

# Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması

Altan HEPER\*

## 1. Giriş

Bu çalışmada Ceza hukuku ve hukuk Felsefesi arasındaki ilişkiler Almanya ve Türkiye karşılaştırılması bağlamında ele alınacaktır.<sup>1</sup> Almanya ve Türkiye karşılaştırılmak için uygun iki ülkedir, çünkü Türkiye’de Ceza hukuku ve Ceza usul hukukunda 20. Yüzyıldan başından beri gittikçe artan bir Alman etkisi söz konusudur. 1900’lerin başında Osmanlı döneminde Ceza Usul Kanunu’nun iktibasının gerçekleşmemesi sonrası 1929 yılında 1877 tarihli Alman Ceza Usul Kanunu değişikliklerle resepsiyonu söz konusu olmuştur. Nazi dönemi Almanya’dan kaçan mülteci Alman hukukçularından –özellikle Ernest E. Hirsch ve von Aster’i bu bağlamda hukuk felsefecisi, Richard

Honig’i ceza hukukçusu olarak anmak gerekir– Türk hukukunda kurucu-kalıcı etkiler bırakmışlardır<sup>2</sup>. Çok sayıda hukukçu arasından bazı hukukçuları ismen anmak gerekirse Nurullah Kunter ile daha yeni kuşak yeni Yenisey’lerle 50’liler, 60’lar ve 70’lerde Alman dogmatığının etkisi günümüze kadar gelmiştir. Freiburg’daki Max Planck Uluslararası ve Yabancı Ceza Hukuku Enstitüsü çok sayıda ceza ve ceza usul hukukçusunun Alman hukukunun etkisiyle yetişmesine ve çalışmasına yol açmıştır<sup>3</sup>. 2004 yılındaki yeni Türk Ceza Kanunu’nun ve 2005 yılındaki yeni Usul Kanunu’nun hazırlanmasında Alman hukuku damgasını vurmuş, çok sayıda Alman hukukçu hazırlık çalışmalarına katılmıştır<sup>4</sup>. Tüm bunların dışında Almanya’da dokto-

\* *Dr. Dr. jur., Özyeğin Üniversitesi ve Tübingen Üniversitesi Öğretim Üyesi*

- 1 Bu çalışma 05.11.2014 tarihinde İstanbul HFSA VII. toplantısında verilen tebliğin gözden geçirilmiş halini ihtiva etmektedir. Tebliğin değişik bir versiyonu ilk kez almanca olarak 26 Ağustos 2013 tarihinde Polanya’da Slubice şehrinde Almanya-Japonya- Polanya-Türkiye Ceza Hukuku sempozyumunda sunulmuştur ve “Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie- Ein Fruchtbare Spannungsverhältnis” başlıklı Jan C. Joerden, Andrzej J. Szwarc, K. Yamanaka, Yener Ünver sempozyum derlemesinde yayınlanmıştır (Altan Heper, İstanbul/Stuttgart, Das Verhältnis zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie in der Türkei –einige rechtsvergleichende Betrachtungen-Poznan, 2014, s. 33-73). Bu toplantı ve diğer tebliğler hakkında Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafınca iki dilde yayınlanan Hukuk Köprüsü, Altan Heper, Sempozyum Raporu, 2013, No:5, s. 368-374.
- 2 Alman hukukçular için Innsbruck Üniversitesi’nde yapılan bir doktora çalışması Deniz Alexandra Ünver, “Von der Scharia zum modernen Rechtsstaat unter besonderer Berücksichtigung der Haymatlosen”
- 3 Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Recht araştırma enstitüsü İstanbul’da Bahçeşehir Üniversitesi’nde bir büro açmıştır.
- 4 Tellenbach, Silvia, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg 2003; Das türkische Strafgesetzbuch-Türk Ceza Kanunu, Deutsche Übersetzung und Einführung, Berlin 2008, s. 2; Roxin, Claus/İsfen, Osman, Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuchs, Goldammers Archiv, 2005, s. 228-243 (229); Alman ceza hukukunun belirleyici etkisi konusunda Hakan Hakeri, Alman Hukuku’nun Türk Ceza Hukuku’na Etkisi, Hukuk Köprüsü, 2012, Yıl 1, Sayı 1, s. 50.

ra öğrenimi gören ve araştırma için uzun süreler kalan Türk hukukçu sayısı oldukça fazladır. Hukuk felsefesi alanında da ceza ve ceza usul hukukunda olduğu kadar kadar olmasa dahi Alman etkisi çok sarıdır.<sup>5</sup> Buna karşılık Türk ceza hukuku ve Türk ceza usul hukukunun Almanya'daki tanınmışlığı sınırlıdır<sup>6</sup>. Türk Hukuk felsefecileri içinde Almanya'da veya Almanca konuşan ülkelerde yayın yapan çok nadirdir<sup>7</sup>. Buradan Ceza Hukuku dogmatığı ve Hukuk felsefesi arasındaki ilişkiye geçmeliyiz.

## 2. Dogmatik Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Arasındaki “Akrabalık” İlişkisi

Hukuk dogmatığı hukuk biliminin esasını oluşturur ve görevi hukuku betimlemek, hukuka anlam vermek ve sistematize etmektir. Hukuk dogmatığının tamamlanması alanlar hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve hukuk Sosyolojisi gibi temel alanlardır.

Ceza hukuku dogmatığı de bu görevleri Ceza hukuku anlamında üstlenir.

Ceza hukuku dogmatığı ve hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi incelemeye pratik felsefe, hukuk felsefesi ve ceza hukuku dogmatığı arasındaki ilişkiden başlamalıyız. Düşünce tarihi açısından baktığımızda bu ilişkileri, yakın ilişkiler, akrabalık ilişkileri “olarak değerlendirebiliriz<sup>8</sup>. Bunun nedeni Ceza hukuku dogmatığının birçok argümanını, argümentasyon figürlerini (bunlar örnek olarak hareket kavramı, fiil, kast, hukuka uygunluk sebepleri), düşünce modellerini doğal hukuktan ve dolaylı olarak pratik felsefe veya ahlak (moral) felsefesinden almış olmasıdır<sup>9</sup>. Ceza hukuku problemlerinin akla uygun çözümünü sağlayabilmek için ceza hukuku dogmatığı akla uygun hukuk (Vernunftrecht) geleneği içersinde olmuştur, bu geleneğin kökenleri Roma Hukuku'na giderse de, Aydınlanma

5 Örnek olarak yaş sırasıyla Abdülhak Kemal Yörük, Rahmi Çobanoğlu, Orhan Münir Çağıl, Vecdi Aral, Hayrettin Ökçesiz ve Yasemin Işıқтаç.

6 Türk Ceza Kanunu'nun Almanca için, Tellenbach, yukarıda anılan eser; eski Ceza Kanunu'nun çevirisi S. Tellenbach, 2. Baskı, 2001, eski TCK'nın ilk çevirisi Naci Şensoy, Osman Tolu, das türkische Strafgesetzbuch, 1955, Berlin.

7 Tespit edebildiğimiz kadarıyla tek yayın Hukuk Felsefesine ilişkin Hayrettin Ökçesiz'e ait, Ein Vorläufer des zivilen Ungehorsams, ARSP, 81, (1995) s.65-72.

8 Joerden/ Sczwarc, Vorwort, Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, Poznan 2014, s. 9; Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi arasındaki ilişki için ayrıntılı olarak Tatjana Hörnle, Strafrecht und Rechtsphilosophie, Tradition und Perspektiven in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin, Berlin 2010, S. Grundmann, M. Kloepfer, C.G. Paulus, R. Schröder, G. Werle ( Hrsg.) s. 1265- 1282; Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden- Baden 2001; aynı yazar, Strafrecht und Moral- Trennendes und Verbindendes in: Festschrift Schreiber, İstanbul, 2005 s. 959-970; Berlin, 2005 s. 959-970; Ernst- Joachim Lampe; Strafphilosophie, Köln, 1999 Michael Pawlik, Strafrechtswissenschaftstheorie, in: FS- Jakops, Köln 2006, s. 469-496; Winfried Hassemer, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft am Beispiel des Strafrechts, in: R. Alexy/R.Dreier/U.Neumann ( Hrsg.), Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland, ARSP, Beiheft, Nr. 44 (1991), s. 130-143.

9 Joerden/Sczwarc, age. s. 10.

ile birlikte tomurcuklanıp çiçek açmıştır<sup>10</sup>. Bu Aydınlanma çağının akla yatkın hukuk geleneğini ceza hukukunun genel hükümleri bölümünde oldukça net bir şekilde görüyoruz. Genel hükümlerin genellikle sadece zorunlu olduğu kadar kısa düzenlendiğini, buna karşılık münferit suçların yer aldığı özel hükümlerin çok daha geniş düzenlendiği, özel hükümlerin tamamlayıcı hukuki yorumları gerektirdiğini tespit ediyoruz<sup>11</sup>. 17. Yüzyılın ve 18. Yüzyılın isnadiyet teorisi (Zurechnungslehre) bugün ceza hukukunun düşünce figürlerinin yorumunda, örneğin actio libera in causa (sebebinde serbest hareketler) veya eleştirel yaklaşımın olsun olmasın versari in re illicita hala rol oynamaktadır<sup>12</sup>.

Doğal hukukta ve hukuk felsefesince ortaya konan isnadiyet öğretisi içerisinde yeralan üzerinde kafa yorulan, çalışılan argümentasyon figürleri ceza hukuk doğmatığı için her zaman önemli bir temel oluşturmuştur, oluşturmaya da devam edecektir, ceza hukuku açısından fiil kavramı, ceza hukuku açısından nedensellik bağlantısı (özel hukuk açısından bir kenara bırakıyoruz), kast kavramı (dolus directus,

dolus indirectus, dolus eventualis v.b gibi kavramlar), hukuka uygunluk nedenleri, mazeret öğretisi, bu kavramlar arasındaki fark, müşterek faillik ve suça iştirak, azmettirme, suça yardımcı olma arasındaki fark, bu farklar kısmen ortadan kalksa veya önemli ölçüde değişikliğe uğrasa dahi bugün de yön tayini açısından önem taşıyor. Teşebbüs (kalkışma, fiilin icra hareketlerinin tamamlanması veya failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması, faal nedamet), taksir ve meşru müdafanın sınırları (meşru müdafanın sosyal etik açısından sınırlanması) köklerini doğal hukuk ve ahlak felsefesi düşüncesinde bulmaktadır. İnsan yaralama suçunda geçerli rızanın sınırlarını da burada bulmaktayız<sup>13</sup>.

Hukuk felsefesi ve ahlak felsefesi ceza hukuku normlarının yorumlanması için temel kriterleri sağlamaktadır<sup>14</sup>. Bu da bir yandan doğrudan doğruya yorum metodlarını sunmakla, diğer yandan cezanın temellendirilmesi ve cezanın, cezalandırmanın amaçları ile irdelemesiyle mümkün olmaktadır. Tabii cezalandırma amaçlarıyla ilgili öğretiler Immanuel Kant<sup>15</sup>, Georg Wilhelm Hegel<sup>16</sup> ve Paul Johannes Anselm

10 Rüping, Hinrich/ Jeroscheck, Günther, Grundris der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl, 1996, §§10.

11 Joerden/Sczwarc, age.

12 Cramer, Peter, Vollrausch als Abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen, s. 19; C. Ludwig Von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht II, Berlin, 1907, s. 277; Heper, Altan, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs nach deutschem und türkischen Recht, Göttingen, 1998, s.139, dipnotu 1.

13 Joerden/Sczwarc, age. s. 10, 11; ceza hukuku kurumlarının felsefi gelişimi için ayrıntılı olarak Axel Montenbruck Ceza Strafrechtsphilosophie (1995–2010) Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht 2. erweiterte Auflage, 2010.

14 Ceza hukuku ve ahlak ilişkisi için Kühl, age.; Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben. Herausgeber: Erik Wolf, Göttingen 1969 Anglo-Sakson bakış açısından H.L.A Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Ankara 2000, s. 17 vd.

15 Kant için I.Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Kants Werke, Bd. VI, Akademische Werkausgabe, 1968, 331 vd.

Feuerbach<sup>17</sup> döneminden çok farklı bir döneme girmiştir, fakat Eflatun ve Seneca'ya kadar gerilere giden mutlak ve göreceli ceza kuramları (quia peccatum est bzw. ne pecetur) tartışması halen sürmektedir.<sup>18</sup> Bu arada felsefi mantığın (philosophische Logik) Viyana çevresi, Wittgenstein üzerinde ceza hukuku dogmatığı üzerinde etkileri olduğunu söylemek gerekir<sup>19</sup>.

Doğal hukuk felsefesi bakış açısından devlet teorisi ceza hukuku dogmatığını de esaslı ölçüde etkilemektedir. Örneğin hukuk devleti prensibi ceza hukuku normlarının yorumuna net sınırlar getirmektedir<sup>20</sup>. Bu özellikle ilk kez Feuerbach tarafından formüle edilen ilke nullum crimen sine lege ve nulla poena sine lege, bir normun

lafzi anlamının ceza normunun yorumunda sınırları koyduğunu bize göstermektedir<sup>21</sup>. Tabii bu kuralın ayrıntılarında mutlaka tartışmalar olmaktadır, özellikle mukayeseli hukuka veya uluslararası hukuka, mesela Uluslararası Adalet Divanı'nın statüsüne baktığımızda, analogi yasağıyla ilgili farklı anlayışların bulunduğunu görürüz<sup>22</sup>. Suçların kanuniliği prensibi genellikle şekli bir sınır oluştururken, hukuk devleti ilkesi ceza hukukuna maddi, içeriksel sınırlar da getirir. Örneğin işkence bir meşru müdafaa fiilinin meşru müdafaaaya yardım fiilinde bu bağlamda meşru bir araç mıdır? Ceza usul hukukunda hakikatın bulunması, araştırılması ilkesinde sınırlar ne olacaktır (örneğin nemo tenetur se ipsum accusare?)<sup>23</sup>

- 16 Hegel, Georg W. F., Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Hoffmeister, Johannes (Hg.), 1995, §§ 99 ff. Hegel'in bakışının aktarılışı için: Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1977, § 3 Rn 3 vd.
- 17 Feuerbach Paul Johann Anselm von Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Heyer, Giessen 1801. Dijital metin Deutschen Textarchiv; Gustav Radbruch Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben. Hrsg. Erik Wolf, Göttingen 1969.
- 18 Cezanın amaçları konusundaki teori tartışması için M. Emin Artuk, Der Sinn und der Zweck der Strafe, Klön, Doktora Tezi, 1977; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, 2007, s. 201-203; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmuk, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 63-69; Tatjana Hörnle, Strafrechtstheorien, Tübingen, 2011.
- 19 Joerden/Sz arc, age. s. 11; Manfred Herbert, Rechtstheorie als Sprachkritik, Zum Einfluss Wittgensteins auf die Rechtstheorie, Baden- Baden, 1995; yaklaşık 200 sayfalık Wittgenstein bölümü ile Wittgenstein felsefesini, felsefi mantığı en iyi açıklayan çalışma olarak Wolfgang Stegmüller, Die Hauptströmungen der Gegenwartphilosophie, Bd. 1, 7. Baskı, 1989.
- 20 Haft, Fritjof, Über Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; Bern Heinrich, Strafrecht-Allgemeiner Teil, 2005, Stuttgart, s. 8 vd.
- 21 Joerden/Szwarc, age. s. 11; Almanya açısından Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert, 45. Aufl, 1991, München, §1 Rn. 10.
- 22 Eser, Albin, Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie in: Das Gesetlichkeitsprinzip im Strafrecht. Hrg. Eric Hilgendorf, Tübingen, 2013, s. 259-263.
- 23 Joerden/Szwarc, age. s. 12.

Bütün bu sınırlamaların temelinde işkence yasağı, yasak delillerin değerlendirilmesi, zehirli ağacın meyvelerinin temelinde Kant tarafından olgunlaştırılan insan onuru düşüncesi yatmaktadır<sup>24</sup>. Kategorik Emperatifin amaç formülü (öyle hareket et ki, insanlık hem senin şahsında hem de bir diğer insanın şahsında her zaman amaç olarak, hiç bir zaman sadece araç olarak sana ihtiyaç duymasın) Alman Anayasası'nın en önemli yorumcularından kendi adıyla tanınan Kant'ın temel fikirlerinden geliştirilen insan onuru formülüyle de tanınan Günther Dürig bu ilkeyi devlet ve yurttaş arasındaki ilişki bağlamına uygulayarak, ceza hukuku ve ceza usul hukukunda, devletin vatandaşlarını hiçbir zaman eşya, nesne olarak işleme tabi tutamayacağını, mesela her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılmasında işlem yapılmasının caiz olmadığı sonucuna varmaktadır<sup>25</sup>. Maddi ceza hukukunda bu anlayışın sonucu ultima ratio (son çare ilkesi) olarak ortaya çıkmaktadır<sup>26</sup>.

Felsefede Cicero ve Pico della Mirandola tarafından ortaya atılıp Kant tarafından olgunlaştırılan insan onuru ilkesi tip ceza hukukunda önemli bir rol oynamaktadır.<sup>27</sup> İzin verilen (yasal) ve izin verilmeyen yasal olmayan ölüme yardım (Almanya açısından Alm. CK 216 d ve yasal ve yasal olmayan kürtaj (Alm. CK 218 d) ve preimplantasyon diagnostiğinde insan onuru argümanları her iki tarafın da dayandığı argümanlar olabilmektedir. Burada dikkat çeken nokta insan onurunun rol oynayıp oynaması değil, orijinalinde, aslında ahlak felsefesine ait bir kurumun, ilkenin ceza hukukunda bu kadar etkili olabilmesidir.<sup>28</sup>

Ceza hukuku ve felsefe, hukuk felsefesi arasındaki ilişkiye böylece kısaca baktıktan sonra Almanya'da bu ilişkiye bir göz atmak istiyorum.

Almanya'da hukuk eğitimi hukuk fakültelerinde (law school değil) yapılmakta ve kürsülerde öğretim ve eğitim yetkisi birden fazla alan için verilmektedir, yani

- 24 Kant'da insan onuru kavramı için Marcus Rothaar, Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts, Tübingen 2015, s. 145-202; Ceza Hukuku ve Onur ihlalleri için Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 936 vd.; Özbek, Kambur, Bacaksız, Tepe, Ceza Hukuku, s. 77; İnsan onuru ve ceza hukuku ilişkisi için Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 1, Rn. 18; von Münch, Kunig, Philipp, Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Art. 1, 6. Aufl. 2012 Berlin, s. 94 vd.
- 25 G. Dürig in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München 1958, Art. 1 Nr. 1; Dürig'in görüşlerine eleştirel bir yaklaşım için Eric Hilgendorf, İstismar Edilen İnsan Onuru (çev. Altan Heper), Hukuk Köprüsü, 2013, Nr. 4, s. 36 vd.
- 26 Joerden/Szwarc, agy; ultima ratio ilkesi için Amboss/Steiner, JuS 2001, 9 (10); Roxin, Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 38 vd.
- 27 Ayrıntılı olarak Menschenwürde und Medizin, Ein interdisziplinäres Handbuch, Hrsg. Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf und Felix Thiele, Berlin, 2013.
- 28 Joerden/Szwarc, age. s. 12.

başlı başına bir hukuk felsefesi kürsüsü bulunmamakta,<sup>29</sup> bunun yanında ceza hukuku, ceza usul hukuku da gelmektedir. Bu kombinasyon yaygındır, bunun yanında anayasa, idare hukuku ve hukuk felsefesi gibi kombinasyonlar da mümkündür. Bu nedenle G. Radbruch, H. Welzel, A. Kaufmann, düşman ceza hukukunun mucidi Günter Jakops gibi ünlü cezacılar aynı zamanda felsefecilerdir, yeni kuşak hukukçular içerisinde çok sayıda ceza hukukçusu, kamu hukukçusu aynı zamanda felsefe eğitimi almıştır<sup>30</sup>. Türkiye’de durum bilindiği gibi farklıdır. Ceza hukukçuları hukuk felsefesi ile genellikle ilgilenmemektedir,<sup>31</sup> hukuk felsefecileri de kural olarak ceza hukukuna ilgi duymamaktadırlar,<sup>32</sup> yani karşılıklı bir ilgisizlik vardır. Ceza hukukçuları ders kitaplarında ceza hukuku –anayasa hukuku, ceza hukuku– idare hukuku, kri-

minoloji, ceza usul hukuku, infaz hukuku, özel hukuk, devletler hukuku vs. her hukuk alanını incelerken hukuk felsefesine hiç değinmemektedirler. Ceza hukukçularının hukuk felsefesiyle, hukuk felsefecilerinin de ceza hukukuyla ilgisi olmadığını söylediğimizde konuyu burada bitirmek olanağı doğmaktadır, fakat ceza hukuku ders kitaplarını incelediğimizde hukuk felsefesi kökenli ceza hukuku kurumlarına, figürlerine ilişkin açıklamalar, konseptler bulunduğunu görmekteyiz<sup>33</sup>. Neredeyse iki yüzyıldır var olan Avrupa etkisinin, Fransız, İtalyan ve Alman etkisinin Türk ceza hukuku dogmatikliğinde hukuk felsefesi konseptlerinde rastlanması da doğaldır, bu da büyük bir ihtimalle ne ceza hukukçularının ne de hukuk felsefecilerinin dikkatini çekmiştir. Her iki grup da sadece kendi “bransları” ile ilgilendiğini ileri sürmektedir, ama fiiliyat-

- 29 Görüldüğü kadarıyla Göttingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pforte’nin kürsüsü istisna teşkil etmektedir, Almanca konuşulan ülkelerde hukuk felsefesiyle ilgili kürsülerin listesi için <https://rechtsphilosophie.wordpress.com/2013/06/13/rechtsphilosophische-lehrstuhle-an-deutschsprachigen-universitaeten/>
- 30 Örnek olarak İstanbul’a sık gelen buradan bir onursal doktora alan Kristian Kühn de felsefeci, yine Türkiye ile yakın ilişkideki Eric Hilgendorf da felsefecidir, her ikisinin ceza hukuku yanında bir de felsefe doktoraları da vardır. Dietmar von der Pforte de bu niteliktedir. Kamu hukukçuluğunun yanında hukuk felsefesinde isim yapmış birçok hukukçu ciddi bir felsefe eğitimi almıştır, bu gruba örnek olarak W. Brugger, Robert Alexy, Joachim Lege, Stefan Kirste gibi isimleri verebiliriz.
- 31 Genç Ceza Hukukçusu İlker Tepe bir istisna teşkil etmektedir. Tepe Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “Ceza Hukukunun Felsefi Temelleri” isimli bir ders vermektedir ( <http://yenihukuk.blogspot.de/2014/06/türk-ceza-hukuku-öğreniminde-yeni-ama.html>) Yayına hazırlanan “hareket” konusundaki doktora tezi ceza hukuku- hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Eski kuşaklardan ceza hukukçusu Selahattin Keyman’ın eserleri de derin bir hukuk felsefesi, hukuk teorisi yansıtmaktadır. Ceza hukukçusu Yener Ünver’in çalışmalarında da insan onuru, değer kuramı, düşman ceza hukuku gibi hukuk felsefesi-ceza hukuku kesişmelerini görüyoruz (Ceza Hukukunda Korunan Hukuki Değer, Prof. Dr. Yener Ünver: Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 7).
- 32 Hayrettin Ökçesiz “Düşman Ceza Hukuku”nu Türkiye’de ilk kez ve ayrıntılı olarak tartışan hukuk felsefecisidir. H. Ökçesiz, Düşman Ceza Hukuku, Düşman Ceza Hukukuna Eleştirel Bir Yaklaşım II, HFSA, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, No: 16 , s. 29-38. Ayrıca ceza hukuku derlemesi olarak Yener Ünver/ Kayıhan İçel, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara, 1998.
- 33 Örneğin fiil teorisiyle ilgili olarak Bahri Öztürk/Mustfa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 165. Suç yapısına ilişkin olarak Veli Özer Özbek/ Nihat Kambur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuk, Genel Hükümler, 2. Baskı,

ta ceza hukuku kitaplarında genel hükümlerde cezanın amacı ve fonksiyonu veya fiil veya kusur gibi büyük ölçüde hukuk felsefesini ilgilendiren açıklamalar yer almaktadır, Türkiye’de ceza hukukçuları bu açıklamaları Avrupalı klasiklerden yorum yapmaksızın veya eleştirel bir süzgeçten geçirmeksizin alıntılanmaktadır.

Almanya’da ceza hukuku ve hukuk felsefi ilişkisi nasıl kurulmakta?

Tatjana Hörnle bir yöntem olarak Alman ceza hukukçularının, görüşlerine yakınlık duyduğu düşünür üzerinden bu ilişkiyi gerçekleştirdiklerine dikkat çekmektedir,<sup>34</sup> bu düşünür de çok büyük bir ihtimalle Alman idealizmden biri olmakta, yani Kant, Fichte veya Hegel’i karşımızda bulmaktayız. Bu düşünürlerin eserlerindeki temalar, konulara incelenen ceza konusu içinde atıf yapılmaktadır, bazen daha geniş çalışmalar “X’in felsefesi ışığında ceza hukuku” gibi çalışmalar yapılmaktadır.

Bu yöntem Türkiye’de uygulanmaktadır, çünkü hiçbir ceza hukukçusu kendini yeni Kantçı veya Hegelci olarak görmemektedir.

Almanya’da ceza hukuku ile hukuk felsefesinin ortak konularından biri ceza hukuku ve ahlakın ayrılığı veya ilişkisi

konusudur. Bu bağlamda her iki branşla da meşgul olan Kühl, Kant’a gönderme yaparak hukukun amacının herkesin dış özgürlüğünün korunması olduğunu söylemektedir<sup>35</sup>. Buna göre karşılıklı olarak sınırlanan dış özgürlük büyük ölçüde mer’i Alman ceza hukukunun korunan hukuki değerler düzenini belirlemektedir. Alman Hukukunda yaşam ve vücut dokunulmazlığı özgürlüğün kullanım koşulları olarak Ceza Kanunu’nun özel hükümlerinde “kişisel özgürlük” başlığı altında düzenlenmiştir, kişisel özgürlük de Kant’ın anladığı anlamda “bir insanın davranışını yabancı birinin etkisi olmadan belirleme olanağı” olarak anlaşılmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun 13. Bölümü’nde “kendi cinsel davranışını tayin hakkı” olanağı korunmaktadır, bu başlık bize yasa koyucunun cinsel suçların umumi adaba ve ahlaka aykırı suçlar olmadığını, cinsel alanda dış özgürlüğe müdahale olduğunu göstermektedir. Sadece ahlaka aykırılıklar, mesela zina, basit ahlaka aykırılıklar artık genel kabul gören anlayışa göre ceza hukuku düzenlemelerinin konusu olmamaktadır, çünkü bunların ilgisinin dış özgürlüğünün korunması için cezai yaptırıma tabi tutulmasına gerek yoktur.

Kantçı temel görüşler Türk hukukuna aşına görüşlerdir, legalite, moralite ayrımı,

Ankara, 2011, s. 183-189; Görüldüğü kadarıyla Selahattin Keyman ceza hukukunun felsefi temelleriyle ilgilenen çok az sayıdaki ceza hukukçularından biridir. “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket” makalesi (A.Ü.H. F Dergisi, 1988, s. 121-171) hukuk felsefesi bakış açısını da içermektedir. Aynı şekilde Yener Ünver’in “Ceza Hukukuyla Korunması Gereken Değer” Ankara, 2003 isimli çalışması ceza hukuku-hukuk felsefesi kombinasyonu bakımından ilginçtir. İlhan Rahimov’un Azeri Türkçesinde yazılmış ve Türkiye Türkçesine çevrilmiş “Suç ve Ceza Hukuku Felsefesi” çalışması, Ankara, 2014, özellikle cezalandırma hakkı (s. 113 vd.) geniş bir felsefi birikimi yansıtmaktadır.

34 Hörnle, age. s. 1271.

35 Kühl, age. s. 962.

herkesin dış özgürlüğü ve niyetler, eğilimlerim iç dünya fenomeni olması bilinen kavramlardır<sup>36</sup>. Alman ve Türk ceza hukuku arasındaki fark Türkiye’de bu ayırmadan pratik sonuçlar çıkartmamadır ve eleştirel sorgulamalar yapılmamasıdır. Hukuk felsefecileri için ceza hukuku tamamen bir yabancı alan olarak algılanmaktadır.

Bu bağlamda önemle belirtmek gerekir ki, Almanya’da da hukuk felsefesine ilgisiz kalan çok sayıda ceza hukukçusu vardır, Almanya’da ceza hukukçularının tamamının hukuk felsefesiyle yakından ilgilendiğini söylemek mümkün değildir.

### 3. Türkiye’de Hukuk Bilimi ve Hukuk Felsefesi

Türkiye’de dogmatik alanlarda çalışan hukukçuların neredeyse tamamı hukuki pozitivism taraftardır. Hakim anlayışa göre hukuk tüm yasal düzenlemelerin bir bütünü olup, gerektiğinde devlet yaptırımları sonucunu doğurur. Hukuk ve ahlak arasındaki en önemli fark da hukukun zorla yerine getirilmesidir. Argümanlar pozitif hukuk açısından getirilir, en fazla olsa olsa hukuk politikası içeren görüşler öne sürülür.

Ceza hukukçuları pratik felsefenin, pratik hukuk felsefesinin önemini kavramadıkları için argümanlarını, örneğin tıp ceza hukukunda rızayı sadece pozitif hukuk açısından temellendirmeye çalışmaktadır<sup>37</sup>.

Temellendirme yapılacağı zaman da, öğretilerdeki bir veya birkaç görüşü aktarmakta, çoğunlukla kendi görüşünü temellendirmeden veya net bir pozisyon almadan bu yapılmaktadır<sup>38</sup>.

Her anayasada olduğu gibi Türk Anayasası’nda ve Alman Anayasası’nda pozitifleştirilmiş doğal hukuk ilkeleri bulunmaktadır. Türkiye. Anayasası’nın 12. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin doğal hukuk kaynaklı, olduğu belirtilmektedir. Anayasa’da yer alan hukuk felsefesi için önem taşıyan ceza hukukçuları tarafından ele alınan konular; hukuka ulaşım, dinlenilme hakkı (Anayasa 36 md.), doğal hakim, cezanın, ceza tedbirlerinin ve fiilin belirliliği ilkesi, sanığın aleyhine cezanın ağırlaştırılması yasağı, genel müsadere ve el koyma yasağı, masumiyet prensibi, kusur prensibi, yakınlar için tanıklıktan çekinme yasağı, hukuka aykırı elde edilen delillerin ispat değeri (Anayasa md. 38), devlet sorumluluğu (Anayasa md. 40). Almanya’da bu adli temel hakların karşılığını görmekteyiz, Alman Anayasası’nın 101, 103, 104. maddelerinde yukarıda saydığımız temel hakları görmekteyiz. Ceza Kanunu’nun garanti fonksiyonu bu maddelerde görülmektedir, bu başlık altında belirlilik prensibi, teamül hukuku, örf ve adet hukuku ile yeni ceza normlarının yaratılması ve analogi yasağı Türk anayasası’nda da bulunmaktadır.

36 Örnek olarak Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1984, s. 181-192; Yasemin Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, 2010, İstanbul, s.82; İzzet Özgenç ceza hukukunun büyük ölçüde ahlaklaştırılmasını savunarak bir istisna oluşturmaktadır. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, s. 279, dipnotu 424.

37 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, 2012, s. 327 vd.

38 İsfen, Osman, Das Schuldprinzip im Strafrecht, München 2008, s. 70 vd.



Bu bağlamda Alman Anayasası'nın 103/II'deki<sup>39</sup> ceza yasalarının geriye yürümezliği prensibi, anayasanın devletler hukuku ışığında yorumlanması ilkesi (md. 25) gereği, geriye yürümezlik yasağı bir hukuk devletinin normal işleyişi içerisinde görülür, geriye yürümezlik ilkesi iktidar sahiplerinin ağır insan hakları ihlallerini ileride kendilerinden hesap sorulmaması, ceza hukuku takibatına uğramaması yolunda korumaz. Buna örnek olarak Nazi suçları ve Doğu Almanya suçları, iki Almanya'yı birbirinden ayıran duvarda adam öldürme fiilleri verilebilir. Bu tür konularda genellikle Radbruch formülü olarak adlandırılan konsept gündeme gelir, bu formülün iki alt biçimi vardır: Birincisi bir yasanın "haksızlık" derecesi "tahammül edilemeyecek" bir seviyeye geldiğinde, bu "haksız yasa" adalet karşısında geri çekilmek zorunda, yok hükmünde olmaktadır. Yasa ve adalet arasındaki çelişki "dayanılmaz" hale gelmektedir<sup>40</sup>. Bizim Anayasamızın 38. maddesinin 2. fıkrasında Almanlardan farklı olarak zamanaşımı ile ilgili hüküm bulunmaktadır.

Türkiye'de zamanaşımı ve Radbruch formülü arasında, zamanaşımı normlarından adalet düşüncesi nedeniyle sapma konusu pek gündeme gelmiş konular değildir. Zamanaşımı kuralları hukuk güvenliği sağlamaktadır. Radbruch'a göre hukukun

üç ögesi vardır, bunlar adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği<sup>41</sup>. Öyle olaylarla karşılaşabiliriz ki, hukuk güvenliği adalet karşısında geri çekilmek zorunda kalacaktır, rejim değişikliği sonrası, devletin, kamu gücü tarafından uygulanan sistemli haksızlıkla bir şekilde hesaplaşması gerekir. Zamanaşımı kuralları bu haksızlıkla mücadelede, ceza adaletinin yerine getirilmesinde bir engel oluşturur, burada bir parantez açarak böyle bir hesaplaşmada sadece ceza hukuku yolu bulunmadığını, başkaca yol ve olanaklar bulunduğunu belirtelim<sup>42</sup>. Suç zamanaşımına uğramışsa, zamanaşımı süresini uzatmak veya değiştirmek mümkün değildir, bu değişiklikle suçun zaman aşımına girmesini önlemek mümkün değildir. Geriye yürümezlik ilkesinin, sonuç olarak hukuk güvenliğinin adaletle ilişkisi problemli bir konudur. Türkiye'de mutlak zamanaşımının olduğu ve dolacağı birçok siyasi dava vardır: Sivas olayları, 12 Eylül sanıkları vs. gibi. Burada gördüğümüz kadarıyla böyle bir tartışma yoktur, bu tür suçların insanlık aleyhine işlenen suçlar olduğu iddiasıyla zamanaşımının işlemeyeceği iddiaları dile getirilmektedir.

Radbruch formülü Türkiye'de hukuk felsefecilerince bilinen, fakat ceza hukukçuları tarafından önemi kavranmayan bir konsepttir. Sistem ve rejim değişikliğinde

39 Alman Anayasasının 103. md. 2. fıkrası "Bir eylem ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir"

40 Radbruch formülüyle ilgili olarak Sevtap Metin- Altan Heper, *Ceza Hukuku Felsefesine Katkı*, İstanbul, 2014

41 Dreier, Ralf, Gustav Radbruchs Rechtsbegriff in: Matthias Mahlmann (Hrsg.) *Gesellschaft und Gerechtigkeit*, FS-Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 2010, s. 36

42 Geçmişle hesaplaşma konusunda *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, hrg. Albin Eser- Jörg Arnold, Freiburg 2000.

önem taşıyan bu konseptin 1980'deki darbe sonrası uygulamalar için geçerli olup olmadığı sorgulanabilir.

#### 4. Ahlakın ve Hukukun Ayrılması – Hukuki Yükümlülükler

Hukuk ve ahlak ayrımı şüphesiz Türkiye'de hukuk başlangıcı kitaplarında heteronomi-otonomi bağlamında ele alınmakta, legalite ve moralite ayrımları için tabii ders kitaplarında örnekler verilmekte,<sup>43</sup> fakat bunun ceza hukuku normları için doğurduğu sonuçlar ele alınmamaktadır.

Fakat hukuk-ahlak ayrımı ve hukuk-ahlak ilişkisi statik değildir. Bu ikisi arasında hareketler, gidip -gelmeler, kesişmeler vardır. Örneğin ahlaka ilişkin alanlar hukuka entegre edilmektedir. Bunu Türk Ceza Kanunun'da "Koruma, Kollama, Yardım ve Bildirim Yükümlülüklerinin İhlali Suçlarında" görmekteyiz. Bu yükümlülüklerin anayasal temeli 12. maddedir. Alman hukukunda Alman CK.323. maddenin c bendi<sup>44</sup> ve TCK'nın 97. ve 98. maddeleri bu anlayışı göstermektedir. TCK 97. ve 98. maddelerinin TBMM gerekçelerinde,

herhangi bir hukuk felsefesi konsepti görülmemektedir. Almanya açısından 97. ve 98. maddelerin temel aldığı sosyal etik dayanışması istikrarlı bir konsept olarak görülmekte, böylece bu kavramdan herkes için acil hallerde yardım yükümlülüğü getirilmektedir. Türk ceza hukuku literatüründe maddelerin koruduğu hukuki değerlerin bir değer olarak sosyal dayanışma olduğu konusunda görüş birliği vardır.

Kühl Alman CK'nın 323. maddesinin c bendi bağlamında acil hallerde yardım yükümlülüğünü hukuk normu olarak mümkün görürken, asgari dayanışma yükümlülüğünün normlaştırılmasıyla, acil durum ile tehlikeye sokulmuş olan dış özgürlüğün tekrar sağlandığını, ve yükümlülüğünün de dış özgürlüğü sınırlandırmakta olduğunu ifade etmektedir. Bu sınırlama 34. maddede<sup>45</sup> hukuka uygun ıztırrar halinin zorunlu gördüğü katlanma yükümlülüğü için de zaten geçerlidir. Alman hukukunda hakim görüşe göre; Alman CK 323. c ve 34. maddede<sup>46</sup> ahlaken haklı kılınan yükümlülükler hukuk yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır.

43 Aral, agy.

44 Alman CK 323 c – Yardım etmeme suçu: Zarar doğuran bir olay veya büyük bir tehlike veya zaruret hali sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre, kendisinden beklenebileceği halde, özellikle, bunu kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülüklerini ihlal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen, yardım etmezse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (Tercüme Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.)

45 Alman CK 34. md.-Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali: Her kim, hayat, vucut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, hali hazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç fiili işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi ile karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail hukuka aykırı hareket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır. (Tercüme Yenisey/Plagemann).

46 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl, 1991, § 34 Rn. 24 ff.

Bu bağlamda anılacak bir suç tipi olarak TCK 233/2'de. hamile eşin ve sevgilinin terk edilmesi fiili suç olarak düzenlenmiştir. Yardım yükümlülüğünü bu derece yaymak hukuk devleti açısından problemlidir, çünkü böyle bir koruma özel hukuk olanaklarıyla sağlanabilir, ceza hukuku ultima ratio- son çare olduğuna göre bu durumda ceza hukuku aşırı bir adımdır.

Aynı şekilde TCK 278'deki ihbar yükümlülükleri de oldukça geniş tutulmuştur ve bu nedenle hukuk devleti ilkesi açısından problemlidir. Alman Hukuku açısından ihbar yükümlülüğü sadece ağır suçlar için getirilmiştir,<sup>47</sup> genel bir ihbar yükümlülüğü yoktur, her suç için genel ihbar yükümlülüğü, hukuka saygılı vatandaşın bir gazeteci, muhbir vatandaş oluşturmaktadır, bu toplumsal barışı bozar.

### 5. Rıza

Rızanın temellendirilmesine ilişkin yabancı doktrininin etkisiyle Türk hukukunda çok sayıda teori dile getirilmektedir. Bunlar hukuki işlem teorisi, menfaatlerden vazgeçme teorisi, haktan feragat, toplumsal değer teorisi, genel eylem özgürlüğü gibi çok sayıda teoridir. Hakim görüşüne göre rıza bir hukuka uygunluk nedenidir.

Ceza hukukçuları arasında şöyle bir tartışma vardır: Rıza hukuka uygunluk se-

bebi midir? Yoksa suçun unsurları koşulu mudur?<sup>48</sup> İkinci durum suçun yapısı ile ilgilidir. Final hareket teorisinden yola çıkarsak, rızanın varlığı ile suçun unsurları bulunmamaktadır. Manevi unsurun kusurun formu olarak görürsek, fiil baştan itibaren hukuka aykırı değil, baştan beri haklı, hukuka uygundur.

TCK 26/2 rıza konusunda bir düzenleme getirmiştir, ayrıca özel hükümlerde bir dizi suçta cezalandırma rızanın bulunmasına bağlıdır. Örneğin doku ve organ nakli (md. 90, 1. fıkra ), kamuya açık olmayan görüşmeleri katılanların rızası olmadan dinleme ve kaydetme gibi (md. 133 1. fıkra) suç tiplerinde rızanın bulunması veya bulunmaması önem taşımaktadır.

Madde 26/2 rıza için üzerinde tasarruf edilebilecek hukuki değerleri şart koşar. Üzerinde tasarruf edilebilecek değerlerin sayısı sınırlıdır,<sup>49</sup> devlet ve toplum tarafından özel bir koruma altına alınan değerler üzerinde tasarruf edilemez. Yaşam üzerinde tasarruf hakkı Türk hukukunda kabul edilemez. Fakat bu ilke gördüğümüz kadarıyla ceza hukuku literatürü açısından hukuk felsefesi açısından gerekçelendirilmemiştir, gördüğümüz kadarıyla dini nedenler rol oynamaktadır. Müslüman kendi yaşamı üzerinde tasarruf edemez, tasarruf

47 Alm. CK. 138- Planlanan suçları ihbar etmeme suçu bir saldırı savaşının hazırlanması, vatana ihanet, para ve kıymetli evrakta sahtecilik, cinayet, kasden adam öldürme, soykırım, savaş cürümleri, gasp gibi ağır suçlarla ilgilidir. (Tercüme Yenisey/Plagemann).

48 Ünver, Yener, İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s. 178, 227 vd.; rıza konusunda ayrıntılı olarak Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuk Açısından İncelenmesi, 2003, İstanbul.

49 Özbek, Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe, 2. Baskı, s. 310; Gropp, Waltherr, Rechtsvergleichende Überlegungen zur rechtfertigenden Einwilligung im deutschen und türkischen Recht, in: Gropp/Özrürk/Sözüer/Wörner (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, 2014, s. 488-500.

olanağı Allahındır, bedenın mülkiyet hakkı ona aittir, insan sadece kullanım hakkına sahiptir. İntihara yönlendirme suçunun (TCK 84. md.) temellendirilmesinde dolaylı olarak hayat üzerinde tasarruf edememek olacaktır<sup>50</sup>.

Askerliğe elverişsiz hale getirme suçı Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir ve askerlik yükümlülüğünün ortadan kalkmasını önlemeye yöneliktir, burada da dolaylı olarak kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf olanağı sınırlanmaktadır.

Bu yükümlülükler Anayasa 12/2'deki temel haklar ve yükümlülüklerle temellendirilmektedir.

Hiç şüphesiz tedavi amaçlı müdahaleye rıza mümkündür. Kişisel hürriyetler büyük ölçüde dispozitif, üzerinde tasarruf edilebilecek özgürlüklerdir, fakat kişisel özgürlüğün için sınırları da vardır, örneğin kölelik gibi. Kendini köle olarak sunma konusunda rıza geçersizdir,<sup>51</sup> fakat burada ceza hukuku kitaplarında derinleşmiş bir temellendirme göremiyoruz.

Bireyin şerefi üzerinde rıza göstermesi geçerlidir. Fakat burada da sınırlar var-

dır, insanın aletleştirildiği, sırf araç olarak kullanıldığı ve bu kullanımın ağır bir dereceye varması halinde insan onuru ihlali ile karşılaşılabiliyoruz<sup>52</sup>. ABAD'ın eğlence olsun diye toptan fırlatılan cücenin bu işe rızasına önem vermeden, bu işten geçimini mutlu bir şekilde sağlamasına dikkate almadan, bu fiili hukuka aykırı görmesi insan onuruna dayanmaktadır<sup>53</sup>.

Cinsel davranışlar konusunda kişisel özgürlüğün sınırları vardır; fahişenin rızasına rağmen fahişeliğin teşviki bu sınırlamaya örnek olarak gösterilebilir.

Servet, üzerinde en kolay tasarruf edilebilecek korunan hukuki değer olarak görünmektedir. Bu ancak kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle genel yasalarla kısıtlanabilir.

Ölüme yardım, ötenazi Türkiye'de de neredeyse tüm dünyada olduğu gibi tartışmalı bir konudur<sup>54</sup>. Genellikle aktif ve pasif ölüme yardımın ayrılması istenmektedir. aktif yardım konusunda Türkiye'de neredeyse görüş birliği vardır ve bu davranış kasten adam öldürmedir,<sup>55</sup> pasif olarak insan öldürmeye yardım ise tartışmalıdır<sup>56</sup>. Pasif insan öldürme konusunda ama de-

50 Heper, Altan, Menschenwürde, İslam und Bioethische Fragen, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin, Berlin 2013, s. 386; İlhan İlkılıç, Die kultursensible und kultursensitive Patinvenverfügung in einer wertpluralen Gesellschaft am Beispiel muslimischer Patienten in Ethik in der Medizin, s. 221vd.

51 İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 4. md. ve 1956 tarihli BM Kölelik ve Kölecilik ile ilgili Antlaşması pozitif hukuk metinleri olarak bir kenara bıraktığımızda, köleliğin insan onuruyla bağdaşmaması konusunda Hegelci bir anlayışla köleliğin eleştirisi için Marcus Rothaar, Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts, 2015, Tübingen, s. 309-312.

52 Krş. Hilgendorf, Eric, die Mißbrauchte Menschenwürde, Jahrbuch für Ethik und Recht, 1999, s. 137 vd. (Türkçe tercümesi Altan Heper, İstismar Edilen İnsan Onuru, Hukuk Köprüsü, sayı: 4, İstanbul, s. 31-50).

53 ABAD, 27.10. 1977, Az. C 30/77, Slg. 1-01999, Rn.33/31.

54 Ötenazi konusundaki tartışmalarda Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi, 2013, İstanbul. Derleyen Nur Centel

55 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 1. Bakı, Ankara, s. 304.

rinleşmiş tıp etiği, hukuk etiği veya hukuk felsefesi temellendirmeleri ve konseptler görememekteyiz. Tartışma ceza hukuku dogmatığı açısından, en fazla hukuk politikası açısından yapılmaktadır.

Türkiye’de Alman CK 216<sup>57</sup> gibi mağdurun isteği üzerine insan öldürme suçu gibi bir suç tipi yoktur. Böyle bir suç Türkiye’de insan öldürme suçu olarak nitelendirilir.

Beklenen rıza özel hukuktaki vekaletsiz iş görme kurumuna benzemektedir. Beklenen rıza bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmektedir<sup>58</sup>. Fiil ilgilisinin menfaati doğrultusunda ise ve bu fiile ilgisi tahmine göre ilerde rıza gösterebilecek durumdaysa, ama zamanında bu rızayı gösterememişse, bu durumda beklenen rıza söz konusudur. Buna örnek olarak bilinci yerinde olmayan bir kaza nedeniyle acil servise getirilen hastanın tedavisini örnek verebiliriz.

## 6. Sosyal Uygunluk ve Rıza

Sosyal uygunluk teorisini (soziale Adäquanz) final fiil teorisinin yaratıcısı Hans Welzel tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak<sup>59</sup> Türkiye yaşamına aktardı-

ğımızda şu tür olaylar için geliştirilmiştir; postacıya müjdeli bir haber getirdiğinde beş-on lira, çöpçüye bayramda bahşiş gibi olaylar. Bu olaylarda bir suçun maddi unsuru ve manevi unsuruna uygun fiil tarihsel olarak ortaya çıkan sosyal düzen içinde suç olarak görülmemektedir.

Sosyal uygunluk kurumu Türk hukukunda derinlemesine, geniş bir tartışmaya yol açmamıştır.

İzin verilen risk ve sosyal uygunluk her bakımdan ortaktır. Yener Ünver’in 1998 tarihli büyük ölçüde Alman hukukuna dayanan izin verilen risk konusundaki doçentlik tezinin sonucu Türk hukuku açısından şu önemi taşımaktadır, artık rizikolu kurtarma eylemleri ve özellikle tıbbi müdahaleler için önemli bir dogmatik temel bulunmaktadır<sup>60</sup>.

Erkek çocukların sünneti bağlamında sosyal uygunluk teorisi gündeme gelmiştir<sup>61</sup>. Köln Eyalet Mahkemesinin sünnet yapan bir doktoru mahkum etmesi kararında<sup>62</sup> çok önce erkek çocukların sünnetinin cezai nitelik taşıdığı tartışması vardı. Fakat Köln Mahkemesi kararı Türkiye’ye “Almanya sünneti yasakladı” olarak yansımıştı. Bu tartışma Almanya’da yaşayan Müs-

56 Ünver, Yener, İzin verilen Risk, s. 261.

57 Alm. CK 216 Mağdurun isteğiyle adam öldürme: (1) Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. (Tercüme, Yenisey,Plagemann)

58 Ünver, İzin Verilen Risk, s. 256.

59 Welzel, Hans, das deutsche Strafrecht, Berlin, 1967, s. 248; Heinrich Bernd, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl, Stuttgart, 2014 s.519.

60 Ünver, İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998.

61 Konuyu ele alan bir doktora tezi Exner, Thomas, Sozial Adäquanz im Strafrecht, Zur Knabenbeschneidung, Berlin, 2011.

62 Landgericht Köln, AZ 151, 09.05.2012.

lûmanlar ve Yahudileri ayağa kaldırmıştı. Özellikle Yahudi cemaatinin baskısı sonuç vererek, Alman Medeni Kanunu'na getirilen yeni bir hükümlerle (Alman MK. 1631d maddesi) erkek çocuklarına ve bebeklere sünnet yasal bir hale geldi.

Sünnetin cezai nitelik taşıdığı görüşünü savunanlara göre; erkek çocukların ritüel sünnetleri tehlikeli adam yaralama suçunun maddi ve manevi unsurlarını yerine getirmektedir. Alman ceza hukukuna göre Alm. CK 223. maddesinin 1. fıkrası 1. Alt. göre kesici bir cisim kullanılarak, böylece tehlikeli bir yaralama suçu işlenmektedir. Bu görüşe göre psiko travma araştırmaları, uyuşturma olmaksızın yapılan sünnetlerin önemli psikolojik sonuçları, somatik sonuçları olduğunu göstermektedir. Bu somatik sonuçlarla Alm. CK 223/1 2. Alt. 'de belirtilen suç işlenmektedir. Bu müdahaleyi çocukların ebeveynleri sağlamaktadır. Fiilin motivisi, çocukta dini inançlara yönelik vücuda müdahale ile sembol karakteri taşıyan bir eylemle çocukta dini kimliğin kuvvetlendirilmesidir. Aynı zamanda Müslüman Müslüman cemaatine, Yahudiye Yahudi cemaatine aidiyetin dökümentasyonu, belgelendirilmesi yapılmaktadır. Bir çocukta vücutsal dokunulmazlığa, bütünlüğe müdahale ve tıbbi zorunluluk olmaksızın sürekli bedeni değişikliğin haklı görülmesi, hukuka uygun bulunması reddedilmektedir. Bu konuda karar ebeveynler tarafından verilmektedir. Sünnetin olası faydaları büyük ölçüde cinsel erginliğin başlamasıyla görülmektedir. Sünneti eleştirenler bu yüzden küçük çocukların sünnetini lüzumsuz görmektedirler. Almanya'da dini reşitlik 14 yaşında başlamaktadır, bu

yaşla sünnete rıza vermek doğru mu olur sorusu tartışmalıdır.

Acaba ebeveynlerin eğitim hakkına dayanarak, çocuğun refahını düşünerek, çocuğun rızasını temsilen böyle bir karar verdiğini düşünmek ve hukuka uygun bulmak mümkün müdür? Bu görüş Almanya'da reddedilebilir, çünkü çocuğun refahı ancak sünnetin sağlık açısından ve prophilaktik sonuçlarının olmaması veya çok az olması, böyle bir karşılaştırma halinde mümkündür. Eleştirenlere göre bu durum söz konusu değildir: Pozitif sonuçlar (olası) müdalenin komplikasyonu, acı ve ihtimal dahilinde olan cinsel yaşamın sınırlandırılmasına, olumsuz etkilenmesine göre ağır basmamaktadır. Yener Ünver insan yaralama olarak görüyor, Hakan Hakeri hukuka uygun buluyor, Ayşe Nuhoglu sosyal uygunluktan bahsediyor.

Almanya'da erkek çocuğun sünnetini legalize etmek için Medeni Kanun'a getirilen 1631/d'den sonra da bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre vücut bütünlüğü bir temel hak, tıbbi zorunluluk olmaksızın sünnet bir temel hak ihlali sayılır, bu da ebeveyn hakları veya din özgürlüğüyle haklı çıkartılmaz.

Bazı sünnet taraftarları sosyal uygunluk teorisine dayanmaktadır, burada sosyal uygun bir davranış modeli söz konusudur, şekil olarak yerine getirilen unsurları maddi nedenlerle ihlal edilmemiş görüyoruz, Welzel sosyal uygun davranışlar için sosyal olarak dikkati çekmeyen, genel olarak kabul gören, tarihi olarak da olağan davranışlar demektir. Sosyal uygunluk teorisinin amacı, sosyal eylem özgürlüğü

çerçevesinde bulunan davranışları şekli cezailikten kurtarmaktır. Bu konseptisyonda suçun yapısında maddi ve manevi unsur düzeyinde bir bağımsız figürle cezailikten kurtarmak mümkün olmaktadır. Bu teorisinin takipçilerine göre, erkek çocuk sünneti böyle bir sosyal olarak dikkati çekmeyen davranış modelidir, tarihi olarak da olağandır. Bu teori takipçileri dikkatli bir biçimde şuna dikkat çekmektedir; eğer vücut bütünlüğü konusunda kamuoyunda yapılan tartışmalarla kamusal alanda bir duyarlılık artarsa ve genel olarak uygun görme ortadan kalkarsa, müdahale sosyal uygunluğunu kaybeder. Böyle bir kaybolmayı, ortadan kalkışı ebeveynlerin zor kullanarak (dayakla) terbiye hakkının kaybolmasında görmekteyiz gibi. Kuşkusuz böyle bir genel onayın kaybının tespiti çocuk sünneti konusunda toplumsal kınamanın şüpheden ari tespitini gerekir. Köln kararından sonraki kısmen emosyonel tartışmalar, böyle bir onayın Almanya’da bulunmadığını göstermektedir.

Sünnet meselesinde Türkiye’de tartışılmasında tespit edebildiğimiz kadarıyla

dört hukukçu görüş açıklamıştır, bunlardan Yener Ünver sünneti adam yaralama suçu olarak görürken,<sup>63</sup> Hakan Hakeri ve Erdal Yerdelen hukuka uygun bulmakta,<sup>64</sup> Ayşe Nuhoğlu sosyal uygunluk teorisini uygulayarak cezasızlık sonucuna varmaktadır.<sup>65</sup> Türk hukuku açısından sünnet konusunda sosyal uygunluk teorisi uygun bir temel oluşturabilir. Türkiye’de Müslümanların çoğunlukta olduğu diğer ülkelerde olduğu gibi sünnet hiçbir zaman sorunlu bir olgu olarak görülmemiştir. Almanya açısından MK 1631/d maddesinin<sup>66</sup> yürürlüğe konması hukuk politikasına uygun, tıp personeli ve aileler için hukuk güvenliği sağlayan, kültürlerarası çatışmayı önleme amacına yönelik doğru bir adımdır.

### 7. Kurtarma Amaçlı İşkence

Türkiye yakın tarihinde işkencenin relatif yaygın olduğu bir ülke olarak, işkence konusunda Almanya’dan çok daha hassas bir ülkedir. Almanya’da kurtarma amaçlı işkence hukuk felsefesi, anayasa hukuku, ceza hukuku bağlamında ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Devletin yardım, müdahale

63 Ünver, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt III/2, İstanbul 2006, s. 258, 259.

64 Hakeri, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 406 Hakeri’ye göre “endikasyon olmadığı halde dinsel ya da geleneksel nedenlerle uygulanan sünnet genel kurallar gereğince hukuka uygun kabul edilmektedir. Gerek toplumsal kurallar (sosyal endikasyon), gerekse sünnetçiler hakkında kanunda özel düzenlemelerin bulunması dolayısıyla, sünnet hukuka uygun kabul edilmektedir.” Erdal Yerdelen Kamu Hukuk Arşivi Nisan 2013’de yazdığı makalede Köln Eyalet Mahkemesi’nin sünneti hukuka aykırı bulan kararını eleştirmektedir.

65 Nuhoğlu, Ayşe, Sünnet ve Ceza Hukuku, Nur Centel’e Armağan, İstanbul, 2013, s. 211-219.

66 Maddenin cevirişi “Bir kişinin gözetimi ödevi, tıbbi olarak zorunlu olmasa da anlama ve karar verme yeteneği bulunmayan çocukların sünnet ettirilmesini de kapsar, ancak bu iradenin geçerliliği için işlemin doktorluk sanatının gerektirdiği şartlar altında yapılması gerekir. Bu hüküm, sünnet sebebiyle çocuğun korunması tehlikeye girecekse uygulanmaz. Doğumdan itibaren altı ay içerisinde yapılacak sünnetleri, dini olarak bu işi yapmaya ehil görülmüş kişilerin de gerçekleştirmesi mümkündür, bu kişilerin bu iş için gerekli eğitimi almış olmaları, doktor bulunmadan sünnet işlemini yapabileme ehliyetlerinin bulunması şarttır”. Tercüme Erdal Yerdelen’den alınmıştır.

le yükümlüğü, özellikle terörle mücadele amacıyla işkence yasağının izafileştirilmesi konusunda ateşli tartışmalar yapılmıştır<sup>67</sup>. İşkence yasağının gevşetilmesi, izafileştirilmesinde bir yandan devletin işkence mağdurunun insan onurunu koruma yükümlüğü ve diğer yandan suçun mağdurunun korunması arasında yükümlülükler çatışması söz konusu olmaktadır. İzafileştirme taraftarları çok aşırı olaylarda çok sınırlı istisnai durumlarda bunun uygun olduğunu düşünmektedirler.

### 8. Özet

Genel olarak cezanın temellendirilmesi, somut olarak önleme amaçlı cezalandırma ve öğ alma için cezalandırma teorileri Türkiye’de ceza hukukçularının çok iyi bildikleri konulardır. Fakat burada dikkati çeken kendine özgü, Türkiye kökenli, orijinal, derin bir tartışma olmamasıdır, ceza hukukçuları en fazda bildikleri dilde Beccaria, Bentham, Kant ve Hegel’le ilgili uluslararası tartışmayı aktarmaktadır.

Kanaatimizce sünnet, kürtaj, tıp hukukunda ve kurtarma amaçlı işkence, ceza infaz hukukunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında insan onuru kavramı ya gereği gibi tartışılmamakta, ya da Almanya’dakinden çok daha dar bir alanda sürdürülmektedir. Bu tartışma sığılığı kendisini icra suretiyle ihmal suçlarında garantörlük, meşru müdafaa, hukuka uygun ıztırar hali,

kast ve hata öğretisi konusunda da göstermektedir.

Türkiye’de yeni bir gelişme olarak klasik ceza hukukundan güvenlik hukukuna doğru bir kayma tartışılmaktadır. Aynı yönde, Almanya’da aslında hukuk devletinin tehlikeye atıldığı bir gelişmeyi izliyoruz. Hukuk devleti bağlarının esnekleşmesi, ceza ve polis hukuku arasındaki ilişkinin bulanıklığa doğru gitmesi, bulanması kapsamlı, başlı başına bir “güvenlik hukuku,” özgürlükleri tehlikeye düşürmektedir.

Ceza hukuku felsefesi açısından ilgi çeken temalar;<sup>68</sup> ceza hukukunun alanının genişlemesi, yeni alanların eklenmesi, suç olmaktan çıkarma eğilimi yerine yeni suçların eklenmesi, geleneksel hukuk devleti ilkelerinin esnekliğe tabi tutulması, lafzı yorumun sınırı, analogi yasağı ve hukuki argumentasyon sınırlarından vazgeçme, ultima-rasyo ilkesinden sapma, oldukça geniş yorumlanabilecek yeni korunması gereken hukuki değerlerin, özellikle evrensel değerlerin yaratılması, geniş bir ön alan suçluluğu, bunun da teşebbüs suçluluğu (Almanya’da sadece cürümler ve kanunda teşebbüsün sadece cezalandırılması hallerinde teşebbüs suçtur, Türkiye’de her suç teşebbüs halinde de suçtur) ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının genişletilmesiyle gerçekleşmesi, somut ve soyut tehlike suçlarının genişletilmesi ve ceza

67 Kurtarma amacıyla işkence konusunda sayısız kaynaktan dikkat çeken bazıları W. Brugger, Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter <http://www.bpb.de/apuz/29567/einschraenkung-des-absolten-folterverbots-bei-rettungsfolter>; Georg Wagenländer, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, Berlin 2006; R.D. Herzberg, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, s. 321-328.

68 Hilgendorf, Eric, Punivität und Rechtsgüter, [http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/Publicationen\\_Vita/III\\_121\\_Punivitaet.pdf](http://www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/Publicationen_Vita/III_121_Punivitaet.pdf).



hukunun önleme-preventif amaçlarının tek taraflı vurgulanmasıyla ceza hukuku ve önleyici kolluk arasındaki ayrımın ve farklılığın yumuşatılması olarak saptanabilir.

Alman ceza hukukunda Federal Anayasa'dan türetilen bir insan imajı temel alınmaktadır<sup>69</sup>. Böyle bir insan imajı diğer hukuk alanları için de geçerlidir. Türk hukukunda ise böyle bir insan imajı figürü görüldüğü kadarıyla rol oynamaz.

Sonuç olarak Türk ceza hukukunda felsefi alanlarda önemli ölçüde eksikliklerin giderilme ihtiyacı olduğunu söyleyebiliriz.

---

69 İnsan imajı konusunda Hilgendorf, Menschenbild und Menschenwürde, Handbuch der Menschenwürde, Berlin, 2013 s.195 vd.