

# Suç Sayma Teorileri ve Anglosakson Temelli Tartışmalar Üzerine<sup>1</sup>

Veysel DİNLER<sup>2</sup>

## ÖZET

Suç sayma teorileri (*criminalization theories*) Türk hukuk yazınında üzerinde pek fazla durulmayan konulardan biridir. Oysa yasa koyucunun bir eylemi hangi düşünsel esaslara ve ilkelere dayanarak suç sayabileceği üzerine kafa yorulması gereken bir konudur. Cezalandırmanın amaçları ve ceza türleri meselesine, suç sayma teorilerine nazaran daha çok ilgi gösterilmiş ve bu konulara yer verilmiştir.

Suç sayma konusunda Alman doktrini (*Rechtsgutstheorie*) Türkçe yazında daha yoğun ele alınmakta ve Anglosakson kökenli tartışmalar görece ihmal edilmektedir. Oysa Anglosakson dünyasında J.S. Mill'e atfedilen zarar ilkesi ve bu ilkenin eleştirisinden doğan pek çok teori ve yaklaşım söz konusudur. Türkçe yazında kısmen yer verilen bu tartışmaların, suç sayma teorileri içinde ele alınmasının alanı zenginleştireceği kanaatindeyiz. Bu çalışmanın amacı, özellikle Anglosakson doktrinindeki suç sayma teorileri üzerine daha derli toplu bir tartışma başlatmaktır.

## GİRİŞ

Türk hukuk yazınında “cezalandırmanın amacı” tartışılan konulardan biri olmakla beraber, bir insan davranışının neden suç sayılması gerektiği konusu yeterince irdelenmemiştir. Herhangi bir yazarın *Ceza Genel Hukuku* kitabında “cezalandırmanın amacı” bölümüne rastlamak zor değildir. Öte yandan, hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç olan fiillerin hangi düşünceyle temellendirileceği ceza hukuku kitaplarında genellikle yer almaz. Sadece ceza hukukçularını değil, hukuk felsefesi ve sosyolojisi alanında çalışanları da ilgilendiren bu konu Türkiye’de yeterince ilgi çekmemiştir. Oysa bir fiilin niçin suç kabul edilmesi gerektiği, suç olması gereken eylemler belirlenirken hangi düşünceden hareket edilmesi gerektiği gibi konular Batıda, özellikle Anglosakson dünyada, geniş bir içerikle tartışılmaktadır.

Bir hukuk düzeninde devlet, koyduğu kuralları ve aldığı kararları zorla uygulatan tek güçtür. Aileden başlayarak, derneklerde, siyasi partilerde veya başka örgütlerde kurallar ve bu kurallara uymaya zorlamaktan bahsedilebilir. Ancak

- 1 Bu çalışma Veysel Dinler tarafından Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalına 2013 yılında sunulan “Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı” başlıklı doktora tezinin bir bölümünün gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir. Çalışmayı baştan sona büyük titizlikle inceleyerek, önemli katkılar sunan Dr. Recep Aydın’a teşekkürlerimi sunarım.
- 2 Dr. Öğr. Üyesi, Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü e-posta: [veyseldinler@hitit.edu.tr](mailto:veyseldinler@hitit.edu.tr) – alternatif: [dinlerv@gmail.com](mailto:dinlerv@gmail.com)

devlet onlardan farklı olarak, fiziksel şiddet (zorlama) ve özgürlüğünden yoksun bırakma meşruiyetine sahiptir.<sup>3</sup> Bi-reylerin toplumsal grupları oluşturduğu her alanda kurallar, otorite ve itaat, hatta itaate zorlama vardır. Buna karşın sadece devlet, fiziksel şiddet yoluyla kişileri özgürlüklerinden yoksun bırakabilir. Bu yoksunluk diğerlerine göre daha kapsayıcıdır. Örneğin bir dernek, üyelerinin belirli kurallara uymasını mecbur kılabilir. Ancak üyesine karşı uygulayacağı en büyük yaptırım, üyelikten çıkarma, üyeliğe almama veya bir edimde bulunmasını istemekle sınırlı kalacaktır. Devlet dışında hiçbir kurum, ne genel bağlayıcı kurallar ve yasaklar koyma yetkisine ne de bu yasakların ihlalinde kişiye fiziksel güç uygulayarak, zorla yaptırma gücüne sahiptir. İşte bu şiddet tekeli “modern devletin omurgası”<sup>4</sup> olarak ifade edilmektedir.

Devletin yasaklama, menetme yahut kurallara uydurmak amacıyla zora başvurma tekelinin özel ve en geniş yönünü “cezalandırma yetkisi/tekeli” oluşturur. Cezalandırma tekeli iki aşamalıdır. Birincisi aşamada “suç olan”, başka bir deyişle hangi eylemlerin ceza kanunu kapsamında suç olarak düzenleneceği belirlenir (*criminalization*). İkinci aşamada, bu suç için makul (adalet duygusunu tatmin edici ve caydırıcı özellikleri olan) bir yaptırım getirilir (*penalization*). Bu bildirinin amacı da “suç sayma teorileri” üzerinde küçük bir tartışma başlatmaktır. Baştan söylemek gerekirse,

çalışmanın hukuk yazınında bir yenilik katmak iddiası yoktur. Amaç bir tartışma açmak, hukuk yazınında yeterince ilgi görmediği düşünülen bir konuya özellikle hukuk felsefecilerinin dikkatlerini celp etmektir.

### A. ADLANDIRMA SORUNU

İnsan fiillerinin hangilerinin suç olması gerektiği, devletin suç olan fiilleri hangi düşünsel temellere göre belirleyeceği meselesiyle ilgili olarak ileri sürülen görüşlere İngilizce *criminalization theories* denir. “Devletin Suç İhdas Etme ve Cezalandırma Yetkisinin Sınırı” başlıklı doktora tezimde İngilizce *criminalization* karşılıklı olarak “cezalandırma” sözcüğünü kullanmıştım. Oysa *criminalize* fiilinin isim hali olan bu sözcük, tam olarak (suç olmayan) bir fiilin suç haline getirilmesi şeklinde kullanılmaktadır. İkinci bir anlamı “bir kişiye suç isnadında bulunma”dır. Ancak bu ikinci anlama karşılık gelen ve daha yaygın kullanılan farklı sözcükler vardır. Haliyle *criminalization theories* suç ihdasının teorik temellerini ifade etmektedir. Daha doğru olacağı düşüncesiyle tezde yanlış kullandığım ifadeyi değiştirerek “suç sayma” demek istiyorum. “Suç ihdası”, “suç olarak düzenleme” gibi başka tabirlerle ifade mümkün olsa da *criminalization theories* ifadesinin tam karşılığı olarak “suç sayma teorileri” daha doğru olacaktır.

“Suç sayma teorileri” yerine niçin “suç teorileri” tabirini kullanmadığım

3 Nina Peršak, *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer, 2010, s. 9.

4 Mithat Sancar, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, 2000, s. 27.

sorulabilir. Burada birbiri ile karıştırılması pekâlâ mümkün olan üç farklı konuyu açığa kavuşturmakta yarar var. İngilizcede *crime theories* olarak ifade edilen şey kriminolojinin konusudur ve suçluluğu açıklamaya çalışır. Başka bir anlatımla, kriminolojide suçluluğu, suç işleme sebeplerini açıklamaya çalışan teorilere “suç teorileri” adı verilir. Dolayısıyla suç teorileri denildiğinde, hangi fiillerin suç olması gerektiği üzerine aranacak felsefi yanıt değil; insanların suç işleme nedenlerini ortaya koymaya çalışan teorik temeller anlaşılmalıdır. Bu teoriler, biyolojik teoriler, psikolojik teoriler, sosyolojik teoriler, çatışma teorileri ve feminist teoriler ile bu teorilerin alt kategorilerini oluşturan onlarca teoriden oluşur. Türkiye’de suç teorileri adıyla bir monografi yazılmıştır<sup>5</sup> ve bahsedildiği üzere suçluluğu ve suçun nedenlerini anlatma amacı taşımaktadır.<sup>6</sup> Buna karşın kriminoloji adıyla yazılan Türkçe kitaplarda “suç teorisi” tabiri kullanılmamış, bunun yerine kriminolojide teoriler<sup>7</sup> denilmiş yahut suçluluğun/suçlu davranışın açıklanması<sup>8/izahı</sup>,<sup>9</sup> suçun nedenleri-suç etolojisi<sup>10</sup> başlıkları altın-

da “suç teorileri” anlatılmıştır. İngilizce *crime theories* tabirinin tam karşılığı olması bakımından “suç teorileri” tabirini “kriminoloji teorileri” yahut “suçluluk teorileri” tabirlerine eş anlamlı olarak kriminoloji alanında suçu ve suçluluğu açıklamaya çalışan teoriler için kullanmak yerinde olacaktır.

“Suç teorisi” tabiri ceza genel hukukunda Kayıhan İçel (ve diğerleri) tarafından, suçun unsurlarını açıklamak için kullanılmıştır.<sup>11</sup> Bununla birlikte ceza hukukunda “suç teorisi” değil, “suç genel teorisi” tabiri yaygın kabul görmektedir.<sup>12</sup> Suç genel teorisi, suçun yapısal unsurlarını (tipiklik, maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık) açıklamak için kullanılmaktadır. İngilizcede suç genel teorisine karşılık gelecek bir ifade bulunmamaktadır. Onun yerine suçun temel unsurları anlamında *essential elements of a crime* denir.<sup>13</sup> Türk ceza hukuku doktrininde bazı yazarlar “suç teorisi/suç genel teorisi” demek yerine doğrudan “suçun unsurları” ifadesine yer vermektedir.<sup>14</sup> “Suç genel teorisi” tabirinin Almanca *Verbrechenslehre* sözcüğünün Türkçeye birebir değil, amaçsal çevirisi

- 5 Osman Dolu, *Suç Teorileri: Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji*, Seçkin, Ankara, 2010.
- 6 Sokullu-Akıncı da “suç teorileri” tabirini tercih etmiştir. Füsün Sokullu-Akıncı, *Kriminoloji*, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, 10. Baskı.
- 7 M. Emin Artuk ve M. Emin Alşahin, *Kriminoloji*, Adalet, Ankara, 2017.
- 8 Tülin İçli, *Kriminoloji*, Seçkin, Ankara, 2007, 7. baskı.
- 9 Sulhi Dönmezer, *Kriminoloji*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, 7. baskı.
- 10 Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, Seçkin, Ankara, 2001.
- 11 Kayıhan İçel ve diğ. (2000), *Suç Teorisi*, Beta, İstanbul, 2. Baskı.
- 12 Örnek olarak Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992; Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin, Ankara, 2015, 15. Baskı; Nur Centel, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta, İstanbul, 2002, 2. Baskı; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta, İstanbul, 2013, 2. Baskı; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet, Ankara, 2011, 10. Baskı.
- 13 Örnek olarak bkz. Thomas J. Gardner and Terry M. Anderson, (2012), *Criminal Law*, Wadsworth Cenage Learning, USA.
- 14 Örnek olarak Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncı-

sonucu kullanıldığı anlaşılmaktadır.<sup>15</sup>

Sonuç olarak, hangi fiillerin suç olması gerektiği ve bu gerekliliğin hangi düşünsel temellere oturtulacağına dair tartışmalara “suç sayma teorileri” demek, kelimenin hem tam anlamını hem de içeriğini karşılamak bakımından yerinde olacaktır. Bu mesele suç ve ceza ile ilgilenen tüm disiplinleri yakından ilgilendirmektedir. Kriminoloji ve suçluluk teorilerinin tümünü “suç teorileri” başlığında toplamakta sakınca yoktur. Bu mesele münhasıran kriminolojinin konusudur. Diğer yandan ceza genel hukukunda suçun unsurlarını açıklamak üzere suç teorisi yerine “suç genel teorisi”ni tercih etmek daha yerinde olacaktır. Bu mesele münhasıran ceza hukukunu ilgilendirmektedir.

## B. SUÇ SAYMA TEORİLERİ (SUÇ İHDASININ TEMELLERİ)

Siyasal otoritenin hangi eylemlerin suç olarak cezalandırılacağı, hangi tür eylemlerin ceza dışı yaptırımlarla karşılanacağı ile ilgili sorular, hukukçu, felsefeci, siyaset bilimci pek çok kimseyi uzun zamandan beri meşgul etmektedir. Bu sorulara verilen yanıtlar genel olarak suç sayma teorilerini oluşturmaktadır.<sup>16</sup> Suç ihdasının amacını toplumda iyi ahlak sağlamak olarak görenlerden,

insanların güvenliklerini sağlamak ve yaşamlarını rahat hale getirmek olarak görenlere kadar, çok farklı yaklaşım ve anlayışlar bulunmaktadır. Cezalandırma keyfi olamaz, ancak siyasal otoritenin içinde bulunduğu toplumun kültüründen ve kanaatlerinden etkilenebilir.<sup>17</sup>

Suç ihdası (cezalandırılabilir eylem) konusuna Alman doktrini ile Anglosakson doktrini arasında bir yaklaşım farkı söz konusudur. Alman doktrininde geliştirilen *Rechtsgutstheorie* suç ihdasında meşruiyetin kabulü için bir hukuki değer korunmasını yeterli görülürken, suç ihdasının meşruiyetini açıklamakta Anglosakson doktrinde çok sayıda teoriden (ve ilkedен) söz etmek mümkündür.<sup>18</sup> Burada teorilerin/ilkelere ayrıntıya girilmeksizin, her birinden kısaca bahsedilecektir.

### 1-Alman doktrini: *Rechtsgutstheorie* (Hukuksal Değer Teorisi)

Suç ihdasıyla ilgili olarak *Rechtsgutstheorie* birçok farklı bakış açısı ve yaklaşımla birlikte Alman doktrininde genel kabul gören ve üzerinde çok çalışılan bir konudur.<sup>19</sup> Hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı ilk kez 1834 yılında Birnbaum tarafından kullanılmış, suç ihdasının temelini oluşturan [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal

lık, Ankara, 2014, 7. Baskı. Örneğin Toroslu, suçun unsurları meselesini doğrudan “Suç” başlığı altında ele almıştır. Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, 16. Baskı.

15 Bu konu Arş. Gör. İlker Tepe tarafından 17 Nisan 2018 tarihinde yaptığımız görüşmede açıklanmıştır. Yardımlarından dolayı kendisine teşekkür ederim.

16 Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010, s. 54 vd; Alan Brunder, “The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism’s *mala in se*”, [http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past\\_activities/2010.php](http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/2010.php), 2010, s. 2.

17 Brunder, 2010, s. 2.

18 Lauterwein, 2010, s. 52; Perşak, 2010, s. 9.

19 Lauterwein, 2010, s. 6-7.

değer (*Rechtsgüterschutz*) kavramı ise Claus Roxin tarafından geliştirilmiştir.<sup>20</sup> Bu teoriye göre *Rechtsgut* suç ihdasının temelini oluşturmaktadır. Yasakoyucu hukuksal bir değeri ihlal etmeyen bir eylemi cezalandıramaz. Bu teorinin daha iyi anlaşılmasında iki önemli sorunun cevaplandırılması gerekir. Öncelikle yasa koyucu bir eylemi suç olarak ihdas etmekte neden sınırlıdır? İkinci soru ise, “[ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer” tam olarak neyi ifade etmektedir?<sup>21</sup>

Yasakoyucu suç ve ceza ihdas etmekte sınırlıdır. Nitekim günümüzde cezalandırma yetkisi mutlak monarşi tarafından değil, demokratik meşru parlamentolar tarafından kullanılmaktadır. Devletin toplum sözleşmesine dayandığını kabul eden ve liberal bir bakış açısına sahip olan Roxin, ceza hukukunun amacının anayasa tarafından güvence altına alınan temel haklar ve özgürlüklerin korunması olduğuna inanmaktadır.<sup>22</sup>

Hukuksal değer ilkesi, suç ihdas etmeye yönelik bazı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Öncelikle keyfi veya ideolojik bir saikle hazırlanan ceza kanunları ile ifade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, eşitlik ilkesi gibi temel haklar ve özgürlüklerle

çatışan ceza kanunları hukuksal değeri korumaya yönelik olamaz.<sup>23</sup> Hukukun ve özelde ceza hukukunun yegâne görevi hukuksal değeri korumaktır.<sup>24</sup> Devletin bazı davranışları suç saymasındaki temel amaç toplumsal düzenin sağlanmasıdır. Bununla birlikte bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması, suç ve cezanın getirilmesinde diğer bir önemli amaçtır.<sup>25</sup> Cezayla korunmak istenen hukuksal değer, ceza hukukunun amacıyla çok yakından ilgilidir.<sup>26</sup>

Hukuksal bir değeri korumayan ceza normu meşru kabul edilemez. Buradaki hukuksal değer ancak birincil derecede olan hukuksal değerdir.<sup>27</sup> Ceza hukukuyla korunan hukuksal değer değişkendir. Yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, kişi özgürlüğü ve mülkiyet gibi değerler kadim zamanlardan beri önemini korumakla birlikte, hukuksal değer zaman ve mekân karşısında değişime uğrar.<sup>28</sup> Üstelik hukuksal değerler canlı varlıklar gibi, doğar, gelişir ve ölürler. Bir hukuksal değer kimi zaman değerlerini kaybederken, kimi zaman değer kazanabilir. Örneğin, yakın zamanlarda insan onuru değer kazanırken, uyuşturucu kullanımı zamanla değerini yitirmektedir ve insanlığın gelecekte yeni hukuksal değerlerle

20 Ibid, s. 8.

21 Ibid, s. 9.

22 Ibid, s. 9.

23 Ibid, s. 10.

24 Yener Ünver, “Ceza Hukukunda Hukuksal Değer”, (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 8, 2003, s. 113 [Ünver, 2003a]. Ayrıca bkz. Albin Eser, “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *Duquesne University Law Review*, No. 4, 1966, s. 359.

25 Kayıhan İçel ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, (1. Kitap), 2005, s. 5.

26 Ünver, 2003a, s. 114.

27 Ibid.

28 Ibid, s. 115.

karşılaşma ihtimali bulunmaktadır.<sup>29</sup>

Hukuksal değerler arasında bir hiyerarşi vardır. Toplumsal yaşantıda bazı hukuksal değerler zamanla değişerek daha önemli hale gelebilir. Bu durumda pozitif hukukun buna göre düzenlenmesi gerekir.<sup>30</sup> Hukuksal değer en önemli özelliği pozitif düzenleme öncesi, ideal ve soyut bir karakter taşımasıdır. Bununla birlikte pozitif hukuk olmaksızın, hukuksal değeri ceza hukuku araçlarıyla korumak mümkün değildir.<sup>31</sup> Toplum için uyumsuz davranışların ve sapma davranışların hangilerinin ceza tepkisiyle karşılaşacağı; sistematik olarak sevk ve idare edici, yönlendirici ve aynı zamanda şartlara uymada esnek bir takım direktiflere göre; başka bir anlatımla suç siyasetine göre tayin edilmektedir.<sup>32</sup>

Hukuksal değer teorisi, ceza-adalet sistemlerindeki suçların tümünü açıklamak için yeterli bulunmamaktadır. Burada özellikle uyuşturucu bulundurma suçu, uyuşturucudan arınmış bir toplum yaratmak amacıyla yahut kişinin kontrolünü sağlamak bakımından meşru kabul edilebilir mi, sorusu tartışmalıdır.<sup>33</sup> Ahlaksızlık veya ayıp sayılabilecek davranışlar tek başına hukuksal değeri ihlal etmezler. 1969 yılına kadar Almanya'da erkekler arası eşcinsellik suç iken, bu fiilin herhangi bir hukuksal değeri ihlal

etmemesi sebebiyle, ceza reformu sürecinde suç olmaktan çıkarılmıştır. Bir kimsenin kendi onurunu veya insanlık onurunu zedeleyici hareketleri hukuksal değer koruması olarak değerlendirilemez. Bu doğrultuda, intihara teşebbüs ve bestailite (hayvanlarla cinsel ilişki) cezalandırılmamıştır. Hisler sadece tehdit edildiklerinde hukuksal değer içinde kabul edilebilirler. Bu anlamda sadece hakaret ve iftira, dinsel kurumları aşağılama suçları kendine meşru zemin bulabilir.<sup>34</sup> Çok soyut kavramlar, örneğin genel sağlık, toplumsal barış ve tabular hukuksal değer içinde kabul edilemez.<sup>35</sup>

Sonuç olarak, Alman doktrininde geliştirilmiş olan korunan hukuksal değer (*Rechtsgut*) kavramı, suç ihdasında temel ölçüt olarak kabul edilmektedir. Bir eylem hukuk tarafından korunan bir yararı ihlal etmiyor ise, suç olarak düzenlenmesi meşru görülmemektedir. Devlet ahlaka, dine, toplumsal değerlere veya toplumun çoğunluğu tarafından savunulan görüşlere aykırı olan fiilleri, salt bu aykırılık sebebiyle suç tipi yapamaz. Suç olarak ihdas edilecek fiillerin mutlaka bir hukuksal değeri ihlal etmesi gerekir.<sup>36</sup>

Türk hukuk doktrininde [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer teorisi Yener Ünver tarafından

29 Ibid.

30 Ibid, s. 116.

31 Ibid, s. 116-119.

32 Sulhi Dönmezer, "Suç Siyaseti", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (*Prof.Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan*), C. 52, S. 1-4, 1986-1987, s. 8.

33 Lauterwein, 2010, s. 10-11.

34 Ibid, s. 11-12.

35 Ibid, s. 15-16.

36 Ünver, 2003b, s. 115.



çok detaylı bir biçimde incelenmiştir.<sup>37</sup> Ünver'in doçentlik takdim tezi olarak hazırladığı bu eser, bu konuyu en ince detayına kadar inceleyen ilk ve tek geniş kapsamlı eser olmasının yanında, ceza hukuku alanında bugüne kadar rastladığımız en kapsamlı monografik eserdir de. Kimi ceza hukuku ders kitaplarının bile bu derece hacimli olmadığı dikkate alındığında, konuyla ilgili temel başvuru eseri olma özelliğine sahiptir. Ünver, hukuksal değer doktrinde tartışmalı bir konu olduğunu, yazarların suç genel teorisi anlayışına bağlı olarak farklı şekilde tanımlandığını ifade ederek, bu teorinin çeşitli versiyonlarını inceleme konusu yapmıştır.<sup>38</sup> Ünver'in HFSA Dergisinde yayınlanan "Ceza Hukukunda Hukuksal Değer" başlıklı kısa makalesi<sup>39</sup> dışında bu konu alandaki yazarların ilgisini çok çekmediği gibi, ceza hukuku kitaplarında pek yer ayrılmamıştır.

## 2- Anglosakson doktrin: İlkelerin çeşitliliği

Suç ihdasıyla ilgili olarak Anglosakson doktrininde (veya Anglofon-İngilizce konuşulan yazın) yerleşik tek bir teori yoktur. John Stuart Mill tarafından ileri sürülen "zarar ilkesi" uzun yıllar genel kabul görmüştür. Zarar ilkesi, kimi suç tiplerini açıklamakta yeterli görülmemesi nedeniyle eleştirilmiş ve bu teorinin eksiklikleri, farklı bakış açılarıyla

ileri sürülen başka teorilerle kapatılmak istenmiştir. Burada sırasıyla zarar ilkesi, saldırı ilkesi, hukuksal paternalizm, hukuksal ahlakçılık ve diğer ilkeler ele alınacaktır.

### a) Zarar ilkesi (Harm principle)

Suç saymayla ilgili liberal ilkeler J.S. Mill tarafından sistemli bir şekilde açıklanmıştır. İnsanların bireysel ya da toplu olarak aralarında herhangi birinin hareket serbestliğine müdahalelerine cevaz verebilecek tek gerekçe "nefsi korumak" olabilir. Bireye müdahalenin meşru olabilmesi için davranışının mutlak surette zarar verici nitelikte olması gerekir. Birey kendisini ilgilendiren kısımda ise mutlak bir özgürlük hakkına sahiptir.<sup>40</sup>

Liberal teoride uzunca bir süre, başkalarının zarar görmesine neden olan veya zarar tehlikesi oluşturan eylemlerin devlet tarafından suç sayılması esas kabul edilmiştir. Elbette ki; her türlü olumsuz ve rahatsızlık verici davranışlar zarar olarak değerlendirilemez. Başkalarının hassasiyetlerini ve ahlaki değerlerini ihlal etmesinin yanında bunun belli bir sosyal zarar ağırlığına ulaşması gerekmektedir.<sup>41</sup> Yine zarara uğrayan menfaatler bütün insanlar için ortak olan menfaatler olmalıdır, aksi takdirde herkesin kendince ileri süreceği menfaatlere değildir. Vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal sağlık, bir şeyleri tercih edebilme özgürlüğü, meşru olarak elde ettiği mal-

37 Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003. [Ünver, 2003b]

38 Ünver, 2003b, s. 46. Çeşitli tanımlar için bkz. s. 69 vd.

39 Ünver, 2003a.

40 John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s. 47. Mill, esas olarak eseriyle bir ceza hukuku kuramı yaratma amacı taşımamıştır. Onun amacı daha çok devletin faaliyet alanı ile ilgili belirli bir çerçeve çizmektir. İleri sürdüğü "zarar ilkesi", bugün daha çok ceza hukukunun sınırlarının açıklanmasında kullanılmaktadır. Bkz. Lauterwein, 2010, s. 58.

41 Brunder, 2010, s. 4.

ların güvenli mülkiyet hakkı, ihtiyaçlarını karşılayabildiği sürdürülebilir bir yaşama hakkı bunlara örnek olabilir.<sup>42</sup>

Zarar ilkesinin liberal savunucularının hukuki amaca uygun zararı belirleme konusunda seçici olmalarının sebebi, bireysel değerlerin haklı bir devlet şiddetinin uygulamasını gerekli kılma mecburiyetidir. İnsanları seçme özgürlüğüne sahip kabul etmek, onları başkaları gibi davranmaya, aynı ahlaki ve kişisel değerlendirmelerde bulunmaya zorlamayı engeller. Özgür bireyler açısından bu ancak gönüllülük yahut karşılıklı anlaşma esasına dayanabilir. Kamu yararının cezalandırmaya konu olabilmesi, ancak başkalarının iyiliğinin zarar görmesine bağlıdır. Dürüst yarış esasına dayandığı müddetçe ekonomik ve çıkarların engellenmesi cezalandırmanın konusu olamaz. Yine J. S. Mill kişinin kendisi için en iyi kararın yine kendisi tarafından verileceği düşüncesiyle, kişinin kendi kendine zarar vermesinin cezalandırılmayacağını ileri sürmüştür.<sup>43</sup>

Zarar ilkesi yine liberallerce, hem çok dar hem de geniş olması sebebiyle eleştirilmiştir. Zarar ilkesi dar bir yaklaşıma sahiptir ve nitekim “başkalarına verilen zarar” anlayışı hem uluslararası alanda yaşanan gelişmeleri açıklamak için yeterli değildir. Örneğin, önemli bir hastalık geçiren, ancak iğneden korkan

bir hastadan habersiz olarak yapılan iğneyle hastalığı iyileştirmek, zararsız bir eylemdir, ancak liberal teoriye göre kişinin isteği dışında olduğu için cezalandırılmak durumundadır. Öte yandan zarar ilkesi çok geniştir. Örneğin iki kişi arasındaki yumruklaşmada mağdur kendisine gelebilecek zararı *dannum absque injura* (haksız fiile dayanmayan zarar) olarak kabul etmektedir. Müşterek hukukta (*common law*) [ilginin rızasının olduğu durumlarda] bu durum hukuka uygun kabul edilirken, zarar ilkesine göre suç olarak düzenlenebilir.<sup>44</sup>

Türk hukuk doktrininde J.S. Mill’in düşünceleri çeşitli yönlerden inceleme konusu yapılmıştır, ancak özellikle ceza hukukuna etkisi konusunda yeterli bir çalışma yoktur. *On Punishment* (Cezalandırma Üzerine) makalesi, Muzaffer Dülger tarafından Türkçeye çevrilmiş ve Hukuk Kuramı Dergisinde yayınlanmıştır.<sup>45</sup> Zarar ilkesinin üzerinde daha çok çalışılmaya ihtiyacı olduğu yönünde kuşku yoktur.

#### b) Saldırı ilkesi (*Offense principle*)

Zarar ilkesi Mill sonrası yazarlarca tüm suç tiplerini açıklayamaması bakımından yeterli bulunmamış ve çeşitli eleştirilere uğramıştır.<sup>46</sup> Zarar ilkesi karşısında geliştirilen en önemli ilke “saldırı ilkesi” olmuştur. Joel Feinberg’e göre

42 Ibid, s. 4-5.

43 Ibid, s. 5.

44 Ibid, s. 6.

45 John Stuart Mill, “Cezalandırma Üzerine”, (çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017, ss. 14-18. Çevirmen Dülger’in yüksek lisans tezi de John Stuart Mill üzerinedir. Muzaffer Dülger, *John Stuart Mill’de Bireysel ve Toplumsal Fayda*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

46 Örnek olarak bkz. Arthur Ripstein, “Beyond Harm Principle”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 34, Is. 3, (June) 2006, ss. 215–245.



kimi zaman doğrudan zararlarla sonuçlanmasa da saldırgan davranışların cezalandırılabilir olması gerekmektedir.<sup>47</sup> Saldırı ilkesi, bireylere yönelik her türlü saldırı ve kötülüğü suç olarak düzenlemeyi meşru sayan bir anlayıştır. Burada saldırı geniş anlamda kullanılmış ve her türlü nefret içeren ve mide bulandırıcı eylem ile (manevi anlamda) canın yanması ve ıstırapı kapsamaktadır. Ayrıca utanç verici, mahcubiyet doğuran eylemler de bunun içindedir.<sup>48</sup> Saldırı ilkesinin kabulüyle zarar ilkesini ölçüt almakla cezalandırılması mümkün olmayan birçok fiili cezalandırabilmek mümkündür. Müstehcen içerik, ırkçı nefret söylemi, zarar meydana getirmeyen ancak ıstırap veren fiiller ceza kanununda suç olarak düzenlenebilir.<sup>49</sup>

J.S. Mill'in neticeye yöneldiği ve neticede zarar/tehlikenin varlığı halinde cezalandırılması gerektiği fikrine karşın, Feinberg daha çok failin iradesi üzerinde durmuş ve zarar vermeyen saldırgan davranışın cezalandırılması konusuna yönelmiştir. Feinberg *The Moral Limits of the Criminal Law (Ceza Hukukunun Manevi Sınırları)* üst başlığıyla dört cilt yayınladığı ceza felsefesi kitaplarında zarar ilkesi ve onun yetmediği alanları açıklamaya çalışmıştır.<sup>50</sup> Bu konuyu inceleyen Türkçe bir çalışma henüz ya-

pılmamış ve bu eserler Türkçeye çevrilmemiştir.

### c) Hukuksal paternalizm (*Legal paternalism*)

Hukuksal paternalizm, bireylerin kendilerine verdikleri zararların cezalandırılmasına cevaz veren anlayıştır. Liberal anlayış hukuksal paternalizme karşı çıkmaktadır. Öte yandan, ötenazi ve kişinin kendi organlarını satması gibi kimi durumda bu karşı çıkış yumuşamaktadır.<sup>51</sup> Bu anlayışa göre, esasında cezalandırma kişinin kendi iyiliği için onu her türlü fiziksel, psikolojik ve ekonomik öz zararlarından koruyacak bir şefkat niteliğindedir.<sup>52</sup>

Hukuksal paternalizm konusu Türkiye'de Halil Kökçü tarafından yüksek lisans tezi olarak çalışılmıştır.<sup>53</sup> Tezin birçok yerinde ceza hukuku örneklerine yer verilmiş ve suç saymada hukuksal paternalizm yaklaşımları ve diğer yaklaşımlar üzerine görüşler tartışılmıştır. Liber+ Dergisinin 5. sayısında (2015) bir Türk yazarın makalesine; 8. sayısında (2016) uyuşturucu kullanmanın suç sayılmasını eleştiren biri Türk yazar ve ikisi çeviri olmak üzere toplam üç makaleye yer verilmiştir.<sup>54</sup> Türkiye'de hu-

47 Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1988, s. 48.

48 Ibid.

49 Ibid.

50 1- Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Others*, 1987; 2- Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, 1988; 3- Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harm to Self*, 1989; 4- Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law: Harmless Wrongoing*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

51 Perşak, 2010, s. 17.

52 Ibid.

53 Halil Kökçü, *Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar*, Karadeniz teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).

54 Yunus Emre Kocabaşoğlu, "Kurbansız Suç ve Narkotik Madde Yasakları", *Liber+*, Y.1, S. 5, 2015, ss.

kuksal paternalizm denilince genelde ilk akla uyuşturucu suçları gelmektedir ve hukuksal paternalizmi ilgilendiren diğer meseleler yeterince yer bulmamaktadır.

#### d) Hukuksal ahlakçılık (*Legal moralism*)

Hukuksal ahlakçılık, başkalarına herhangi bir zarar oluşturmasa dahi, ahlakdışı olan eylemin cezalandırılabilmesine cevaz veren ilkedir.<sup>55</sup> Lord Devlin tarafından ortaya atılan bu ilkeye göre toplumu ayakta tutan şey ortak siyasi ve ahlaki değerlerdir. Toplumsal değerlere karşı yapılan ihlaller, toplumu bir arada tutan bağları zayıflatacaktır. Bu sebeple ahlaksız eylemlerin cezalandırılması gerekir.<sup>56</sup> Bu ilke liberaller tarafından eleştirilmiş ve devletin bireylerin yatak odasına giremeyeceği ve mahremiyetine dokunamayacağı ileri sürülmüştür.<sup>57</sup>

Hukuksal ahlak meselesi Türkçe doktrinde nispeten daha fazla ilgi duyulan konulardan biridir. H.L.A. Hart'ın *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak* kitabı, Türkçeye 2000'de kazandırılmıştır.<sup>58</sup> L.L. Fuller'in *Hukukun Ahlakı* eseri Türkçeye yeni çevrilmiştir.<sup>59</sup> Gürler'in editörlüğünü yaptığı *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı* adlı eserde hem Türk yazarlara

hem Hart ve Fuller'e ait çeviri makaleler vardır.<sup>60</sup> Hukuksal ahlakçılık konusunda başka kaynaklarda yayımlanan çeşitli makaleler de söz konusudur.

#### e) Diğer bazı ilkeler

Anglosakson dünyada en çok kabul gören suç sayma teorileri yukarıda verilmiştir. Bununla birlikte, yeni ortaya atılan veya henüz üzerinde çok fazla tartışılmamış olan bazı görüşler de söz konusudur. Brunder, bir eylemin suç olarak düzenlenmesinde üç temel ilkedен söz edebileceğini belirtmiştir. Bunlar zarar ilkesi, hâkimiyet ilkesi (*sovereignty principle*) ve birlikte yaşam ilkesidir (*community principle*).<sup>61</sup>

Brunder zarar ilkesini tarif ettikten sonra, zarar ilkesince karşılanamayacak durumlar için hâkimiyet ilkesinin ortaya atıldığını ve son olarak iki ilkenin de yetersiz kaldığı durumlarda cezalandırma ihtiyacı söz konusu olduğunda birlikte yaşam ilkesine başvurulacağını belirtmektedir.<sup>62</sup> Hâkimiyet ilkesi, zarar ilkesinin bir eleştirisi üzerine Ripstein tarafından ileri sürülmüştür. Hâkimiyet ilkesine göre, bir eylemin meşru olarak sınırlanması, özgür bireyler arası karşılıklı bağımsızlığı sağlamak amacıyla

60-65. Liber+ Y.2, S. 8 yayımlanan makaleler: 1- Burak Durgut "Uyuşturucu Hak mı? Yasak mı?", ss. 6-10. 2- David Boaz, "Uyuşturucuları Yasallaştırmak, Kriminalize Etmek ve Zararları Azaltmak", (çev. Ahmet Altundal), ss. 10-18. 3- Minnesota Liberteryen Parti, "Liberteryenlerden Uyuşturucuyla Mücadeleyi Bitirmek İçin Güçlü Bir Tez", (çev. Burak Avcı), ss. 22-26.

55 Perşak, 2010, s. 19; Lauterwein, 2010, s. 65.

56 Perşak, 2010, s. 20.

57 Ibid, s. 20-21.

58 H.L.A. Hart, *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, (çev. Erol Öz), Dost Kitabevi, Ankara, 2000.

59 L.L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, (çev. Engin Arıkan), Tekin, İstanbul, 2016.

60 Sercan Gürler (ed.), *H.L.A. Hart ve Hukuk-Ahlak Ayrımı*, Tekin, İstanbul, 2015. Kitapta Türk yazarlara ait makaleler: 1- Ertuğrul Uzun, "Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", 2- Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'a Göre Hukuk-Ahlâk İlişkisi".

61 Brunder, 2010, s. 4 vd.

62 Ibid.

olabilir.<sup>63</sup> Bireysel tercihlere dayansa ve zararlı bir davranış olmasa bile kişilerin özgürlüklerine müdahale oluşturan eylemlerin suç olarak düzenlenebilmesi gerekir.<sup>64</sup> Birlikte yaşam ilkesi de hâkimiyet ilkesine tamamlayıcılık getirmekte ve bazı eylemlerin salt toplumsal yaşamın gereği olarak cezalandırılabilceğini ileri sürmektedir.

Brunder'e göre bir ceza-adalet sisteminde hiçbir ilke suç ihdasının meşrulaştırılması konusunda yeterli değildir ve yeri geldiğinde ilkelerin tümünden yararlanmak gerekir.<sup>65</sup> Biz de benzer bir görüşü paylaşmakla birlikte, modern ceza hukukunda hukuksal paternalizm ve ahlakçılığa fazlaca yer olmadığı kanaatindeyiz. Kıta Avrupası'nda kabul gören hukuksal değer korunması ilkesi, zarar ilkesiyle çok yakın benzerlik içinde hatta onu da kapsıyor görünmektedir.

### C. SUÇ İHDASI AŞAMALARI (SUÇ SAYMA MERDİVENİ)

Bir toplumda var olan normları izlememe veya toplumun beklentilerine uymamaya sapma (*deviance*) denir.<sup>66</sup> Devletin suç ihdasıyla ilgili en temel sorun, sapma insan davranışlarından hangilerinin suç olarak düzenleneceği ve bu davranışların hangi ölçütlere göre belirleneceğidir. Bu sorun siyasal-ideolojik tercihlerle sıkı sıkıya bağlı olduğundan; suç olan davranışların belirlenmesi, dev-

let düzenlerine göre farklılık gösterdiği gibi, özgürlük-otorite, birey-toplum diyalektiği ile siyaset ve ahlak konularını barındıran bir içeriğe sahiptir.<sup>67</sup> Toplumsal düzenin sağlanmasında ceza hukuku yoluna başvurulduğunda, burada zorunlu olarak bir ayırt etme ve sınırlandırma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uyan insan iradesi, çıkar ve davranışlar hukuk tarafından himaye edilmeye layık bulunacak, bu koşullara uymayanlar ise hukuk tarafından himaye edilmeyecektir. Ortak toplumsal yaşantının temel ve zorunlu koşullarına uygun çıkarlar, davranışlar ve irade hukuk düzenince meşru; zorunlu ve temel koşullara aykırı olanlar ise gayrimeşru kabul edilecektir.<sup>68</sup> İşte sapma olan davranış belirleme, esas olarak hukukun korumaya alacağı davranışlar ile hukukun yaptırıma uğratacağı davranışlar arasında bir ayrıma varma işidir.<sup>69</sup>

Devletin suçları belirlemesinde çok farklı faktörler etkili olmaktadır. Bir insan davranışının suç sayılmasında öncelikli ölçüt toplumsal ihtiyaçtır. Toplumsal yaşantıda bir davranışın men edilmesine yönelik bir ihtiyacın doğması gerekir. Böyle bir ihtiyacın ortaya çıkması durumunda ikinci bir ölçüt, bu davranışın ancak cezalandırma yoluyla men edilebilir seviyede olması, yani cezalandırmanın son çare ve gerekli/zorunlu bir yaptırım olmasıdır. Nitekim

63 Ripstein, 2006, 217.

64 Brunder, 2010, s. 8-9.

65 Ibid, s. 13.

66 Nurgün Oktik, "Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar", *Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, 2013, s. 4.

67 Nevzat Toroslu, "Ceza Hukuku-Politika-Ahlak", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004, s. 875.

68 Hafizoğulları ve Özen, 2014, s. 4.

69 Ibid.

men edilmesi daha hafif yaptırımlarla sağlanabilecek davranışlar için ceza ön-görmek, cezanın *ultima ratio* özelliğine aykırı olacak ve suç enflasyonuna neden olacaktır. Bu sebeple suç olan eylemin belirlenmesinde çeşitli ölçütlere yer vermek gerekmektedir.

Devletin bir yasaklama tekeli -son kertede- “suç” olarak ceza kanununda düzenlenen bir ceza normu halini almaktadır. Harduf suç olan bir fiilin düzenlenmesinde dört aşamadan söz eder: 1- Saldırgan fiilin tanımlanması, 2- Bu fiilin ceza kanunun genel yapısına uygunluğunun incelenmesi, 3- Cezalandırmaya alternatif yaptırımların değerlendirilmesi, 4- Bu fiilin suç olarak düzenlenmesinde ortaya çıkacak sosyal maliyetlerin değerlendirilmesi.<sup>70</sup> Harduf, suç sayma aşamalarıyla ilgili olarak “suç sayma (ihdas) merdiveni” (*criminalization ladder*) adını verdiği bir model geliştirmiş ve makalesinde “online kumar suçu”nu örnek vererek, bu modelin nasıl işlediğini göstermiştir.<sup>71</sup> Bir suç tipinin yaratılmasında suçun maddi unsurları (*actus reus*), manevi unsurları (*mens rea*), hukuka uygunluk sebeplerinin (*defense*) dikkatli bir akademik titizlikle ele alınması gerekir.<sup>72</sup> Suçun kurgulanmasında ciddi bir mantıksal yolun izlenmesi ve suçun unsurlarının belirlenmesinden önce, hangi tür eylemlerden korunmak istenildiğinin belirlenmesi gerekir.<sup>73</sup>

Toplumsal yaşamdaki ilişkileri düzenlemek, başka bir deyişle çıkarları bağdaştırmak ve uyumsuzlukları çözmek; belli davranış kuralları ve normlar oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>74</sup> Çıkar çatışmaları ve uyumsuzluklar karşısında tavır almak, onları değerlendirmek ve üzerinde bazı değer hükümleri vermektir. Değerlendirmek ise, mutlaka bir değer ölçütü ortaya çıkarmaktır. Bu ölçüte uyanlar, doğru ve adil kabul edilmektedir.<sup>75</sup> Adalet ve doğruluk, özellikleri itibariyle toplumsal değerlerdir ve bunlar “salt akıl” sonucu değil, belirli bir etik-siyasal ideolojiden çıkmış değer ölçütleridir. Çatışan çıkarlar içerikleri bakımından aynı da olsalar, dünyadaki farklı hukuk sistemlerince, farklı şekilde düzenlenmeleri söz konusudur.<sup>76</sup> Suçu tanımlarken, “toplum düzenini önemli bir şekilde ihlal eden fiil” demek yeterli değildir. Bir hukuk düzeninde bir fiil belli bir zaman suç olarak düzenlenirken, kanun koyucu bunları suç olmaktan çıkarabilir veya başka fiilleri suç kategorisine koyabilir. Önder’e göre, kanun koyucu suç yaratmaz. Nitekim suç olan fiil, onun suç olduğuna dair toplumsal algıdır ve kanun koyucu toplumun verdiği hukuki yararları normlar içinde tespit ederek, bunlara suç niteliği tanır.<sup>77</sup>

70 Asaf Harduf, “How Crimes Should Be Created: A Practical Theory of Criminalization”, January 2012, [http://works.bepress.com/asaf\\_harduf/5](http://works.bepress.com/asaf_harduf/5), s. 2.

71 Harduf, 2012, s. 9 ve 41.

72 Ibid, s. 9.

73 Ibid, s. 2.

74 Hafızoğulları ve Özen, 2014, s. 5.

75 Ibid, s. 6.

76 Ibid.

77 Önder, 1992, s. 5.

## SONUÇ

Dünyada oldukça geniş tartışma alanı bulmuş olan suç sayma teorilerini gündeme getirmek ve Türkiye’de de tartışma konularına dâhil etmek, bu çalışmanın temel amacını oluşturmuştur. Esasında cezalandırmanın amacı kadar önemli bir mesele olan suç sayma sebeplerinin, hem ceza hukukçuları hem de hukuk felsefecileri tarafından ihmal edilmiş olduğuna dikkat çekerek; okuyucuların bu konu üzerinde daha yoğun bir ilgi duymaları hedeflenmiştir.<sup>78</sup>

Belirli kavram ve teoriler üzerine yapılan çalışmalarda, bunların nasıl isimlendirileceği, yabancı dillerdeki kullanımının nasıl olduğu ve Türkçede tam karşılıklarının kullanılıp kullanılmadığı önem taşımaktadır. Burada birbirleriyle karıştırılması çok olağan kavramlar (ve karşılığında kullanılan terimler) “suç teorileri” ve “suç genel teorisi” ile “suç sayma teorileri” arasında farklar ortaya konulmuştur. Hangi eylemlerin suç olarak düzenlenebileceği meselesine cevap arayan ilkelere “suç sayma teorileri” denmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür.

Alman hukuk doktrininde geliştirilen [ceza hukukuyla korunması amaçlanan] hukuksal değer kavramı ile Anglosakson dünyanın zarar ilkesi üzerine kurulu ve/veya ondan türeyen ilkeler kısaca tanıtl-

mıştır. Korunan hukuksal değer teorisine göre, ceza hukukunun bir fiili cezalandırması ancak başka birinin korunan bir hukuksal değerini ihlale bağlıdır. Dolayısıyla suç ihdasında hak ve özgürlüklerin korunması esas alınırken; suç olan fiilin tanımlanmasında koruduğu hukuksal değer önemli olmaktadır.

Anglosakson doktrin ise J.S. Mill tarafından geliştirilen “zarar ilkesi” üzerinden gelişme göstermiştir. Uzun yıllar bu ilke suç ihdasının temeline esas alınırken, zamanla eksik bulunduğu yönler bakımından eleştirilmiş; bu eksikliklere yönelik çözüm önerileri getirilmesiyle yeni yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Feinberg tarafından geliştirilen “saldırı ilkesi” ise, Mill’in aksine neticeye değil suçlu iradesine yönelmiştir. Başka bir anlatımla, zararlar sonuçlanmayan saldırgan fiillerin de suç sayılabilmelerine bu ilke yol gösterici olmuştur. Bir başka ilke olan “hukuksal paternalizm” özellikle kişinin kendi kendine verdiği zararları cezalandırmayı ilke edinen ve kişiyi kendinden korumayı amaçlayan bir anlayıştır. “Hukuksal ahlakçılık” ceza hukukunun amacını ahlakı korumak olarak açıklayan ve Devlin ile Hart arasında çok ciddi bir tartışma yaşamasına sebep olan bir ilkedir. Bu ana ilkelerin yanı sıra bu ilkeler ile açıklanamayacak durumlar için öne sürülen, “hakimiyet ilkesi” ve “birlikte yaşam ilkesi” olarak Türkçe-

78 Ceza hukukçusu ve felsefecilerine çok haksızlık yapmama adına bu alanda metinde sayılan örnekler ek olarak önemli birkaç örnekten söz edilebilir: Tekin Yayınevinin Hukuk Poetikası serisinde çıkan hukuk felsefesi kitaplarında ceza hukuku (suç sayma ve cezalandırma) meseleleri de yer almaktadır. Yeni Hukuk blogunda (<http://yeni hukuk.blogspot.com.tr>) önemli tartışmalar yapılmakta, hakemli dergilerde yayınlanabilecek nitelikte birçok makaleye bu blogda yer verilmektedir. Hukuk Kuramı Dergisi online çıkmakta ve bu bildirinin konusunu oluşturan meselelere değinen yazılara ev sahipliği yapmaktadır. Örnek olarak İlker Tepe, “Ders Tanıtımı: Ceza Hukukunun Felsefi Temelleri”, *Hukuk Kuramı*, C. 1, S. 3, Mayıs-Haziran 2014. Bunlar gibi birçok dergi ve platformdan söz edilebilir.

ye çevirdiğimiz başka ilkelerden de söz etmek mümkündür. Bu ilkeler dikkate alınarak bir fiilin hangi aşamalarda suç sayılacağı ise Harduf tarafından geliştirilen bir modelle açıklanmış ve buna “suç sayma merdiveni” adı verilmiştir.

Türkiye’de ceza hukukçularının ağırlıklı olarak Alman doktrinine aşına olmaları “hukuksal değer” üzerinde durmalarına neden olmuştur. Ancak bu konuda sadece bir tane müstakil bir çalışma yapılmıştır. Anglosakson ilkelere hukuksal ahlakçılık, diğer ilkelere nazaran Türk hukukçularının üzerinde daha çok çalıştığı konu olmuştur. Zarar ilkesi ve paternalizm üzerine az sayıda çalışma vardır, bununla birlikte saldırı ilkesi henüz müstakil bir çalışmaya konu olmamıştır. Bir insan davranışı olarak suçun, hangi hallerde cezalandırmanın konusu olabileceği yahut hangi insan eylemlerinin suç olarak cezalandırılabilirliği ancak belirli bir anlayış ile geliştirilen ölçütlerle açıklanabilir. Bu ölçülerin neler olabileceği meselesi entelektüel dünyamızın merak alanı içine girmesi, Türk hukuk ve felsefe yazınına önemli katkılar sunacak ve önemli sayılabilecek bir boşluğu dolduracaktır.

#### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Brunder Alan, “The Wrong, the Bad, and the Wayward Liberalism’s *mala in se*”, [http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past\\_activities/2010.php](http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/2010.php), 2010.
- Dönmezer Sulhi, “Suç Siyaseti”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası (Prof.Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan), C. 52, S. 1–4, 1986-1987.
- Eser Albin, “The Principle of “Harm” in the Concept of Crime A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests”, *Duquesne University Law Review*, No. 4, 1966.
- Feinberg Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- Hafızoğulları Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2014, 7. baskı.
- Harduf Asaf, “How Crimes should be Created: a Practical Theory of Criminalization”, January, [http://works.bepress.com/asaf\\_harduf/5](http://works.bepress.com/asaf_harduf/5), 2012.
- İçel Kayıhan ve diğ. (2000), *Suç Teorisi*, Beta, İstanbul, 2. Baskı.
- İçel Kayıhan ve Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2005.
- Kökçü Halil, *Paternalizm Kavramı ve Örnek Uygulamalar*, Karadeniz teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon, 2016 (yayınlanmamış yüksek lisans tezi).
- Lauterwein Carl Constantin, *The Limits of Criminal Law (A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing)*, Ashgate Publishing, Surrey, 2010.
- Mill John Stuart, *Hürriyet Üstüne*, (çev. Mehmet Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.



- Mill John Stuart, “Cezalandırma Üzerine”, (çev. Muzaffer Dülger), *Hukuk Kuramı*, C. 4, S. 3, Mayıs-Haziran 2017.
- Oktik Nurgün, “Sosyal Sapma ve Suçun Sosyolojisine Kurumsal Yaklaşımlar”, *Suçun Sosyolojisi Cezasının Felsefesi*, (ed. Güncel Önkal ve Özgür Sarı), Nobel Yayınları, Ankara, 2013.
- Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Peršak Nina, *Criminalising Harmful Conduct (The Harm Principle, its Limits and Contential Counterparts)*, Springer, 2010.
- Ripstein Arthur, “Beyond Harm Principle”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 34, Is. 3, (June) 2006.
- Sancar Mithat, “Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti”, *Doğu-Batı (Hukuk ve Adalet Üstüne)*, Y. 4, S. 13, 2000.
- Toroslu Nevzat, “Ceza Hukuku–Politika–Ahlak”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, İstanbul, 2004.
- Ünver Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003.
- Ünver Yener, “Ceza Hukukunda Hukuksal Değer”, (çev. Barış Erman), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arki-vi*, S. 8, 2003.