oldukları, suçlara karşı daha savunmasız durumda buldukları bir zaman dilimini ifade ettiğinden kanun koyucu bazı suçların gece vakti işlenmesini daha ağır bir yaptırımla cezalandırmak istemiştir. Fiilin işleniş şeklinden kaynaklanan nitelikli hallerin tipik örnekleri de bazı suçların silahla, cebit-tehdit kullanarak vesair yollarla işlenmesidir. Fiilin işlenişiyle güdülen amaç ya da saik

¹⁷⁹ Georg Furtner, "Der „schwere“, „besonders schwere“ und „minder schwere Fall“ im Strafrecht“, **JR**, S.1, 1969, s. 11. Yazar çalışmada bu kurumların haksızlığın değil kusurun seviyesine göre bir derecelendirme yapılmasına imkan sağladığından bahsetmiş ise de kantarimizce teorik olarak doğru ifade "haksızlık" seviyesidir. Zira bir fiilin daha ağır ya da daha az cezalandırılmasını gerektiren ve esasen nitelikli hal vasfı taşıyan bu tip durumların kusur alanında değerlendirilmesi mümkün değildir.

¹⁸⁰ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216. İçerikleri aynı olmakla birlikte mağdur ve failin sıfatından kaynaklanan durumu tek başlık altına ele alan bir liste için bkz. Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 131-132.

de bazı suçlar bakımından nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Bu bağlamda kasten öldürmenin kan gütme saikiyle; töre saikiyle; bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla işlenmesi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçla işlenmesi, yağma suçunun suç örgütüne yarar sağlamak maksadıyla, dolandırıcılık suçunun sigorta bedeli almak amacıyla işlenmesi sayılabilir. Yine hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi ya da bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi de bu kapsamda sayılabilecek olmakla birlikte diğer örnekler gibi cezanın arttırılması değil azalması sonucunu doğuran yani haksızlık içeriğini de azaltan hallerdir¹⁸¹.

6. Fiilin İşlenişinden Kaynaklanan Diğer Özellikler

Türk ve Alman ceza kanunlarında kasten öldürme karşılığında müebbet hapis uygulanması gibi istisnai kati yaptırımlar dışında genel olarak suçlar karşılığında uygulanacak cezai tehdit göreceli bir belirliliğe sahiptir. Yani her suç karşılığında uygulanacak yaptırım bir alt ve üst sınır aralığında belirlenmiştir. Aslında kanun koyucu bu şekilde her bir suç tipi açısından soyut ve genel bir haksızlık ve kusur değerlendirmesi yapmış ve cezanın belirlenmesi sürecinde hakime bırakılan salınım aralığını da tespit etmiş olmaktadır. Bu yöntem hakime ilgili suç tipinin olası tüm işleniş şekilleri karşısında hakkaniyete uygun ve keyfilikten uzak bir takdir sahası bırakmakta, hem hakimin kanuna riayetini hem de somut olay adaletini sağlamaktadır. Kanun koyucu belli suç tipleri nitelikli hal düzenlemeleri yaparak somut olaylar karşısında cezanın belirlenmesinin daha öngörülebilir sınırlar altında gerçekleşmesini sağlamaktadır¹⁸².

Nitelikli hal düzenlemesi bulunmayan durumlarda fail hakkında ceza makası içinden temel ceza tayin edilirken TCK'nun cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin 61. maddesinin 1. fıkrasında yazılı ölçütlerden yararlanılacaktır. Bu fıkra yazılı olan ölçütlerden (f) bendinde yer alan “failin kast ya da taksire dayanan kusurunun ağırlığı” dışındakiler haksızlık içeriği üzerinde

¹⁸¹ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 133.

¹⁸² Gerhold, “Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung”, s. 260.

etkili olan hallerdir ve cezanın belirlenmesinde de en temel referans noktalarıdır¹⁸³. Somut ceza belirlenirken bu kriterlerin sadece biri değil tamamı birlikte değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Alman hukukunda StGB § 46/2’de fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkili olan haller sınırlı sayıda olmayan bir liste halinde verilmiştir. Öğretide bu listenin yetersiz olduğu belirtilerek doğru bir sonuca ulaşabilmek için haksızlığın temel bileşenleri olan hareket ve netice haksızlığını yaratan ve azaltan parametrelerin bir bütün olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁴.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 29. maddesinde “Hakim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı *gibi hususları* gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler” denilerek verilen liste sınırlanmamış, örnekleyici bir sayım yapma yoluna gidilmiştir. Oysa 61. maddede yer alan “(yukarıda sayılan bentler) göz önünde bulundurularak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler” düzenlemesinden verilen listenin sınırlayıcı bir özelliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel cezanın tespitinde bu sayılanlar dışında başka bir kriterin dikkate alınması mümkün değildir¹⁸⁵. Bununla birlikte 61. maddedeki bu düzenlemenin TCK’nun 62. maddesinde yer alan takdiri indirim sebepleriyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. TCK’nun 62. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir” şeklindeki düzenleme somut cezanın belirlenmesinde hakime daha geniş bir hareket sahası açmaktadır. Dolayısıyla 61. maddenin sadece temel cezanın haksızlık ve kusur içeriğiyle bağlantılı olarak dikkate alınacak kriterleri belirlediği söylenebilir.

TCK’nun 61. maddesinde yer alan ölçütler çoğunlukla fiilin haksızlık içeriğini arttırıcı ihtimallerden hareketle düzenlenmiştir. Sayılan haller ve öğretide

¹⁸³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 701; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 784.

¹⁸⁴ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 457-458.

¹⁸⁵ Akbulut, **a.g.e.**, s. 701.

verilen örneklere bakıldığında fiilin sosyoetik değersizliğini arttıran haller olduğu görülmektedir. Bu maddede sayılan hallerin bir kısmı bazı suçlar bakımından nitelikli hal olarak ayrıca düzenlenmiş olabilir. Bu sebeple uygulama yapılırken çifte değerlendirme yasağına aykırı bir sonucun ortaya çıkmamasına dikkat edilmelidir.

TCK md. 61/1-a'da düzenlenen “suçun işleniş biçimi” failin iradesini realize etmesiyle ilgili bir haldir. Türk öğretisinde cinsel saldırı suçunun mağdurun, eşinin ya da çocuklarının gözleri önünde işlenmesi bu hale örnek gösterilmektedir. Yine bir çok suç bakımından aleniyet olgusu fiilin daha ağır şekilde cezalandırılmasını gerektiren bir nitelikli unsur durumundadır. Keza seçimlik hareketli suçlarda seçimlik hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi, mütemadi suçlarda temadinin süresi bu kapsamda dikkate alınabilecek hususlardandır¹⁸⁶. Alman öğretisinde bu hususta açık bir çantadan 100 DM çalınmasının; çelik bir kasayı kırarak 100 DM çalınmasına nazaran daha düşük bir sosyal rahatsızlık ve haksızlık yaratacağı örneği verilmektedir¹⁸⁷.

61/1-b'de “suçun işlenmesinde kullanılan araçlar” sayılmıştır. Gerçekten de bir suçun işlenmesinde kullanılan araçlar başlı başına suçun haksızlık içeriğini, vahametini arttıran bir fonksiyon icra edebilir. Örneğin devletin güvenliğine karşı suç işlemek amacıyla kurulmuş silahlı bir örgütün elinde bulundurduğu silahların vasıf ve mahiyeti cezanın tayininde dikkate alınabilecek bir haldir¹⁸⁸. Keza kasten yaralama suçunun işlenmesi sırasında çok sayıda saçma tanesi atan bir tüfeğin kullanılması daha az zarar verecek bir yaralama aracının kullanılmasından daha vahimdir¹⁸⁹.

61/1-c'de yer alan “suçun işlendiği zaman ve yer” de suçun temel haline nazaran haksızlık içeriğini etkileyebilmektedir¹⁹⁰. Ceza kanunumuzda bir çok suçun gece vakti işlenmesi fiilin haksızlık içeriğini arttıran bir hal olarak değerlendirilmiş ve açıkça nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak TCK md. 61/1-c kapsamında değerlendirilebilecek haller kanunda ayrıca ve açıkça nitelikli hal olarak düzenlenmemiş olanlardır. Zira aksi bir düşünce tarzı “çifte değerlendirme yasağı”na

¹⁸⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 701; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 785.

¹⁸⁷ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 18.

¹⁸⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 785.

¹⁸⁹ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 278.

¹⁹⁰ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 34.

ters düşer. Bu bağlamda örneğin hırsızlık suçunun; düğün, bayram, cenaze gibi insanların daha dikkatsiz olabileceği ortamlarda işlenmesi fiilin haksızlık içeriğini arttırabilecek hallere örnek gösterilebilir. Yine bazı suçların ibadethanede, kamu kurumunda vb. yerlerde işlenmesi kanun koyucu tarafından ilgili suçlar açısından nitelikli hal olarak değerlendirilmiştir. Ancak her ne kadar hakaret suçu bakımından böyle bir düzenleme olmasa da bu suçun ibadethane içerisinde işlenmesi, ibadethanelerin manevi atmosferine zarar vereceğinden md. 61/1-c uyarınca temel cezanın tayininde dikkate alınabilecek bir husustur¹⁹¹.

Belirtelim ki TCK 61/1-c’de yer alan “suçun işlendiği zaman ve yer” kriteri varken bir de ayrıca toplumsal yaşamdaki olayların değişkenliği ve çeşitliliği karşısında, hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin genel bir ağırlaştırıcı sebep haline getirilmesinin isabetli bir yöntem olup olmadığı sorgulanmaktadır. Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin “kural olarak” bu suçun icrasını kolaylaştırdığı ancak somut olayın özelliklerinin her zaman bu şekilde olmayabileceği ifade edilmektedir. Örneğin aydınlatması kendi ışıklandırma düzeneğiyle sağlanan bir alışveriş merkezindeki mağazadan, güneşin saat 17:00 sıralarında battığı bir günde saat 18:00 sıralarında hırsızlık suçunu işleyen failin cezasında otomatik olarak 143. madde uyarınca attırım yapılması durumunda verilen cezanın fiilin haksızlık içeriği ile orantılı olmayacağı, bu sebeple 143. maddenin genel bir nitelikli hal düzenlemesi olarak ele alınmasının yerinde olmadığı belirtilmektedir¹⁹². Buna karşın 5237 sayılı TCK’da bu nitelikli hal, 143. maddede “*Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde verilecek ceza üçte birine kadar arttırılır.*” şeklinde zorunlu bir arttırım öngörecektir. 765 sayılı TCK sadece kapalı yerlerde gece vakti işlenen hırsızlık suçunu nitelikli hal olarak düzenlemişken; 5237 sayılı TCK suçun gece vakti işlenmesini kapalı yerlerle sınırlı olmaksızın tüm şekilleri için genel bir arttırım sebebi olarak hükme bağlanmıştır. Buna karşın StGB § 243’te 1969 yılında yapılan değişiklikle hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesinin nitelikli hal olmaktan çıkarıldığı görülmektedir¹⁹³. Kanattimizce de hırsızlık suçunun gece vakti

¹⁹¹ Akbulut, a.g.e, s. 702; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 785.

¹⁹² Aslında benzer bir durum hırsızlık suçunun diğer bazı başka nitelikli halleri bakımından da geçerlidir. Örnekler için bkz. Başbüyük, Özbek, “Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi”, s. 111.

¹⁹³ Başbüyük, Özbek, “Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi”, s. 108.

işlemesinin zorunlu bir arttırım sebebi olarak öngörülmesi isabetli değildir. Bu noktada hakime cezanın arttırılması yoluna gitmeme yönünde bir takdir yetkisi tanınmasının daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

61/1-d'de “suçun konusunun önem ve değeri” üzerinde durulmuştur. Bu husus özellikle malvarlığına karşı işlenen suçlarda haksızlık içeriği üzerinde büyük bir etkiye sahiptir. Zira bu grupta yer alan suçların tanımları belli bir ekonomik değeri değil tipik hareketi nazarı dikkate alarak yapılmaktadır. Dolayısıyla suçun konusu ekonomik olarak çok düşükten çok yükseğe kadar sonsuz genişlikte bir değere taalluk edebilir ve bu da haksızlık muhtevasının artmasına ya da azalmasına yol açabilir¹⁹⁴. Suçun konusunun değeri görece az olsa bile fakir bir kişiye ait olması durumunda bu kişi bakımından arz ettiği önemin daha fazla olması dikkate alınarak faile verilecek ceza arttırılabilir¹⁹⁵. Keza failin iradesini belli bir miktara özgüleyerek mağdurun cebinden 2 TL çalması ile 2000 TL alması arasında fark vardır ve birinci durumda failin haksızlık içeriği daha azdır¹⁹⁶.

61/1-e'de “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı” zikredilmiştir. Failin fiiliyle ortaya çıkan zarar ya da tehlikenin ağırlığı failin suç işlemedeki kararlılığına, kriminal enerjisine (*verbrecherischen Energie*) bağlı olarak değişebilir. Örneğin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fiil daha ağır bir neticeye sebebiyet verdiği için haksızlık içeriği artmakta ve bu nedenle yaptırım da ağırlaşmaktadır¹⁹⁷. Dolayısıyla tehlike suçlarında tehlikenin, zarar suçlarında ise meydana gelen zararın ağırlığı failin haksızlık içeriğini etkileyerek faile verilecek ceza miktarı üzerinde rol oynamaktadır¹⁹⁸.

61/1-f'de “failin kast ya da taksire dayanan kusurunun ağırlığı” cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde dikkate alınması gereken bir kriter olarak zikredilmiştir. Yukarıda belirttiğimiz gibi esasen bu bent doğrudan haksızlıkla değil kusurla ilgili bir derecelendirmeye dayanmaktadır. Ancak bu ifade tarzından kusurun bütünüyle haksızlıktan bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği sonucu da çıkarılmamalıdır. Zira kusur da kasten ya da taksirle işlenmiş bir

¹⁹⁴ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 286.

¹⁹⁵ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 785

¹⁹⁶ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 277.

¹⁹⁷ Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 277.

¹⁹⁸ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 785.

haksızlığa göre belirlenmektedir¹⁹⁹. Bu bağlamda kasten işlenen suçlarda failin suçun işlenmesinde gösterdiği kararlı ve bilinçli tutum ya da kaçınılabilir bir haksızlık hatasına düşmüş olması; taksirli suçlarda da “kişisel öngörülebilirlik” cezanın tayininde belirleyici olacaktır²⁰⁰. Dolayısıyla bu ifade ile anlatılmak istenen “kast ya da taksirin” yoğunluğu değil, kasıtlı ya da taksirli bir fiil ile bağlantılı değerlendirmeye tabi tutulacak olan kusurun yoğunluğudur²⁰¹.

61/1-g’de “failin güttüğü amaç ve saik” düzenleme konusu yapılmıştır. Belli suçların işlenmesinde belli bazı amaçlarla hareket edilmesi suçun müstakil unsuru durumundadır. Hırsızlık suçunda ise öngörülen “yarar sağlama amacı” buna örnek gösterilebilir. Bazı suçlarda ise amaç ya da saik bir nitelikli hal durumundadır. Töre saikiyle kasten öldürme suçu işlenmesi de buna örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla 61/1-g’de düzenlenen hal, bu iki olasılığın dışında kalan durumlara özgüdür. Bu bağlamda failin başarı, kazanç hırsıyla suç işlemesi cezanın arttırılmasına neden olacak; merhamet duygusu, ekonomik kaygılar ise cezanın azaltılmasına neden olacak saiklere örnek gösterilmektedir²⁰².

Cezanın belirlenmesi sürecinin amacı somut olaydaki haksızlıkla ona uygulanacak yaptırımın ağırlığını dengelemektedir²⁰³. İşlenen fiilin haksızlık içeriği ile verilecek ceza arasında orantılılık bulunması ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olmakla birlikte, esasen olması gerekeni belirtmekten öteye geçememektedir. Zira orantılılık ilkesinin hayata geçirilebilmesi için hem kanun koyucu hem de uygulamacıya önemli görevler düşmektedir. Bir defa kanun koyucu hangi fiil karşılığında ne türde ve miktarda yaptırım uygulanacağını belirleme serbestisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi dahi bir çok kararında orantılılık ilkesinin önemine vurgu yapmakla birlikte kanun koyucunun bu alandaki yetkisinin mutlaklığına dikkat çekmektedir. Kanunlar kazuistik metodla yapılamayacağına göre benzer tüm olayları kapsayacak genel ve soyut suç tanımları yapmak ve tipik fiil açısından tüm olasılıkları kapsayacak bir ceza makası belirlemek zorunludur. Bu noktada özellikle ceza makasının alt ve üst sınırlarının mümkün olduğunca geniş tutulması ve bazı suç

¹⁹⁹ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 454.

²⁰⁰ Akbulut, **a.g.e.**, s. 703.

²⁰¹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 789.

²⁰² Akbulut, **a.g.e.**, s. 704.

²⁰³ Günther, “Grade des Unrechts und Strafzumessung”, s. 457.

tipleri bakımından cezasızlık imkanı yaratan düzenlemeler yapılması düşünülebilir. Yasal alt yapının hazırlanmasından sonraki süreçte ise uygulamacılar tarafından son derece etkili bir yorum faaliyetinin icra edilmesi gerekir. Burada vurgulamak istediğimiz önceliğin daima ve her şeye rağmen pozitif düzenlemede olduğudur. Dolayısıyla somut olay adaletine sağlamak amacıyla uygulamadan yargı yetkisinin sınırlarını aşan bir yorum faaliyetine girişmesini değil yasamanın görevini gereği gibi yerine getirmesini beklemek gerekir.

II. CEZALANDIRMAYI ETKİLEYEN DİĞER HALLER

Bir fiile uygulanacak cezanın belirlenmesinde fiilin haksızlık içeriği -bu bağlamda maddi ve manevi unsurları- asıl yükü taşımakla birlikte tek belirleyici değildir²⁰⁴. Neticede ceza, fiile değil bir insana verilmektedir. Bu sebeple failin bireysel özellikleri de netice ceza üzerinde büyük bir etkiye sahiptir²⁰⁵. Nitekim yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, meşru müdafaada sınırın aşılması, zorunluluk hali ve haksız tahrik durumlarında fiilin haksızlık muhtevası değiştiği için değil, failin kusuru azaldığı ya da ortadan kalktığı için faile ceza verilmemekte ya da verilecek ceza indirilmektedir. Yani faile verilecek ceza fiilin haksızlık içeriğini etkileyen hallerin yanı sıra; “kusuru kaldıran veya azaltan sebepler” ile “suçun unsurları dışında kalan haller” başlığı altında incelenen bazı başka durumlardan da etkilenmektedir.

Bir suçun haksızlık içeriği suçun tüm unsurları ile gerçekleştiği ana göre belirlenmelidir (örtüşme prensibi, *Koinzidenzprinzip*). Suçun tamamlanmasından sonra gelişebilecek şeyler fiilin haksızlık içeriğini arttıramaz ve azaltamaz²⁰⁶. Kanun koyucu bir fiili suç olarak tanımlamak istediğinde, kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak haksızlığa dahil tüm unsurları ilgili suç tipinde tasvir eder ve bu haksızlığın kendine özgü değersizliğine dikkat çeker. Kural olarak suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşmesi cezalandırılabilirlik için yeterlidir. Ancak suç tanımlarına bazen haksızlık ve kusurun dışında kalan başka unsurlar da eklenebilmektedir. Ceza hukuku öğretisinde “cezalandırılabilirliğin diğer şartları”

²⁰⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 178.

²⁰⁵ Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 7.

²⁰⁶ Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, § 6, s. 55, kn. 3.

(cezaya muhtaçlık unsurları) başlığı altında ele alınan bu tip durumlarda faile cezai yaptırım uygulanabilmesi için kanun koyucunun aradığı bazı başka ilave şartların gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi gerekmektedir²⁰⁷. Bu bağlamda cezalandırma için varlığı aranan şartlara “objektif cezalandırılabilirlik şartları”; bulunmaması gerekenlere ise “cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler” ile “şahsi cezasızlık sebepleri” denilmektedir.

Objektif cezalandırılabilirlik şartları, cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler ve şahsi cezasızlık sebeplerinin bulunduğu hallerde de aslında cezaya layık bir haksızlık olmasına rağmen cezaya muhtaçlık bulunmadığı söylenmektedir²⁰⁸. Zira bu şartların gerçekleşip gerçekleşmemesi fiilin haksızlık içeriği üzerinde etkiye sahip olmayıp, fiil aslında işlendiği an itibarıyla cezaya layık bir haksızlık vücuda getirmektedir. Ancak bu şartlar gerçekleşinceye kadar hukuk düzeni harekete geçmeyi zorunlu görmemektedir. Yani kanun koyucu bu tip suçlarda ilgili ceza normunu sınırlandırma yoluna giderek, cezaya layık her fiilin değil sadece cezalandırılmaya muhtaç fiillerin cezalandırılmasını sağlamak istenmiştir. Şahsi cezasızlık sebepleri fiilin işlendiği andan itibaren failin şahsında bulunan bazı özelliklere istinaden cezasız kalmasının tercih edildiği durumlardır. Milletvekili dokunulmazlığı, bazı suçlarda belli seviyede akrabalık ilişkisi (TCK md. 167, 245/4) bu duruma örnek gösterilebilir²⁰⁹. Bu gibi durumlarda bazı yararlar (örneğin hırsızlık suçunda bazı ailevi ilişkilerin korunması, milletvekilliği durumunda yasama dokunulmazlığı gibi) cezalandırma gereksinimi karşısında önceliği elde etmektedir. Dolayısıyla bu tip düzenlemeler bir bakıma kanun koyucunun cezalandırma yetkisine kendiliğinden getirdiği bir sınır niteliğindedir²¹⁰. Zira devlet ancak hukuk düzeninin korunması ve sürdürülmesi için zorunlu olması durumunda cezalandırma yoluna başvurmak zorundadır. Ceza hukukunda geçerli olan “kusursuz ceza olmaz” ilkesi,

²⁰⁷ İlhan Üzülmöz, Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”, **EÜHFD**, C. II, S. 1-2, 2007, s. 71; Zeynel T. Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, **İÜHFM**, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 152.

²⁰⁸ Uğur Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilirlik Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, **TBB**, S. 109, 2013, s. 216; Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, s. 153; Otto, “Strafwürdigkeit und Strafbefähigkeit als eigenständige Deliktstypen”, s. 53-69.

²⁰⁹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 183.

²¹⁰ Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilirlik Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, s. 234; Frisch, “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, s. 83; Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, s. 154.

“cezasız kusur olmaz” şekline çevrilerek yorumlanamaz. Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir²¹¹.

Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler suçun tamamlanmasından sonra ortaya çıkarak kişiye ceza verilmemesini ya da cezasında indirim yapılmasını sağlarlar. Cezayı kaldıran ya da azaltan şahsi sebepler başlığı altında incelenen etkin pişmanlık durumunda fail, ortaya çıkan haksızlığı zamanı geri çevirerek işlenmemiş hale getiremez ancak fiilin sebep olduğu neticeleri mümkün olduğunca gidermeye çalışan failin bu tutumu kanun koyucu tarafından ödüllendirilebilmektedir²¹².

Objektif cezalandırılabilme şartları suçun tamamlanması açısından önem taşımaz, kastın kapsamı içinde yer almazlar. Bu sebeple bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hatanın bir önemi yoktur ancak bu şartlar gerçekleşmeden fail de şerikler de cezalandırılmaz²¹³. TCK'nun 161. maddesinde düzenlenen hileli iflas suçu bakımından “iflasa karar verilmesi”; bazı suç tiplerinde yer alan karşılıklılık şartı, 240. maddesinde düzenlenen mal ve hizmet satımından kaçınma suçu bakımından “kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması” objektif cezalandırılabilme şartı örneklerindedir²¹⁴. Belirtelim ki bazı durumlarda kanunda yer bir unsurun tipikliğe mi ait olduğu yoksa objektif cezalandırılabilme şartı niteliğinde mi olduğunu saptamak zorlaşmaktadır²¹⁵. Soruna yorum kuralları çerçevesinde bir çözüm bulunmaya çalışılmasına rağmen tereddüt hasıl olması durumunda ilgili unsurun tipiklik içerisinde değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda o unsur kast kapsamında değerlendirileceğinden hata uygulaması bakımından failin daha lehine olduğu belirtilmektedir²¹⁶.

²¹¹ Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, s. 242.

²¹² Akbulut, **a.g.e.**, s. 182; Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 236. Aksi yönde; bkz Kern, “Grade der Rechtswidrigkeit”, s. 287. Yazar çalınan şeyin iadesi, hakaret edilen kişiden özür dilenmesi gibi durumlarda suçun haksızlık içeriğinin azalacağını belirtmiştir.

²¹³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 179.

²¹⁴ Akbulut, **a.g.e.**, s. 181.

²¹⁵ Bu tip durumlarda şöyle bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmektedir: Objektif cezalandırılabilme şartı olan norm, bu şartın olmadığı hayali bir normla karşılaştırılır; şayet fail bu hayali normu ihlal etmesi dolayısıyla cezalandırılabiliriyorsa söz konusu şart objektif cezalandırılabilme şartı niteliğindedir. Fiil o şart olmadan cezalandırılmıyorsa tipikliğin unsuru niteliğindedir. (Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, s. 216).

²¹⁶ Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, s. 152.

Gıyapta hakaret suçunda ihtilat şartı hukukumuzda bu tartışmanın en önemi örneklerinden biridir. TCK'nun gıyapta hakaret suçunu düzenleyen 125. maddesinin son cümlesinde “Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir” denilmiştir. Gerekçede de belirtildiği gibi aslında bir veya iki kişiyle ihtilat ederek de mağdura hakaret edilebilir ve bu durumda da esasında bir haksızlık gerçekleşmektedir. Ancak izlenen suç siyaseti gereği gıyapta hakaretin cezalandırılabilmesi en az üç kişinin muhatap alınması aranmıştır. Bu düzenleme öğretide genellikle objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir²¹⁷. Bununla birlikte aksi görüşe göre aleniyeti suçun unsuru olarak kabul etmek onu aynı zamanda kastın kapsamına sokmak anlamına geleceğinden daha lehe bir sonuç yarattığı için maksada daha uygundur. Zira bu olasılıkta failin cezalandırılabilmesi için aleniyet unsurunun gerçekleştiğini de bilmesi gerekmektedir²¹⁸.

Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebepler ile şahsi cezasızlık sebepleri de fiilin haksızlık muhtevasında değişim yaratmamakla birlikte bireysel bir etki doğurarak kimin şahsında gerçekleşiyorsa o faile ceza verilmesine engel olmaktadır. Bu sebeple iştirak halinde işlenen suçlarda da sadece ilgilisi bakımından etkili olurlar. Nitekim TCK md. 40/1c.2’de “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” ifadesiyle bu hususu vurgulamıştır.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmediği durumlarda esasen suç oluşturan bir haksızlık tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olduğundan verilecek karar “beraat” değil; CMK md. 223/4’ün kıyasen uygulanması suretiyle “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı olmalıdır. Her ne kadar bu tip durumlarda ne tür bir hüküm kurulacağı kanunda açıkça zikredilmemiş ise de yakın kurumlar olan şahsi cezasızlık sebeplerinin veya cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olarak etkin pişmanlık koşullarının oluştuğu durumlarda CMK md. 223/4’te ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği öngörüldüğünden ve muhakeme hukununda kıyas engeli

²¹⁷ Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, s. 157, 161.

²¹⁸ Üzülmez, Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, s. 85.

bulunmadığından varılabilecek en uygun sonucun bu olduğu görüşüne iştirak ediyoruz²¹⁹.

Alman öğretisinde Jescheck'in de belirttiği gibi faile verilecek cezadan vazgeçilmesine imkan tanıyan düzenlemelerin bir kısmında da telafi-denkleştirme (*Kompensation*) düşüncesi hakimdir. Örneğin karşılıklı hakaret durumunda TCK md. 129/3 ve StGB § 199 uyarınca hakim faillerden birisine ya da her ikisine birden ceza vermekten vazgeçebilmektedir. Burada özellikle ilk fail bakımından cezasızlık sonucunu doğuran etmen, karşılıklı hesaplaşma (*Aufrechnung*) düşüncesidir. Zira faile derhal bir tepki verilmiş ve bu tepki bir bakıma onun cezası olmuştur. Ancak ikinci fail bakımından özel bir haksız tahrik durumu söz konusu olduğundan onun kusurunda her halükarda bir azalma söz konusu olmaktadır²²⁰.

Modern ceza hukukunun vazgeçilmez ilkelerinden biri olan kusur prensibine göre failin kusuru gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamak, somut olayda hükmedilen ceza, failin kusuruyla orantılı olmak zorundadır²²¹. Bu bağlamda objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı da tartışılan konulardan biridir. Ancak cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının cezayı gerekçelendirici değil, kusurun saptanmasından sonra cezalandırma sahasını sınırlayıcı etki göstermesi dikkate alındığında kusur ilkesine muhalif bir tarafı olmadığı belirtilmektedir²²².

III. SOSYAL UYGUNLUK VE ÖRF-ADET KAVRAMLARININ HAKSIZLIK ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Türk ve Alman ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında sosyal uygunluk ve örf-adet kavramlarından hareketle bazı durumlarda fiilin hiçbir şekilde haksızlık ifade etmediği ya da haksızlık içeriğinin cezalandırmayı gerektirmeyecek ölçüde az olması dolayısıyla cezasız bırakılması gerektiği iddia edilmektedir. Sosyal uygunluk kavramı Alman hukuku menşeli olup ortaya çıkış şekli ve amacı itibarıyla esasen

²¹⁹ Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", s. 156.

²²⁰ Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, s. 868.

²²¹ Ersoy, "Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği", s. 207.

²²² Kangal, "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", s. 155.

burada açıklanandan daha farklı bir fonksiyona sahiptir. Buna karşın zaman içerisinde çoklu bir fonksiyon kazanmış ve ceza hukukunun “sınır alanları” olarak tarif edilen konu ve olaylar için fiilin haksızlık vasfını tayin noktasında günümüz modern ceza hukuku öğretisinde de kendisine sıklıkla müracaat edilir hale gelmiştir. Keza kimi yazarlarca da haksızlık içeriği hangi seviyede olursa olsun bazı fiillerin cezalandırılmasından örf-adete uygun olduğu gerekçesiyle sarfınazar edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Aşağıdaki başlık altında sosyal uygunluk ve örf-adet kavramlarının fiilin haksızlık içeriği ve vasfını belirlemeye yönelik kullanım şekillerine bakılacak ve bu yaklaşımların yerindeliği tartışılacaktır.

A. Sosyal Uygunluk Teorisi

1. Ortaya Çıkışı, Hukuki Niteliği ve Fonksiyonu

a. Tarihsel Gelişimi ve Kapsamı

Sosyal uygunluk (*Sozialadäquanz*) teorisi Alman doktrininde ilk defa 1939 yılında Welzel tarafından ortaya atılmış ve daha sonra uzun yıllar çetin dogmatik tartışmalara konu olmuştur. Yazar bu kavramı esasen bir ceza hukuku kurumu olarak düşünmüş ise de sosyal uygunluk düşüncesi iş hukuku ve medeni hukuk sahalarında da geniş tartışma yaratmış ve kendisine uygulama alanı bulmuştur²²³.

Welzel 1939 yılında yayınlanan meşhur “*Studien zum System des Strafrechts*” isimli çalışmasında; şeklen bir normu altlıyor olsa dahi, failin norma aykırı her hareketinin cezalandırılmayacağını, ceza hukukunun amacının korunan hukuki değere yönelik tüm ihlalleri değil, sadece sosyal açıdan “dayanılamaz, katlanılamaz (*unerträglich*)” nitelikte olanları yasaklamak olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple yazara göre; “toplumsal yaşamının tarihsel süreçte oluşan sosyoetik düzeni içinde kalan” yani “sosyal açıdan uygun/normal” görülebilecek hareketlerin tipik bir haksızlık olarak görülmesi ve yaptırım ile karşılanması işin doğasına aykırıdır.

²²³ Thomas Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, *JuS*, S. 4, 2011, s. 312. Özellikle Federal Alman İş Mahkemelerinin (BAG 1,300) grev ve lokavtı hakkını emek mücadelesinin “sosyal açıdan uygun” bir aracı olarak kabul etmesi sosyal uygunluk kavramının son derece ilginç kullanım alanlarından birisidir (Claus Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Ed. Günter Kohlman, C.II, Dr. Peter Deubner Verlag, C.II, Köln, 1983, s. 304).

Üstelik bu tip hareketler ceza hukuku tarafından korunan hukuki değerler bakımından bir tehlike hatta zarar doğursalar dahi suç oluşturmazlar. Örneğin gerekli bütün dikkat ve özen gösterilerek; usulüne uygun şekilde işletilen demiryolları, madenler ve fabrikalarda gerçekleşen yaralanma ve ölüm vakaları bu faaliyetlerin sosyal uygunlukları sebebiyle kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarını oluşturmaz. Keza postacıya küçük bir yeni yıl bahşisi verilmesi StGB § 331'de düzenlenen yarar sağlama suçu kapsamında değerlendirilemez. Zira sosyal açıdan uygunluk taşıyan bir davranış asla ceza hukuku haksızlığı olarak tipikleştirilemez. Bu tip hareketler kanunun lafzına uysalar bile “toplumsal yaşam içinde tamamıyla sorunsuz, sosyal hareket özgürlüğü kapsamında kalan” davranışlardır. Bu nedenle de cezaya layık görülmeleri mümkün değildir²²⁴.

Yukarıda anafikri özetlenen sosyal uygunluk teorisinin temelinde hukuki değer ihlallerinin her durumda cezalandırmayı gerektirmeyeceği düşüncesi vardır ve bu düşünce bugüne kadar en çok karayolu ve demiryolu trafiğinden kaynaklanan taksirli fiillere ilişkin cezai sorunlarda tartışma bulmuştur²²⁵. Hatta bir görüşe göre sosyal uygunluk kavramı ceza hukuku teorisinde asıl işlevini genel özen yükümlülüğünün kapsamını belirleyip sosyal uygunluk taşıyan rizikoları ceza hukuku sahası dışına iterek, taksirli suçları sınırlama şeklinde göstermektedir. Ancak bu ifadelerden sosyal uygunluk kavramına kasıtlı suçlarda başvurulmadığı anlamı çıkmamalıdır. Bu teorisinin taraftarları kasıtlı suçlarda failin bir hukuki değeri ihlal etme bilinciyle hareket etmesine rağmen ortaya sosyal açıdan uygun bir netice çıkabileceğini kabul etmektedir²²⁶. Yani sosyal uygunluk kavramının bir fonksiyonu, kasıtlı fiillerin bir kısmının tipe uysa bile sosyal açıdan rahatsızlık yaratmayabileceği düşüncesinden hareketle cezasızlık sonucuna ulaşılmasını izah etmek; diğer

²²⁴ Hans Joachim Hirsch, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, **ZStW**, S. 74, 1962, s. 79; Karl Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed. Günter Stratenwerth, De Gruyter, Berlin-New York, 1974, s. 419 vd; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 295, kn. 33; Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 303; Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, s. 312; Schöнке, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 70 vd; Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 514 vd.

²²⁵ Manfred Maiwald, “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik”, **Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag**, Ed. Theo Vogler/ Joachim Herrmann/ Justus Krümpelmann/ Reinhard Moos/ Otto Triffterer/ Rudolf Leibinger/ Dieter Schaffmeister/ Jürgen Meyer/ Peter Hüne, Band 1, Duncker & Humblot, Band 1, Berlin, 1985, s. 411

²²⁶ Heinz Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 636.

fonksiyonu da dikkat ve özen yükümlülüğünün sınırlarını çizerek taksirli fiillerden doğan ceza sorumluluğunu sınırlamaktır.

Nitekim sosyal uygunluk teorisi Welzel tarafından da hem kasıtlı hem de taksirli suçlarda uygulanmaya müsait şekilde formüle edilmiştir. Sosyal uygunluk taşıdığı için cezalandırılmayacağı belirtilen kasıtlı fiillere örnek olarak; modern toplu taşıma araçlarının kullanımından kaynaklanan özgürlük kısıtlamaları, alışlagelmiş beyanlarla kişileri tehdit etmek, usulüne uygun tıbbi yardım faaliyetlerindeki ölüm ve yaralanma neticeleri sayılmakta iken taksirli fiillere örnek olarak; usulüne uygun işletilen işletmelerdeki ölüm ve yaralanma olayları ve spor faaliyetlerinin icrasından kaynaklanan yaralanmalar gösterilmektedir.

Sosyal uygunluk teorisinin detaylarına inildiğinde Welzel'in benimsediği finalist hareket teorisinden ayrı ele alınamayacağı onunla sıkı bir bağlantı içerisinde olduğu anlaşılmaktadır. Zira yazar, doğal hareket teorisine karşıdır ve bu teorisinin hukuki değerleri statik bir konuma indirgeyen, hukuki değer ihlalini hareketin salt nedensel bir sonucu olarak gören yaklaşımını reddetmektedir. Bu yaklaşıma yönelttiği temel itiraz hukuki değerlerin sosyal bağlamından kopararak ele alınmasıdır. Oysaki yazara göre hukuki değerler, insanlar gibi yaşayan ve onlarla etkileşim halinde olan değerlerdir²²⁷. Nitekim yazar yukarıda adı geçen çalışmasında hukuki değerleri sosyal bağlamında değil de hareketsiz, fonksiyonsuz bir dünyada değerlendirmeye çalışmanın son derece hatalı olduğunu belirtmiş ve bu durumu bir metafor ile açıklamaya çalışmıştır. Buna göre hukuki değerlerin mutlak şekilde korunması; onları müzede sergilenen, bir vitrinde itinalı şekilde zarar görmekten korunan eserler gibi ele almak demektir. Ziyaretçiler için bu eserler sadece bakılacak bir nesnedir. Fail ise müzenin bu ideal atmosferini bozan kaba bir kişidir. Daha doğrudan bir anlatımla, suçun herhangi bir hukuki değer ihlali olduğu fikri özünde hukuki değerlerin bütün müdahalelerden uzak, dokunulmaz bir konumda olduğu kabulüne dayanmaktadır. Oysaki gerçek bundan farklıdır: Hayat, sağlık, özgürlük, mülkiyet gibi hukuki değerler sadece “mevcut (*da*)” değildir, onların mevcudiyeti bir fonksiyon içinde olmalarına bağlıdır. Sosyal yaşam içinde çeşitli etki yaratır ve çeşitli etkilere maruz kalırlar. Üstelik bu etkiler her zaman hukuki değeri yüceltici

²²⁷ Freidrich Schaffstein, “Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre”, **ZStW**, S. 72, 1960, s. 370 vd; Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, s. 312.

pozitif nitelikte değil aşındırıcı negatif mahiyette de olabilir. Sosyal yaşamda hukuki değerlerin kullanımı ve tüketilmesi durumu söz konusudur. Sosyal yaşam ancak hareket özgürlüğünün aralıksız olarak kısıtlanması yoluyla sürdürülebilir. Tüm yorucu işler bir anlamda bedensel rahatlığın bozulması, toplu taşıma araçlarının kullanılması hareket özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelir. Ortalama bir sosyal ortamın (*durchschnittliche soziale Zusammenleben*) mümkün olabilmesi için bir gün içerisinde birçok hukuki değer kısıtlanmasına, tehlikeye ya da zarara maruz kalmasına katlanılmaktadır. Sosyal yaşam içerisinde icra edilen tehlikeli faaliyetler yaşam hakkı bakımından bile katlanması gerekli riskler yaratabilmektedir. Üstelik sosyal yaşam içerisinde bu riskler farkedilmeyecek kadar alışılmış hale gelmiştir²²⁸.

Welzel'e göre, final hareketi daima toplumsal bağlamı içerisinde ele almak gerekmektedir. Suçu, hukuki değerleri tehlikeye ya da zarara maruz bırakan tüm davranışları kapsayacak şekilde tanımlamak elverişli bir yöntem değildir. Hukuk mantığı hukuki değerleri ihlal edebilecek tüm etkileri değil bunlardan sadece çok "katlanılmaz" olanları yasaklamayı haklı kılar. Özel hukukta tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde son derece geniş kapsamlı bir yaklaşımla zarar yaratıcı olayın bir kişinin hakimiyet alanı içerisinde gerçekleşmesi (örneğin hayvan sahibinin sorumluluğu) yeterli görülürken; ceza hukuku iradi bir insan hareketinin bulunduğu durumlarla sınırlanmıştır. Bir ceza hukuku haksızlığı vücuda gelebilmesi için mutlaka gai bir hareket olması gerekip bu hareket de sosyal bağlamında ele alınmalıdır²²⁹. Hukuk düzeni toplumsal yaşama katılmak isteyen her insandan hareketinin beraberinde getirdiği tehlikeler bakımından "basiretli ve özenli" davranmasını bekler. Bununla birlikte objektif özen ölçütü makul bir yaklaşıma göre hukuki değer ihlaliyle ilgili her hareketin yapılmasından kaçınmayı talep etmez. Bireylerden sadece gündelik hareketlerine mündemiç "sosyal açıdan uygun" tehlikelerden kaçmaları beklenmemektedir. Talep edilen yalnızca bu tehlikelerin sosyal açıdan uygun olan seviyenin üzerinde yükseltilmemesidir. Bu sebeple trafikte gerekli olan tüm özeni göstermesine rağmen bir kişiye çarparak ölümüne sebep olan

²²⁸ Rönnau, "Grundwissen-Strafrecht: Sozialadäquanz", s. 312; Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 514-515.

²²⁹ Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 515-516.

sürücü cezalandırılmaz²³⁰. Toplumun mobilite ihtiyacı ve arzusu karşısında motorlu taşıtların tamamen kurallara uygun kullanımı sonucu ortaya çıkan ölüm ve yaralanmayla sonuçlanan kazalar cezalandırılmamalıdır. Zira optimum ve idealize edilmiş koşullar altında dahi motorlu taşıt trafiğine katılanlar bakımından riskin sifra indirilmesi mümkün olmayıp mevcut ayrıntılı düzenlemeler sadece riski minimize etme gayesine yöneliktir²³¹.

Sosyal uygunluk kavramı genellikle amca-yeğen örneğinden hareketle açıklanmaya çalışılmaktadır. Buna göre yeğenin amcasının mirasını alabilmek için kaza sonucu ölmesini temenni ederek amcasını uçak yolculuğu yapacağı bir seyahate ya da yıldırım çarpmasını temenni ederek yağmurlu bir günde yürüyüş yapmaya ikna etmesi durumunda, amca gerçekten uçak kazası ya da yıldırım çarpması sonucunda ölse dahi yeğen cezalandırılmayacaktır. Welzel'e göre bu olayda cezasızlık sonucu fiilin sosyal uygunluğuna dayanmaktadır²³². Öğretide Welzel'i takip eden başka yazarlar da normal ağırlıktaki bir yaşam riskinin yasaklanamayacağını, amca-yeğen örneğinde başkasını tehlikeye sokma bakımından sosyal açıdan uygun riskin aşılmadığını belirterek meydana gelen neticelerden sorumluluk doğmayacağını ifade etmektedirler²³³.

Öğretinin sosyal uygunluk kavramını izaha yönelik en klişe örneklerinden birisi de -yukarıda belirttiğimiz- modern toplu taşıma araçlarını kullanan yolcuların istedikleri her yerde değil sadece sefer planına uygun yer ve duraklarda araçtan inebilmeleridir. Örneğin toplu taşıma aracına bindikten sonra evde bir şey unuttuğu için ya da yanlış yöne giden araca bindiğini fark ettiği için araçtan inmek isteyen kişi ancak belli durak noktalarında inebilecektir. Her ne kadar bu kişinin şeklen hareket özgürlüğü kısıtlanmış da olsa bu kısıtlamanın bütünüyle sosyal açıdan uygunluk taşıdığı bu sebeple cezalandırılabilir bir fiil ortaya koymadığı belirtilmektedir²³⁴.

Sosyal uygunluk kavramıyla ilgili ortaya atılan en temel sorunlardan biri de sosyal uygunluk taşıyan bir fiilin kriminal maksatlarla işlenmesi durumunda nasıl

²³⁰ Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, s. 114.

²³¹ Rönnau, "Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz", s. 313.

²³² Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 516-517.

²³³ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 85.

²³⁴ Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", s. 80; Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", s. 635-636.

değerlendirileceğidir. Welzel, akciğer hastası olup olası bir gebelik durumunda yaşamını kaybedebilecek olan karısıyla ölmesini sağlamak amacıyla cinsel ilişkiye giren kocanın durumunu buna örnek göstermektedir. Yazar, evlilik içi rızaya dayalı cinsel ilişkilerin normal olduğu yönünde kesin bir sosyal mutakabat bulunmakla birlikte bu tip hareketlerin bir hukuki değer ihlali amacına yönelmeleri durumunda sosyal hareket özgürlüğünü (*sozialen Handlungsfreiheit*) aşacaklarını ve kabul göremeyeceklerini belirtmiştir. Yazara göre cinsel yollarla bulaşan bir hastalık taşıyan kocanın karısıyla aynı maksatla cinsel ilişkiye girmesi durumunda da benzer bir durum söz konusudur. Welzel bu iki örnekte de kadının ölmesi halinde kocanın kasten öldürme suçundan sorumlu tutulabileceğini zira örnek olaylarda gai, tipik ve hukuka aykırı bir hareket bulunduğunu belirtmektedir²³⁵. Yani sosyal uygunluk taşıyan hareketlerin hiçbir zaman kasten işlenen fiillere mazeret olamayacağı belirtilmektedir. Eğer fail kesin veya muhtemel olarak hukuki değeri ihlal edecek bir neticenin ortaya çıkacağını bilerek fiilini icra ediyorsa o fiil sosyal açıdan uygun kabul edilemez²³⁶.

b. Sosyal Uygunluk Kavramının Hukuki Niteliği ve Fonksiyonu

Ortaya çıkışını bu şekilde ortaya koymaya çalıştığımız sosyal uygunluk kavramı Alman öğretisinde büyük bir ilgi toplamış olmakla birlikte uzun yıllar suç teorisi içerisinde kendisine sabit bir yer edinememiş ve hukuki niteliği de hiçbir zaman netleştirilememiştir. Sosyal uygunluk kavramının suç teorisi içerisinde nasıl konumlandırılması gerektiği konusunda bugüne kadar onlarca farklı tez ortaya atılmıştır. Bazı yazarlar sosyal uygunluğun ceza hukuku için ihtiyaç duyulan bir kavram olduğu kabulünden hareketle hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara dahil olma yoluna giderken; bazı yazarlar ise çeşitli gerekçelerle sosyal uygunluğun belirsiz ve hukuk güvenliğini tehdit eden bir yaklaşım tarzı olduğunu, ceza hukukunun kabul

²³⁵ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 520-521; Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 634-635

²³⁶ Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 428; Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 634-635.

görmüş kurumları karşısında bu teoriye ihtiyaç bulunmadığını belirterek bu tartışmalara hiç dahil olmamışlardır²³⁷.

Ceza hukukunda sosyal uygunluk kurumuna yer açılması gerektiğini düşünen yazarlar bakımından temel problem; sosyal uygunluk kavramının, tipiklik veya hukuka aykırılıkla ilişkilendirilmesinde ortaya çıkmaktadır²³⁸. Sosyal uygunluk teorisinin mucidi Welzel dahi genel hükümler kitabının çeşitli basılarında sosyal uygunluğun hukuki niteliğine ilişkin görüşünü değiştirmiş, başlangıçta hukuka aykırılık alanında değerlendirdiği sosyal uygunluğu sonra tipiklik ile ilişkilendirmiş, daha sonra uzun süre örf-adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir. Fakat çalışmasının son basılarında tekrar sosyal uygunluğu tipikliği kaldıran bir unsur olarak değerlendirmeye başlamıştır²³⁹.

Welzel, sosyal uygunluğun örf-adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi olduğu yönündeki ikinci görüşüne norma aykırılık “*normwidrigkeit*” ve hukuka aykırılık “*rechtswidrigkeit*” kavramları arasında ayırım yaparak ulaşmıştır. Norma aykırılığın sadece hukuka aykırılığın karinesi olabileceğini bu fiile izin veren bir norm bulunması halinde (*Erlaubnisnorm*) hukuka aykırılıktan bahsedilemeyeceğini belirterek, sosyal uygunluğu örf-adet hukukundan kaynaklanan bir hukuka uygunluk sebebi olarak nitelemiştir. Zira yazara göre, izin normlarının meşehinin farklı olması mümkündür. Pozitif hukukta yazılı olarak bulunabilecekleri gibi tamamen tarihsel süreçte oluşan sosyoetik düzen kaynaklı da olabilirler. Ancak Welzel’in sonradan bu görüşünden vazgeçerek sosyal uygunluğu tipiklik alanında değerlendirilmeye başlanması öğretide olumsuz karşılanmış, bu değişimin sosyal uygunluk kavramının uygulanma alanını daralttığı, kasıtlı suçlarda uygulanma imkanını ortadan kaldırarak, taksirli suçlara hasrettiği belirtilmiştir. Zira o güne kadar her ne kadar Welzel bunu açıkça dile getirmese de öğreti sosyal uygunluk kavramını -fazlasıyla benimseyerek- haksızlık bakımından cezalandırılabilirliğin sınırında bulunan fakat onu aşmayan fiillerin cezalandırılmamasını sağlama amacıyla

²³⁷ Hirsch, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, s. 78; Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 421; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 296, kn. 34; Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 303.

²³⁸ Hirsch, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, s. 79.

²³⁹ Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 419; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 296, kn.34; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 69-70; Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 305.

da kullanılmaya başlanmıştı. Bununla birlikte sosyal uygunluğun tipiklik alanında değerlendirilmesi de bu yaklaşımı olanaksız kılmamış, öğretici tarafından sosyal uygunluk kavramından hareketle yorum yoluyla da cezasızlık sonucuna ulaşmıştır²⁴⁰.

Sosyal açıdan uygun olan hareketin tipik olmadığı yaklaşımı, sosyal uyumsuzluğun haksızlığın özünü oluşturduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu tip durumlarda tipikliği gerçekleştirmeye yetecek seviyede bir haksızlık bulunmadığı belirtilmiştir²⁴¹. Bu düşünceye göre sosyal uyumsuzluk suçun bağımsız bir unsuru olmayıp tüm suçların temel karakteristik özelliğidir. Bu sebeplerdir ki fail tipik hareketinin sosyal uygunluğu hususunda hataya düşerse bu kastı kaldıran bir unsur hatası değil (StGB § 16), yasak hatası (StGB § 17) vücuda getirir. Suç tipleri yorumlanırken de “sosyal uyumsuzluk” prensibi dikkate alınarak kapsamlarına sadece sosyal uyumsuzluk ifade eden fiiller girebilecek şekilde yorumlanmalıdır²⁴².

Welzel’in öğrencisi Hirsch de sosyal uygunluğun uygulama sahasından tipik bir hareketin mevcudiyetine rağmen örf-adet hukukundan kaynaklanan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu halleri çıkarmaya çalışmıştır²⁴³. Hirsch’e göre sosyal uygunluk kavramını tipiklik alanında değerlendirmek gereklidir. Sosyal uygunluk bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilemez. Zira sosyal uygunluk taşıyan fiiller hiçbir durumda tipik bir fiil vücuda getiremezler. Dolayısıyla bu tip fiiller için ayrıca bir de hukuka aykırılık değerlendirmesi yapılması söz konusu edilemeyecektir²⁴⁴.

Bugün için hakim görüşün sosyal uygunluk kavramını haksızlık sahasında değerlendiren ve tipiklikle bağlantılı olarak ele alan görüş olduğunu, sosyal uygunluğun kusuru etkileyen bir hal olduğu görüşünün ise zayıf kaldığını ve azınlık görüşü durumunda olduğunu söylemek mümkündür. Zira Welzel tarafından geliştirilen haliyle sosyal uygunluk kavramı bireysel isnadiyetin konusunu oluşturacak bir mesele değildir. Belli bir fail için değil hukuk toplumunun tamamı

²⁴⁰ Schaffstein, “Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre”, s. 372-374.

²⁴¹ Akbulut, **a.g.e.**, s. 174.

²⁴² Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 297, kn. 37.

²⁴³ Schaffstein, “Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre”, s. 375.

²⁴⁴ Hirsch, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, s. 87.

açısından doğru olan davranışı konu edinir²⁴⁵. Sosyal uygunluk taşıyan hareketlerin tipik olmadığından hareket eden yazarlar, sosyal uygunluğun sosyal açıdan örnek teşkil edecek seviyede üst bir ahlakilik düzeyine işaret etmediğini, sadece sosyal açıdan normal olanı gösterdiğini ve bu sebeple sosyal düzene uygunluk gösteren hareketlerin tipik olmadıklarını, bunun ötesinde bir kusur değerlendirmesinde kullanılamayacağını belirtmektedirler²⁴⁶.

Sosyal uygunluğun hukuka uygunluk sebebi olduğunu düşünen yaklaşım sosyal uygunluk taşıyan fiillerin hukuka da uygun olduğu düşüncesinden hareket etse de iki kavram arasındaki farklılıklar sebebiyle bu düşünce kabul görmemektedir. Zira hukuka uygunluk sebepleri faile belli koşullar altında bir yetki tanırken, sosyal uygunluk muhatabı toplumdaki herkes olan genel bir hareket sahası belirler. Hukuk düzeni faile bu yetkiyi kullanmasını emretmez sadece izin verir. Hukuk düzeni ya da sosyal düzen tarafından emredilen bir davranışın ise hukuka uygunluk sebebine ihtiyacı olmadığı söylenmiştir²⁴⁷.

Bununla birlikte suçlar önemli bir haksızlık ifade ettiği hususunda toplumsal bir mutakabat bulunan fiillerin kanunda kalıplaşmış halleridir ve zaten öyle de olmaları gerekir. O halde burada sorulması gereken soru yukarıda anlatılan ve Welzel'in belirttiği gibi bir fiilin hem suçun kanuni tanımına uyması hem de sosyal açıdan kabul gören bir hareket tarzı olmasının mümkün olup olmadığıdır? Alman öğretisinde Zipf konuya tam tersinden yaklaşarak, kanuna uygun hareketlerin zaten sosyal açıdan da uygun olduğunu zira kanuni düzenlemelerin sosyal açıdan kabul görmeyen fiillerin yasal tanımlarından ibaret olduğunu belirtmiştir. Yazara göre her ne kadar sosyal uygunluk doğrudan bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmese de sosyolojik manada hukukun gerçek kaynağı durumundadır. Dolayısıyla hukuka uygun (*rechtskonform*) ve sosyal düzene uygun (*sozialadäquanz*) hareketler

²⁴⁵ Rönnau, "Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz", s. 313; Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", s. 640.

²⁴⁶ Peters, "Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip", s. 420.

²⁴⁷ Karl Lackner, Kristian Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2014, vor § 32, kn. 29; Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", 304; Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", s. 647; Zipf, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", s. 645.

birbirlerini tamamlarlar. Örneğin iş kazalarını önleyici tedbirlerin bir kısmı pozitif hukuktan bir kısmı ise sosyal teamüllerden çıkarılmaktadır²⁴⁸.

Klug tarafından ileri sürülen “sosyal mutabıklık (*Sozialkongruenz*)” görüşüne göre ise, sosyal mutabıklık tipikliği ortadan kaldırırken sosyal uygunluk hukuka aykırılığı gidermektedir. Bazı durumlarda toplumsal normlardan sapma çok hafif ve önemsiz olabilir, bu durumda fiil kanunda tanımlanan suç tipinin kapsamı dışında kalır. Sosyal mutabıklık, tüm suç tipleri açısından sosyoetik bakımdan önemsizliği sebebiyle izin verilmiş davranışları ifade etmektedir²⁴⁹. Yazara göre, her ne kadar suç tipleri esasen sosyoetik prensiplerin kanunlardaki birer yansıması olup bir hareketin tipikliği bu hareketin sosyal normlara aykırı olduğu yönünde bir karine yaratsa da, bazı durumlarda sosyal mutabıklık sebebiyle tipikliğin gerçekleşmediğini iddia etmek mümkündür. Sosyal mutabıklık bulunan hareketler hukuka uygun değil hukuk nazarında önemsiz hareketlerdendir. Örneğin tedip hakkı kapsamında çocukların hürriyetinin kısıtlanması böyledir. Keza hayvanların korunmasına ilişkin kanunlarda hayvan öldürmenin yasaklanmış olmasına rağmen sinek öldürmek tipik bir fiil değildir²⁵⁰.

Klug’a göre sosyoetik açıdan hareketi emredilen, önemsiz ve izin verilen hareketler olarak kategorize etmek mümkündür. Hekimin tıbbi girişimde bulunma yükümlülüğü emir, küçük bir meblağ ile şans oyunu oynama önemsizlik durumu olarak sosyal mutabıklık çerçevesinde ele alınırken; bir yandan risk taşıyan ama diğer yandan izin verilen hareketler olarak sosyal uygunluk çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda sosyal mutabıklık tipikliği kaldıran bir sebep iken sosyal uygunluk hukuka aykırılığı kaldıran bir sebeptir²⁵¹. İzin verilen risk sahası içerisinde kalan fiiller sosyal açıdan da kabul görebilir. Ancak sosyal mutabıklık sadece tehlikeli faaliyet sahalarıyla ilgili olarak gündeme gelmez²⁵².

²⁴⁸ Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 637-638.

²⁴⁹ Ulrich Klug, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, Ed. Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas, 2. bs, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, s. 255 vd.

²⁵⁰ Klug, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, s. 263.

²⁵¹ Klug, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, s. 261 vd.; Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 307-308.

²⁵² Klug, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, s. 248 vd.

Sosyal uygunluk kavramının hukuki niteliği netleştirilememiş olsa da kesin olan şudur ki Welzel ve onu takip eden yazarlar sosyal uygunluk kavramıyla “genel bir dogmatik cezasızlık” formu ortaya koymaya çalışmıştır²⁵³. Bunun amacı da ceza hukukunun “aşırılıklarını törpülemek” klasik kurumların açıklamakta yetersiz kaldığı noktalarda bu kavrama müracaat edebilmektir. Nitekim yazar, yukarıda adı geçen çalışmasında sosyal uygunluk kavramına metodik olarak açıkça “suçun uygulama sahasından gerçekte onunla ilgili olmayan fiilleri ayırma fonksiyonu” yüklemiştir²⁵⁴. Sosyal uygunluk kavramı Welzel tarafından keşfedildikten sonra hukukçuların özellikle kanun üstü bir cezasızlık sebebi aradığı noktalarda kanunun lafzının sınırlanması amacıyla başvurulan bir terim olmuştur²⁵⁵.

Benzer görüşte olan Rönnau’ya göre de sosyal uygunluk kavramı ceza hukukunun “topraklama” yapma yoludur. Yani sosyal uygunluk kavramı sayesinde ceza hukuku toplumsal realiteyle uyumlu hale gelmektedir²⁵⁶. Alman öğretisinde Zipf de sosyal uygunluk teorisinin, ceza hukuku içerisinde kendisine bağımsız bir yer edinerek toplumsal yaşama hükmeden ancak pozitif hukuka yabancı olan normların ceza hukukuna doğrudan entegre olmasını sağladığını belirtmiştir. Yazara göre sosyal uygunluk teorisi, normatif hukuk bilimi ile hukuk sosyolojisi arasındaki dikey çizgisidir ve pozitif hukuk ile sosyal yaşam arasındaki bağlantıyı ortaya çıkarır. Pozitif hukuk kalıplaşmış bir yapıya sahip olsa da uzun zaman aynı şekilde statik kalmaz, toplumsal dinamiklere uyum sağlaması gerekir. İşte sosyal uygunluk bu noktada devreye girerek toplumsal tecrübelerden hareketle oluşturulan suç tiplerinin zaman içerisinde ortaya çıkan kaçınılmaz değişimlerin gerektirdiği şekilde düzeltilmesini sağlayıp ceza hukukunu toplumsal yaşamla uyumlu hale getirmektedir²⁵⁷.

Schönke-Schröder de sosyal uygunluk kavramı ile yapılmak istenenin tipikliğin sınırlandırılması olduğunu belirterek benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur²⁵⁸. Bununla birlikte sosyal uygunluk kavramının etkilerini sadece maddi

²⁵³ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 67.

²⁵⁴ Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, s. 530.

²⁵⁵ Klug, “Sozialkonkurrenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, s. 255.

²⁵⁶ Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, s. 312.

²⁵⁷ Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, s. 204; Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 654.

²⁵⁸ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 70

hukukta değil usul hukukunda da gösterdiği belirtmektedir. Buna göre sosyal uygunluk, maddi hukuk açısından suç tiplerinin içeriğini ve ceza hukukunun sınırlarını belirleme fonksiyonuna sahipken muhakeme hukuku açısından yargısal davranış biçimlerini belirgin hale getirir. Muhakeme hukukunda yer alan ve yargı makamlarına maslahata uygunluk ilkesi bağlamından takdir sahası açan tüm düzenlemelerin bu bağlamda ele alınabileceği görüşündedir²⁵⁹.

Öğretide Schaffstein, “sosyal uyumsuzluk” kavramından hareketle sosyal uyumsuzluğun tüm suç tiplerinin yasa üstü müşterek bir unsuru olduğunu kabul etmenin kanunilik ilkesine aykırı düşmeyeceğini, zira sosyal uygunluk kavramının ceza sorumluluğunu genişletici değil daima daraltıcı etki gösterdiğini belirtmiştir. Yazara göre kanun koyucu ne kadar gayret gösterirse göstereceği bir şekilde cezaya layık olmayan fiillerin de suç tiplerinin tanımı içerisinde kalmasına engel olamayacaktır. Bu sebeple kanunun lafzını sadece cezaya layık fiilleri kapsayacak şekilde daraltan genel bir prensipten yararlanılması kaçınılmazdır. Mahkeme kararlarında sosyal uygunluk kavramına yer verilmediği zaman ondan daha belirsiz ve flu bir yapı arz eden normun koruma amacı teorisi ya da düşük sosyal zararlılık gibi kavramlara müracaat etmek zorunda kalınmaktadır. Bu açıdan bakıldığında sosyal uygunluk teorisi daha pratik ve güvenlidir. Hakim genel, alışılmış, tarihsel ve sosyoetik kabule sahip davranış biçimlerini somut tutamak noktaları olarak kabul etmek suretiyle bir karar verebilir. Bu bağlamda Schaffstein’a göre adalet duygusu; hastasını ameliyat eden doktorun, çocuğunu terbiye etmeye çalışan babanın, fairplay koşulları içinde oynayan sporcunun fiilinin kasten yaralama olarak; savaşan askerin fiilinin kasten öldürme olarak; postacının aldığı yeni yıl hediyesinin yarar sağlama olarak nitelendirilmesine bu fiiller sosyal uygunluk taşıdığı yani toplumun tarihsel sosyoetik düzeni içerisinde kaldığı için karşı çıkmaktadır²⁶⁰.

Öğretide bazı yazarlar ise sosyal uygunluk kavramına suç teorisinde bağımsız bir rol vermek yerine onu bir yorum aracı olarak kullanmayı tercih etmişlerdir. Örneğin yukarıda görüşlerini aktardığımız Schaffstein suç tiplerinin genel olarak dar yorumlanması gerektiğini vurgulayarak önemsizlikleri sebebiyle adeta haksızlığın eşliğinde bulunan ancak onu aşmayan hareketlerin sosyal uygunluk

²⁵⁹ Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 429.

²⁶⁰ Schaffstein, “Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre”, s. 376-379.

teorisinin yardımıyla cezalandırılabilirlik sahasından çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre yarar sağlama suçu bakımından bir memura nezaket icabı verilmiş küçük mutata hediyelerin suç tipinin dışında kaldıkları kabul edilmelidir²⁶¹. Bu görüşe göre sosyal açıdan uygunluk taşıyan hareketler ilgili suç tipiyle korunmakta olan hukuki değeri ihlal edemeyeceğinden, her suç tipinin yorumlanırken bu hususun daima göz önünde bulundurulması gerekir²⁶².

Roxin'e göre ise sosyal uygunluk belli davranış türlerini tipiklik dışına itme şeklinde yerinde bir hedefe yönelmiş olsa da tipikliği kaldıran özel bir unsur olmadığı gibi kritik bir role sahip bir yorum kuralı da değildir. Bu sebeple modern ceza hukuku teorisinde özel bir dogmatik anlama da sahip değildir²⁶³. Roxin, sosyal uygunluk kavramına karşı tezlerini büyük ölçüde "hukuki değer ihlali" prensibine dayandırmış, hukuki değer ihlalinin bulunmadığı hallerde tipikliğin gerçekleşmeyeceği sonucuna varmıştır²⁶⁴. Yazara göre bu yaklaşım tarzı, kararların sadece adalet duygusuna dayanmasını ve yaygınlık kazanmış olumsuz uygulamaların suç oluşturmadığı yönünde bir değerlendirmede bulunulması tehlikesini de bertaraf edebilecektir. Yani yazara göre sosyal uygunluk, tipikliği kaldıran özel bir hal ortaya koymamaktadır ve mevcut yorum prensipleri bu kavramın yerine rahatça ikame edilebileceğinden sosyal uygunluk kavramı ceza hukukunda özel ve müstakil bir yere sahip olabilecek nitelikte de değildir²⁶⁵.

Roxin ile aynı fikirde olan Schönke-Schröder'e göre şayet sosyal uygunluk kavramı, sosyal hareket özgürlüğü içerisinde kaldığından dikkat çekmeyen/ önemsiz hareketler olarak değerlendirilecekse hukuka uygunluk ya da mazeret sebebi kavramlarına müracaat etmeye gerek kalmayacaktır. Dolayısıyla sosyal uygunluğu tipiklik alanında değerlendirmek gerekir. Zira genel olarak sosyal uygunluk taşıyan durumlar yasaklanmış olamaz ve haksızlık vücuda getiremezler. Bu açıdan bakıldığında normun lafzına uygun görülmeyle birlikte içerik olarak koruma sahasına dahil edilemeyecek fiilleri kapsam dışı bırakmak için sosyal uygunluk kavramına da ihtiyaç bulunmamaktadır. Genel yorum kurallarından biri olan normun koruma

²⁶¹ Schaffstein, "Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre", s. 374.

²⁶² Brian Valerius, "Zur Sozialadäquanz im Strafrecht", JA, S. 8, 2014, s. 563.

²⁶³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 298-299, kn. 40; Aynı yönde Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", s. 133 vd.

²⁶⁴ Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 85.

²⁶⁵ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 299-300, kn. 41 - 42.

amacına uygun yorum yoluyla aynı netice temin edilebilir. Ancak sosyal uygunluk kavramından hem StGB § 223'te yer alan yaralama ve § 239'da yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları bakımından yoruma yardımcı bir kriter olarak hem de taksirli suçlarda failden beklenen özen yükümlülüğünün sınırının belirlenmesinde yararlanılabilir²⁶⁶.

Hakeri cezasızlık sonucuna varılabilmesi için sosyal uygunluk ve hukuksal yararın ihlali teorilerini birleştirme yolunu seçerek için iki kriterin bir arada bulunması gerektiğini vurgulamaktadır: Hareketin önemsizliği ve hukuksal yarar ihlali yaratmaması. Yazara göre bir memurun bir adet ataçı zimmetine geçirmesinde hukuksal yarar ihlalinin bulunmadığı görüşünü esas almak gerekir. Aksi takdirde salt sosyal uygunluk kavramı vurgulandığı takdirde örneğin rüşvetin gümrükte artık alışkanlık haline geldiğinden bahisle cezasız kalması gibi absürt sonuçlar doğabilir²⁶⁷.

Türk öğretisinde Ünver ise, tipik olmakla birlikte önemli bir hukuksal değer ihlali ortaya koymayan hareketleri “önemsiz hareketler” olarak tanımlamakta ve önemsiz hareketlerin cezasızlığı sonucunu meşrulaştırmak için için sosyal uygunluk teorisine ihtiyaç bulunmadığını, hukuki yararı gözeten ve amaca uygun bir yorum methodu ile adil bir sonuca ulaşılabileceğini savunmaktadır. Yazar bu konuda uygulamanın sorumluluğuna dikkat çekerek, doğru bir yorumla neyin suç tipinin kapsamında olduğunun belirlenmesi gerektiğini ancak bu yolla önemsiz hareketlerin cezalandırılmasının önüne geçilmenin mümkün olduğunu belirtmiştir. Bu sebeple yazara göre öğretinin yapması gereken de sosyal uygunluk teorisine kafa koymak yerine suç tipinin ratio legis'ine uygun bir yorumun olanakları üzerine düşündürmektir²⁶⁸.

Sosyal uygunluk kavramı yerine ratio legis'e uygun yorum metodunu savunanlara göre kanun koyucular bu hususuta ne kadar hassas davranırsa davranışın hayatın ortaya koyduğu sonsuz sayıda farklı olaya tastamam uyan nomlar ihdas edemezler. Hükmün ratio legis'ine uygun yorum faaliyeti icra edilirken dikkate

²⁶⁶ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 70.

²⁶⁷ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 94-95.

²⁶⁸ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 122-125.

alınacak en önemli enstürman o suç tipi ile korunmaya çalışılan hukuki değerdir²⁶⁹. Sadece hükmün ratio legisine uygun hareketler tipik kabul edilebilirler²⁷⁰. Bu sebeple çağa uygun ve geliştirici yorum metodlarını kullanmak daha isabetlidir. Türk öğretisinde Ünver bu düşünceden hareketle, düğünlerde gelin arabasının önünü keserek bahşiş alanların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya yağma suçunu ya da KYTK'da yer alan fiilleri işlemiş sayılmayacaklarını, Anadolu'da nevrüzde komşuların gece birbirini dinlemelerinin özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Zira ilgili suç tipleriyle yasaklanmak istenen bu tip fiiller değildir²⁷¹. Yazar sosyal uygunluk teorisinin ulaşmaya çalıştığı sonuçlara normun ratio legisine uygun bir yorum yoluyla ulaşılabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu hususta asıl görev uygulamaya düşse de ceza normunun ihdas edildiği başlangıç aşamasında kanun koyucu ceza hukukundaki ultima ratio prensibini dikkate alarak toplumsal tolerans gösterilen hareketleri normun uygulama sahası dışında bırakacak şekilde suç tanımları yapması gerekmektedir. Bundan sonraki aşamada yorum yapılırken de suç tipleri sadece sosyal bakımdan uygun olmayan hareketleri kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır²⁷².

2. Teoriye Yöneltilen Eleştiriler

Sosyal uygunluk teorisine yönelik eleştirel yaklaşımın çıkış noktası, toplumda genel olarak kabul gören yani sosyal uygunluk taşıyan fiillerin zaten haksızlık olarak değerlendirilemeyeceği dolayısıyla da suç olarak tanımlanamayacağı düşüncesidir. Bu ceza hukuku mantığının zorunlu sonucudur. Bir fiile hukuka aykırılık vasfı sadece değersiz (*unwert*) olması durumunda verilir. Keza sosyal uygunluğun kusuru kaldıran bir hal olduğu yani tipik bir haksızlık tespit edildikten sonra değerlendirileceği yönündeki görüş de sosyal açıdan uygun olan hareketin, hukuka aykırı görüldüğünü söylemek anlamına gelir ki bu haksızlığın onaylanmayan ve yasaklamış bir hareket olma niteliğine aykırıdır²⁷³.

²⁶⁹ İçel vd., **a.g.e.**, s. 87; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 154-155.

²⁷⁰ Eser, "Sozialadäquanz": Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?", s. 202; Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", s. 133.

²⁷¹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 123.

²⁷² Ostendorf, "Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel", s. 344.

²⁷³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 297, kn.36.

Alman öğretisinde bir görüş sosyal uygunluk kavramını normun uygulama alanını belirleyen genel bir prensip olarak kabul etmeye devam etse de bu görüşe yönelik direnç de oldukça kuvvetlidir ve sosyal uygunluk kavramına ihtiyaç olmadığını iddia etmektedir. Nitekim Welzel'in uzun süren çabalarına rağmen sosyal uygunluk teorisini benimseyen yazarlardan biri olan Eser dahi 2000'li yılların başında kaleme aldığı çalışmasına, sosyal uygunluğun hukuki bir kurum olarak "kaçınılmaz" mı yoksa "gereksiz" mi olduğunu sorarak başlamıştır. Sosyal uygunluk kavramının ceza hukukunda kullanılmasını kabul eden yazarların bir kısmı da belirsizliği dolayısıyla uygulama sahasının mümkün olduğunca sınırlanması gerektiğini belirtmiştir²⁷⁴. Yukarıda zikredildiği gibi kesin olan ve öğretinin üzerinde ittifak ettiği şudur: Şeklen tipe uygun gözüken her hareketin cezalandırılması yoluna gidilemez. Fark yaratan nokta öğretide her yazarın bu sonuca farklı yollardan ve kavramlardan hareketle ulaşmasıdır²⁷⁵.

Alman öğretisinde sosyal uygunluk kavramına yönelik en ciddi eleştiriyi ortaya koyan Roxin'e göre sosyal uygunluk kavramı, suç tipinin sınırlarını belirleyerek kanun koyucunun belirlediği suç tipine uymayan davranış biçimlerinin o suç tipinin sahasından ayıklanması sebebiyle doğru bir eğilimi ifade etmektedir. Eğer sosyal uygunluk sadece suç tipinin sınırlarını mümkün olan en net şekilde belirleyerek o suç tipinin kapsamı dışında kalan hareketlerin cezalandırılmasını önlemek amacıyla kullanılacaksa bu kavramdan yararlanılabilir. Zira tüm suç tipleri sadece sosyal açıdan uygunluk taşımayan hareketleri kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Ancak sosyal uygunluk kavramına içeriksel olarak bakıldığında bu kavram altında ele alınan durumların bugün ceza sorumluluğunu sınırlamaya yönelik başka kurumlarla karşılandığı görülmekte ve gereksizliği ortaya çıkmaktadır²⁷⁶.

Gerçekten de Alman öğretisi incelendiğinde sosyal uygunluk kavramının "objektif isnadiyet" teorisinin gelişiminden önemli şekilde etkilendiği görülmektedir. Nitekim bugün taraftarları dahi sosyal uygunluk teorisini, objektif isnadiyet düşüncesinin öncüsü olarak değerlendirmektedir. Sosyal uygunluk teorisini bağımsız bir hukuki kurum olduğunu kabul edenler azınlıktadır²⁷⁷. Nitekim Roxin'e göre eğer

²⁷⁴ Bu yöndeki muhtelif görüşler için bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 103.

²⁷⁵ Eser, "Sozialadäquanz": Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?" s. 199.

²⁷⁶ Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 304.

²⁷⁷ Rönnau, "Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz", s. 312.

sosyal uygunluk kavramı kullanılarak izah edilmeye çalışılan örnekler incelenirse aslında ceza hukukunun bilinen kavramları ile izahı mümkün iki temel grup altında toplanabilecekleri görülür. Bunlardan birincisi “izin verilen risk”, ikincisi de “önemsizlik” prensibinden hareketle değerlendirilebilecek olaylardır²⁷⁸.

Roxin’e göre kara, hava, demiryolu trafiğine katılım, endüstriyel işletmeler, spor müsabakaları ve benzeri durumlarda o alanda geçerli olan kurallara uyulması halinde olağan riziko vuku bulsa dahi sorumluluk doğurmaz. Bunun sebebi izin verilen risk durumlarında neticenin faile onun eseri olarak objektif olarak isnat edilememesidir. Bu sebeple bu tip durumlarda sosyal uygunluk kavramına ihtiyaç bulunmayıp sorun isnadiyet kuralları doğrultusunda çözümlenebilir. Keza amcasını bir yıldırım düşmesi sonucu ölmesi umuduyla yağmurlu bir havada yürüyüş yapmaya ikna eden yeğen, akciğer hastası karısının gebelikten kaynaklanan komplikasyonlarla ölmesi ümidiyle onunla cinsel ilişkiye giren koca ölüm sonucu gerçekleşse dahi hukuken önem taşıyan bir hayati riziko yaratmadıklarından neticeden sorumlu tutulamazlar. Zira bu tip durumlarda netice failin iradesi dışındaki bir nedensel sürece dayanmaktadır²⁷⁹. Sosyal uygunluk teorisi bu gibi örneklerde kendisinden önce geliştirilen objektif isnadiyet teorisinin sonuçlarını tekrarlamaktadır²⁸⁰.

Welzel’in öğrencisi Hirsch de zaman içerisinde objektif isnadiyetin özellikle taksirli suçlarda önem taşıdığını, Roxin’in objektif isnadiyet teorisinin Welzel’in sistemiyle eklemlediğini belirtmiştir. Bununla birlikte yazar, kasıtlı suçlarda objektif isnadiyete müracaat etmekten kaçınmaktadır²⁸¹. Roxin’e göre ise finalist teorinin modern ceza hukuku teorisinde düşüşe geçmesinin temel sebebi final ontolojik yapısını aşamaması ve sosyal menfaatler dengesini sadece bu yolla çözmeye çalışmasıdır²⁸².

²⁷⁸ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 297, kn. 37.

²⁷⁹ Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 428; Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 634-635.

²⁸⁰ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 298, kn. 38; Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 310-311; Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 935.

²⁸¹ Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 935-936.

²⁸² Roxin, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, s. 937.

Roxin'e göre uygulamada karşılaşılan bir çok olayda da benzer bir durum söz konusudur: Örneğin bir restoranda makul ölçüde alkol servisi yapılan kişinin alkollü vaziyette sebebiyet vereceği hadiselerden, işletmenin faaliyeti izin verilen risk kapsamında olduğu için servisi yapanlar sorumlu tutulamaz. Keza tamamen trafik kurallarına uygun araç kullanmakta olan bir kişi birden önüne atlayan bir yayaya çarparsa ve bunun neticesinde yaya hayatını kaybetmiş olsa bile onu öldürmüş sayılmaz. Buradan da anlaşılmaktadır ki Welzel tarafından geliştirilen sosyal uygunluk kavramı sadece yardımcı bir fonksiyon üstlenebilir. İzin verilen riskin belirlenmesinde, çok detaylı bir şekilde düzenlenen trafik kuralları alanında olduğu gibi hareketin sosyal açıdan katlanılabilirliği hususunda titiz bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır²⁸³.

Endüstri, sanayi, tıp ve diğer bilim-teknik dallarındaki gelişmelerle birlikte bir dönüşüm geçiren modern risk toplumunun ihtiyaçlarına uygun, bireylere kişiliklerini geliştirebilecekleri güvenli bir hareket serbestisi alanı yaratmak için hukuk teorisinde de bir takım değişimler olmuştur. Salt nedensellik bağının tespitine dayalı sorumluluk anlayışından uzaklaşarak izin verilen risk alanları oluşturulmuş, ve bireyin bu alan içerisinde kalan davranışlarından cezai sorumluluk doğmayacağı kabul edilmiştir. Toplum ve kanun koyucu esasen bu tip tehlikeli faaliyet sahalarındaki zarar riskini önceden öngörmüş veya tahmin etmiştir. Ancak o faaliyetin icrasındaki üstün yararlar sebebiyle zarar neticesine sorumluluk bağlamamıştır. Zira normlar yaratılırken toplumsal yaşamdaki her türlü tehlike ve zarar riskinin bütünüyle ortadan kaldırılması hedeflenemez. Bu itibarla izin verilen risk kavramı ceza hukukunda cezalandırılabilirliğin aşırıya kaçmasını engelleyen bir kurum niteliğindedir. Genel bir ifadeyle izin verilen riskin objektif isnadiyeti ortadan kaldırdığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla izin verilen risk, nedensellik bağının belirlenmesinden sonra yapılacak ve neticenin faile onun bir eseri olarak yüklenmesinin mümkün olup olmadığını belirlemeye yönelik ikinci değerlendirme aşamasında ele alınacaktır. Bu sayede birey fiilinin yarattığı aşırı neticelerden sorumlu tutulmayacaktır²⁸⁴.

²⁸³ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 298, kn. 39.

²⁸⁴ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 353-354, 357, 361.

İzin verilen risk teorisi bakımından niteliği gereğince tehlikeli olan bir işletmeye verilen genel faaliyet izni ile somut bireysel hareketin birbirinden ayrılması son derece önemlidir. Sorumluluk doğmaması için bireysel hareketin izin verilen risk alanı dışına taşmaması gerekmektedir. Bir işletmeye verilen faaliyet izni onun belli şartlar dahilinde çalıştırılabileceğini gösterir. Yoksa faaliyet sahasında gerçekleşebilecek tüm suçlar ya da haksız fiiller için verilmiş genel bir “açık çek” değildir. Sorumsuzluk sonucunun doğabilmesi için hem işletme istenilmeyen neticeleri önlemeye yönelik kural ve özen yükümlülüğüne uygun çalıştırılmalı hem de bireyler bu doğrultuda hareket ediyor olmalıdır²⁸⁵.

Her ne kadar izin verilen risk kavramına çoğunlukla trafikte işlenen taksirli suçlarda müracaat ediliyor olsa da kasıtlı suçlarda da uygulanabilmesi mümkündür²⁸⁶. Ayrıca çözülmesi gerekli hukuki sorunlar her zaman trafik düzeni gibi ayrıntılı düzenlemelere konu edilmemiş de olabilir. İzin verilen riskin tespitinde kanuni düzenlemelerin yanı sıra belli bir faaliyet sahasındaki tehlikelerden korunmaya yönelik güvenlik önlemlerinden de yararlanılabilir. Ancak bir sahanın izin verilen risk alanı olarak değerlendirilebilmesi için mutlaka açık bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. Bu hususta faaliyetin tehlikeli niteliği doğrudan belirleyicidir²⁸⁷. Özetle ister kasıtlı ister taksirli olsun neticeli suçlarda izin verilen risk kavramı hukuken önemli olmayan neticenin faile isnat edilmesinin engellenmesini sağlar²⁸⁸.

Alman ceza hukuku öğretisinde sosyal uygunluk gibi izin verilen risk kavramının da bağımsız bir hukuki kurum olarak ele alınıp alınamayacağı şayet bağımsız bir kavram olarak değerlendirilecekse tipikliği sınırlayan bir kavram olarak mı, yoksa hukuka aykırılığı ya da kusuru kaldıran bir sebep olarak mı değerlendirileceği hususu tartışmalı bir konu olarak kalmıştır²⁸⁹.

Modern ceza hukuku öğretisi bugün izin verilen risk kavramını bağımsız bir hukuki kurum olarak ele almayı objektif isnadiyet başlığı altında

²⁸⁵ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 354, 359.

²⁸⁶ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 70b; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 360, 364.

²⁸⁷ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 360, 364.

²⁸⁸ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 70 c.

²⁸⁹ Maiwald, “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik”, s. 405 vd.

değerlendirmektedir. Roxin de bu kavramı objektif isnadiyet teorisinin öncüsü olarak tanımlamak suretiyle onore etse de bugün için dogmatik bir önemi kalmadığını belirtmektedir²⁹⁰. Ancak bir görüşe göre sosyal uygunluk ve izin verilen risk kavramlarının ceza hukukundaki fonksiyonları farklıdır. İzin verilen risk kavramıyla ceza hukukunda bazı koşullar altında belli risklerin göze alınabileceği ifade edilmekteyken, sosyal uygunluk riskli bir hareketin objektif kriterlerini belirlemektedir. İzin verilen risk kavramı içeriği doldurulması gereken şekli bir kavram iken; sosyal uygunluk kavramı bir fiilin hangi sebeple hukuken izin verilen bir hareket olduğunun somut nedenlerini ortaya koymaktadır²⁹¹. Maiwald'e göre izin verilen risk kavramı sadece bazı izin verilen riskli hareketlerin olduğunu söylemekte ve fakat içeriği farklı fonksiyonlara sahip dogmatik kategorilerce doldurulmaktadır. Bu sebeple bazen hukuka uygunluk kimi zaman da tipikliği sınırlandıran bir etki kazanabilmektedir. Yine de bu kavramdan vazgeçilmesi mümkün değildir. Zira izin verilen risk kavramı hareket haksızlığının olmadığı durumları ortaya koymaktadır²⁹².

Welzel'e göre ise izin verilen risk sosyal uygunluğun bir türüdür ve sosyal uygunluk başlığı altında değerlendirilen diğer durumlardan farkı hukuki değer üzerinde yarattığı tehlikenin derecesidir. İzin verilen risk durumlarında dahil olunan faaliyetin mahiyetinden kaynaklanan tehlike o kadar yüksektir ki haksızlığı kaldıran sebep olmaya yaklaşır. Dolayısıyla hukuka aykırılık ancak sosyal uygunluğun yani izin verilen riskin aşıldığı durumlarda gündeme gelebilir. Şayet failin izlediği amaç değerli nitelikteyse hukuk bu amaca ulaşılabilmesi için bazı başka hukuki değerleri tehlikeye sokmaya müsaade etmektedir²⁹³.

Ayırım yapma çalışmalarına rağmen izin verilen risk ve sosyal uygunluk kavramları Türk ve Alman öğretisinde de genellikle bir arada ele alınmaktadır. Ancak izin verilen risk kavramıyla hukuk düzeni tarafından bir takım risklere

²⁹⁰ Florian Knauer, "Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer Überholten Rechtsfigur oder Dogmatische Kategorie der Zukunft", *ZStW*, S. 126, 2014, s. 845.

²⁹¹ Maiwald, "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik", s. 408-409.

²⁹² Maiwald, "Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik", s. 425.

²⁹³ Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", s. 517-518.

müsaade edildiği anlatılmaya çalışılırken sosyal uygunluk kavramı daha çok toplumdaki davranış tarzları ile ceza normları arasındaki ilişkiye işaret etmektedir²⁹⁴.

İzin verilen risk kavramı bir kenara bırakılacak olursa sosyal uygunluk kavramına müracaat edilen bazı durumlarda zaten tipik bir hareketin olmadığını bu sebeple bu kavramlara müracaat etmeye gerek bulunmadığını düşünen bir görüşün de bulunduğunu belirtmek gerekir. Toplu taşıma araçlarında seyahat edenler bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun düşünülmemeyeceği, bunun için sosyal uygunluk kavramına ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için geçici de olsa hareket özgürlüğüne yönelik zamansal açıdan önemsiz olmayan bir kısıtlama olması gerekmektedir. Toplu taşıma araçlarında genel olarak iki durak arasında bu suçun oluşması için yeterli süre geçecek olsa da yolcuların bu tür araçlara bindikleri sırada iki durak arasında inememe kuralına baştan rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Keza hizmetin bu şekilde sunulmasının taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine de uygun olması sebebiyle ceza hukukuna aykırı sayılamayacağı üzerinde durulmaktadır. Sözleşme kavramına başvurulmadan da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun zora dayanması gerektiğinden ancak duraklarda taşıttan inebileceğini bilerek bu taşıtı kullanan kişiler bakımından ortada tipik bir fiil olmadığını savunulabileceği belirtilmektedir²⁹⁵. Ancak öğretilerde haklı olarak bu tip örneklerde götürü bir sonuca varmanın doğru olmayacağını savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bir taksi şoförünün müşterinin belirttiği yerde onu indirmeyerek bir sonraki durağa kadar götürmesinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacağına, buna karşın uçak ya da tren yolcularının benzer şekilde değerlendirilemeyeceğine dikkat çekilmektedir²⁹⁶.

Roxin'e göre hatalı olarak sosyal uygunluk başlığı altında değerlendirilen ikinci olay grubu ise sosyal açıdan genellikle tolere edilen "önemsiz (*geringfügig*)" hareketlerin cezasızlığı sonucuna varılan durumlardır. Postacıya verilen küçük yeni yıl bahşisi örneği bu grupta ele alınmalıdır. Kanunun açık lafzına rağmen bu tip fiiller sosyal uygunları sebebiyle StGB § 331'de tanımlanan yarar sağlama suçu çerçevesinde değerlendirilmemektedir. Yine küçük miktarlarla oynanan şans

²⁹⁴ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 106

²⁹⁵ Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", s. 90.

²⁹⁶ Valerius, "Zur Sozialadäquanz im Strafrecht", s. 565-566.

oyunlarının StGB § 284 uyarınca; aile içerisinde sarf edilen aşağılayıcı beyanların StGB § 185 uyarınca cezalandırılması yoluna gidilmez. Yazara göre bu ve buna benzer örnekleri sosyal uygunluk kavramına müracaat ederek açıklamak son derece gereksizdir. Zira bu tip olaylarda aslında korunan hukuki değerın zarar görmemesi hali söz konusu olup fiil, ihlal edicilik vasfı kazanamamıştır. Postacıya verilen küçük bir hediye StGB § 331 ile korunmak istenen kamu güvenini tehlikeye sokmamaktadır, oyunlar için ödenen küçük miktarlar StGB § 266 ile önlenmek istenen halkın zaaflarından yararlanarak onları sömürme sonucu doğurmaz, keza aile içerisinde sarf edilen hakaretamiz beyanlar ilgilinin üçüncü kişiler nezdindeki saygınlığını zedelemez²⁹⁷.

Yazara göre bu tip durumlarda doğru çözüm tarzı korunmakta olan hukuki değeri dikkate alan amaçsal bir yorum yaparak ilgili suç tipine uymayan tüm davranış tarzlarını elimine etmektedir. Bu yolla belirsiz olan sosyal uygunluk kavramına dayanmanın önüne geçilmiş olacaktır. Zira sosyal uygunluk kavramı sosyal açıdan alışılmış olumsuz geleneklerin cezasız kalmasına neden olabilecek bir yaklaşımdır. Bütün suç tiplerini kapsayan ve tipiklikle sıkı bir şekilde bağlantılı yorum sayesinde önemsiz nitelikteki bir kısım fiillerin tipik olmadığı; ancak küçük hırsızlıklar gibi bazı durumlarda ise suç tipini gerçekleştirebileceğini anlamak mümkün olur. Zira mülkiyet hakkı ufak hırsızlıklar ile de ihlal edilebilirken diğer durumlarda ihlalden bahsedilebilmesi için hukuki değerin daha ciddi oranda zarar görmüş olması gerekir²⁹⁸.

Türk Öğretisinde Ünver'de Roxin'e katıldığını beyan ederek sosyal uygunluk kavramına özel bir dogmatik anlam yüklemek suretiyle tipikliği, hukuka aykırılığı ya da kusuru ortadan kaldırdığını düşünmenin yanlış olacağını belirtmiştir. Yazara göre bu kavram hukuk devleti ve kanunilik ilkesine aykırı sonuçlar ortaya koyarak keyfi uygulamalara yol açacak niteliktedir. Sosyal uygunluğun tüm çabalara rağmen öğretilde bugüne kadar açık ve net bir anlama ve konuma kavuşturulamamış olması da bu tehlikeyi arttırmaktadır²⁹⁹. Yazara göre sosyal uygunluk ne kusuru ne

²⁹⁷ Eser, "Sozialadäquanz": Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?" s. 203; Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 10, s. 298-299, kn. 40; Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 312.

²⁹⁸ Roxin, "Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", s. 313.

²⁹⁹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 153.

hukuka aykırılığı ne de tipikliği kaldırmaktadır. Öncelikle anlamı, kapsamı, sınırları belirsiz bu kavramı bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele almak ceza hukukunun güvence fonksiyonuna, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı düşecektir. Yazar bu tarz müphem kavramların siyasi saiklerle kullanılabilceğine dikkat çekerek tam tersi bir yaklaşımla bu defa neyin hukuka aykırı olduğunun tespitinde bu kavrama müracaat edilmesi tehlikesini doğurduğunu belirtmektedir. Ünver'e göre de sosyal uygunluk kavramından hareketle açıklanmaya çalışılan olayları esas itibarıyla iki grup altında toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi "izin verilen risk" olaylarıdır. Bu tip durumlarda kanun koyucu soyut ve genel bir yarar karşılaştırması yaparak yasaklanan bir neticeye sebep olsa dahi yüksek bir risk sahasında icra edilen fillerden kaynaklanan sonuçları faile yüklememektedir. Yazar izin verilen risk kavramından hareketle açıklanabilen; usulüne uygun şekilde trafiğe katılma, tehlikeli bir işletmeyi çalıştırma ya da silah, alkol vb. ürünleri satma olaylarında esasında neticenin faile onun bir eseri olarak yüklenmesinin mümkün olmadığını söyleyerek bu grup yer alan olayların esasında bir isnadiyet sorunundan ibaret olduğunu belirtmiştir. İkinci grupta yer alan olaylar bakımından da esasında sosyal uygunluk tarzında bir kavrama ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bu ikinci grupta yapılmak istenen "ilgili suç tipi kapsamındaki davranış modelleri ile bu kapsamda olmayan, toplumsal açıdan tolerans gösterilen davranış modellerini birbirinden ayırmak"tır. Yazara göre öğretide önemsizlik, yetersizlik-cüzilik olarak adlandırılan bu tip durumlarda aslında doğru bir yorum metoduyla bu tarz davranışlar suç tipinin kapsamı dışında değerlendirilebilecektir. Bu tarz bir yorum faaliyeti icra edilirken yararlanılabilecek en temel araç da o suç tipiyle korunmak istenen hukuki değer ve kanunun amacının ne olduğunun belirlenmesidir³⁰⁰.

Sosyal uygunluk kavramına öğretide şüpheyle yaklaşılmasının temelinde kavramın belirsizliği yer almaktadır. Kriterleri ve uygulama sahasının netleştirilmemesi, tipiklik ve hukuka uygunluk arasındaki sınırın silikleşmesine neden olduğu için hukuk güvenliğini tehdit ettiği ileri sürülmektedir³⁰¹. Ünver'e göre sosyal uygunluk kavramıyla ilgili eleştiri ve endişeler de dikkate alındığında temel sorun şöyle özetlenebilir: Sosyal uygunluk teorisi olay gruplarını hukuki olmaktan uzak bir çözüme mi yoksa toplumsal normlarla uyumlu adil bir sonuca mı

³⁰⁰ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 118-119.

³⁰¹ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 103.

götürmektedir? Sosyal uygunluk kavramının hukuk dışı kriterlerin hukuki nitelik kazanmasını sağladığı belirtilmekle birlikte teoriye yöneltilen en temel eleştirilerden birisi de budur. Zira toplumsal normlar kodifiye edilmemiştir. Detayları belirsizdir ve güvenilirlikleri düşüktür. Kaldı ki toplumun bütününün üzerinde görüş birliği sağladığı normlar düşünmek de olası değildir. Dolayısıyla kanunun lafız itibarıyla maksadını aştığı düşünülerek uygulamada bu yola başvurulması da kanunilik prensibini zedeleyici sonuçlar doğurabilecektir³⁰².

Roxin “toplumsal yaşamının tarihsel süreçte oluşmuş sosyoetik düzeni içinde” şeklinde başlayan tanımın çok geniş olduğunu, bu tanımın rahatlıkla hukuka uygunluk sebeplerini de kapsayabileceğini belirtmektedir. Yazara göre suçüstü durumundaki bir hırsızın yakalanması (StPO § 127), bir insanın hayatını kurtarabilmek için yabancı birinin arabasının alınması (BGB § 904), çocuğa tedip hakkı kapsamında hafif bir tokat atma (BGB § 1626, 1631) şeklindeki fiiller tipik olmakla birlikte bütünüyle hukuka ve dolayısıyla sosyoetik düzene uygundur. Ancak bu tip durumların sosyal uygunluk kavramından hareketle açıklanmaya çalışılması durumunda tipiklik ve hukuka aykırılığın sınırlarında bir belirsizlik ortaya çıkacaktır. Sosyal uygunluk kavramının; suç tiplerinin sınırlandırılması, kanun dışı hukuka uygunluk sebeplerinin izahı ve haksızlık içeriğini bütünüyle ortadan kaldırılması gibi çok sayıda fonksiyon ile donatmak sistematik yerinin tespitini de olanaksızlaştırmaktadır. Nitekim Welzel de bu yüzden sosyal uygunluk kavramının hukuki niteliğine ilişkin görüşünü birkaç kez değiştirmek zorunda kalmıştır³⁰³.

Buraya kadar özet şekilde anlatmaya çalıştığımız teorik ve pratik sebeplerle öğretilerde sosyal uygunluk kavramına olumlu yaklaşan yazarlar dahi bu kavramın kullanım sahasının daraltılmasını ve mümkün olan en az durumda sosyal uygunluk kavramına müracaat edilmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁰⁴.

Türk öğretisinde Hakeri, Roxin’in sosyal uygunluk teorisine yönelttiği “belirsizlik” eleştirisini haklı görmekle beraber, yazarın alternatif olarak gösterdiği “hukuksal değer ihlali” kriterine dayanan yaklaşımın da aynı ölçüde sıkıntılı olduğunu belirtmiştir. Buna göre hukuksal değer zarar görüp görmediğinin neye

³⁰² Valerius, “Zur Sozialadäquanz im Strafrecht”, s. 563.

³⁰³ Roxin, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, s. 305.

³⁰⁴ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 296, kn. 34.

göre belirleneceği de net değildir. Fakat yazar bu eleştirinin hemen arkasından hukukun birçok alanında ortaya konulan ölçütlerin belirsizliği sorunu ile karşılaşılabileceğini, belirsizlikler taşınmasına rağmen öğretinin sosyal uygunluk kavramına bir şans vermesinin uygulamaya bir kapı açarak içtihat birikimi sağlanmasını olanaklı kılacağını belirtmiştir³⁰⁵. Bu bağlamda kanun koyucular hiçbir zaman kaziistik yöntemle kanun yapma yoluna gidemeyeceğinden suç tipleri daima genelleştirici ve soyutlaştırıcı ifadeler kullanılarak tanımlanacaktır. Dolayısıyla belirlilik ilkesine ne kadar riayet edilmiş olursa olsun, hakim önüne gelen somut olay karşısında yorum faaliyetine girişmek zorundadır. Bu nedenle “normun koruma amacı” açık bir şekilde anlaşıldığı sürece kanun koyucu üzerine düşeni yapmış ve belirlilik ilkesi açısından yeterli bir suç tanımı ortaya koymuş demektir³⁰⁶. Bundan sonraki aşamada yine normun düzenleme amacı dikkate alınarak kanun koyucunun aslında o suç tipinin kapsamına alarak cezalandırmak istemediği fiilleri normun uygulama sahası dışına itecek bir yorum faaliyetine girişilmelidir³⁰⁷.

Uygulamada hareketin sosyal açıdan uygunluk taşıdığı hususunu kesin ve direkt olarak belirlenemiyorsa mutlaka hukuki değerlendirme konusu yapılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin bugün artık bir öğrencinin öğretmeni tarafından dövülmesi normal yani sosyal açıdan uygun bir hareket tarzı olarak görülmemektedir. Bu sebeple savcının kamu davası açma yoluna gitmesi gerektiği belirtilmektedir³⁰⁸. Yukarıda anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi sosyal uygunluk kelime anlamıyla ele alındığında toplumdaki değer yargılarıyla çelişmemeyi, onlarla uyumlu olmayı ifade etmektedir. Ancak sosyal uygunluk kavramıyla ilgili en temel endişelerden birisi de toplumda alışlagelmiş bir takım olumsuz hareketlere meşruiyet kazandırması kaygısıdır. Teorinin taraftarları bu algıyı engellemek için sosyal uygunluk kavramını alışılmışlıktan uzaklaştırarak aynı zamanda hukuken onaylanan hareket olarak tanımlama yoluna gitmişlerdir. Bu sebeple sosyal uygunluğun kör bir alışkanlığı değil hukuken onay görmüş bir sürekliliği ifade ettiği belirtilmektedir³⁰⁹.

³⁰⁵ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 85.

³⁰⁶ Sözüer, “Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 250.

³⁰⁷ Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 125.

³⁰⁸ Peters, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, s. 428.

³⁰⁹ Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, s. 313-314.

Federal Mahkeme (*Bundesgerichtshof*) içtihatlarında ve öğretide de sosyal uygunluk kavramı çerçevesinde değerlendirilecek davranışların basit bir alışkanlık niteliğinde olmadığı, etik açıdan toplumun sayıca önemli bir çoğunluğunca onay görmüş olması gerektiği belirtilmektedir. Böylece bir taraftan yaygınlık kazanmış kötü alışkanlıkların bu kavramın dışında tutulması ve bir taraftan da sosyal hareket özgürlüğü içinde kaldığında tereddüt bulunmayan hareketlerin ceza hukukunun ilgi sahası dışında tutulması sağlanmaya çalışılmaktadır³¹⁰. Federal Mahkeme bir kararında (BGHSt 23, 226) “sosyal uygunluk öğretisine göre; alışılmış, toplum tarafından onaylanan ve bu sebeple ceza hukuku açısından sosyal hareket özgürlüğü içinde kaldığında tereddüt edilmeyen fiiller tipik değildir ya da en azından hukuka aykırı kabul edilemezler” demiştir³¹¹. Bununla birlikte sosyal uygunluk kavramının bu tarz bir yan etki yaratabileceğinden endişe eden bazı yazarlar sosyal açıdan uygun oldukları gerekçesi bazı fiilleri cezalandırmaktan kaçınmaktansa ısrarlı bir şekilde cezalandırılma yoluna gitmenin daha uygun bir yöntem olduğunu savunmuşlardır³¹².

Tüm tartışmalara rağmen sosyal uygunluk kavramının cazibesini hiçbir dönemde bütünüyle yitirmediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Alman öğretisinde yakın tarihli bir çalışmada dahi sosyal uygunluk teorisinin ceza hukuku öğretisine geri dönüşünden bahsedilmiştir. Köln Eyalet mahkemesinin kararıyla başlayan ve ülkemizde de ilgi uyandıran sünnet tartışmasında da bu kavrama sıklıkla müracaat edilmesi dikkat çekici olmuştur. Keza mobbing ya da stalking gibi yeni nesil kavramlar açısından da sosyal açıdan uygun hareket ile cezaya layık hareketleri birbirinden ayırma zorlukları yaşanmaya başlamıştır. Bu sebeple eski bir hukuki kavram olmakla birlikte bir biçimde sosyal uygunluğun ceza hukuku literatürünün geleceğinde de yer almaya aday olduğu belirtilmektedir³¹³.

³¹⁰ Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?” s. 204; Zipf, “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, s. 633.

³¹¹ Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, s. 296, kn. 34.

³¹² Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 76.

³¹³ Knauer, “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht – Renaissance einer Überholten Rechtsfigur oder Dogmatische Kategorie der Zukunft”, s. 864.

3. Sonuç ve Görüşümüz

Bugün Alman öğretilerinde sosyal uygunluk kavramının yaklaşık 75 yıllık geçmişine rağmen ceza hukukunda müstakil bir yer edinemediği fakat bazı suçların uygulamasında dolaylı olarak dikkate alındığı söylenmektedir³¹⁴.

Almanya’da Müslümanların erkek çocuklarını sünnet ettirmesi uzunca bir süre, sosyal uygunluk kriterinden hareketle açıklanmış ve söz konusu fiilin uygulamayı yapan hekim ve ebeveynler açısından kasten yaralama suçu olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte yakın zamanda Köln Eyalet Mahkemesi’nin 07.05.2012 tarih ve 151 Ns 169/11 sayılı kararı ile ebeveynlerin talebi üzerine kendisi rızaya ehil olmayan bir çocuğun sünnet edilmesinin sosyal uygunluk kavramıyla açıklanamayacağını belirtmesi kamuoyunda ciddi tartışmalara sebep olmuştur. Savcılık, sünnet uygulamasının silahla kasten yaralama niteliği taşıdığı iddiasıyla yerel mahkeme kararına itiraz ederek konuyu Federal Mahkeme önüne götürmüştür. Mahkeme kararına konu olayda hekim; fiil tarihinde 4 yaşında olan mağdur çocuğu, tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın yani Müslüman olan ebeveynlerinin dini inançları gereği talep etmesi üzerine lokal anestezi altında sünnet etmiştir. Çocuğun yarasına 4 dikiş atılmış fakat sünnetten iki gün sonra çocuğun yarasında kanama başlamıştır. Çocuk annesi tarafından Köln Üniversitesi Hastanesi’nin çocuk acil servisine götürülmüş ve kanama orada durdurulmuştur. Mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporunda da, sanığın somut olayda tıbbi müdahale hatası gibi bir mesleki kusurunun bulunmadığı belirlenmiştir. Ancak mahkemeye sunulan bilirkişi raporunda Avrupa’da sağlık sorunlarını engellemek için sünnet yapılma gerekliliği bulunmadığı ifade edilmiştir. Mahkeme somut olayda StGB § 223/1’in (karş. TCK’nın 86/1 maddesi) tipik unsurlarının gerçekleştiğini ancak doktor tarafından kullanılan cerrah bıçağının bir hekim tarafından ve usulüne uygun bir şekilde kullanılması sebebiyle silahtan sayılamayacağını belirtmiştir. Her

³¹⁴ Anayasaya aykırı organizasyonların ve propoganda araçlarının dağıtılmasını düzenleyen StGB § 86 III’da “Eğer propoganda araçları veya fiil halkın aydınlanmasına anayasaya aykırı çabaların önlenmesine sanat, bilim araştırma öğreti veya güncel ya da yakın zamanlı bilgi verme ve benzeri amaçlara hizmet ediyorsa 1. paragraf uygulanmaz” denilerek cezanın bu hallerde uygulanmayacağını belirtmiştir. Öğretide bu düzenleme, sosyal uygunluk kavramının pozitif hukuka sızması şeklinde yorumlanmış ise de (Rönnau, “Grundwissen- Strafrecht: Sozialadäquanz“, s. 314) madde metnine bakıldığında esasında burada sosyal uygunluk kavramının belirsiz bir şekilde dahi bulunmadığı bu maddede esasında faile ceza verilemeyecek hallerin sayıldığı görülmektedir. (Valerius, “Zur Sozialadäquanz im Strafrecht”, s. 562).

ne kadar fiilin sosyal uygunluk taşıdığı kabul edilemese de somut olayda ebeveynler ve sünneti yapan doktora açısından yasak hatası/haksızlık hatası durumu söz konusu olduğundan adı geçenlerin cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre ebeveynlerin rıza beyanının olması sünnet uygulamasını hukuka uygun hale getirmemektedir. Çünkü ebeveynlerin çocuklarına dini terbiye verme hakkı çocuğun vücut dokunulmazlığı ve kendi kaderini belirleme hakkı ile mukayese edildiğinde önceliğe sahip değildir. Bu tip bir fiilin tarihsel olarak alışılmış ve bu sebeple uzun süre cezalandırılmaktan kaçınılmış olması da bu durumu değiştirmez. Dini eğitime yönelik olan sünnetin, vücut bütünlüğünün ihlalini gerektirmesi uygun değildir. Üstelik sünnet yoluyla çocuğun bedeni kalıcı ve onarılamaz bir şekilde değişmektedir. Bu değişiklik, çocuğun ileride kendi dini aidiyeti hakkında karar verebilmesini de engellemektedir. Bununla birlikte mahkeme, sanıktaki yasak hatası kaçınılmaz olduğunu tespit etmiştir. Sanığın hukuki durum hakkında bilgi edinmemesine karşın tecrübeli hukukçulardan oluşan bir kurulun dahi bu sorun üzerinde net bir sonuca ulaşılmadığından hareketle³¹⁵ kaçınılmaz bir yasak hatası bulunduğu görüşüne ulaşılmıştır. Bu kararın daha sonra kamuoyunda yarattığı tepki Alman kanun koyucuyu bu konuyla ilgili özel kanuni düzenleme yapmaya sevk etmiştir.

Ceza hukuku öğretisinde vücut dokunulmazlığını ihlal niteliğindeki fiilere ilişkin rıza beyanının fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği genel olarak kabul edilmekle birlikte dövme ya da piercing yaptırma gibi işlemlerin cezalandırılmayacağı da istisnasız kabul edilmektedir. İnsan vücuduna yönelik bu tip girişimsel müdahalelerin cezalandırılmama sebebinin bu tip işlemlerin sosyal uygunluk taşıması olduğu söylenmektedir³¹⁶. Kanaatimizce sünnet, dövme ya da piercing yaptırma gibi durumlarda fiilin ceza hukuku açısından cezalandırılmamasının sebebi insan bedeni üzerindeki ciddi bir değişiklik yaratmayan bu kapsamdaki (daha ileri boyuta ulaşmayan) müdahalelere yönelik rıza beyanının hukuken geçerli sayılmasıdır. Bu tip uygulamalar sosyal uygunluk kavramından hareketle açıklanmaya çalışıldığında sünnet uygulamasında olduğu gibi sosyo-kültürel çevre farklılaştığında açıklanması zorlaşmaktadır. Ayrıca sünnet

³¹⁵ Kararın tam çevirisi için bkz. Yasemin Baba, “Köln Eyalet Mahkemesi’nin 151 ns 169/11 Sayılı ‘Sünnet’ Kararı”, **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, Ankara, S.7, 2012, s. 93-97.

³¹⁶ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 58

uygulanmasında “hakkın kullanılması” kapsamında değerlendirilmesi gereken ebeveynlerin çocuklarına dini terbiye verme hakkının da göz önünde bulundurulması gerekir.

Konumuz açısından asıl önem taşıyan tipik olmakla birlikte haksızlık içeriği düşük fiillerin sosyal uygunluk kavramından hareketle cezasız bırakılıp bırakılamayacağıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi sosyal uygunluk kavramı bir yönüyle tipik olsa da bazı fiillerin ciddi bir sosyal rahatsızlık yaratmayabileceği düşüncesinden hareketle cezasızlık sonucuna ulaşılmasını izah etmek; diğer yönüyle de dikkat ve özen yükümlülüğünün sınırlarını çizerek taksirli fiillerden doğan ceza sorumluluğunu sınırlamak amacıyla kullanılmaktadır. Kanaatimizce tipik olduğu kabul edilen bir fiilin neticeleri itibarıyla ciddi bir sosyal değersizlik ifade etmemesi, bu sebeple de toplum tarafından tolerans ile karşılanabileceğini iddia etmek o fiilin tipik olmadığını ya da sırf bu gerekçeyle hukuka uygun hale geldiğini söylemeye yeterli değildir. Komşu bahçedeki ağaçtan tadımlık bir kaç meyve alınması, kamu görevlisine küçük bir hediye verilmesi durumlarında sosyal uygunluk gibi içeriği, kapsamı ve sınırları belirsiz bir kavrama müracaat etmeye gereği yoktur. Fiilin haksızlık içeriğinin ceza adalet sistemini harekete geçirmeye ve faili o fiil sebebiyle sabıkalı konuma getirmeye değer olmadığı durumlarda kanun koyucu suç politikasına dönük amaçlarla cezasızlık (ya da ceza indirimi) öngören düzenlemeler yapabilir. Bunun dışında sosyal uygunluk kavramıyla izah edilmeye çalışılan bir çok durumun da bugün objektif isnadiyet kavramından hareketle teorik düzlemde daha tutarlı şekilde açıklandığı ortadadır. Bu sebeple sosyal uygunluk düşüncesi kanaatimizce en fazla kanun koyucunun suç ihdası, suç olmaktan çıkarma ya da bazı imtiyaz hükümleri sevk etme sürecinde dikkate alabileceği bir kavramdır.

B. Örf-Adetin Haksızlık Üzerindeki Etkisi

Ceza hukuku öğretisinin haksızlık içeriği düşük olan fiilleri cezasız bırakma gerekçelerinden biri de bu fiillerin örf-adete uygun olduğu iddiasıdır. Bir uygulamanın örf-adet haline geldiğinin söylenebilmesi için iki temel unsura sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Birincisi uzun zamandan beri devamlı şekilde uygulanması (objektif-maddi unsur); ikincisi bu uygulamanın bağlayıcı ve zorunlu

olduğu yönünde genel bir kanaatin yerleşmesidir (subjektif-manevi unsur)³¹⁷. Özel hukukta (özellikle medeni hukuk, borçlar hukuku, ticaret hukuku ve iş hukuku sahalarında) bağımsız bir kaynak olarak görülecek seviyede önemli bir etkiye sahip olan örf-adet, ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin etkisiyle sadece dolaylı bir kaynak vasfına sahiptir³¹⁸. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi de “(nulla poena sine lege scripta, ya da kısaca *Lex Scripta*) örf-adet hukukuyla suç yaratma ve ağırlaştırma yasağı”dır. Bu ilke gereği ceza ihdas eden normun mutlaka yazılı şekilde sabitlenmiş olması gerekmektedir³¹⁹. Keza mahkemeler tarafından uzun süre istikrarlı bir uygulama sonucu oluşup “gelenek hukuku-içtihadî hukuk” olarak adlandırılan bir uygulama da cezalandırma için bir dayanak ya da cezanın arttırılması için bir sebep teşkil etmez³²⁰.

Devletin bireye uygulayabileceği en ağır yaptırımların sahası olan ceza hukukunda hukuk güvenliği herşeyin önüne geçmektedir. Bu sebeple ceza hukukunda örf-adete sadece ceza normunun yorumunda müracaat edilebilmektedir. Örneğin hakaret suçunda fiilin mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte olup olmadığı ya da ebeveynin tedip hakkından doğan yetkisinin sınırları içinde kalıp kalmadığı, TCK'nun 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketlerin neler olduğu bu yolla belirlenebilecektir³²¹.

Örf-adetle norm ihdas edilemeyecek ve yaptırımın ağırlaştırılmayacak olması genel olarak kabul edilmekle birlikte burada konumuz bakımından özellikle üzerinde durulması gereken örf-adetin cezayı ortadan kaldıracı bir etkiye sahip olup olamayacağıdır. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak bir ceza normu sadece kanunla ihdas edilip kanunla kaldırılabilir. Dolayısıyla kanaatimizce örf-adetin bir normu yürürlükten kaldırması da düşünülemez³²². Ancak öğretilerde bir görüş bu hususta bir ayırım yapma yoluna giderek; *Lex Scripta* ilkesinin sadece fail aleyhine sonuç doğuracak hallerde geçerli olduğunu, lehine sonuçların uygulanmasına engel

³¹⁷ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 90; Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, s. 626.

³¹⁸ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 91; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 56; Sözüer, “Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, s. 247.

³¹⁹ Gropp, **a.g.e.**, § 1, s. 55, kn. 7.

³²⁰ Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 17.

³²¹ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 56.

³²² Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 90-91; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 56. Roxin, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, § 5, kn. 9.

olmadığını, kanunda yazılı olmayan örf-adete dayalı hukuka uygunluk sebeplerinin de tatbik kabiliyeti bulunduğunu belirtmektedir³²³.

Buna karşın örf-adet toplumsal yaygınlık kazanmış ve uzun zamandır takip edilen bir uygulamayı ifade etmekle birlikte her zaman pozitif hukuk ile tam bir uyum içerisinde olmayabilir³²⁴. Hatta bazen örf ve adetlerin yaşatma gayreti içerisinde olduğu hareket tarzları kanunun engellemeye çalıştığı tipik fiiller niteliğinde dahi olabilmektedir. Nitekim kanun koyucu TCK 82/1-j ve k bentlerinde kasten öldürme suçunun kan gütme ve töre saikleriyle işlenmesini suçun nitelikli halleri arasında tanımlayarak bu tip fiillerin olgusal düzlemdeki mevcudiyetlerine rağmen toplumdan uzaklaştırılmasından yana olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Buna karşın örf-adet ceza hukuku normlarının metrukiyetine sebebiyet verebilir. Metrukiyetten bahsedildiğinde kast edilen normun yürürlüğünün hukuken değil fiilen ortadan kalkmasıdır. Yani örf-adet normun hukuki geçerliliğini etkilemese de uygulanmaması yönünde bir eğilim yaratabilir³²⁵.

Türk öğretisi ve uygulamasında bazı fiillerin örf-adete uygun olduğundan bahisle cezalandırılmaması yoluna gidildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay bazı içtihatlarında hırsızlık suçunun tipik unsurlarını ihtiva eden bir takım fiillerin örf-adete uygun olduğu gerekçesiyle cezalandırılmayacağı sonucuna varmıştır. Mahkeme 2001 tarihli bir kararında “sanığın yol kenarında bulunduğu anlaşılan müştekiye ait bahçeden yemek amacıyla az miktarda fıstık alması eylemi, gelenek ve göreneklere göre, süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olup duruşmada belirlenen miktarı itibarıyla hırsızlık suçunun manevi unsurunun oluşmadığı”nı³²⁶ belirtmiştir. Oysaki burada suçun manevi

³²³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 359; Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, s. 19; Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, s. 626. Kore Ceza Kanunu’nun hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen 20. maddesi klasik hukuka uygunluk sebeplerine ek olarak “...toplumdaki hakim gelenekleri ihlal etmeyen bir hareket, cezalandırılmaz” şeklinde bir hüküm içermektedir. Yani Kore Ceza Kanununun örf-adeti bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirildiğini söylemek mümkündür.

³²⁴ Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, s. 626.

³²⁵ Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, s. 130; Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 122.

³²⁶ Karar için bkz. (Kubilay Taşdemir, Ramazan Özkepir, **Hırsızlık Suçları**, Ankara, 2002, s. 44) Mahkeme benzer bir olaya ilişkin olan 2004 tarihli başka bir kararında ise “Sanığın Tarım İşletmeleri Genel Müdürlüğüne ait olan fıstık bahçesine girerek buradaki ağaçlardan bir miktar fıstık yedikten sonra poşete de koyarak alıp götürürken yakalanmaktan ibaret eyleminde yüklenen suçun tüm unsurları itibarıyla oluştuğu ve mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanığın hırsızlık kastı bulunmadığından ve suça konu fıstığın ekonomik değeri

unsurlarına yönelik bir tartışmaya mahal yoktur. Zira failin ağacın bir başkasına ait olduğunu bildiğine göre kasten hareket ettiğini kabul etmek gerekir. Keza fiilin yarar sağlama maksadıyla işlendiğine de tereddüt yoktur. Mahkeme 1962 tarihli bir kararında da “sanığın köylüsü bulunan müştekinin bağından üzüm koparıp yemesi halinin mahalli örf ve adete göre hırsızlık sayılıp sayılmadığı tahkik ve tespit edilmeden hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi”ni³²⁷ bozma sebebi yaparak mahalli örf-adeti adeta bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir. Halbuki hırsızlık fiilinin anlamı bölgesel bazda değişmez. Mahalli örf-adet özellikle hakaret suçu gibi suç tiplerinde bir hareket ya da beyanın o bölgede onur şeref ve saygınlığı rencide edici olup olmadığının belirlenmesinde kullanılabilir. Mahalli örf-adet, bahçeden alınan meyvenin miktarı, alınış şekli ve diğēt tüm koşullar birlikte değerlendirildiğinde hoşgörülebilir bir seviyede olup olmadını tespit etmemizi de sağlayabilir. Ancak fiilin hukuka uygun olduğunu söylemeye yeterli değildir. Kanaatimizce mahkeme 1980’li yıllarda verdiği kararlarında bu tip olayların hırsızlık suçunun oluşumu için gerekli niceliksel sınıra ulaşmadığını beyan ederek kısmen daha doğru bir hukuki değerlendirmede bulunmuştur. Mahkeme “adet veçhile bayram günü misafirlerin yararlanmasına sunulan şekerlerden az miktarda almanın hırsızlık cürümünün yeterliliği açısından nicelik boyutlara ulaşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi”ni³²⁸ bozma sebebi yapmıştır.

Hırsızlık suçu malvarlığına karşı işlenen bir suçtur ve esasında suçun konusunun değeri düşük de olsa korunan hukuki değeri bakımından bir ihlal yaratır. Yargıtayın benzer bir kararında bu düşünce karşı oy gerekçesinde çok ilginç bir şekilde ifade bulmuştur. Kararda “arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçedeki elma ağacından birkaç elma koparıp yemesi eylemi; törelere, gelenek ve göreneklere göre süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir belirtisi olup, hırsızlık suçunun oluşması için nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmamıştır” denilerek hem örf-adet hem de suçun konusunu oluşturan şeyin ekonomik değerinin azlığına atıf yapılmak suretiyle cezasızlık sonucuna varılmış iken karara muhalif üye gerekçesinde -kendi

olmadığından bahisle beraatine dair hüküm tesisi”ni bozma sebebi yapmıştır. (11. CD. 22.12.2004, 2003/16974-K. 2004/9815) (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. 29/12/2016.

³²⁷ 6. CD, 13/02/1962, 1962/530-1962/622.

³²⁸ 6. CD, 1986/36-1986/3227, 25.03.1986, (Gündel, **a.g.e.**, s. 584)

ifadesiyle- “biri de bir bini de bir” yaklaşımından hareketle bu karara karşı çıkmıştır. Buna göre;

“Çalınan şeyin miktarının az olması çocukluk çağında herkesin başkasının bahçesinden 3-4 elma çalmış olduğunun kabulü, suçun ‘nicelik’ gibi mücerret bir tabirin suçu ve suçluluğu ortadan kaldırmayacağı, genel suç unsurları arasında da nicelik diye bir unsurun bulunmadığı görüşü ile çoğunluk kararına muhalifim. Filhakika, hırsızlık suçu unsurları da belirtilerek 491. maddede tarif edilmiştir. İhtiyaç hali suçu bertaraf etmediği gibi çalınanın adedi ve değeri de suçun oluşması yönünden bir hüküm ifade etmemektedir. Suç oluşmuştur. Alınan şeyin değeri pek cüzi olsa dahi suç mevcuttur. Çalınan şeyin adedi ve değeri suçun oluşması yönünden değil, TCY 522. maddesinin tatbiki bakımından önem arz etmektedir. Yoksa hırsızlık suçunun oluşması ve unsurları için bir de bini de birdir”³²⁹.

Güncel Yargıtay içtihatları incelendiğinde mahkemenin örf-adet kavramına artık çok sınırlı olarak müracaat ettiği görülmektedir. Mahkeme özellikle hakaret suçunda failin söz ve davranışlarının mağdurun onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte ya da sövme vasfında olup olmadığını tespit etmek için hakimın yerel adetleri dikkate alması gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme bir kararında bu hususu şu şekilde açıklamıştır: “Çoğu zaman isnat edilen fiil ve olgunun, hangi zaman ve yerde meydana geldiğinin belirtilmesi, onur ve saygınlığı incitecek niteliği tespit için yeterli olmaktadır. (...) 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”³³⁰.

Örf-adete isnat edilerek cezasızlık sonucuna varılan hatta adli ve idari makamların harekete dahi geçmediği hallere ilişkin en ilginç örnekleri idare hukuku sahasında çalışan Gözler bizzat yaşadığı bazı olaylardan hareketle vermiştir. Bilindiği gibi etrafı rahatsız edecek şekilde gürültü yapmak adli ve idari yönden yaptırım uygulanmasını gerektiren bir fiildir. Ancak Ramazan ayında geceleyin davul çalmak, ezan okunması, sokakta düğün yapmak, sünnet ve düğün konvoyları yapmak gibi fiiller gürültü yaratıcı olsa bile müdahale etmekten kaçınılan

³²⁹ Kararın özet kısmından alıntıdır. CGK 1987/6-406 – 1987/499 26.10.1987 (Yargıtay Kararları Dergisi, C.14, S.2, Şubat 1988, s.265)

³³⁰ 15. CD, 26.01.2015, 2013/30770 - 2015/1189. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

geleneklerdendir³³¹. Yazarın çalışmasında özellikle üzerinde durduğu konu “sokak düğünleri”dir. Yazarın da belirttiği gibi, hukukumuzda açık havada düğün yapılmasını yasaklayan bir düzenleme yoktur ve esasen bu tip bir genel yasak konulması anayasal temel haklara uygun olmayacak seviyede kısıtlayıcı olur. Ancak gürültü yasağı her zaman caridir. Bu sebeple valiliklerin 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 9. maddesindeki “genel emir” yetkisini kullanarak sadece üniversite sınavının olacağı güne ilişkin gürültü yapılmamasına yönelik yasaklar koyması iyiniyetli bir yaklaşım tarzı olmakla birlikte yazara göre yeterli değildir³³².

TMK’nun 737. maddesinde “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır” denilmiştir. Bu sebeple bu maddenin uygulama sahası bakımından “yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi” aşıp aşmadığının tespit edilmesi gerekir. Gözler’e göre bir köyde bir kişinin evinin bahçesinde düğün yapması yerel adete uygundur. Ancak bir şehirde bir site bahçesinde aynı şekilde düğün yapılması konusunda yerel adet olduğu söylenemez. Ayrıca köylerde var olduğu kabul edilebilecek bahçede düğün yapma adeti, aslında ses yükselticisi cihazlar olmadan yapılan bir düğün için kabul edilebilir. Ayrıca bir köyde bir yaz boyunca en çok birkaç düğün olur ve bu düğünden çıkan gürültü en çok köyde yaşayan birkaç yüz kişiyi rahatsız eder, zaten köyde yaşayan herkes doğal olarak o düğünün davetlisidir ve o düğüne katılır. Oysa bir şehirde yaz aylarında her akşam düğün yapılmaktadır ve bu düğün gürültüsünden o semtte yaşayan, o düğünle ilgisiz, binlerce insan rahatsız olmaktadır³³³.

Tüm bu örnekler birlikte değerlendirildiğinde örf-adetin ceza hukuku açısından adeta bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınamayacağını, kendisine sadece normun yorumunda müracaat edilebileceğini söylemek mümkündür. Buna karşın bir fiilin örf-adete uygunluğu sebebiyle toplumsal toleransla karşılanması o

³³¹ Kemal Gözler, “Sokak Düğünleri ve Hukuk”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 357.

³³² Gözler, “Sokak Düğünleri ve Hukuk”, s. 362.

³³³ Gözler, “Sokak Düğünleri ve Hukuk”, s. 370.

fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasında rağmen soruşturma makamlarına intikal ettirilmemesine neden olabilir. Ancak kuşkusuz bu durumda da esasen ortada suç teşkil eden bir fiil vardır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FİİLİN HAKSIZLIK İÇERİĞİNİN AZALDIĞI HALLERE İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

I. MALVARLIĞINA KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA DEĞER AZLIĞI

A. Türk Hukukundaki Durum

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusunu oluşturan şeyin ekonomik değeri ya da zararın miktarı fiilin haksızlık içeriğini belirleyen temel faktörlerdendir¹. TCK'da malvarlığına karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan suçların oluşabilmesi için suçun konusunun (ya da zararın) asgari bir ekonomik değer taşınması gerektiği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak öğretisi ve uygulamadaki eski bir görüş özellikle hırsızlık suçu bakımından bir malın suç konusu olabilmesi için az da olsa ekonomik bir değer ifade etmesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre bazı hallerde suçun konusunun ekonomik değeri o kadar düşüktür ki adeta yok derecesindedir. Ortada hırsızlık suçunun konusu olabilecek bir malvarlığı değeri bulunmadığından suçun oluşması da mümkün değildir. Bu görüşe göre bu tip durumlarda suç konusunun değeri TCK'nun aşağıda ele alacağımız 145. maddesi kapsamına dahi giremeyecek düşük bir değeri ifade etmekte ve bu sebeple hareketin o suç tipinin kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır².

Kanaatimizce taşınır nitelikteki malların ne kadar düşük olursa olsun mutlaka ifade ettikleri bir malvarlığı değeri de vardır. Taşınır malın hiçbir ekonomik değer taşıması, yürüyüş yaparken özel mülkiyete tabi bir yerden (bahçe, arazi) bir

¹ Hoven, "Bagatelldelikte: Zum Umgang mit 'geringfügigen Straftaten' im materiellen und prozessualen Recht", s. 977; Veli Özer Özbek, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 614.

² Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 122.

yaprak ya da dal parçası alınması gibi durumlarda gündeme gelebilir ki esasen bu gibi hallerde de fail açısından “yarar sağlama maksadı” bulunmadığından suçun unsurlarının oluşmayacağı düşünülebilir. Bu tip fiiller amaca uygun yorum yoluyla kolaylıkla maddenin uygulama sahası dışına çıkarılabilir. Fakat alınan şey bir parça kağıt dahi olsa prensip olarak mağdurun zilyetliğinden kaparılmakla ekonomik bir kayıp meydana getirir. Alınan şeyin manevi değeri ekonomik değerine göre daha yüksek olsa dahi (örneğin hatıra değeri taşıyan mektuplar gibi) durum böyledir. Uygulama ve öğretide komşunun bahçesinden bir elma çalınması, bir sayfa kağıt alınması gibi durumlarda; örf-adet, sosyal uygunluk, ihlalin niceliği ve önemi, zımni ya da varsayımsal rıza gibi kavramlardan hareketle cezasızlık sonucuna varılmaya çalışılmıştır³. 765 sayılı mülga TCK’da, başka bir hukuki yoruma dayanak teşkil edecek yasal bir düzenleme bulunmaması, öğretide ve uygulamanın vicdani gerekçeleriyle ve “bunun için cezalandırmaya değmez” düşüncesiyle bu tip kavramlara müracaat etmesine neden olmuştur. Oysa ki 5237 sayılı TCK’nun 145. maddesi tam da bu gibi durumlar için düzenleme bulmuştur. Kabul ettiğimiz ve 145. maddenin düzenlemesiyle de uyumlu görüşe göre suçun konusunu oluşturan şeyin değeri ne kadar düşük olursa olsun esasında bu tip durumlarda da bir haksızlık ve dolayısıyla hırsızlık suçu bulunmaktadır ancak suçun işlenişindeki özellikler ve suçun konusunu oluşturan malın ekonomik değerinin azlığı sebebiyle fiilin haksızlık içeriği hırsızlık suçunun temel halinden farklı bir uygulama yapılmasını haklı kılacak ve gerektirecek boyutta azalmıştır⁴. Kanuni tanımlara bakıldığında yağma, hırsızlık gibi suç tiplerinde cezanın üst sınırının çok yükselebildiği de görülmektedir. Yani basit bir şeyin alınması da çok kıymetli bir mücevherin alınması da aynı tip içerisinde kalmakta dolayısıyla teknik olarak aynı suça vücut vermektedir. Kanun koyucu tarafından bu sebeple hakime ceza tayininde yukarı doğru geniş bir hareket alanı tanımlanmış olması bu suçların hafif suç şeklinde karşımıza çıkmasına engel değildir. Zaten hafif suçlar bakımından asıl belirleyici olan cezanın alt sınırıdır⁵.

³ Dursun, “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, s. 473.

⁴ Aynı yönde bkz. Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 591; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 637.

⁵ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 977.

Yargıtay geçmişte verdiği bazı kararlarında hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın ekonomik değerinin az olması ya da hiç bulunmaması durumlarında failin eksik teşebbüsten cezalandırılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, “kasanın içinden alındığı ileri sürülen kutunun ekonomik değerinin bulunup bulunmadığı bilirkişiye tespit ettirilmeden müştekinin beyanı ile yetinilmesi ve ekonomik değerinin bulunmadığının anlaşılması halinde eylemin eksik kalkışma derecesinde olacağının gözetilmemesi” şeklindeki ve “serbest piyasada alım gücü bulunmayan 31 TL değerindeki madeni Irak Dinarı’ını çaldığını söyleyen sanığın eylemi... ihlal edilen menfaat ve dolayısıyla nicelik açısından malvarlığında bir zarar doğurmamış ve bu nedenlerle... hırsızlığa eksik kalkışma aşamasında kalmıştır”⁶ şeklindeki kararlarında eksik teşebbüs uygulaması yapılmamasını bozma sebebi yapmıştır. Bu kararlar öğretide -karardaki düşünce tarzı kabul edilse bile- ekonomik değeri bulunmadığı için hırsızlık suçunun konusunu oluşturamayacak şeylerin alınması durumunda teşebbüsten dahi bahsedilemeyeceği⁷, değerinin azlığı sebebiyle suçun haksızlık içeriği önemli ölçüde azalmış olsa da ortada tamamlanmış bir suçun bulunduğu belirtilerek eleştirilmiştir⁸.

Yargıtay banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu açısından verdiği bir grup kararında ise “çalınan banka cüzdanının, ekonomik değeri bulunan bir mal olup olmadığı ve suçun nicelik açısından yeterli boyuta ulaşip ulaşmadığı saptanıp tartışılmadan hükümlülük kararı verilmesi doğru değildir”⁹ ve “çalınan çek yaprağının ekonomik bir değeri olmadığından, mal varlığının bozulması ve nicelik açısından eylemin suç yeterliliği bulunmadığı göz önüne alınmalıdır”¹⁰ diyerek somut olaylarda çalınan şeyin ekonomik olarak hırsızlık suçunun konusunu oluşturmaya elverişli olmadığını belirterek katılmadığımız görüşü tekrar etmiştir. Bununla birlikte mahkeme daha yakın tarihli kararlarında banka ve kredi kartlarının çalınması durumunda çalınan kartını yeniden çıkartabilmenin mağdur açısından maddi külfet oluşturduğu düşüncesinden hareketle kartın bağımsız bir maddi değeri bulunup bulunmadığı tartışmasına girmeksizin kartın çalınmasının ayrı,

⁶ 6. CD, 1990/1225 – 1990/2265, 21.03.1990, (YKD, C. 16, S. 9, Eylül 1990, s.1407)

⁷ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 520.

⁸ İçel vd., **a.g.e.**, s. 96. Mala zarar verme suçu bakımından benzer bir eleştiri için bkz. Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, s. 124.

⁹ 6. CD 1986/7783 - 1986/8668 03.10.1986 (YKD, C.13, S.1, Ocak 1986, s. 140).

¹⁰ 6. CD 1988/4197 - 1988/7514 09.06.1988 (YKD, C.14, S.10, Ekim 1988, s. 1448).

kullanılmasının ayrı cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın yukarıda aktardığımız son görüşü uygulamada istikrar kazanmış durumdadır¹¹. Zaten çek yaprakları ve kredi kartları kendi maddi değerinin dışında ve bunun üzerinde bir ekonomik değer için ödeme aracı (çek üzerinde yazan miktar, kredi kartı da limiti ölçüsünde) niteliğindedirler. Dolayısıyla kullanılmaları bile müstakilen hırsızlık suçuna konu olabileceklerini kabul etmek gerekir¹².

1. Tarihsel Gelişim

Bu çalışmada malvarlığına karşı işlenen suçlarda -özellikle de hırsızlık suçunda- değer azlığının yaptırım üzerindeki etkisi incelenirken mülga 765 sayılı TCK ile sınırlı kalmak istenmemiştir. Günümüz hukukuyla mukayeseye elverişli en yakın örnekleri sunması sebebiyle 1926 yılında yürürlüğe giren ve 2005 yılına kadar uygulanan 765 sayılı TCK diğerlerine nazaran daha detaylı incelenecek olsa da, 765 sayılı TCK'dan bir adım daha geriye gidildiğinde karşımıza modern laik hukuk algımızdan çok farklı temellere dayanan üstelik çalışma konumuzla ilgili son derece ilginç örnekler ortaya koyan Osmanlı hukuku çıkmaktadır. Son günlerine kadar kendisini bir İslam devleti olarak tanımlayan ve meşruiyetini buna dayandıran dolayısıyla da uygulamalarında İslam hukukunu esas alan Osmanlı Devleti'nin özellikle hırsızlık suçu konusundaki yaklaşımı oldukça ilgi çekicidir. Ancak Osmanlı hukuku neticede İslam hukukunun somut uygulama şekillerinden biridir ve onu incelemeye geçmeden önce dayanağı olan İslam hukukunun, hırsızlık suçuna yönelik teorik yaklaşımına kısaca bakmak zorunludur. Ayrıca günümüzde uygulanan laik

¹¹ Belirtilen uygulama Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.2010 tarih ve 2010/11-17, 2010/65 sayılı ve 04.03.2014 tarih 2014/11-1439, 2014/104 sayılı kararlarıyla tekrarlanmış ve istikrar kazanmıştır. Güncel uygulama da bu minvalde devam etmektedir. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. 20.11.2016

“Banka veya kredi kartının hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi durumunda oluşabilecek hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık gibi suçlar ile banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçu arasında gerçek içtima kuralının uygulanarak failin her bir suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği, 5237 Sayılı TCK.nun 245/1. maddesindeki "her ne surette olursa olsun" ifadesinin ise banka veya kredi kartlarının sadece hukuka uygun yollardan ele geçirilmesini kapsadığı cihetle, sanığın katılanın cüzdanından ekonomik değer taşıdığından kuşku bulunmayan menkul mal niteliğindeki kredi kartlarını ve sürücü belgesini sahibinin rızası dışında alması eyleminin hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kartların çalınması eyleminin kartı kötüye kullanma eylemi içerisinde eridiğinden bahisle yazılı şekilde hırsızlık suçundan ayrıca karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi (bozma)” (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>. 20.11.2016.

¹² Aynı yönde Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 593. Aksi yönde bkz. Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 637, dn.28 ve 640-641.

ceza kanununun halefi olarak ele alınabilecek Tanzimat Dönemi ceza kanunları ve bu kanunların batılı halefi olan *Constitutio Criminalis Carolina*'dan da konuya ilişkin örnekleri çeşitlendirmek amacıyla yararlanılacaktır. Ancak neticede bu çalışma bir hukuk tarihi çalışması değildir. Dolayısıyla asla bu konuya ilişkin tüm görüşleri bütünüyle aktarma ve inceleme iddiasında da değildir. Çalışmada bu tarz bir başlık açılmasının başlıca sebebi, birbirinden son derece farklı zamanlar, mekanlar ve hukuk sistemlerinde benzer ihtiyaçların ortaya çıktığını ve bu ihtiyaçların şu ya da bu biçimde benzer şekillerde çözülmeye çalışıldığını göstermek, güncel pozitif hukukun ayrıntılarına girmeden önce kısa bir ufuk turu yapmaktır.

İslam ceza hukukunda, kamu haklarına (yani bir bakıma Allah'a) karşı işlendiği kabul edilen ve cezası naslarla yani İslam hukukunun temel kaynakları olan Kuran, sünnet, icma ile belirlenmiş sınırlı sayıdaki suça, “had suçları” denilmektedir. Had suçlarının sayısı ve hangi fiillerden oluştuğu konusunda yazarlar arasında birlik bulunmasa da bu çalışma açısından bakıldığında en sınırlayıcı yaklaşımlarda bile hırsızlık suçu mutlaka bu listeye dahil edilmektedir¹³. Maide Suresi'nin 38. ayetinde yer alan “*yaptıklarına bir karşılık ve Allah'tan caydırıcı bir müeyyide olmak üzere hırsız erkek ile hırsız kadının ellerini kesin*”¹⁴ ifadesinden hareketle hırsızlık suçu karşılığında uygulanacak yaptırımın el kesme cezası olduğu kabul edilmektedir. Ancak klasik ve çağdaş İslam hukuku literatüründe bu ceza çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Öncelikle içtihatlarıyla klasik İslam hukuku dediğimiz literatürü ortaya koyan müçtehit imamlar, temel kaynakta (Kuran) yer alan bu suçun unsurlarını ve subutu için gerekli şartları tespit etmeye çalışmışlardır. Örneğin Maide Suresi'nde suçun konusunun asgari bir değer ifade etmesi gerektiği belirtilmemiş ise de müçtehitlerin özellikle sünneti temel alarak giriştikleri içtihat-yorum faaliyetleri neticesinde ekonomik alt sınırlar belirleme yoluna gittikleri ve hırsızlık suçu karşılığında el kesme cezasının uygulanabilmesi için malın değerinin “nisap miktarı”na ulaşması gerektiğini belirttikleri görülmüştür. İslam hukukunda hırsızlık suçuna verilecek ceza yanında zekat, vergi, diyet, ganimet hesabı gibi alanlarda da müracaat edilen “nisap” kavramı bu cezanın türünü belirleyen ya da ilgilisi hakkında

¹³ Hadler bakımından verilebilecek en geniş liste ise hırsızlık, zina, kazf (zina iftirası), hamr (şarap) içme, yol kesme, irtidat (dinden dönme) ve isyandan ibarettir. (Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 59; Cihan Osmanağaoğlu, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, **İÜHFİM**, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 113; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 11. bs, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 95).

¹⁴ (Çevrimiçi) http://www.diyaret.gov.tr/kuran/Kuran_Meali/KURAN.pdf. 01.05.2016.

bazı yükümlülükler doğmasını sağlayan ekonomik miktarı ifade etmektedir¹⁵. İslam hukukunun temel ekolleri olan Maliki, Şafii ve Hanbeliler dayandıkları hadislerden nisap miktarının, çeyrek dinar (altın) veya üç dirhem (gümüş) olduğu sonucuna ulaşmaktayken; Ebu Hanife, nisap miktarının bir dinar altın ya da on dirhem gümüş olduğunu kabul etmiştir¹⁶.

Hiz. Peygamberin yaşamı boyunca verdiği hükümlerle hem kadın hem de erkek failer bakımından el kesme cezasını uyguladığına ilişkin çeşitli örnekler aktarılmaktadır¹⁷. Müçtehitler tarafından -farklı sonuçlara varılsa da- nisap miktarının belirlenmesinde nerdeyse istisnasız biçimde referans alınan olay Hiz. Peygamberin bizzat verdiği bir hükümle bir kalkan değerinde malın çalınması durumunda el kesme cezasını uygulamış olmasıdır. Hiz. Ayşe tarafından da aktarılan bu olayda Hiz. Ayşe kalkanın kıymetini dinarın dörtte biri olarak değerlendirmiştir. Ancak gerek kalkanın değerinin takdir edilmesi gerekse de bu değer dinar veya dirhem cinsinden ifade edilmesi gerektiğinde görüşler ayrılmaya başlamıştır. Hanefi imamlar -başta Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed- Hiz. Ayşe'nin kalkan için çeyrek dinar değer takdir etmesinin kendi içtihadı olarak görülebileceğini belirterek; İbn Mesud'un bir dinar ya da on dirhemden düşük değerdeki mallar için el kesme cezası uygulanmayacağı yönündeki rivayetine üstünlük tanımışlardır. Ayrıca Hiz. Ömer'in de sekiz dirhem değerindeki bir elbisenin çalındığı olayda el kesme cezası uygulamaktan vazgeçtiği rivayetini delil göstermişlerdir. Ayrıca belirtelim ki dinar ve dirhem arasında bu tarz bir denklik kurulmasının nedeni, bir dinarın o dönemde on dirheme eşit görülmesidir. Hadlerin uygulanmasında ihtiyatlı olunması gerektiğinden ve değer olarak daha yüksek bir sınırı dikkate aldıklarından Hanefi görüşünün daha güvenli olduğu belirtilmektedir¹⁸. Nitekim Osmanlı hukuku üzerinde esas belirleyici olan da Hanefi ekolüdür. Hanefi kabulünden hareket edildiğinde, hırsızlık suçuna konu malın nisap miktarını bulduğunu söyleyebilmek için günümüz ölçüleriyle bir dinar yani yaklaşık 4,45 gr altın ya da 10 dirhem yani yaklaşık 32 gr. gümüş miktarına ulaşması gerektiği anlaşılmaktadır. Çalınan malın bu miktarda olup

¹⁵ Talat İlbahar, "İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2007, s. 30.

¹⁶ İlbahar, "İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri", s. 144.

¹⁷ Bu örnekler için bkz. Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2010, s. 213.

¹⁸ İlbahar, "İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri", s. 114-116.

olmadığı da iki adil erkek tanık vasıtasıyla belirlenecektir¹⁹. Yani malın değerini tespit konusunda gerekirse “bilirkişiye müracaat” da mümkündür.

Bununla birlikte had cezasının hangi durumlarda uygulanabileceği sorunu nisap miktarının tespiti ile de bitmemiş ve nisap miktarı konusu başka bir çok girift soruna yol açmıştır. Örneğin şayet çalınan şey doğrudan para ise haddin uygulanabilmesi için çalınan paranın sahte veya ayarı düşük olmaması gerektiği de belirtilmiştir. Hanefi bilginlerden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed Peygamber zamanındaki dirhem ağırlığını dikkate alarak on dirhemden her birinin yedi miskal olması gerektiğini belirtirken Ebu Hanife fiilin işlendiği dönemde tedavülde bulunan dirhem nisabı belirlemede yeterli olacağı kanaatini belirtmiştir²⁰. Ayrıca İslam hukukunda hırsızlık suçundan dolayı haddin uygulanabilmesi için; failin çalınan mala ortak olmaması, malik ile fail arasında belli bir akrabalık ilişkisi bulunmaması, malın kamu malı niteliğinde olmaması, malın (taze meyve gibi) çabuk bozulur nitelikte olmaması, hukuk sistemi tarafından korunan bir mal olması (örneğin şarap ya da domuz eti gibi haram mallardan olmaması), örf gereği alınmasına tolerans gösterilen mallardan olmaması (ot, alelade odun, kerpiç gibi), malın “gizlice” alınması gerektiği söylenmiştir. Sayılan tüm kriterler üzerinde de çeşitli görüş ayrılıkları bulunduğu gibi köle, canlı hayvan çalınması gibi durumlar da tartışmaya açık konulardır²¹. Yine bir görüş de ayetteki sarik ve sarika ifadelerinin fiili değil failin sıfatını ifade ettiği gerekçesiyle bu fiili tek bir defa değil itiyat haline getirmiş şekilde işleyen fail bakımından söz konusu yaptırımların uygulanabileceğini belirtmiştir²². Görüleceği üzere İslam hukukunun kabul ettiği hırsızlık suçu, tanımı ve kapsamı itibarıyla günümüz hukukundan oldukça farklıdır. Örneğin “açıktan hırsızlık (TCK md.141/1 kapsamında kalan hırsızlık)” dediğimiz hırsızlık türü haddi gerektiren bir fiil olarak değerlendirilmemektedir. Keza bugün hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak değerlendirdiğimiz kamu malının çalınması durumunda da sonuç böyledir.

¹⁹ Cihan Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, **Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 34-35.

²⁰ İlbahar, “İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri”, s. 117.

²¹ Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 60. Suçun unsurlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 30-50.

²² Avcı, **a.g.e.**, s. 309.

Konumuz açısından ilginç hususlardan birisi de örf gereği alınmasına tolerans gösterilen, yapısı gereği düşük bir ekonomik değer ifade eden malların çalınması durumunda haddin uygulanmayacağı kabul edilmiş olmasıdır. Diğer durumlarda had cezasının uygulanabilmesi için kabul edilen nisap sınırının, bu kadar düşük değerli bir malı çalmaya teşebbüs edilmesinin o malın zaruret nedeniyle alındığını gösterebileceği düşüncesine dayandırıldığı görülmektedir. Günümüz hukukunda da düşük değerli şeylerin çalınması gibi (TCK md. 145), zaruret dolayısıyla yapılan hırsızlıklar da (TCK md.147) cezalandırılmamaktadır. Üstelik zaruret durumunda malın değeri çok yüksek olsa bile failin cezalandırılmaması mümkün görülmektedir. Yukarıdaki bütün açıklamalar toplu değerlendirildiğinde şu sonuç ortaya çıkmaktadır: Teorik İslam hukuku da “el kesme” cezası gibi ciddi bir yaptırım uygulamanın “değmeyeceği” seviyede hafif hırsızlıklar ve işleniş itibarıyla haddin unsurlarını taşımayan diğer hırsızlıkları bu şekilde cezalandırmayı kabul etmemiştir. Ayrıca birbirini ortadan kaldırmayan ve çeşitli müçtehitlerin çabalarıyla ortaya çıkan içtihatlar, bir hırsızlık fiili karşısında el kesme cezası uygulanmasının mümkün olup olmadığını belirlemeyi son derece zorlaştıracak kadar karmaşıktır. Müçtehitlerin çabaları hadlerin uygulanmasını mümkün olduğunca zorlaştırmaya yönelik olmuştur. Ancak tekrar belirtelim ki suçun konusunun nisap değerine erişmesi ve diğer tüm koşulların gerçekleşmesi halinde Maide 38’de gösterilen “kat-ı yed, el kesme” cezasının uygulanması hususunda hakim artık bir takdir yetkisi yoktur. Bu tespit ortaya konulduktan sonra modern dönem hukukçularının insan hakları teorisinin etkisiyle ortaya attığı “yenilikçi” görüşler bütünüyle tartışmaya açıktır²³.

Varılan bu noktada son derece önemli bir hususun tespiti gerekmektedir: Nisap miktarına ulaşmayan ya da herhangi bir sebeple haddin tüm unsurlarını taşımayan fiiller açısından failin devlet başkanı tarafından belirlenmiş başka bir cezaya mahkum edilmesi mümkündür. İslam hukuku, kamu hukuku alanında “taziren cezalandırma” denilen bu yaptırım sahasında devlet başkanını oldukça serbest bırakmıştır²⁴. Fakat elbette devlet başkanı tamamen sınırsız da değildir. Her şeyden önce yukarıda belirttiğimiz gibi haddin koşulları gerçekleşmişse Kuran’ın emrettiği

²³ Konuyla ilgili modern dönem yazarlarının görüşleri için bkz. Yasemin Baba, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları”, **İÜHFİM - Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan**, C. LXXI, 2013, S. 1, s.88-92.

²⁴ İlbar, “İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri”, s. 122.

el kesme cezasını uygulamak zorundadır. Taziren verilen diğer cezaların da İslam hukukunun temel esaslarına aykırı olmaması gerekir. Bu tespitler çalışmamız açısından Osmanlı hukuk uygulamasına geçilmesi için elverişli bir bağlantı sağlamaktadır. Zira modern hukuk tarihi çalışmalarına bakıldığında Osmanlı Devleti özelinde yapılan en ciddi tartışmalardan biri de örfi hukuk sahasının şeri hukuku ihlal edecek boyutta genişleyip genişlemediğidir. Diğer bir ifade ile şeriatla yönetildiği iddia edilen Osmanlı Devleti'nin, şu ya da bu gerekçe ile, el kesme cezası uygulanması zorunlu olan durumlar da dahi bugünkü laik hukuk sistemlerinde olduğu gibi başka türden cezalar tercih edip etmediğidir.

Osmanlı uygulamasını göstermesi bakımından önemli bir kaynak olan fetvalarda ve yargı kararlarında da el kesme cezasının dışlanmadığı görülmektedir²⁵. Zira Osmanlı müftüsü ve kadısı için hırsızlık suçunun unsurları, ispatı, yargılanmasıyla ilgili bir sorun hasıl olduğunda başvurulacak olan Hanefi ekolünün fıkıh kitaplarındaki teorik bilgilerdir. Fakat kadı sicilleri bu cezanın fiilen gerçekten uygulanıp uygulanmadığını belirlemeye imkan vermediği gibi mühimme defterleri üzerindeki çalışmalar da yetersizdir. Fakat hırsızlık suçu özelinde yapılan güncel çalışmalar el kesme cezasının nadiren uygulanmış olabileceğini bunun yerine; kürek, hapis, kalebentlik, sürgün, sopa, para cezası tercih edildiğini göstermektedir. Fakat bu durum elbette Osmanlı Devleti'nin klasik döneminde (Kanuni Sultan Süleyman'dan 1839 Tanzimat Fermanı'na kadar geçen süreç) modern insan hakları teorisinden etkilenmiş olmasına ya da daha "merhametli" bir tutum takınmasına bağlanamaz. Bu tip cezaların seçilmesi -örneğin kürek cezası bu yönde bir iş gücüne ihtiyaç duyulmasına- devletin pragmatik tercihlerine dayandırılabilir. Nitekim Osmanlı Devletinin bu suçu işlemeyi itiyat haline getirmiş kişiler bakımından ölüm cezası uygulanmasını kabul ettiği de anlaşılmaktadır²⁶.

Osmanlı hukuku bakımından en ilginç ve önemli kaynaklardan biri de kanunnamelerin hırsızlık suçunu düzenleyen hükümleridir. Hırsızlık suçunun II. Mehmet (Fatih), I. Selim (Yavuz) ve I. Süleyman (Kanuni) devrine ait kanunnamelerde oldukça kazuistik bir yapıda düzenlendiği görülmektedir²⁷.

²⁵ Avcı, **a.g.e.**, s. 213-214.

²⁶ Osmanağaoğlu-Karahasanoglu, **ag.e.**, s. 243-245.

²⁷ Osmanlı Kanunnameleri, padişahların hayatlarıyla sınırlı bir yürürlüğe sahiptir. Kanunnameler burada önemine binaen ele alınan üç örnekle sınırlı olmadığı gibi bazıları da bölgesel niteliktedir.

Kanunnamelerin ilgili hükümlerine bakıldığında; kaz, ördek, kuzu, at, buğday, arpa çalma gibi durumlarda faile sopa ya da para cezası uygulanmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kanunnamelerdeki bu hükümleri değerlendiren yazarların bir kısmı; kaz, tavuk, ördek çalma gibi basit vakalarda malın değerinin nisap miktarına ulaşmayacağından faile el kesme cezası verilemeyeceğini, dolayısıyla bu hükümlerin, tazir cezasının miktarını belirlediğini kabul etmektedir. Diğer görüş ise çalınan malın değerlerine bakılmaksızın faile para cezası verilmesini öngören bu hükümleri İslam hukukuna aykırı bulmaktadır. Türk hukuk tarihçilerinin şeri hukuk-örfi hukuk ikilemine dayanan ve çalışmamızın boyutlarını aşan bu görüş ayrılığı bir kenara bırakılacak olursa, daha basit bir akıl yürütmeye kanunnamelerdeki sayma usulü, o dönemde ceza hukukunda kıyas yasağından bahsedilmemesine bağlanabilir. Yani yaklaşık olarak bir kaz, tavuk vb. değerindeki mallar için -bu mallar o dönemdeki ekonomik değerleri itibarıyla nisap miktarına erişmeyeceklerinden- had cezasının uygulanmayacağını, taziren uygulanacak cezaya da belli bir güvence ve eşitlik sağlamak üzere sevk edildikleri düşünülebilir. Buna karşın müçtehitlerin (içtihat kapısının kapandığı kabul edilen Hicri 3. yy'a kadar) gerçekleştirdikleri içtihat faaliyetlerinin tamamında bir kalkan değerini dikkate almaları ve kanunnamelerde kimi zaman bir at çalınması gibi yerine göre son derece ciddi bir malvarlığına tekabül edebilecek fiiler için dahi para cezasına kapı açabilecek hükümler içermeleri şüphe yaratıcı niteliktedir. Fakat Fatih Kanunnamesindeki “Eğer at oğrılasa²⁸ *elin keseler kesmezlerse iki yüz akçe cerem alına*”²⁹; Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi’ndeki “Eğer bir kimesne kaz ya tavuk ya ördek uğurlasa, kadı ta’zir edüp iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer bir kimesne kovan ya koyun ya kuzu uğurlasa, *nisâbına yetişmezse* yine ta’zir edüp ağacına bir akçe cürm alına. Eğer bir kişi at ya katır ya merkep uğurlasa *elin keseler yahud* iki yüz akçe cürm alına. Eğer bir kişinin ambarından ya kuyusundan arpa ya buğday serika olursa, *elin kesmek lâzım olmasa*, gâniden elli akçe ya kırk akçe, mutavassıt’ul-hâlden (orta halli) yirmi,

Ayrıntılı bilgi için bkz. Cihan Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, **a.g.e.**, 103 vd. Bu bölümde yer verdiğimiz üç kanunname için ayrıca bkz. Baba, “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları”, s.94-100.

²⁸ Oğrılmak (oğrulamak-uğrulamak): Çalmak. (çevrimiçi) <http://tdkterim.gov.tr>. 01.05.2016.

²⁹ Fatih Kanunnamesi’nin burada aktardığımız kısmı için bkz. Coşkun Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III”, **AÜHF**, C. IV, S. 1-4, 1947, s. 52-54.

fakirden on akçe cürm alına”³⁰; Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi’ndeki “Eğer at oğrılarsa *elini keseler kesmezler ise* ikiyüz akça cerime alına (...) nacak veya destar oğrılarsa *elin kesmeli olmasa* kadı tazir ede iki ağaca bir akça cerime alına”³¹ şeklindeki düzenlemeler ve diğer hükümleri bir bütün olarak ele alındığında İslam hukuku kaidelerinin teorik düzlemde kesinlikle dışlanmadığı söylenebilir. Zira bu hükümler malın nisap miktarına ulaştığı durumlarda prensip olarak el kesme cezasının uygulanacağını tekrar ederken, bunun mümkün olmadığı durumlarda faile ne tür bir ceza verileceğini belirlemeye yönelik görünmektedir. Keza aile üyeleri arasındaki hırsızlık fiilleri karşısında hadlerin uygulanamayacağını öngören hükümleri de İslam teorisi ile uyumludur. Buna karşın nisap miktarının her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekirken bu tarz genel ve bağlayıcı düzenlemelere tabi tutulması ve karşılıklarında diyet dışında ekonomik yaptırım tanımayan İslam hukukuna rağmen para cezası öngörülmesi bazı yazarlar tarafından İslam hukukuna aykırı bulunmaktadır³².

Elbette Osmanlı Devleti’nin bugünkü hukuk algımıza oldukça uzak, bedensel cezalar uygulamayı dahi kabul eden yapısı, kendi dönemi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Nitekim aynı dönemlerde uygulanan ve Avrupa’da kodifikasyon faaliyetlerinin zirve noktası olarak değerlendirilen *Constitutio Criminalis Carolina*’da (Carolina) da benzer özellikler görülmektedir. Carolina, Tanzimat Dönemi ve genç Cumhuriyetin resepsiyon yoluyla oluşan laik hukukunun batıdaki temellerine uzanılması bakımından da önem taşımaktadır. Carolina da Osmanlı Kanunnamelerinde olduğu gibi genel bir hırsızlık suçu tanımı yapmamış fakat; gizli hırsızlık - aleni hırsızlık, büyük hırsızlık - küçük hırsızlık gibi ayrımlara yer vermiştir. Bu bağlamda çalınan malın değerinin beş Gulden’den fazla olduğu hallerde büyük hırsızlık bu miktardan düşük olduğu durumlarda da küçük hırsızlık söz konusu olmaktadır. Ayrıca ilk defa beş Gulden’den az miktarda gizli bir hırsızlık yapan fail, kural olarak çalınan malın iki katı değerini tazmin etmek ve ebedi

³⁰ Kanunnamenin transkripsiyonu için bkz. Ahmet Akgündüz, **Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 3. Kitap Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnâmeleri**, İstanbul, Fey Vakfı, 1990, s. 91-92. (Parantez içindeki kısımlar yazara ait)

³¹ Ahmet Akgündüz, **Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 4. Kitap Kanuni Fatih Devri Kanunnâmeleri I. Kısım Merkezi ve Umumi Kanunnamlar**, İstanbul, Fey Vakfı, 1992, s. 368 vd.

³² Zira Hanefî ekolünden sadece Ebu Yusuf, -o da suistimal edilmemesi şartıyla- para cezasının caiz olduğunu kabul etmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s.243 vd.

urphede (kan gütmeceğine dair senet) vermek zorundaydı. Beş Gulden'den fazla ve aleni hırsızlıklarda ise faile prangaya vurma, kırbaçlanma cezaları verilebiliyordu. Eğer hakim falin ıslah olabileceği düşüncesinde ise malın dört katı değerinde tazminat ödemesine ve ebedi *urphede* verilmesine de hükmedebilirdi. Hırsızlık suçunun ağır hali olarak değerlendirilen ve konuta girmek suretiyle ya da silahla işlenen *Einbruch* nitelendirilen durumlarda ise erkek fail asılarak kadın fail boğularak idam edilebilirdi. Bu durumda hakim takdir yetkisine dayanarak göz çıkarma ya da el kesme gibi cezaları da verebilirdi³³. Görüldüğü gibi Carolina da Osmanlı hukuk sisteminde olduğu gibi -ağır durumlarda- hırsızlık suçu karşısında bedensel cezalar dahi uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, hafif hırsızlıkları ayrı ele almış ve haksızlığın ağırlığıyla orantılı farklı bir yaptırım sistemine tabi tutmuştur. Hafif hırsızlıklar için birbirinden son derece farklı esaslara dayanan hukuk sistemlerinde bile benzer bir yaklaşım sergilenerek fiil karşısında -hırsızlığın temel ve nitelikli hallerine nazaran- daha hafif yaptırımlar öngörülmesi adalet ve orantılılık duygusunun müşterekliğine bağlanabileceği gibi devletlerin pragmatik düşüncelerle yaptığı bir seçim olarak da görülebilir. Nitekim yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı biçimde ele aldığımız gibi haksızlıkların ağırlıklarına göre belli tasniflere tabi tutulması süreç içerisinde muhakame hukukunda da bazı farklılıklar oluşmasına temel hazırlamıştır.

Konuya Osmanlı hukuku penceresinden bakmaya devam edersek 1839 yılında Tanzimat Fermanı'nın ilanı ile başlayan sürecin önemli bir dönüm noktası olduğunu söyleyebiliriz. Dar kapsamlı olan 1840 ve 1851 (Kanun-i Cedid) tarihli kanunları takiben yürürlüğe giren 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na dayanmakta olup olabildiğince İslam ceza hukuku ilkeleriyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır. Buna karşın kanun incelendiğinde hırsızlık İslam hukukunda olan el kesme cezasından hiç bahsetmediği, Osmanlı kanunnamelerinde yer alan ölüm (*siyaseten katl*) cezasına da yer vermediği görülür³⁴. Bu kanun hırsızlık suçu karşılığında haksızlığın ağırlığına göre; müebbet hapis (217. madde), belli süreli kürek (217, 220. maddeler), belli süreli kalebentlik (82 ve 84. maddeler), süreli hapis cezası (205, 216, 222, 223, 224, 225. maddeleri) ve hapse ek

³³ Mehmet Cemil Ozansü, **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, 1.bs., İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 359-361.

³⁴ Baba, "Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları", s.76-106; Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, **a.g.e.**, s. 254-255.

olarak para cezası (224. madde) öngörmüştür³⁵. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde kanunnamelerdeki yaklaşımın Tanzimat sürecindeki reform hareketine zemin hazırladığı ve Cumhuriyet dönemi kanun yapım sürecine de uygun temelleri oluşturduğu söylenebilir. Elbette genç Cumhuriyetin en önemli reformlarından birisi de 1926 yılında *tam resepsiyon* yöntemiyle o dönemin en modern ceza yasalarından biri olduğu kabul edilen, 1889 tarihli İtalyan menşeli *Zanardelli* kanununu iktibas etmiş olmasıdır. Böylece ceza kanunlarının İslam hukuku ile uyumunu sağlama kaygıları bir kenara bırakılmış, açıkça laik bir ceza hukuku sis-yemi benimsenmiştir. 1 Mart 1926 tarih ve 765 sayılı mülga ceza kanunu 2005 yılına kadar uzunca bir süre uygulanmış ve değer azlığı hususunda önemli içtihatların üretilmesini sağlamıştır. Ancak kuşkusuz 1 Haziran 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK tarihsel açıdan bakıldığında, sadece -yukarıda bahsettiğimiz gibi- benimsediği suç teorisinin farklılığı açısından değil, Türk hukukunun *tam/kısmi resepsiyon* sürecini geride bırakıp karşılaştırmalı hukuk metoduyla *milli* kanunlar yapma sürecine geçişi bakımından da önemli bir yere sahiptir. Nitekim hırsızlık suçunda değer azlığı düzenlemesinden de görüleceği üzere hem son derece modern hem de Türk mahkemelerinin ihtiyaçlarına uygun hükümler ihdas etme açısından daha başarılı olmuştur. Aşağıda 765 ve 5237 sayılı Ceza Kanunlarının değer azlığına ilişkin düzenlemeleri karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılacaktır.

2. Ceza Kanunlarında Değer Azlığı Düzenlemeleri

5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinde hırsızlık; 150. maddesinin 2. fıkrasında da yağma suçu bakımından haksızlık içeriğinin suçun konusunun ekonomik değerinden kaynaklanan sebeplerle azaldığı hallere ilişkin özel düzenlemeler yapma yoluna gidilmiştir. Bu ve izleyen başlıklar altında değer azlığı düzenlemesine ilişkin açıklamalar -daha sık rastlanması ve içtihat birikiminin daha yoğun olması sebebiyle- çoğunlukla hırsızlık suçu dikkate alınarak yapılacak olup, yeri geldikçe yağma suçuna ilişkin farklara dikkat çekilecektir.

³⁵ Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, yy, 1989, s. 132, 153-157.

TCK'nun 145. maddesinde "hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir" şeklindeki düzenleme ile hırsızlık suçu bakımından değer azlığı meselesine yasal bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır³⁶. Böylece hakime, işlenen suç ile bunun karşılığında

³⁶ Maddenin yasalaşma sürecine ışık tutabilmesi açısından burada Adalet Komisyonundaki 145. maddeyle ilgili tartışmalara yer vermekte yarar görüyoruz.

Başkan - Arkadaşlar, bize gelen eleştirilerden ağırlıklı olanı bu maddeyle ilgili. Yani, bu, sosyal bir yara aslında. İşte, bir tepsi baklava çaldı, çocukları hapse koyuyoruz...

Muharrem Kılıç (Malatya) - Veya fırından bir ekmeğe aldı...

Başkan - Ama, yani, şimdi, böyle bir hüküm ceza hükmü haline geldiği zaman, acaba, uygulamada sorunlar yaratır mı?

Buyurun.

Bahattin Azizağaoğlu - Efendim, maddede düzenlenen tamamıyla cezasızlık kaydına bizim de eleştirilerimiz var.

Şimdi, uygulamada, bu zaten şu anda yasa metninde yer almasa da, nicelik vasfına ulaşmayan hırsızlıkları, yani, geçerken ağaçtan alınan, koparılan bir elma örneğinde olduğu gibi, zaten şu anda uygulamada ceza verilmiyor; fakat, şimdibunu yasa metninde yazdığımız zaman, ceza vermekten vazgeçilebilir. Bu değer azlığı kime göre belirlenecektir? Şimdi, konuşanlardan bizim öğrendiğimize göre, şu anda Yargıtayda bu işle görevli dairelerin her yıl başında belirlediği en hafif değerlere ilişkin oranlar var. Şu anda 2004 yılı itibarıyla pek hafif değer alt sınırı 500 milyon lira. Ülkemizde asgari ücret şu anda 300 küsur milyon lira. Yani, bir insanın bir buçuk aylık emeğini hırsızlık saymazsak, Anayasanın 35 inci maddesine İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 3 protokolüne aykırı davranmış, mülkiyet hakkını ihlal etmiş olacağını düşünüyoruz.

Yine, başka bir sorun da, eğer bu pek hafif değer esas alınması sınırı itibarıyla konuşuyorum, eksik teşebbüste kalan hırsızlık hallerinde failin ne çalacağı belli olmadığı için ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi evrensel kural olduğu için eksik teşebbüs aşamasında kalan bütün hırsızlık suçlarının, pek hafif değer esas alınması sebebiyle, cezasız kalması gibi bir durum ortaya çıkabilecektir.

Başkan - Buyurun.

Hükümet Temsilcisi - Sayın Başkanım, sayın üyeler; şimdi 148 inci maddede zorunluluk hali düzenlenmiş ve zorunluluk haine münhasır olmak üzere ceza vermekten de vazgeçilebilir hükmü getirilmiş. Şimdi, bu hüküm karşısında tasarının 146 ncı maddesindeki ceza vermekten de vazgeçilebilir hükmünün yersiz olduğu kanaatindeyim. Burada, malın değerinin az olması halinde, bir tahfif nedeni olarak bu madde amaca hizmet edecektir. Zorunluluk halinde ise 148 zaten yerine getirmektedir.

Teşekkür ederim.

Başkan - Adem Bey, buyurun.

Adem Sözüer - Bir kere, önce, zorunluluk halini daha ileride de göreceğiz. Değer azlığı farklı ceza hukuku kurumlarına ilişkin. Zorunluluk halinde kişi belli bir davranışı yapmaya mecbur kalacak bir neden çıkıyor ortaya. İşte, orada örnek de verdik zorunluluk halinde. Çocuğu ölümcül hasta halinde, başka bir çaresi yok, bu durumda gidip bir ilaç alıyor. Buradaki mecburiyet başka bir durum. Malın değerinin az olmasında ise böyle bir mecburiyet yok, herhangi bir mecburiyet herhangi bir zorunluluk olmadan hırsızlık yapıyor. Şimdi, acaba, bu neden konuldu? Bunun hepsini biliyoruz. Mala karşı suçlarda değer çok az olmasına rağmen cezalandırmanın, bu haksızlığın derecesi çok az olduğu için, ya cezalandırmama yahut da çok az ceza verme yönünde bütün dünyada düzenlemeler var. Yani, burada adil bir karar verilmesi için böyle bir yetki tanınıyor.

Pek hafif değer konusu, bugünkü Ceza Kanununun uygulanmasından doğan nitelemelerdir. Yani, Yargıtay'da bugün işte 500 milyon liranın pek hafif değer olarak belirlenmesi, vesire, tamamıyla bugünkü hırsızlık suçunun düzenlenmesindeki sistemden kaynaklanmaktadır. Bu sistem

değiştğinde, artık, böyle pek hafif değer gibi bir değerlendirme konusu olmayacaktır. Burada, hakim, işte kendi takdirine göre, işte 3 tane elma, 1 paket sigara gibi şeyleri, failin durumuna da bakacak, ya ceza vermeyecek yahut da az bir ceza verecek. Yani bu son derece rahatlıkla tespit edilen bir olaydır. Ben burada Yargıtay'ın herhangi bir veya hakimlerin bu gibi zorlamaya şey yapmayacağını düşünüyorum. Ama, bu, bir kişinin yarım maaşını veya maaşını aşar bir duruma gelir de, artık, bunu da değer azlığı nedeniyle hiç ceza vermemek gibi bir şey söz konusu olmayacaktır. Hakime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Haksızlığa, böylece, derecesine göre ceza verme olanağı getirmiştir. Yerindedir diye düşünüyorum.

Başkan- Sayın Kaylan...

Keskin Kaylan – Efendim, yürürlükteki yasa yasa uyarınca saptadığımız pek hafif, hafif, aşırı, normal ölçüleri gerçekten 765 sayılı Yasanın uygulanmasıyla ilgilidir. “Pek hafif” sözcüğü ile “değer azlığı” sözcükleri aynı şey değildir. Değer azlığını her olayda hakim takdir edecek ve Yargıtay da denetleyecektir.

Şimdi, efendim, Yargıtay Ceza Genel Kurulunda, yoldan geçerken ağaçtan iki tane elma koparan çocuğun cezalandırılıp cezalandırılmayacağı iki oturum devam etti. Yasanın ölçülerini alırsanız, bu kişiyi cezalandırmak zorundasınız. Ceza verilmez denildi, beraate götürüldü; ama, gerçekte, hukuki bir dayanak bulmakta hepimiz zorlandık, sadece merhamet duygusuyla hareket ettik. Buraya, çok az değerde olması halinde hakime ceza vermeme yetkisini vermek suretiyle, Yargıtayı dahi hukuki dayanaksızlıktan kurtarmak, onun yasal bir dayanağı bulunarak, bunadan yararlanarak ceza verme, buna ceza verilmez demesini sağlamak istedik. O nedenle, bu yazılanlar, uygulamaya sıkıntı değil, uygulamaya ferahlik ve önünü açma getirir; bunu da bilgilerinize sunmak isterim.

Başkan- Bahattin Bey...

Bahattin Azizağaoğlu - Efendim, ben, Yargıtayca bugünkü meri sistem itibariyle belirlenen değerler sisteminin uygulanması gerektiğini, Komisyon üyelerinden aldığım bilgi doğrultusunda arz etmiştim. Bu ihtimal durumuna göre verilen bir cevaptı. Diğer Sayın Hocamın kastettiği konuda, hakim takdir yetkisine bırakacak olursak, şimdi, ülkemizdeki ekonomik ve kültürel farklılıklar hepimizin malumu. Hakimler arasında da bu kültürel ve kişisel düşüncelerden doğan farklılıklar da şimdi, Hakkari'deki hakim 50 milyon lira değeri az kabul edecek, Beyoğlu'ndaki hakim arkadaşımız belki 150 milyon lirayı çok kabul edecek. Yani, burada da uygulamada arada bir fark olacak. Bu mağdurlar ve uygulananlar açısından sorun yaratabileceğini düşünüyorum.

Başkan - Sayın Özgenç...

İzzet Özgenç - Şimdi, burada sorun, 50 milyon veya 150 milyon sorunu değil. Yargıtay da zaten bugüne kadarki uygulamalarında, burada sözünü ettiğimiz hallerde ceza verilmemesi yönünde veya cezada indirim yapılması gerektiği yönüne içtihatlarında bulunmuştur; ama bu içtihatları, hukuki bir temele dayandırmamıştır. Bir kısmında suç konusunun yokluğundan bahisle ceza verilmez denmiştir, bir kısmında ise eksik teşebbüste kaldığından bahisle cezanın indirilmesi gerektiği yönüne gitmiştir. Her ikisinde de gerekçe yanlıştır, sonuç doğrudur; bu mülahazalarla Yargıtay ceza verilmemesi ve cezada indirim yapılması yönünde içtihatlarında bulunmuştur; ama, mevcut kanun, bu içtihadı destekler mahiyette hakime bir malzeme vermiyor. Mesela bir kiraz ağacından, sahibinin rızası olmaksızın üç tane kirazı yediğim takdirde, sahibi de buna rıza göstermediği takdirde, benim fiilim hırsızlık suçunu oluşturuyor; ama bu hırsızlık suçu, cezalandırılmayı gerektirecek boyutta bir haksızlık ifade etmiyor. Bu durumlarda, hakime, ceza vermeme konusunda bir takdir yetkisi tanıyor; ama hakime de bu takdir yetkisini tanırken, malı çalınmış olan kişinin uğradığı zararın giderilmesini talep etme gibi bir yetkiyle de hakim donatılmış durumdadır. Burada, ceza vermektен vazgeçmenin yanı sıra, cezada indirim yapma konusunda da hakime takdir yetkisi tanınmıştır. Nihayetinde, hukukun ülke şartlarında yeknesak bir şekilde uygulamasını temin mevkiinde olan Yargıtay bu denetimi yapmak suretiyle, yeknesak bir sistem ortaya çıkarabilecektir.

Feridun Ayyazoğlu (Çorum) - Sayın Başkanım, burada, gerçekten bugüne kadar vurgulanan eksikliklerden bir tanesiyle karşı karşıyayız. Buna 765 sayılı Türk Ceza Kanunu gerçekten cevaz veremiyordu. Bir noktada, hakimle yasayı merhameti arasında bırakıyordu. Halbuki, bizim güvenmek zorunda olduğumuz bağımsız yargıçlarımızın buradaki takdir hakkını kullanması kadar doğal bir şey olamaz. Yani, burada zorunluluk hali ile malın azlığı arasındaki maddenin oluşturulması da mümkün değildir. Tamamen ayrı bir maddedir, ayrı bir düzenlemedir. Özel bir durumu gerektiren maddedir. Bu madde yerinde kalmalıdır, ihtiyaca cevaz vermelidir; çünkü az önceki arkadaşlarımızın vermiş oldukları örneklerde, elbette bir elmanın yenilmesi zorunlu değildir, bir kirazın yenilmesi zorunlu değildir; yerine göre, bir kalemin alınıp buralardan

götürülmesi de zorunlu değildir; ama, malın azlığının da hakim tarafından, olayın özelliğine göre takdir edilip, ceza indimi yapılabileceği gibi, cezadan da sarfinazar edilmesini gerektirecek konulardır. Halbuki, zorunluluk konusu apayrı bir şeydir. Yine, belirtildiği gibi, eczaneden hayati bir ilacın çalınmış olmasında zorunluluk hali vardır veya açlıktan ölmekte olan bir kişinin bir tane ekmek çalınmasında zorunluluk hali vardır, apayrı bir maddedir bunlar, yerinde kalmasında fayda vardır diye düşünüyorum.

Başkan - Malın değerini kavrama, biraz acaba yanlış yaptırır mı?

Muharrem Kılıç (Malatya) - Hakimlerimize güvenmek durumundayız.

Başkan - Hakime ben şey demiyorum, yani, 100 milyon lira mı az değeri 500 milyon mu; onu demiyorum. Yani, öyle şeyler olabilir ki, objektif olarak onun değeri bir şey ifade etmez; ama, onun sahibi için çok şey ifade eder. Yani, uygulamada böyle sorunlar çıkabilir mi?

Kubilay Özkan - Sayın Başkan, cevap verebilir miyim?

Efendim, Yargıtayın bir fonksiyonu da, Türkiye genelinde uygulama birliği sağlamaktır. Şimdi, ben sayın hocalarımın, Keskin Beyin ve sayın milletvekillinin değerlendirmelerine aynen katılıyorum. Şimdi, burada, değer azlığı konusunda sayın savcı arkadaşım, Türkiye'de değişik uygulamalar olabileceği endişesinden bahsetti; ancak, böyle bir endişeye bence yer yok; çünkü, Yargıtay, içtihatlarıyla, her sene bu değer azlığının ne olabileceğini belirler, bir ölçü olarak bunu tayin eder. Kaldı ki bugünkü uygulamaya da böyle bir yasa metni rahatlık sağlar ve uygulamada bir zorunluluğu gidermiş olur. Bu nedenle, böyle kalmasında büyük yarar olduğu kanaatindeyim.

Teşekkür ederim.

Başkan - Sayın Şirin...

Osman Şirin - Sayın Başkanım, değerlendirmeler ortaya çıkardı ki, yargıç ne yapar, Yargıtay nasıl bir yorum yaratır... Konuşmacı Yargıtaylı arkadaşlarımın hepsi de bu uygulamanın yerinde, doğru ve gereksinimlere cevap verici nitelikte olduğunu ortaya koyuyor, ben de aynı doğrultuda konuşacağım. Kırk yıllık yargıcım, hep, yaşamım boyunca, 148 inci madde gibi bir zorunluluk hali maddesini arar oldum. Bu, Sayın Başkan, uygulayıcının zaruret halinde ve çok az koşullarda başvuracağı bir önemli maddedir, bir başvuru maddesidir. Onun için, yargıcım ve Yargıtayın bu konularda ölçü belirlemede hiçbir kuşkunuz olmasın. Nadiren uygulanır ve yerinde bir uygulamaya sebebiyet verir. Yalnız, kayıtlara geçilmek üzere soruyorum bunu, yeni 146 ve yeni 148 inci madde, cezada indirim yapılabileceği gibi bir müşterek ifadeyi kullanmaktadır. Buradaki cezada indirim, bugüne kadar alıştığımız tarzda bir nispette indirim değildir; kayıtlara geçirilmesi için, hocadan talep ediyorum. Bu, hapis cezasının en azına kadar indirimini mi hedefleyen ifadedir; bunun, hocalarımızca açıklanmasını rica ediyorum.

Başkan - Sayın Özgenç...

İzzet Özgenç - Cezadan tamamen vazgeçebilme yetkisini hakime tanıdıktan sonra, cezada yapılacak olan indirimin oranını belirlemenin mantıksızlık olduğunu düşünerek buraya bir oran yazmadık. Burada, cezada indirim yapıldığında, eğer söz konusu olan hapis cezasıysa, hapis cezasının alt sınır zaten bu sistemde bir aydır. Bir aydan da aşağı inmeyecektir. Ya bir aya kadar hapis cezası verilecektir vayahut da ceza vermektan tamamen vazgeçecektir.

Osman Şirin - Sayın Başkanım, tatmin oluyorum. Ben bunların kayıtlara geçmesini, gerekçede de yer almasını istiyorum. Yargıç kuşkuya düşmesin.

Başkan - Sayın Güney...

Niyazi Güney - Sayın Başkanım, getirilen müesseseye taraftar olmakla birlikte, kullanma hırsızlığı yönünden 146 ncı maddenin uygulanmaması sebebiyle, bu 146 ve 147'nin her ikisinde uygulanması yönünden, zorunluluk hali ve malın değerlerinin az olması biçiminde, yani, bu maddelerden sonra ortak hüküm olarak bunun düzenlenmesinde yarar mülhaza ediyorum. Şu bakımdan: Bunu biz 146'da düzenlememiz halinde, kullanma hırsızlığına konu olan bir malın değeri de çok hafif olabilir. Cezayı müstelzim olmayan bir mal olabilir. Bu vaziyet bunu kapsamıyor. Yani, Sayın Komisyon takdir buyurduğu takdirde, bunun da kapsayacak biçimde düzenlemeyi yapmakta yarar görüyorum.

Başkan - Buyurun.

İzzet Özgenç - Kullanma hırsızlığıyla malın değerinin az olmasını birbirine karıştırmamak lazım gelir. Malların değerinin alınmış olması halinde, bir zilyetliği kişiden koparıyorsunuz, kullanma hırsızlığında ise tekrar malı kişiye iade ediyorsunuz. Malın burada değerinin az olması veya çok olması, bu suçtan dolayı kişiye verilecek olan temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır ve

verilecek cezanın orantısız bir tablo ortaya koyacağı hallerde cezayı azaltma ya da bütünüyle kaldırma hususunda takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Hırsızlık suçu özelinde yapılan bu düzenleme esasında TCK'nun 3. maddesinde “Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur” ifadesini bulan “orantılılık” ilkesinin yansımalarından birisidir³⁷. Öğretide bir görüş hukuki niteliği itibarıyla 145. maddenin çifte bir karaktere sahip olduğunu belirtilmektedir. Buna göre bu düzenleme bir yönüyle -cezada indirim yapılmasına imkan sağladığı durumlarda- bir tür nitelikli hal durumundadır. Cezanın kaldırılmasına imkan sağladığı durumlarda da cezayı kaldıran bir şahsi sebep niteliğindedir³⁸. Ancak öğretide genellikle bu madde bütün olarak hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilmektedir³⁹. Kanaatimizce de her ne kadar 145. madde hakime, suçun işleniş şekli ve özelliklerine bakarak cezadan vazgeçme yetkisi tanısa da bu failin şahsından ziyade fiilin özelliklerine bağlı bir değerlendirme olduğundan hüküm, cezayı kaldıran şahsi sebep niteliğinde olmayıp, nitelikli hal düzenlemesi vasfına sahiptir.

Bu maddeye ilişkin olarak Adalet Komisyonunda yapılan tartışmalarda değer azlığı durumunda uygulanacak -üstelik cezasızlık sonucuna dahi kapı açan- bu tip bir maddenin gereksiz hatta tehlikeli olduğu ileri sürülmüştür. Komşuya ait ağaçtan bir adet elma alma gibi durumların zaten uygulamada çeşitli yollarla cezalandırılmadığı, ayrıca değer azlığının neye göre belirleneceğinin belli olmadığı, bazı durumlarda değer azlığı düşüncesinden hareketle cezasızlık yoluna gitmenin mülkiyet hakkının korunmasında zafiyet yaratabileceği, bu düzenlemenin teşebbüs aşamasında kalan tüm suçlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin etkisiyle ceza

kullanma hırsızlığında eğer malın değeri azsa, bu gibi durumlarda, genellikle düşüncesiyle hareket etmektedir. Bu da, hırsızlık suçu açısından kastı ortadan kaldırır. Mesela, bir komşu çocuğunun bisikletinin biraz eğlenmek üzere, kullanılmak üzere alınmış olması halinde, kullanma hırsızlığı söz konusudur; ama, burada, bisikleti bulunduğu yerden alan kişi, bunun sahibinin buna rıza gösterebileceğini düşünerek bunu almaktadır. Buna karşılık, bir bisikletçi dükkanının önünden hiç kullanılmamış olan bir bisikleti aldığı takdirde, burada, bir rıza konusunda yanılma söz konusu olamaz. Böyle bir durumda, burada bir rıza konusunda yanılma söz konusu olamaz. Böyle bir durumda, hırsızlık suçunun temel şekline ilişkin kurallar göz önünde bulundurulmak suretiyle cezaya hükmedilmelidir. Dolayısıyla, bu sistemde, kullanma hırsızlığında 146 ncı maddenin malın değerlerinin az olmamasını kapsamaması bir eksiklik değil, bir çelişkiyi de ifade etmiyor.” (**Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005)

³⁷ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 89; Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 614.

³⁸ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 617; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 669.

³⁹ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 216

indirimi yoluna gidilmesine neden olabileceği, zorunluluk haline ilişkin düzenleme karşısında bu hükmün ayrı ve özel bir anlam ifade etmeyeceği ileri sürülmüştür. Bu endişelerin haklı çıkıp çıkmadığını ve 145. maddenin 5237 sayılı TCK'nun yaklaşık 10 yıllık uygulanması sonucunda geldiği noktayı aşağıda ele almaya çalışacağız. Fakat öncelikle 765 ve 5237 sayılı ceza kanunlarının değer azlığına ilişkin hükümlerinin karşılaştırmalı olarak incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Haksızlıklar arasında cürüm-kabahat ayrımı yapan mülga 765 sayılı TCK dahi malvarlığına karşı işlenen suçları cürümler arasında ele almış ve malvarlığını ihlale yönelik fiilleri kategorik olarak (genel bir şekilde) önemsiz sayma yoluna gitmemiştir⁴⁰. Ancak 522. maddesinde yer alan;

“Onuncu babda beyan olunan cürümlerin işlenmesinde cürmün mevzuu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti pek fahiş ise mahkeme cürme mahsus olan cezayı yarısına kadar artırır ve eğer hafif ise yarısına ve eğer pek hafif ise üçte birine kadar eksiltir.

Kıymet tayini için cürmün mevzuu olan şeyin yahut vaki zararın cürüm işlendiği zamandaki kıymeti nazarı dikkate alınır. Yoksa failin istihsal eylediği menfaat hesap edilmez.

Eğer fail aynı neviden olan cürümlerden dolayı mükerrer bulunur veya bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur”

Şeklindeki düzenleme ile malvarlığına karşı işlenen suçların bazı durumlarda hafif suç şeklinde karşımıza çıkabileceğini kabul etmiştir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere 765 sayılı TCK döneminde suçun konusunun ekonomik değeri bakımından “hafif”, “pek hafif” ve “pek fahiş” olmak üzere üçlü bir ayırım yapma yoluna gidilmişti⁴¹. Bununla birlikte ayrıntılara inildiğinde 5237 sayılı TCK ile tek farkının bu olmadığı 765 sayılı TCK'da yer alan “pek hafif” kavramının da tam olarak “değer azlığı” ile aynı şeyi ifade etmediği görülmektedir. Her şeyden önce

⁴⁰ Dursun, “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, s. 473.

⁴¹ Maddede yer alan suça konu malın değeri “hafif ise yarısına”, “pek hafif ise üçte birine kadar” indirim yapılacağını öngören düzenleme dolayısıyla Yargıtay, hafif ve pek hafif olan durumlar arasında ayırım yapılabilmesi için pek hafif değerler için indirimin en az cezanın yarısından fazla yani 1/2 ila 2/3 arasında olması gerektiğini belirtmekteydi. İlgili kararlar için bkz. Gündel, **a.g.e.**, s. 1390-1391.

5237 sayılı TCK'da malın değerinin yüksek (fahiş) olması durumunda cezanın arttırılmasını öngören bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte hırsızlık suçuna konu olan malın ekonomik değerinin yüksek olması her zaman TCK'nun 61/1-d maddesinde yer alan "suç konusunun değer ve önemi" kriterinden hareketle temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir husustur⁴².

Ayrıca kanun koyucu mülga kanun döneminde failin benzer suçtan mükerrir olması durumunda ikinci suçtan kaynaklanan malın değeri az olsa bile cezadan indirim yapılamayacağını kabul etmişti. Yani 765 sayılı TCK döneminde değer azlığı indirimi failin sürekli olarak yararlanabileceği bir hüküm durumunda değildi. Fakat 5237 sayılı TCK döneminde bu uygulamaya son verilmiştir⁴³. Failin şartları olduğu takdirde teknik olarak 145. maddeden birden fazla kez yararlanmasına engel bir durum yoktur⁴⁴. Bununla birlikte hakimin sanığın benzer suçlara gösterdiği temayülü dikkate alarak aksi yönde bir kanaat belirtmesi ve gerekçesini göstererek 145. maddeyi uygulamaktan kaçınması da mümkündür.

Keza mülga ve yürürlükteki düzenleme arasındaki en temel farklardan biri de 765 sayılı TCK'nın sadece cezada indirim imkanı öngörmesi ve hakimin değer azlığı durumunda verilecek cezadan indirim yapmasını zorunlu tutulmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın hakime hem cezayı indirme hem de bütünüyle kaldırma yönünde iki farklı imkan sunması ve bu yollardan birinin seçilmesi ya da hiçbirisinin seçilmemesi hususunda hakime takdir yetkisi tanımış olmasıdır⁴⁵. Yani hakim, malın değerinin azlığına rağmen -keyfiliğe kaçmadan, somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle- cezada indirim yapmayabilir⁴⁶. Hakimin indirim yapma

⁴² Aynı yönde bkz. Mustafa Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007, s. 176; Hüseyin Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)", **TAAD**, C. 1, Y. 2, S. 5, 2001, s. 541. Erdal Noyan, **Hırsızlık Suçları**, Ankara, 2007, s. 248.

⁴³ Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 6 c., Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, C. III, s. 4300.

⁴⁴ Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)", s. 549.

⁴⁵ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 475; Selman Dursun, "Malvarlığına Karşı Suçlar, **HPD**, Ed. Adem Sözüer, S. 2, Sonbahar 2004, s. 193; Yılmaz Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması': Hırsızlık Suçunda 'Malın Değerinin Az Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve Özelliklerinin' Ceza Tayininde Göz Önüne Alınması", Ed. Veli Özer Özbek, **CHD**, S.15, Nisan 2011, s. 42.

⁴⁶ Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)", s. 541.

yoluna gittiği durumlarda uygulayacağı indirim miktarı da takdire bırakılmıştır⁴⁷. Bazı yazarlarca yapılabilecek asgari ve azami indirimin oranının kanunda gösterilmemesi eleştirilmiştir. Buna göre TCK md. 61/10'da yer alan "Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" hükmü dikkate alındığında maddenin bu hususta sessiz kalmayı seçmiş olması uygun bir çözüm tarzı olmayıp, indirim miktarının gösterilmemesi kanunilik ilkesine aykırıdır⁴⁸. Buna karşın Komisyon görüşmelerinde Özgenç'in belirttiği ve öğretide de tekrarlandığı gibi hakime cezasızlık kararı verme imkanı dahi tanındığına göre indirimin miktarının kanun koyucu tarafından belirlenmesi şart değildir. Ancak TCK sisteminde süreli hapis cezasının alt sınırı 49. madde uyarınca 1 ay olduğundan hakim ya cezayı bu seviyeye kadar indirmeli ya da ceza vermeme yoluna gitmelidir⁴⁹.

TCK'nun 145. maddesi kanunun yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı kanunun 16. maddesi ile değiştirilmiş ve bu değişiklik uygulama ve öğretide 145. maddenin yorumlanması hususunda bir tereddüt yaratmıştır. 5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi 5377 sayılı kanunun ile değişmeden önce "Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten vazgeçilebilir" şeklinde formüle edilmiş, madde gerekçesinde de "hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılması veya ceza vermekten sarfınazar edilmesi konusunda hakime takdir yetkisi tanınmıştır" denilmiştir. Adı geçen kanunla madde metnine cezanın tümüyle kaldırılması olasılığında önce "suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak" ifadesi eklenmiştir. Madde gerekçesinde bu tarz bir değişiklik yapılmasını gerektiren sebepler açıklanmamıştır. Bu nedenle bir görüş değişiklikle getirilen ilavenin madde metnindeki yerini dikkate alınarak malın değerinin az olmasının direkt olarak indirim sebebi olduğu⁵⁰; suçun işleniş şekli ve özelliklerinin de cezadan sarfınazar etme kriteri olduğu şeklinde bir değerlendirme yapmış; başka bir görüş hakimin indirim yapabilmesi için değer azlığının yeterli olduğunu ancak ceza vermekten sarfınazar

⁴⁷ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 475; Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 42.

⁴⁸ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 619.

⁴⁹ Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 44.

⁵⁰ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 617.

edebilmesi için hem birinci (değer azlığı) hem de ikinci kriterin (suçun işleniş şekli ve özellikleri) gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiş; üçüncü görüş ise ikinci kriterin birinciyi zaten içerdiğini belirterek suçun işleniş şekli ve özelliklerinin hakime hem indirim yapma hem de cezadan sarfinazar etme imkanı tanıdığını savunmuştur⁵¹. Kanaatimizce de ilavenin yapıldığı yer dikkate alındığında kanun koyucunun bu değişiklikteki maksadının, cezasızlık sonucuna ulaşılabilmesi için tek kriterin değer azlığı olmadığını, “suçun işleniş şekli ve özellikleri”nin de göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamak olduğu söylenebilir⁵². Ancak bu durumda da cezada indirim yapılması olasığın bakımından bu şartın aranmayacağı sonucu çıkarılabilecektir. Oysaki Yargıtay’ın 145. maddenin yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte geliştirdiği uygulama tamamen aksi yöndedir. Yani Yargıtay cezadan indirim yapılabilmesi için de “suçun işleniş şekli ve özellikleri” başlığı altında değerlendirilebilecek ek bir takım kriterlerin gerçekleşmesini aramaktadır.

Yargıtay 6. Ceza Dairesi 145. maddenin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yüzlerce kararında aynen atıf yaptığı bir uygulama benimsemiştir. Buna göre; 145. madde, “daha çoğunu alma olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da gerçekten düşük”⁵³ şeyleri alan fail bakımından uygulanabilecektir. Bu uygulama Ceza Genel Kurulu’nun 15.12.2009 tarih ve 2009/6-242 esas 2009/291 karar sayılı ilamında kısmen tekrarlanmış, kısmen de daha ayrıntılı biçimde açıklamıştır. Mahkemenin kararı şu şekildedir:

“Yargıtay 6. Ceza Dairesince, istikrarlı bir şekilde uygulanan ‘daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak az olan şeyi alma’ görüşünün, 145. madde uygulamasında bütünüyle reddedilmesi mümkün değil ise de, maddenin, yalnızca bu tanımlamayla sınırlandırılması da olanaklı değildir. 145. maddenin gerek ilk şekli, gerekse değiştirilmiş biçimi; ortak tanımlama ile, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan değer az olmasını temel almaktadır. Değer azlığı ile Yasa Koyucu tarafından neyin kastedildiği, duraksamaları önleyecek biçimde açıklığa kavuşturulmamış, rakamsal bir sınırlandırma getirilmemiş ancak yargıca, yargılama konusu maddi olayla ilgili

⁵¹ Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’”, s. 31. Yazar bu çalışmada “maddenin kaleme alınışındaki tutarsızlığın” kendisini de başlangıçta hatalı düşünmeye ittiğini ancak sonradan görüş değişikliğine gittiğini beyan etmiştir (bkz. dn. 7).

⁵² Aynı yönde Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 671.

⁵³ 6. CD 2009/7384 -2009/8501 11.05.2009 (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C.III, s. 4307).

olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Ne var ki, Yasa Koyucu, yargıcın takdirini, soyut ve farklı bir disiplinle sınırlandırmıştır. O da; ‘az olarak kabul edilecek değer’in yargıcın takdirinde, ceza vermektan vazgeçmesini gerektirecek ehemmiyetsiz ölçüde olması, başka bir ifade ile değere dayalı ihlalin ceza verilmemeyi nasafeten haklı saydıracak alt düzeyde bulunmasıdır. Yargıç, çalınan veya çalınmaya kalkışılan bu değerin azlığını ya indirimli bir cezayla ya da suçun işlenmesindeki özellikler itibarıyla ceza vermemekle değerlendirebilecektir. Maddenin ilk metninden sonraki değişiklikte; ‘suçun işleniş şekil ve özellikleri göz önünde bulundurularak’ ibaresinin, ‘cezada indirim’ seçeneğinden sonra ve ‘ceza vermektan vazgeçilebilir’ seçeneğinden önce yazılmasının, suça konu malın değerini farklılaştırmayacağı açıktır. Bu nedenle; ‘az ceza verme’ seçeneğinde daha yüksek değerin aranacağı, ‘ceza vermektan vazgeçme’ halinde ise daha az bir değerin aranmasının gerekli olduğu düşünülmemelidir. Bu itibarla, 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin uygulanmasında, 765 sayılı TCY’nın 522. maddesinde öngörülen ‘hafif’ ya da ‘pek hafif’ kavramlarıyla irtibatlı bir yoruma gidilmemeli, Yargıtay’dan, anılan maddenin uygulanması sürecindeki içtihatlarına paralel şekilde, yıllık değer ölçülerini belirlemesi beklenmemelidir. 5237 sayılı Yasanın 145. maddesinin konuluş amacı gözetilmeli, anılan hükmün 765 sayılı TCY’nın 522. maddesinden farklı olduğu kabul edilmelidir. Yargıç, bu değerlendirmenin yanı sıra her somut olayda, suçun işleniş şekli, mağdur veya sanığın konumu, olayın gerçekleştiği yer ve zamanı dikkate alacak, 5237 sayılı TCY’nın 3. maddesinde işaret edildiği üzere, ‘işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı’ olacak şekilde bir cezaya hükmetmek suretiyle ceza adaletini sağlayacaktır. Görüldüğü gibi madde ile getirilen sistem, sadece malın değerinin objektif ölçütlere göre belirlenerek cezadan indirim veya ceza verilmemesinden ibaret değildir. Olayın özelliği, mağdurun konumu, failin kişiliği ve suçun işleniş şekli, her olayda değerlendirmeye konu edilecek, meydana gelen haksızlığa faili iten etkenler ve bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkileri de gözetilerek, maddenin uygulanıp uygulanmaması ve özellikle ceza verilmeme haliyle ilgili seçeneğin, eylemin failine uygun düşüp düşmeyeceği belirlenecek ve takdirin gerekçesi de kararda gösterilecektir. Ancak burada 5237 sayılı TCY’nın 147. maddesinde düzenlenmiş bulunan ‘ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçunun işlenmesi’ hali ile 145. maddede öngörülen ‘değer azlığı’ kavramı karıştırılmamalıdır. 145. maddede öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen 147. maddenin uygulanma koşulları birbirinden farklı olup, 147. maddenin ayırıcı ölçütü hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için

yapılmasıdır. Burada hırsızlığın konusu olan malın değerinin az veya çok olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacın çalınması söz konusu olabilir. Buradaki ölçü değer değil, ağır ve acil bir ihtiyaç için bu malın çalınmasıdır. Buna karşılık 145. maddenin uygulanmasındaki en önemli kriter kuşkusuz değer ölçüsüdür ve bu değer ‘ceza vermeme’ halini de haklı saydıracak düzeyde az olmasıdır”⁵⁴.

Daha sonra bu karar 2014 tarihli başka bir Genel Kurul kararları ile de teyit edilmiş⁵⁵ ve bu suça bakan 13. Daire tarafından da pek çok güncel kararda atıf yapılarak uygulanmıştır. Yargıtay bu kararlarında özetle kavramsal tartışmalara çok girmeksizin hem indirim hem de cezasızlık olasılığının somut olay bazında ve hakkaniyete uygun şekilde değerlendirilmesine vurgu yapmıştır. Özel daire emsal gösterilebilecek bazı kararlarında bu gerekçelerle bozma yoluna gitmiştir.

“5237 sayılı TCK'nın 61/1. maddesine göre malın değerinin az ya da çok olması, temel cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmak için bir kriter olup, hırsızlık suçuna konu malın değerinin az olmasının TCK'nın 145. maddesinde ayrı olarak düzenlenmesi, kanun koyucunun hırsızlık suçunda malın değerinin az olmasına verdiği önemi göstermektedir. (...) TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasında hâkime takdir hakkı tanınmış olup, hâkim takdir hakkını kullanırken keyfiliğe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapmalıdır. Somut olayda ise; sanığın, müşterinin pasaj içerisindeki işyeri önünden 30 TL değerinde 3 adet çocuk kıyafeti çaldığının anlaşılması karşısında, sanık hakkında, suçun işleniş şekli ve özellikleri itibariyle ceza vermektен vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi”⁵⁶;

“Somut olayda ise; müşteki Ali'ye ait işyerinden 7,60TL değerinde sosis çalmak isteyen suça sürüklenen çocuk hakkında, suçun işleniş şekli ve özellikleri itibariyle ceza vermektен vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi

⁵⁴ YCGK, 15.12.2009 2009/6-242 - 2009/291. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁵⁵ YCGK, 16.09.2014, 2014/73 - 2014/384 (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁵⁶ 13. CD, 12.01.2015, 2014/18050 - 2015/145. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi⁵⁷”,

“Somut olayda ise; suça sürüklenen çocuğun, müştekiye ait işyeri önünden 42.50 TL değerinde temizlik malzemesi çaldığının anlaşılması karşısında, suça sürüklenen çocuk hakkında, suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla ceza vermekten vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan malın değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi⁵⁸”

Bu kararlardan da özel dairenin bir çok olayda suçun işleniş şekli ve özellikleri itibarıyla (Yargıtay uygulamasında daha çoğunu alabilme imkanı varken azı ile yetinme şeklinde ifade bulan) cezasızlık sonucuna varılamasa da ayrıca mutlaka indirim ihtimalinin tartışılması gerektiğini aradığı anlaşılmaktadır.

Maddenin lafzından kaynaklanan karışıklığa rağmen yukarıda yer verilen kararlardan da anlaşılabilceği gibi Yargıtay'ın 145. madde ile ilgili uygulaması, başlangıçtan itibaren hem cezada indirim yapılması hem de cezanın bütünüyle ortadan kaldırılması olasılıkları bakımından hakimin sırf değer azlığına odaklanmasını engellemeye yönelik olmuştur. Özellikle Ceza Genel Kurul kararları dikkate alındığında Yargıtay'ın indirim ve cezasızlık olasılıkları için belli ve kati değer sınırları belirlemenin mümkün olmadığını, söz gelimi günümüz koşullarında 30 TL'nin somut olayın tüm şartları dikkate alındığında bir olayda sadece indirim sebebi olacakken başka bir olayda cezasızlık yoluna gidilmesini haklı kılabileceğini belirtmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bugün için Yargıtay 145. maddeyi uygularken hem indirim hem de cezasızlık olasılığı için değer azlığı ve suçun işleniş şekli ve özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği kabul etmektedir.

Yargıtay'ın artık istikrar kazanmış olan bu içtihadı, öğretide kanun metninde yer almayan ilave şartlar öngördüğü, maddenin uygulanmasını güçleştirdiği, dolayısıyla sanık aleyhine bir durum yarattığı⁵⁹ ve adeta “sanığın kişiliğinin değerlendirilmesi”ne varan subjektif bir yoruma kapı araladığı

⁵⁷ 13. CD, 19.01.2015, 2014/16454 - 2015/856. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁵⁸ 13. CD, 19.01.2015, 2014/17969 - 2015/897. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁵⁹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 91; Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 617.

gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁶⁰. Ancak bir görüşe göre de TCK'nun 145. maddesindeki düzenleme cezanın bireyselleştirilmesine olanak sağlayan bir kurumdur ve suçun işleniş şekli ve özellikleri kavramı failin tehlikeliliği ve toplumda meydana getirdiği zararı ifade etmesi bakımından hakkaniyete uygun bir yaptırımın belirlenmesi için ayrı bir öneme sahiptir⁶¹.

145. maddenin uygulama sahasıyla ilgili olarak akla gelebilecek sorulardan birisi de TCK'nın dışında kalmakla birlikte özel ceza kanunlarında düzenleme bulan hırsızlık suçlarında da uygulanıp uygulanamayacağıdır. Askeri Yargıtay örnek kararlarında TCK'nun 145. maddesinin TCK'da tanımlanan hırsızlık suçuna özgü bir hüküm olduğunu ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 132. maddesinde tanımlanan arkadaşının eşyasını çalma suçunda⁶² uygulamamayacağını belirtmiştir⁶³.

“ASCK'nın 132. maddesinde düzenlenen askeri suçla ilgili uygulamada, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hırsızlık suçuyla ilgili 145. maddesinin uygulanması olanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan, çantada ele geçen fişekler ve haritayla ilgili olarak, sanığın alınan eşyaları hatıra amaçlı olarak aldığını beyan etmiş olması karşısında, eyleminin çalmak suçunu değil, ancak askeri eşyayı gizlemek suçunu oluşturabileceği, henüz kıtadan uzaklaşmadan çantada ele geçirilen malzemeler için gizleme unsurunun da olduğundan söz edilemeyeceği kabul edilerek yazı şekilde beraat kararı verilmiş ise de; anılan malzemelerin, sanığın izne giderken yanında götürmek üzere bulundurduğu çantada ele geçtiğinden kuşku bulunmadığından, öncelikle anılan malzemelerin askeri eşya olup olmadığı ve sanığın bunları ne zaman ve ne şekilde ele geçirdiği hususları araştırılıp belirlendikten sonra, mal edinme kastıyla mı, yoksa gizleme kastıyla mı hareket ettiği araştırılıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekmektedir⁶⁴”

“Sanığın, mağdura ait kamuflaj elbisesinin cebinden içinde 16 adet sigara bulunan LM marka sigara paketini mağdurun rızası olmaksızın faydalanmak

⁶⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 669; Timuçin Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, **TBBD**, S.71, 2007, s. 260, 263.

⁶¹ Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 40.

⁶² Bu maddeye göre; “Bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalan asker kişiler altı aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar”.

⁶³ Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)”, s. 557.

⁶⁴ Askeri Yargıtay 4. Dairesi 08.10.2008 tarih ve 2008/1908-2008/1893 sayılı kararı. (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e**, C. III, s. 4302-4303).

amacıyla alınmasının ASCK'nın 132. maddesinde düzenlenen arkadaşının eşyasını çalmak suçunu oluşturduğu, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen hırsızlık suçlarında uygulanması söz konusu olan malın değerinin az olması nedeniyle cezanın indirilmesi veya ceza verilmesinden vazgeçilmesi gibi unsurlara (5237 sayılı TCK'nın 145. maddesi), ASCK'nın 132. maddesinde yer verilmeyip, somut olayda uygulanma olanağının bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Diğer taraftan, eylemin gerçekleşme süreci, olayın gerçekleşmesinin hemen akabinde mağdurun sanığı takip ile üstünün aranmasını sağlayarak suç konusu eşya üzerinde serbestçe tasarruf olanağı bulamadan kısa süre içinde eşyanın geri alınması karşısında, sanığın eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmiştir⁶⁵.

765 sayılı TCK'nun 522. maddesinde yer alan mülga düzenleme malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından genel bir hüküm olma özelliği taşımaktaydı. 522. madde 765 sayılı TCK'nun onuncu babında yer alan suçların tamamı için (765 sayılı mülga TCK'nun 491-494. maddeleri arasında yer alan hırsızlık, 503-507. maddeleri arasında yer alan dolandırıcılık ve iflas, 508-511. maddeleri arasında yer alan emniyeti suiistimal, 512. maddesinde yer alan eşyayı cürmiyeyi satın almak ve saklamak, 513-515. maddeleri arasında yer alan hakkı olmayan yere tecavüz, 516-521. maddeleri arasında yer alan nası ızzar, 521 a- 521 b maddeleri arasında yer alan karşılıksız yararlanma) geçerli olup sadece mükerrer failer ve onuncu babın ikinci kısmında yer alan fiiller istisna tutulmuştu. 5237 sayılı TCK, mülga kanundaki düzenlemenin aksine malvarlığına karşı işlenen suçlarda değer azlığı hususunda genel bir düzenleme yapma yoluna gitmemiştir. TCK'nun 145 ve 150. maddelerde hırsızlık ve yağma suçları bakımından ayrı ayrı özel düzenlemeler yapmıştır. Bu sebeple öğretide 5237 sayılı TCK'nun yaklaşımı, bu kurumun uygulama sahasını 765 sayılı kanuna nazaran aşırı şekilde daralttığı, yağma gibi ağır bir suçta dahi değer azlığı uygulamasına imkan tanınırken güveni kötüye kullanma gibi suçları sebepsiz yere kapsam dışı bıraktığı gerekçeleri ile eleştirilmiş⁶⁶, malvarlığına karşı işlenen suçların tamamında suçun konusunun değer azlığı ya da

⁶⁵ Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 31.05.2007 tarih ve 2007/73-2007/69 sayılı kararı. (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4304-4305).

⁶⁶ Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", s. 257, 263.

zararın düşüklüğünün takdiri bir indirim sebebi yapılması gerektiği dile getirilmiştir⁶⁷.

765 sayılı mülga TCK'nın 522. maddesinin 3. fıkrasının ikinci cümlesinde “*bu babın ikinci faslında yazılı cürümlerden birini işlemiş olursa cezayı tenkise mahal yoktur*” denilerek yağma (mülga TCK md. 495), senet yağması (mülga TCK md. 496, 498) ve adam kaldırma (mülga TCK md. 499) suçlarında değer azlığının indirim sebebi olamayacağı belirtilmiştir. Fakat indirim durumuna özgülenmi bubistisna düzenlemesi şayet bu suçlarda suç konusu eşyanın değeri “pek fahiş” olursa 522. madde uyarınca cezada artırım yapılmasına engel bir durum olmadığı yönünde yorumlanmıştır⁶⁸. Bu suçların indirim uygulaması bakımından 522. maddenin kapsamı dışında bırakılması o dönemde somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürüldüğünde mahkeme, “devletin ceza politikası sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması”nın, hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığından bahisle iptal başvurularını reddetmiş, değer azlığı uygulamasının kapsamını belirlemede kanun koyucunun takdir hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır⁶⁹. Esasında buna benzer bir durum yağma suçunun 765 sayılı

⁶⁷ Dursun, “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, s. 478.

⁶⁸ Gündel, **a.g.e.**, s. 1383.

⁶⁹ “Başvuran Mahkeme, TCK'nun 522. maddesinin birinci fıkrasında, onuncu babta yazılı suçların işlenmesinde, suç konusu şeyin veya verilen zararın değerinin cezayı artırım veya indirim nedeni olarak kabul edildiğini, gasp suçu ile hırsızlık suçunun benzer nitelikte olmasına karşın, hırsızlık suçundan ceza verilirken, suçun konusu olan şeyin değeri gözönüne alınarak cezada indirim yapıldığı halde, gasp suçunun işlenmesinde, gasbedilen şeyin değerine bakılmaksızın ceza verildiğini ve 522. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca cezadan bir indirim yapılmadığını, bu sebeple itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir(...) Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür(...) Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez(...) TCK'nun onuncu babının ikinci faslında öğeleri ve cezaları düzenlenen yağma, yol kesmek suçları, yalnız eşyaya karşı değil, aynı zamanda kişinin özgürlüğüne, beden bütünlüğüne, ruh sağlığına yönelik olarak malın, cebir, şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle alınmasıdır. Bu nedenle, gasp suçu, toplumsal yarar ve cezanın önleyiciliği ve caydırıcılığı yönünden sırf mala karşı işlenen öteki suçlardan farklı tutularak daha ağır ceza yaptırımına bağlanmıştır. Yasakoyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözetenerek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın nevi ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabilir(...) Mala karşı olduğu kadar kişi özgürlüğüne, beden ve ruh sağlığı ve bütünlüğüne de yönelik olması nedeniyle onuncu babın ikinci faslında yazılı suçlar için verilecek cezalarda 522. maddenin üçüncü fıkrasındaki itiraz konusu kural uyarınca Devletin ceza politikasının sonucu, suça verilen önem, cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek eşyanın değerinin hafif olmasına bağlı olarak indirim yapılmaması, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. (AYM, 07.06.1999, 1998/4-1999/23. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 01.05.2016).

TCK'da 523. maddedeki etkin pişmanlık ve 524. maddedeki şahsi cezasızlık düzenlemelerinin uygulama sahası dışında bırakılması bakımından da söz konusuydu ve yağma suçunun bu tip uygulamaların dışında bırakılmasına gerekçe olarak bu suçla yalnızca malvarlığı değil kişi özgürlüğünün de korunması gösterilmekteydi⁷⁰.

5237 sayılı TCK ise değer azlığı indiriminin yağma suçu bakımından da uygulama bulmasında bir sakınca görmemiştir. Bununla birlikte TCK md.150/2'de "yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir" denilerek, değer azlığının bu suçta hırsızlığın aksine cezanın tamamen kaldırılmasına imkan sağlamayacağı sadece indirim sebebi olabileceği kabul edilmiştir⁷¹. Ayrıca yağma suçunda hakim, hırsızlığın aksine indirim oranını belirleme noktasında da tamamen serbest değildir. Ceza ancak üçte birden yarıya kadar indirilebilecektir. Bundan da önemlisi TCK md. 150/2'nin 5377 sayılı kanunun 17 maddesi ile değişmeden önceki formülasyonu yağma suçunda değer azlığı durumunda ceza "indirilir" şeklinde amir bir hüküm içermekteyken adı geçen kanun ile cümlenin sonuna "indirilebilir" ifadesi getirilmek suretiyle hakime yağma suçu bakımından bizatihi cezayı indirip indirmeme hususunda dahi takdir yetkisi tanınmasıdır. Yani hakim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olmasına rağmen cezada hiç indirim yapmama yoluna da gidebilecektir. Aslında hırsızlık suçunda da değer azlığına rağmen hakim faile verilecek cezada hiç indirim yapmama yoluna gitmesi mümkündür. Ancak 145. maddeye nazaran 150. maddeden bu olasılık daha net bir şekilde anlaşılmaktadır. 5237 sayılı kanun ile birlikte yağma suçu bakımından sadece değer azlığı uygulaması değil etkin pişmanlık uygulamasının da sahası genişletilmiş ve TCK'nın 168. maddesi daha düşük indirim oranlarıyla olsa da yağma suçunda da failin etkin pişmanlıktan yararlanabilmesini kabul etmiştir. Fakat yeni dönemde de yağma suçu ailevi ilişkilerden kaynaklanan şahsi cezasızlık uygulaması kapsamına dahil edilmemiş ve 167. maddede açıkça uygulama sahası dışına itilmiştir.

Belirtelim ki yağma gibi ağır bir suçta değer azlığı uygulaması yapılması sonucu ortaya çıkacak cezanın, bazı durumlarda tehdit gibi ondan daha hafif suçların cezasından geride kalabileceği, bunun da eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek

⁷⁰ Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", s. 255.

⁷¹ Dursun, "Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 193.

TCK'nun 150. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasında bulunulmuş olsa da AYM bu iptal istemini de kanun koyucunun ceza miktarlarını basit mukayeseler yaparak değil fiilin tüm sosyal etkilerini dikkate alarak belirleme yoluna gittiğini belirterek reddetmiştir⁷². Öğretide de yağma suçunun salt malvarlığını değil aynı zamanda kişi özgürlüğü ve vücut dokunulmazlığını da koruduğu belirtilerek 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı TCK'nın aksine bu suçta değer azlığını indirim sebebi olarak benimsenmesini eleştiren bir görüş bulunmaktadır⁷³. Fakat bu görüşü savunanlardan

⁷² Yasanın 150/2. maddesinde öngörülen değer nedeniyle indirim hükmü kalkışma düzeyinde kalan yağma suçu ile unsur suç niteliğini taşıyan tehdit suçuna verilecek yaptırımlar karşılaştırıldığında unsur suça daha ağır bir ceza verilmesi gibi adil ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlarda doğuracaktır. Şöyle ki, silahla bir kişinin değer olarak az kabul edilebilecek eşyasını almak isteyen şahsın eylemini herhangi bir nedenle sonuca varamaması yani suçun Yasanın 35. maddesi anlamında teşebbüs düzeyinde kalması durumunda Yasanın 149/1-a, maddesine göre verilecek ceza alt sınırdan 10 yıl hapis, değer nedeniyle üst sınırdan indirim yapıldığında 1/2 indirimle 5 yıl hapis ve 35. madde gereğince yine üst sınırdan 3/4 oranında indirim yapılması durumunda verilecek ceza 1 yıl 3 ay hapis cezasıdır. Oysaki bu şahsın silah göstererek belirli bir malı vermesi için şahsı tehdit edecek yerde sadece silahla tehdit ettiği herhangi bir malının teslimini istemediğinin kabul edilmesi durumunda ise, eylemin 5237 sayılı Yasanın 106. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği, buna göre, tehdit silahla işlenmiş olduğu için 106/2-a maddesi hükmüne göre şahıs hakkında verilmesi gereken alt sınır ceza yaptırımı ise 2 yıl haptistir. Varılan bu sonuçta göz önüne alındığında 150/2 maddenin yaratmış olduğu adaletsiz durum açıkça ortaya çıkmaktadır. (...) Malvarlığına karşı işlenen suçlarda suça konu malın değeri, verilecek cezanın saptanmasında modern ceza kanunlarının dikkate aldığı bir unsurdur. Malın değerinin azlığı nedeniyle bazı suçlarda indirim yapılması, meydana gelen zarar ile verilecek ceza arasındaki makul oranın korunması gereksiniminden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda malvarlığına karşı işlenen suçlardan yağma ve hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı kanuni hafifletici neden sayılmıştır. Ancak, 5237 sayılı Yasa'da yağma suçunda hırsızlık suçundan farklı olarak, suça konu malın değerinin azlığı nedeniyle hâkimin ceza vermektен vazgeçebilmesi öngörülmemiş ve yapılması gereken indirim oranı açıkça belirlenmiştir. Bu durum, yağma suçunda hukuka aykırılığın derecelendirilebilir olmasıyla değil, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. (...) Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, cezalarda yapılacak artırım ve indirim nedenleri ve oranları, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak suç ve ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin indirim veya artırım sebebi olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır. Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslama değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı sonuç, failin ve suçtan zarar görenin kişiliği, maddi ve manevi zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için aynı cezayı öngörebileceği gibi, daha hafif kabul edilen bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Devletin takip ettiği suç ve ceza politikası, suça verilen önem ve cezalandırmada güdülen amaç gözetilerek, suça konu eşyanın değerine bağlı olarak yağma suçu için verilecek cezada indirim yapılmasını öngören kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır. AYM, 05.03.2009, 2005/120 - 2009/40, R.G, 27.03.2010, 27534.

⁷³ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 621; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 699.

Koca/Üzülmez, TCK'nın 150. maddesinin başka hiçbir kritere bağlı kalınmadan uygulanması durumunda mağdurun kolunu kırarak az değerli bir şey yağmalayan kişinin dahi ceza indiriminden yararlanmasının gündeme gelebileceği endişesini ortaya koymuşlardır. Bununla birlikte yazarlar, Yargıtay'ın olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini söyleyen içtihadının ve indirimin takdiri olmasının isabetli bir uygulama yapılması halinde bu endişeyi bertaraf edebilecek nitelikte olduğunu belirtmektedirler⁷⁴. Ayrıca Dursun da yağma suçunda da değer azlığı nedeniyle cezada indrimi yapılmasına imkan verilmiş olsa dahi suçun yapısı gereği yüksek bir ceza makasına sahip olması sebebiyle hiçbir durumda hafif suç olarak tezahür edemeyeceğini belirtmiştir⁷⁵.

Buraya kadarki açıklamalar da göstermektedir ki 5237 sayılı TCK'nun değer azlığı uygulamasının kapsamına ilişkin tercihleri -daha geniş olması gerektiği yönünde de daha dar olması gerektiği yönünde de- eleştiriye uğramaktadır. Bu eleştiriler dikkate alınarak bilişim sistemlerinin kullanılması yoluyla işlenmiş neticede malvarlığına yönelik bir zarar doğuran Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması (TCK'nun 245. maddesi) suçunda "Ceza Muhakemesinde İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın (CMİYAT) 9. maddesiyle şu şekilde bir fıkra eklenmesi öngörülmektedir: "Sağlanan menfaatin değeri göz önünde bulundurularak, bu fıkraya göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir". Tasarının maddeye ilişkin gerekçesinde; suçtan sağlanan menfaatin çok düşük olduğu durumlarda ceza adaletinin sağlanabilmesi için hakime böyle bir takdir yetkisi tanındığı belirtilmiştir. Bu durum da göstermektedir ki özellikle ekonomik bir mafaat temininin söz konusu olduğu suç tiplerinde adil bir ceza tayin edebilmek için menfaat miktarının azlığı gerekçesine dayanan özel hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı bu tip hallere ilişkin iki tür çözüm bulmak mümkündür: Birincisi maddi menfaatin azlığı gerekçesine istinaden cezada indirim yapılmasına imkan veren özel hükümler sevk etme yoluna gitmek; ikincisi de hakime son derece geniş ceza makasları bırakmaktır. Bu iki ihtimalden birincisinin hem somut olay adaletini

⁷⁴ Koca, Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 621.

⁷⁵ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 476.

sağlamaya imkan tanınması hem de kanunilik ilkesi bakımından daha yerinde bir tercihi yansıttığını düşünüyoruz.

TCK'nun 145. maddesiyle ilgili olarak Komisyon'da ileri sürülen itirazlardan birisi de TCK'nun 147. maddesinde yer alan zorunluluk hali düzenlemesi varken 145. maddenin müstakil bir uygulama sahasına sahip olamayacağı görüşüdür. Oysaki değer azlığı ve zorunluluk hali düzenlemelerini ayrı ayrı yapmak kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olup her iki düzenleme de farklı amaçlara hizmet etmektedir. 147. madde “Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” şeklinde olup bu maddenin uygulanması bakımından malın değerinin hiçbir önemi yoktur. TCK'nun 145. maddesinin aksine “ağır ve acil bir ihtiyacı” karşılamak için alınan şey (örneğin çocuğu hasta olan bir annenin pahalı bir ilaç çalması örneğinde olduğu gibi) yüksek bir ekonomik değer taşısa bile TCK 147. madde uygulanabilir. Keza örneğin bir şişe süt gibi düşük değerli bir gıda malzemesi bir anne tarafından çok aç olan bebeğini doyurmak amacıyla alınırsa yine 147. maddenin uygulanması gündeme gelir. Ancak bir şişe süt fiya olarak aynı zamanda değer azlığı uygulamasına konu edilebilecek bir miktara tekabül edecektir. Dolayısıyla böyle bir fiilin faili “ağır ve acil bir ihtiyacı” karşılamak amacıyla hareket etmese bile “suçun işleniş şekli ve özellikleri” dikkate alınarak 145. maddeden yararlanabilir⁷⁶.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında 145 ve 147. maddeler arasındaki farkı şu şekilde açıklamıştır:

“145. maddede öngörülen değer azlığı ile zorunluluk halini düzenleyen 147. maddenin uygulanma koşulları birbirinden farklı olup, 147. maddenin ayırıcı ölçütü hırsızlığın ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için yapılmasıdır. Burada hırsızlığın konusu olan malın değerinin az veya çok olmasının herhangi bir önemi yoktur. Örneğin ölümcül bir hasta için eczaneden çok pahalı bir ilacın çalınması söz konusu olabilir. Buradaki ölçü değer değil ağır ve acil bir ihtiyaç için bu malın çalınmasıdır. Buna karşılık 145. maddenin uygulanmasındaki en

⁷⁶ Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)”, s. 551.

önemli kriter kuşkusuz değer ölçüsüdür ve bu değer'in 'ceza vermeme' halini haklı saydıracak düzeyde az olmasıdır⁷⁷."

3. Değer Azlığının Belirlenmesi

765 sayılı TCK döneminde uygulamada birlik sağlayabilmek için Yargıtay her sene başında sabit miktarlar belirleyerek 522. maddenin uygulamasına yön vermiştir. Zira maddenin düzenleniş tarzı gereği her yıl için suçun konusunun fahiş, normal, hafif ve pek hafif olarak değerlendirilebileceği aralıkların tespit edilmesi gerekmektedir⁷⁸. Yargıtay'ın 6. ve 11. Ceza Daireleri genellikle bu miktarları paralel şekilde belirlese de daireler arasında dahi bazı ufak değer farklarının olduğu gözlemlenebilmekteydi⁷⁹. 5237 sayılı TCK'nın bu ayrımları terk etmesi akabinde Yargıtay başlangıçta TCK 145'i yorumlarken '*birkaç meyve veya ekmek, yiyecek, bir iki defter, kalem, sigara, bira ve benzeri gibi*' örneklendirmeler yapsa da sonraki uygulamalarında, hakimin takdir hakkını sınırlandırmamak için bu yöntemden de vazgeçmiştir⁸⁰. Yani yeni dönemde değer azlığının tespiti için ne para cinsinden belli değer aralıkları belirlemek ne de örneklendirme yoluyla yerel mahkemelerin takdir alanı sınırlanmak istenmemiştir⁸¹.

765 ve 5237 sayılı kanunlarda -ülkedeki enflasyonist ekonomik durum da dikkate alınarak- malvarlığına karşı işlenen suçlarda değer azlığını belirlemek bakımından kati-net bir miktar tespitinde bulunma yoluna gidilmemiştir. Zira bu yöntemin; enflasyon artışı dikkate alınarak sürekli kanun değişikliğini gündeme getirmesi yanında, küçük farklarla bu değer'in üzerine çıktığında ya da altında kalındığında faile verilecek ceza üzerinde ciddi bir etki yaratmak gibi olumsuz yanları bulunmaktadır. Bu bağlamda, kati bir sınır tayin edilmeksizin genel soyut bir kriterden yararlanmak daha uygun bir çözüm tarzı olarak görülmekle birlikte bu

⁷⁷ CGK, 2007/6-210 - 2007/234, 13.11.2007, (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 01.05.2016.

⁷⁸ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 473.

⁷⁹ Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", s. 256; Özcan Özbey, "Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 44, Nisan 2010, s. 131. Yargıtay 6. ve 11. Ceza Dairelerinin 1985-2002 yılları arasındaki uygulamasını gösteren listeler için bkz. Gündel, **a.g.e.**, s. 1384-1385.

⁸⁰ 6.CD, 12/06/2006, 2005/14059-2006/5861. Bkz Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)", s. 547.

⁸¹ Dursun, "Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht", s. 475; Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 42.

yaklaşım tarzının da farklı yargı mercileri arasında adil olmayan uygulama farklılıklarına sebep olabileceği endişesi Alman doktrinde dahi daima dile getirilmektedir⁸².

TCK'nun 145 ve 150. maddelerinin uygulanmasında da malın değerinden ne anlaşılması gerektiği madde metninde belirtilmemiştir⁸³. Ancak hırsızlık ve yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin az olup olmadığının subjektif bir yaklaşımla yani failin bireysel ekonomik durumu dikkate alınarak değil objektif bir yöntemle belirlenmesi gerektiği öğretide genel olarak kabul edilmektedir. Yani hakim suç konusu şeyin mağdur ya da fail açısından arz ettiği değere değil, ülkenin genel ekonomik durumu, paranın satın alma gücü, orta gelirli insanların ekonomik düzeyini göz önünde tutarak karar verecektir. Dolayısıyla bu maddenin uygulanmasında fail ya da mağdurun suç konusu mala maddi ya da manevi yönden hiç değer vermiyor olması ya da fazlasıyla önem atfetmesi veya fail ya da mağdurun çok zengin-çok fakir olması etkiye sahip değildir⁸⁴. Yargıtay da kararlarında bu hususu vurgulamıştır⁸⁵.

Öğretide manevi değere sahip bir mektubun, manevi değer taşıyan bir aile fotoğrafının, sevgilisine ait bir tutam saç vb. eşyaların da hırsızlık suçunun konusunu oluşturabileceği fakat bu tip durumlarda 145. maddenin şartlarını araştırmak gerektiği belirtilmektedir⁸⁶. Kanaatimizce de kişisel değeri, hammaddesi itibarıyla ifade ettiği değerden çok yüksek olan şeyler bakımından da hırsızlık suçu gündeme gelebilir. Ancak bu tip eşyaların ekonomik değeri değil faili doğrudan ve direkt olarak bu tarz bir malı çalmaya iten saikler 145. maddenin uygulanmasının önüne geçebilir. Zira malın ekonomik değerinin azlığı her zaman suçun haksızlık içeriğini

⁸² Baumann, "Minima Non Curat Praetor", s. 11.

⁸³ "Değer" kelimesinin Türk Dil Kurumu'na ait Büyük Türkçe Sözlük'te bir çok farklı anlamı bulunmakla birlikte burada "bir şeyin para ile ölçülebilen karşılığı, kıymet, paha, valör" şeklindeki anlamın ifade edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. (çevrimiçi) http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts, 01.05.2016)

⁸⁴ Eker, "Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)", s. 542; Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 89; Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 567; Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 617; Özbek, "Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması", s. 131; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 671; Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 33-34.

⁸⁵ YCGK, 30.03.2010, 2010/11-17 - 2010/65 (YKD, C.36, S.9, Eylül 2010, s. 1687-1704)

⁸⁶ Koca, Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 521; Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 593.

azaltmayabilir⁸⁷. Ancak bu tip durumlarda esasen özel hayatın gizliliğini ihlal gibi başka suç tiplerinin de düşünülmesi gerektiği kânatındeyiz.

Suçta konu malın değeri belirlenirken hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malların olayların bir çoğunda kullanılmış, yani ikinci el niteliğinde olduğuna dikkat edilmelidir. Bu sebeple bu vasıftaki malların değeri tayin edilirken piyasadaki ikinci el değerlerinin baz alınması daha doğru bir yaklaşım tarzı olacaktır⁸⁸.

Diğer bir tartışma konusu, malın ekonomik değerinin belirlenmesinde suçun işlendiği tarihin mi yoksa hüküm tarihinin mi esas alınacağıdır? Yukarıda madde metnine yer verdiğimiz 765 sayılı TCK'nun 522. maddesinin 2. fıkrasında, malın değerinin suçun işlendiği tarih dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği açıkça zikredilmiştir. 5237 sayılı TCK'nda bu tarz bir özel hüküm bulunmamakla birlikte öğretilerdeki genel kanaat yeni dönemde de suçun konusunu oluşturan değer suçun işlendiği ana göre belirlenmesi gerektiği yönündedir. Yani suçun işlenmesinden sonra soruşturma ya da kovuşturma süresince malın değerinin herhangi bir sebeple yükselmesi ya da azalması 145. maddenin uygulama koşullarının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır⁸⁹. Aksi bir düşünce tarzı özellikle uzun süren yargılama süreçleri dikkate alındığında şayet arada geçen süreçte malın değeri yükselmişse fail aleyhine bir sonuç ortaya çıkmasına; malın değeri düşmüşse hak etmediği bir indirimden faydalanmasına neden olacaktır. Ayrıca değer azlığı hususunda değerlendirme yapılırken salt suçun konusunu oluşturan malın değeri dikkate alınmakta, hukuk yargılamasının konusu olabilecek mahrum kalınan kar menfi zarar gibi zarar kolları bu kapsama dahil edilmemektedir.

Suçta konu malın değeri belirlenirken fail ya da mağdurun soyut beyanı ile yetinilemeyeceğinden gereken durumlarda bilirkişi incelemesi yapma yoluna da gidilebilir. Hatta aksi durum bozma sebebi yapılmaktadır⁹⁰.

⁸⁷ Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 34. Yazar bu çalışmada aynı hususu vurgulamakla birlikte yine örnekteki tazda gerçekleşen olaylarda 145. maddenin uygulanabileceğini kabul etmiştir.

⁸⁸ "değer tespit tutanağında suçta konu su sebilinin ikinci el değerinin 25 TL olduğunun bildirilmesi karşısında, sanık hakkında, TCK'nın 145. maddesinin uygulanma koşullarının tartışılması gerektiği" (2. CD, 10/12/2015, 2014/19491 - 2015/22937). (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁸⁹ Özbek, "Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması", s. 131. Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4301.

⁹⁰ 765 sayılı TCK dönemine ilişkin bir karar için bkz. "Hırsızlığa konu eşyanın suç tarihindeki değeri yöntemine uygun ve denetime olanak verecek şekilde saptanmadan, yakınının soyut açıklaması ile

Yargıtay değer azlığı tespitini yukarıda belirttiğimiz kriterlerini de dikkate alarak somut olay bazında yapmaktadır. Bu bağlamda; “migros mağazasından iki adet sucuk ve iki paket salamı montunun içine gizleyerek⁹¹” çalma, “acil servis ilaç dolabında bulunan 1 adet diazem ampul ve 1 adet contramal ampul’ü izinsiz⁹²” alma, şeklindeki kararlarında 145. maddenin uygulama koşullarının oluşmadığını kabul etmiştir. Buna karşın mahkeme, “toplam değeri 50,00 TL’den ibaret boru, vana ve çeşme batarya musluğunun⁹³” çalınması; “gece vakti şikayetçiye ait evin kiler kısmına girerek 9 çuval buğdayın⁹⁴” çalınması durumlarında TCK'nın 145. maddenin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

Yağma suçu bakımından da Yargıtay aynı kriterlerden hareket etmektedir: “sanığın, 28/01/2015 günü saat 16:00 sıralarında ... isimli iş yerine gelip yakınan ... elindeki testere ile ‘ayakkabı ver yoksa seni keserim’ şeklinde tehdit ederek, 50 TL olduğu sonradan anlaşılan bir çift ayakkabı alması ve bir çift ayakkabı daha istemesi şeklinde gelişen somut olayda 5237 sayılı yasanın 150. maddenin 2. fıkrasının koşullarının bulunmadığı anlaşıldığından⁹⁵”; “mağdur ... üzerinde bulunan 3-4 TL kadar parasını, cep telefonunu ve bilardo eldivenin aldıkları halde, 150. maddenin 2. fıkrasına sevk amacının dışında yorumlar getirilerek sanığın cezasında indirim yapılması (bozma)⁹⁶”; “sanıkların parkın تنها yerine götürdükleri mağdurun üzerini arayıp cebinde buldukları 1 TL değerindeki tespihi aldıktan sonra, üzerindeki kıyafetlerini çıkarmasını isteyerek toplam değeri 75 TL olan kıyafetlerini aldıklarının anlaşılması karşısında; suça konu eşyanın değerinin az kabul edilemeyeceği, bu bağlamda TCK'nın 150/2. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı⁹⁷” diyerek değer azlığı uygulaması yapılamayacağını belirtmiştir.

Hırsızlık ve yağma suçlarında değer azlığı hususunda karşılaşılabilecek sorunlardan birisi de failin suç konusu eşyayı yüksek değerli olmasına rağmen

diğer yakınan yönünden de bilirkişinin yetersiz raporuna dayanılarak, değer pek aşırı kabulü ile TCK'nun 522. maddesiyle yazılı şekilde uygulama yapılması bozmayı gerektirmiştir.” 6. CD 2004/9315 - 2005/993, 07.02.2005 (Noyan, **a.g.e.**, s. 250).

⁹¹ 2. CD, 26.12.2013, 2013/6236- 2013/31230. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹² 2. CD, 12.12.2013, 2013/5661-2013/29681. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹³ 13. CD, 09.12.2014, 2014/14018-2014/35036. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹⁴ 2. CD, 16.11.2015, 2014/15736 - 2015/20778. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹⁵ 6. CD, 03.11.2015, 2015/3614 - 2015/44344. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹⁶ 6. CD, 04.11.2015, 2013/8549 - 2015/44486. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

⁹⁷ 6. CD, 19.11.2015, 2013/13130 - 2015/45102. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

değersiz sanarak ya da düşük değerli olmasına rağmen değerli sanarak alması durumunda 145. maddenin uygulanmasında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği konusudur. Öğretide hata konusu işlenirken en sık verilen örneklerden biri de hırsızlık suçu bakımından sorduğumuz soruya konu olan bu olaydır. Öğretideki hakim görüşe göre fail her iki olasılıkta da değer azlığına ilişkin indirimden yararlanabilecektir. Zira failin suç konusu malın değeri hususunda hataya düşmesi suçun maddi unsurlarındaki hata haline örnek teşkil eder. Şayet fail suç konusu malı değerli zannederek almış fakat mal gerçekte değersiz nitelikteyse malın objektif değeri dikkate alınarak 145. maddeyi uygulama yoluna gidilmelidir. Buna karşılık, failin değerli bir malı değersiz zannederek aldıysa bu defa failin subjektif kanaatine üstünlük tanınarak yine değer azlığından uygulama yapma yoluna gidilmelidir⁹⁸.

Hata konusunda öğretideki hakim görüş bu yönde olmakla birlikte Hakeri; failin değerli bir malı değersiz sanarak alması durumunda değer azlığı uygulaması yapmakta bir sıkıntı bulunmamakla birlikte; maddenin ratio legisi göz önünde bulundurulduğunda, aksi durumda yani değersiz bir malı değerli sanarak alması halinde indirimden yararlanmasının uygun olmadığı görüşündedir. Yani yazara göre failin tasavvurunda bir hata olsa da bu hükümden yararlanabilmesi mutlaka malın değerinin az olduğu düşüncesiyle hareket etmesi gerekmektedir⁹⁹. Öğretide Tezcan, Erdem, Önok da Yargıtay'ın değer azlığının belirlenmesine yönelik içtihadı dikkate alındığında bu olasılıkta 145. maddenin uygulanamayacağı belirtmişlerdir¹⁰⁰. Kanaatimizce Yargıtay'ın 145. maddenin uygulanabilmesi için benimsediği “daha çoğunu alabilme imkanı varken azını ve değer olarak da düşük olanı alma” kriteri, suçun konusunun maddi değerine ilişkin hata durumunda öğretideki hakim görüşün uygulanmasına engel yapıda değildir. Failin değerli olduğunu sanarak değersiz bir malı alması halinde her ne kadar kastı değerli mala özgülenmiş ise de objektif olarak gerçekleştirilebildiği ihlal değersiz olanla sınırlıdır. Yargıtay'ın 145. maddeye ilişkin içtihadı failin bir mücevher dükkanındaki onlarca takı arasından tek bir takıyı alması durumunda 145. maddeden yararlanmasını engellemekle birlikte (fail her ne kadar

⁹⁸ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 89; Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması”, s. 131; Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 45.

⁹⁹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 90; Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, s. 265. Aynı yönde Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)”, s. 543.

¹⁰⁰ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 672

tek bir parçayı almakla yetinmiş ise de değer olarak oldukça yüksek bir şey çalmıştır); aldığı yüzüğün aslında düşük değerli sahte bir teşhir ürünü olduğunu bilmeyen failin 145. maddeden yararlanmasına engel olmayacaktır. Ancak kanaatimizce bu gibi bir durumda fail açısından cezasızlık değil, indirim seçeneği göz önünde tutulmalı ve somut olayın koşullarına göre gerekirse indirim de düşük seviyede tutulmalıdır.

4. Nitelikli Haller ve Kullanma Hırsızlığında Değer Azlığı

Türk hukukunda hırsızlık ya da yağma suçunun daha ağır ceza gerektiren nitelikli hallerinde (hırsızlık suçu bakımından TCK'nun 142 ve 143. maddeleri; yağma suçu bakımından TCK'nun 149. maddesi) değer azlığı sebebiyle indirim yapılıp yapılamayacağı hususu kanunla çözüme kavuşturulmuş bir konu değildir. Öğreti ve uygulamada bu konuda detaylı incelemeler yapıldığını ve farklı görüşleri sürüldüğünü söylemek de mümkün değildir. Tespit edilebildiğimiz mevcut değerlendirmeler de genellikle hırsızlık suçunun nitelikli halleri dikkate alınarak yapılmıştır. Fakat kanaatimizce nitelikli hallerde değer azlığı sebebiyle indirim yapılıp yapılamayacağı hususunda hırsızlık ve yağma suçları arasında ayırım yapmayı gerektirir bir durum yoktur.

Hırsızlık suçu bakımından öğretide bir görüş değer azlığının sonuçlarını düzenleyen 145. maddenin, hırsızlık suçunun nitelikli hallerini düzenleyen 142 ve 143. maddeden ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerin düzenlendiği 144. maddeden sonra gelmesini dikkate alarak bu hükmün hırsızlığın daha ağır ve hafif ceza gerektiren bütün nitelikli halleri için uygulanabileceği sonucuna varmaktadır. Buna düşünce tarzı benimsendiğinde teorik olarak örneğin yankesicilik yoluyla değersiz bir mendilin mağdurun cebinden çalınması durumunda 145. madde uygulanarak, 142/2-b'de öngörülmüş olan cezadan indirim yapılabileceği gibi, tamamen ceza verilmemesi yoluna da gidilebilecektir¹⁰¹. Ancak daha önce de belirtildiği gibi 145. maddenin 765 sayılı kanunun 522. maddesi gibi indirim hususunda amir bir hüküm içermemesi diğer bir ifadeyle hakime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme şekline sahip olması nedeniyle değer azlığının nitelikli hallerle

¹⁰¹ Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemli Hareketler", s. 90; Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", s. 258.

birleştiği durumlarda hakimın 145. maddeyi uygulamaktan kaçınabileceği hatta bu tarz bir uygulamanın hükmün ratio legisi, hak ve nesafet duygusuna daha uygun düşeceği yönünde bir görüş de bulunmaktadır¹⁰².

Bu hususta Yargıtay kararlarında da genel bir kural ifade edecek bir görüş bulunmamaktadır. Ancak mahkeme hırsızlık suçunun en sık rastlanan nitelikli hallerinden biri olan bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında hırsızlık suçlarında tereddüte mahal vermeyecek şekilde istikrarla -diğer koşulları varsa- değer azlığı uygulaması yapılabileceğini/yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay'ın örnek kararları dikkate alındığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Mahkeme örtülü bir şekilde 145. maddenin değer azlığı sebebiyle cezada indirim yapılmasını öngören kısmı itibarıyla suçun nitelikli hallerinde de uygulanmasını mümkün bulmakla birlikte cezanın bütünüyle kaldırılması olasılığını nitelikli haller için uygun bir seçim olarak görmemektedir. Fakat bu sonuç mahkemenin çok sayıdaki kararından zımnen çıkarılan bir sonuçtur ve zorunlu bir uygulama yöntemi olarak da nitelendirilmemektedir.

Yargıtay, 5237 sayılı TCK'da başlangıçta hırsızlık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenen "elektrik enerjisi hakkındaki hırsızlık" fiillerinde değer azlığı uygulaması yapılamayacağını kabul etmekteydi. Neredeyse birbirinin tekrarı niteliğinde olan kararlarda mahkeme; "Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle ilgili düzenleme 5237 sayılı TCK.nun 145. maddesinde yer almakta olup, buradaki 'malın değerinin az olması' kavramı, daha çoğunu alabilme olanağı varken yalnızca ihtiyacı kadar ve değeri az olan şeyin alınmasını ifade ettiği ve olayın özelliği değerlendirilerek yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanmak suretiyle uygulanabileceği gözetilmeden, somut olaydaki elektrik enerjisi hırsızlığı suçunun işleniş şekline göre uygulama olanağı bulunmayan anılan madde uyarınca değer azlığından bahisle, sanık hakkında yazılı şekilde ceza verilmesinden vazgeçilmesine karar verilmesi (bozma)¹⁰³" görüşünü ortaya koymuştur. Bu görüşün istikrar kazanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile gündelik anlamıyla

¹⁰² Yazıcıoğlu, "TCK md.145 'Malın Değerinin Az Olması' ", s. 41-42.

¹⁰³ 2.CD, 2009/28948, 2011/8859. (Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 43001)

elektrik hırsızlığı, hırsızlık suçunun nitelikli hali olmaktan çıkarılmış ve karşılıksız yararlanma suçu başlığı altında değerlendirilmeye başlanmıştır¹⁰⁴.

Değer azlığı uygulaması bakımından üzerinde durulması gereken hallerden birisi de kullanma hırsızlığına konu olan malın değerinin düşük olması durumunda TCK'nun 145 maddesinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. TCK'nun 146. maddesinde düzenlenen kullanma hırsızlığına ilişkin hüküm şu şekildedir: “Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikayet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz”. Hırsızlık suçunun malın geçici bir süre kullanılıp iade edilmek üzere işlenmesi, TCK'nun 141. maddesinde ifadesini bulan yarar sağlama maksadının özel bir türüdür ve suçun temel şekline nazaran haksızlık içeriğinin daha düşük olduğu bir nitelikli haldir¹⁰⁵. Bu sebeple kanun koyucu resen değil şikayet üzerine soruşturulmasını ve cezasının da yarı oranına kadar indirilmesini öngörmüştür. Fakat bu malın bir suçun işlenmesinde kullanılması durumunda sosyoetik değersizliği tekrar hırsızlık suçunun temel şekline nazaran bir ayırım yapılmasını haklı kılmayacak seviyeye çıkmaktadır.

Kullanma hırsızlığına konu olan malın değerinin düşük olması durumunda değer azlığı sebebiyle TCK'nun 145 maddesi uyarınca cezanın indirilmesi ya da bütünüyle kaldırılması yoluna gidilip gidilemeyeceği konusu Adalet Komisyonunda da tartışma konusu olmuştur. Bilim Komisyonunda yer alan Özgenç konuyla ilgili açıklamasında; hırsızlık suçunun temel halinde zilyetliğin kişiden koparıldığının, kullanma hırsızlığında ise malın tekrar iade edildiğinin altını çizerek; kullanma hırsızlığında malın değerinin az veya çok olmasının temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceğini belirtmiştir. Kullanma hırsızlığına konu malın değerinin

¹⁰⁴ 765 sayılı TCK döneminde ise bu tarz bir ek kritere müracaat edilmeden kaçak elektrik tahakkukundaki ceza uygulanmamış miktara bakılarak değer azlığı uygulaması yapılabileceği kabul edilmekteydi. Bu gibi durumlarda mahkemeler evde ya da işyerinde kurulu güce (elektrikli ev eşyaları, ampuller, priz sayısı) göre kullanım süresi içinde tüketilmesi mümkün elektrik enerjisi miktarını bilirkişi vasıtasıyla saptamaktaydı. Örneğin bkz. “Tedaş'ın kaçak elektrik fatura bildiriminde; cezasız normal tutarın 183.615.079 TL. olduğunun belirtildiği ve bu tutarın da suç tarihindeki ekonomik koşullara, paranın satın alma gücüne ve yerleşmiş uygulamaya göre “hafif” değerinde olduğu gözetilmeden, Tedaş'ın bildirdiği cezalı tutar esas alınarak TCK'nun 522/1. maddesinin normal değere ilişkin hükmünün uygulanması bozmayı gerektirmiştir.” 6. CD, 2003/15886 - 2005/2118, 03.03.2005 (Noyan, **a.g.e.**, s. 248-249).

¹⁰⁵ Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 569.

düşük olması durumlarında genellikle mağdurun rızası olduğu düşüncesiyle hareket edildiğini, bu koşulların oluştuğu durumlarda kastın zaten ortadan kalkacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda örneğin komşu çocuğunun bisikletini sahibinin buna rıza göstereceğini düşünerek kısa süreliğine alan failin rıza hususunda kastı kaldıran bir hataya düşmüş olacağını, buna karşılık bir bisikletçi dükkanının önünden hiç kullanılmamış olan bir bisikleti alan failin durumunun sadece temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁶.

Buna karşın öğretide kullanma hırsızlığında da değer azlığı indirimi yapmanın mümkün olması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır¹⁰⁷. Fakat bu olasılıkta değer azlığının malın bütünün ekonomik değeri değil kullanımı dolayısıyla oluşan amortisman, yağ, yakıt vb. değerler üzerinden hesaplanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁸. Yargıtay öğretideki bu görüş ile uyumlu olan bazı eski kararlarında kullanma hırsızlığı ve yağması bakımından da değer azlığı uygulaması yapılabileceğini ancak bu olasılıklarda sadece kullanmadan kaynaklanan zararın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁹. Örneğin YCGK 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında bu görüşü vurgulamıştır.

“Sanıklar, mağdurun gezme amacıyla yağmaladıkları otomobilini devirerek ağır şekilde hasara uğramasına sebep olmuşlardır. TCK.nun 522. maddesine göre ‘cürüm mevzu olan şeyin veya ika edilen zararın kıymeti’ gözönünde tutularak, sanıklara verilen cezada artırma veya eksiltme yapılabilecektir. Eylemin doğrudan doğruya sonucu olmayan, fer'i veya taksirli hareket sonucu ortaya çıkan zararlar bu madde kapsamına girmezler ve ancak özel hukuk hükümlerine göre açılacak tazminat davasına konu teşkil edebilirler. Olayımızda sanıklar, otomobilin mülkiyetine yönelselerdi, başka bir deyişle gezmek dolaşmak amacıyla değil, otomobil mal edinmek kasdıyla hareket etselerdi, suçun konusu olan otomobilin değerinin pek fahiş olduğu gözönünde tutularak sanıklara verilen cezanın artırılması gerekecekti. Mağdura ait otomobilden geçici bir süre yararlanmak ‘intifa hırsızlığı’ amacıyla hareket

¹⁰⁶ Komisyondaki tartışmaların metni için bkz yukarıda ilgili dipnot.

¹⁰⁷ Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, s. 259.

¹⁰⁸ Artuç, **Malvarlığına Karşı Suçlar**, s. 89; Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK’nın 145/1.Maddesi)”, s. 542; Gündel, **a.g.e.**, s. 1383; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 43001.

¹⁰⁹ CGK, 1988/6-46 – 1988/141, 11.04.1988, (Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, s. 256)

eden sanıkların, yaptığı kaza sonucu ortaya çıkan zarar, hırsızlık cürmi hareketinin doğrudan sonucu değildir. Hırsızlık suçu temaddi ederken, sanıklar kasıtlı olmayan ve TCK.nun 565. maddesinin uygulamasını gerektirir başka bir suç işlemişler. Otomobildeki hasar bu nedenden doğmuştur. Hırsızlık ile hasar arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Bu şekilde meydana gelen hasarın, cürmi kasdın içinde yer alan aşınma, benzin vb. giderlere eklenerek cezanın artırılması yasaya aykırı olduğundan”¹¹⁰.

5237 sayılı TCK düşünüldüğünde kullanma hırsızlığı bakımından Yargıtay’ın bu yaklaşımı bir nebze kabul edilebilecek olsa da ne mülga ne de yürürlükteki ceza kanunlarında kullanma yağması şeklinde bir suç tanımlanmamış olduğundan kanaatimizce yağma suçu bakımından aynı sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimlerinde Değer Azlığı

Kanun koyucunun TCK’nun 145. maddesinde düzenlediği hüküm esasen failin doğrudan düşük değerli bir malı alma kastıyla hareket ettiği halleri dikkate almaktadır. Bununla birlikte suçtan elde edilen değer azlığı failin suç planını herhangi bir sebeple tam olarak gerçekleştirememesinden yani suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasından da kaynaklanabilir. Yargıtay teşebbüs aşamasında kalan hırsızlık suçlarında götürü bir şekilde TCK’nın 145. maddesinin uygulanmasını reddetmemektedir. Mahkemeye göre bu olasılıkta 145. maddenin uygulanabilmesi için kastın değeri az olan bir mala özgülemiş olması gereklidir¹¹¹. Yani “ne bulursa alma” kastıya hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlayan fail, hiçbir şey alamadan veya sadece düşük değerli bir şey alabilerek yakalanırsa değer azlığına ilişkin maddeden yararlanamaz¹¹². Bu sebeple teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından failin 145. maddeden yararlanması büyük ölçüde bir ispat problemidir.

¹¹⁰ CGK, 12.05.1986, 1986/ 6-103 – 1986/ 291. Aynı yönde (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 01.05.2016. Aynı yönde; “Kullanma hırsızlığı olarak benimsenen eylemle çarpma spnucu doğan ve cürmi kastın dışında kalan zarar arasında nedensellik bağı kurulmadığı gözetilmeden, benzin ve yıpranma bedeli olan ve nesnel ölçütlere göre pek hafif sayılması gereken 2.500 TL yerine 44.000 TL değerini gözetilerek TCY’nın 522. maddesinin buna göre uygulanması yasaya aykırıdır. (6.CD 03.03.1987, 1987/218-1987/2113). Karar için bkz. Gündel, **a.g.e.**, s. 1389.

¹¹¹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 90; Lackner, Kühn, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn.5.

¹¹² Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK’nın 145/1.Maddesi)”, s. 554-555.

Teşebbüs aşamasında kalan yağma suçları bakımından da benzer bir durum söz konusudur. Ancak yağma suçunda fail çoğunlukla ne ele geçireceğini bilmeden suçun icrasına başlamaktadır. Bu sebeple Yargıtay içtihatlarında yukarıda zikrettiğimiz kriterden hareketle failin başlangıçtan beri mağdurun üzerinde “ne bulursa alma” kastıyla hareket ettiği durumlarda suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi 150. maddenin uygulanamayacağı kabul etmektedir. Bu bağlamda örneğin failin mağdurun üzerini arayarak üzerindeki tüm para olan 10 TL’yi alması ya da failin mağdurdan üzerindeki tüm parayı vermesini istemesi durumlarında ceza indiriminden yararlanması mümkün değildir. Fakat eğer fail, mağdurdan direkt 10 TL ister ya da üzerinde bulunan çok miktardaki paranın içinden sadece 10 TL alırsa değer azlığından kaynaklanan indirimden yararlanabilmesi mümkün olur¹¹³.

Bununla birlikte öğretide bir görüş 145. maddenin teşebbüs aşamasında kalmış tüm suçlarda uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu fikre göre; teşebbüs aşamasında kalan hırsızlık suçlarında suçun konusu olan malın miktarı ve değeri somut olarak ortaya konulamıyorsa “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine üstünlük tanımak gerekir. Sanığın mahkemede suç planının alabileceği herşeyi almak yönünde olduğunu ikrar etmesi dahi bu durumu değiştirmez. Zira kastın tek başına sanık beyanı ile belirlenmesi mümkün değildir¹¹⁴. Bunun tam aksi yöndeki görüşe göre ise fiilin teşebbüs aşamasında kaldığı ancak failin henüz hiçbir şey almadığı durumlarda gerçekte ne alacağı belirlenemeyeceğinden 145. maddenin hiçbir şekilde uygulanması mümkün değildir. 145. madde sadece teşebbüs aşamasında kalan suçlarda ancak failin aldığı şeyleri olay yerinden götürmeden yaklanması şeklinde gerçekleşen olayda uygulanabilir¹¹⁵.

Tüm bu fikirler birlikte değerlendirildiğinde -her ne kadar ispat sorunlarıyla karşılaşacak olsa da- teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından Yargıtay’ın benimsediği uygulamanın 145. maddenin amacı ve ruhuna uygun olduğunu düşünüyoruz.

¹¹³ Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması”, s. 132-133.

¹¹⁴ Köprülü, “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, s. 261, Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 617; Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 37.

¹¹⁵ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4302.

İştirak halinde işlenen hırsızlık ve yağma suçunda da suçun işlenmesine katılan kişilerin fiziki olarak ayrı ayrı ne aldıklarına değil; suçun işlenmesiyle toplamda ne kadar temin edildiğine bakılarak değer azlığı hususunda değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁶. Yargıtay Ceza Genel kurulu 765 sayılı TCK döneminde verdiği bir kararında;

“Bilindiği gibi, TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında cezanın artırılması ya da azaltılmasının tek nedeni, cürmün konusu olan malın veya ika edilen zararın, cürmün işlendiği zamandaki miktar ve değeridir. Yoksa, failin elde ettiği menfaat değildir. Hal böyle, iken, yerel mahkemece, çalınan fındığın değeri veya ika olunan zarar yerine sanıkların elde ettikleri menfaati gözönüne alındığı ve suçun müştereken işlendiği dikkate alınmadan değerlerin sanık adedine bölünerek normal kabul edildiği görülmektedir. Böyle bir uygulama usul ve yasaya ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadına aykırıdır. Yukarıda belirtildiği üzere, sanıklar müştereken toplam 9.618 kilo miktarında ve 500.000 liraya yakın değerdeki fındığı üç partide çalıp götürmüşlerdir. Her bir partide götürdükleri fındığın değeri 100 bin liranın üzerindedir. Suç müştereken işlendiğine göre TCK.nun 522. maddesinin uygulanmasında tüm değerlerin gözönünde tutulması gereklidir. Olay tarihindeki ekonomik koşullara göre 100.000 liranın üzerindeki bir değer pek fahiş olarak kabulü zorunludur”¹¹⁷ demek suretiyle bu durumu açıklamaya çalışmıştır.

Buna karşın zincirleme şekilde işlenen hırsızlık suçlarında her suç bağımsızlığını koruduğundan daha dikkatli bir değerlendirme yapılmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre zincirleme suçlarda alınan toplam malın değil her bir suçta ayrı ayrı alınan malların değerleri bağımsız olarak dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte zincire dahil olan suçlardan birisinin dahi değer azlığı uygulamasının dışında kalacak seviyede olması halinde temel ceza hırsızlık suçunun normal haline göre belirlenecek ve 43. madde uyarınca yapılacak arttırım bunun üzerinden

¹¹⁶ Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK'nın 145/1.Maddesi)”, s. 542-543; Özbey, “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması”, s. 131; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 672; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4301; Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 44.

¹¹⁷ CGK, 26.04.1982, 1982/ 6-112 – 1982/170. (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com>, 01.05.2016.

hesaplanacaktır¹¹⁸. Aksi görüşe göre ise hırsızlık suçunun zincirleme olarak işlenmesi halinde ise, her bir suçu oluşturan malın değeri değil tüm hırsızlıktan elde edilen malların toplam değeri esas alınmak suretiyle uygulama yapılmalıdır¹¹⁹. Bu yaklaşım şekli isabetli değildir. Zira zincirleme suç, esasında birden fazla bağımsız suçun yaptırım açısından bir araya gelmesinden ibaret olup, aralarında sadece “bir suç işleme kararının icrası kapsamında” gerçekleştirmeleri sebebiyle manevi bir bağ bulunmaktadır. Şayet fail düşük değerdeki parçaları, arada kastın yenilendiğini söyleyemeyeceğimiz kadar kısa aralıklarla almışsa, bu tip durumlarda zeten tek bir fiilin varlığını kabul etmek gerektiğinden suçun konusunun değeri de toplu olarak hesap edilecektir. Fakat kastın yenilendiği her durumda 145. madde de her fiil bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Değer azlığı uygulamasıyla ilgili olarak üzerinde düşünülmesi gereken konulardan birisi de hırsızlık suçunun başka bir suçla gerçek içtima hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek şekilde bir araya geldiği hallerde yapılacak uygulamadır. Yargıtay banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçunun işlenmesi amacıyla kredi kartı çalınan durumlarda failin ayrıca hırsızlık suçundan cezalandırılması gerektiğini kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme bu uygulamasına çalınan kredi kartı için 145. maddenin uygulanamayacağı görüşünü de monte etmiştir. Öğretide bu uygulama çeşitli yönlerden eleştirildiği gibi konumuzu oluşturan 145. maddenin maddede yer alan koşullarının bulunması halinde uygulanması gerektiği belirtilerek de eleştirilmektedir. Yani bu tip durumlarda aksi yönde bir ön kabulden hareket edilmesi reddedilmektedir¹²⁰.

6. Daha Az Cezayı Gerektiren Diğer Haller

Her ne kadar malvarlığına karşı işlenen suçlarda haksızlığı azaltan en tipik örnek olması itibarıyla çalışmamız “değer azlığı” odaklı yürütülmüş ise de yukarıda da belirttiğimiz gibi haksızlık içeriğini azaltan haller sınırlı sayıda değildir. Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sürecinde dikkate alınabilecek bir çok farklı kriter

¹¹⁸ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 618; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 672; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4301; Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 44.

¹¹⁹ Eker, “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK’nın 145/1.Maddesi)”, s. 542.

¹²⁰ Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 38.

aynı yönde etki gösterebilir. Kanun koyucu bu olasılıkların bazılarını -değer azlığında olduğu gibi- önemlerine binaen müstakilen düzenlemeye tabi tutamaktayken bazılarını ise hakim tarafından yapılacak somut uygulamaya bırakmaktadır. TCK'nun 144, 150 ve 159. maddelerinde yer alan düzenlemeler de TCK'nda yer alan özel düzenlemelere örnek teşkil etmekte olup suçun temel haline nazaran daha az ceza gerektiren nitelikli hallerdendir.

TCK'nun 144. maddesinde; “Hırsızlık suçunun; a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde, b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla, işlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” denilmiştir. Görüleceği üzere kanun koyucu bu maddede haksızlık içeriğini azaltan iki farkı sebebe ilişkin düzenleme yapmıştır. Bu olasılıkların her ikisinde de soruşturma yapılması şikayet koşuluna bağlanmış, yaptırım suçun temel şekline nazaran daha düşük tutmuş ve hapis cezasına alternatif olarak para cezası verilebilmesi öngörülmüştür.

Maddenin (a) bendinde ihlalin yoğunluğuyla bağlantılı bir hal ele alınmış ve failin suçun konusunu oluşturan şey üzerinde hisse sahibi olduğu durumlarda (müşterek ya da iştirak halinde mülkiyet olması fark etmeksizin¹²¹) suçun şikayete tabi olacağı kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının bir kısmının faile ait olduğu durumlarda da hırsızlık suçunun oluşacağı kabul edilmekle birlikte kanun koyucu bu düzenlemeyle bu gibi durumlarda haksızlığın daha hafif olduğunu işaret etmektedir.

TCK 144/1-b'de ise bir tür ihkak-ı hak (kendiliğinden hak alma) düzenlemesi yapılmış ve 144/1-a'de belirtilen durumla aynı sonuca bağlanmıştır. Yani failin hırsızlık suçunu bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla işlemesi durumunda soruşturma şikayete bağlı olarak yapılacak olup, faile seçenek yaptırım olarak adli para cezası da verilebilecektir. Bu hükmün uygulanabilmesi için failin hukuki ilişkiden doğmuş dolayısıyla hukuka uygun bir alacak talebinin olması yeterlidir. Dolayısıyla hukuk düzenince korunan bir ilişkiden kaynaklanmayan (kumar, bahis, fuhuştan doğan alacaklar gibi) alacaklar bu hükmün kapsamına girmezler. Hukuki bir ilişkiden doğmakla birlikte suçun işlendiği anda tahsil kabiliyeti bulunmayan zamanaşımına uğramış borçlar gibi borçların tahsili amacıyla

¹²¹ Bkz. madde gerekçesi.

işlenen fiiller bakımından ise 144/1-b’de yer alan düzenlemenin uygulanabileceği kabul edilmektedir¹²².

765 sayılı TCK’nun 308. maddesinde ihkak-ı hak müstakil ve genel bir suç türü olarak düzenlenmiş iken 5237 sayılı TCK’da bazı suç tipleri bakımından daha az ceza gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenleme bulmuştur. Kanun koyucu TCK’nun 150, 159 ve 211. maddelerinde 144/1-b’dekine benzer hükümlerle; hukuk düzeninin devamlılığını sağlama gayesiyle fiilin hukuka aykırı olmaya devam ettiğini ancak bu gibi hallerde suçun temel şekline nazaran daha hafif bir haksızlığın söz konusu olacağını kabul etmiştir. Gerçekten de bu gibi hallerde fiilin sosyoetik değersizliği devam etmekle birlikte ortada herhangi bir hukuki alacak hakkının bulunmadığı hallere nazaran daha hafif seviyede kalmaktadır.

Bu duruma örnek olarak gösterilebilecek düzenlemelerden biri yağma suçu bakımından TCK’nun 150. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede; “Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır” denilmiştir. Yine TCK’nun 159. maddesinde dolandırıcılık suçu bakımından; “Dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikayet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur” denilmiştir. Bu gibi durumlarda ihkak-ı hak duygusunun failin kınanabilirliğini (kusurunu) azalttığını düşünmek de mümkündür. Belirtelim ki bu tip düzenlemeler kanunumuzda istisna durumundadır ve hukuk güvenliği dikkate alınarak az sayıda tutulmaları isabetlidir. Zira bu tip “suç öncesi” koşullar her halükarda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında göz önünde bulundurulabilir.

B. Alman Hukukundaki Durum

1. Değer Azlığı Düzenlemesi ve Tarihsel Gelişimi

Almanya’daki kriminal istatistiklere göre hırsızlık ve dolandırıcılık en çok işlenen suçlardandır ve bu suçların yarısından fazlasında suçtan elde edilen maddi

¹²² Koca, Üzülmüş, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 566; Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 668; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. III, s. 4297.

menfaat son derece düşüktür. Alman konun koyucu genel olarak suçun konusunu oluşturan şeyin yüksek bir değere sahip olmasını cezanın arttırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak ele almadığı gibi¹²³, malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusunun değeri ya da zararın azlığını temel alan genel bir indirim sebebi de öngörmemiştir. Ancak 1975 yılında yapılan reform ile hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçları esas alınarak kanuna dahil edilen ve aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız StGB § 248 a değer azlığı durumuna farklı muamele edilmesine imkan yaratmıştır. Ayrıca bu madde, StGB'nin diğer maddelerinden yapılan atıflar dolayısıyla sadece hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarında değil daha geniş bir sahada uygulanma kabiliyetini haizdir.

Her ne kadar 1975 yılında yapılan reformla yürürlükten kalkmış olsa da Alman Ceza Kanununun 370. maddesinin 1. fıkrasının 5. bendinde özellikle düşük ekonomik değerli gıda maddelerinin hırsızlık suçuna konu olması bakımından ilginç bir örnek olma özelliği taşıyan *Mundraub*¹²⁴ fiiline ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı¹²⁵. Bu düzenleme ekonomik değeri düşük bir yiyecek-içecek ya da keyif verici maddeyi (tütün gibi) hemen tüketmek üzere çalan failin 150 (daha sonraları 500 DM) Marka kadar para ya da hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmekteydi¹²⁶. 1975 yılına kadar “Mundraub” olarak değerlendirilebilecek fiiller cünha kategorisinde düzenleme bulmuşken, bu tarihte StGB § 370 (a.f) kaldırılınca kanun koyucu özünde hırsızlık gibi temel bir suç tipi bulunan bu durumu düzene aykırılıklar sahasına itememiş, dolayısıyla bu tip fiiller de StGB § 242 kapsamında hırsızlık suçu içinde değerlendirilmeye başlanmıştır¹²⁷. Dolayısıyla güncel Alman mevzuatı açısından düşük değerli hırsızlıklar bakımından failin bir yiyecek maddesi çalıp çalmamasının farkı kalmamış olup bu tip olaylar genel olarak StGB 242 ve 248 a çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu hususta Alman Ceza Kanununun değer azlığını

¹²³ Jesse Björn, “Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug”, *JuS*, S. 4, 2011, s. 313-314.

¹²⁴ Direkt çevirisi “Ağız Hırsızlığı” şeklinde yapılabilecek bu kavramla anlatılmak istenen, hemen tüketmek üzere ve az değere sahip bir tüketim maddesinin çalınmasıdır. Ancak bu maddenin özel ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla alınması aranmamıştır. Yani bu maddenin uygulanması bakımından failin bir zorunluluk hali içinde bulunmasının gerekmediği kabul edilmiştir.

¹²⁵ Dreher, “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, s. 921.

¹²⁶ (çevrimiçi) <http://www.jurakopf.de/eine-darstellung-des-mundraubs>; 01.05.2016; Arzt, *a.g.e.*, s. 20.

¹²⁷ Arzt, *a.g.e.*, s. 20; Fritjof Haft, Eric Hilgendorf, **Strafrecht Besonderer Teil I :Vermögensdelikte**, 9. Auflage, C. H. Beck, München, 2009, s. 31.

düzenleyen 248 a maddesinde “242 ve 246. maddeler kapsamında kalan hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının konusu olan şeyin değerinin az olması halinde suçun soruşturulması şikayete bağlıdır. Ancak soruşturma makamları soruşturmada özel bir kamusal yarar görürse resen soruşturma yapabilir” denilmiştir¹²⁸.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı gibi Alman kanun koyucu değer azlığı olgusunu bizim hukukumuzda olduğu gibi indirim ya da cezasızlık sebebi olarak değil suçun şikayete bağlı hale gelmesine imkan tanıyan bir durum olarak ele almıştır¹²⁹. Her ne kadar bu düzenleme Alman öğretisinde cezanın bireyselleştirilmesi olanağını ortadan kaldırdığı, hırsızlık gibi temel bir suçta dahi kati bir ceza tehdidi ortaya koyamadığı, suçun şikayete tabi olmasının tahkikata başlamayı engellememesi sebebiyle zaman ve emek harcadığı, faili suçtan kaynaklanan zararı tazmin etmeye mecbur bırakabilmek için mağdurların şikayetçi olma yoluna gitme olasılığını arttırdığı gerekçeleri ile eleştirilmiş ise de¹³⁰ Alman öğretisi genellikle maddi hukukta bu tarz bir hüküm bulunmasını olumlu bulmaktadır. Zira Alman kanun koyucunun suçu, sadece hafif hallerde şikayete tabi kılıp, hapis cezasının önünü bütünüyle kapamayarak ve suçun ağır hallerini bütünüyle bu uygulamanın kapsamı dışında bırakarak anayasal temel hakları (özellikle de mülkiyet hakkını) ihlal etmeyecek bir düzenleme yaptığı belirtilmektedir¹³¹.

Aşağıda yer alan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Alman öğretisinde değer azlığı konusu neredeyse tüm ihtimalleri ve ayrıntıları kapsayacak kadar geniş kapsamlı ele alınmış ve tartışılmıştır.¹³² Bu tartışmalar hukukumuzda konunun henüz irdelenmeyen yönleri bakımından yön gösterici ve geliştirici olabileceğinden aşağıda biz de Alman uygulama ve öğretisinin görüşlerine olabildiğince geniş şekilde yer vermeye çalıştık.

¹²⁸ Çeviri yazara ait.

¹²⁹ Volker Krey, Uwe Hellmann, **Strafrecht Besonderer Teil: Vermögensdelikte**, Band 2, 15. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008, s. 86, kn. 142.

¹³⁰ Dreher, “Die Behandlung der Bagatelldelinquenz”, s. 924.

¹³¹ Helmut Satzger, Bertram Schmitt, Gunter Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, Köln, § 248a, kn. 2.

¹³² Eckl, “Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität”, s. 100.

2. Değer Azlığının Tespiti

Alman öğreti ve uygulamasında da Türk hukukunda olduğu gibi bu maddenin (StGB § 248a) uygulanmasında suç konusu şeyin objektif tedavül değerinin dikkate alınması gerektiği, bu sebeple failin fakirliği ya da suç konusu eşyanın mağdur açısından ifade ettiği özel manevi değer gibi hususların dikkate alınamayacağı kabul edilmektedir. Failin eşyanın mağdur açısından ifade ettiği özel değeri bilmesi de durumu değiştirmeyecek yani özetle fail ve mağdurun suç eşyası ile arasındaki özel ilişki dikkate alınmayacaktır¹³³. Aksi yönde görüşlere de rastlanabilmekle birlikte bu yaklaşım tarzı eski çalışmalarda göze çarpmakta ve istisnai nitelik taşımaktadır¹³⁴. Alman öğretisinde Schönke/Schröder, değer azlığını malın kazanılması ve kaybı arasında fark olmaması¹³⁵ şeklinde açıklamış olsa da genellikle malın bu seviyede düşük bir değer ifade etmesi aranmamaktadır.

Ayrıca bir eşyanın hammaddesi itibarıyla ifade ettiği değer genellikle az olduğu ve StGB 248 a uygulamasında mutlaka malın işlenmiş ve tedavül kıymeti kazanmış halini dikkate almak gerektiği belirtilmektedir. Bu iki değer sadece suçun konusunun doğrudan işlenmemiş bir hammadde olması halinde eşit olabileceğinin altı çizilerek değer azlığı belirlenirken eşyanın cam, odun, kumaş vb. ham hali değil üretim sürecinden geçerek dolaşıma girmiş halinin dikkate alınacağı vurgulanmıştır¹³⁶. Karşıt bir görüş malın hammadde itibarıyla objektif üretim değerini dikkate alarak tedavülü olmayan eşyalarda dahi uygulanabilecek bir kriter geliştirmeyi amaçlamış ise de son derece azınlıkta kalmaktadır¹³⁷.

Her ne kadar öğretide Kindhäuser, suç konusu eşyanın içinde bulunduğu kap, kutu, paket, kasa gibi malın muhafazasını sağlamaya yönelik şeylerin değer

¹³³ Gunther Arzt, Ulrich Weber, Bernd Heinrich, Eric Hilgendorf, **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Ernst und Werner Gieseking, 2009, § 13, kn. 27, s. 355; Hans Kudlich, Silke Noltensmeier, Jan C. Schuhr, "Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht", **JA**, 2010, S. 5, s. 344; Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 3; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 7.

¹³⁴ Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 99; Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 13.

¹³⁵ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 8.

¹³⁶ Anton Jungwirth, "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", **NJW**, S.17, 1984, s. 956; Satzger, "Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB", s. 792.

¹³⁷ Jungwirth, "Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert", s. 958.

azlığının belirlenmesinde dikkate alınmayacağı iddia etmiş ise de¹³⁸ kanaatimizce bu isabetli bir yaklaşım tarzı değildir. Zira hırsızlık suçunun tabii sonucu olarak asıl eşya ile birlikte alınan ve hırsızlık kastına zorunlu olarak dahil olan şeyler asıl malın muhafazası amacına hizmet ediyor olsa da bağımsız bir ekonomik değerleri vardır ya da en azından asıl şeye bir koruma sağlayarak ona fazladan bir değer kazandırır.

Yine Alman öğretisindeki hakim görüşe göre normun koruma amacından kaynaklanan bazı istisnai durumlarda hırsızlık suçunun konusunu oluşturabilecek olsa da tedavülü olmadığı için parayla ifade edilebilir bir değer taşımayan şeyler bakımından (mahkeme dosyası, pasaport, kişisel fotoğraflar, kimlikler, evraklar, dini ve kültürel değerlerle ilgili eşyalar gibi) değer azlığı uygulaması yapılması mümkün değildir. Örneğin failin kendisine benzeyen bir kimseye ait sürücü belgesini çalarak trafik kontrollerinden kurtulmayı hedeflediği olayda durum böyledir. Bu görüşe göre sürücü belgesi ticari dolaşıma sokulabilecek bir şey olmadığından belli bir tedavül değeri yoktur. Her ne kadar sürücü belgesinin düzenlenmesi bir ücrete tabi ise de sahibi açısından bunun çok üzerinde bir fonksiyonel değer ifade etmektedir¹³⁹. Değer azlığı uygulamasının fail aleyhine yorumlanmaması gerektiğini savunan karşıt görüşe göre ise form, belge, evrak, fotoğraf gibi eşyalar dolandırıcılık, şantaj gibi suçların işlenebilmesi amacıyla çalınmış olsa dahi malın ekonomik değeri düşükse failin bundan yararlanması gerekir¹⁴⁰. BGH bir kararında gece vakti mahkeme binasına girerek ilgilisi olduğu bir ceza davası dosyasını çalmaya teşebbüs ettiği sırada yakalanan fail bakımından suçun konusunun objektif tedavül değeri bulunmaması gerekçesinden hareketle değer azlığı uygulaması yapılamayacağını savunmuştur. Mahkeme bu kararında malın tedavül değerinin bulunmamasının onun değersiz olduğu (*Wertlosig*) anlamına gelmediğini, bilakis malın fonksiyonu itibarıyla çok önemli olabileceğini, burada kast edilenin malın maddi bir değer

¹³⁸ Urs Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte**, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, s. 76, kn. 44.

¹³⁹ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 30, s. 418; Hans Kudlich, Silke Noltensmeier, Jan C. Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, **JA**, 2010, S. 5, s. 344; Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II**, s. 75-76, kn. 44. Aynı yönde açıklamalar için bkz Grassberger, **Die Strafzumessung**, s. 14 vd; Haft, Hilgendorf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, s. 32; Krey, Hellmann, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 86, kn. 143; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248 a, kn. 5.

¹⁴⁰ Jungwirth, “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, s. 958.

biçilmeye müsait olmadığı (*Nichtwertlosig*) yani “satın alınamaz” bir mal olması olduğunu vurgulamıştır¹⁴¹.

BayObLG ise bir kararında her ne kadar bizatihi bir tedavül değeri bulunmasa da bir çek yaprağının değersiz sayılarak StGB 248 a uygulamasına konu edilemeyeceğini, doldurularak kullanılması durumunda ekonomik olarak ciddi bir değer kazanabileceğini belirtmiştir¹⁴². Buna karşın BGH bir firmanın antetli kağıtlarının ve kaşesinin çalınarak bir bankadan kredi alınmasında kullanıldığı olayda tam tersi bir karar vererek değer azlığının suçun konusunun bizatihi kendisinin sahip olduğu tedavül değerine göre belirlenebileceğini, tedavül değeri düşük bir şeyin sonradan fail tarafından üzerinde bazı değişiklikler yapılarak yüksek bir ekonomik değer kazanmasının değer azlığının belirlenmesinde önemli olmadığını belirterek¹⁴³, failin değer azlığı düzenlemesinden yararlanmasını kabul etmiştir¹⁴⁴.

Alman hukukundaki bu teorik tartışmalara rağmen esasında StGB § 248 a’da yer alan düzenleme, suçun konusunu oluşturan şeyin fail ya da mağdur için ifade ettiği manevi anlam, malın fonksiyonel değeri gibi hususlarda tartışmaya mahal bırakmayacak bir imkan ihtiva etmektedir. Zira madde soruşturma makamlarının soruşturmada özel bir kamusal yarar görmeleri halinde malın değeri düşük olsa bile resen soruşturma yapmalarına imkan tanımaktadır. Örneğin Alman öğretisinde çek yapraklarının çalınması durumunda ortaya çıkan suçun soruşturulmasında özel bir kamusal yarar olduğuna dikkat çekilmektedir¹⁴⁵.

Alman Hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın suçun işlendiği andaki tedavül değerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁴⁶. Yani suçun konusunu oluşturan malın değerinde suç tarihinden sonra oluşacak değişimler değer azlığının belirlenmesinde etkili olmayacaktır. Yine Türk hukukunda olduğu gibi Alman kanun koyucu da değer azlığının belirlenmesi noktasında yasal bir sınır koyma yoluna gitmemiştir.

¹⁴¹ BGH, 10.05.1977 tarih ve 1 StR 167/77 sayılı karar: **NJW**, S. 32, 1977, s. 1460 vd.

¹⁴² BayObLG, 15.05.1979 tarih ve 2 St 445/78 sayılı karar: **NJW**, S. 43, 1979, s. 2218 vd.

¹⁴³ BGH, 29.10.1980 tarih ve 4 StR 534/80 sayılı karar: **NStZ**, S. 2, 1981, s. 62 vd.

¹⁴⁴ Jungwirth, “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, s. 955-956.

¹⁴⁵ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 27, s. 355

¹⁴⁶ Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, 2014, § 248a, kn. 3; Satzger, “Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB”, s. 792; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 6.

Bu konuda özellikle Avusturya kanun koyucusunun seçimleri dikkat çekicidir. AvStGB § 147’de dolandırıcılık suçu düzenlenirken bu suçun yaptırımı, suçtan kaynaklanan zararın kanunda belirtilen kati miktar basamaklarına belirlenmiştir. Bu durum, sadece 2000 yılından bu yana 4 defa miktar basamaklarını revize etmek amacıyla kanunda değişiklik yapılmasna neden olmuştur. 2015 yılına kadar AvStGB § 147/2 uyarınca suçtan kaynaklanan zararın 3000 €’dan fazla olduğu durumlarda hürriyeti bağlayıcı cezanın 3 yıla kadar olabileceği, § 147/3 uyarınca 50.000 €’dan fazla olduğu durumlarda ise 10 yıla kadar olabileceği belirtilmişti. 01.01.2016 tarihi itibarıyla ise § 147/2 uyarınca suçtan kaynaklanan zararın 5000 €’dan fazla olduğu durumlarda hürriyeti bağlayıcı cezanın 3 yıla kadar olabileceği, § 147/3 uyarınca 300.000 €’dan fazla olduğu durumlarda ise 10 yıla kadar olabileceği öngörülerek basamaklarda radikal bir değişim yapma yoluna gidilmiştir¹⁴⁷. Alman kanun koyucu ise sadece StGB § 263/3 n.2’de dolandırıcılık suçu bakımından “malvarlığı kaybı büyük çapta olur veya fail dolandırıcılık suçunu sürekli şekilde işleyerek çok sayıda insanı malvarlığı açısından kayba uğrama tehlikesine düşürme maksadıyla hareket ederse” suçun nitelikli halinin oluşacağını kabul etmiştir. Ancak yine de malvarlığı kaybının hangi seviyeye ulaştığında büyük çapta olduğunun kabul edilebileceğini tayin etme yoluna gitmemiş, bu hususun saptanmasını da uygulamaya bırakmıştır.

Her ne kadar Alman kanun koyucu değer azlığını belirlemeyi öğretiyeye bırakmış ise de öğretinin tüm çabalara rağmen değer azlığı tam olarak belli bir kritere bağlanarak (asgari ücret vb.) netleştirilemeyen, kısmen belirsiz bir kavram olarak kalmıştır. Bununla birlikte hırsızlık gibi sıklıkla işlenen suçlarda değer azlığının bir mahkemeden diğerine değişmeyecek şekilde yorumlanması gerektiğinin altı çizilmektedir. Alman mahkemelerinin uygulamasında bu konuda tam bir yeknesaklık bulmak mümkün değildir. Özellikle Euro öncesi dönemde farklı eyaletler arasında farklı değer sınırları üzerinden uygulama yapılması hiç istisnai olmayan bir durumdu¹⁴⁸.

Keza öğretide de bu noktada tam bir birlik sağlanamamıştır. Değer azlığının bir haftalık işsizlik desteğine tekabül etmesi gerektiğini söyleyenler olduğu gibi

¹⁴⁷ <http://www.ratg.at/gesetze/gesetz/StGB/147> (çevrimiçi) 01.05.2016. Çeviri yazara ait.

¹⁴⁸ Ostendorf, “Präventionsmodell „Ladendiebstahl“: Doppelter Wertersatz”, s. 19

tamamen olaysal bazda değerlendirilmesi gerektiğini söyleyenler de bulunmaktadır. Bununla birlikte eski içtihatlarda genellikle 50 DM sınırına atıf yapıldığı ve bu sınıra kadar değer azlığı uygulaması yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Her ne kadar bu değer 1980’li yıllara kadar sürekli yükselmiş ve sonunda 50 DM seviyesinde stabilize olmuşsa da bunun çok altındaki değerler bakımından aksi yönde uygulamalar yapıldığı da ya da bunun üzerindeki değerler bakımından da değer azlığı uygulaması yapıldığı görülmüştür. Yani değer azlığı uygulamasında belirlenen sınır bağlayıcı bir anlam ifade etmeyip genellikle uygulama tarafından oluşturulan ve yine uygulamaya yol gösteren bir sınır olmuştur. 50 DM sınırı uzun bir süre uygulama tarafından kullanılsa da özellikle Avrupa Birliği ülkelerinde para birimi olarak Euro’ya geçiş ile birlikte sınırın yeniden gözden geçirilmesi zorunlu hale gelmiştir. Euroya geçildikten sonraki mahkeme kararlarında ilk etapta 25-30 € civarındaki meblağlarda değer azlığı kabul edilmiş ise de zaman içerisinde Almanya’da sadece para biriminin değişmediğinin Euro’ya geçişle birlikte satın alma gücünde de bir düşüş olduğunun kabul edilmeye başlanması ile birlikte değer azlığında kabul gören miktar 50 €’ya yükselmiştir. Nitekim öğretide de yaklaşık 2008-2009 yıllarına kadar yazılan eserlerde 25-30 €’dan bahsedilirden bu tarihten sonra 50 € şeklinde bir sınırdan bahsedilmeye başlandığı gözlemlenmektedir. Halen dikkate alınan sınır da en güncel verilere göre 50 € civarındadır ve bu miktarda belli bir duraganlığa ulaşıldığı söylenebilir. Ancak doğaldır ki bu miktar da genel değer azlığı algısına ve paranın satın alma gücüne bağlı olarak daima değişkendir ve bir dinamizme sahiptir¹⁴⁹.

Bütün bu örnekler göstermektedir ki içtihatlarla belirlenmiş ve şerhlerde listenen bu değerler tamamen keyfi bir yapıya da sahip değildir. En azından uygulama ve öğretide tarafından kontrol altında tutularak belli bir sistematığe

¹⁴⁹ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 27, s. 355; Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 977; Jungwirth, “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, s. 958; Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II**, s. 75, kn. 44; Krey, Hellmann, **Strafrecht Besonderer Teil**, s. 86, kn. 143; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 344; Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 3; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 6; Gerhard Schäfer, Günther M. Sander, Gerhard van Gemmeren, **Praxis der Strafzumessung**, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2012, kn. 1668; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 10; Johannes Wessels, Thomas Hillenkamp, **Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte**, 33. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, § 6, kn. 311.

oturtulmaya çalışılmaktadır¹⁵⁰. Kaldı ki belirlenecek her sınır kısmen rölatif olma özelliğine sahiptir. Zira takibinde kamusal yarar olduğu gerekçesiyle 50 €'nun çok altındaki değerlerde bir soruşturma yapılması yoluna gidilebilir¹⁵¹. Ancak genel olarak 50 €'nun üzerindeki miktarlar bakımından değer azlığı uygulaması yapılamayacağı söylenebilir.

Hırsızlık suçunun konusunu birden fazla parçanın oluşturduğu durumlarda toplam değer (*Gesamtwert*) dikkate alınması gerektiği, failin hukuken tek bir hareketle aldığı eşyaların parça başı değeri düşük dahi olsa toplam değer fazla ise değer azlığından yararlanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵². Keza set halinde satılan kitaplar gibi bütünü içerisinde tek başına büyük bir değer ifade etmeyen ancak geri kalanın ticari değerini önemli şekilde düşüren tek bir parçanın çalınması durumunda StGB § 248a'nın uygulanmasına engel bir durum olmamakla birlikte gibi hallerde soruşturmada özel bir kamusal yarar olduğunun kabulü yoluna gidilebileceği belirtilmektedir¹⁵³.

Alman ceza hukukunda StGB § 248a'da kati bir değer sınırı zikredilmemesi uygulamaya esneklik kazandırmaktadır. Böylece ekonomik değişimlere kanun değişikliği yapmadan uyum sağlamak olanaklı olmakta, küçük farklarla ayrı sonuçların ortaya çıkması riski bertaraf edilmektedir¹⁵⁴. Buna ilaveten StGB § 248a'da soruşturmada özel bir kamusal yarar olan durumlar için açık bir kapı bırakılmış olması somut olayda uygulamanın daima adalet duygusunu zedelemeyecek şekilde tezahür etmesine de imkan tanımaktadır. Bu bağlamda her ne kadar Alman öğretisinde failin değersiz bir nesneye ulaşabilmek için ciddi bir zarara sebebiyet verdiği durumlarda değer azlığı uygulamasının verilen zarar dikkate alınmaksızın sadece çalınan malın değeri dikkate alınarak yapılacağı belirtilse de suçun resen soruşturulmasına da engel bir durum yoktur. Örneğin failin düşük değerli bir şeyi çalabilmek için pahalı bir camı kırması durumunda ayrıca mala zarar

¹⁵⁰ Satzger, "Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB", s. 786.

¹⁵¹ Arzt, **a.g.e.**, s. 22.

¹⁵² Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II**, s. 76, kn. 44; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, "Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht", s. 344; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248 a, kn. 6; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 14; Satzger, "Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB", s. 792.

¹⁵³ Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 14.

¹⁵⁴ Baumann, "Minima Non Curat Praetor", s. 11; Satzger, "Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB", s. 794.

verme suçundan sorumluluğu devam edecek olsa da prensip olarak hırsızlık suçu bakımından değer azlığından yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Fakat belirttiğimiz gibi bu tip durumlarda da soruşturmada özel bir kamusal yarar olduğu gerekçesiyle şikayet koşulu aramaksızın soruşturma yapılabilir.

Alman hukukunda değer azlığı sadece suçu şikayete tabi hale getirip ceza indirimine imkan sağlamadığından, şikayet koşulunun gerçekleşmesi durumunda kanunda gösterilen sınırlar arasında bir ceza tayini yoluna gidilebilecektir. Hatta Alman uygulamasında çalınan şeyin değeri az olsa bile sanığın benzer olaylardan birden çok sabıkası olması durumunda faile alt sınırdan uzaklaşarak da ceza verilebileceği de kabul edilmektedir. Nitekim Federal Mahkeme bu düşünceden hareketle bir süpermarketten 1,40 DM değerindeki iki şişe birayı çalan kişiye 2 ay hapis cezası verilmesini öngören kararı onamıştır¹⁵⁶.

3. Uygulamanın Kapsamı ve Nitelikli Haller

Alman Ceza Kanununun değer azlığını düzenleyen § 248a maddesinde, bu hükmün uygulama sahası belirlenirken hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının basit halleri zikredilmiştir. Ancak ilgili hükümlerden bu maddeye açıkça atıf yapılmış olması dolayısıyla dolandırıcılık (§ 263/4), karşılıksız yararlanma (§ 265a/3), suçtan kaynaklanan menfaatin korunmasına yardım etme 257/4¹⁵⁷, suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi (§ 259/2) suçlarında da bu hükmün uygulanabileceği kabul edilmiştir.

StGB § 248 a’da yer alan düzenleme müstakil bir suç tipi ortaya koymayıp yukarıda zikredilen suç tiplerinin tamamında uygulama bulabilecek olan ve bu

¹⁵⁵ Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II**, s. 75, kn. 43; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 344.

¹⁵⁶ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 978.

¹⁵⁷ Bu maddede düzenlenen suç tipi faile suçun işlenmesinden sonra sağlanan bir yardım niteliğindedir. Dört fıkra halinde düzenlenen maddeye göre: “(1) Hukuka aykırı bir fiil işlemiş olan kişiye, işlediği fiilden elde ettiği menfaati güvence altına almak amacıyla yardım eden beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Ceza ilk suç için öngörülenden daha fazla olamaz. (3) İlk suça katıldığı için cezalandırılan kişi yardım etme sebebiyle cezalandırılmaz. İlk suça katılmamış olan bir kişiyi, yardım etme fiiline azmettiren kişi hakkında bu hüküm uygulanmaz. (4) Eğer ilk suçun faili veya şeriki sadece şikayet, izin veya cezalandırma tebliği üzerine soruşturulabiliyorsa yardım etme suçu da şikayet, izin veya cezalandırma tebliği üzerine soruşturulur ve kovuşturulur. 248a kıyasen uygulanır.” (Çeviri yazara ait)

suçların haksızlık içeriğinin az olduğu hafif hallerine özel bir muamelede bulunulmasına imkan veren bir düzenleme niteliğindedir. Bununla birlikte bu madde uygulamada StPO'da yer alan § 153 ve § 153a maddeleriyle de desteklenmekte ve hafif suçlarda 248 a'da yer alan şikayet koşulu gerçekleşmiş olsa dahi muhakeme hukukunda yer alan imkanlarla basit nitelikteki suçların soruşturma sahası dışına itmesi mümkün olmaktadır¹⁵⁸. Yani § 248a'da yer alan imkanı kullanarak soruşturmada kamusal yarar bulunduğu gerekçesiyle mağdur şikayetçi olmasa bile soruşturma yapabilecek olan savcılık makamı, StPO § 153 ve § 153a'da yer alan imkanlardan hareketle tam tersi bir tutum takınarak mağdurun şikayetçi olmasına rağmen soruşturma yapılmasında kamusal yarar bulunmadığını belirterek soruşturmayı sonlandırmayı da tercih edebilir¹⁵⁹.

StGB § 248 a ve StPO § 153 a ile § 153 arasındaki ilişkiyi şu şekilde özetlemek mümkündür¹⁶⁰:

1-Birinci olasılıkta; suç konusu malın değeri düşüktür, mağdur şikayetçi olmamıştır ve soruşturma yapılmasında da özel bir kamusal yarar bulunmamaktadır. Bu durumda StGB § 248 a uyarınca takipsizlik yoluna gidilebilir.

2-İkinci olasılıkta suç konusu malın değeri düşüktür, mağdur şikayetçi olmuştur ancak soruşturma yapılmasında da özel bir kamusal yarar bulunmamaktadır. Bu durumda StPO § 153 uyarınca takipsizlik yoluna gidilebilir.

3-Üçüncü olasılıkta ise suç konusu malın değeri düşüktür, mağdur şikayetçi olmuştur ve üstelik soruşturma yapılmasında kamusal yarar da bulunmaktadır. Bu durumda da soruşturma yapılmasındaki kamusal yarar failin kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyması yoluyla karşılanarak fail hakkında bir yükümlülük belirlenmek suretiyle § 153 a uyarınca takipsizlik verilmesi yoluna gidilebilecektir.

Belirttiğimiz gibi Alman kanun koyucu StGB § 248a'da değer azlığının koşulları gerçekleşmiş olsa bile soruşturma yapılmasında özel bir kamusal yarar varsa soruşturma makamlarının resen harekete geçebileceğini öngörmüştür. Öğretide soruşturmada özel kamusal yarar bulunmasına; benzer fiilerin toplumdaki işlenme

¹⁵⁸ Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 3.

¹⁵⁹ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248 a, kn. 13

¹⁶⁰ Arzt, **a.g.e.**, s. 22.

sıklığı, failin benzer suçlardan önceki mahkumiyetleri, failin kriminal iradesinin yoğunluğu, daha önce benzer hükümlerden yararlanmış olması gibi gerekçeler gösterilmektedir. Özellikle failin devlet otoritesine karşı sergilediği iradenin, cezalandırılmaması halinde toplumun hukuka duyduğu güveni sarsacak kadar kuvvetli olduğu durumlarda bu şartın gerçekleşmiş sayılabileceği ifade edilmektedir¹⁶¹. Bu yolla soruşturmanın bütünüyle mağdurun iradesine ve tercihinin bırakılması engellenmek istenmiştir. Her ne kadar çalınan şeyin çok değerli olduğu durumlarda dahi soruşturma yapılması en azından mağdurun bir ihbarda bulunmasına bağlı olsa da soruşturmayı başlatan ihbar ile soruşturma ve kovuşturma şartı durumunda olan şikayetin bütünüyle aynı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir¹⁶².

Sosyal uygunluk kavramı gibi değer azlığı kavramı da Alman hukukunda iş hukuku öğretisi ve uygulamasının ilgisini çekmiştir. Bir çalışan tarafından StGB § 248 a uyarınca düşük değere sahip olduğu kabul edilebilecek bir malın işyerinden çalınmasının özellikle ilk defa gerçekleşen durumlarda işveren açısından iş sözleşmesinin haklı sebeple fesih sebebi olmayacağı iddia edilmiştir. Değer azlığı belirlenirken de ceza mahkemelerince kabul edilen 50 € sınırının dikkate alınabileceği belirtilmektedir¹⁶³.

Yukarıda bahsettiğimiz gibi Türk hukukunda değer azlığı ile nitelikli hallerin bir araya gelip gelemeyeceği konusunda net bir hüküm bulunmamaktadır. Alman kanun koyucu StGB § 243/2'de hırsızlık suçunun bazı nitelikli halleri ile değer azlığının bir araya gelmesi halinde suçun nitelikli halinin gerçekleşmemiş sayılacağını kabul edilerek konuya tersten çözüm bulunmuştur. Hırsızlık suçunun daha ağır ceza gerektiren hallerini düzenleyen StGB § 243 şu şekildedir:

¹⁶¹ Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 99; Hoven, "Bagatelldelikte: Zum Umgang mit 'geringfügigen Straftaten' im materiellen und prozessualen Recht", s. 977; Reinhart Maurauch, Friedrich Christian-Schroeder, Manfred Maiwald, **Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1: Straftaten Gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte**, Heidelberg, F.C. Müller, 2009, s. 414, kn. 138.

¹⁶² Arzt, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁶³ Achim Klueß, "Geringwertige Vermögensdelikte - Keine zwangsläufige Entlassung", **NZA**, S. 7, 2009, s. 344.

“(1) Hırsızlığın ağır hallerinde üç aydan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Kural olarak şu hallerde hırsızlık suçunun ağır hallerinin mevcut olduğu kabul edilir:

1. Fail suçu işleyebilmek için bir binaya, hizmet veya ticaret amacıyla kullanılan bir yere ya da başka bir kapalı alana taklit anahtarla ya da esasen kilit açmak için yapılmamış bir alet kullanarak girerse ya da orada saklanırsa,
2. Kapalı bir muhafaza içindeki ya da başka bir yolla hırsızlığa karşı korunmakta olan bir eşyayı çalarsa,
3. Hırsızlık suçunu meslek haline getirmişse,
4. Bir kiliseden ya da ibadete ayrılmış başka bir yerden din hizmetlerine tahsis edilmiş ya da kutsiyet taşıyan bir şey çalarsa,
5. Herkesin erişebileceği bir koleksiyona ya da kamuya açık bir sergiye ait olup bilim, sanat, tarih ya da teknik açısından önem taşıyan bir şeyi çalarsa,
6. Bir kişinin çaresizliğinden, bir kaza ya da genel tehlike yaratan bir durumdan yararlanmak suretiyle çalarsa,
7. Silah Kanununa göre edinilmesi izne tabi bir silahı, bir makineli tüfeği, tam ya da yarı otomatik bir silahı veya Savaş Silahları Kontrol Kanunu kapsamındaki patlayıcı madde içeren savaş silahını ya da patlayıcı maddeyi çalarsa,

(2) 1. fıkanın 2. cümlesinin 1 ila 6 numaralı bentlerine giren hallerde suçun konusu düşük değerli bir eşya ise ağır hal gerçekleşmiş sayılmaz¹⁶⁴,

Maddenin formülasyonundan da anlaşılacağı gibi nitelikli hal ile değer azlığının birleşmeyeceği yönündeki kurala sadece 7. bentte tanımlanan durum istisna kılınmıştır. Bununla birlikte 7. bentte adı geçen silahlar ve patlayıcı maddelerin çalınması durumunda değerleri büyük olasılıkla değer azlığı için uygulamada dikkate alınan sınırın üzerinde olacağından aslında bu kloz da uygulama açısından büyük bir önem taşımamaktadır. Fakat StGB § 243/2’de yer alan bu istisna hükmü ile kanun koyucu suçun konusunu oluşturan şeyin az değerli olduğu tüm durumlarda *a priori* değer azlığı hükmünün uygulanamayacağını kabul etmiştir¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Çeviri yazara ait.

¹⁶⁵ Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 342; Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 4.

Alman Hukukundaki bir görüşe göre değer azlığı, sistematik açıdan hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin oluşabilmesinin negatif şartıdır¹⁶⁶. Kanun koyucu bu düzenlemeyle dolaylı yoldan hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin oluşabilmesi için suçun konusunun asgari belli bir değere sahip olması gerektiğini kabul etmiş olmaktadır¹⁶⁷. Üstelik Alman kanun koyucu değer azlığının bariyer etkisini nitelikli halden kaynaklanan haksızlık hangi ölçüde yüksek olursa olsun zorunlu hale getirmiş ve değer azlığı durumunda nitelikli hallerin gerçekleşmiş sayılmayacağı düşüncesini benimsemiştir¹⁶⁸.

Değer azlığı hususunda StGB § 243/2’de yer alan düzenleme ceza kanununa 1975 yılında girmiştir. Daha sonra 1989 yılında bu maddede “teknik” bir değişiklik yapılmış ancak bu değişiklik öğretide tereddüt yaratan ve başlangıçta öngörülemeyen yeni bir soruna kapı aralamıştır. 1975 yılında değişmeden önce düzenlemenin ilk hali, “suçun konusunu oluşturan şeyin değerinin azlığı halinde nitelikli hal ortadan kalkar” şeklindeydi. Ancak 09.06.1989 tarihli kanunla öncelikle 243. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve altı bent halinde örnekleme yöntemiyle sıralanan nitelikli hallerde silah ve patlayıcı madde çalınmasına ilişkin yedinci bent eklenmiş ve 2. fıkraya da değer azlığı kuralının bu olasılıkta uygulanmasını engellemek için bir ilave yapılmıştır. Bu değişikliğin yasal gerekçesinde 7. bentte yaptırım altına alınan durumda suçun konusundan kaynaklanan bir tehlikelilik bulunduğu bu sebeple bu bendin diğer bentlerle aynı şekilde değerlendirilemeyeceği üzerinde durulmuştur. Böylece değer azlığı düzenlemesi bugünkü “1 ila 6 numaralı giren hallerde suçun konusu düşük değerli bir eşya ise ağır hal gerçekleşmiş sayılmaz” şeklindeki halini almıştır. Yani belli nitelikte silahların ve patlayıcı maddelerin çalınması durumunda alınan şeyin değeri az dahi olsa bu durum, nitelikli halin uygulanmasına engel olmayacaktır. Bu fıkrada son kezde 1998 yılında redaksiyon hatasını düzeltmeye yönelik bir değişiklik yapılmış “1. fıkranın 2. cümlesinin 1 ila 6 numaralı bentlerine

¹⁶⁶ Wilfried Küper, “Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem”, *NJW*, 1994, S.6, s. 353.

¹⁶⁷ Kindhäuser, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 2008, s. 75, kn. 43.

¹⁶⁸ Benzer ama tam tersi yönde bir düzenleme İtalyan Ceza Kanunu’nun 626/son maddesinde bulunmaktadır. Bu hükümde değer azlığına ilişkin hükümlerin hırsızlık suçunun bazı nitelikli hallerinde uygulanmayacağı belirtilerek konuya farkı tarzda fakat net bir çözüm getirilmiştir. Yani İtalyan ceza hukuku açısından hırsızlık suçunun bazı nitelikli halleri oluştuğunda artık suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığından hareketle hafif suç değerlendirmesi yapmak mümkün olmayacaktır. (Yazıcıoğlu, “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’ ”, s. 41).

giren hallerde suçun konusu düşük değerli bir eşya ise ağır hal gerçekleşmiş sayılmaz” şeklindeki güncel haline ulaşılmıştır¹⁶⁹.

StGB § 243/2’de yer alan değer azlığı düzenlemesinin sadece 243. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde sayılan altı örnek durumda mı uygulanacağı yoksa 243. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yaptırımı belirlenen ağırlaşmış hallerin tamamını mı kapsadığı öğretinin üzerinde tartıştığı kanulardan biridir. Alman Ceza Kanunu, hırsızlık suçunun temel şeklini düzenleyen § 242/1. maddesinde failin 1 aydan 5 yıla kadar hapis ile cezalandırılabilmesi belirtmiş iken; § 243/1’de suçun ağırlaşmış hallerinde failin 3 aydan 10 yıla kadar hapis cezası verilebileceğini kabul etmiştir. Bununla birlikte § 243/1’de sayılan yedi bent hırsızlık suçunun ağırlaşmış hallerine ilişkin birer örnek olup sınırlı sayıda değildir. Ayrıca bu yedi örnek durum ağırlaştırılmış ceza uygulanması bakımından zorunlu bir nitelik de taşımazlar. Bu sebeple Alman öğretisinde 243. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde sayılan hallerin hırsızlık suçunun nitelikli halleri değil nitelikli örnekleri (*Regelbeispiele*) olduğu ifade edilmektedir. Yani hakim bu bentlerde yazılı hallerin gerçekleşmesine rağmen somut olayda haksızlık ya da kusur seviyesini değerlendirerek temel cezadan hüküm kurabilir. Ayrıca suçun daha ağır halinin gerçekleştiğinin kabul edilebilmesi için mutlaka maddede örnekleyici olarak sayılan yedi halden birinin gerçekleşmesi şart değildir. Failden ya da fiilden kaynaklanan sebeplerle suçun haksızlık ve kusur içeriği artmış olabilir ve bu sebeple temel cezanın uygulanması yetersiz kalabilir. İşte bu tip durumlar için 243. maddede gizli bir nitelikli hal daha bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷⁰.

Üzerinde tartışma olan konu da tam olarak budur. Yani 243. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer aldığı kabul edilen genel -ve gizli- ağırlaşmış hal bakımından da değer azlığı uygulaması yapılabilecek midir yoksa istisna kızı burada da mı geçerli olacaktır? Alman öğretisinde bu hususta iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisi maddeyi doğrudan lafzıyla ele alıp değer azlığı kuralının sadece açıkça belirtilen ilk altı örnek durumda etkili olabileceğini

¹⁶⁹ Jesse, “Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug”, s. 315-316.

¹⁷⁰ Björn, “Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug”, s. 318; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 344-345; Küper, “Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem”, s. 350-351.

savunmakta iken ikincisi; maddenin formülasyonundan hissedilen daraltıcı etkinin kanun koyucunun ihmaliinden -hatta beceriksizliğinden- kaynaklandığını, normun amacına bakılarak yapılacak düzeltici bir yorum ile sorunun çözüme kavuşturulabileceğini, değer azlığının söz konusu olduğu hallerde 7. bent hariç tüm olasılıklarda hırsızlık suçunun ağır halinin ortadan kalkacağını belirtmektedir. Yani bu görüşe göre her ne kadar istisna hükmü konulurken açıkça sadece 1. fıkranın 2. cümlesinde yer alan ilk altı bent zikredilmiş ise de 1. fıkranın 1. cümlesinde yer aldığı kabul edilen -genel ya da gizli- ağır hal bakımından da değer azlığı klozunun geçerli olduğunu kabul etmeye engel bir durum yoktur¹⁷¹.

Bununla birlikte bu tartışmanın daha çok akademik ve teorik bir anlam ifade ettiği, zira uygulamada hem suçun nitelikli halini oluşturacak hem de az bir değere taalluk edecek bir hırsızlık suçunun çok nadiren gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Fakat yine de değer azlığı kriterinin sadece hırsızlık değil atıflar dolayısıyla başka suç tiplerinde de uygulanabilecek olması konuya önem kazandırmaktadır¹⁷².

Nitekim § 263/4'ten yapılan atıf dolayısıyla § 243/2'nin dolandırıcılık suç bakımından da "aynen" uygulanması gerekmektedir. Dolandırıcılık suçu StGB § 263'te tıpkı hırsızlık suçunda olduğu gibi formüle edilmiştir. Maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde suçun genel ağır halinin yaptırımı belirlenirken; 2. cümlede örnekleme yöntemiyle suçun ağır hali olduğu kabul edilebilecek durumlar sayılmıştır. Buradan çıkan dolaylı sonuç değer azlığının söz konusu olduğu hallerde dolandırıcılık suçunun da hiçbir nitelikli halinin uygulanamayacağıdır. Bu da § 243/2'nin 1989 yılında değişmesinden önceki durumla aynı sonucu ortaya koymaktadır¹⁷³.

4. Değer Azlığında Hata ve Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Alman hukukunda StGB § 248a düzenlemesinin objektif durumu esas aldığı kabul edildiği için failin malın değeri hususunda hataya düşmesi sonucu aslında

¹⁷¹ Björn, "Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug", s. 315, 318; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, "Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht", s. 345; Küper, "Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem", s. 349.

¹⁷² Küper, "Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem", s. 350.

¹⁷³ Björn, "Geringwertigkeit des Erlangten und unbenannter besonders schwerer Fall von Diebstahl und Betrug", s. 317.

değerli olan bir malı değersiz sanarak almasının bu maddenin uygulanması bakımından etkiye sahip olmadığı kabul edilmektedir. Zira § 248a şikayet hakkının kullanımını ilgilendiren bir düzenleme olup şikayet hakkının kullanımı StGB § 77'deki koşullar altında objektif duruma göre belirlenebilecektir Bu cümleden de anlaşılacağı gibi Alman hukukunda failin malın değeri hususundaki hatası unsur hatası olarak değerlendirilmemekte bu sebeple StGB § 16'da düzenlenen duruma uymadığı düşünülmektedir. Ancak bu tarz bir hatanın failin kastını etkilemese de kusurunu azaltmış sayılabileceğinden StPO § 153 ve 153 a'nın uygulanmasında etkili olabileceği belirtilmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak tam tersi durumda yani failin objektif olarak değersiz bir şeyi değerli sanarak alması durumunda § 248a'nın uygulanmasına engel bir durum olmadığı ancak bu defa da soruşturmada özel bir kamusal menfaat olduğu kabul edilerek soruşturma yapılması yoluna gidilebileceği belirtilmektedir¹⁷⁴.

Bununla birlikte Alman öğretisi hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği § 243 bakımından bir ayırım yapma zorunluluğu içinde kalmaktadır. Buna göre § 248a bakımından suçun konusunun objektif olarak değerinin az olması yeterli ve gereklidir. Buna karşın § 243/2'den yararlanmak için değer azlığının hem objektif hem de subjektif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁷⁵. Failin, nitelikli hallerden birisine uyan koşullar altında değersiz olduğunu sanarak aslında değerli olan bir şey çalması durumunda STGB § 16 dikkate alınarak nitelikli halin gerçekleşmediği ancak suçun basit halinden yani § 242 uyarınca hüküm kurulabileceği belirtilmektedir. Bunun tersine failin suçun konusunu değerli sanmasına rağmen gerçekte değersiz olması halinde StGB § 243'ün uygulanmasına engel bir durum olmadığı belirtilmektedir¹⁷⁶.

Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da hakim görüş; failin girdiği yerde almak istediği şeyi bulamaması sebebiyle suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda (§ 243/1 prf. 2 nr.1, karşı. TCK 142/2-h) değer azlığı uygulaması yapılamayacağı, değer azlığından bahsedilebilmesi için failin kastının teşebbüs

¹⁷⁴ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 28, s. 355; Arzt, **a.g.e.**, s. 23; Haft, Hilgendorf, **Strafrecht Besonderer Teil I**, s. 31; Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 5; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 16.

¹⁷⁵ Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, "Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht", s. 346; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 9.

¹⁷⁶ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 31, s. 418- 419.

aşamasından tamamlanma aşamasına kadar değeri az olan bir şeye özgülenmiş olması gerektiği yönündedir¹⁷⁷. Bu bağlamda her ne kadar failin daha fazlasını almak isteyip de azıyla yetinmek zorunda kaldığı hallerde değer azlığı uygulaması yapılamayacak olsa da gönüllü vazgeçme benzeri durumlarda yani failin önce yüksek değerli bir şeyi alıp suç tamamlanmadan fazlasını bırakarak düşük değerli bir şeyle yetinme yoluna gitmesi halinde § 248a ve § 243/2’de yer alan düzenlemelerin uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Alman hukukunda da iştirak halinde işlenen suçlarda suça konu malın tamamı dikkate alınarak değer azlığının belirlenmesi gerektiği, her bir fail ya da şerikin fiiline denk düşen miktarı birbirinden ayırma yoluna gidilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁷⁹.

II. ZİMMET SUÇUNDA DEĞER AZLIĞI

A. Türk ve Alman Hukukundaki Durum

Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar (TCK 4. kısım 1. bölüm) kategorisinde yer alan suçların geleneksel olarak ilgili ülkenin kamuoyuna karşı işlendiği ve ülke içerisindeki kamu görevlilerini hedef aldığı düşünülse de Avrupa Birliği ve OECD ülkeleri arasında yapılan anlaşmalarla bu tip suçlar da ulusüstü bir anlam kazanmaktadır¹⁸⁰. Bu sebeple bu grupta yer alan suçlara yönelik muamele tarzı, özellikle etkin pişmanlık ve cezasızlık sonucu doğmasını sağlayan diğer hükümler açısından uluslararası hukukun da ilgisini çekmektedir.

Kamu görevlisinin temin ettiği yararın miktarı, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçların haksızlık içeriği bakımından da en temel belirleyicidir. Bu sebeple hem mülga hem de yürürlükteki ceza kanunlarımızda -farklı içerik ve kapsamlarda olsa da- değer azlığını dikkate almaya yönelik özel

¹⁷⁷ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 29, s. 418; Lackner, Kühl, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 5; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 17.

¹⁷⁸ Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 345.

¹⁷⁹ Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil II**, s. 76, kn. 44; Kudlich, Noltensmeier, Schuhr, “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, s. 344; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 15.

¹⁸⁰ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 331, kn. 1 vd.

hükümler sevk edilmiştir. 765 sayılı TCK'nun 219. maddesinin 3. fıkrasında “202 ila 218 inci maddelerde yer alan cürümler dolayısıyla alınan veya verilen rüşvet veya yararın değeri hafif olduğu takdirde verilecek cezanın yarısı, pek hafif olduğu takdirde üçte ikisi indirilir” şeklinde bir düzenleme yapılarak kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan zimmet, rüşvet ve irtikap bakımından değer azlığı problemi müşterek bir çözüme kavuşturulmuştur. 5237 sayılı TCK, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan sadece zimmet suçu bakımından değer azlığına ayrıca ve açıkça sonuç bağlamış, rüşvet ve irtikap suçunu bu uygulamanın dışına itmiştir. TCK'nun 249. maddesinde “zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir” şeklinde bir düzenleme yapılarak, zimmet suçunda değer azlığının sadece indirim sebebi olabileceği kabul edilmiş; cezasızlık sebebi olamayacağı da zimnen ortaya konulmuştur. Fakat maddenin formülasyonundan açıkça anlaşılabilmesi gibi değer azlığı koşulları oluştuğunda faile verilecek cezada indirim yapıp yapılmaması hakim takdirine bırakılmamış, değer azlığının tespiti halinde indirim yapılması zorunlu hale getirilmiştir. Oysaki somut olayın tüm koşullarını dikkate alabilmek adına 145. maddede olduğu gibi indirimin yapıp yapılmaması hususunda da hakime takdir yetkisi tanınması hem sistematik açıdan daha tutarlı olur hem de hakkaniyete daha uygun düşerdi.

5237 sayılı TCK'da, değer azlığının belirlenmesinde mülga kanunda yer alan “hafif - pek hafif” ayrımı terk edilerek “suça konu malın değerinin azlığı” kriteri getirilmiştir. Bu kriter bakımından ise hakimi bağlayıcı sınırlar yaratılmamış, somut olay adaletini sağlama amacına dönük bir takdir sahası bırakılmıştır¹⁸¹. Fakat aşağıda da değineceğimiz gibi zimmet suçu bakımından (hırsızlık suçunun aksine) Yargıtay eski uygulamasını sürdürerek her yıl değer azlığının belirlenmesine yönelik miktarları bizzat göstermektedir.

Değer azlığının faile verilecek cezada indirim sebebi olacağı pozitif hukukta açıkça kabul edilmiş olmakla birlikte, zimmette geçirilen para veya sair şeyin değerinin “çok az” olması durumunda zimmet suçunun oluşup oluşmayacağı ve bunun nasıl temellendirileceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş; bir adet ataç, kağıt,

¹⁸¹ Taner Gülşen, “Zimmet Suçu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 83.

kurşun kalem gibi maddi değeri çok düşük olan şeylerin zimmet suçuna konu olamayacağını belirtilmektedir. Bu görüşeki yazarlar; mefruz rıza, sosyal uygunluk ya da örf-adet¹⁸² gibi çeşitli kavramlara müracaat etmektedir.

Oysaki bu tip olayları açıklamada mefruz rıza kavramına başvurmak rızanın ceza hukukundaki anlamı ve fonksiyonuyla uyumlu değildir. Keza örf-adetin düşük değerli zimmetlerin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığını iddia etmek de teorik olarak dayanaktan yoksundur. Zira kabul ettiğimiz görüşe göre kanunilik ilkesi gereği örf-adete fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırma fonksiyonu yüklenemez. Kanaatimizce bu gibi olaylarda da esasen haksız bir fiilin bulunduğunu kabul etmek zorunludur. Ancak bu haksızlık, muhtevası itibarıyla cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta değildir. Bu sebeple öğretide Özgenç; memurun bir adet ataç, kağıt, kalem gibi düşük değerli eşyaları zimmetine geçirmesi durumunda ancak “müsamaha edilen zimmet”ten bahsedilebileceğini belirtmiştir¹⁸³. Yazarın bu yaklaşım tarzı 5237 sayılı TCK’nun 249. maddesinin gerekçe kısmında da kendisine yer bulmuştur. 249. maddenin gerekçesinde;

“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, hoşgörüle 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 hoşgörüle karşılanabilir” denilmiştir.

Gerekçedeki bu açıklamadan şu sonucu çıkarmak mümkündür: Çok düşük değerli şeylerin zimmete geçirilmesi de bir haksızlık ifade etmekle birlikte, bu gibi fiiller cezaya layıklık sınırına ulaşamadığından cezalandırılmayacak, bu sınırın üzerinde olmakla birlikte yine de düşük bir ekonomik değer ifade eden şeyler bakımından ise faile zimmet suçundan ceza verilecek olmakla birlikte cezanın 249.

¹⁸² Devlet memurunun devlete ait fligranlı kağıtları kullanması durumunda örf-adetten kaynaklı bir hukuka uygunluk bulunduğu yönündeki görüş için bkz. Tosun, “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”, s. 626.

¹⁸³ Özgenç, **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, s. 141-142; Aynı yönde Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 998.

madde uyarınca indirilmesi yoluna gidilecektir. Kuşkusuz bu izaha rağmen zimmet suçunun konusunun ne zaman cezaya layıklık sınırının altında kalacağını ve hangi seviyeler arasında TCK'nun 249 maddesinde tanımlanan duruma uyacağını net bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Burada özetlenen hukuki duruma neticesini dengeli bulduğumuz için biz de katılmaktayız. Ancak yukarıda belirttiğimiz gibi kanaatimizce hırsızlık suçu bakımından cezasızlık ihtimalini öngören ve TCK md. 145'te açıkça düzenleyen kanun koyucu, zimmet suçu açısından da bu tarz bir düzenleme yaparak uygulamayı rahatlatmalıydı. Kanun koyucu zimmet gibi ağır bir suçta cezasızlık ihtimaline kapı aralamak istememiş olabilir. Fakat bir kalemin mal edinilmesi durumunda faile ceza verilmemesini; örf-adet, sosyal uygunluk, mefruz rıza gibi kavramlarla tutarlı bir şekilde açıklayabilmek mümkün değildir. Bu sonucun doğmasının sebebi fiilin; orantılılık, ultima ratio prensipleri doğrultusunda değerlendirildiğinde cezaya layık bir haksızlık ortaya koymamasıdır. Fakat bu tarz bir fiil her halukarda kamu görevlisinin hukuka aykırı hareket ettiği anlamına geldiğinden 657 sayılı DMK'nun ilgili maddeleri uyarınca idari yaptırım uygulanmasına neden olabilir¹⁸⁴.

5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlenen özel zimmet suçu bakımından BK md. 160/son'da yer alan "Zimmet suçunun konusunu oluşturan para veya para yerine geçen evrak veya senetlerin veya diğer malların değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir" düzenlemesi sebebiyle bu fiil bakımından da değer azlığı uygulaması yapılması mümkündür. Yargıtay uygulamada BK'nun 160. maddesi kapsamına giren suçlar bakımından değer azlığı uygulamasını TCK'nun 249 maddesinde yer alan zimmet suçu ile aynı değerler sınırları üzerinden yapmaktadır¹⁸⁵.

Alman Ceza Kanunu'nda TCK 247, 249'da yer alan hükümlere benzeyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat benzer tartışmalar bizdeki rüşvet suçuna

¹⁸⁴ 657 sayılı DMK'nun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinde; "görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak" uyarma ve kınama; "devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak" kınama; "görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak" ve "devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak" aylıktan kesme cezası verilebilecek haller olarak sayılmıştır. 125. maddenin 4. fıkrası gereği disiplin cezası gerektiren fiillerin kıyas uygulamasına açık olması sebebiyle idarenin bu hususta son derece geniş bir takdir sahası bulunduğunu söylemek mümkündür.

¹⁸⁵ CGK, 2011/7-429 - 2012/181, 08.05.2012 (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

(TCK'nun 6352 s.k. değişik 252. maddesi) karşılık gelen “yarar sağlama suçı (*Vorteilsannahme*)” bakımından yapılmıştır. StGB § 331 prf.1’de “kamu görevlisi ya da kamu hizmetiyle özel olarak görevlendirilmiş bir kişinin, görevinin icrası için, kendisi veya üçüncü bir kişi lehine yarar talep etmesi, vaat ettirmesi ya da kabul etmesi” halinde üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. StGB § 331’de yer alan suç kamu hizmetine duyulan güveni koruduğundan kanun koyucunun bu maddedeki suç tanımını oldukça geniş tuttuğu ve bir hizmet sunumu ve iş görülmesiyle ilgili tüm yarar teminlerini yaptırım altına almayı hedeflediği belirtilmektedir. Bu yaptırımın uygulanabilmesi için taraflar arasında işin görülmesiyle ilgili açık ya da zımni bir anlaşma olması yeterlidir. Keza yarar da geniş anlaşılmakta faile ya da üçüncü bir kişiye maddi veya manevi tatmin sağlayabilecek her şey bu kapsama sokulmaktadır. Nitekim bu madde açısından aranan yararın; faili ekonomik, kişisel, hukuki açıdan daha iyi hissettirecek her türlü fayda olabileceği gibi seyahat ya da konaklama masraflarının karşılanması, taksitlendirme imkanı sunulması gibi çok farklı şekillerde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁶. Bu sebeple örneğin bir öğretmenin bir veliden bir kutu çikolata alması, memurların reklam amacıyla dağıtılan not defterleri, kalem vb. şeyleri alması, postacıya yeni yıl bahşisi verilmesi, bir resmi dairede evrak işlerini kısa sürede yapması için kamu görevlisine bir demet çiçek hediye edilmesi gibi durumlarda kanunun lafzının bu tarz “istenmeyen (!)” sonuçlar ortaya koymaması için Alman öğretisinde çözüm arayışlarına girişilmiştir. Bu hususta Alman öğretisinde de sosyal uygunluk, örf-adet, önemsizlik, korunan hukuksal yarara göre yorum kavramlarına müracaat edildiği görülmektedir¹⁸⁷.

Öğretide bu tip olaylarda yarar sağlama suçunun oluştuğunu, zira örneğin postacıya verilen bahşisin “onun sevimli bir insan olması” sebebiyle değil; bir önceki sene postaları güvenilir bir şekilde teslim ettiği, gelecek sene de aynı şekilde devam etmesi istendiği için verildiğini belirten bir görüş bulunsa da¹⁸⁸ hakim görüş bu tip olayların sosyal uygunluk ve örf-adet (nezaket kuralları) çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁸⁹. Buna göre, postacıya verilen alışılmış bir

¹⁸⁶ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 331, kn. 15.

¹⁸⁷ Valerius, “Zur Sozialadäquanz im Strafrecht”, s. 564-565.

¹⁸⁸ Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?” s. 200.

¹⁸⁹ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 331, kn. 16.

yeni yıl hediyesi de sonuçta bir menfaat olmakla birlikte kanun koyucunun kast ettiği yarar sağlama kavramına dahil değildir. Hükmün ratio legisi yalnızca nezakaten verilmiş, hediye alana herhangi bir yükümlülük yüklemeyen menfaatleri kapsam dışı bırakmaya olanak sağlamaktadır¹⁹⁰. Keza kamu görevlisine 5 €'luk bir içecek ısmarlamanın tarafsız bir gözlemci nazarında kamu hizmetinin sunulmasındaki tarafsızlık ve hüsniyeti zedeleyecek nitelikte olmadığı belirtilmektedir¹⁹¹.

Uygulamada BGH yaklaşık 50 yıl önceki bir kararında sağlanan ufak yararların çoğunlukla kamu görevinin icrasından değil genel nezaket kurallarından kaynaklandığını ve kamu idaresinin işleyişine yönelik bir problem yaratmadığını belirtmiş ve bu görüşünü bir restoranda o dönem için yaklaşık 20 DM değerinde bir yemek yeme, kahve ısmarlama, aracılıyla eve bırakma gibi durumlarla örneklendirmiştir¹⁹². Mahkeme benzer bir yaklaşım sergilediği güncel bir kararında da fiilin işlendiği zamanda kamu görevlisinin icra ettiği hizmetin mahiyetine uygun alışılmış ve sosyal kabul görmüş hediye ve benzeri yararların (bir kahve, bira ısmarlama gibi) suç tipinin dışında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹³. Konuyla ilgili güncel içtihatlar ve çalışmalarda da 30 € ile 50 € arasında bir sınır belirleme eğilimi olduğu ancak her halukarda bu sınırın 50 € altında bırakıldığı söylenebilir. Fakat sosyal uygunluk ya da örf-adete uygunluğun belirlenmesinde kesin bir değer sınırı belirlemek hiçbir zaman olanaklı olmadığı gibi nezaket kavramının kapsamı da yere ve duruma göre değişebilmektedir¹⁹⁴.

Benzer tartışmalar başka bir çok hukuk sisteminde de bulunmaktadır. İngiliz hukukunda bu tip fiillerin cezalandırılabilmesi için suçun unsurlarından biri olan “*corruptly*” kavramının koşullarının gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Avusturya ceza hukukunda ise içtihatlarla belirlenen miktarları aşmayan düşük değerdeki menfaatlerin bu suçu oluşturmayacağı kabul edilmektedir. İsviçre Ceza

¹⁹⁰ Hirsch, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, s. 126.

¹⁹¹ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 331, kn. 16.

¹⁹² BGH 27.10.1960 tarih ve 2 StR 177/60 sayılı karar: (çevrimiçi) https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1960-10-27/2-StR-177_60, 01.05.2016.

¹⁹³ BGH 23. 10. 2002 tarih ve 1 StR 541/01 sayılı karar: **NJW**, S. 10, 2003, s. 763 vd. Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 331, kn. 16; Johannes Wessels, Michael Hettinger, **Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte**, 34. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, § 25, kn. 1112.

¹⁹⁴ Örneğin bir öğretmene verilen 30 € değerindeki bir hediye alışımlı bir durum olduğunun söylenemeyeceği fakat bu miktarın bir kamu hastanesinin başhekimi için çok küçük bir değer ifade edeceği söylenmiştir. (Valerius, “Zur Sozialadäquanz im Strafrecht”, s. 564).

Kanunu'nda da “makuliyet sınırını aşma (*Ungebührlichkeit*)” kriteri kullanılmaktadır¹⁹⁵.

Rüşvet/ yarar sağlama suçu özelinde düşünüldüğünde ekonomik değeri düşük menfaatlerin, kamu hizmetinin verilip-verilmemesi ya da bu hizmetin görülme şekli üzerinde etki sahibi olma gücü düşük olsa da bu hizmetinin sunulmasına ilişkin tarafsızlığı zedeledikleri kabul edilmelidir. Ayrıca sağlanan yararın miktarı kişiden kişiye değişen anlamlar ifade edebilir. Menfaat miktarı yükseldiğinde bu suçun oluşacağına dair bir tereddüt duyulmazken; azaldığında sosyal uygunluk gibi kavramlardan hareketle tamamen hukuka uygun olduğunu iddia etmek tutarsız bir yaklaşım şekli olur. Kanaatimizce kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlar bakımından -zimmet suçuna ilişkin açıklamalarda zikredildiği gibi- somut olayın özelliklerine göre değer azlığı durumundan cezasızlık ihtimaline kapı aralayan bir düzenleme yapılması isabetli bir yaklaşım şekli olur. Bu tarz bir hüküm ile pozitif hukukta bir destek oluşturulduktan sonra değer azlığının kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde yani yorum aşamasında sosyal uygunluk ve örf-adet gibi kavramlara müracaat edilebilir.

B. Uygulama ve Görüşümüz

Suçun konusunu oluşturan şeyin değerinin azlığı TCK'da hırsızlık, yağma ve zimmet suçlarında dikkate alınmış bir olgudur. Bununla birlikte uygulamada bu suçların hepsinde değer azlığı, miktar olarak aynı şekilde ele alınmamaktadır. Yargıtay'ın hırsızlık suçu bakımından değer azlığının alt sınırını yağmaya nazaran daha yüksek tuttuğu; zimmet suçunda ise bu seviyenin çok daha fazla yükseldiği görülmektedir.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde zimmet suçu bakımından değer azlığını hafif, pek hafif ve normal kategorileri için ayrı ayrı her yıl “yeniden değerlendirme” oranları doğrultusunda hesaplanan kesin miktarlar üzerinden belirlemekteydi. Bu yöntem 5237 sayılı TCK döneminde de sürdürülmektedir. Yargıtay'ın hırsızlık suçu bakımından eski uygulamasını terk ederek, bir çok kararında artık mahkemelerin kendisinden değer azlığının tespiti yönünde bir karar

¹⁹⁵ Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?” s. 200-201.

beklememeleri gerektiğini, değer azlığı uygulamasının somut olayın tüm özellikleri gözetilerek olay mahkemesi tarafından vicdani kanaate göre yapılacağını beyan etmesine karşın; zimmet suçunda “yeniden değerlendirme” oranlarına dayanan eski uygulamayı sürdürmesinin sebebini anlamak mümkün değildir. Keza Yargıtay, hırsızlık suçunda yerel mahkemelerin sadece suça konu malın değerine odaklanmaması, suçun işleniş şekli ve özelliklerini de dikkate alması gerektiğini belirtmekteyken; zimmet suçunda sadece suçtan kaynaklanan menfaatin miktarını baz alan bir uygulama benimsemiştir. Gerçi 249. madde metninde 145. maddenin aksine bu yoruma kapı aralayan bir ifade bulunmamaktadır (ve 145. maddede değişiklik yapan 5377 sayılı kanunun ile de 249. maddeye bir ilave yapılmamıştır). Fakat mahkemenin ortaya koyduğu bu yaklaşım farkı öğretide aynı kavrama (değer azlığı) farklı anlamlar yüklediği düşüncesinden hareketle tutarsız ve çelişkili olduğu gerekçesi ile eleştirilmektedir¹⁹⁶. Kanaatimizce de zimmet suçunda değer azlığı uygulaması yaparken “failin daha fazlasını zimmetine geçirme imkanı varken aızıyla yetinmiş” olmasını dikkate almak daha hakkaniyete uygun bir uygulama tarzı olacaktır.

İçtihatlarla sabit miktarlar belirlemenin uygulama birliği sağlamak bakımından faydalı olmakla birlikte somut olayın diğer özelliklerini dikkate almaya olanak sağlamaması, katiyet kazanmış sınırların memurlarda bir beklenti yaratma tehlikesi doğurması sebebiyle uygun bir yöntem olmadığı söylenmektedir¹⁹⁷. Bu sebeple yüksek yargı organlarının yaptığı tespitleri yerel mahkemeler açısından bağlayıcı değil fikir verici değerler olarak ele almak gerekir. Bu değerlerin biraz altında ya da üstünde kalan miktarlar bakımından değer azlığı uygulaması yapıp yapmama konusunda hakim kendisini serbest hissetmelidir. Fakat suçun konusu bu değerlerin çok altında ya da üzerindeyse uygulama birliğini dikkate alacak bir karar verilmesi hakkaniyete daha uygun olur.

5237 sayılı TCK’nun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yıllara göre zimmet suçu bakımından değer azlığının aşağıdaki tabloda belirtilen şekilde değişim gösterdiği görülmektedir. Belirtelim ki 249. maddenin zimmet suçunun hem basit; hem de zimmetin açığa çıkmasını önlemeye yönelik hileli davranışlarla işlenmesine

¹⁹⁶ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1007.

¹⁹⁷ Eser, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, s. 95.

özgü TCK md. 247/2’de düzenlenen nitelikli halinde uygulama bulabileceği tereddütsüz kabul edilmektedir¹⁹⁸. Bu tablo uygulama tarafından her yıl için ayrı ayrı yeniden değerlendirme oranları dikkate alınarak yaklaşık olarak hesaplanmakta ve uygulanmaktadır¹⁹⁹.

2005.....	5.500 TL
2006.....	6.000 TL
2007.....	6.500 TL
2008.....	7.000 TL ²⁰⁰
2009.....	8.000 TL ²⁰¹
2010.....	8.200 TL
2011.....	9.000 TL
2012.....	10.000 TL ²⁰²
2013.....	10.800 TL

Zimmet suçunda çoğunlukla suçun konusu bir miktar para olmakla birlikte şayet para dışında bir şey ise öğretideki hakim görüşe göre malın değeri suç tarihi esas alınarak değerlendirilmeli, suç tarihinden sonraki değişimler dikkate alınmamalıdır²⁰³. Yargıtay da kararlarında zimmet suçunda değer azlığının “suç

¹⁹⁸ Gülşen, “Zimmet Suçu”, s. 82; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. V, s. 7048.

¹⁹⁹ Tablo için (çevrimiçi) bkz. www.hmt.hsyk.gov.tr 20.11.2016.

Değer azlığı kavramını ihtiva eden 5237 sayılı TCK’nın 2005 yılında yürürlüğe girmesinden önce 765 sayılı mülga TCK’nın yaklaşımına paralel olarak Yargıtay da her yıl için hafif ve pek hafif olacak değerleri ayrı ayrı belirlemekteydi. 1975-2002 yılları arasındaki değerleri gösteren tablo için bkz. Ahmet Gündel, **a.g.e.**, s. 40-41.

²⁰⁰ “Zimmete konu 1.500 TL’nin, suç tarihindeki ekonomik koşullara, paranın satın alma gücüne ve Dairemiz uygulamalarına göre 2008 yılı için TCK’nın 249/1. maddesi kapsamında değer azlığı sınırı olarak kabul edilen 7.000 TL’den az olması nedeniyle sanık hakkında TCK’nın 249. maddesinin uygulanmaması suretiyle fazla cezaya hükümlenmesi” (5. CD, 23.11.2015, 2013/13200 - 2015/16531) (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁰¹ “Zimmete konu 904 TL’nin, suç tarihindeki ekonomik koşullara ve Dairemiz uygulamalarına göre 2009 yılı için TCK’nın 249/1. maddesi kapsamında değer azlığı sınırı olarak kabul edilen 8.000 TL’den az olması nedeniyle sanık hakkında TCK’nın 249. maddesinin uygulanmaması” (5. CD, 01.06.2015 2013/9423 - 2015/12003) (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁰² “Zimmet miktarı olan 6.930,24 TL’nin, Dairemiz uygulamalarına göre 2012 yılı için TCK’nın 249/1. maddesi kapsamında değer azlığı sınırı olarak kabul edilen 10.000,00 TL’den az olması nedeniyle sanık hakkında belirtilen maddenin uygulanmaması suretiyle fazla cezaya hükümlenmesi” (5. CD, 27.10.2015, 2013/12667-2015/15601) (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>.

²⁰³ Gülşen, “Zimmet Suçu”, s. 82; Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1006; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C. V, s. 7048.

tarihi itibarıyla paranın satın alma gücüne göre” belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir²⁰⁴.

Yine öğreti ve uygulamada uyumlu ve istikrarlı biçimde kullanma zimmetinde de değer azlığı uygulaması yapılabileceği fakat bu olasılıkta değer in zimmete geçirilen tutarın tamamı değil, elde edilen nema miktarı üzerinden hesaplanması gerektiği belirtmektedir²⁰⁵. Bu durumda zimmetten elde edilen yarar ile zimmete konu malın değeri ayrı ele alınmaktadır. Örneğin 100.000 TL’yi zimmetine geçiren bir kamu görevlisi zimmetine geçirdiği maldan 1.000 TL nema temin ettikten sonra parayı ilgili hesaba iade ederse güncel ekomonik değerler ve Yargıtay uygulaması dikkate alındığında 249. maddeden yararlanabilecektir. Bununla birlikte şayet maddenin lafzı direkt olarak ele alınırsa doğrudan “suça konu malın” değerine bakıldığında 249. maddenin uygulanması mümkün görünmemektedir²⁰⁶. Kuşkusuz zimmet suçunun kullanma zimmeti şeklinde gerçekleşmediği durumlarda bu tip bir tartışmaya mahal yoktur. Zira bu durumda zimmete geçirilen miktarın toplam tutarı üzerinden değerlendirme yapılıp suçun tamamlanmasından sonra failin suç konusundan istifade etme yöntem ve becerisi dikkate alınmayacaktır. Bununla birlikte kanaatimizce fail zimmetine geçirdiği miktarı iade etme kastıyla hareket etse bile değer azlığı uygulaması yapılırken suçtan elde edilen yarar değil suça konu malın kendisi dikkate alınmalıdır. Yani kullanma zimmeti durumunda elde edilen nema miktarına bakılarak yapılan uygulamayı yerinde bulmuyoruz. Aksi takdirde somut olayda cezanın belirlenmesini objektif bir kritere bağlama olanağı kalmamaktadır. Zira kullanma kastıyla hareket eden failin ele geçirdiği miktarı değerlendirdiği yer ve değerlendirme becerisi her somut olayda farklılık arzedecek olup ekonomik koşullardan dahi etkilenmeye müsait olduğundan cezanın bu kadar subjektif bir esas üzerinden belirlenmesi hakkaniyete aykırı olur. Örneğin faiz oranlarının düşük olduğu bir dönemde 250.000 TL’yi hesabına geçiren failin temin

²⁰⁴ “sanıklar bakımından 5.893 TL’nin suç tarihi itibarıyla paranın satın alma gücü nazara alındığında az miktarda kabul edilmesi” (5. CD, 20/01/2015, 2014/9293 - 2015/1419). “Suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü nazara alındığında, zimmete geçirildiği kabul edilen 1.521,40 TL’nin değerinin azlığı nedeniyle” (5. CD, 18/03/2015, 2014/8011 - 2015/8481).

²⁰⁵ Tezcan, Erdem, Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 1035. “Kullanma zimmetinde suçun konusunu geçici süreyle kullanılıp iade edilen paradan elde edilen nemanın oluşturduğu gözetilip “nema miktarı” hesaplatılarak TCK’nın 249. maddesinin sanıklar hakkında uygulama olanağının bulunup bulunmadığının da karar yerinde tartışılması gerektiğinin nazara alınmaması” (5. CD, 16/04/2015, 2013/7701 - 2015/10516, Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, C.V, s. 7048).

²⁰⁶ Gülşen, “Zimmet Suçu”, s. 84.

ettiği günlük faiz miktarının düşüklüğünden bahisle ayrıca 249. madde uygulanmamalı bu gibi durumlarda sadece TCK'nun 247/3. fıkrasında yer alan “Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir” şeklindeki düzenlemede öngörülen indirim uygulanmalıdır.

Zimmet suçunun zincirleme şekilde işlenmesi durumunda her bir fiil çok düşük bir miktara taalluk etmekle birlikte toplamda elde edilen meblağ son derece yüksek olabilir. Bu tip durumlarda da 249. maddenin uygulanıp uygulanamayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Öğretideki bir görüşe göre bu tip durumlarda zimmete geçirilen toplam miktar üzerinden değerlendirme yapılmalıdır²⁰⁷. Aksi görüşe göre ise her bir suç ve suça konu değer bağımsız olarak değerlendirilmelidir²⁰⁸. Zincirleme suçun söz konusu olduğu hallerde esasen her biri birbirinden bağımsız birden fazla suç olmakla birlikte yaptırım hususunda müşterek bir değerlendirme yapılmaktadır. Bu sebeple ikinci görüş teorik esaslarla daha uyumludur. Fakat failin bir suç işleme kararının icrası kapsamında hareket ettiği hallerde her defasında az bir miktar zimmetine geçirse bile menfaat toplamının yüksek bir meblağa tekabül ettiği hallerde değer azlığından istifade etmesinin hakkaniyete aykırı düşeceği kanaatindeyiz. Bu sebeple faile verilecek somut ceza belirlenirken toplam değer esas alınması gerektiğini, bu tip ihtimalleri gözardı etmemek adına da indirim uygulamasının zorunlu değil takdiri olması gerektiğini düşünüyoruz.

III. HAKSIZLIK İÇERİĞİNDEKİ AZLIĞIN MUHAKEME

HUKUKU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Türk Hukukundaki Durum

Çalışmamızda bu noktaya kadar haksızlık içeriğindeki azlığın maddi ceza hukuku üzerindeki etkileri üzerinde durulmuştur. Fakat bu bölüme kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılabilceği gibi maddi ceza hukukunda yer alan düzenlemeler failin her halükarda bir soruşturma ve kovuşturma sürecine tabi tutulmasını

²⁰⁷ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1006.

²⁰⁸ Gülşen, “Zimmet Suçu”, s. 85.

gerektirip, her zaman arzu edildiği kadar hızlı ve tatminkar sonuçlar ortaya koymaya yeterli olmamaktadır. Suç politikasının hedeflerine ulaşabilmesi için maddi ceza hukuku ve muhakeme hukukunun paralel çalışması gerekmektedir. Bu paralellik özellikle hafif suçlara ilişkin uygulamada; maddi hukukun cezasızlık sonucu doğmasına, muhakeme hukukunun da kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesine imkan sağlayan düzenlemeler sevk etmesi yoluyla gerçekleşebilir. Muhakeme hukuku bu fonksiyonu ancak klasik soruşturma süreçlerinin dışında kalan ve takdirilik ilkesine belli ölçüde kapı aralayan bir sistemde yerine getirebilmektedir²⁰⁹.

AİHS md. 6'da yer alan hukuk devleti ilkesi, bireylere makul sürede yargılanma hakkını da sağlamaktadır. Bu bağlamda soruşturma ve kovuşturma sürecinden kaynaklanan gecikmeler AİHM tarafından istikrarlı biçimde hak ihlali olarak değerlendirilmektedir. Yeterli şüphenin bulunduğu her durumda dava açma yoluna gidilmesinin mahkemelerin aşırı derecede yüklenmesine ve sitemde yargılama sürecinin uzayacağı bir sıkışmaya neden olacağı açıktır. Keza savcılık ve mahkemelerin yaptığı adli hataların sebeplerinden birinin de bu aşırı iş yükü olduğu kabul edilmektedir. Hafif seviyede haksızlık ifade eden suçlar karşısında; adalet duygusunu zedelemeyecek şekilde ve kamu yararının mutlaka ceza muhakemesini gerektirmediği durumlarda faile ceza niteliğinde olmayan müeyyideler uygulanarak klasik soruşturma ve kovuşturma metodlarının dışına çıkılması bugün modern ceza hukuku öğretisinde de geniş ölçüde kabul edilen bir yaklaşımdır²¹⁰. Bu sebeple Türk kanun koyucu da bazı durumlarda yeterli şüphenin varlığına rağmen kanunilik ilkesini esneterek bir kısım suçları klasik yargılama süreci dışında tutmanın yollarını aramıştır²¹¹. Hafif suçları muhakeme süreci dışına itmeye imkan sağlayan alternatif kurumlar üretilmesine ihtiyaç bulunduğu düşüncesi CMK'da kamu davası açılmasının ertelenmesi, önödeme, uzlaştırma gibi kurumlarla kendisini göstermiş olmakla birlikte, -Alman hukukunun aksine (bkz. aşağıda StPO 153 ve 153a)- haksızlık içeriğinin azlığı gerekçesine dayanan genel bir uygulamaya zemin sağlayacak nitelikte düzenlemeler yapılmamıştır²¹². Kamu davası açılmasının

²⁰⁹ Baumann, "Minima Non Curat Praetor", s. 3.

²¹⁰ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs. Seçkin, Ankara, 2015, s. 835.

²¹¹ Adem Sözüer, "Diversion im Türkischen Recht", **Dünya'da ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi II - Tebliğler**, Ed. Adem Sözüer, İstanbul, 2010, s. 207.

²¹² Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", s. 89; Köprülü, "Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı", s. 258; Mahmutoglu, **a.g.e.**, s. 174.

ertelenmesi şikayete tabi olup hapis cezasının üst sınırı dikkate alınarak belirlenmiş bir sınır kapsamına giren (uzlaştırma kapsamında olanlar hariç) tüm suçlar için uygulanabilecek olsa da bu kapsamda kalan suç tiplerinin sayısı son derece azdır. Önödeme ve uzlaştırma bakımından soyut tanıma ilaveten bir suç kataloğu da kabul edilmiş olmakla birlikte güncel istatistiklere göre mevcut yasal olanakların uygulamaya aktarılması noktasında da ciddi problemler bulunmaktadır ve bu kurumların uygulamaya arzu edilen ölçüde katkı sağlaması bugüne kadar mümkün olmamıştır. Uygulamacıların çeşitli saiklerle söz konusu kurumlara karşı geliştirdiği mukavemet bunun başlıca sebepleri arasındadır.

TCK; hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve zimmet suçlarında haksızlık içeriğindeki azlığın verilecek hükmü nasıl etkileyeceğini ayrıca ve açıkça düzenlemiştir. Fakat esasen bu hükme varılıncaya kadar da klasik usulle yapılmış bir soruşturma ve kovuşturma sürecinden geçilmektedir. Ayrıca bu suçlar somut olayda haksızlığın son derece ağır şekilde de gerçekleşebileceği, bu sebeple ceza makasının üst sınırının yüksek tutulduğu suçlardır. Ancak bazı suç tipleri yapıları gereği hafif bir haksızlık ifade ettiklerinden bu fiiller karşısında kanunda öngörülen soyut ceza miktarı da daima az olmaktadır. Bu tip suçlar için muhakeme hukukunda soruşturma ve kovuşturma yapılmasında kamusal fayda olup olmadığının değerlendirilmesini sağlayacak (maslahata uygunluk) takdirilik ilkesine kapı aralayan yöntemler geliştirilmesi; mağduriyetin giderilmesini sağlaması, failin fiilinin yarattığı haksızlığı telafi etmesine imkan tanınması, ilk kez suç işleyenlere bir şans daha tanıyarak onların damgalanmasını önlemesi, yargının iş yükünü hafifletmesi ve daha ciddi suçlar için zamandan tasarruf sağlaması sebebiyle çoklu bir fonksiyona sahiptir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman kanun koyucu malvarlığına karşı işlenen suçlarda değer azlığını, suçun şikayete bağlı olarak soruşturulması sonucuna bağlamıştır. Hukukumuzdaki genel eğilim ise fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı hallerde bu durumun çoğunlukla ceza miktarı üzerinde etkili olması, bazı istisnai durumlarda da cezasızlık sonucu doğurması yönündedir. Kasten yaralamanın basit hali, basit taksirle yaralama, mala zarar verme, hakaret gibi suçların toplumsal vehameti çok yüksek olmadığından ilgililerin şikayetçi olmaması durumunda devletin cezalandırmakta ısrarcı olması gereksiz görülmüştür²¹³. Fakat Türk kanun

²¹³ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 598.

koyucu prensip olarak malvarlığına karşı işlenen suçlarda -mala zarar verme suçunun basit hali hariç- suç çok düşük değerli bir mala taalluk etse de şikayet koşulunu aramamış, bu suçların resen soruşturulmasını istemiştir. Hukukumuzda takdirilik ilkesi de yok denecek kadar az sayıda olayda uygulanabildiğinden bu tip suçlar zorunlu olarak kovuşturma süreci içerisine sokulmaktadır. Bu durumun istisnalarından biri TCK'nun 146. maddesinde düzenlenen kullanma hırsızlığıdır. Kanun koyucu bu maddede "Hırsızlık suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp zilyedine iade edilmek üzere işlenmesi halinde, şikayet üzerine, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilir. Ancak malın suç işlemek için kullanılmış olması halinde bu hüküm uygulanmaz" şeklinde bir düzenlemeye yer vererek bu suçun soruşturulmasını hem şikayete tabi tutmuş hem de suçun temel şekline nazaran daha hafif cezalandırılmasını öngörmüştür. Keza TCK'nun 144. maddesinde hırsızlık suçunun; paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlanması veya bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlanması halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunacağı belirtilerek benzer bir yöntem izlenmiştir. Fakat belirttiğimiz gibi söz konusu düzenlemeler istisnai niteliktedir. Dolayısıyla özel düzenleme bulunan halleri bir yana bırakacak olursak, hafif haksızlık ifade eden diğer suçlar bakımından alternatif çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi son derece önem taşımaktadır. Bu sebeple aşağıdaki başlık altında özellikle 02.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanunla yapılan değişiklik bağlamında CMK'nundaki mevcut yasal olanaklar ele alınacaktır.

1. Mevcut Yasal Olanaklar

Yukarıda belirtildiği gibi CMK'nunda hafif suçları klasik yargılama süreçlerinin dışına itmeye olanak sağlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak ülkemizde -savcılık kurumuna duyulan güvensizliğin de etkisiyle- CMK'nun yaklaşık 10 yıllık uygulanma sürecinde mevcut imkanların kullanılması hususunda çekimser davranılmıştır. Bu sebeple bu başlık altında öğreti ve uygulamada gözlemlenen aksaklıkların dikkate alınması suretiyle hazırlandığı belirtilen 6763 sayılı "Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un²¹⁴ getirdiği değişiklikler incelenecektir²¹⁵.

²¹⁴ 02.11.2016 ve 29906 sayılı Resmi Gazete. (çevrimiçi) <http://www.resmigazete.gov.tr> adresinden erişilebilir. 04.11.2016.

TCK'nun 75. maddesinde düzenlenen önödeme Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümleri arasında yer almakla birlikte düşük cezai yaptırıma bağlanmış fiilleri hızlı bir şekilde soruşturma sürecinin dışına çıkarmaya imkan sağlayan kurumlardan birisidir. 5237 sayılı kanunun ilk halinde “uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan” suçlarda uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bu yolla işlendiği iddia olunan fiile uygulanacak yaptırımın azlığı karşısında soruşturma ve kovuşturma sürecinde yapılacak masraflar, işgücü sarfiyatı gözetildiğinde sürecin en kısa yoldan kati bir sonuca bağlanması amaçlanmıştır. Önödemenin bir kovuşturma şartı niteliğinde olması da önemini arttırmaktadır. Üstelik 5237 sayılı kanunun ilk halinde aynı suç sebebiyle defalarca önödeme yoluna gidilmesi de mümkün görülmüştür²¹⁶. Ancak bu haliyle bile 2015 yılı içerisinde Türkiye genelinde sadece 1167 suç önödeme yoluyla sistem dışına çıkarılabilmektedir. Bu durum TCK'nundaki çok az sayıda suç tipinin önödeme kapsamında kalmasına bağlandığı için önödemenin uygulama sahasını genişletilebilmek amacıyla 6763 sayılı kanunun 12. maddesiyle 5237 sayılı TCK'nun 75. maddesi değiştirilerek birinci (ve dördüncü) fıkrasında yer alan “üç” ibaresi “altı” şeklinde değiştirilmiştir. Ayrıca maddeye eklenen 6. fıkra ile ceza miktarına bakılmaksızın; yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu (98/1), genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması suçu (madde 171), çevrenin taksirle kirletilmesi suçu (182/1), özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma suçu (264/1), suçu bildirmeme suçu

²¹⁵ Bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce “Ceza Muhakemesinde İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı” (CMİYAT) şeklinde bir taslak hazırlanmış ancak meclis başkanlığına sunulmamıştır. Bu tasarının taslak metnine de <http://www.kgm.adalet.gov.tr> adresinden ulaşılabilir. CMİYAT'da yer alan en ilginç düzenleme “basit yargılama usulü” şeklinde tanımlanan ve üst sınırı beş yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda şüphelinin soruşturma aşamasında suçu ikrar etmesi şartına dayanarak düzenlemeydi. Maddede belirtilen şartlar gerçekleştiğinde failin daha hafif bir ceza alması, seçimlik ceza öngörülen durumlarda adli para cezasının seçilmesi, hapis cezasının ertelenmesi, alternatif yaptırımlara hükmedilmesi gibi “ödüller” öngörülmüştü. Bu kararların da dosya üzerinden verilebilmesine de imkan tanınmıştı. Yani prensip olarak basit yargılama usulünde hakimın klasik anlamda bir subut tartışması ve duruşma yapmayacağı, cezanın belirlenmesinde hakime tanınan takdir yetkisinin sadece maddede yazılı olan bentlerden birinin tercihiyle sınırlı kalması öngörülmüştü. Tasarı taslağının genel gerekçesinde söz konusu madde formüle edilirken Anglo-Amerikan sistemindeki “ceza veya dava pazarlığı” usulünden esinlendiği belirtilmişti. Kanaatimizce bu düzenlemenin kanunlaşmaması son derece yerinde olmuştur. Zira her ne kadar maddenin 7. fıkrasında maddenin uygulanma şartlarının oluşmadığı ya da fiilin işlenmediği yönünde bir kanaat oluşması halinde dosyanın Cumhuriyet Savcılığına iade edileceği belirtilmiş ise de kanaatimizce failin basit yargılama usulünün uygulanmasını ve suçu kabul etmesi halinde bu yola gidilmesi son derece istisnai bir durum olacaktır bu da temel usuli güvencelere aykırı bir durum ortaya koyacaktı.

²¹⁶ Akbulut, **a.g.e.**, s. 1029.

(278/1-2) ve 6831 sayılı Orman Kanununun 108/1. maddesinde tanımlı suç bakımından da önödeme yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

Buna mukabil önödeme tutarı olarak hapis cezasının bir günü karşılığında hesaplanacak miktarın da “yirmi” değil “otuz” TL üzerinden hesaplanması ve taksirli suçlar hariç olmak üzere, önödemeye bağlı olarak kovuşturmayaya yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde önödemeye tabi bir suçu işleyen faile teklif edilecek önödeme miktarının yarı oranda artırılması öngörülmüştür. Görüleceği üzere yeni sistemde prensip olarak bir suç için birden fazla defa önödeme yoluna gidilebilmekte ancak failin ödemesi gereken miktar yükselmektedir. Katalogda yer alan suçlar bakımından ise faile 5 yıl içinde bir dafaya mahsus olarak bu imkan tanımlanmıştır. Hapis cezasının üst sınırının 3 aydan 6 aya yükseltilmesi TCK’unda yer alan suçlar bakımından önödemenin tatbik sahasında ciddi bir artış yaratmayacaktır. Ancak kuşkusuz bu hususun özel ceza kanunlarında tanımlanan fiillerle birlikte değerlendirilmesi daha doğru olur. Bu sebeple 6763 sayılı kanunun bu haliyle önödeme kurumunun uygulanmasını ne ölçüde etkileyeceği önümüzdeki süreçte gözlemlenecektir²¹⁷.

6763 sayılı kanun öncesinde de değişiklik sonrasında da önödeme bakımından prensip şudur: Mağduru belli bir kişi olan uzlaştırma kapsamındaki suçlarda önödeme yoluna gidilemeyecektir. Yani önödeme genel olarak kamuyu ilgilendirmekle birlikte belli bir kişiye ait hukuki değer ihlallerinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanamayacaktır. Oysaki bir fiilin haksızlık içeriği ne kadar az/azalmış olursa olsun hukuk dünyasında bir haksızlık ifade etmeye devam edeceğinden özellikle kişilere karşı işlenen suçlarda mağdurun zararının giderilmesine imkan sağlayan uzlaşma ve kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumları da büyük bir öneme sahiptir. Ceza adalet sistemini rahatlatma amacına matuf düzenlemeler yapılırken mağdurun mağduriyetinin giderilmesi hususu kesinlikle atlanmamalıdır. Zira aksi halde fail bakımından cezasızlık sonucu

²¹⁷ Şurası kesin ki; 6763 sayılı kanunun CMİYAT’a nazaran daha itidalli bir çözüm tarzını yansıtmaktadır. Zira özellikle CMİYAT md 4’te önödeme bakımından kurum uygulama sahasını oldukça -hatta kanaatimizce adalet duygusunu sarsacak ölçüde- genişleten bir değişiklik yapılması öngörülmüş ve hapis cezasının yukarı sınırını “iki yıl”a çekmek düşünülmüştü. Getirilen tek sınırlama “kasıtlı suçlardan mükerrir olanlar, itiyadi suçlular ve suçu meslek edinenler, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile kamu görevlileri tarafından görev sebebiyle işlenen suçlar” ve mağduru belirli bir gerçek kişi olan suçlarda (uzlaşma yoluna gidilebileceğinden) önödemenin uygulanamaması şeklindeydi.

doğuracak bu tip düzenlemeler adeta af etkisi yaratır ve adalet duygusunu ciddi şekilde hırpalar. CMK'nun 171. maddesinde düzenlenen "kamu davası açılmasının ertelenmesi" müessesesi ancak "soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda" uygulanabilmektedir. Ayrıca bu yola gidilebilmesi için "şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkum olmamış bulunması, yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi" koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Öğretide 5271 sayılı CMK'nda kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun çok sınırlı tutulduğu belirtilerek bu hükmün kapsamının genişletilmesi gerektiği de zikredilmektedir²¹⁸. Ancak 6763 sayılı kanun ile CMK'nun 171. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bununla birlikte kanun koyucunun bu maddede değişiklik yapmaması uzlaştırmanın kapsamında yapılan genişlemeye de bağlanabilir. Ayrıca kanun koyucu yaratabileceği karışıklıkları dikkate alarak ceza muhakemesinin bir çok temel kurumunu aynı anda değiştirmekten maksatlı olarak kaçınmış olabilir.

Uzlaş(tır)ma kurumu da kişilere karşı işlenen ve kamusal açıdan da takibi gereken çok ağır bir haksızlık ifade etmeyen suçlar bakımından onarıcı adaleti sağlamaya yönelik araçlardan biridir ve failin olduğu kadar mağdurun da lehine sonuçlar veren bir kurumdur²¹⁹. Bu sebeple uzlaştırmanın uygulama sahasının genişletilmesi ve belli suçlar bakımından bir kovuşturma şartı durumuna getirilmesi de son derece önemlidir²²⁰.

²¹⁸ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2015, s. 538.

CMİYAT ile kamu davası açılmasının ertelenmesi bakımından da genişletilmiş bir sistem öngörülmüştü. Tasarının 17. maddesinde her şeyden önce sadece şikayete bağlı olanlarda değil "adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının üst sınırı iki yılı aşmayan" tüm suçlarda 5 yıl süreyle kamu davası açılmasının ertelenmesi yoluna gidilebileceği kabul edilmişti.

²¹⁹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara, 2015, s.787.

²²⁰ CMİYAT md.18'de uzlaşmaya tabi suçlarda soruşturma aşamasının uzlaştırma yoluna gidilmeden sonuçlandırılmasının iddianamenin iadesi sebebi olmaktan çıkarılması öngörülmüştü. Ancak kanaatimizce uzlaştırmanın kapsamının genişletilmek istendiği bir sistemde uzlaştırmanın kovuşturma şartı olmaktan çıkarılması kendi içerisinde tutarsız bir durum ortaya koyma

6763 sayılı kanununun 34. maddesiyle uzlaşma kurumunda da ciddi bir reform yapılmıştır. Her şeyden önce CMK'nun 253. maddesinin başlığı "Uzlaşma" iken izlenen yöntemdeki değişikliği ifade edebilecek şekilde "Uzlaştırma" şeklinde değiştirilmiş ve sayma yoluyla belirlenen uzlaştırma yoluna gidilebilecek suçlar listesi genişletilmiştir. Buna göre değişiklik sonrası dönemde Tehdit (106/1 ile sınırlı olarak), Hırsızlık (açıktan hırsızlık olarak bilinen madde 141 ile sınırlı olarak), Dolandırıcılık (madde 157 ile yani sadece basit hali ile sınırlı olarak) suçlarında da uzlaştırma yoluna gidilebilecektir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile" ibaresi madde metninden çıkarılmış, failin etkin pişmanlıktan istifade edemeyecek durumda olmasına karşın uzlaştırma yoluna gidilmesinin yolu açılmıştır. Zira uzlaştırma kapsamındaki suçların kapsamının bu tip bir sınırlama hükmü ile daraltılması eleştiriye önceden beri eleştirilere muhattap olmuş bir durumdu²²¹. Keza 6763 sayılı kanunla CMK'nun 253/1. maddesine eklenen (c) bendi ile suça sürüklenen çocuklar bakımından - mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla- üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren tüm suçlarda uzlaştırma hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir²²². Yalnız CMK'nun 235/3 maddesinde yer alan "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda" ve uzlaştırma yoluna gidilemeyeceği yönündeki kural ile "uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması halinde" de uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin sınırlama mevcudiyetini sürdürmektedir.

Ayrıca yine öğretilerde çokça eleştiri konusu yapılmış olan taraflara kolluk aracılığıyla uzlaşma teklifinde bulunulmasına ilişkin usulün de terkedilmesi öngörülmektedir. Gerçekten de olayın ilk heyecanı ve kızgınlığının etkisiyle yine olaya ilk müdahaleyi yapan kolluk görevlileri tarafından uzlaşma teklifinde

potansiyeline sahipti. Bu sebeple söz konusu düzenlemenin kanunlaşmamasında isabet olduğu görüşündeyiz.

²²¹ Bu hususa bakınız Yasemin Baba, **Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık**, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s.117 vd.

²²² CMİYAT md 21/2'de "Yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı beş yılı aşmayan ve mağduru belirli bir gerçek kişi olan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilir" denilerek aşırı ölçüde genişletilmiş bir uzlaştırma sahası öngörülmüştü. Bu sistemin sınırlaması sadece 21/3'te " Kasıtlı bir suçtan mükerrirler, itiyadi suçlular ve suçu meslek edinen kişiler veya örgüt faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar bakımından uzlaştırma hükümleri uygulanmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

bulunulması çoğu zaman bu usulün başlamadan tüketilmesine neden olmaktadır²²³. Cumhuriyet Savcıları bu yeni sistemde “uzlaştırmacı” sıfatına sahip olamayacaktır. Öngörülen sistemde tahkikatın tamamlanması akabinde Cumhuriyet Savcısı dosyayı bir bütün halinde değerlendirildikten sonra uzlaşma prosedürünü başlatacak adımı atacaktır ve uzlaştırma süreci uzlaştırma büroları tarafından belirlenen profesyonel uzlaştırmacılar tarafından yürütülecektir. Uzlaştırmacıların yürüteceği bu süreç sonucunda Cumhuriyet Savcılarına sadece süreci sonlandıracak bir karar vermek kalacaktır²²⁴.

6763 sayılı kanun çok açık bir şekilde alternatif kurumların kapsamını genişletme iradesinin dışı vurumu olmuştur. Bu sebeple birçok yönden ceza hukuku öğretisinin CMK'nun yaklaşık 10 yıllık uygulama sürecinde dile getirdiği eleştiri ve taleplerle de uyumludur. Önödeme ve uzlaştırmada yapılan düzenlemelerin kovuşturma şartı niteliğinde olması ve özellikle uzlaştırmada Cumhuriyet Savcılarının profesyonel uzlaştırmacılarla desteklenmesinin önümüzdeki dönemde kurumların bu defa sistem içinde daha etkin bir yer almasına imkan sağlayacağı kanaatindeyiz.

2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Dair Karar

Fiilin haksızlık içeriğinin azlığı maddi hukukta doğrudan bir cezasızlık sebebi olarak öngörülmüş olabilir. Bu tip durumlarda kurulacak hükmün sistematik açıdan doğru bir şekilde isimlendirilmesi son derece önemlidir. Örneğin TCK'nun 145. maddesinde yer alan koşulların gerçekleştiği belirlendikten sonra hakimin önünde iki seçenek vardır: Faile verilecek cezayı indirmek veya ceza vermektan bütünüyle vazgeçmek. Faile fiili dolayısıyla ceza verilmesine dahi bu durum fiilinin hukuka uygun olduğu anlamına gelmez, suç varlığını korumaya devam eder. Nitekim bu gibi durumlarda hakim “beraat” değil; CMK md. 223/4-d uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verecektir. Bu karar verildiğinde failin fiilinin uygun bir davranış tarzı olduğu ilan edilmiş olmaz. Sadece bu fiilin

²²³ Sözüer, “Diversion im Türkischen Recht”, s. 204.

²²⁴ 6763 sayılı Kanununun 35. maddesiyle, CMK'nun 254. maddesinde de bir değişiklik yapılmış ve “kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usüle göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir” denilmiştir.

cezalandırılmasının (TCK'nun 3. maddesinde ifade bulan) orantılılık ilkesine aykırı düştüğü kabul edilmiş olur²²⁵.

Suçun haksızlık içeriğinin azlığı kriterine dayanan bu hüküm şekli hukuk uygulamamıza 5271 sayılı CMK ile girmiştir. Bu maddede ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilebilecek haller iki başlık altında toplanmıştır. 223. maddenin 3. fıkrasında kusur ile bağlantılı gerekçelerle verilecek ceza verilmesine yer olmadığı kararı düzenlenmişken; 4. fıkrasında çoğunlukla suçun unsurları dışında kalan haller ve konumuzu ilgilendiren işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı kriterlerine yer verilmiştir. Bu fıkra göre; “İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; a) Etkin pişmanlık, b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, c) Karşılıklı hakaret, d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, dolayısıyla faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”. Ancak CMK 223/4-d’de yer alan bu hükmün, TCK’nın doğrudan hangi maddelerine yollama yaptığı madde metninden anlaşılamamakta²²⁶, bu durumun da ceza verilmesine yer olmadığına kararının tüm suç tiplerin de mi yoksa sadece 145. maddeyle bağlantılı olarak mı uygulanabileceği sorusunun doğmasına neden olmaktadır. Öğretide yer alan bir görüşe göre, bu hükümle neyin kastedildiği net olarak belli olmayıp, kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edecek uygulamalara zemin hazırlayabilir. Bu hükümle eğer TCK’nun 145. maddesindeki düzenleme kastedilmekte ise “fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” ifadesinin yerine, “*malın değerinin az olması nedeniyle fiilin haksızlık içeriği az ise*” şeklinde bir ifade tercih edilmeli, haksızlık içeriğini azaltan diğer durumlarda bu hükmün uygulanması ihtimali tamamen bertaraf edilmelidir²²⁷. Yenisey/Nuhoğlu ise CMK md. 223/4’te düzenlenen hallerde ortada bir suç bulunduğu için bu tip durumlara özgü, “sorumsuzluk” vurgusu yapan ayrı bir tür düşme kararı oluşturulmasının daha isabetli bir seçim olacağını belirtmiştir²²⁸.

Yargıtay da bir çok kararında CMK’nın 223/4-d’deki düzenlemenin tüm suçlarda uygulanabilecek genel bir hüküm olmadığını, uygulanabilmesi için suç tipini düzenleyen normda açık bir hüküm olması gerektiğini vurgulamıştır.

²²⁵ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 89.

²²⁶ Erkan Şenses, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBBD**, S.105, 2013, s. 396.

²²⁷ Metin Feyzioğlu, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **TBBD**, S. 62, 2006, s. 59.

²²⁸ Yenisey, Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 793.

“CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrasında yer alan ‘fiilin haksızlık içeriğinin azlığı’ nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için, eylemin suç olarak düzenlendiği yasa normunda bu konuda açık bir hükmün bulunması, suç ve cezanın yasal olması kuralının sonucu olarak zorunludur. Başka bir anlatımla fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp, sadece yasada öngörülen hallerde uygulama olanağı bulunan bir hükümdür. Somut olayda sanığın, kızıyla gayri resmi birliktelik yaşadığı sırada onu döverek düşük yapmasına neden olan mağdura ‘semtime gelirsene dişlerini kırarım’ biçimindeki sözleri söylemekten ibaret eyleminin, TCK'nın 106/1-1. cümlesine uyan tehdit suçunu oluşturduğu, bu suç bakımından ‘fiilin haksızlık içeriğinin azlığına’ dayalı ceza vermektен vazgeçilmesine dair yasal bir hüküm bulunmadığı ancak sanığı suç işlemeye sevk eden mağdurun fiilin Yasa'nın 29. maddesinde yer alan genel hüküm niteliğindeki haksız tahrik indiriminin üst sınırdan uygulamasını gerektirir bir haksız eylem niteliğinde değerlendirilebileceği gözetilmeden, yasal olmayan gerekçe ile tehdit suçundan uygulama olanağı bulunmayan CMK'nın 223/4-d madde ve fıkrası uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi (bozma)²²⁹”.

“Mağduru 04/03/2011 günlü adli raporda belirtildiği şekilde, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde yaraladığı kabul edilen sanık hakkında, eylemin haksız tahrik altında işlenip işlenmediği tartışılarak, hükme varılması gerekirken; yazılı şekilde uygulama olanağı bulunmayan 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi gereği fiilin haksızlık içeriğinin azlığından bahisle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi (bozma)²³⁰”;

“katılana tokat attığını ikrar eden sanık hakkında, kasten yaralama suçunun haksız tahrik altında işlenip işlenmediği tartışılarak, hükme varılması gerekirken, yazılı şekilde uygulama olanağı bulunmayan 5271 sayılı CMK'nın 223/4-d maddesi gereği ‘fiilin haksızlık içeriğinin azlığı’ gerekçesiyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi (bozma)²³¹”.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere yerel mahkemeler CMK'nun 223/4-d maddesinde yer alan hükmü fiilin haksızlık içeriğinin az olduğu durumlardan ziyade

²²⁹ 4. CD, 2010/11213-2012/15780. (Uyap karar arama ekranı)

²³⁰ 3. CD, 10/10/2013, 2012/33757-2013/35162. (Uyap karar arama ekranı)

²³¹ 3. CD, 23.12.2014, 2014/21328-2014/42722. (Uyap karar arama ekranı)

genellikle ve ilginç bir şekilde kasten yaralama suçu bakımından haksız tahrik altında suç işleyen failin kusurunun azaldığı durumlarda uygulama yoluna gitmişlerdir. Oysaki hukukumuzda kusurun azalması gerekçesine dayalı bir cezasızlık uygulamasına imkan sağlayan genel bir hüküm bulunmamaktadır. Yapılan içtihat taramaları bu maddeye yerel mahkemelerin özellikle -son derece hatalı bir şekilde- eşe karşı işlenen yaralama suçlarında itibar ettiğini göstermektedir. Bununla birlikte bu uygulama Yargıtay tarafından istikrarlı şekilde reddedilerek bozma yoluna gidilmektedir²³².

CMK 223/4-d'te yer alan düzenlemenin esasen beraat kararları verilmesi gereken bazı durumlarda da kullanıldığı anlaşılmaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında “katılana ‘sana söylenecek çok şey var bende saklı kalsın fakat sen kısa zamanda doktora görün rahatsızsın sen’ şeklindeki şeklindeki, kaba ifade niteliğindeki sözün, katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, sanığın beraati yerine fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle CMK'nın 223/4-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”ni bozma sebebi yapmıştır. Kanaatimizce söylendiği şartlar da önemli olmakla birlikte bu beyanın hakaret suçunu oluşturduğu dahi düşünülebilir.

CMK 223/4-d'de yer alan düzenleme, lafzı itibarıyla değerlendirildiğinde ve sadece “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” kriterinden hareket edilmesi dikkate alındığında adeta tüm suç tiplerinde uygulanabilecek bir hüküm şekli olarak durmaktadır. Bu düşünce tarzı muhakeme hukukunda kıyas yasağı olmaması ile de desteklenebilir. Ancak netice itibarıyla cezasızlık sonucu doğmasına neden olan bir düzenlemenin maddi hukukta da bir dayanağı olması gerekir. CMK 223/4-d'de yer alan düzenlemenin salt yoruma dayalı olarak tüm suç tiplerinde uygulanabileceğini kabul etmek kanunilik ilkesine aykırı bir durum ortaya koyar. Nitekim kanun koyucu TCK'da sadece hırsızlık suçu bakımından diğer tüm suç tiplerinden ayrı olarak cezasızlık olasılığına yasal zemin hazırlayan ayrı ve açık bir düzenleme yapmıştır. Bu durumun mefhumu muhalifinden diğer suç tiplerinde fiilin haksızlık içeriği ne kadar azalır azalsın ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği sonucu

²³² 3. CD, 17.06.2015 , 2015/995 - 2015/20881; 3. CD, 18.02.2015, 2014/36027 - 2015/6157; 3. CD, 27.10.2014, 2014/13741-2014/34053 ve benzerleri. (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr>. 01.05.2016

çıkılmaktadır. Fakat elbette haksızlık içeriği düşük ya da son derece azalmış fiiller muhakeme hukukunun sunduğu diğer olanaklar dahilinde ve kanun koyucunun tercihleri doğrultusunda suç politikasına dönük hedeflerle cezasız bırakılabilir.

B. Alman Hukukundaki Yaklaşım Tarzı

Alman ceza hukukunda hafif suç değerlendirmesi hem fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hem de failin kusurunun azlığı gerekçesine dayanarak yapılabilmekte ve bu tespit etkilerini çoğunlukla muhakeme hukuku üzerinde göstermektedir. Roma hukukundan gelen “*minima non curat praetor (Um Kleinigkeiten kümmert sich der Richter nicht, hakim basit şeylerle uğraşmaz)*” ilkesinin yansımaları olarak değerlendirilen pek çok düzenleme; önemsizlik, değer azlığı, kusurun hafifliği gibi ölçütlerden hareketle suçun takibini mağdurun şikayetine bağlama yoluna gitmiş ya da resen soruşturma yapılmasını gerektirecek önemde olmadıkları için soruşturma makamlarına takdir yetkisi tanımıştır. Örneğin Alman kanun koyucu malvarlığına karşı işlenen basit haksızlıklar bakımından mecburiyet prensibinden çift yönlü feragatte bulunmuştur. Öncelikle daha önce ilgili bölümde değindiğimiz gibi StGB § 248a’da yer alan düzenleme ile suçun takibini şikayete bağlı kılmış; ayrıca StPO § 153 ve StPO § 153a’da yer alan düzenlemelerle de takdirilik prensibi alanına sokmuştur²³³. Şikayet kurumu Alman ceza hukuku öğretisinde kimi yazarlarca muhakeme hukukuna bakan yönü ile ele alınmakta ve bu sebeple StPO’da düzenlenen diğer kurumların yanında incelenmektedir²³⁴. StGB § 248a’da öngörülen koşullar altında şikayetçi olma hakkı mağdura aittir²³⁵. Şayet mağdur şikayetçi olma yoluna giderse bu defa StPO § 153 ve § 153a’da öngörülen düzenlemelerin uygulanması ihtimali gündeme gelebilecektir. Buradan da anlaşılmaktadır ki Alman kanun koyucu kararlı bir şekilde malvarlığına karşı işlenen hafif suçları ceza hukuku dışına itmeyi hedeflemiştir. Ancak burada şuna dikkat etmek gerekir: StGB § 248a’nın malvarlığına karşı işlenen bir kısım suçlara özgü bir hüküm olmasına karşın, Alman Ceza Muhakemesi hukukuna 1975 yılında 01.01.1975 tarihli kanunla giren StPO § 153 ve § 153a’da yer alan düzenlemeler

²³³ Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 978; Jungwirth, “Bagatell Diebstahl und Sachen ohne Verkehrswert”, s. 955; Ostendorf, “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, s. 336.

²³⁴ Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 1.

²³⁵ Arzt vd., **Strafrecht Besonderer Teil**, § 13, kn. 29, s. 356.

şartları oluştuysa tüm suçlarda uygulanabilir. Yalnız StPO § 153 koşullarının gerçekleşmesi halinde herhangi bir şarta bağlı olmaksızın uygulanabilmekteyken; § 153a madde metninde sayılan koşulların fail tarafından gerçekleştirilmesine bağlı olarak uygulanabilmekte, bu sebeple de şartlı takipsizlik maddesi olarak anılmaktadır²³⁶. Bu maddenin gerekçesinde söz konusu uygulamanın hafif bir suç için insanları cezalandırma yoluyla rencide etmenin önüne geçeceği, ayrıca yargı organlarının ağır suçlara daha iyi konsantre olmasını sağlayacağı vurgusu yapılmıştır²³⁷.

Alman hukukunda 1975 yılında bu tarz bir reform yapılmasını gerektiren sebepleri reform sürecinin bütününe dikkate alarak yorumlamak gerekir. Daha önce çalışmanın birinci bölümünde de belirttiğimiz gibi 1975 yılında Alman hukukunda yapılan reform ile cünhaların bir kısmı kabahate bir kısmı ise suça dönüştürülmüştür. Dolayısıyla bu durum haksızlık içeriği düşük olabilecek bazı suç kategorilerinin ceza kanunu kapsamında kalmasına neden olmuştur. Bu durumun uygulamada tikanıklık yaratmasına engel olmak adına sisteme en azından usuli kolaylıklar sağlayan hükümler eklenmesi ihtiyaç haline gelmiştir²³⁸. Her ne kadar bu tip düzenlemeler aynı durumdaki failer arasında fark yaratan bir uygulama ortaya koyabileceği endişesiyle eleştirilmiş de olsa nihai amaçları muhakeme sürecinin rasyonalizasyonu ve hızlandırılmasıdır. Nitekim bu düzenlemelerin yürürlüğe girdiği ilk tarihlerden beri uygulamada etkilerinin görüldüğü ancak daha hissedilir sonuçlar için uygulamacıların bu maddeleri nadiren değil daha sık uygulaması gerektiği belirtilmiştir²³⁹. Aşağıda StPO § 153 ve § 153a'da yer alan düzenlemeler ayrı başlıklar altında ve ayırt edici özelliklerinden hareketle incelenecektir

1. StPO § 153'te Yer Alan Düzenleme

StPO § 153 düzenlemesi şu şekildedir;

²³⁶ Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 219.

²³⁷ Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 226, 251.

²³⁸ Werner Beulke, **Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz**, 26. Auflage, Band 5, De Gruyter Recht, Berlin, 2010, § 153, s. 66, kn. 1; Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 250.

²³⁹ Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 99.

“(1) Savcılık, failin kusurunun az (*gering*) olduğu ve suçun takibinde özel bir kamusal yarar bulunmayan durumlarda, kovuşturmayla görevli mahkemenin onayıyla suçun takibinden vazgeçebilir. Eğer suçtan kaynaklanan netice hafif (*gering*) nitelikteyse ve ceza alt sınırda uzaklaşmayı gerektirmiyorsa mahkemenin onayına ihtiyaç yoktur.

(2) Kamu davasının açılması halinde mahkeme kovuşturmanın her aşamasında birinci fıkradaki şartların ve savcılık ile sanığın onayı ile davayı düşürebilir. Kovuşturmaya § 205’te yer alan sebeplerle devam edilememesi ya da § 231/2, § 232 ve § 233’te yer alan sebeplerle sanığın yokluğunda kovuşturma yapılan hallede sanığın rızası aranmaz. Bu karar yargılamayı sonlandırır ve karara itiraz edilemez”²⁴⁰.

Alman kanun koyucu bu düzenlemeyle açık bir şekilde kusurun azlığı ve suçtan kaynaklanan neticenin hafifliği durumunda takipsizlik ya da düşme yoluna gitmeye imkan tanımıştır²⁴¹.

Alman kanun koyucu bu madde ile savcılığa, biri mahkemin onayına tabi olan diğeri ise onay gerektirmeyen iki tür takipsizlik kararı verme yetkisi tanımış keza mahkemeye de aynı koşullar altında davayı düşürme yetkisi vermiştir. Bu madde StPO § 153a ile birlikte hafif suçların uygulamada basit ve pratik bir şekilde çözüme kavuşturulmasına imkan tanıdığı için Alman muhakeme hukukunun öngördüğü en önemli takipsizlik sebebi olarak değerlendirilmektedir. Bu madde uyarınca soruşturma aşamasında takipsizlik kararı verilebilmesi için şüphelinin onayına da ihtiyaç yoktur²⁴². Bu düzenleme hafif suçlarda uygulanma imkanına sahip usuli bir düzenleme olup, cezayı kaldıran bir şahsi sebep niteliğinde değildir²⁴³.

StPO § 153 hükmünün uygulanabilmesi için her şeyden önce yargılama konusu fiilin “*Vergehen*” yani cünha niteliğinde olması gerekmektedir. Yani StGB § 12 ile birlikte değerlendirildiğinde bu maddenin uygulanabilmesi için alt sınırı 1 yıldan az hapis cezası veya para cezası gerektiren bir fiilin işlenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla fiilin cürüm (*Verbrechen*) oluşturabileceği şüphesi varsa

²⁴⁰ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>, (çevrimiçi) 01.05.2016.

²⁴¹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, s. 88; Jescheck, Weigend, **a.g.e.**, § 81, s. 868; Schönke, Schröder, **a.g.e.**, §§ 13, kn. 20.

²⁴² Stephan Beukelmann, **BeckOK StPO**, StPO § 153.

²⁴³ Björn Gercke, **Strafprozessordnung**, Ed. Karl-Peter Julius, 4. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg, 2008, StPO § 153, s. 942, kn. 1.

öncelikle bu şüphe giderilmelidir. Eğer fiil cürüm niteliğindeyse hafifletici sebeplerin varlığı, haksızlık ve kusur içeriğinin azlığı gibi nedenlerle faile verilecek ceza beklentisi bu sınırın altına düşse de StPO § 153 uygulanamayacaktır (Karş. StGB § 12/3)²⁴⁴.

Maddenin her iki fıkrasının uygulanabilmesi için de failin kusurunun (*Schuld des Täters*) az olması aranmıştır. Her ne kadar aksi yönde iddialar bulunsa da Alman öğretisindeki yaygın kanaate göre bu maddenin, failin kusuru hakkında kati ispat kurallarına girmeden yaklaşık bir değerlendirmede bulunarak, kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşmasına bağlı olduğu bu sebeple de masumiyet karinesine aykırı olmadığı belirtilmektedir. Zira bir kişinin suçluluğu belli güvenceler ile donatılmış bir yargılama neticesinde belirlenir. Masumiyet karinesi, yargılamanın bitmesinden önceki aşamada kusurun derecesi üzerinde bir değerlendirme yapılmasını yasaklamamaktadır²⁴⁵. Bununla birlikte bu düzenlemedeki kusurun azlığı kavramından ne anlaşılması gerektiği çok net değildir. Kusur bireysel isnadiyetin konusudur ve içeriği somut olaya göre değişip, sonsuz çeşitlilikte tezahür edebilir. Alman öğretisindeki hakim görüşe göre kusurun azlığı, her suçun kusurla bağlantılı kendi özelliklerine göre ve benzer olaylara nazan belirlenecektir. Şayet benzer olaylar dikkate alındığında failin kusuru ortalamanın ciddi şekilde üzerinde değilse, suç emsallerine göre cezanın alt seviyeden verilmesini sağlayacak şekilde gerçekleşmiş ise az olduğu kabul edilebilir²⁴⁶.

Bu maddenin uygulanabilmesi için öngörülen diğer şart da soruşturma yapılmasında özel bir kamusal yarar bulunmamasıdır. Soruşturma yapılmasında özel kamusal yarar bulunması, suçun ünlü biri tarafından işlenmesi ya da suçun medyada yer alması, kamuoyunda ilgi uyandırması anlamına gelmez. Keza normun yürürlüğünün ya da kapsamının tartışılması gibi salt hukuki kaygılar da bu noktada belirleyici değildir. Soruşturma yapılmasında özel kamusal yarar, cezalandırmanın

²⁴⁴ Beulke, **a.g.e.**, § 153, s. 71, kn. 9; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 23; Gercke, **a.g.e.**, § 153, s. 946, kn. 8; Rolf Hannich, **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008, § 153, kn.11, s. 915-916.

²⁴⁵ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 1; Gercke, **a.g.e.**, § 153, s. 943, kn. 3; Hannich, **a.g.e.**, § 153, kn.11, s.916.

²⁴⁶ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 12-13; Eckl, “Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität”, s. 100; Gercke, **a.g.e.**, § 153, s. 943-944, kn. 4; Hoven, “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, s. 977; Zipf, “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, s. 22.

amacına yönelik özel ya da genel önleme gerekçelerinden kaynaklanabilir. Somut olay bazında düşünüldüğünde failin kişiliği, mükerrir durumunda olması, benzer suçların işlenme sıklığı, halkın hukuka duyduğu güveni, mağduru ya da toplumu koruma düşüncesi bu tarz bir kararın verilmesinde etkili olabilir²⁴⁷. Bu bağlamda savcılığın vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar gibi sıkı bir şekilde korunmasında her zaman öncelikli bir menfaatin bulunduğu suç tiplerinde bu maddeler uyarınca takipsizlik yoluna gitmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir²⁴⁸. Her ne kadar suç tipleri arasında kategorik bir sınırlama yapılmamış ise de Alman hukukunda da esasen bu hükümlerin asıl tatbik sahası malvarlığına karşı işlenen suçlardır.

StPO § 153/1 cümle 1'de belirtildiği gibi savcılık; failin kusurunun az olması, soruşturmada özel bir kamusal yarar bulunmaması, kovuşturmayla görevli mahkemenin onay vermesi, koşullarının birlikte gerçekleştiği durumlarda takipsizlik yoluna gidebilmektedir. 153/1 cümle 2 uyarınca şayet suçun neticeleri hafif nitelikteyse ve alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektiren bir hal yoksa mahkemenin onayına da ihtiyaç yoktur. Bu ihtimal özellikle malvarlığına karşı işlenen hafif suçlarda gündeme gelebilecektir²⁴⁹. Öğretideki hakim görüş, malvarlığına karşı işlenen suçlarda olduğu StGB § 248a'da olduğu gibi StPO § 153'ün uygulanmasında da neticenin hafifliğinin belirlenmesinde 50 Euro sınırının esas alınabileceği yönündedir²⁵⁰.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi soruşturma aşamasında kural olarak yetki savcılıkta olmakla birlikte bazı durumlarda mahkemenin onayına ihtiyaç vardır. Bununla birlikte savcılık hatalı bir değerlendirme ile somut olayda mahkeme onayına gerek olmadığını düşünerek takipsizlik kararı vermiş olsa dahi kararın geçerli olacağı ancak şüpheli durumlarda ihtiyaten mahkeme onayına başvurabileceği, mahkemenin kendisini o olayda yetkili görmemesi halinde yine savcının tek başına karar verdiği usule dönülebileceği belirtilmektedir. Keza savcılığın StPO § 153 uyarınca takipsizlik kararı vermesinden sonra ortaya çıkacak

²⁴⁷ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 20-22; Hannich, **a.g.e.**, § 153, kn.11, s. 917; Hoven, "Bagatelldelikte: Zum Umgang mit 'geringfügigen Straftaten' im materiellen und prozessualen Recht", s. 977; Satzger, Schmitt, Widmaier, **Strafgesetzbuch Kommentar**, § 248a, kn. 12.

²⁴⁸ Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 100.

²⁴⁹ Hünerfeld, "Kleinkriminalität und Strafverfahren", s. 916.

²⁵⁰ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 6; Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 100; Hoven, "Bagatelldelikte: Zum Umgang mit 'geringfügigen Straftaten' im materiellen und prozessualen Recht", s. 977.

yeni delillerle soruşturma yapmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁵¹. Kamu davasının açılmasından sonra ise yetki mahkemenindir²⁵². Savcılık ve sanık mahkemeden bu hususta talepte bulunabilecek olmakla birlikte bu telebin mahkemeyi bağlayıcı bir yanı yoktur. Bununla birlikte mahkemenin davayı düşürme yoluna gitmek istediği durumlarda savcılık ve sanığın onayına ihtiyacı vardır. Sanığa bu tarz bir hak tanınmış olması beraat ile sonuçlanacak bir yargılama yapılmasını talep etme hakkının olmasına bağlanırken, savcılığın onayına ihtiyaç bulunması da dava açma hususundaki monopol ile ilgili görülmektedir. Ancak ilginç bir durum olarak savcılığın onay vermekten kaçınması ihtimalinde sanığın buna karşı müracaat edebileceği bir hukuk yolu yoktur. Her ne kadar mahkemenin bu hususta vereceği karar kesin nitelikte ise de sanık ve savcılığın StPO 153'te yer alan usuli koşulların somut olayda yer almadığı gerekçesi ile karara itiraz edebilmelerinin mümkün olduğu söylenmektedir²⁵³.

2. StPO § 153a'da Yer Alan Düzenleme

StPO § 153a'da yer alan düzenleme ise şu şekildedir;

“(1) Savcılık, kovuşturmayla görevli mahkemenin ve şüphelinin onayıyla geçici olarak kamu davasının açılmasından vazgeçebilir ve aynı zamanda şüpheliye ceza soruşturması yapılmasındaki kamusal menfaati karşılayabilecek ve kusurunun ağırlığı ile çelişmeyecek bir takım mükellefiyetler yükleyebilir. Mükellefiyetlere şunlar örnek gösterilebilir²⁵⁴:

1. Suçtan kaynaklanan zararı gidermek için belli bir edimin ifası²⁵⁵,

²⁵¹ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 8-9, 40-44.

²⁵² Hünerfeld, “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, s. 917.

²⁵³ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153, kn. 32, 6.

²⁵⁴ Uygulama ve öğretide bu maddede yer alan yükümlülüklerin tek başına ve birlikte faile yüklenebileceği kabul edilmektedir. Katologda yer almayan bir yükümlülüğün belirlenmesi her aşamada mahkemenin onayına bağlıdır. Bu yolla özellikle madde bağımlıların uyuşturucu kullanmaması ya da bir terapi kuruna devam etmesi sağlanabilmektedir. (Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 20-22)

²⁵⁵ Bir numaralı bentte yükümlülük “*Leistung* (edim)” gibi genel bir ifadenin kullanılması sebebiyle faile bu bent uyarınca para ödeme ya da mağdurdan özür dileme gibi yükümlülükler yüklenebilmektedir. Uygulamada genellikle bu bentin seçilmesi yoluna gidildiği belirtilmektedir. Ödenecek miktar malvarlığında oluşan zararın özel hukuk prensiplerine göre hesaplanması suretiyle tespit edilmektedir. Yani mağdurun suç dolayısıyla uğradığı doğrudan zararın yanı sıra dolaylı zararlarının da tahsil edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak yargılama masraflarının bu kapsama dahil edilemeyeceği belirtilmektedir (Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 143, kn. 52; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 23; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 960-961, kn. 19)

2. Hazine ya da topluma yararlı bir kuruluşa belli bir miktar ödeme yapma²⁵⁶,
3. Bir kamuya yararlı bir hizmet ifa etme²⁵⁷,
4. Belli bir miktar nafaka ödeme²⁵⁸,
5. Fiilinin olumsuz etkilerini kısmen ya da tamamen giderme²⁵⁹,
6. Bir sosyal eğitim kursuna devam etme,
7. Karayolları Trafik Kanunu § 2b cümle 2 bent 2 uyarınca bir eğitim seminerine ya da 4a uyarınca bir sürücü uyumu seminerine katılma,

Bu mükellefiyetlerin yerine getirilebilmesi için savcı şüpheliye 1 ila 3, 5 ila 7. bentlerde yazılı hallerde en çok 6 ay; 4 ve 6 numaralı bentlerde yazılı hallerde ise en çok 1 yıl süre verir. Savcı şüpheliye yüklenen yükümlülükleri sonradan kaldırabilir ya da bir defaya mahsus olmak üzere 3 aya kadar uzatabilir. Şüphelinin onayıyla başka bir yükümlülük ekleyebilir ve yükümlülüğü değiştirebilir. Şayet şüpheli yükümlülüklerini yerine getirirse artık bu suç sebebiyle soruşturma ve kovuşturma yapılmaz. 153. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi ve 246a'nın 2. fıkrası kıyasen uygulanır.

(2) Şayet hemen kamu davası açma yoluna gidilirse mahkeme savcılık ve sanığın onayı ile delillerin değerlendirildiği aşamanın sonuna kadar hüküm vermekten geçici olarak vazgeçebilir ve sanığa 1. fıkranın 1. ve 2. bentlerinde yer alan mükellefiyetleri yükleyebilir. 1. fıkranın 3 ila 6 ve 8. bentleri de kıyasen uygulanır. 1. bent uyarınca verilen kararlar kesindir. 4. bent uyarınca verilen karar, 1. bentte olduğu gibi ifa edilir.

(3) Yükümlülüklerin yerine getirildiği süre içerisinde zamanaşımı işlemez.

²⁵⁶ İki numaralı bentte düzenlenen devlet kasasına ya da topluma yararlı bir kuruluşa belli bir miktar ödeme yapma yükümlülüğü bakımından ödenecek miktarın üst sınırı yoktur. Bu hususta sadece failin kişisel ve ekonomik durumu belirleyicidir. (Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 144-145, kn; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 26; Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 100; 55-56; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 961, kn. 20.)

²⁵⁷ Üç numaralı bentte para ödemesi içermeyen bir kamuya yararlı bir hizmet ifa etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu yükümlülük hastane, bakımevi, huzurevi gibi yerlerde çalışma ya da çevreyi korumaya yönelik bir hizmet ifası şeklinde gerçekleşebilmektedir. Bu bentte yer alan yükümlülüğe nadiren müracaat edildiği belirtilmektedir. (Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 29; Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 146, kn. 58; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 962, kn. 21)

²⁵⁸ Dört numaralı bentte öngörülen yükümlülüğe özellikle aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali durumunda gidildiği belirtilmektedir. (Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 146, kn. 59; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 31.)

²⁵⁹ Beş numaralı bentte fail-mağdur uzlaşması ele alınmıştır. Bu bent 1999 yılında StGB'ye § 46a'nın eklenmesi üzerine usuli bir düzenlemeye ihtiyaç doğması nedeniyle yapılmıştır.

(4) 1. fıkranın 2. cümlesinin 6. bendinde ve bununla bağlantılı olarak 2. fıkrada yer alan yükümlülüğün uygulanmasında § 155 b uyarınca dava dosyasında yer alıp sanıkla ilgili olmayan kişisel veriler sadece sanığın buna rıza göstermesi durumunda sosyal uyum kursuna verilebilir. Birinci cümle failin sosyal uyum kursuna devam etmesini öngören tüm düzenlemelerde aynen geçerlidir²⁶⁰.

Bu hüküm de StPO'ya 1975 yılında yapılan reform ile girmiş olup, küçük hatta orta ölçekli suçlarda uygulanma kabiliyetine haiz olması ve StPO § 153 ile karşılaştırıldığında mecburilik ilkesi bakımından daha kapsamlı bir kısıtlamayı ifade etmesi sebebiyle son derece önemli bir yer kazanmıştır²⁶¹. Kanun koyucu StPO § 153a ile belli şartlar altında her suç bakımından uygulanabilecek ve soruşturma sürecini hafifleten bir düzenlemeye kapı aralamıştır²⁶². Her ne kadar kanun koyucu bu maddenin uygulama sahası bakımından bakımından değer azlığı, kusurun az olması gibi sınırlayıcı kriterler ortaya koymamış ise de StPO § 153a yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulamada daima hafif-orta ağırlıktaki suçlar sahasında gelişme göstermiştir. Uygulamacıların bu maddeyi daha geniş yorumlayarak daha fazla suçta uygulama yoluna gidebilmesi için 11/01/1993 tarihli bir kanun ile § 153a'da değişiklik yapılarak, bu maddenin somut olaydaki kusurun kamu davası açılmamasıyla çelişmeyeceği tüm durumlarda uygulanabileceği öngörülmüştür. Böylece StPO § 153a hükmünün orta ağırlıktaki suçlarda uygulanmasına yönelik tereddüt giderilmeye, normun uygulama sahası genişletilmeye çalışılmıştır. Bu noktada tek sınırlama § 153 gibi § 153a'nın da sadece cünha (*Vergehen*) niteliğindeki fiillerde uygulanabilecek olmasıdır²⁶³.

StPO § 153a bazı açılardan § 153'te yer alan düzenlemeye benzemekle birlikte § 153a esasen savcılığın daha aktif ve ön planda olduğu olduğu bir süreci düzenlemektedir. StPO § 153'ün aksine, faile bir takım yükümlülükler yüklenmesini

²⁶⁰ Almanyada 2013 yılı istatistiklerine göre bu maddeye göre sonuçlanan 4.537.363 davadan 9123 adedi 1. bent; 149.216 adedi 2. bent; 11659 adedi 5. bent uyarınca neticelenmiştir. (Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 4)

²⁶¹ Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 119-120, kn. 1-3; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 1; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 953, kn. 1.

²⁶² Eckl, "Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität", s. 99; Hünerfeld, "Kleinkriminalität und Strafverfahren", s. 916.

²⁶³ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 12-13; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 955-957, kn. 6,13.

öngördüğü için § 153a'nın uygulanabilmesi failin rızasına yani yüklenen yükümlülükleri ifaya hazır olmasına bağlıdır²⁶⁴. Yukarıda belirtildiği gibi StPO § 153'e göre takipsizlik yoluna gidebilmesi için suçun konusunun yaklaşık 50 Euroya kadar olabileceği kabul edilmekteyken § StPO 153a bakımından bu sınırın daha yukarı çekilebileceği belirtilmektedir. Zira bu olasılıkta fail zaten hatırı sayılır bir yükümlülük altına girmektedir²⁶⁵.

Nitekim bu düzenlemenin StPO § 153'ten en önemli farkı failin, cezai bir yaptırımla karşılaşmaktansa maddede belirtilen emir veya talimatlardan birisine uyarak, klasik bir yargılama süreci fiili karşılığında bir tür bedel ödemiş olmasıdır²⁶⁶. Her ne kadar bu maddede sayılan mükellefiyetler teknik anlamda birer ceza değil ise de en azından bu etkiyi gösterdiklerini kabul etmek zorunludur. Zira aksi takdirde madde metninde belirtildiği gibi ceza soruşturması yapılmasındaki kamusal menfaati karşılayabilecek bir etki yarattıklarını kabul etmek olanak dışı olur²⁶⁷. Bu yükümlülükler bir cezanın aksine rıza esasına göre uygulanan faaliyetler niteliğinde olsa da Hirsch'in de belirttiği gibi failin aslında bu yükümlülüklerden birisi ile ceza arasında seçim yapmak yani iki kötüden birini seçmek zorunda olduğunu düşününce bir yaptırım niteliğinde olduklarını düşünmek kolaylaşmaktadır²⁶⁸.

Alman kanun koyucu § 153a'da, § 153'ün aksine failin kusurunun az olmasını değil, kusurun ağırlığının bir yükümlülük belirlemek suretiyle takipsizlik yoluna gidilemesiyle çelişmeyecek seviyede olmasını aramıştır. § 153'te soruşturma yapılmasında kamusal menfaat bulunması maddenin uygulanmasını engellemekteyken, §153a'da faile yüklenecek yükümlülüklerin bu menfaati karşılayabilecek durumda olması uygulama şartı yapılmıştır²⁶⁹. Nitekim § 153'ün aksine § 153a'ya uyan durumlarda esasen suçun takibinde kamusal bir menfaat bulunmaktadır. Ancak bu menfaat, faile yüklenen yükümlülükler ile karşılanmaktadır. Failin önceki sabıkalı geçmişi, uzun süren bir yargılama yapılacak olması, muhtemel cezanın miktarı, tekrar suç işleme ihtimali, suçtan kaynaklanan

²⁶⁴ Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 958, kn. 16.

²⁶⁵ Arzt vd., **Strafrecht, Besonderer Teil**, § 13, kn. 27, s. 355

²⁶⁶ Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 119, kn. 2; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 953, kn. 2.

²⁶⁷ Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 122, kn. 9.

²⁶⁸ Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 224, 251.

²⁶⁹ Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 955, kn. 6.

zararın giderilmesi gibi kriterler bu kararın verilmesinde belirleyicidir. Her ne kadar kanunda bu tarz bir yorumu destekleyecek bir hüküm bulunmasa da öğreti ve uygulamada § 153a'nın sadece ilk defa suç işleyen failer bakımından ve bir defaya mahsus olarak uygulanması gerektiği yönünde bir görüş bulunmaktadır²⁷⁰. Yine öğretideki hakim görüşüne göre; bu maddenin uygulanabilmesi için fail üzerindeki suç şüphesinin StPO § 153'e göre daha fazla olması gerekmekte olup, başlangıç şüphesi yeterli değildir. Bu sebeple bu maddenin uygulanabilmesi için öğretide hakim ve savcının failin kusuruna "kani olması (*von der Schuld überzeugt*)" kavramı kullanılmaktadır²⁷¹.

StPO § 153a'nın uygulanmasında iki aşama olduğunu söylemek mümkündür. Öncelikle faile bir yükümlülük belirlenerek soruşturma geçici olarak askıya alınmakta, yükümlülüğün yerine getirilmesiyle de bütün olarak ortadan kaldırılmaktadır. Bu yolun izlenebilmesi için onayı alınması gereken mahkeme şayet kamu davası açılsaydı o davaya bakacak olan mahkemedir. Failin kendisine verilen süre içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda savcılık kamu davası açma yoluna gidebilmektedir²⁷².

3. Eleştiriler ve Sağlanan Verim

Alman öğretisinde StPO § 153 ve § 153a'da yer alan düzenlemelere yönelik eleştirel bir yaklaşım sergileyen yazarlar, bu hükümlerin; somut olayın koşullarının yeterli derecede irdelenmeden işin adeta oldu bittiye getirmesine yol açtığını, uygulamacıların ispat zorluklarıyla karşılaştıklarında kolaycılık yaparak bu yollara başvurduğunu, oysaki özellikle § 153a bakımından failden maddede sayılan yükümlülüklerin beklenebilmesi için yeterli suç şüphesinin oluşması gerektiğini belirtmektedirler²⁷³. Alman öğretisinde bu hükümlere yönelik en yoğun eleştirileri dile getiren yazarlardan biri olan Hirsch, bu maddelerin; belirsizlikler içerdiği, eşitsiz uygulamalara sebebiyet verdiği, (özellikle § 153/1 2. cümle bakımından) malvarlığının korunmasını hafife aldığı, kanun yollarına başvuru hakkı, maddi

²⁷⁰ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 15, 18.

²⁷¹ Beulke, **a.g.e.**, § 153a, s. 138, kn. 39-40; Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 2, 14; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 957, kn. 13.

²⁷² Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 1-7, 44, 59.

²⁷³ Beukelmann, **a.g.e.**, § 153a, kn. 12-13; Gercke, **a.g.e.**, § 153a, s. 955, 957, kn. 3, 13.

gerçeğin araştırılması gibi pek çok anayasal ilkeye aykırı sonuçlar yarattığı gerekçesiyle yararsız hatta zararlı bulunduğunu belirtmiştir²⁷⁴.

Bu maddelerin Alman hukukuna girmeleriyle birlikte en çok savcıya tanınan yetki konusunda yani kanunilik ilkesinden taviz verilerek maslahata uygunluk prensibine kapı açılması yönüyle eleştiri konusu edildikleri görülmektedir. Klasik Kara Avrupası hukuk sisteminin etkisiyle Alman hukukunda da esas olanın kanunilik prensibi olduğu ve maslahata uygunluk prensibinin sadece basit düzeltici bir işlev ile sınırlı bir alanda kabul görebileceğinin altı çizilerek, savcılığa tanınan bu çok önemli takdir yetkisinin farklı şekillerde kullanılmasının eşitsizlikler yaratma riski taşıdığı, kusurun ve haksızlığın azlığı olay bazlı değerlendirileceğinden belli bir savcılık ya da mahkeme bünyesinde genel bir uygulama yakalanabilse de bölgesel bazda bazı ciddi uygulama farklılıkları oluşabileceği belirtilmiştir²⁷⁵. Hirsch'e göre StPO § 153a savcılığın geleneksel pozisyonuyla da bağdaşmamaktadır. Zira savcılık normalde isnat makamı olmasına rağmen burada adeta şüpheli ile roller değişmekte ve uygulanacak yaptırım -rızasına bağlı olduğu için- şüpheli belirlemektedir²⁷⁶.

Bu endişelere karşın Alman öğretisinde söz konusu düzenlemelere taraftar olanlar çoğunluktadır. Bu düzenlemelerin yargı makamlarının yükünü hafiflettiği ve yargısal süreçleri hızlandırdığı, ayrıca devlet reaksiyonundan tamamen vazgeçilmesi anlamına değil sadece bazı durumlarda kamusal müdahalenin azalması anlamına geldiği belirtilmekte²⁷⁷, savcılık makamına duyulan güvenin tazelenmesi gerektiği vurgulanmaktadır²⁷⁸. Ayrıca her ne kadar özellikle StPO § 153a savcılıklara ciddi bir yetki tanımış olsa da bu güvensizlik sebebiyle Alman ceza hukuku öğretisinde savcıların bu kurumun uygulanmasında son derece çekingen davrandıkları daha çok StPO § 153'ün uygulanmasını tercih ettikleri belirtilmektedir. Nitekim güncel istatistiki verilere göre son 20 yılda StPO § 153'ün uygulama sahası § 153a'nın

²⁷⁴ Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 250.

²⁷⁵ Beulke, **a.g.e.**, § 153, s. 68, kn. 3; Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 251.

²⁷⁶ Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 251.

²⁷⁷ Beulke, **a.g.e.**, § 153, s. 67, kn. 1.

²⁷⁸ Vogler, "Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung", s. 152.

yürürlüğe girmesine rağmen hiç gerilememiş daima yükselmiştir²⁷⁹. Hirsch 1977 tarihi itibarıyla resmi kayıtlara yansıyan suçların yaklaşık %30’unda küçük zararlar doğmuş olmasına rağmen bunların sadece yaklaşık %3,6’sında bu maddenin uygulanması yoluna gidildiğini ifade etmiştir. Savcıların maddede belirtilen durumlarda mahkemenin ve şüphelinin onayını alıp, bir yükümlülük belirleyerek bu yükümlülüğe uyulup uyulmadığını denetlemek gibi bir süreci vakit kabı olarak görmeleri ve bunun yerine daha hızlı bir çözüm methodu olarak ceza kararnamesi yolunu tercih etmeleri bu sayıların ortaya çıkmasında etkili olmuştur²⁸⁰.

Buna karşın değer azlığından hareketle ve herhangi bir şarta bağlı olmadan uygulanabilen StPO § 153 düzenlemesi özellikle işyerinden hırsızlık gibi sürekli artış gösteren basit nitelikteki malvarlığına karşı işlenen suçlarda amaçlandığı gibi büyük uygulama sahasına erişmiştir. Bazı eyaletlerin adalet idarelerinin (*Landesjustisverwaltung*) teşkilatlarına gönderdiği yönergelerle hem bu maddelerin uygulaması arttırılmaya çalışılmış hem de uygulamada değer azlığının belirlenmesinde 50 DM (günümüz için 50 €) sınırının esas alınabileceği belirtilmiştir ve uygulamada birlik sağlanarak eşitsizlik yaratacak durumların önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁸¹.

Diğer taraftan Alman kanun koyucunun 1975 tarihli reform ile yaptığı değişiklik öğretide olumlu yönde bir çaba olarak değerlendirilmekle birlikte, kanun koyucunun problemi sadece usuli araçlarla çözmeye çalışması da eleştiri sebebi olmuştur. Bu tip düzenlemeler yerine maddi hukuka cezayı kaldıran şahsi sebep düzlemesi koymanın daha yerinde olacağını savunan bir görüş olduğu gibi²⁸², maksat usul ekonomisi sağlamaksa ceza kararnamesinin daha tartışılabilir bir olasılık olduğunu belirten bir görüş de bulunmaktadır²⁸³. Hirsch’e göre AvStGB mülga § 42 tarzında bir maddi hukuk düzenlemesi de Alman hukuku için uygun değildir. Zira bu yönde yapılacak hiç bir düzenleme onlarca sayıda farklı olaya adil bir sonuç bulunmasını sağlayacak ölçüde ayrıntılı olamayacaktır. Böyle bir maddenin

²⁷⁹ Beulke, **a.g.e.**, § 153, s. 68, kn. 3.

²⁸⁰ Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 220.

²⁸¹ Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 220.

²⁸² Hünerfeld, “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, s. 909

²⁸³ Hirsch, “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, s. 222.

uygulama sahası sadece StPO § 153 ve § 153a'da belirtilen durumlarla sınırlı olmayıp genel bir geçerliliğe sahip olacağından daha risklidir²⁸⁴.

Aksi görüşte olan Baumann'a göre işi muhakeme hukukuna bırakmadan maddi hukukta gerekli düzeltmelerin yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda yazar örneğin vücut dokunulmazlığına karşı işlenen suçların çok ağır halleri dışında tamamen adli para cezası ile cezalandırılmasının daha pratik bir yöntem olduğunu ileri sürmüştür²⁸⁵. Hünerfeld'e göre ise kontrolsüz bir şekilde maslahata uygunluk prensibine yer açacak uygulamalar yerine şartları maddi hukukta belirlenmiş, kusurun azlığı ve ortaya çıkan neticenin önemsizliği kriterlerinden hareketle genel ve özel önleme düşüncelerinin de devreye girmesini sağlayan bir düzenleme hukuk güvenliği açısından daha korunaklı bir uygulama tarzı sunabilecektir. Bununla birlikte yazara göre tek başına kusurun azlığı ve ortaya çıkan neticenin önemsizliği kriterleriyle yetinmek de mümkün değildir. Zira esasen hafif suçluluk tüm suçlar içerisindeki en büyük kitleyi oluşturmaktadır. Bu sebeple maddi hukukun önceliklerini ihlal etmemekle birlikte cezanın takibinde yarar olup olmadığını dikkate alan ek bir kritere de ihtiyaç vardır²⁸⁶.

Bu noktaya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi Alman hukukunda da haksızlık içeriğinin azlığı durumunda fiile yönelik muamelenin nasıl olması gerektiği sorunu maddi hukuk araçlarıyla çözümlenememiş bir konudur. Kanaatimizce bunun nedeni maddi hukukta hem tüm farklılıkları dikkate alma imkanı sağlayan hem de tüm olasılıkları kapsayan bir düzenlemeyi formüle etmenin zorluğudur. Nitekim hafif suçlarla ilgili sorunların maddi hukukta çözümlenmesine taraftar olan yazarlar dahi ortaya çıkan neticelerin daima kamusal yarar kriterinden hareketle kontrol edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Pozitif hukuka bakıldığında Alman kanun koyucunun da haksızlık içeriğinin azlığını maddi hukukta ancak suçun şikayete tabi tutulması ya da cezasının azaltılmasını sağlama yoluyla dikkate aldığı görülmektedir. Her ne kadar fiilin haksızlık içeriğinin azlığından hareketle takdirilik prensibine dayanan düzenlemeler yapılması öğretide bir kısım yazarlarca endişeyle

²⁸⁴ Hamm, "Eigentum im Wandel der Zeiten: Eigentumsschutz durch Strafrecht und Entkriminalisierung im Bereich der Eigentums und Vermögensdelikte", s. 215; Hirsch, "Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft", s. 252.

²⁸⁵ Baumann, "Minima Non Curat Praetor", s. 12.

²⁸⁶ Hünerfeld, "Kleinkriminalität und Strafverfahren", s. 910.

karşılansa da bu tip düzenlemelerin kanunilik prensibi geleneği sebebiyle Türkiye ve Almanya gibi Kara Avrupası hukuk sisteminden gelen ülkelerde esasında arzu edilen uygulama seviyesine dahi ulaşamadığı görülmektedir.



SONUÇ

Günümüzde bütün modern ceza hukuklarının temel gayesi, hem kusur ve haksızlıkla orantılı hem de failin topluma yeniden kazandırılmasını sağlayacak bir sistem oluşturabilmektir. Bu sebeple hangi seviyedeki haksızlıkların suç olarak tanımlanacağı ve nasıl cezalandırılacağını belirleyen suç politikasının temel referans noktaları son derece önemlidir. Ceza hukukunda yaptırımın türü ve seviyesini belirleyen iki temel parametre vardır: Haksızlık (*Unrecht*) ve kusur. Çalışmamızda bunlardan ilki olan haksızlık üzerinde durularak haksızlığın az olduğu/azaldığı hallerin muhakeme ve yaptırım üzerindeki yansımaları irdelenmeye çalışılmıştır.

Haksızlık kavramı, ceza hukukunda tipik ve hukuka aykırı fiilleri (bazı durumlarda da doğrudan suçu) ifade etmek üzere de kullanılmaktadır. Fakat diğer taraftan da fiilin bir davranış normuyla çeliştiğini, bir “değersizlik (*Unwert*)” ifade ettiğini ortaya koyması bakımından fiile ait bir sıfat niteliğindedir. Bu sebeple haksızlık; sadece ceza hukukuyla sınırlanamayacak, hukukun diğer disiplinlerinde hatta pozitif hukuk dışında da anlam ifade eden bir kavramdır. Ahlak ve örf-adet kaidelerine aykırılıklar da bir haksızlığa vücut vererek kendi sahalarında, kendilerine özgü yaptırımlarla karşılanırlar. Ayrıca haksızlıklar pozitif hukukun uygulama sahasına doğrudan ceza hukukundan da giriş yapamazlar. Diğer hukuk disiplinlerinde (borçlar hukuku, ticaret hukuku, medeni hukuk) öngörülen müeyyideler ya da idari yaptırımların yeterli olduğu aşamada “ultima ratio” ilkesi gereği ceza hukuku enstrümanlarına müracaat edilemez. Keza ceza hukukunun uygulama sahasına giren haksızlıklar bakımından da hem cezanın türü hem de miktarı açısından son derece farklı tespitlerde bulunulabilir. Tüm bunlar haksızlığın niceliksel bir yapıya sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

Haksızlık kavramı cezai yaptırımın meşruiyet gerekçesi ve en temel belirleyicisi olmasının yanı sıra suç teorisinin de merkezine oturan bir yapıya sahiptir. Zira ceza hukukunun temel bağlantı noktası haksızlık ifade eden bir fiildir. Hareket teorilerinin geçirdiği tarihsel evrim, haksızlık kavramına yönelik bakış açısını doğrudan etkilemiş; suçun yapısı içerisinde ceza hukuku haksızlığının harekete mi, neticeye mi yoksa ikisine bağlı olarak mı şekillendiği tartışmalarının yön değiştirmesine neden olmuştur. Günümüzde suçun yapısına ve ceza hukukunun

kritik tartışma konularına ilişkin en ikna edici ve kapsamlı cevapları finalist suç teorisinin ortaya koyduğu açıktır. Bu teori sayesinde; (neticeli suçlar yanında) salt hareket suçlarının da olabileceğinin kabul edilmesi haksızlığın tespiti noktasında harekete önem kazandırmış olsa da çok radikal bir finalist yaklaşım sergilenmesinin (haksızlığın yapısının sadece harekete dayanarak açıklanmasının) gereği ve temeli yoktur. Salt normu ihlale yönelen iradeyi esas alan hareket haksızlığını ya da salt zarar sonucunu esas alan netice haksızlığını tek başına öne çıkaran anlayış, modern ceza hukukunun gereklerini karşılayacak kapsayıcılıktan uzaktır. Bu sebeple haksızlığı, suç türüne ve yapısına göre sadece hareketi ya da hareket ve neticeyi birlikte değerlendirmek suretiyle belirlemek gerekir. Her ne kadar radikal finalistler tarafından teşebbüs aşamasında kalan suçlar ve taksirli suçlarda neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesinin çoğunlukla tesadüfe bağlı olduğu iddia edilmiş ise de netice, suçun işlendiği yer ve zaman, cezalandırmanın gerekli ve zorunlu bir reaksiyon olup olmadığını belirlemek ve hukuk barışını bozucu etkiyle orantılı bir yaptırım ortaya koyabilmek açısından son derece önemlidir. Hatta bazı durumlarda suç tipini dahi (taksirle yaralama - taksirle ölüme neden olma) belirlemektedir. Dolayısıyla haksızlığın derecesi, artması ya da azalması da her suç tipinin kendi özellikleri doğrultusunda bazen salt hareket bazen de hareket ve neticeyi birlikte değerlendirmek suretiyle tayin edilmelidir.

Haksızlığın derecelendirilebilir (niceliksel) yapısı onu yakın bir ilişki içerisinde olduğu hukuka aykırılıktan da ayırmaktadır. Zira hukuka aykırılık, nicelik değil sadece nitelik belirten bir kavramdır. Bir fiil ya hukuka aykırı ya da uygun olur, hukuka aykırılığın azlığı ya da çokluğundan bahsedilemez. Bu sebeptendir ki fiilin haksızlık içeriği hangi ölçüde azalırsa azalsın hukuka aykırılık ortadan kalkmaz. Aynı şekilde fiilin haksızlık içeriği ne kadar yükselirse yükselsin bu durum fiilin hukuka aykırılığını da yükseltmez. Tam aksine şayet somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi varsa fiil hangi ölçüde değersizlik ifade ederse etsin hukuka uygun kabul edilir. Keza ceza hukukunda yer alan haksızlık kategorileri (suç-kabahat ayrımı) arasındaki fark da haksızlık içeriğine/seviyesine dayanarak açıklanabilir. Zira sosyoetik değersizlik yargısı hem suçlar hem kabahatlerde geçerli olup, her ikisi de bir haksızlık ifade ederler. Dolayısıyla bu iki haksızlık kategorisi arasındaki fark nicelik yönünden yapılabılır. Bu çerçevede kabahatler, suçlara nazaran daha düşük haksızlık içeriğine sahip olan hukuka aykırı fiillerdir denilebilir. Yani suçlar ve

kabahatler arasındaki temel fark koruma konusu hukuki menfaat değil; buna yöneltilen saldırının işleniş tarz ve yoğunluğudur. Elbette kanun koyucunun suç-kabahat ayırımını yaparken tutarlı sonuçlar ortaya koyabilmesi için belli ilkelere dayanan bir suç politikası izlemesi gerekir. Bu bağlamda hayat, vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, mülkiyet gibi temel hukuki değerleri korumaya yönelik ihlallerin, somut olaydaki işlenişleri itibarıyla hafif bir haksızlık ifade etseler bile, etkin bir koruma sağlanabilmesi için suç olarak tanımlanmasının daha uygun bir çözüm tarzı olacağını düşünüyoruz. Suç olma vasfını devam ettiren fiillerin ise diğer suçlara nazaran daha düşük bir haksızlık ifade etmesi iki şekilde gerçekleşebilir: Birincisinde suç tipinin temel şekli ciddi bir haksızlık ifade etmekle (edebilecek olmakla) birlikte daha az ceza gerektiren nitelikli hallerin haksızlık seviyesi çok düşük olmaktadır. Bu durumun tipik örneği kanunumuzda yer alan “değer azlığı” düzenlemeleridir. Bazı durumlarda ise tamamen suçun yapısından ve somut olaydaki işleniş şeklinden kaynaklanan sebeplerle haksızlık içeriği düşük olmaktadır. Örneğin mala zarar verme suçunun basit hali ceza kanununda yer alan diğer bir çok suça nazaran hafif bir haksızlık ifade etse de yukarıda belirttiğimiz mülahazalarla suç vasfını sürdürmektedir. Tüm bu tespitlerin yanına şunu da ilave etmek gerekir: Kriminoloji göstermiştir ki; (normal şartlar altında) haksızlık içeriği düşük olan suçlar, ağır olanlara nazaran daha çok işlenmekte, yani tüm suçlar arasında sayı itibarıyla büyük bölümü onlar oluşturmaktadır. Dolayısıyla somut olaydaki işleniş tarzına göre hafif bir haksızlık ortaya koyan ya da koyabilecek olan fiiller bakımından yargısal yükün önüne geçici tedbirler alınması gerektiği açıktır.

Mahkeme önüne götürülen ihtilafların belli bir ciddiyet ve vehamet taşınması gerektiği düşüncesi, Roma hukukunda dahi “*minima non curat praetor (Der Richter kümmert sich nicht um Kleinigkeiten, Hakim basit şeylerle uğraşmaz)*” şeklinde ifade edilmiştir. Bununla birlikte hafif suçluluğa yönelik tüm müdahalelerin çok hassas bir dengede tüm yarar ve zararları etraflıca değerlendirilerek yapılması gerektiği de son derece açıktır. Sayısal olarak işlenen suçların büyük bir bölümünü oluşturan bu tip fiillerin, devlet tarafından istikrarlı biçimde cezalandırılmalarının fonksiyonel de olmadığı görülmektedir. Zira genel önleme düşüncesi açısından bakıldığında bir yaptırımın çok yaygın biçimde uygulanması normun etkisini arttırmayıp tam aksine hukuk otoritesinde ve haksızlık bilincinde sarsıntıya yol açma riski taşır. Çünkü bu durumda ceza toplum nazarında ciddiyetini yitirmekte, olumsuz

bir halin yarattığı istisnai ve alışılmışın dışında bir leke olma özelliğini kaybetmektedir.

Ceza hukukunda hafif suçluluktan kaynaklanan problemlerin çözümünde esasen iki yöntem izlenmektedir: Bunlardan ilki maddi hukukta konuyla ilgili düzenlemeler yapma yoluna gitme, ikincisi de muhakeme hukukundaki olanakların genişletilmesi ve maslahata uygunluk ilkesine daha geniş bir saha açılmasıdır. Konuya maddi hukuk ve genel hükümler açısından bakıldığında fiilin haksızlık içeriğinin azlığı gerekçesiyle cezalandırılmaması ya da daha az cezalandırılmasını öngören genel düzenlemeler yapılması hem pratik olarak son derece zor hem de ceza adaleti açısından riskli bir tercihtir. Zira haksızlık birden çok sayıda değişkene bağlı olarak yapılacak toplu bir değerlendirmenin sonucunu ifade eder. Ayrıca her suç tipinin yapısal farklılıklarını kapsayacak genel bir düzenleme yapılması dilin ifade gücünü de aşacak bir hedeftir. Kaldı ki ceza adaleti açısından bakıldığında fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı her durum cezasız bırakılmasını ya da cezadan aynı ölçüde indirim yapılmasını da haklı kılmaz. Dolayısıyla genel hükümlere konulacak tek bir hüküm yerine, özel hükümlerde korunan hukuki değere göre yapılmış bir tasnifin sonucu olan belli suçlar ya da suç grupları için geçerli olacak düzenlemeler yapılması daha yerinde bir tercih olacaktır. Buna ilaveten maddi hukukta bulunan düzenlemelerin muhakeme hukukuyla desteklenmesi ihtiyacı da yabana atılmamalıdır. Zira haksızlık içeriği az/azalmış fiiller (maddi hukuktaki tüm düzenlemelere rağmen) de bazı durumlarda soruşturma sürecine dahil olmaktadır. Her suç açısından olmasa da en azından hafif suçlarda maslahata uygunluk ilkesine kapı aralayan ve alternatif çözüm yollarına şans tanıyan (uzlaşma gibi) bir sistem oluşturulması ideal görünmektedir.

Haksızlık kavramı niceliksel bir yapıya sahip olmakla birlikte, haksızlığın seviyesine göre belli basamakların referans alınması suretiyle kategorize edilmesi mümkün değildir. Haksızlığın derecesine ilişkin değerlendirme iki farklı durumun birbirine mukayese edilmesi halinde birinin diğerine nazaran daha hafif ya da daha ağır haksızlık ifade ettiğini söylemek suretiyle yapılabilir. Bununla birlikte yine de fiilin haksızlık seviyesini belirleyen üç temel kriter olduğunu söylemek mümkündür: Bunlardan birincisi normun koruduğu hukuki değerdir. İkincisi hukuki değere yönelik saldırının yoğunluğudur. Üçüncüsü ise haksızlığın gerçekleştirilme şeklidir

ki bu fiilin; kasıtlı-taksirli, icrai-ihmalî şekilde işlenmesi; tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalmasının haksızlık üzerindeki etkisini ifade etmektedir.

Normla korunan hukuki değerin önemi ve sosyoetik anlamı haksızlığa temel içeriğini kazandırmaktadır. Yani toplumun ilgili hukuki değerin korunmasındaki menfaat ve önceliği o fiilin haksızlık içeriğini doğrudan etkilemektedir. Hem ideal anlamda hem de pozitif hukukta bu hiyerarşik ilişkinin tezahürü olan bir temel haklar kataloğu bulunduğu söylenebilir. Bir hukuki değerin bu katalogdaki yeri ne kadar yüksekse ona yönelik tehlike ya da zararların haksızlık seviyesi ve cezalandırılma potansiyeli de o kadar yüksektir. Yani bu tip hukuki değerlere yönelik hemen her içerikteki saldırı (basit-ağır, taksirli-kasıtlı, ihmalî-icrai) cezalandırılır. Yaşam hakkı ve vücut dokunulmazlığını korumaya yönelik suçlar buna örnek gösterilebilir. Tam aksine hukuki değerin yeri ne kadar düşüğe cezalandırılma ihtiyacı ve potansiyeli de o kadar düşüktür. Dolayısıyla bu tip bir hukuki değere karşı da sadece ciddi bir değersizlik (tehlike ya da zarar) ifade eden fiillerin cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Sadece kasten işlenmesi durumunda cezai sorumluluk doğuran ve diğer suç tiplerine nazaran ceza makasının alt ve üst sınırı son derece düşük olan mala zarar verme suçu da bu duruma örnek gösterilebilir.

Haksızlığın tespitinde önem taşıyan ikinci kriter de ihlalin yoğunluğudur. Fail hakkında uygulanacak somut cezanın belirlenmesine yönelik ilk adım, kanun koyucunun belirlediği ceza makasından ihlalin yoğunluğuna göre başlangıç cezanın tayin edilmesidir. Bu noktada kasten yaralama suçu -hukuki değerler arasındaki hiyerarşi değil- aynı hukuki değere yönelik ihlalin yoğunluğuna göre haksızlık skalasının çok düşükten çok ağıra kadar son derece geniş olabilmesi sebebiyle iyi bir örnektir. Kanun koyucu kasten yaralama suçunun temel şekli ve daha az ceza gerektiren basit hali (TCK md. 86); neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali (TCK md. 87) ve ihmalî şekilde işlenmesini (TCK md. 88) ayrı ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Bu yöntemle, hem somut olay adaletini hem de uygulama birliğini sağlamak amaçlanmıştır. İhlalin yoğunluğu açısından önem taşıyan diğer bir tipik örnek malvarlığına karşı işlenen suçlarda suçun konusunu oluşturan maddi değerdir. Diğer tüm şartların aynı olduğu bir durumda 1000 TL değerindeki bir malın çalınmasının, 10 TL değerindeki bir malın çalınmasından daha ağır bir haksızlık ortaya koyacağı açıktır.

Bunun birlikte bazı olaylarda haksızlık ve dolayısıyla sosyoetik değersizlik o kadar düşük seviyede olmaktadır ki -dışarıdan bir gözle bakıldığında- fiilin tipikliğin tüm unsurlarını karşılmasına rağmen cezasız kalması gerektiği hissedilmektedir. Bu sebeple hem Türk hem de Alman öğretisinde bir grup yazar, hukuki değere yönelik saldırının etki ve yoğunluğunun “önemsiz” denilebilecek seviyede düşük ya da ihlalin “cezaya layık” olmadığı gerekçeleriyle her suçun niceliksel bir “yeterlilik sınırı” olduğunu ve bu eşiği aşmadıkça yaptırıma muhattap edilemeyeceğini belirtmişlerdir. Hümanist bir yaklaşım tarzı ortaya koysa da suç tanımından uzaklaşıldığında cezalandırmayı haklı kılacak eşiğin neye göre saptanacağı da belirsizdir. Nitekim ceza kanunlarının genel hükümlerinde ihlalin önemsizliği, düşük sosyal zararlılık, toplumsal tehlikenin hafifliği gibi kriterlerden hareketle cezadan sarfınazar etmeye imkan tanıyan düzenlemeler yapılması, özellikle sosyalist ülkelerde itibar edilmiş bir yaklaşım tarzı olup, sonuçları itibarıyla her zaman faili korumaya hizmet etmemiş, hatta tarihsel örneklerinden de görüleceği üzere tam aksi sonuçlar doğurmuştur. Ayrıca tipik olduğu kabul edilen bir fiilin bu tarz bir gerekçeyle cezasız bırakılması kanunilik ilkesiyle de uyumlu değildir. Bu sebeple kanaatimizce “önemsizlik” ancak kanun koyucunun özel hükümlerde açıkça belirttiği durumlarda ve sadece kanun koyucunun öngördüğü sonuçların bağlanabileceği bir kavramdır.

Cezaya layıklık (*Strafwürdigkeit*) kavramı da fiilin bir ceza normu ile yaptırım altına alınmasının uygun olup olmadığı (yani idari yaptırımların o hukuki değeri korumada yeterli olup olmadığı) sorunu yanında, somut olaydaki tipik ihlalin sosyoetik değersizliği bakımından ilgili ceza normunun koruma sahası içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusuna da cevap bulma iddiasına sahiptir ve öğretisi tarafından esasen bu maksatla kullanılmaktadır. Nitekim kavramın bu iki fonksiyonunu ayırabilmek için ayrıca bir de cezaya muhtaçlık (*Strafbedürftigkeit*) kavramına müracaat etme gerekliliği duyulmuştur. Cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık arasındaki farkı vurgulamak isteyen yazarlar; cezaya layıklığın hareketin sosyal zararlılığı, sosyoetik değersizliği hususundaki bir değerlendirme iken cezaya muhtaçlığın kamusal yaptırımın zorunluluğunu (*ultima ratio*) ifade etmek üzere kullanıldığını belirtmektedirler. Elbette tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiilin bunlar dışındaki herhangi bir sebeple “cezaya layık” ya da “cezaya muhtaç” olmadığını söylemek teorik zorluklarla karşılaşılacak bir iddiadır. Buna karşın

cezaya layıklık kavramına sıklıkla “kanunun sınır alanlarında kalan” olaylarla ilgili olarak daha esnek bir uygulama yapmak ve “kanunun ortaya koyduğu aşırı sonuçları düzeltmek” gerekçeleriyle başvurulduğu görülmektedir.

Kanaatimizce “önemsizlik” ve “cezaya layıklık” kavramlarından hareketle her suçta “yeterlilik sınırı” olarak ifade edilebilecek niceliksel bir unsurdan bahsedilemeyeceği gibi bu kavramlara bağımsız bir yorum metodu nazarıyla da bakılamaz. İhlalin önemsizliği ve cezaya layıklığı esasen suç ihdas etme (ya da suç olmaktan çıkarma) sürecinde kanun koyucuya yol gösterici olabilecek kriterlerdir. Her iki kavram da ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ultima ratio ve orantılılık ilkeleriyle bağlantılıdır ve aslında -uygulamadan ziyade- kanun koyucuya sorumluluklar yüklemektedir. Kanunkoyucu bir fiile ceza hukuku dışında yaptırımlar uygulanmasının yeterli olup olmayacağını araştırmalı ve cezai yaptırımları mağduru ve toplumu koruma adına zorunlu durumlarda ve gerekli olduğu ölçüde tercih etmelidir. Dolayısıyla kanunilik ilkesiyle birlikte düşünüldüğünde, tipik fiillerin tamamının zaten önemli bir ihlal ve cezaya layık bir haksızlık ortaya koyduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte suç tanımları yapılırken kazuistik bir yöntem izlenemeyeceğinden, zorunlu olarak belli ölçüde genelleyici ve soyutlaştırıcı bir ifade şekli seçilmekte, dolayısıyla bir suçun en ağırından en hafifine kadar tüm somut tezahürleri aynı tip içinde ele alınmaktadır. Burada sorun; haksızlığın, klasik bir ceza yargılaması yapmaya, yargı mercilerinin emek ve mesai harcamasına değecek bir vehamet ifade etmediği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğidir. Kanaatimizce bu tip fiillerin önemsiz ya da cezaya layık olmadığını iddia etmektense maddi hukukta uygulamayı rahatlatıcı ancak belli şartlara bağlanmış istisnai cezasızlık ya da indirim hükümleri sevk edilmesi ve bu sistemin muhakeme hukukunda da alternatif uyumsuzluk çözüm yollarıyla desteklenmesi en uygun çözüm tarzı olacaktır.

Haksızlığın seviyesini belirleyen kriterlerden biri de haksızlığın işleniş şeklidir. Bu bağlamda fiilin kasıtlı-taksirli, icrai-ihmali şekilde işlenmesi; tamamlanması veya teşebbüs aşamasında kalmış olmasının haksızlık üzerinde etkili olabileceği söylenmelidir. Ancak belirtelim ki bu hususta genel bir kural zikredilmesi de mümkün değildir. Örneğin diğer tüm değişkenler de devreye girdiğinde bir suçun taksirli hali kasten işlenen haline göre daha ağır cezalandırılabilir. Nitekim bazı

durumlarda fiilin icrai ya da ihmali şekilde gerçekleşmesinin, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış olmasının uygulanacak ceza üzerinde hiçbir etkisi olmayabilir. Örneğın TCK 83/3'te kasten öldürmenin, 88/1'de de kasten yaralamanın ihmali suretle işlenmesi durumunda cezada indirim yapılmaması zorunlu bir durum olarak öngörölmeyip hakimin takdirine bırakılmıştır. Keza kanun koyucu bazı suçların teşebbüs aşamasında kalmış hallerini önemlerine binaen tamamlanmış gibi cezalandırmayı seçmiştir. Dolayısıyla bir suçun kasıtlı işlenişinin taksirli; icrai işlenişinin ihmali işlenişine; tamamlanmış halinin teşebbüs aşamasında kalmış haline nazaran daha ağır cezalandırılacağını söylemek ancak diğer tüm şartların aynı kaldığı durumlarda ve istinai halleri ayrı tutmak halinde mümkün olabilecektir.

Öğreti ve uygulamanın haksızlık içeriğı düşük olan fiilleri ceza hukuku dışına itebilmek amacıyla müracaat ettiği “sosyal uygunluk” ve “örf-adet” kavramlarına ise hukuka aykırılığı ya da tipikliği kaldıran bir fonksiyon yüklenmektedir. Sosyal uygunluk teorisini savunan yazarlarca “toplumsal yaşamının tarihsel süreçte oluşan sosyoetik düzeni içinde kalan” hareketlerin tipik bir haksızlık olarak görülmesi mümkün değildir. Sosyal uygunluk kavramı bu şekilde tarif edildiğinde esasen içerik olarak örf-adet ile de son derece yakın hale gelmektedir. Kanaatimizce tipik olduğu kabul edilen bir fiilin neticeleri itibarıyla ciddi bir sosyal değersizlik ifade etmemesi, bu sebeple de toplum tarafından tolerans ile karşılanabileceğini iddia etmek o fiilin tipik olmadığını ya da sırf bu gerekçeyle hukuka uygun hale geldiğini söylemeye yeterli değildir. Komşu bahçedeki ağaçtan tadımlık bir kaç meyve alınması, kamu görevlisine küçük bir hediye verilmesi durumlarında sosyal uygunluk ya da örf-adete uygunluk gibi içeriğı, kapsamı ve sınırları belirsiz kavramlara müracaat etme gereğı yoktur. Yukarıda belirttiğimiz gibi fiilin haksızlık içeriğinin ceza adalet sistemini harekete geçirmeye ve faili o fiil sebebiyle sabıkalı konuma getirmeye değer olmadığı durumlarda kanun koyucu suç politikasına dönük amaçlarla cezasızlık ya da ceza indirimi öngören düzenlemeler yapabilir. Keza örf-adetin de ceza hukuku açısından bir hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınamayacağını, sadece normun yorumunda yardımcı bir araç olarak kullanılabileceğini söylemek gerekir. Buna karşın bir fiilin örf-adete uygunluğu sebebiyle toplumsal toleransla karşılanması o fiilin tipik ve hukuka aykırı olmasına rağmen soruşturma makamlarına intikal ettirilmemesine neden olabilir. Ancak kuşkusuz bu durumda da esasen ortada suç teşkil eden bir fiil vardır. Dolayısıyla örf-

adet sadece, ceza hukukunda genel kabul gördüğü üzere, söz gelimi TCK'nun 145. maddesi kapsamında değer azlığının belirlenmesinde yardımcı bir yorum aracı olabilir.

Malvarlığına karşı işlenen suçlarda, bu bağlamda özellikle de hırsızlık suçunda, suçun konusunu oluşturan şeyin ekonomik değeri fiilin haksızlık içeriğini belirleyen temel faktörlerdendir. Bu sebeple somut olaydaki işlenişine göre haksızlığın çok ağır olabileceği gibi son derece hafif olarak da tezahür edebileceği suçlara tipik bir örnektir. 765 sayılı mülga TCK'da değer azlığı durumunda cezasızlık sonucuna varılmasına olanak sağlayan yasal bir düzenleme bulunmaması, öğreti ve uygulamanın vicdani gerekçelerle ve “bunun için cezalandırmaya değmez” düşüncesiyle örf-adet, sosyal uygunluk, ihlalin niceliği ve önemi, zımnî ya da varsayımsal rıza gibi kavramlara müracaat etmesine neden olmuştur. 5237 sayılı TCK'nun (hırsızlık bakımından) 145 ile (yağma bakımından) 150. maddeleri tam da bu gibi durumlar için düzenleme bulmuştur. Kanununilik ilkesi gereği suça konu şeyin/malın değerinin azlığı ancak bu suç tiplerinde özel bir indirim ve/veya cezasızlık sebebi olabilir. Ancak kuşkusuz bunun dışındaki durumlar da ceza makası içerisinde kalınmak şartıyla alt seviyelere inilmesini haklı kılacak bir durumdur. Alman Ceza Kanunu'nun değer azlığına ilişkin düzenlemesi kapsadığı suç tipleri itibarıyla daha geniştir. StGB § 248a'da değer azlığı düzenlemesi yapılırken, hırsızlık ve güveni kötüye kullanma suçlarının basit halleri zikredilmiştir. Ancak ilgili hükümlerden bu maddeye açıkça atıf yapılmış olması dolayısıyla dolandırıcılık, karşılıksız yararlanma, suçtan kaynaklanan menfaatin korunmasına yardım etme, suç eşyasının satın alınması, satılması veya temin edilmesi suçlarında da bu hükmün uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna mukabil hukukumuzda TCK'nun 249. maddesinde yapılan düzenleme ile zimmet suçu açısından da değer azlığına özel bir sonuç bağlanmıştır. Alman hukukunda ise zimmet suçunu tam olarak karşılamasa da yarar sağlama suçu bakımından kamu görevlisinin temin ettiği yarar miktarının azlığı üzerinden benzer tartışmalar yapılmakta ve uygulamanın gayretleriyle cezasızlık sonucuna ulaşılmakla birlikte kanunda müstakil bir düzenleme bulunmamaktadır.

5237 sayılı TCK'nun 145. maddesinde, 765 sayılı TCK'da olduğu gibi suçun konusunun değeri bakımından “hafif” ve “pek hafif” şeklinde ayırım yapma yoluna gidilmemiş genel bir “değer azlığı” kavramından hareket edilmiştir. Ayrıca

malın değerinin “pek fahiş” olmasına bağlı bir arttırım dzenlemesi de yapılmamıştır. Ancak 145. maddeye reformist bir karakter kazandıran, hakime değer azlığı durumunda “suçun işleniş şekli ve özelliklerini” göz önünde bulundurmak suretiyle cezadan bütünüyle vazgeçme olanağı da vermesidir ki asıl ihtiyaç duyulan ve uygulamaya esneklik kazandıran tarafı da budur. TCK’nun 249. maddesinde ise değer azlığının zimmet suçunda sadece indirim sebebi olabileceği kabul edilmiş ancak indirimin yapılması zorunlu tutulmuştur. Kanatimizce somut olayın tüm koşullarını dikkate alabilmek adına 145. maddede olduğu gibi indirimin yapılıp yapılmaması hususunda hakime takdir yetkisi tanınması hem sistematik ağıdan daha tutarlı olur hem de hakkaniyete daha uygun dūřerdi. Keza zimmet suçu ağısından da haksızlığın son derece azaldığı hallere özgü bir cezasızlık ihtimaline kapı aralanabilirdi. Alman Ceza Kanunu’nun (145. maddenin paraleli niteliğinde olan) değer azlığına ilişkin § 248a maddesinde ise değer azlığı durumunda suçun şikayete bağlı olarak soruşturulacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte mağdur şikayetçi olmasa bile “soruşturmada kamusal yarar bulunduğu” gerekçesiyle savcılığa soruşturma yapma yolu ağık bırakılmıştır.

Hem Türk hem de Alman hukukunda değer azlığı, malın suçun işlendiği andaki objektif değerine göre belirlenmektedir. Keza her iki kanun koyucu da değer azlığından anlaşılacak miktarı kanuni kati bir sınır belirlemek suretiyle tespit etme yoluna gitmememiş bu işi uygulamaya bırakmıştır. 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay her yıl yeniden değerlendirme oranlarını dikkate alarak belli değerler tespit etme yoluna gitmekteydi. Ancak bu uygulama 5237 sayılı TCK döneminde terk edilmiş ve takdir bütünüyle olay mahkemesine bırakılmıştır. Türk uygulamasında bugün için hırsızlık ve yağma suçu bakımından uygulamanın ağık ya da zımni olarak kabul ettiği bir değer sınırı bulunmamaktadır. Alman uygulamasında ise en güncel değer yaklaşık olarak 50 € olarak belirlenmiş ve istikrarlı biçimde uygulanmaktadır. Türk hukukunda zimmet suçu bakımından ise tam tersi bir durum söz konusudur: 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi 5237 sayılı TCK döneminde de Yargıtay her yıl için değer azlığı kapsamında kalacak miktarları içtihatlarla belirlemeye devam etmiştir. Üstelik Yargıtay zimmet suçunda değer azlığı uygulaması yapılabilecek seviyeyi son derece yüksek tutmaktadır. Yargıtay’ın hırsızlık suçu bakımından eski uygulamasını terk ederek, bir çok kararında değer azlığı uygulamasının somut olayın tüm özellikleri gözetilerek olay mahkemesi tarafından vicdani kanaate göre

yapılacağını beyan etmesine karşın; zimmet suçunda “yeniden değerlendirme” oranlarına dayanan eski uygulamayı sürdürmesinin sebebini anlamak mümkün değildir. Kuşkusuz Yargıtay’ın kararlarında belli değerler zikretmesinin uygulama birliğini sağlama açısından olumlu bir yanı da bulunmaktadır. Ancak bu sınırların çok keskin bir şekilde uygulanması yoluna gidilerek başka bir adaletsizlik yaratılmamalıdır. Nitekim içtihatlarla sabit miktarlar belirlemenin de memurlarda bir beklenti yaratma tehlikesi taşıdığına da dikkat edilmelidir. Bu sebeple yüksek yargı organlarının yaptığı tespitleri yerel mahkemeler açısından bağlayıcı değil fikir verici değerler olarak ele almak gerekir. Bu değerlerin biraz altında ya da üstünde kalan miktarlar bakımından değer azlığı uygulaması yapıp yapmama konusunda hakim kendisini serbest hissetmelidir. Fakat suçun konusu bu değerlerin çok altında ya da üzerindeyse uygulama birliğini dikkate alacak bir karar verilmesi hakkaniyete daha uygun olur. Toparlayacak olursak zimmet suçunda değer azlığının yüksek mahkemenin işaret ettiği yaklaşık değerlere göre mahkemeler tarafından somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmak suretiyle yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca kanun koyucunun gerekçede yer verdiği “müsamaha edilebilir” zimmet kavramına yasal destek sağlayabilmek adına öğretilde örnek verilen bir adet kalem, kağıt gibi haksızlığın çok düşük seviyeye indiği durumlara özgü bir cezasızlık uygulamasına yasal bir kapı açılması da uygun olabilirdi.

Değer azlığına ilişkin 145. maddenin uygulanabilmesi için öngörülen tek kriter suça konu malın değerinin objektif olarak düşük olması değildir. Yargıtay 145. maddenin yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde yüzlerce kararında aynen atıf yaptığı bir uygulama benimsemiştir. Buna göre; 145. madde failin, “daha çoğunu alma olanağı varken yalnızca gereksinimi kadar ve değer olarak da gerçekten düşük” olanı alması durumunda uygulanabilecektir. Her ne kadar Yargıtay’ın bu uygulaması öğretilde bazı yazarlarca sanık aleyhine bir yorum şekli olduğu gerekçesiyle eleştirilse de kanaatimizce kanunda yer alan “suçun işleniş şekli ve özellikleri” kavramı bu tarz bir uygulama bakımından gerekli yasal dayanağı sağlamaktadır ve hakkaniyete uygun bir yaptırımın belirlenmesi için de ayrı bir öneme sahiptir. Aynı gerekçelerle Yargıtay’ın zimmet suçunda sadece suçtan kaynaklanan menfaatin miktarını baz alan uygulamasını eleştirmekteyiz. Her ne kadar 249. madde metninde 145. maddenin aksine bu tarz bir yoruma kapı aralayan bir ifade bulunmasa da olması gereken hukuk bakımından zimmet suçunda da değer azlığı uygulaması

yaparken “failin daha fazlasını zimmetine geçirme imkanı varken azıyla yetinmiş” olmasını dikkate almak daha hakkaniyete uygun bir uygulama tarzı olacaktır.

Tüm bu tartışmalar da göstermektedir ki özellikle ekonomik bir menfaat temininin söz konusu olduğu suç tiplerinde adil bir ceza tayin edebilmek için menfaat miktarının azlığı gerekçesine dayanan özel hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı bu tip hallere ilişkin iki tür çözüm bulmak mümkündür: Birincisi maddi menfaatin azlığı gerekçesine istinaden cezada indirim yapılmasına imkan veren özel hükümler sevk etme yoluna gitmek; ikincisi de hakime son derece geniş ceza makasları bırakmaktır. Bu iki ihtimalden birincisinin hem somut olay adaletini sağlamaya imkan tanınması hem de kanunilik ilkesi bakımından daha yerinde bir tercihi yansıttığını düşünüyoruz.

TCK’nda değer azlığına ilişkin hükümlerin suçun nitelikli hallerinde uygulanmasını engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay da nitelikli hallerde 145. madde uyarınca cezada indirim yapılabileceğini tereddütsüz şekilde kabul etmekte; ancak cezasızlık olasılığını uygun bir seçim olarak görmemektedir. Belirtelim ki mahkeme bu gibi durumlarda cezasızlık yerine indirim olasılığını düşünmek gerektiği belirtilerek çok sayıda bozma kararı vermiş ise de bunu genel bir uygulamaya dönüştürme iradesi de sergilememiştir. Alman kanun koyucu ise § 248a’da açıkça malın değerinin az olduğu durumlarda ağır hallerin (Regelbeispiele) gerçekleşmiş sayılmayacağını belirterek, değer azlığının bariyer etkisini haksızlık nasıl işlenirse işlensin zorunlu hale getirmiş ve bu gibi hallerde de suçun şikayete tabi olacağını benimsemiştir. Aslında haksızlığı arttıran ve azaltan iki halin bir araya gelmesi, esasen cezanın belirlenmesi sürecini ilgilendiren bir durum olup birinin diğerini etkisiz kılması söz konusu olamaz. Buna karşın Alman kanun koyucu değer azlığı durumunda suçun şikayete tabi tutulması yöntemini benimsediğinden ve kamusal yarar bulunması durumunda resen soruşturma yapılması kapısını da açık tuttuğundan değer azlığının ağır hallerle birleştiği durumlarda da suçun şikayete bağlı olarak soruşturulmasında sakınca görmemiştir.

Suçtan elde edilen değer azlığı failin suç planını herhangi bir sebeple tam olarak gerçekleştirememesinden yani suçun teşebbüs aşamasında kalmış olmasından da kaynaklanabilir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda Yargıtay 145. maddenin uygulanabilmesi için kastın değeri az olan bir mala özgülenmiş olması gerektiğini,

yani “ne bulursa alma” kastıyla hırsızlık suçunun icra hareketlerine başlayan failin bu maddeden yararlanamayacağını kabul etmektedir. Bu sebeple teşebbüs aşamasında kalmış suçlar bakımından failin 145. maddeden yararlanması büyük ölçüde bir ispat problemidir. Bununla birlikte Alman hukukunda da benzer bir yaklaşım olduğuna dikkat edilmelidir. Aynı durum yağma suçu açısından da geçerlidir. Bu bağlamda örneğin failin, mağdurun üzerini arayarak “ne bulursa alma” kastıyla hareket etmesine rağmen sadece 10 TL bulabilmesi halinde ceza indiriminden yararlanması mümkün değildir. Fakat eğer fail, mağdurdan direkt 10 TL ister ya da üzerinde bulunan çok miktardaki paranın içinden sadece 10 TL alırsa değer azlığından kaynaklanan indirimden yararlanabilmesi mümkün görülmektedir. Her ne kadar öğretide bir görüş, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesine üstünlük tanınarak 145. (ve 150. maddenin) maddenin teşebbüs aşamasında kalmış tüm suçlarda uygulanması gerektiği belirtse de, kanaatimizce Yargıtay’ın çözüm tarzı hem kanunun lafzıyla tevii edilebilir hem de hakkaniyete uygundur.

Maddi ceza hukukunda yer alan düzenlemeler uygulamaya meşruiyet kazandırma açısından son derece önemli olmakla birlikte failin her halükarda bir soruşturma ve kovuşturma sürecine tabi tutulmasını gerektirip, her zaman arzu edildiği kadar hızlı ve tatminkar sonuçlar ortaya koymaya yeterli olmamaktadır. Bu sebeple maddi ceza hukuku ve muhakeme hukukunun paralel çalışması gerekmektedir. Bu paralellik özellikle hafif haksızlık ifade eden suçlarda belli şartlara bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesine imkan sağlayan düzenlemeler yoluyla gerçekleşebilir. Kanaatimizce bu açıdan en önemli kurumlardan biri de (yeni ifade biçimiyle) uzlaştırmadır. Uzlaştırma; mağduriyetin giderilmesini sağlaması, failin failinin yarattığı haksızlığı telafi etmesine imkan tanınması, yargının iş yükünün hafifletmesi ve daha ciddi suçlar için zamandan tasarruf sağlaması sebebiyle çoklu bir fonksiyona sahiptir. Bu düşünce CMK’nın yapım aşamasına da hakim olmuştur, fakat yaklaşık 10 yıllık uygulama sürecinde uzlaşma kurumu bakımından mevcut yasal olanakların uygulamaya aktarılması noktasında ciddi problemler yaşanmıştır. Nitekim bu gerekçeyle yürürlüğe giren 02.11.2016 tarih ve 6763 sayılı kanun, CMK’nun 253. maddesinde ciddi değişiklikler yapmıştır. Her şeyden önce (çeşitli açılardan tartışılabilir olmakla birlikte) uzlaştırma yoluna gidilebilecek suçlar listesini genişletmiştir. Çalışma konumuz açısından özellikle, açıktan hırsızlık olarak bilinen TCK’nun 141.

maddesinin uzlaşmaya tabi duruma gelmesi önem taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken şudur: Kanun koyucu açık bir şekilde, suçun konusunun değeri hangi seviyede olursa olsun (çok düşük ya da çok yüksek) şayet hırsızlık suçunun nitelikli hallerinden biri yoksa fiilin uzlaşma yoluyla sistem dışına çıkarılmasını öngörmektedir. Mağdurun malının iadesi ya da zararının tazmini şartına bağlı olarak uzlaşma yoluna gitmeyi kabul etmesi durumunda hem faile bir ihtarda bulunulmuş hem de mağduriyet giderilmiş olacaktır. Ancak elbette bu sonuç, failin bu kararını her türlü baskıdan uzak ve serbest iradesiyle aldığı durumlar için kabul edilebilir. Bu sebeple bu düzenlemenin uygulama sürecini dikkatle izlemekte yarar bulunmaktadır. Ayrıca bu kanun ile kanaatimizce isabetli bir şekilde etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlarda da uzlaştırma yoluna gidilmesinin yolu açılmıştır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman kanun koyucu malvarlığına karşı işlenen suçlarda değer azlığı durumunda, şikayet olmasını arayarak (kural olarak) suçun resen takibinden feragat etmiştir. Hukukumuzdaki genel eğilim ise fiilin haksızlık içeriğinin azaldığı hallerde bu durumun çoğunlukla ceza miktarı üzerinde etkili olması bazı istisnai durumlarda da cezasızlık sonucu doğurması yönündedir. Türk kanun koyucu prensip olarak malvarlığına karşı işlenen suçlarda, suç çok düşük değerli bir mala taalluk etse de suçun resen soruşturulmasını istemiştir. Hukukumuzda takdirilik ilkesi de yok denecek kadar sınırlı bir alanda uygulanabildiğinden bu tip suçlar zorunlu olarak kovuşturma süreci içerisine sokulmaktadır.

Haksızlık içeriğinin azlığı sebebiyle kanunun cezasızlık sonucu doğmasına imkan tanıdığı durumlarda hakim “beraat” değil; CMK md. 223/4-d uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararı verecektir. Bu karar, failin fiilinin doğru olduğu ya da hiçbir şekilde haksızlık ifade etmediğini değil, sadece cezalandırılmasının orantılılık ilkesine aykırı düştüğünü ifade etmektedir. CMK 223/4-d’de yer alan düzenleme, lafzı itibarıyla değerlendirildiğinde ve sadece “işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı” kriterinden hareket edilmesi dikkate alındığında adeta tüm suç tiplerinde uygulanabilecek genel bir hüküm şekli olarak durmaktadır. Bu düşünce tarzı muhakeme hukukunda kıyas yasağı olmaması ile de desteklenebilir. Ancak neticeleri itibarıyla cezasızlık sonucu doğmasına neden olan bir düzenlemenin maddi hukukta da bir dayanağı olması gerekir. Aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte

kanaatimizce CMK 223/4-d'de yer alan düzenlemenin salt yoruma dayalı olarak tüm suç tiplerinde uygulanabileceğini kabul etmek kanunilik ilkesine aykırı bir durum ortaya koyar. Nitekim kanun koyucu TCK'da diğer tüm suç tiplerinden ayrı olarak sadece hırsızlık suçu bakımından cezasızlık olasılığına yasal zemin hazırlayan açık bir düzenleme yapmıştır. Bu durumun mefhumu muhalifinden diğer suç tiplerinde fiilin haksızlık içeriği ne kadar azalır azalsın ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Fakat elbette haksızlık içeriği düşük ya da son derece azalmış fiiller muhakeme hukukunun sunduğu diğer olanaklar dahilinde ve kanun koyucunun tercihleri doğrultusunda suç politikasına dönük hedeflerle cezasız bırakılabilir.

Alman hukukuna dönüldüğünde ise daha ayrıntılı ve yerleşik hale gelmiş bir uygulama ile karşılaşılacaktır. StGB § 248a'nın sadece malvarlığına karşı işlenen bir kısım suçlara özgü bir hüküm olmasına karşın, Alman Ceza Muhakemesi hukukuna 1975 yılında giren StPO § 153 ve § 153a'da yer alan düzenlemeler şartları oluştuysa tüm suçlarda uygulanabilmektedir. Bu maddelerden StPO § 153 koşullarının gerçekleşmesi halinde herhangi bir şarta bağlı olmaksızın; § 153a ise madde metninde sayılan koşulların fail tarafından gerçekleştirilmesine bağlı olarak savcılık ve mahkemelere takipsizlik ve düşme kararı verme yetkisi tanımaktadır. Alman hukukunda da başlangıçta aksi yönde görüşler ileri sürülmüş olsa da bugün öğreti ve uygulama genel olarak bu maddelerin ceza yargılama sistemi için son derece yararlı ve verimli olduğu görüşündedir. Türk hukukunda ise gelinen noktada yapılması gereken muhakeme hukukundaki son değişimlerin uygulamadaki etkilerini gözlemlemek olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız : “Normun Koruma Amacı Teorisi”, **AÜHFD**, C. 59, S. 3, 2010, s. 345 – 448.
- Akbulut, Berrin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bası, Ankara, Adalet, 2015.
- Ahmet, Akgündüz : **Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 4. Kitap Kanuni Fatih Devri Kanunnâmeleri I. Kısım Merkezi ve Umumi Kanunnamler**, İstanbul, Fey Vakfı, 1992.
- Akgündüz, Ahmet : **Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri: 3. Kitap Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnâmeleri**, İstanbul, Fey Vakfı, 1990.
- Artuk, M. Emin : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs.,
Gökcen, Ahmet : Adalet, Ankara, 2015.
Yenidünya, Caner
- Artuç, Mustafa : **Malvarlığına Karşı Suçlar**, Ankara, Kartal Yayınevi, 2007.
- Arzt, Gunther : **Strafrecht Besonderer Teil**, 2. Auflage, Ernst
Weber, Ulrich : und Werner Giesecking, Biefeld, 2009.
Heinrich, Bernd
Hilgendorf, Eric

- Arzt, Gunther : **Strafrecht Besonderer Teil: Vermögensdelikte (Kernbereich)**, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Biefeld, 1978.
- Avcı, Mustafa : **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınevi, Konya, 2010.
- Baba, Yasemin : “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçunun Hüküm ve Sonuçları”, **İÜHFİM - Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan**, C. LXXI, 2013, S. 1, s.76 -106.
- Baba, Yasemin : **Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık**, Oniki Levha, İstanbul, 2013.
- Baba, Yasemin : “Köln Eyalet Mahkemesi'nin 151 ns 169/11 Sayılı ‘Sünnet’ Kararı”, **Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi**, Ankara, S.7, 2012, s. 93-97
- Başbüyük, İsa : “Ceza Hukukunda Bir Amaçsal Yorum
Veli Özer, Özbek Örneği: Hırsızlık Suçunun Gece Vakti İşlenmesi”, **TBBD**, S. 111, 2014, s. 107-116.
- Baumann, Jürgen : “Minima Non Curat Praetor”, **Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag**, Ed. Klaus Tiedemann, Tübingen, 1974, s. 3-15.
- Bayraktar, Köksal : “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, **İÜHFİM**, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 197-212.

- Berckhauer, Friedrich Helmut : “Soziale Kontrolle der Bagatellkriminalität: Der Ladendiebstahl als Beispiel”, **DRiZ**, 1976, s. 229-237.
- Beling, Ernst : **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Mohr Verlag, 1906.
- Beulke, Werner : **Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz**, 26. Auflage, Band 5, De Gruyter Recht, Berlin, 2010.
- Bloy, René : “Unrechtsgehalt und Strafbarkeit des Grob Unverständigen Versuchs”, **ZStW**, S.113, 2001, s. 76-111.
- Dönmezer, Sulhi : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, 11. Erman, Sahir bs., İstanbul, Beta, 1997.
- Dönmezer, Sulhi : **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, 11. Erman, Sahir bs., İstanbul, Beta, 1994.
- Deckert, Antje : “Zum Strafwürdigkeitsbegriff im Kontext legislativer Kriminalisierungsentscheidungen im Verfassungsstaat”, **ZIS**, S. 6, 2013, s. 266-275. (çevrimiçi) http://zis-online.com/dat/artikel/2013_6_755.pdf, 25.12.2016.

- Dreher, Eduard : “Die Behandlung der Bagatellkriminalität”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974**, Ed. Günter Stratenwerth/ Armin Kaufmann/ Gerd Geilen/ Hans J. Hirsch/ Hans - Ludwig Schreiber/ Günther Jakobs/ Fritz Loos, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, s. 917-940.
- Driendl, Johannes : “Wege zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Österreich und der Schweiz, **ZStW**, S. 92, 1980, s. 1017-1082.
- Dursun, Selman : “Bagatellkriminalität bei Zueignungs- und Vermögensdelikten im türkischen Strafrecht”, **Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht: Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung**, Ed. Walter Groppe, Bahri Öztürk, Adem Sözüer, Liane Wörner, Nomos, Baden-Baden, 2010, s. 471-478.
- Dursun, Selman : “Malvarlığına Karşı Suçlar, **HPD**, Ed. Adem Sözüer, S. 2, Sonbahar 2004, s. 190-196.
- Ebert, Udo : “Das Unrecht der Vorsatzlichen Straftat”, **JURA**, 1981, s. 225-236.
- Kühl, Kristian
- Eckl, Peter : “Neue Verfahrensweisen zur Behandlung der Kleinkriminalität”, **JR**, 1975, s. 99-102.

- Eker, Hüseyin : “Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçunda Değer Azlığı Kavramı (5237 sayılı TCK’nın145/1.Maddesi)”, **TAAD**, C. 1, Y. 2, S. 5, 2001, s. 539-566.
- Ersoy, Uğur : “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, **TBBD**, S. 109, 2013, s. 203-250.
- Eser, Albin : “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, **Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001**, Ed. Bernd Schünemann/ Hansa Achenbach/ Wilfried Bottke/ Bernhard Haffke/ Hans - Joachim Rudolphi, Walter de Gruyter, Berlin- New York, 2001, s. 199-212.
- Feyzioğlu, Metin : “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **TBBD**, S. 62, 2006, s. 27-61.
- Foth, Eberhard : “Strafschärfung/Strafmilderung - eine noch unerledigte Frage der Strafzumessung”, **JR**, S. 10, 1985, s. 397 -399.
- Frisch, Wolfgang : “Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht”, **Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuchs**, Selçuk Üniversitesi, Konya 1998, s. 39-92.

- Furtner, Georg : “Der „schwere“, „besonders schwere“ und „minder schwere Fall“ im Strafrecht“, **JR**, S.1, 1969, s. 11-13.
- Gallas, Wilhelm : Çev. İzzet Özgenç, “Cezalandırılabilirliğin Temelleri ve Sınırları - Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, **SÜHFD**, , C. 4, S. 1-4, 1994, s. 305-322. Erişildiği yer: (çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-wilhelmgallas-1.htm>, 25.12.2016.
- Gercke, Björn : **Strafprozessordnung**, Ed. Karl-Peter Julius, 4. Auflage, Müller Verlag, Heidelberg, 2008.
- Gerhold, Sönke : “Der unbenannte minder schwere Fall im Strafrecht und seine Bedeutung für die Strafzumessung”, **ZJS**, S. 3, 2009, s. 260-266. (çevrimiçi) http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_3_182.pdf, 25.12.2016.
- Gökçen, Ahmet : **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, yy, 1989.
- Göktürk, Neslihan : **Ceza Hukukuna Giriş**, Anadolu Üniversitesi, 2012.
- Özgenç, İzzet
- Üzülmez, İlhan

- Gössel, Karl Heinz : “Über die sog. Regelbeispielstechnik und die Abgrenzung zwischen Straftat und Strafzumessung”, **Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999**, Ed. Thomas Weigend, Georg Küpper, Berlin-New York, De Gruyter Verlag, 1999, s. 183-205.
- Gözler, Kemal : “Sokak Düğünleri ve Hukuk”, **Zabunoğlu Armağanı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 352-371.
- Grassberger, Roland : **Die Strafzumessung**, Wien, Verlag von Julius Springer, 1932.
- Grünwald, Gerald : “Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 250-282.
- Gülşen, Taner : “Zimmet Suçu”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Gündel, Ahmet : **İçtihatlı-Açıklamalı Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal Suçları**, 2. bs, Ankara, Seçkin, 2002.

Günther, Hans-Ludwig : “Grade des Unrechts und Strafzumessung”,
**Kriminalität Persönlichkeit,
Lebensgeschichte und Verhalten:
Festschrift für Hans Göppinger zum 70.
Geburtstag**, Ed. H. J. Kerner, Günter Kaiser,
Berlin - Heidelberg - New York - London -
Paris - Tokyo - Hong Kong, Springer Verlag,
1990.

Günther, Hans-Ludwig : “Systematische Grundlagen der
Strafzumessung - Eine Bestandsaufnahme”,
JZ, Y. 44, S. 22, 1989, s. 1025-1030.

Hafizoğulları, Zeki : “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve
Sınırları Sorunu”, **AÜHFD**, C. 35, S. 1-4,
1978, s. 235- 279.

Haft, Fritjof : **Strafrecht Besonderer Teil I**
Hilgendorf, Eric **Vermögensdelikte**, 9. Auflage, C. H. Beck,
München, 2009.

Hakeri, Hakan : “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”,
Ankara, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.
69, 2007, s. 55-96.

Hakeri, Hakan : “Avusturya Ceza Hukuku’nun 25. Yılı”, **MHB**
Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, C.
23, S. 1-2, 2003, s. 449 - 514.

- Hamm, Rainer : “Eigentum im Wandel der Zeiten: Eigentumsschutz durch Strafrecht und Entkriminalisierung im Bereich der Eigentums und Vermögensdelikte”, **KritV**, S. 76, N. 2, 1993, s. 213-226.
- Hannich, Rolf : **Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung**, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- Hirsch, Hans Joachim : “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in Bundesrepublik Deutschland: Unter Besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft”, **ZStW**, S. 90, 1978, s. 218-254.
- Hirsch, Hans Joachim : “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit”, **ZStW**, S. 83, 1971, s. 140 – 176.
- Hirsch, Hans Joachim : “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, **ZStW**, S. 74, 1962, s. 70 – 135.
- Heinrich, Bernd : **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Ed. Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, 1. bs, Ankara, Adalet, 2014.

- Hoerster, Norbert : “Strafwürdigkeit und Moral in der angelsächsischen Rechtsphilosophie, **ZStW**, S.62, 1970, s. 538-570.
- Hohn, Kristian : “Grundwissen-Strafrecht: Handlung- und Erfolgsunrecht”, **JuS**, S. 6, 2008, s. 494 - 495.
- Hoven, Elisa : “Bagatelldelikte: Zum Umgang mit ‘Geringfügigen Straftaten’ im materiellen und prozessualen Recht”, **JuS**, S. 11, 2014, s. 976-980.
- Hulsman, Louk : “Zur Behandlung der Bagatellkriminalität in den Niederlanden”, **ZStW**, S. 92, 1980, s. 568-591.
- Hünerfeld, Peter : “Kleinkriminalität und Strafverfahren”, **ZStW**, S.90, 1987, s. 905-926.
- İçel, Kayıhan : **İçel Suç Teorisi (2. Kitap)**, 3. bs., İstanbul Beta, 2004.
- Sokullu-Akıncı Füsun
- Özgenç, İzzet
- Sözüer, Adem
- Mahmutoğlu, Fatih S.
- Ünver, Yener
- Talat İlbahar, : “İslam Hukukunda Nisap Kavramı ve Tespit Ölçüleri”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2007.

- Jescheck, Hans-Heinrich : **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**,
Weigend, Thomas 5. Auflage, Duncker-Humboldt, Berlin, 1996.
- Jesse, Björn : “Geringwertigkeit des Erlangten und
unbenannter besonders schwerer Fall von
Diebstahl und Betrug”, **JuS**, S. 4, 2011, s. 313-
318.
- Joecks, Wolfgang : **Münchener Kommentar zum StGB**, 2.
Miebach, Klaus Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2011.
- Jungwirth, Anton : “Bagatelldiebstahl und Sachen ohne
Verkehrswert”, **NJW**, S.17, 1984, s. 954-958.
- Kaiser, Günther : “Möglichkeiten der Bekämpfung von
Bagatellkriminalität in der Bundesrepublik
Deutschland”, **ZStW**, S. 90, 1978, s. 877-904.
- Kangal, Zeynel T. : “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”,
İÜHFİM, C. LXVIII, S.1-2, 2010, s. 151-167.
- Katoğlu, Tuğrul : **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, 1. bası,
Ankara, Seçkin, 2003.
- Keçelioğlu, Elvan : “Ceza Hukukunda Haksızlık, Hareketin ve
Neticenin Haksızlığı (Alman Ceza Hukuku
Üzerine Bir İnceleme)”, Ed. Veli Özer Özbek,
CHD, S.21, Nisan 2013, s. 21-31.
- Kern, Eduart : “Grade der Rechtswidrigkeit”, **ZStW**, S.64,
1952.

- Keyman, Selahattin : “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **AÜHFD**, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 59 - 106.
- Keyman, Selahattin : “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **AÜHFD**, C. 40, S. 1-4, 1988, s. 121-171.
- Kıyğı, Osman Nazım : **Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache Teil II**, C.H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, München, 1999.
- Kindhäuser, Urs : **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008.
- Kindhäuser, Urs : **Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögensrechte**, 5. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008.
- Kindhäuser, Urs : **Strafgesetzbuch**, Band 1, Baden-Baden, Neumann,Ulfrid Nomos, 4. Auflage, 2013.
- Paeffgen, Hans-Ullrich
- Klueß, Achim : “Geringwertige Vermögensdelikte – Keine zwangsläufige Entlassung”, **NZA**, S. 7, 2009, s. 337-344.

- Klug, Ulrich : “Sozialkonkurrenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, Ed. Paul Bockelmann/ Wilhelm Gallas, 2. bs., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, s. 247-265.
- Knauer, Florian : “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer Überholten Rechtsfigur oder Dogmatische Kategorie der Zukunft”, **ZStW**, S. 126, 2014, s. 844-865.
- Koca, Mahmut : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Adalet, 2015.
- Üzülmez, İlhan : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 1. bs., Ankara, Adalet, 2013.
- Korošec, Damjan : “Rechtsanalyse: Das materiellrechtliche Institut der Geringfügigkeit der Tat im slowenischen Strafrecht”, **ZStW**, S. 115, 2003, s. 126-136.
- Köprülü, Timuçin : “Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı”, **TBBD**, S.71, 2007, s. 254 - 263.
- Kudlich, Hans : “Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht”, **JA**, 2010, S. 5, s. 342 - 346.
- Noltensmeier, Silke
- Schuhr, Jan C.

- Kühl, Kristian : “Radbruch Formülü”, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, **İÜHF**, C. 70, S. 1, 2012, s. 369 - 374.
- Krauß, Detlef : “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, **ZStW**, C.76, S.1, 1964, s.19-68.
- Krey, Volker/ Hellmann, Uwe : **Strafrecht Besonderer Teil**, Band 2, 15. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2008.
- Küper, Wilfried : “Die Geringwertigkeitsklausel des § 243 II StGB als gesetzestechnisches Problem”, **NJW**, 1994, S. 6, s. 349-353
- Koch, Arnd : “Zur Strafbarkeit unbewusster Fahrlässigkeit: Ein Streifzug durch zwei Jahrhunderte deutscher Strafrechtsdogmatik”, **ZIS**, S.3, 2000, s. 175-182. (çevrimiçi) http://www.zis-online.com/dat/artikel/2010_3_423.pdf, 25.12.2016.
- Lackner, Karl : **Strafgesetzbuch Kommentar**, 28. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2014.
- Kühl, Kristian
- Landau, Herbert : “Polizeiliches Strafgeld als Reaktion auf den Ladendiebstahl: Der neueste Vorschlag zur Entkriminalisierung”, **ZRP**, S. 1, 2000, s. 6-8.
- Fünfsinn, Helmut

- Mahmutoğlu, Fatih Selami : **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, 1.bs, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1995.
- Metin, Sevtap : **Ceza Hukuku Felsefesine Katkı: Radbruch Heper, Altan Formülü**, 2. Bası, İstanbul, Tekin Yayınevi, 2015.
- Maiwald, Manfred : “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“ für die Strafrechtssystematik”, **Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag**, Ed. Theo Vogler/ Joachim Herrmann/ Justus Krümpelmann/ Reinhard Moos/ Otto Triffterer/ Rudolf Leibinger/ Dieter Schaffmeister/ Jürgen Meyer/ Peter Hüne, Band 1, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 405-425.
- Maurauch, Reinhart : **Strafrecht Besonderer Teil Teilband 1: Schroeder Friedrich-Christian Straftaten Gegen Persönlichkeits- und Maiwald Manfred Vermögenswerte**, Heidelberg, F. C. Müller, 2009.
- Mezger, Edmund : “Strafzumessung im Entwurf”, **ZStW**, S. 52, 1931, s. 855-877.
- Noll, Peter : “Übergesetzliche Milderungsgründe aus Vermindertem Unrecht”, **ZStW**, S.68, 1956, s. 181-197.

- Noyan, Erdal : **Hırsızlık Suçları**, Ankara, 2007.
- Osmanağaoğlu-Karahasanoğlu, Cihan : **Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası**, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- Osmanağaoğlu, Cihan : “Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası”, **İÜHFİM**, C. LXVI, S. 1, 2008, s. 109-177.
- Ostendorf, Heribert : “Präventionsmodell „Ladendiebstahl“: Doppelter Wertersatz”, **ZRP**, S. 1, 1995, s. 18-23.
- Ostendorf, Heribert : “Das Geringfügigkeitsprinzip als Strafrechtliche Auslegungsregel”, **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, 1982, R.v. Decker's Verlag, G. Schenk, Hamburg-Heidelberg, s. 333-345.
- Otto, Harro : **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 7. Auflage, De Gruyter, Berlin, 2004.
- Otto, Harro : “Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?”, **Gedächtnisschrift für Horst Schröder**, Ed. Walter Stree, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, s. 53-71.

- Otto, Harro : “Personales Unrecht, Schuld und Strafe”, **ZStW**, S. 87, 1975, s. 539-597.
- Ozansü, Mehmet Cemil : **Erken Modernlikte Ceza Sorumluluğunun Kamusallaşması ve Rasyonelleşmesi**, 1.bs., İstanbul, On İki Levha, 2014, s. 359-361
- Önder, Ayhan : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.1, İstanbul, Beta, 1991.
- Ökçesiz, Hayrettin : “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı ‘Radbruch Formülü’ ”, **TBBD**, S. 56, 2005, s. 167-174.
- Özbek, Veli Özer : **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2016.
- Bacaksız, Pınar
- Doğan, Koray
- Tepe, İlker
- Özbey, Özcan : “Yağma Suçunda Daha Az Cezayı Gerektiren Hal ve Etkin Pişmanlık Uygulaması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 44, Nisan 2010, s. 129-139.
- Özgenç İzzet : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2013
- Özgenç İzzet : **Gazi Şerhi**, 3. bs., Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2005.

- Özgenç İzzet : **Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Seçkin, 2002.
- Özgenç İzzet : “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan**, Cilt 5, S. 1-2, 1996, s. 443- 454.
- Page, Henri de : “Tabii Hukuk Ve Hukuki Pozitivizm”, Çev. Hamide Uzbank, **AÜHFD**, C. 2, S. 1, 1982, s. 96 - 126.
- Peters, Karl : “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag**, Ed. Günter Stratenwerth, De Gruyter, Berlin-New York, 1974, s. 415 - 429.
- Radbruch, Gustav : “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, **Süddeutsche Juristen-Zeitung**, Y. 1, S. 5, 1946, s. 105-108.
- Rauhut, Heiko : “Rechtfertigungen und Bagatelldelikte: Ein experimenteller Test”, **Klein aber fein! Quantitative empirische Sozialforschung mit kleinen Fallzahlen**, Ed. Peter Kriwy, Christiane Gross, Wiesbaden, VS Verlag, 2009, s. 373-396.
- Krumpal, Ivar
Beuer, Mandy
- Rengier, Rudolf : **Strafrecht Besonderer Teil II: Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit**, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005.

- Roxin, Claus : **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre**, Verlag C.H. Beck, München, 2006.
- Roxin, Claus : “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, **ZStW**, S. 116, 2004, s. 929-944.
- Roxin, Claus : “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, **Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag**, Ed. Günter Kohlman, C.II, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1983, s. 303-313.
- Rönnau, Thomas : “Grundwissen - Strafrecht: Sozialadäquanz“, **JuS**, S. 4, 2011, s. 312-314.
- Rössner, Dieter : “Strafrechtsreform durch partielle Entkriminalisierung: Neue Wege beim Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches“, **ZRP**, Y.9, S.6, 1976, s. 141-146.
- Satzger, Helmut : **Strafgesetzbuch Kommentar**, 1. Auflage,
Schmitt, Bertram Carl Heymanns Verlag, 2009, Köln.
Widmaier, Gunter
- Satzger, Helmut : “Sach- und Vermögenswertgrenzen im StGB“, **JURA**, S. 34, 2012, s. 786-795.

- Schaffstein, Freidrich : “Sozialeadäquanz und Tatbestandslehre”, **ZStW**, S. 72, 1960, s. 369-396.
- Schäfer, Gerhard : **Praxis der Strafzumessung**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2012.
- Sander, Günther M.
- Gemmeren, Gerhard van
- Schild, Wolfgang : “Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit: Zur Verbrechens- und Straφphilosophie von Immanuel Kant”, **Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag**, Ed. Rainer Zaczyk, Michael Köhler, Michael Kahlo, Springer, Berlin, 1998, s. 429-441.
- Schroeder, Friedrich-Christian : “Das Strafrecht der DDR und der Sowjetunion”, **ZStW**, S. 91, 1979, s. 1065 - 1095.
- Schönke, Adolf : **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2014.
- Schröder, Horst
- Solnar Vladimir, : “Kriminalpolitische Tendenzen des neuen tschechoslowakischen Strafrechts im Vergleich mit dem modernen deutschen Strafrecht”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 223-238.
- Sözüer, Adem : **Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu**, s. 2. (çevrimiçi) <http://hukuk.istanbul.edu.tr/cezahukuku/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, 25.12.2016.

- Sözüer, Adem : “Prof. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck’in Türk Ceza Hukuku Reformuna Katkıları”, **Risk Altındaki Global Dünya Toplumu ve Ceza Hukuku (Criminal Law in the Global Risk Society)**, Ed. Feridun Yenisey/Ulrich Sieber İstanbul, 2011, s. 243 - 270.
- Sözüer, Adem : “Diversion im Türkischen Recht”, **Dünya’da ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi II - Tebliğler**, Ed. Adem Sözüer, İstanbul, 2010, s. 201-210.
- Sözüer, Adem : “Tehdit Suçu”, **İÜHFİM**, C. 54, S. 1-4, 1994, s. 125 - 146.
- Sözüer, Adem : **Suçta Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Stratenwerth, Günter : “Immer noch: Die Strafen im Bagatellbereich nach neuem Recht”, **Forumpoenale**, S. 4, 2009, s. 230-232.
- Şenses, Erkan : “Ceza Muhakemesi Hukukunda Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı”, **TBBD**, S.105, 2013, s. 379-400.
- Taşdemir, Kubilay : **Hırsızlık Suçları**, Adil Yayınevi, Ankara, 2002.
- Ramazan Özkepir

- Tezcan, Durmuş : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. bs.,
Erdem, Mustafa Ruhan Ankara, Seçkin, 2016.
Önok, R. Murat
- Tosun, Öztekin : “Ceza Hukukunun Gerçek Kaynakları”,
İÜHFD, C. XXVIII, S. 3-4, 1963, s. 620-632.
- Trechsel, Stefan : **Schweizerisches Strafrecht: Allgemeiner**
Noll, Peter **Teil I**, 6. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag,
2004.
- Üçok, Coşkun : **Türk Hukuk Tarihi**, 11. bs, Ankara, Turhan
Mumcu, Ahmet Kitabevi, 2006.
Bozkurt, Gülnihal
- Üçok, Coşkun : “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza
Hukukuna Aykırı Hükümler III”, **AÜHFD**, C.
IV, S. 1-4, 1947.
- Ünver, Yener : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet, Ankara,
Hakeri, Hakan 2015.
- Ünver, Yener : “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku
Gelişmeleri”, **Prof. Dr. Çetin Özek**
Armağanı, Ed. Köksal Bayraktar, İstanbul,
2004, s. 907-1011.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukunda Korunması Amaçlanan**
Hukuksal Değer, 1.bs, Ankara, Seçkin, 2003.

- Ünver, Yener : “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısı’nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, **İÜHF**, C. 59, S.1-2, 2001, s. 51-153.
- Ünver, Yener : “Uluslararası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar”, **KHukA**, S. 2-3, 2000, s. 148-177.
- Ünver, Yener : **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, 1.bs, İstanbul, Beta, 1998.
- Üzülmez, İlhan : “Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Şartlarında Hata (Karar Tahlili)”, **Dünya’da ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi II - Tebliğler**, Ed. Adem Sözüer, İstanbul, 2010, s. 211-216.
- Üzülmez, İlhan : “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, **EÜHFD**, C. II, S. 1-2, 2007, s. 71-87.
- Akkaş, Ahmet Hulusi
- Valerius, Brian : “Zur Sozialadäquanz im Strafrecht”, **JA**, S. 8, 2014, s. 561-568.
- Vogler, Theo : “Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung”, **ZStW**, S. 90, 1978, s. 132- 172.
- Volk, Klaus : “Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien Jenseits des Deliktsaufbaus”, **ZStW**, S. 97, 1985, s. 871-918.

- Vormbaum, Thomas : **Reform des Strafgesetzbuchs: 1959 bis**
Rentrop, Kathrin **1996**, Berliner Wiss.-Verlag, 2008.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz : “TCK md.145 ‘Malın Değerinin Az Olması’:
Hırsızlık Suçunda ‘Malın Değerinin Az
Olması veya Suçun İşleniş Şekli ve
Özelliklerinin’ Ceza Tayininde Göz Önüne
Alınması”, Ed. Veli Özer Özbek, **CHD**, S.15,
Nisan 2011, s. 29 - 45.
- Yenisey, Feridun : **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch**
Plagemann, Gottfried **(StGB)**, 1. Bası, Beta, İstanbul, 2009.
- Yenisey, Feridun : **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. bs. Seçkin,
Nuhoğlu, Ayşe Ankara, 2015.
- Wang, Yu : **Qualitative und quantitative Instrumente**
zur Einschränkung der Strafverfolgung bei
fehlendem Strafbedürfnis: Ein deutsch-
chinesischer Rechtsvergleich, LIT Verlag,
Berlin, 2014.
- Weigend, Ewa : “Die Bekämpfung der Bagatellkriminalität in
Zoll, Andrzej Polen”, **ZStW**, S. 95, 1983, s. 749-774.
- Welzel, Hans : **Das Deutsche Strafrecht: Eine**
Systematische Darstellung, 11. Auflage,
Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- Welzel, Hans : “Studien zum System des Strafrechts”, **ZStW**,
S. 58, 1939, s. 491- 566.

- Wessels, Johannes
Beulke, Werner : **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, 41. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011.
- Wessels, Johannes
Hettinger, Michael : **Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte**, 34. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.
- Wessels, Johannes
Hillenkamp, Thomas : **Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte**, 33. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2010.
- Wilhelm, Gallas : “Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs”, **Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978**, Ed. Arthur Kaufmann, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, s. 153-179.
- Zaczyk, Rainer : “Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm”, **Goltdammer's Archiv für Strafrecht**, S. 161, 2014, R.v. Decker's Verlag, Hamburg-Heidelberg, s. 73-90.
- Zielinski, Diethart : **Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß**, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1973.

Zipf, Heinz : “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, **ZStW**, S. 82, 1970, s. 633 - 654.

Zipf, Heinz : “Die Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (§ 42 StGB)”, **Salzburger Universitätsreden**, S. 58, Universitätverlag Anton Pustet, Salzburg-München, 1975, s. 6 - 39.

_____ : **Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu**, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2005.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <https://beckonline.beck.de>

- <http://www.tdk.gov.tr>

- <http://www.duden.de>

- <http://www.gesetze-im-internet.de>

- <http://www.jurakopf.de>

- <http://www.kazanci.com>

- <https://www.jurion.de>

- <http://www.zis-online.com>

- <http://www.zjs-online.com>

-<http://www.diyamet.gov.tr>

-<http://www.ratg.at>

- <http://emsal.yargitay.gov.tr>
- <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr>
- <http://hukuk.istanbul.edu.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr>
- <http://www.jstor.org>
- <https://www.swisslex.ch>
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr>



ÖZGEÇMİŞ

1987 yılında İstanbul'da doğdu. 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl girdiği Hakim-Savcı Adayı Seçme Sınavını kazanarak mesleğe başladı. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ndeki yüksek lisans eğitimini 2011 yılında oybirliğiyle kabul edilen "Türk Ceza Kanunu'da Etkin Pişmanlık" isimli teziyle tamamladı. Lisansüstü çalışmaları TÜBİTAK tarafından "Bilim İnsanı Destekleme Programı" çerçevesinde desteklendi. Doktora eğitimi boyunca çalışmalarını yurtiçi ve yurtdışında değişik şehirlerde sürdürdü. 2012-2013 yılları için DAAD (Deutsche Akademische Austauschdienst) bursu kazandı. Halen İstanbul Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmaktadır.

