

CEZA HUKUKUNDA FAILİN İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ TARTIŞMALARI

(Debates on the Free Will of Perpetrator in Criminal Law)

Mehmet Emre YILDIZ¹

ÖZ

Ceza hukukunda sorumluluğun temelini failin suçu işleme iradesi oluşturmaktadır. Bu irade nedeniyle fail kusurlu sayılmakta ve hukuk düzenince kınanmaktadır. Bu kınamanın sonucu olarak failin davranışı sebebiyle ceza yaptırımına hükmedilebilmektedir. Kuşkusuz fail hakkında fiili nedeniyle ceza yaptırımına hükmedilebilmesi için, failin fiil anında yaptığından başka türlü hareket edebilme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Hukuka uygun olan ile hukuka aykırı olan davranış arasındaki bu seçim imkânı, failin “irade özgürlüğü” ile anlatılmaya çalışılmaktadır. Ceza hukukunda “kusur” kavramı içinde yer alan, “başka türlü hareket edebilme”, “kınanma”, “hatalı irade oluşturma” gibi hususlar sadece ceza hukukunda değil, nörobilimler ve felsefe alanında da “irade özgürlüğü” konusu altında tartışılmaktadır. Bu denli öneme sahip irade özgürlüğü kavramının ceza hukuku açısından nasıl ele alındığı yakından incelenmesi gereken bir konudur. Söz konusu çalışma ceza hukukundaki klasik kusur ve sorumluluk anlayışının “irade özgürlüğü” tartışmalarından ne şekilde etkilendiğini açıklamaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İrade, irade özgürlüğü, ceza sorumluluğu, kusurluluk, determinizm, indeterminizm, agnostisizm.

Makalenin Geliş Tarihi: 14.05.2021, **Makalenin Kabul Tarihi:** 05.08.2021

¹ Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı, e-posta: yildizmehmetemre@gmail.com, Orcid ID: 0000-0001-9969-7730

ABSTRACT

In criminal law, the basis of responsibility is the will of the perpetrator to commit the crime. Because of this will, the perpetrator is considered to be culpable and is condemned by the legal order. As a result of this condemnation, the perpetrator's behavior can be punished with a sanction. Of course, in order to be punished the perpetrator must have the ability to act differently from what the perpetrator did. This opportunity to choose between lawful and unlawful behavior is tried to be explained with the perpetrator's "free will". Issues such as "ability to act differently", "condemnation", "have a wrong will" are being discussed not only in criminal law, but also in neuroscience and philosophy. It is claimed that as a result of the information obtained especially in the field of neuroscience, the person does not actually make a decision about his or her behavior as a "free" agent. This study attempts to explain how the classical understanding on "culpability" and "criminal responsibility" is influenced by the discussions of "free will" in the field of philosophy.

Keywords: Will, free will, criminal responsibility, culpability, determinism, indeterminism, agnosticism.

GİRİŞ

Modern ceza hukuku sisteminde bireylerin uymakla yükümlü oldukları normatif emir ve yasaklar içeren davranış kurallarına yer verilmektedir. Bu sistemin amacı ceza yaptırımının haklı, yerinde ve gereken ölçüde normun belirttiği şekilde eylemde bulunmayan kişilere uygulanmasını sağlamaktır. Bu şekilde gerçekleştirilen cezalandırma politikası ile toplumu oluşturan bireyler arasında sosyal kontrolün sağlanması hedeflenerek, ileride işlenebilecek suç teşkil eden eylemlerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi bakımından meşru zor (şiddet) uygulama tekeline sahip devletin, sadece emir ve yasak davranışları içeren yasal düzenlemeleri oluşturması yetmemekte, aynı zamanda bireylerin bu emir ve yasakları içeren düzenlemelere uyması konusunda beklentinin de haklı bir gerekçeye dayanıyor olması gerekmektedir.

Toplumu oluşturan bireylerin yasanın öngördüğü şekilde davranabilmesi konusunda, kişisel olarak güvence teşkil eden unsurlar ise kişisel sorumluluk

ilkesi ve kusur ilkesidir. Bir ceza hukuku normuna uyulmaması nedeniyle ceza yaptırımına hükmedilebilmesi için, ortada kişinin bu normu ihlal etme iradesinin bulunması gerekmektedir. Kişinin normu ihlal eden davranıştan kaçınmayacağı durumlarda, kişinin hukuka sadık olmayan iradesi davranışından tespit edilemeyeceğinden ceza yaptırımının uygulanması da anlamsız olacaktır. Bir başka deyişle ceza sorumluluğunun temelini kişinin normu ihlal etme iradesi oluşturmaktadır. Kişideki normu ihlal etme iradesinin davranıştan anlaşılabilmesi için ise, kişinin kusurlu sayılması gerekmektedir. Bu bakımdan kusur ceza yaptırımını meşru hale getiren, sorumluluğun merkezinde yer alan bir unsurdur.

Ceza yaptırımı ile doğrudan bağlantılı olan kusur ve sorumluluk kavramları, içeriğinde barındırdığı “başka türlü hareket edebilme”, “hatalı (hukuka sadık olmayan) irade oluşumu”, “eylemden kaçınabilirlik”, “kişisel kınanma” gibi konular nedeniyle salt ceza hukukunun değil, aynı zamanda felsefe, nörobilimler, teoloji gibi farklı disiplinlerin de iştigal alanını oluşturmaktadır. Öyle ki, failin fiilini özgürce seçebilmesi, bu yönde karar alabilmesi ile ilgili nörobilimler ve felsefe alanında birçok tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmalar bireyin “irade özgürlüğü”ne sahip olup olmadığı tartışması üzerinden gerçekleştirilmektedir. Birçok yazar bu tartışmalara ait sonuçların, ceza hukukundaki klasik “kusur” anlayışının ortadan kalkmasına dahi yol açabileceğini belirtmektedir². Zira bir kişinin davranışlarının “iradi” olmadığı fen bilimleri (nörobilimler) tarafından kanıtlanması, ceza hukukunun temelini oluşturan “kusur” konusunun da ortadan kalkacağı tartışmalarını beraberinde getirecektir.

Belirtilen sebeplerle çalışmada ceza sorumluluğu ve kusur konusunda önem arz eden “irade özgürlüğü” tartışmaları farklı bakış açıları çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

² Roth Gerhard, Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert, Frankfurt am Main, 2003, s. 544; Hillenkamp Thomas, “*Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*”, JZ, 7/2005, s. 330. Öğretide aynı doğrultudaki görüş ve yazarları aktaran Schreiber Hans- Ludwig, “*Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*”, FS für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte, Berlin, Heidelberg, New York, 2006, s. 1071; Bröckers Boris, *Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit*, Baden-Baden, 2015, s. 32.

I. CEZA SORUMLULUĞUNUN ESASI

A. Genel Olarak

Modern ceza hukukunun geçerli olduğu hukuk sistemlerinde failin cezalandırılabilmesi için, sadece failin kanunda yasaklanmış olan neticeye hukuka aykırı fiili ile sebebiyet vermesi yetmemekte, aynı zamanda bu fiilin “kusurlu” olarak addedilmesi de gerekmektedir. Kusur ceza hukuku, failin fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için, başka bir deyişle ceza sorumluluğunun³ doğması için, “tipe uygun eylem” ve “hukuka aykırılık” unsurları yanında ek bir inceleme unsuru olarak “kusur” aşamasına yer vermesi ile ön plana çıkmaktadır. Bu bakımdan salt ortaya çıkan neticeden sorumluluğun doğduğu ceza hukuku (*Erfolgsstrafrecht*)⁴ anlayışı, tesadüfi sorumluluk ya da objektif sorumluluk⁵ anlayışları kusur ceza hukuku anlayışı ile terk edilmiştir.

Ceza hukukunda failin gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle ceza yaptırımına maruz kalabilmesi için olmazsa olmaz (=sine qua non) koşul olarak “kusur” kavramı, günümüzde yapılan birçok tartışmanın da odağı haline gelmiştir. Bu tartışmalar, ceza hukukunun temelini oluşturan “kusur” kavramının içeriğinde yer alan “irade”, “davranışlarını yönlendirebilme” ve

³ “Sorumluluk” sorunu “özgürlük” sorununa doğrudan bağlıdır. Özgürlük kavramından bağımsız bir sorumluluk kuramı kurulamaz. Bkz. Erem Faruk/ Danışman Ahmet/ Artuk Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1997, s. 436.

⁴ 16. yüzyıldan sonra bu anlayış terk edilerek kusur ceza ilkesi ön plana çıkmıştır. Bkz. Heinrich Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aktualisierte Auflage, Stuttgart, 2016, s. 223.

⁵ Özen’ e göre objektif sorumluluk, kişinin icrai ya da ihmali hareketinin sonucu olan neticeden, herhangi bir psişik bir bağın varlığı aranmaksızın, salt maddi nedensellik bağı dolayısıyla sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Ancak Özen, modern ceza hukuku anlayışında süjenin sorumluluğuna, maddi bir fiilin sadece nedensel olarak isnat edilmesi ile değil, ayrıca fiilin kast veya en azından taksirli olmasından dolayı psikolojik olarak isnat edildiğinde gidilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır. Bu nedenle objektif sorumluluk ve sübjektif sorumluluk arasında giderilemez bir zıtlık söz konusudur. Bkz. Özen Muharrem, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, Ankara, 1998, s. 5, 18. Ceza hukukunda modern sürecin ortaya çıkışındaki en önemli aşamalardan olan Aydınlanma sayesinde insanlık, ceza hukukunda başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk dönemlerini atlattıktan sonra, medeniyetin büyük bir zaferi olarak sübjektif sorumluluğa ilişkin esaslara ulaşabilmiştir. Bkz. Karakehya Hakan, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara, 2010, s. 8.

“başka türlü hareket edebilme” gibi unsurlar nedeniyle nörobilimler, teoloji ve felsefe gibi farklı disiplinlerde de ön plana çıkmaktadır. Bu çalışmada irade özgürlüğüne ilişkin değişik yaklaşımların, ceza hukukunda geçerli olan “kusur” ve “sorumluluk” anlayışına ne şekilde etki edebileceği hususu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu nedenle öncelikle “irade özgürlüğü” konusunun ceza hukukunda “kusur” ve “kusur yeteneği” kavramları açısından önemine işaret edilmelidir.

B. İrade Özgürlüğünün Kusur Ve Kusur Yeteneği İçin Önemi

İrade özgürlüğü insanın iç özgürlüğünü deyimlemektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere özgürlük iç ve dış özgürlük olmak üzere iki açıdan ele alınabilmektedir. Dış özgürlük dış zorlamadan kurtulmuş olmayı, eylem ve davranışlarda herhangi bir dış zorlama ile karşılaşmamayı ifade etmektedir⁶. Kişinin almış olduğu kararları uygulamada dışarıdan hiçbir etkenle engellenmemesi durumunda kişi özgürdür⁷. İç özgürlük ise, iradî kararların gerçekleştirilmesi ile değil, bizzat bu kararların meydana gelmesi ile ilgilidir, yani dış davranış özgürlüğü değil, irade özgürlüğüdür. İradesinin meydana gelmesinde etkili dürtülere (motiflere, saiklere) uymak zorunda olmayan, bunlar karşısında şöyle ya da böyle karar vermek gücünde olan kimse özgürdür⁸. Bu tespitlerden de anlaşılacağı üzere irade özgürlüğü normatif bir düzen tesisi olan hukuk alanında da büyük öneme sahiptir. Nitekim irade özgürlüğü bireyin normun istediğini yerine getirebilip getiremeyeceği konusuyla ilişkili⁹ olduğundan hukuk biliminin de inceleme konusunu oluşturacaktır.

Akıl ve insan onuruna odaklanmış olan bir ceza hukukunda, ceza yaptırımı gerektiren bir haksızlığı işlediği yönünde faile kişisel isnatta bulunulabilmesi için, “kusur” kavramı ölçü olarak kullanılmaktadır. “Kusursuz ceza olmaz (*nulla poena sine culpa*)” ilkesi ve bu ilkenin yayılım özelliğinin zorunlu sonucu olan “kusur ile orantılı ceza” ilkesi, failin gerçekleştirmiş olduğu haksız fiil (haksızlık) nedeniyle uygulanabilecek ceza

⁶ Aral Vecdi, “*Hukukta İrade Özgürlüğü*”, İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249.

⁷ Aral, s. 249.

⁸ Aral, s. 249-250.

⁹ Aral, s. 253.

yaptırımının çerçevesini çizmektedir. Bu bakımdan kusur eşzamanlı olarak ceza yaptırımı açısından “kurucu (*konstitutiv*)” ve “sınırlayıcı (*limitierend*)” anlama sahiptir¹⁰.

Günümüzde failin kusurlu sayılabilmesi bakımından sadece fail ile fiili arasındaki psikik ilişkiyi esas alan “psikolojik kusur teorisi” terk edilmiştir. Bu teoriye göre, kusurlu sayılabilmek için, fail ile fiili birbirine bağlayan sübjektif ilişki, yani kast ve taksir ilişkisi bulunması yeterliydi¹¹. Buna karşın

¹⁰ Müller-Dietz Heinz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems, Heidelberg-Hamburg, 1979, s. 33.

¹¹ Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1999, kn. 909. Psikolojik kusur teorisi hakkında alman ceza hukuku öğretisinden aktarılan geniş bilgi için bkz. Meraklı Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, 2017, s. 104 vd. *Hafizoğulları/ Özen*'e göre, fiilin iradi olma zorunluluğu, geleneksel olarak suçun manevi (=psikolojik veya sübjektif) unsur denen yönünü oluşturmaktadır. Suçun manevi unsuru son zamanlarda genellikle “kusurluluk” terimi ile de ifade edilmektedir. Suçun manevi unsuru, icra veya ihmal hareketinin şuurlu ve iradi olmasını gerektirmekte; bu da, kast ve taksir olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Suçun manevi unsuru psikolojik bir olgudur. Bu nedenle manevi unsur suçun maddi (=objektif) unsuruna, yani fiille eklenmektedir. Bu anlamda suçun manevi unsuru, her durumda psikik bir davranıştan, failin iradesinin bir tezahüründen ibaret bulunmaktadır. Bkz. *Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2018, s. 240. *Toroslu/ Toroslu*'ya göre, psikolojik anlayış adı verilen ve 19. Yüzyılın ikinci yarısında ceza hukukuna hakim olan geleneksel anlayışa göre kusurluluk, fail ve fiil arasındaki psikik bir bağlantıdan ibarettir. Yazarlara göre, kusurlu sorumluluğun kabulü ile, kişi ancak kastla veya en azından taksirle ortaya koyduğu için psikolojik yönden de kendisine ait olan fiilinden sorumlu tutulmaktadır. Kusurluluk hareketin ve ihmalin mutlaka bilinçli ve iradî olmasını gerektiren bir unsurdur. Bu unsur ise kast ve taksirdir. Bkz. *Toroslu Nevzat/ Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara, 2019, s. 200-202. Görüşlerden de anlaşılacağı üzere yazarlar kast ve taksir unsurlarını “kusurluluk” kavramı ile ilişkilendirmektedirler. Günümüzde Türk ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı görüş olarak, kast ve taksir unsurları haksızlık kavramı içinde, haksızlığın işleniş şekilleri olarak değerlendirilmektedir. Bu bakımdan eylemin kasten işlenmesi eylemin “kusurlu” olması ile ilgili değil, eylemin sübjektif yönden tipik olması ile ilgilidir. Eylem kast veya taksirle işlenmemişse eylem sübjektif yönden tipik olmayacaktır. Böylece fail hakkında kusurlu sayılmadığı için “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” değil, eylemi tipik olmadığı için “beraat kararı” verilecektir (bkz. CMK m. 223). Öğretide kast ve taksirin çifte işleve sahip olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlara göre, kast ve taksir haksızlığın ayrılmaz parçası ve hareketin kusurlu olarak değerlendirilmesinin

günümüzde geçerli olan “normatif kusur teorisi” anlayışına göre, failin fiili nedeniyle kusurlu olarak addedilebilmesi için, bu fiil nedeniyle kişisel olarak kınanabilmesi¹² gerekmektedir. Bir fiil nedeniyle failin “kınanabilmesi” için ise, failin fiilden kaçınabilir olması gerekmektedir¹³. Bu durum, şayet irade özgürlüğünden yola çıkacak olursak, ancak bir insanın bir eylemde bulunup bulunmama karar verebilecek durumda olabildiği hallerde mümkündür¹⁴. Bu itibarla kusur, hukuki anlam ve sonuçlarının bilincinde olarak, haksızlık teşkil eden fiili işleme hususunda bir tercihte bulunduğu için, haksızlık teşkil eden fiili işleyen kişi hakkında bu fiil dolayısıyla bulunulan bir muaheze (*kınama, paylama, ayıplama*¹⁵) yargısıdır¹⁶. Böylece denilebilecektir ki, fail **sadece kendi isteğinin neden olduğu eylem (=sorumlu olduğu eylem) nedeniyle kınanabilir, yapısında doğal olarak var olan unsurların neden olduğu bir eylem nedeniyle failin kınanması söz konusu olamaz**¹⁷.

objesidir. Ayrıca kast ve taksir cezanın tayini açısından birer kusurluluk şeklidir. Bu görüş için bkz. Apaydın Cengiz, *Ceza Hukukunda Kusurluluk*, Ankara, 2018, s. 34-35.

¹² “...Yeni ceza adalet sistemimizde akıl hastalığı; kusur yeteneğini etkilemesi nedeniyle, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden birisi olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ortada tüm unsurlarıyla oluşmuş bir suç bulunmakta ise de; akıl hastası olduğu saptanan sanık, işlemiş bulunduğu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak durumda olduğundan, bu suçun işlenmesinden dolayı hukuki anlamda ‘kınanamaz’, yani sorumlu tutulup cezalandırılmaz...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/607, K. 2015/300, T. 06.10.2015. (karararama.yargitay.gov.tr)

¹³ Hirsch Hans Joachim, “*Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*”, ZStW, 106(1994), Heft 4, s. 749.

¹⁴ Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, Heidelberg, 2015, kn. 51, s. 276.

¹⁵ “Muaheze” kavramının anlamı hakkında bkz. Büyük Türkçe Sözlük (www.tdk.gov.tr)

¹⁶ Ceza ise işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı bir insanın muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargının somutlaştırılmasıdır, maddi bir muhteva kazanmasıdır. Bkz. Özgenç İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017, s. 685, 687; Özgenç İzzet, “*Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü*”, *Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu 26-28 Ekim 1992*, *Facultatis Decima Anniversaria*, İstanbul, 1993, s. 252-253.

¹⁷ Welzel Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, 1969, s. 139; Wessels Johannes/Beulke Werner/Satzger Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau*, 45. Auflage, 2015, s. 192.

Kusurun içeriği genelde kişinin hukuka aykırı irade oluşumunda “hatalı olması”, “irade oluşumunun sorumlusu olması” olarak belirlenmektedir. Kusur ile faile karşı, gerçekleştirilmesine imkân olduğu halde, yine de hukuka aykırı fiili gerçekleştirdiği yönündeki kişisel kınama iddiasında bulunmaktadır¹⁸. Bu şekilde gerçekleşen bir iddiada önemli olan husus, failin önünde hukuka aykırı olmayan fiili seçebileceği fiil alternatifi bulunmasına ve bunu seçebilecek imkân-iktidara sahip olmasına rağmen, yine de haksız olanı tercih etmesi yer almaktadır. Bir başka deyişle fail fiilini gerçekleştirirken başka türlü hareket edebilirdi, ancak yine de haksız olan fiili seçmiştir. Bu nedenle fail ceza sorumluluğuna sahiptir. Belirtilen şekildeki bir kusur isnadının içeriğinde, “başka türlü hareket edebilme”, “alternatif olasılık” gibi hususların bulunuyor olması, ceza hukukunda “özgür irade” tartışmalarını da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar “irade” oluşumunda determinizm-indeterminizm görüşleri arasındaki farkların ceza hukukuna taşınması neden olmaktadır. Acaba fail haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirirken, ceza normunu ihlal etmeyen davranışı sergileyebilecek şekilde “*irade özgürlüğü*”ne sahip midir?

Pozitif hukuk açısından bakıldığında ise, irade özgürlüğü problemi kusur ve kusur yeteneği açısından belirleyici bir konuma sahiptir. Özellikle TCK m. 31, 32, 33 ve 34’te yer alan failin “fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği” düzenlemesi, içinde barındırdığı başka türlü davranabilme, bu yönde karar alabilme ve alınan kararı uygulayabilme özellikleri nedeniyle irade özgürlüğü sorununun tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Bir kişinin fiil anında özgür sayılabilmesi için asgari şartlar; 1. Fiil anında kişinin gerçekleştirmiş olduğu fiil haricinde yapma ya da yapmama hususunda fiil alternatifinin mevcut olması, 2. Gerçekleştirilmiş fiilde kişinin eser sahibi olarak kendisine atfedilemeyecek etkenlere maruz kalmadan (Örn. akıl hastalığı), kendini ortaya koyması olarak belirtilebilir. Belirtilen özellikler ise bir kişinin fiili nedeniyle “kınanıp kınanmayacağı” hususunda yol gösterici olacaktır.

¹⁸ Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Auflage, München, 2006, § 19, s. 860.

II. İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMINA İLİŞKİN DEĞİŞİK BAKIŞ AÇILARI

A. Determinist Görüşler

Determinizm (*Belirlenimcilik*¹⁹, *Gerekircilik*²⁰) ruhbilim açısından fiziksel ya da ruhsal bütün olayların, kendilerinden önceki olayların etki ve baskısı altında ortaya çıktıklarını ileri süren bir görüş olarak tanımlanmaktadır²¹. Bu görüşte insan özgürlüğü ve iradesi yadsınmıştır. İnsanın davranış ve eylemleri değişmez yasalara bağlıdır. Bu anlayışa göre, insan öyle davranmak zorunda olduğu için davranmaktadır²². Bu görüşe göre insan yaradılışının ve çevresinin tutsağıdır, iyi ya da kötü ne ise odur. Şu veya bu biçimde davranmak insanın elinde değildir. İnsanı egemenliği altında tutan biyolojik, fizik ve psikolojik kanunlar irade serbestliğine yer bırakmaz²³. Deterministlere göre, insanın iradesi özgür değildir; insanın yaşamında her şey, iradî kararlar dahi, nedensellik bağlantısı içerisinde önceden belirlenmiş bulunmaktadır²⁴.

Yılmaz'a göre determinizm anlayışı ile şu hususlar ileri sürülmektedir²⁵:

- a. Determinizm, neticeyi meydana getiren sebeplerin çokluğunu kabul etmez. Determinizm neticeyi meydana getiren sebebin tek olduğunu; eğer sebepler çok görünüyorsa, bunların tek bir sebebe irca edilebileceğini ileri sürer.
- b. Determinizme göre, sebep ile netice arasında bir kopukluğun, çatlağın bulunmaması gerekir. Bir başka deyişle sebep ile netice arasındaki bağlantı sürekli olmalıdır.

¹⁹ Belirlenimcilik sözlükte, *her olayın başka olayların gerekli ve kaçınılmaz bir sonucu olduğunu ileri süren öğretisi, gerekircilik, determinizm* olarak tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr

²⁰ Nesnel gerçekliğin nedensellik ve nedensel yasalarla belirlendiğini ileri süren bilimsel görüş. Tanım ve kavramın tarihsel anlamları için bkz. Haçerlioğlu Orhan, *Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar Cilt 2*, İstanbul, 1976, s.222.

²¹ Haçerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 2, s. 223.

²² Haçerlioğlu, *Felsefe Ansiklopedisi*, Cilt 2, s. 223.

²³ Yüce Turhan Tûfan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara, 1985, s. 53.

²⁴ Aral, s. 253.

²⁵ Yılmaz Tahsin, *Determinizm ve Hürriyet Problemi*, Ankara, 1972, s. 18-19.

- c. Neticenin sebep tarafından doğurulması gerekmektedir. Netice sebebi değil, sebep neticeyi doğurmalıdır.
- d. Sebep ile netice arasında, bilgi bakımından çift yönlü bir bağıllık bulunmaktadır. Yani sebep verildiğinde neticeyi, netice verildiğinde sebebi hesaplayabilmek veya çıkarabilmek mümkündür.
- e. Sebep ile netice arasındaki bağıllıkta zamanın rol oynamaması gerekmektedir. Çünkü zamanın, olayların özünü değiştirdiği, olaylara yaratıcı olarak tesirde bulunduğu kabul edilirse, hiçbir zaman ne aynı sebepler ne de aynı sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Determinizmin dayandığı tez, insani davranışın nedensellik ilkesi içinde tümüyle belirli olduğu ve bu sebeple suçun da eğilim ve çevrenin getirdiği zorunlu bir ürün olduğu yönündedir. Bu görüşe karşı çoğunlukla insanın kendine etki eden dürtüleri kontrol edebilme ve davranışlarını değerlere göre düzenleme yeteneğine sahip olan yegâne canlı olduğu gerçeği öne sürülmektedir²⁶.

Determinizm, öngörülebilirlikleri olanağından bağımsız olarak tüm süreçlerin doğa kanunlarıyla belirlenmesi anlamına gelmektedir. Doğadaki tüm olaylar ve ayrıca insani eylemler, dünyadaki bir durum sonrasında sadece belirli bir durumun (ve sadece bu durumun) meydana gelebileceği kaidesiyle bu kanuna tabidirler²⁷. Her şeyi bilimsel olarak öngörebilme yeteneğinin kabulü, determinizmi şart koşmakta ve bu varsayım tüm olayların belirlenebilir olduğunu ortaya koymaktadır. Her halükarda determinizm savunucuları, olup biten her şeyin bu zorunlu şarta bağlı olmasından ötürü insanın özgür olduğunu kabul etmemektedirler²⁸. Bu nedenle kusurun, dogmatik insan özgürlüğü probleminin ortaya koyduğu tartışmadan bağımsız olarak gerekçelendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Determinizm savunucularına göre, insan tablosu şu şekilde olmaktadır; insani her türlü eylem, zorunlu olarak doğa kanununun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.

²⁶ Haft Fritjof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München, 2004, s. 118.

²⁷ Wulff Agnes, *Die Existenziale Schuld*, Berlin, 2008, s. 36; Dreher Eduard, *Die Willensfreiheit: Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, München, 1987, s. 18 vd.

²⁸ Lackner Karl/ Kühl Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2014, vor § 13, kn. 26; Wulff, s. 36.

Bu nedenle suç teşkil eden eylemde bulunan bir fail, sonuç itibarıyla sadece önceden belirlenmiş olan durumları icra eden obje vasfını taşıyacaktır²⁹.

Determinizm düşüncesi, nörobilimler alanındaki beyin araştırmalarına da atıfta bulunarak, özgür irade kararına karşı çıkmaktadır. Böylece dünyada olup biten tüm olayların, ön koşullara bağlı olarak belirlenmiş olduğu öne sürülmektedir. Bir insanın vereceği bir karar da, daima ön koşullara dayanmaktadır. Hatta ani tepkiler bile, irade özgürlüğü anlamına gelmemektedir; bu tepkiler insanın beyninde mecburi meydana gelen metabolik işlemlerin (madde değişim sürecinin) birer sonucudur. Bu görüş kabul edilirse suç (*Straftat*), doğal bir süreç ve işlem niteliğinde olacaktır. Bir başka deyişle suç bir mecburiyet ifadesi olacaktır. Fail bu davranışından hiçbir şekilde kaçınmayacağından, fail hakkında kusurluluk ve sorumluluk iddiasında da bulunulamamaktadır³⁰. İnsanın bulunduğu her eylemin, beyin içinde işleyen süreçlere (beyin organiği süreçlerine) dayanmakta olduğu bilgisi bir sürpriz olmamakla beraber, varılan bu tespitin, insani eylemin sadece buna dayandığını gösteren bir delil olmadığı da ileri sürülmektedir³¹.

Ceza hukuku öğretisinde determinizm olarak ifade edilen görüşü, “*pozitivist ceza hukuku okulu*” temsil etmektedir. Pozitivist Ceza Hukuku Okulu, irade serbestisini reddeder. Kimsenin iradesi serbest değildir. Herkes doğuşunun ve içinde bulunduğu toplumun nedensel bir sonucudur. Nedenleri oluştuğunda suç da işlenir. İnsan bu sürece engel olamaz. Bu nedenle ne suçun iradiliğinden, ne suçlunun kusurluluğundan, ne de isnat yeteneğinden söz etmek mümkündür. Suç yazgısal bir fiildir. Ceza gereksizdir; suçlunun cezalandırılmaya değil, düzeltilmeye gereksinimi vardır. Bu nedenle suçlu kişiyi düzeltme aracı ceza değil, güvenlik tedbiridir³². Pozitif Okula göre suç, failin özgür ve sorumlu bir seçiminin tezahürü olarak değil, belirli nedenlerin zorunlu tezahürü olarak ortaya çıkar. Bu nedenle ceza hukuku, her türlü metafizik ön kabulden ve ahlaki kınanabilirlik içeriğinden ve özellikle hiçbir anlamı olmayan “özgür irade” varsayımından arındırılmalıdır. İrade özgür değildir; tek başına belirli sonuçların nedenini oluşturmaz, aksine kendisi bir

²⁹ Wulff, s. 37.

³⁰ Determinizm, insanda hukuk kuralını ihlâl özgürlüğünü inkâr eder. Özgürlük olmayınca isnadiyet ve bunun sonucunda da sorumluluk mevcut olmaz. Bkz. Erem/ Danışman/ Artuk, s. 439.

³¹ Gropp, AT, § 6, kn. 52, s. 277.

³² Hafizoğulları/ Özen, s. 113.

sonuçtur³³. Pozitif Okula göre, eğer suç, insanı etkileyen harici faktörlerin bir ürünü ise, insan sorumlu değildir. Suçlular ve normal bireyler arasında bir ayırım yapmak anlamsızdır; zira hepsi açısından, suçun ortaya çıkmasında etkili olan, bu faktörlerin niteliği ve niceliğidir. İnsan fiillerinden, sebebi olduğu ve isteseydi işlemeyebilecek olduğu, yani özgürce kötülüğü tercih ettiği için değil, toplumda yaşadığı ve toplumun, huzurunu bozan davranışlardan kendisini korumakta menfaati olduğu için sorumlu kılınmıştır. Sorumluluğun temelinde insanın kusuru değil, toplumun bir ihtiyacı yer almaktadır³⁴.

B. İndeterminist Görüşler (*İrade Özgürlüğünü Esas Alan Görüşler*)

İndeterminizm savunucuları, nedensel işlemlerin doğayla alakalı olduğunu, irade özgürlüğünün ise doğayla ilişkili olmayan insani şekillendirmenin bir ifadesi olduğunu savunmaktadırlar³⁵. Bunun ikna edici bir yorum olup olmadığı, tartışılır durumdadır. Çünkü bu görüş kendi kendine olma durumunun (kendiliğindenlik), yaratıcılığın ve kişiliğin doğa kanunlarıyla açıklanabilir olduğunu reddetmektedir³⁶.

İndeterminizm³⁷ kavramı, kelime anlamı itibarıyla determinizmin zıt anlamlısı olsa da bu kavramın, basit bir farklı-yapabilme olarak algılanmaması gerekmektedir. Aynı şekilde indeterminizm, tüm olayların önceden belirlenmemiş olduğu anlamına da gelmemektedir; sadece bazı olayların determine olmadığını anlatmaktadır³⁸. İndeterminizmin savunucuları, insanın özgürlüğünü varsaymakta ve bu görüşü değişik şekillerde gerekçelendirmektedirler. “*Özgürlüğün var oluşu insanın içindedir*”³⁹ denilebilir. Bu bakımdan “*bir şeyi istemek, doğrudan doğruya*

³³ Toroslu Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Ankara, 2015, s. 47.

³⁴ Toroslu, s. 48.

³⁵ İndeterminizm savunucuları, her insan için nedensellik bağlantısının dışında kalan serbest bir alanın bulunduğunu ve bu alan içerisinde insanın iradesini önceden belirlenmiş olana aykırı bir doğrultuda kullanabileceğini söylemektedirler. Bkz. Aral, s. 253.

³⁶ Gropp, AT, § 6, kn. 53, s. 277.

³⁷ Aral endeterminizm kavramını kullanmaktadır. Bkz. Aral, s. 253.

³⁸ Wulff, s. 37.

³⁹ Dreher, Willensfreiheit, s. 7; Hirsch, “*Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*”, s. 763.

*özgürlükle bağlantılıdır*⁴⁰. Ayrıca, “*bir şey için karar verdiğinde kişinin özgür olması*” aslında kişinin zorunlu tecrübesinin sonucudur. Bu tecrübenin özgürlüğe gerekçe olduğu belirtilmektedir⁴¹. O an ispatlanamasa da, insanın özgür bir şekilde karar verebilme yeteneğinin bulunduğu kabul edilmektedir. Zira özgürlüğün, “*akla uygun, mantıklı kanaat*” olduğu savunulmaktadır⁴².

Öte yandan insanın özgür olması, insanın “*istediği gibi, yani rastgele ve hep sürpriz olacak şekilde karar verebileceği*” anlamına gelmemelidir. Bu tür bir varsayımın kabulü halinde kararlar, tamamen başına buyruk ve tümüyle öngörülemez olacaktır. Sonuç olarak bu durumda insanın, dış dünyadaki tüm olayları isteği doğrultusunda kontrol edebiliyor olması gerekmektedir. Böyle olsaydı tüm olup biten, insanın düşündüğü gibi olurdu. Yani dış dünya, sadece insanın isteklerine göre biçimlenirdi. Böylesi bir durumda dış dünyanın insanın isteğinden hiçbir farkı olmazdı. Ayrıca insanın dış dünyası olarak gerçekleştirilen bir sınırlama da mümkün olmazdı⁴³.

İndeterminizmin savunucuları, insan iradesinin kati olarak serbest olduğu tezi üzerinde durmakta ve bu nedenle insanın hak ve haksızlık arasında da sınırsızca (kayıtsız şartsız) karar verebileceğini savunmaktadırlar. Buna karşın indeterminizmi savunanlar arasında irade özgürlüğünün postulat (varsayım) olarak kabul edildiği ancak bu durumun somut münferit olayda kanıtlanamadığı da farklı bir görüş olarak öne sürülmektedir⁴⁴.

Deterministlerin düşüncesine göre her şey istisnasız olarak, insanların davranışları da dahil olmak üzere, nedensel sebeplere dayalıdır. (Göreceli) indeterminizmin iddiası ise: “*Özgür irade gibi nedensel olmayan süreçler de vardır.*” Tek bir “*şartlı olmayan süreç*” bile yoksa, determinizm haklıdır. Eğer (birkaç) şartsız olay mevcutsa, yani tekli özgür kararlar varsa, kati determinizm çürütülmüştür. Bu nedenle irade özgürlüğü konusunda (göreceli) indeterminizm temel alınmalıdır⁴⁵.

⁴⁰ Griffel Anton, “*Willensfreiheit und Strafrecht*”, GA 1996, s. 462.

⁴¹ Wulff, s. 37; Griffel, s. 459; Dreher, *Willensfreiheit*, s. 396.

⁴² Wulff, s. 37.

⁴³ Wulff, s. 38.

⁴⁴ Haft, s. 118.

⁴⁵ Reinelt Ekkehart, “*Entscheidungsfreiheit und Recht- Determinismus contra Indeterminismus*”, NJW 2004, s. 2792.

Ceza hukuku öğretisinde indeterminizm olarak ifade edilen görüşü, “*klasik ceza hukuku okulu*” temsil etmektedir⁴⁶. Klasik okul, yöntem olarak, pozitif hukuk-tabii hukuk ayırımında, madem muteber yegâne hukuk tabii hukuktur, pozitif hukuk tabii hukuka uygun olmalıdır varsayımından hareket etmektedir. Klasik okul, evrenin merkezine koyduğu insanı, etik bir değer olarak algılamaktadır. Bu ceza hukuku akımına göre, insan irade serbestisine sahiptir⁴⁷. Yeterli olgunluğa erişmiş, aklen sağlam her kişi, iyiyi kötüden ayırt etme, kötüyü değil de iyiyi seçme erkine sahiptir. Hiçbir özürlü olmadığı halde iyiyi seçmek yerine kötüyü seçen kişi, kötüyü seçme fiilini üstlenmeli ve seçiminin sonuçlarına katlanmalıdır. Suç kişinin kötüyü seçmesidir. Kötülük olan suçu seçmenin sonucu ise cezadır. Klasik okul suçu, bir olgu olarak incelemeyi, hukuki bir kurum, bir kavram olarak, bir başa deyişle fikri bir yapı olarak inceler⁴⁸. Bir kısım yazara göre, ceza hukuku açısından iradenin özgür olduğunu kabul etmek pratik aklın bir *postulat*'sı, bir arada yaşayan herkesin birer sūje olarak tanınması, bunların diğer sūjeleri tanınması ve bireylerin toplum içinde eşit değerde yaşayabilmelerinin ölçütüdür. İrade özgürlüğü, aslında ceza hukukunun üzerine kurulu olduğu bir tür toplumsal anlaşma niteliğindedir. Her ne kadar özgür irade, varlığını bilimsel açıdan ortaya koyacak sağlam kanıtlar bulunmaması nedeniyle bir “*interiore homine* (insanın içsel yönüne ait bir olgu)” olarak nitelendirilse de, bu durum insanın kendi davranışlarını özgürce ortaya koyabilme düşüncesinin kaçınılmaz biçimde ceza hukukunun esasını oluşturduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü aksi takdirde, hukukun kültürel düzen oluşturmak şeklindeki vazgeçilmez işlevini izah etmek imkansız hale gelecektir⁴⁹.

⁴⁶ Ceza sorumluluğunun esası bakımından klasik teori anlayışı ve bu anlayışa yöneltiletilen itirazlar konusunda detaylı bilgi için bkz. Dönmezer Sulhi, “*Cezai Sorumluluğunun Esası Bakımından Klâsik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1945, C. 11, S. 3-4, s. 65 vd.

⁴⁷ Tümerkan Somay, “*Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1983, C. 48, S. 1-4, s. 52.

⁴⁸ Hafizoğulları/ Özen, s. 112-113; Tümerkan, s. 53.

⁴⁹ Toroslu, s. 28.

C. Agnostisizmi (*Bilinemezcilik*) Esas Alan Görüşler

Agnostisizm (*Bilinemezcilik*), tarihsel olarak bilimin denetimden yoksun insan düşüncesinin düştüğü büyük yanılgılara bir tepki olarak belirmiştir⁵⁰. Determinizm yanlıları insanın özgürlüğünü reddetme eğilimdeyken, indeterminizm yanlıları irade özgürlüğünün geçerliliğini kabul etmektedirler. Buna karşın agnostikler bu çelişki açısından özgürlük sorusunun cevaplanamaz olduğunu kabul etmektedirler⁵¹. Bu nedenle ceza hukukunda kusur sorusunun insanın özgürlüğünden bağımsız olarak ele alınması gerektiğini ve özgürlük probleminin burada esas alınamayacağını savunmaktadırlar⁵².

Ceza hukukunda failin kusurlu olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan failin kusur yeteneği konusunda agnostik yaklaşımı sergileyen görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere göre, failin davranışına ilişkin algılama ve davranışlarını yönlendirme (kontrol) “yeteneği” ile ilgili olarak bilimsel gerekçelerle ifade edilmesinin mümkün değildir. Özellikle psikiyatristler tarafından, failin “failin haksızlığını algılama veya bu algıya göre hareket etme” yeteneğinin olup olmadığı sorusunun ampirik (deneysel) olarak “cevaplanamaz” olduğu görüşü dile getirilmektedir⁵³. Öğretideki geniş bir

⁵⁰ Kavram hakkındaki düşüncülerin yaklaşımları için bkz. Haçerlioğlu Orhan, Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar Cilt 1, İstanbul, 1976, s. 176.

⁵¹ Laplace de aslında insan zihninin her şeyi belirlemeye gücünün olmadığını belirtmektedir. Bu da dolaylı yoldan agnostisizmi işaret etmektedir: “*Belirli bir anda, doğayı yöneten tüm güçleri ve onu oluşturan varlıkların birbirine göre karşılıklı durumunu bilen bir zekâ olsaydı ve bu zekâ, öte yandan, tüm bu verileri çözümleyebilecek kadar geniş olsaydı, evrenin en büyük cisimlerinin hareketleri ile en hafif atomlarının hareketini aynı bir formül içinde toplayabilirdi; onun için hiçbir şey belirsiz olmaz, geçmiş kadar geleceği de bilirdi. İnsan zihninin hakikati araştırma yönündeki tüm çabası, onu, tasarladığımız bu zekâyâ sürekli yaklaşturmaya yöneliktir*”. Moles Abraham, Belirsizin Bilimleri: İnsan Bilimleri İçin Yeni Bir Epistemoloji, (Çev.: Nuri Bilgin), 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 30.

⁵² Bu yazarlar tarafından daha çok kusur yargısının sosyal etkisinin önemli olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan insanın sosyal bir varlık olarak birlikte yaşamının getirmiş olduğu sorumluluk paylaşımı fikrine katlanmak zorunda olduğu dile getirilmektedir. Bu hususa çalışmanın ilerleyen başlıklarında yer verilecektir.

⁵³ Roxin, AT I, § 20 A, s. 899; bu nedenle günümüzde pozitif hukuk düzenlemeleri kusur yeteneği kavramını, eylemin haksızlığını algılama ve bu algıya göre davranma yeteneği olarak tanımlamaktadırlar. Bu tanımla ceza kanunlarında failin özgür irade belirlemesi kavramının yerine normatif kavramlar kullanılarak, aslında bilgi kuramı teorisinden elde edilen nedenlere göre tespiti mümkün olmayan, insanın irade özgürlüğünün tespitinin gerekmediği bir düzenleme

akım, “varoluşun bilinmezliği” eğilimi olarak adlandırılan görüşü izleyerek “fail başka türlü davranabilir miydi, davranamaz mıydı” sorusunun bilirkişi tarafından cevaplandırılmayacağı bakış açısını savunmuştur. Çünkü bu yeteneğe ilişkin soru, insanın özgürlüğü sorusuna ilişkindir⁵⁴. Bu görüşün aksini savunanlarsa, failin algılama ve davranışlarını kontrol yeteneği hakkındaki bilimsel ifade olanağını psikiyatrik-psikolojik koşulları temelinde onaylayan “*gnostik*” pozisyonudur⁵⁵.

D. Bağdaşırıcı ve Bağdaşmazcı Görüşler (*Kompatibilismus* ve *Inkompatibilismus*)

İrade özgürlüğüne ilişkin pozisyonlar sadece determinizm ve indeterminizmle sınırlı değildir. Determinizmin varsayılması, illa ki irade özgürlüğünün olmadığı anlamına da gelmemektedir. Genelde determinizm, alternatif eylem olasılıkları gereksinimiyle bağdaşmadığı yönünde anlaşılmaktadır⁵⁶. Böylece determinizmin kabulü sonucu da, zorunlu olarak irade özgürlüğünün reddedilmesi değildir. Neticede sayısız filozof, tüm olayların önceden belirlendiğini varsaysalar bile irade özgürlüğünün var

getirme çabası ön plandadır. Bkz. Frister Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, 2015, s. 249.

⁵⁴ Schreiber Hans-Ludwig, “*Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor*”, Çev. Yener Ünver, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2004, s. 21.

⁵⁵ *Ehrhardt*, failin eylem anında algılama ya da bu algıya uygun hareket edebilme yeteneğinin fen bilimleri anlamında objektif ve genel bağlayıcı olarak tespit edilmediğini belirtmektedir. Bu sorunun cevabının zaten ne bilirkişi ne de hakim tarafından ampirik olarak cevaplanamayacağı dogmasının klinik, psikopatolojik ve psikolojik tecrübeye aykırı olacağını ifade etmektedir. Görüşüne gerekçe olarak tıbbi olarak akıl zayıflığı ya da organik demans halleri ile bazı endojen (içsel) psikoz durumlarında algılama yeteneğinin bulunmadığının ispatlanabilmesini göstermektedir. Bkz. Ehrhardt Helmut, “*Die Schuldfähigkeit psychiatrisch-psychologischer Sicht*”, in: *Schuld Verantwortung Strafe* (Herausgegeben von: Prof. Dr. Erwin R. Frey), Zürich, 1964, s. 255.

⁵⁶ Bu nedenle özgürlük olgusu bakımından özellikle kişilerin her şeyin belirli olduğu bir dünyadan farklı olarak, insana ait tüm dilekler, karakter unsurları ve kanaatler aynı kalsalar dahi eylem fiilen A veya alternatifi B durumuna gelebilir. Bu anlamda özgürlük açısından belirli olmayan eylem alternatifleri önem arz etmektedir. Bkz. Pauen Michael/ Roth Gerhard, *Freiheit, Schuld und Verantwortung Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt am Main, 2008, s. 49.

olduğunu savunmaktadırlar⁵⁷. Bu kişiler determinizm görüşünün insanın özgür iradesiyle de birleşebildiğini veyahut bu görüş ile bağdaşabildiğini kabul etmektedirler. Bu görüşün karşısında ise bağdaşmazlık yanlıları yer almaktadır. Bu kişilere göre, özgürlük ve determinizm birleşemez nitelikte olgulardır.

Bağdaşıcılık yanlıları için, özgürlüğün varsayımı determinizm ile bir çelişki anlamına gelmese de bağdaşmazlık yanlıları, insanın özgürlüğünü determinizm prensibine kıyasla savunulamaz bir karşıtlık olarak kabul etmektedirler. Bağdaşmazcı görüşler determinizmin bir sonucu olarak, tüm olayların ve bununla beraber insani eylemlerin de nedensel olarak önceden belirlenmiş olduğunu ve ayrıca insanın davranışlarının harici veyahut doğa kanunu gereği oluşan faktörlerin bir sonucu olarak geliştiğini kabul etmektedirler. Bu görüşü eleştirenlere göre ise burada eylemi gerçekleştiren ile eylemi arasındaki gerekli olan bağlantı bağdaşmazlık görüşleri kapsamında reddedildiğinde insanın özgürlüğü sorusu da ortadan kalkmaktadır. Bağdaşmazcı görüşleri eleştirenlere göre: “*İradeyle ortaya çıkan eylem, başka faktörlere bağlıysa özgür sayılmaz, çünkü belirlenmiştir; başka faktörlere bağlı değilse özgür değildir, çünkü tesadüf eseri meydana gelmiştir.*”⁵⁸

Belirtilen tartışmalar çerçevesinde *Merkel*, bağdaşıcılık görüşlerini özgürlüğü kabul eden ve özgürlüğü kabul etmeyen şeklinde iki gruba ayırmıştır. Bu açıdan bakıldığında ise özgürlüğü kabul etmemekle birlikte, sorumluluğu kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁵⁹.

III. CEZA HUKUKU ÖĞRETİSİNDE İRADE ÖZGÜRLÜĞÜ TARTIŞMASINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Farklı Eylemde Bulunabilme Bilinci (*İnsandaki Özgürlük Bilinci*)

Ceza hukuku öğretisindeki birtakım yazarlar *Burkhardt*⁶⁰ ve bazı diğer yazarlar tarafından ileri sürülen teze dayanarak irade özgürlüğünü, insanda var olan sübjektif-prospektif (*ileriye dönük*) nitelikteki farklı eylemde

⁵⁷ Wulff, s. 39.

⁵⁸ Wulff, s. 39-40.

⁵⁹ Bu görüşler için bkz. Merkel Reinhard, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 37, Baden-Baden, 2008, s. 22-24.

⁶⁰ Burkhardt Björn, “*Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld*”, FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München, 1998, s. 1 vd.

bulunabilme bilinciyle (bu yöndeki özgürlük bilinci⁶¹ ile) gerekçelendirme çabasıdır⁶²: “Biz özgürüz, çünkü somut durumda farklı eylemde bulunabilme bilinciyle yaşamaktayız⁶³”. Schild’e göre ise özgürlük, daima kişinin kendisine (vicdanına) veya hukuki ilişki içinde olduğu diğerlerine karşı olan sorumluluğuyla alakalıdır. Soyut birer teori olarak indeterminizm ve determinizm gerçek, nihai ve kendini belirleyen özgürlüğün uygulandığı anı dışlamaktadır. Bu nedenle özgürlüğün uygulamasını teorileştirmekte ve kaçırılmaktadır⁶⁴.

Burkhardt’ a göre, ceza literatürü içinde özgürlük bilincinin kusuru gerekçelendirmede ve kusur, karar verme özgürlüğü ve özgürlük bilinci arasında ne gibi ilişkiler olduğu sorusu konusunda üç ayrı pozisyon bulunmaktadır⁶⁵. Bunlar:

1. Biz gerçekten özgürüz; bu yaşanmış bir gerçeklik, içsel kavramanın ortaya çıkışı ve bizim gerçek özgürlüğümüzün doğrudan doğruya algısıdır. Bu nedenle özgürlük bilinci bu hususlardan hareketle açıklanmaktadır⁶⁶.
2. Özgürlük bilinci, insanların gerçekten özgür olduğu konusunda varoluş bilimleri açısından gerekçelendirilebilen bir hipotezi meşrulaştırmamaktadır⁶⁷.

⁶¹ Eylemde bulunan bir varlık olarak insan kendini, kendi eyleminin ve bu eylemden çıkan sonucun yaratıcısı olarak algılamakta ve özellikle çevresince onanan eylemlerin kendisine yüklenmesini, öncelikle, sanatkâr olarak yapıtına büyük bir değer verdiği için, eyleminin özgün ve kendi kişiliğinin görünümü olarak kabul edilmesini istemektedir. İşte bu bilinç (özellikle ahlaki bilinç), irade özgürlüğünün varlığı konusunda gerekçe teşkil edebilir. Bkz. Aral, s. 256, 278.

⁶² Gropp, AT, § 6, kn. 54, s. 277.

⁶³ Burkhardt, s. 1, 6.

⁶⁴ Gropp, AT, § 6, kn. 54, s. 277.

⁶⁵ Burkhardt, s. 4.

⁶⁶ Griffel Anton, “Prävention und Schuldstrafe”, ZStW, 98(1986), Heft 1, s. 29, 30, 41; Dreher’e göre, insanların gerçekliği yaşadığı (idrak ettiği) ve bildiği gibi, bizim için gerçeklik mutlak biçimdedir. Bizim için bu gerçeklikten başkası yoktur. Bu nedenle bizim yaşamımız bizim gerçekliğimizdir. Bu nedenle irade ve irade özgürlüğü bizim yaşanmış gerçekliğimizin bir parçasıdır. Dolayısıyla irade özgürlüğünün kanıtı ihtiyacı yoktur. Bkz. Dreher, Die Willensfreiheit, s. 383.

⁶⁷ Burkhardt, s. 4; Bauer’e göre, özgürlük hissi (Freiheitsgefühl) bir optik yanılsamadan ibaret olabilir. İçsel ve dışsal kavrayışlar şaşmaz değildir. Özgürlük

3. Özgürlük bilinci anayasa hukuku anlamında ve günlük pratik bakış açılarında insanların özgür olarak davrandığı (özgürmüş gibi davrandıkları) hususunu haklı göstermektedir; gerçekten özgür olup olmadıkları sonuca bağlanmamış şekilde kalabilir ve kalmak zorundadır⁶⁸.

Burkhardt'a göre, her bir bireydeki özgürlük bilinci kusur yargısının temelini oluşturmaktadır. Kusur isnadının temelinde başka türlü yapabilme bilinci yatmaktadır (*Bewußtsein des Anderskönnens*). Ceza hukukunda, özgürlük olmaksızın sorumluluk düşünülemez gibi, ancak subjektif özgürlük anlayışı ile ilişkili bir ceza hukuku yerinde olacaktır⁶⁹. Buradan şu sonuç çıkarılabilecektir:

Hukuk toplumu normal yetişkin insanların,

a. antisipatif (*beklenebilen*), hedef odaklı, öz kontrollü ve rasyonel davranış seçme yeteneğine sahip olmasından;

b. özgürlük bilincinde (farklı olabilme bilincinde- *Bewusstsein des Anderskönnens*) hareket etmek ve bu bilincin tüm normal amaçlı (=yönelimsel) eylemlere eşlik ettiği görüşünden yola çıkmaktadır. Bu varsayımlar sorumluluğun kişisel temelini oluşturur. Bunlar beyin araştırmaları sonucu elde edilen bilgilerle, bir başka deyişle nörofizyolojik determinizm ile çelişmez⁷⁰.

Ortaya çıkan bir zarardan, bir bireyin eylemi olmadan tesadüfen vuku bulduğunda değil, birey yaptığından farklı eylemde bulunabilecek durumda olduğunda fail sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu türdeki “başka türlü hareket

bilinci (*Freiheitbewußtsein*) gençlerde ve akıl hastalarında da seyrek olmayan şekilde bulunabilmektedir. Bkz. Bauer Fritz, *Das Verbrechen und die Gesellschaft*, München/Basel, 1957, s. 18. Subjektif özgürlük bilincinin, onun objektif varlığını kanıtlamaya yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Nitekim, bir şeye ilişkin bilinçten o şeyin varlığı ya da yokluğu konusunda bir sonuç çıkarılamaz. Bkz. Aral, s. 257.

⁶⁸ Jescheck Hans-Heinrich/ Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin, 1996, § 37, s. 411.

⁶⁹ Burkhardt, s. 1, 6.

⁷⁰ Burkhardt, s. 85.

edebilmek”, kesinlikle indeterminist özgürlük kavramı anlamında algılanamaz⁷¹.

B. İrade Özgürlüğü Problemini Dışlayıcı Yaklaşım

Günümüzde ceza hukuku öğretisinde çoğunlukla, determinizm ile indeterminizmin soyut teorileri arasında bir karar verilemediği ve verilmesi de gerekmediği kabul edilmektedir⁷². Bunun nedeni olarak ise, bu düşüncelerin her ikisinin de içeriksel olarak kanıtlanamaması gösterilmektedir⁷³. Bunun yerine irade özgürlüğünü kanıtlama gereği duymadan, isnad edilen kusurluluk yargısı için bir gerekçe arayarak özgürlük sorusunu elimine etmek yolu tercih edilmektedir. İrade özgürlüğü problemini dışlayıcı söz konusu yaklaşımlar değişik şekillerde temellendirilebilmektedir.

1. Kendi Geleceği Hakkında Davranışları Aracılığıyla Söz Sahibi Olma

Ceza hukukunda sorumluluk, kusur ve kusur yeteneği konularındaki tartışmalarda çözümün mutlak şekilde özgürlük problemine dayanmaması gerektiği söylenmektedir. Bu yaklaşımın aksine bu konular hakkında cezanın amacına odaklanarak kıyaslayıcı şekilde belirlenebilir ve kanıtlanabilir olan, failin normlar aracılığıyla etki altında bırakılabilirliği⁷⁴ ile yetinilmesi gerekir. Kusur ve kusur yeteneğinin belirtilmesinde bugüne kadar tamamen

⁷¹ Schreiber, “*Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*”, s. 1075.

⁷² “Özgürlük meselesi, kanun maddeleri arasında yeri olmayan ve mahkeme salonlarında tartışılması anlamsız felsefi bir formüle dönüştürülmemesi gereken pratik bir meseledir. Eğer ceza hukukunda klasik anlamda ceza kavramı korunmak isteniyorsa, süjenin, farklı şekilde davranabilmesine olanak veren psikolojik özgürlüğü olarak anlaşılan özgürlük kavramından ayrılması mümkün değildir. Bu özgürlük olmadan kusurluluk ve kınanabilirlik kavramlarının anlamı kalmamaktadır; zira mantiken bir şeyi yapmak zorunda olan kişiyi onu yapmış olmasından dolayı kınamak mümkün değildir.” Bu yönde görüş için bkz. Toroslu, s. 29-30.

⁷³ Gropp, AT, § 6, kn. 55, s. 277.

⁷⁴ Alm. “*Beeinflussbarkeit durch Normen*”. Lampe’ye göre, bireysel irade özgürlüğü bireysel haksızlık içinde herhangi bir role sahip değildir. Burada belirleyici olan norm muhataplarının isteme ve istemlerin gerçekleştirilmesinde özgür olup olmadığıdır. Bkz. Lampe Ernst-Joachim, “*Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre*”, ZStW, 118(2006), Heft 1, s. 42.

açıklanamayan suçluluk kavramına işaret edilerek, bu kavramların insani karar özgürlüğünün bir sonucu olduğu şekilde bir açıklama getirilebilmektedir⁷⁵. Böylece özgürlük bilincinin kapsadığı hareket özgürlüğü ve kontrol yeteneği (davranışlarını yönlendirme yeteneği)⁷⁶, harici etkenlerden arî özgürlük olarak değil, daha çok geleceğini tasarlamaktaki etki etme özgürlüğü olarak algılanabilecektir⁷⁷.

Roxin'e göre, ceza hukukundaki kusur öğretisinin irade özgürlüğünün ampirik gerçekliğinden bağımsız düşünülmesi gerekmektedir. Zira bu ampirik gerçeklik ispat edilebilir nitelikte değildir. Bu nedenle eylem anında failin normun çağrısına ulaşabilir olup olmadığı (*normatif tepki verebilir* durumda olup olmadığı), bir başka deyişle motivasyonu aracılığıyla davranışlarını kendini yansıtacak şekilde normal belirleyip belirleyemediği önem arz etmektedir. Bu nedenle söz konusu bu durumda olan failin özgür olduğu ve hukuka aykırı kararı verirken kusurlu davrandığı varsayımından hareket edilmektedir⁷⁸.

Bu şekilde kişinin normlar aracılığıyla etki altında bırakılabilir olduğu varsayılabilirse, haksız eylemi işleyen kişinin kusurluluğa olumsuz etki eden unsurların bulunmamasına rağmen, yani aslında elinde olmasına rağmen geçerli ceza hukuku normunu ihlal etmeyi tercih ettiğini iddia etmek mümkündür⁷⁹. Bu sebeple *Schreiber/Rosenau*, sosyal normlar aracılığıyla şart koşulan normal belirlenebilirlik ilkesine dayanan “pragmatik” kusur kavramından bahsetmektedir⁸⁰.

⁷⁵ Gropp, AT, § 6, kn. 55, s. 278.

⁷⁶ *Jakobs* bireylerde bulunan bu olumsuz yönde etkilenmemiş özgürlüğün, kurumsal güvence altına alınmış, olumsuz etki altında bulunmayan kendi kendini yönetme (*Selbstverwaltung*) özgürlüğü durumu olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Jakobs Günther*, “*Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*”, ZStW, 117(2005), Heft 2, s. 261.

⁷⁷ Gropp, AT, § 6, kn. 55, s. 278.

⁷⁸ *Roxin Claus*, “*Das Schuldprinzip im Wandel*”, FS für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1993, s. 521; Gropp, AT, § 6, kn. 55, s. 278.

⁷⁹ Gropp, AT, § 6, kn. 57, s. 278.

⁸⁰ *Schreiber Hans-Ludwig/ Rosenau Henning*, “*Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung*”, in: *Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen* (Herausgegeben von Harald Dreßig und Elmar Habermeyer), München, 2015, s. 92 vd.

Schreiber'a göre, kusur sadece “ampirik-pragmatik” çerçevede “karşılıklı olarak birbirimizi sorumlu tutabildiğimiz bir yeteneğin hatalı kullanımı” anlamında anlaşılmalıdır. Bundan kasıt ise, sosyal normlar vasıtasıyla motive olabilirlik⁸¹. *Schreiber* tarafından öne sürülen sebep, toplum için vazgeçilmez bir gerekliliktir. Bu görüşe göre: “...birlikte yaşamamanın eğer bir kaosa dönüşmesini istemiyorsak,... sosyal normlarla davranışların kontrol edilmesi gerekmektedir.”⁸² Bu noktadan hareketle *Schreiber*, mental işlemlerin sadece gözlemci koşullarına göre açıklanamayacağını ve davranış olgusunun sadece nöronal bir süreç olmadığını belirtmektedir. Nöronal işlemler, düşünceler ve özellikle normlar tarafından tayin edilebilmektedir. Bu nedenle sosyal normlar, kişiler üzerindeki etkileri sebebiyle birlikte yaşamamanın kaosa dönüşmesinin önüne geçmede birer araçlardır⁸³.

Müller-Dietz'e göre, beyin araştırmacılarının kusurun mümkün olabilmesi için hangi karar verme özgürlüğünün bulunduğu sorusuna ilişkin vermiş oldukları yanıtlarda kavramsal ve kategorik anlamda yanlış anlaşılma söz konusudur. Burada biyolojik yollar ile laboratuvar deneylerinde cevaplanabilecek bir soru bulunmamaktadır. Kendini belirleme olarak anlaşılan özgürlük “*determinist bir dünyada da pekâlâ*” mümkündür⁸⁴.

Jäger'e göre, nedensel süreç olarak irade oluşumu determinizmin karşısında yer almaktadır. Beyindeki bilgi işleme faaliyetlerinde kesin bir şekilde doğa kanunu süreçleri söz konusu olsaydı dahi, bu süreçler determinist bir bakış açısıyla açıklanamaz. Burada yine de bireylerin irade özgürlüğü şart koşulmaktadır. Özgür olma bu anlamda, değişik düşünülebilen davranış şekilleri altında bireyin hangi hareketi icra etmek istediği yönünde karar vermeye yetenekli olması ve dış ortamdaki olgulara reaksiyon verebilecek şekilde davranma yeteneğidir⁸⁵.

⁸¹ Schreiber, “*Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?*”, s. 242.

⁸² Schreiber, “*Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*”, s. 1074.

⁸³ Schreiber, “*Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*”, s. 1075.

⁸⁴ Müller-Dietz Heinz, “*Hirnforschung und Schuld*”, GA 2006, s. 341.

⁸⁵ Jäger Christian, “*Willensfreiheit, Kausalität und Determination: Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?*”, GA 2013, s. 7.

2. Kusurun Amaç İlişkisinin İrade Özgürlüğü Kavramının Önüne Geçmesi Düşüncesi

Söz konusu düşünceye göre ceza hukukunda sorumluluk, kusur ve kusur yeteneği hakkındaki irade özgürlüğüyle ilgili problemin, ölçütlere uygun ve genel özelliklere sahip bir bireyin failin durumunda başka bir şekilde hareket edip etmeyeceği⁸⁶ sorusuyla geçiştirilmesi mümkün değildir. Bu genelleme, sadece bir amaç ilişkisine yer verildiği takdirde işlemektedir; çünkü aksinin kabulü halinde, failin durumuna göre neyin genel, neyin bireysel olduğu keşfedilemez⁸⁷. Aşırı eylem dürtüsü olan (yani motivasyon itibarıyla fail modunda olan) bir kişi, fiili bir anlam ile icra etmektedir. Doğal olarak bu teori, tam tersine bir şekilde failin motivasyon durumunu aslında genel olarak belirlenen bir durum gibi düşünmek istemektedir. Fakat bunun nedeni ve bu sürecin sınırları, tamamen ceza vermenin amaç olması düşüncesinden doğmaktadır⁸⁸. Cezanın amaçları açısından burada vurgulanan husus ise cezanın önleme amacıdır.

Kohlrausch ise, bu görüşe karşı çıkarak salt önleme amacının sorumluluğunun gerekçesi olamayacağını belirtmektedir. *Kohlrausch* kusur ve kusur yeteneği kavramlarını irade özgürlüğü alanının dışında bulunan bir temele dayandırmamaktadır. Bu görüşe göre, norma riayet edebilme yetisi sadece emredilmekle kalmamalıdır, aksine hakiki (edimsel) bir temele dayandırılmalıdır. Ancak bunun için gerçek bireysel kabiliyetin aranmaması gerektiği, aksine *genel* olarak tespit edilebilen olanağın yeterli sayılması gerektiği belirtilebilir. Sağlıklı yetişkinlerde bu tür bir olanağın beklenebildiği ifade edilmelidir. Bu nedenle *Kohlrausch* salt amaçsal (önleyici) teorilere karşı görüş bildirmektedir. Cezanın fail üzerinde salt hukuki etkide bulunması gerekliliğinin, yani önleme düşüncesinin, sorumluluk için gerekçe gösterilmesi mümkün değildir⁸⁹. Bu açıdan bakıldığında *Kohlrausch*

⁸⁶ *Engisch* failin yerinde “ortalama yeteneklere” sahip olan bir kişinin olması durumunda, bu kişinin cezaya maruz kalmayacak şekilde farklı davranma olanağının mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Engisch* Karl, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1965, s. 25.

⁸⁷ *Jakobs Günther*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1991, s. 486.

⁸⁸ *Jakobs*, AT, s. 486.

⁸⁹ *Kohlrausch* Eduard, “*Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*”, *Festgabe für Karl Güterbock*, Berlin, 1910, s. 24.

tarafından savunulan yaklaşımın da failin başka şekilde hareket edebilme yetisine (*Andershandelnkönnen*) dayandığı söylenebilecektir.

3. İrade Özgürlüğü Tartışmalarının Sadece Etik Kusuru Alanında Rol Oynayabileceği

Mezger'e göre ceza hukuku anlamındaki kusur etik anlamında değil, hukuki anlamda anlaşılmalıdır. Bu nedenle bu kavram irade özgürlüğü tartışmalarından bağımsızdır. Aynı zamanda kusur bir vicdan kusuru (*Gewissenschuld*) değil, sadece belirli bir kişiye eser sahibi olarak eylemin isnadiyetidir⁹⁰.

Her ne kadar kusur değerlendirilmesinde somut eylem anında hukukun taleplerine failin göstermiş olduğu tutum hakkında, genelleştirilen sosyal etik değer kıstasları odaklı bir değersizlik yargısı incelemesi gerçekleştirildiği savunulsa da⁹¹, sosyal etik alanındaki irade özgürlüğü tartışmalarının kusur ve kusur yeteneği kavramlarının açıklanmasında geçerli olmayacağı söylenmelidir. Buna karşın *Renzikowski* ceza hukukundaki irade özgürlüğü tartışmalarını ahlak kurallarından yola çıkarak açıklamaya çalışmıştır. Bu görüşe göre, ceza hukukçuları açısından indeterminist pozisyon zorunludur. Ahlaki normlar bir anlama sahip olacaklarsa, irade özgürlüğü varsayımını şart koşmaları gerekir⁹². 17./18. yüzyılın ahlak felsefesi (filozofisi), (hukuki) kuralların uygulanmasının ön koşulunun isnat edilebilir insani davranışlar olduğunu ortaya çıkarmıştır. *Kant*, isnadiyet kavramını şu şekilde ifade etmektedir: "*İsnadiyet ... bir hareketi gerçekleştiren kişiyi, hareketin yaratıcısı(eser sahibi)(causa libera) kişi olarak gösteren ve kanunlar karşısında böyle görünmesini sağlayan karardır*". Bütün kurallar, özgür karar ile kendisine uymaya veya uymamaya karar verebilen bir kişiyi ön şart koşturmaktadır. Bütün davranışlar fiziksel olarak önceden belirlenmiş olsaydı, yalnız *causae naturaliae* (doğal nedenler) olurdu. Böylece kişilerin davranışlarını gerçekleştirirken yasal kurallara uymaları beklentisi anlamsız olurdu. Çünkü eylem süreci bazı yasal kurallardan bağımsız olarak yalnız doğa kanunlarından kaynaklanmış olurdu. Ayrıca bütün hukuk bilimi

⁹⁰ Kaufmann Arthur, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, s. 128.

⁹¹ Roxin, AT, s. 861.

⁹² Renzikowski Joachim, "*Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft*", NJW 1990, s. 2907.

tartışması "doğal hadiselerin" bir sıralanması olarak ortaya çıkardı ve anlamlarını araştırmak “bir doğa olayı olacağından” gereksiz ve lüzumsuz olurdu⁹³.

4. İrade Özgürlüğünü İnsanın Eylem Hakkındaki Karar Özgürlüğü Olarak Gören Görüş

Kusur prensibi insanın karar özgürlüğünü varsaymaktadır. Ama karar özgürlüğünün gerçekten de olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalarda iki pozisyon karşı karşıyadır: indeterminizm ve determinizm. Birçokları burada genel olarak ceza hukukunun varlık meselesini görmektedir⁹⁴.

Kusur prensibi, ceza hukuku sorumluluğunun esas subjektif koşulu olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Eylem karşılığında ceza, ancak failin eyleme götüren kararda savunmuş olduğu iradeye karşı bir isnatta bulunulabilmesi halinde mümkündür. Ceza, hiçbir zaman failin işlediği eylem sonucu hak ettiğinden daha ağır olamaz⁹⁶. İnsanın karar özgürlüğü, kusur prensibinin ön koşuludur, çünkü sadece hukuki normlara uyabilme yeteneğinin prensip olarak var olduğu durumlarda failin ceza gerektiren eylemlerden kaçınmak yerine hukuka aykırı eylemde bulunduğu iddia olunabilir⁹⁷. Eğer tüm olup bitenler, nedensel etkinin doğal süreçleri sonucu objektif ve irade etkisi dışındaki güçlerle olmuş olsaydı, insanın hastalıkları için sorumlu tutulmasının mantıksız olduğu gibi, eylemleri için sorumlu tutulması da o

⁹³ Renzikowski, s. 2907.

⁹⁴ Haft, s. 118.

⁹⁵ Kargl'a göre, kusur şüphelilerin dezavantajına olan bir fiksiyondur (kurgudur/varsayımdır/faraziyledir). Bkz. Kargl Walter, Kritik des Schuldprinzips: Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, Frankfurt/Main, 1982, s. 246.

⁹⁶ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 407.

⁹⁷ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 407-408; Schreiber'e göre, kusur ve kusur yeteneğinin temelinde failin aslında kendi kararıyla yapmış olduğundan farklı hareket edebiliyor olduğu gerçeği yatmaktadır. Özgürlük olgusu bilimsel olarak kanıtlanamıyor olsa da, yasa koyucunun norm itibarıyla insanın kendi sorumluluğunu ve özgürlüğünü varsayıyor olduğu inkâr edilemez. Yani özgürlük sorusunun en azından pozitif hukuk için halen açık bir soru olmaktan çıktığı belirtilebilir. Bkz. Schreiber, “Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?”, s. 1069.

kadar mantıksız olurdu⁹⁸. Fakat doğa gereği olmasa bile, insanın tüm eylemleri psikolojik olarak karakterin, o an mevcut motiflerin ağırlığı ve dış dünyanın uyarıları gereği belirsiz bir şekilde belirlenmiş olsa da, ceza yine sosyo-etik değersizlik hükmü olarak algılanamaz. Aksine cezaya nötr bir mana kazandırılması gerekmektedir⁹⁹. Buradan hareketle söylenebilir ki; ceza metafiziksel karşılık verme ya da salt kefaret işlevine sahip değildir, aksine basit, sade nitelikte olan suç önleyici (*Verbrechensverhütung*) işleve sahiptir¹⁰⁰.

Öte yandan, insanın her daim hem vicdanını dinleyebileceği hem de şeytana uyabileceği söylenebilir. Buna göre, kusursuzluğun ve kusurun insanın kararına göre belirlendiği, koşulsuz indeterminizmin klasik dogması da savunulmaktadır¹⁰¹. “*Kınanabilirlik için, failin fiili işlediği zamanda fiile götüren irade oluşumunu engelleyebilecek durumda olması şarttır*”. Özgürlük varsayımının nedensellik prensibinin bilimsel olarak kanıtlanmamış bir ihlalini teşkil ettiği yönündeki itiraz, doğa bilimleri için bile nedensellik kanununun istisnasız geçerli olmadığı ve “özgürlüğün payı bulunduğu” teziyle karşı karşıyadır. Bu nedenle felsefi antropolojide, ahlaki ve hukuki sorumluluk alanında insanın kendisini yönetmesine izin verdiği, ancak kendi özgürlüğünü de koruduğu, determinizmin özel bir şekli olarak ahlak kanununun geçerli olduğu tezi kısmen savunulmaktadır¹⁰². Bu manada doğaya dayandırılan nedensellik düşünce şeklinin yanı sıra psişik temeli esas alan, “kendiliğindenlik (*Spontaneität*)” düşünme şekli de varsayılmaktadır. İnsan kişiliğinin yaratıcılığı, otonomluğu ve akli ilişkisinin bu noktada işlerlik kazandığı belirtilmektedir¹⁰³.

İradenin oluşmasına esas olan ruhsal süreçler kan basıncı, solunum veya sindirim gibi doğal kurallara göre işlememekte; aksine kendine göre

⁹⁸ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 408.

⁹⁹ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 408.

¹⁰⁰ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 408-409.

¹⁰¹ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 409.

¹⁰² Jescheck/ Weigend, § 37, s. 409.

¹⁰³ Nedensel olmama (*Nichtkausalität*) ya da nedenselliğin kesintiye uğramış olması (*Diskontinuität*), Mezger tarafından “kendiliğindenlik (*Spontaneität*)” kategorisi olarak tarif edilmiştir. Bkz. Mezger Edmund, *Über Willensfreiheit*, München, 1947, s. 13.

belirleyici yasaları bulunmaktadır¹⁰⁴. Davranışı belirleme özelliği, insanın kendine etki eden dürtüleri kontrol etme yeteneğine ve anlam içeriklerine, değerlere ve normlara göre kararını düzenleme yeteneğine dayanmaktadır¹⁰⁵. İnsanı diğer tüm canlılara göre öne çıkaran mükemmellik, davranışlarını kendisinin verdiği bir manayla yürütmesidir; oysaki hayvan, daima içgüdüsel dünyasının mekanizması içinde hapsolmektedir¹⁰⁶.

Merkel'e göre de irade özgürlüğü kavramının karar özgürlüğü şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Ancak eylemin özgür olarak kabul edilebilmesi için, alternatif olanaklar prensibinden¹⁰⁷ işlevsel olarak yola çıkılması gerekmektedir. İradenin özgürlüğü için sadece şekline uygun biçimde modifiye edilmesi uygun olacaktır. Ancak bu noktada irade kavramının zor ve net olmayan içeriğinden kaçınılması gerekmekte ve onun yerine daha basit olan, (bir eylemde bulunmak veya bulunmamak için verilen) karar kavramının kullanılması gerekmektedir¹⁰⁸. Bir başka deyişle eylemde bulunanın farklı şekilde hareket imkânının olduğu veya her türlü eylemi engelleyebilecek olduğu durumlardaki eylem “özgür” bir eylemdir. Özgür eylemler için

¹⁰⁴ *Dönmezer*'e göre, irade mütemadiyen ve zaruri olarak en büyük olan saiklerin tesirine maruz kalıyorsa, kendiliğinden tayin edici (= *Auto-déterminant*) olur ve böylece isnat yeteneğinden bahsetmek mümkün olmaz. Bu durumda hareketlerin istikametini tayin eden insan değildir. Fakat bu istikameti saikler tayin eder; nasıl ki, bulutların istikametini tayin eden şey en kuvvetli olan rüzgarlardır. Saiksiz hiçbir insani faaliyet olamaz. Bununla beraber, bu saikleri hareketlerimizi tayin eden sebeplerle karıştırmamak gerekir. Saik temayül ettirilebilir. Fakat, icbar etmek manasında olarak tayin etmez. İrademiz saikleri tartmaya ve neticede birini veya diğerini tercih etmeye muktedirdir. Bir karar verildiği zaman daima bir saik tercih olunur. Fakat bu şekilde hareket ederken, başka bir şekilde hareket edilebileceği hissolunur. Bkz. *Dönmezer Sulhi*, “*Cezai Sorumluluğun Esası Olarak Failin Normallığı Telâkkisi*”, İÜHFM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), Cilt. 12, Sayı. 1, 1946, s. 129.

¹⁰⁵ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 410.

¹⁰⁶ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 410. *Meraklı* da insanı diğer varlıklardan ayıran unsurun sahip olduğu kendine özgü beyin, sinir ve muhakeme faaliyeti olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu nedenle insan sinir sisteminde ceza hukuku bakımından önem taşıyan bir bozukluk ya da hastalık bulunmadığı sürece iradesini üstlenmek durumunda kalacaktır. Bkz. *Meraklı*, s. 100.

¹⁰⁷ Alm. *Prinzip der alternativen Möglichkeiten*, İng. *principle of alternative possibilities*.

¹⁰⁸ *Merkel Reinhard*, “*Ist ‘Willensfreiheit’ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?*”, in: *Schuld und Strafe* (Roth/Hubig/Bamberger), München, 2012, s. 41.

alternatif olasılıklar prensibi gerekli bir koşuldur. Çünkü sadece failinin eylem sırasında aslında farklı davranabilmiş olabileceği olanağı, eylemini “özgür” olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Bu tür bir eylemde bulunmak için *genel olarak* bunu yapabilecek bir durumda olması, yani bu kapasiteye sahip olması da gerekmektedir. Bu açıklamalar ışığında alternatif olasılıklar prensibi şu şekilde netleştirilebilir¹⁰⁹:

Kuvvetli manada bireysel bir X-eylemi (veya eylemsizliği) özgürdür,

(1) eğer eylemde bulunan, eylemde bulunduğu sırada X-tipindeki eylemleri genel olarak yapabilecek kapasitedeyse;

(2) eğer eylemde bulunan farklı davranabilecek idiyse (veya her davranışı yapmayabilecek idiyse) ve genel olarak bu mümkün ise;

(3) ve eğer eylemde bulunan, somut X-eylemini kendisine özgü essansiyel (içten kaynaklanan) bir nedenden dolayı yapıyor veya yapmıyorsa;

(4) yani eğer eylemde bulunanın eylemde bulunma kararı, belirlenmemiş iradesinden başka bir şey tarafından belirlenmemişse.

5. İrade Özgürlüğünün Kanıtlanamaz Olduğu Görüşü

İrade özgürlüğünün kişinin eylem hakkındaki karar verme özgürlüğü olarak anlaşılması karşısında, kusur isnadına insanın birey olarak özgürlüğünün gerekçe gösterilmesinin kanıtlanamaz olduğu görüşü de savunulmaktadır¹¹⁰. Bunun yerine, sadece sosyal kıyaslama yapan ve “ortalama kişinin”¹¹¹ fail yerine söz konusu durumda başka şekilde hareket etme yeteneğinin olup olmadığının sorulduğu bir kusur hükmünün mümkün olabileceği varsayılmaktadır¹¹².

¹⁰⁹ Merkel, “*Ist ‘Willensfreiheit’ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?*”, s. 41.

¹¹⁰ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 409; Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2017, s. 280.

¹¹¹ (“Ortalama insan”, “ölçütlere uygun kişilik”). Hukuk düzeni, kişilerin kendileri hakkında beslediği değer hükmünü değil, aynı durumda bulunan ortalama kişilerin olanaklarını göz önünde bulundurduğundan, kusurun varlığı, her bireye göre ayrı ayrı değil, herhangi bir kişiye göre belirlenecektir. Bkz. Öztürk/ Erdem, s. 279.

¹¹² Jescheck/ Weigend, § 37, s. 410.

Diğer bir deyişle, spesifik insani “kendiliğindenliğin” ne var oluşu ne de etkisi, bir kişinin somut karar eyleminde kanıtlanamamaktadır. Bilerek gerçekleştirilen eylemin tespit edildiği olayların çoğunda, fiilde karar verme özgürlüğü barizdir. Fakat öyle olaylar vardır ki somut suç teşkil eden somut eylem, tamamen ruhsal dürtülerin bir sonucudur. Fail, bir defa meydana gelen somut durumda, hukuki düzenin sağlanması için geçerli normlara göre hareket etme yeteneğinden yoksun olabilir. Bu haller örneğin kusur yeteneğini kaldıran hal olarak failin eylemini akıl hastalığı etkisi altında gerçekleştirdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kişi aleyhine ileri sürülen kusur iddiası sadece şu şekilde formüle edilebilir: Benzer vakalarda edinmiş olduğumuz tecrübelerle göre, failin bulunduğu somut durumda, **onun yerinde olan bir başka kişi**¹¹³, failin içinde bulunduğu irade gücünün baskısı altında, failin gerçekleştirmiş olduğu eylemden farklı bir davranışta bulunabilirdi ya da başka yönde karar verebilirdi¹¹⁴.

Hukuk bilimindeki klasik anlayış, bilindiği üzere indeterminizmin mevcudiyetini varsaymaktadır. Bir başka deyişle farklı gerekçelerle olsa bile insanın irade özgürlüğünü onaylamaktadır. Bu husus Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “*Fail hukuka uygun davranmaması, hukuka uygun olana karar verebilecekken, haksızlığa karar vermesi nedeniyle ... kınanmaktadır. Kusur kınamasının içsel esası, insanın haklı ve haksızlığa karar vermek için; özgür, sorumlu, ahlaki olarak kendi davranışını tayin edebilmeye yönelik yaratılmış olması ve buna ehil olmasıdır.*”¹¹⁵ Günümüz ceza hukuku ise, daha çok kısmi geçersizlik ile hareket etmektedir. Yani ne determinizm görüşü ne de indeterminizm görüşü ispatlanabilir niteliktedir. Bu nedenle ceza hukuku sistemi en azından insanın irade özgürlüğü konusundaki ampirik tespiti dayanmadan, kusur isnadının meşrulaştırılması yoluna gidebilmelidir¹¹⁶.

Bu konuda özellikle *Kohlrausch*'un¹¹⁷ görüşüne yer verilmektedir. Bu görüş, kusurun esasının varlığını “devletin zorunlu kurgusu/fiksiyonu

¹¹³ “ortalama yeteneklere sahip bir başka kişi”

¹¹⁴ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411.

¹¹⁵ BGHSt. 2, 194, 200.

¹¹⁶ Hirsch, “*Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*”, s. 751.

¹¹⁷ Kohlrausch, s. 26 vd.

(*staatnotwendige Fiktion*)”¹¹⁸ olarak adlandırarak bir noktada bağımsız bir kusur kavramını reddetmektedir. Böylece kusurun içeriğini önleyici gerekliliklere dayandıran akımın amaçsal fikrine oldukça yakın durmaktadır. Ancak burada yapılması gerekli olan (*Sollen*) ile yapılabilen (*Können*) kavramlarının yeri değişmiştir. Çünkü devlete, toplumdaki bireylere “sen yapabilmelisin (*du sollst können*)” deme yetkisi vermektedir¹¹⁹.

Aynı şekilde *Haft*’a göre de ne determinizm ne de indeterminizm kanıtlanabilmektedir. Hatta ispat yükümlülüğünden yola çıkılarak dahi bir karara varmak mümkün değildir. Sonuç olarak ceza hukukunun insanın serbest davranabildiği yönünde genel tespitle yetinmesi gerektiği belirtilmelidir. *Öztürk/ Erdem*’e göre, iradenin özgür ya da bağımlı olduğu konusunda yürütülen tartışmaları bir kenara bırakmayan bir ceza hukuku gelişmesini sağlayamaz. Bu nedenle ceza hukuku, felsefe alanındaki tartışmalardan kendisini kurtarması gerekir¹²⁰. Aynı yönde görüş İtalyan ceza hukuku öğretisinde “*Hukuk Tekniği Doktrini*” olarak savunulmuştur. Bu görüşe göre, “*ceza hukuku, suç ve cezayı, yani kendi konusunu, hukukun diğer dalları nasıl kendi konularını, kendi metodları ile inceliyorsa öyle incelemelidir. Bu inceleme ‘olumlu hukuk düzeni’ne göre olmalıdır. Bu doktrin, hukuk biliminin incelenmesine titizlikle uyulmasına, bunun dışına çıkılmamasına taraftardır. Bu suretle cezaî hukuk bağı esas tutulmalıdır. İrade serbestisi sorunu çözülmemiştir, belki de çözümü mümkün değildir. Bu itibarla pozitif hukuktan ayrı bir konu ile ilgilenmek doğru olmaz.*”¹²¹

Sonuç olarak denilebilecektir ki; herkesin yetenekleri esas alınarak genel anlamda yapabilmenin tespiti, somut olayda fail açısından bireysel yapabilmenin tespitine giden yol olacaktır. Burada ise determinizm ve

¹¹⁸ *Roxin*’e göre, insani karar verme özgürlüğü bir “devletsel fiksiyon (kurdu/hayal ürünü)” değil, aksine devlet iktidarına sınır çizen, özgürlük güvencesi veren bir hukuk prensibidir. Bkz. Roxin Claus, “*Zur Problematik des Schuldstrafrechts*”, ZStW 96 (1984), s. 651.

¹¹⁹ Hirsch, “*Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*”, s. 759-760.

¹²⁰ *Öztürk/ Erdem*, s. 280.

¹²¹ Aktaran Erem/ Danışman/ Artuk, s. 441. Yazarlar bu görüşü eleştirmektedir. Yazarlara göre, bu doktrin ceza hukukunu açıklamakta değil, onun hayat kaynaklarını, gelişim imkânlarını yok etmektedir. Şüphesiz “cesed”i incelemek de faydalıdır, fakat bunun bile amacı “canlı”yı anlayabilmektir. Bkz. Erem/ Danışman/ Artuk, s. 441.

indeterminizm arasındaki tartışmalar rol oynamamaktadır. *Kohlrausch*'un bilindik sözünde de ifade ettiği gibi bu bir fiksiyondur/kurgudur¹²². Nihayetinde hakimin kusur yargısı direkt faile ulaşmamaktadır. Burada “herkesten” yola çıkılarak bir birey hakkında hüküm verilen bir karar söz konusudur¹²³.

C. İrade Özgürlüğünün Toplumsal Bir Gerçeklik Olduğu Görüşü

Ceza hukukunun temeli, yasa koyucunun *sübjektif bir sorumluluğun* özgürlük bazlı bir hukuk düzeninde hem *gerekli* hem de *haklı* olduğu kararna dayanmaktadır¹²⁴. Ceza hukukundaki kusur isnadı için daha ileri bir hükme gerek yoktur¹²⁵. İnsanların birlikte yaşaması olgusu, dünyadaki varoluş gerçeğinin üstün anlam içeriğine göre kurgulanması gerekmektedir. Yani sadece canlıların varoluşu gerçeği, insan onuruna uygun bir düzen için yeterli olmamaktadır. Bu nedenle hukuk, toplum üyelerinden onların sosyal varoluşlarına da uygun olan davranış normlarının kendilerini yönetmesine izin vermesini talep etmektedir. Ancak, toplum düzeninin korunması için hukuki itaat yönündeki salt ahlaki istem yeterli olmayacaktır¹²⁶. Daha ziyade her bir birey, toplumda genel tecrübe ile oluşturulmuş otokontrollü olmanın toplum içindeki tüm bireyler için geçerli olduğu varsayımından hareketle yaptığının hesabını verebilmelidir¹²⁷. **Yetişkin ve akli olarak ortalama sağlıklı olan failin sorumluluk fikri, sosyal ve ahlaki bilincimizin şüphe götürmeyen gerçeğidir**¹²⁸. Herkes kendi eylemi için özgürlüğün kesin var olduğunu varsaymakta ve bu türdeki özgür eylemi, her başka insandan da beklemektedir. Aynı şekilde her bir insanın sorumluluğu bir toplum içinde başka bir insan için olağandır. Ceza hukukunun bu esas sosyal psikolojik gerçeğe uygun olmaması ve bunun yerine özgürlük gibi ön koşullarının

¹²² Haft, s. 118.

¹²³ Haft, s. 119.

¹²⁴ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 411.

¹²⁵ *Dreher*'e göre, irade özgürlüğünün kanıtı ihtiyacı yoktur, çünkü özgürlüğün tecrübeyle varoluşu zaten bizim içimizdedir. Bkz. *Dreher*, *Willensfreiheit*, s. 383.

¹²⁶ Frey, s. 320; Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412.

¹²⁷ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412.

¹²⁸ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412.

ispatının çok zor olduğu determinizmin insan tablosunu esas alacak olması, ancak kötü bir ceza politikasında söz konusu olurdu¹²⁹.

Sonuç olarak denilebilecektir ki; irade özgürlüğünün kabulü bir normatif yerleştirme ve sosyal oyun kuralıdır. Bu anlamda kişinin varlık olgusuna uygun, insani özgürlük ile birlikte devlet tarafından prensipte insanın özgür ve sorumluluğa ehil nitelikte ele alınması toplumsal bir gerekliliktir¹³⁰.

IV. TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMASINDA SORUNUN ELE ALINIŞI

5237 sayılı TCK'da yer alan düzenlemelere bakıldığında erişkin, zihinsel mekanizmalarında önem arz eden bir hastalık nedeniyle bozulma oluşmamış failin, gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle ceza sorumluluğuna sahip olduğu kabul edilmiştir. TCK m. 31, 32, 33 ve 34 düzenlemelerinde failin kusurlu olarak değerlendirilmesi için aranan yetenekler "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama" yeteneği ve işlediği fiille ilgili olarak "davranışlarını yönlendirme" yeteneği şeklinde belirtilmiştir. Failde yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır-dilsizlik ya da geçici neden/irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde kullanımı gibi nedenlerle olumsuz etkiye maruz kalmadığında, bu yeteneklerin mevcut olduğu varsayılmıştır¹³¹. Böylece denilebilir ki, TCK belirtilen olumsuz etkilerin somut durumda bulunmaması halinde failin fiilini ceza normunu ihlal etmeyen davranıştan yana

¹²⁹ Jescheck/ Weigend, § 37, s. 412.

¹³⁰ Roxin, AT, § 3, kn. 55, s. 93.

¹³¹ Yargıtay da kararlarında bu hususa işaret etmektedir: "“Türk Ceza Kanununun 31/2 ve 32/1 maddelerinde kusur yeteneği dolaylı olarak tanımlanmıştır. Bu hükümler uyarınca, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunması durumunda kusur yeteneğinin varlığı kabul edilmiştir. Kusur yeteneğinin iki belirgin unsuru vardır. Bunlardan ilki; işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilme, diğeri ise; eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayan kişinin, davranışlarını bu algılama doğrultusunda hukuk düzeninin gereklerine uygun olarak yönlendirme yeteneğinin bulunmasıdır. 'Algılama' ve 'irade yeteneği' denilen bu iki öğenin kişide bir arada bulunmaması veya bu yeteneklerinde azalma meydana gelmesi halinde kusur yeteneğinin tam olmadığı kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/8-119, K. 2014/448, T. 30.10.2014 (YKD., C. 41, S. 4, Nisan 2015, s. 805)

sergileyebileceği, haksızlık ve hukuka uygun davranma konusunda karar ve seçim özgürlüğüne sahip olduğunu normatif olarak kabul etmiştir. Failin edimsel/ ampirik (deneysel) olarak gerçekten de bu özgürlüğe sahip olup olmadığı tartışmaları ise ceza hukuku uygulamasında yadsınmıştır.

TCK'da yer verilen, failin kusurlu olarak addedilebilmesi için aranacak olan yeteneklerin aslında failin irade özgürlüğünü karşıladığı yüksek mahkeme kararlarından anlaşılabilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususa dolaylı olarak işaret etmiştir: “...*Ceza hukukunda kusur yeteneğinin temel unsuru olan irade serbestisi tam olan kişiler, irade serbestisi bulunmayan, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan akıl hastaları ile bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan ve dolayısıyla kısmen irade serbestisi bulunan kişiler aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından bunların farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır...*”¹³²

Benzer şekilde karşılaştırmalı hukukta da failin somut durumda fiili gerçekleştirirken hukuka aykırı olan (ceza normunu ihlal eden) davranıştan kaçınabileceği, bu tercih konusunda özgür ve beceri sahibi olduğu vurgulanmıştır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi söz konusu kararında bu hususa şu şekilde yer vermiştir:

“*Fail hukuka uygun davranmaması, hukuka uygun olana karar verebilecekken, haksızlığa karar vermesi nedeniyle ... kınanmaktadır. Kusur kınamasının içsel esası, insanın haklı ve haksızlığa karar vermek için; özgür, sorumlu, ahlaki olarak kendi davranışını tayin edebilmeye yönelik yaratılmış olması ve buna ehil olmasıdır.*”¹³³

Türk ceza hukuku uygulamasında Yargıtay da bir kararında irade özgürlüğünün kusur yargısının temeli olduğuna dikkat çekmektedir. Söz konusu bu karara göre:

¹³² Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 2019/37, K. 2019/87, T. 14/11/2019 (R.G. 04.02.2020, S. 31029; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 57, Cilt. 1, 2020, s. 99)

¹³³ BGHSt 2, 194 (200) = NJW 1952.

“...Faillerin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu olmaları şarttır. Kusur, kınanabilirliktir. Kusur yargısının temeli insanın özgür iradesidir. İnsan, özgür iradeye sahip bir varlık olması nedeniyle haklı olan bir davranışıyla haksızlık arasında bir tercih yapma veya haklı olan davranışı lehine karar verme, davranışlarını hukuk düzeninin gereklerine göre yönlendirebilme, hukuk düzenin yasakladığı davranışlardan sakınma yeteneğidir. Kusur yargısının temelini oluşturan insanın irade özgürlüğü ise, haksızlık bilincinin varlığını gerekli kılar. Çünkü insanın haklı olan davranışları ile haksızlık arasında tercih yapabilmesi için bunu bilmesi şarttır. Fail, haksızlık bilincine sahipse ve özgür iradesiyle haksız olan bir davranışı tercih ediyor ise kusurludur...”¹³⁴

Belirtilen kararlardan da anlaşılacağı üzere, hukuk düzeni toplumda yaşayan her bir bireyi kendi geleceğini belirlemeye ehil, davranışlarını ceza normunu ihlalden uzak tutacak şekilde yönlendirebilen ve bu konuda özgür olan hukuk süjesi olarak ele almaktadır. Hukuk düzeni bu varsayımdan (*postulat*) hareketle, bu yeteneği olumsuz olarak etkileyen durumları istisnai kategori olarak belirleyerek, kusursuz olan (*irade özgürlüğü olumsuz etkiye maruz kalmış*) bireyleri ceza şeklindeki yaptırımdan uzak tutmak yolunu seçmiştir. Ceza hukuku, söz konusu varsayımın edimsel/ ampirik (deneysel) olarak gerçekten doğru olup olmadığı ile ilgilenmemektedir. Bu durum ise kusur isnadının gerekçelendirilmesi zorunluluğu açısından, modern beyin araştırmaları sonucu elde edilen bulgularla gün geçtikçe eleştiriye maruz kalmaktadır.

SONUÇ

Demokratik ceza hukuku sistemi, toplumu oluşturan bireylerin ceza hukuku normları ile etkileşimi üzerine kurulmuş bir sistemdir. Bu etkileşim, içerik itibarıyla bireylerin ceza normunun varlığını ve normun içerdiği davranış çerçevesini bilmesi esas alınarak belirlenmiştir. Ceza normunun varlığını ve normun içerdiği davranış çerçevesini bilen birey, davranışlarını hukuka sadık bir kişi olarak düzene sokabilecek, bir başka deyişle iradesini ceza normunu ihlal etmeyecek şekilde oluşturabilecektir.

¹³⁴ Yargıtay 16. CD., E. 2019/6765, K. 2019/8453, T. 09.12.2019, (karararama.yargitay.gov.tr)

Ceza normları ile etkileşim içinde bulunan bir kişinin haklara ve özgürlüklere sahip sosyal bir varlık olarak, kendini ortaya koyması ya da kendini ifade etmesi, davranışları aracılığıyla gerçekleşmektedir. Demokratik ceza hukuku sistemi, ceza normları ile koruma altına alınan “hukuki değerler” nedeniyle “değerler sistemi” olarak kurgulanmıştır. Toplumunu oluşturan bireyler, bu “değerler sistemi” içinde kendi konumunu davranışları aracılığıyla belirlemektedir.

İnsan doğadaki varlıklar içerisinde davranışlarını, zihinsel muhakemeden ve rasyonel karar alma süreçlerinden geçirebilmesi, bu muhakeme ve süreçler sonucunda yapma ya da yapmama şeklinde hukuk kurallarına ilişkin tutumunu (anlayışını) icraya dönüştürebilmesi özelliği ile diğer varlıklardan ayrılmaktadır. Bireysel “sorumluluk” özelliği, “insan onuru” kavramı ile, insana mutlak bir değer bahşetmektedir. Bir başka deyişle insanın davranışlarını sorumluluk duygusu içerisinde gerçekleştirmesi, onu diğer varlıklardan ayıran temel özelliktir.

İnsanın davranışlarını sorumluluk duygusu ile gerçekleştirme özelliği dikkate alınarak oluşturulan ceza hukuku sisteminde, olağan durumlarda kişinin davranışlarına hükmedebildiği, eser sahibi olarak davranışlarının sonuçlarını dikkate alarak hareket ettiği noktasından hareket edilmektedir. Bu ön kabul insan doğasına dayanan, sosyal bir gerçeklik teşkil etmektedir. Bu nedenle ceza hukuku içinde kurgulanmış “kusur” sisteminde belirli bir olgunluğa ulaşmış, ruhsal anlamda herhangi bir bozukluğu olmayan her bireyin, davranışlarını ceza normlarının belirttiği şekilde yönlendirebileceği ve bu yeteneği haiz olduğu *postulat* olarak kabul edilmiştir. Ceza hukukunun tüm çabası, davranışlarını ceza normu çerçevesinde yönlendiremeyen fail gruplarını tespit ederek, bu kişilerin davranışları nedeniyle “kusurlu” sayılmamasını sağlamak olmalıdır.

İrade özgürlüğü konusunda metafizik anlamda determinizm-indeterminizm felsefi tartışmaları, gerçekliğin arayışı için şüphesiz önemlidir. Ancak sosyal düzen içerisinde bireylerin kendi aralarındaki ve devletle olan ilişkilerinin düzenlenmesi, sosyal barışın sağlanması hemen (derhal) gerçekleştirilmesi gereken bir ödevidir. Bu ödevi üstlenen ceza hukuku ceza normlarının varlığını temin etmek ve yaptırım olarak ceza uygulamak suretiyle, sosyal düzen içerisinde bireylerin davranışlarına tesir etmek zorundadır. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen cezalandırma ile kusurlu

davranan bireyin ve potansiyel kusurlu davranabilecek bireylerin davranışları etki altına alınabilecektir. Bu nedenle sosyal barışı sağlama konusunda yükümlülük üstlenmiş olan ceza hukuku sisteminin, herhangi bir sonuca ulaşmayacağı baştan belli olan determinizm-indeterminizm temelindeki “irade özgürlüğü” tartışmalarına dayandırılması yerinde olmayan bir yöntem olacaktır.

Genel anlamda insan davranışlarının determine olduğu, aslında davrandığından başka türlü hareket edemeyeceği tezi tartışmalıdır. İnsan davranışlarının genetik miras, kan basıncı, beyin anatomisi, beslenme vs. gibi birçok fizyolojik özelliklerden etkilendiği günümüzde kabul edilen bilimsel bir gerçekliktir. Ancak davranışların tamamen bu fizyolojik gerçeklere dayandığı tezi de ispatlanamamaktadır. Davranışların yönlendirilmesi konusunda bireyin fizyolojisi yanında, iradenin ve mental süreçlerin de katkısının bulunması kusur isnadında bulunulması yolunu açmaktadır. Birey, kendi geleceğini ceza yaptırımından uzak kalacak bir şekilde tasarlama güç ve imkânına sahiptir. Bu durum sosyal bir gerçeklik teşkil etmektedir. Toplum içindeki her birey tarafından gündelik hayatta bu durumun sağlanması yapılmaktadır. Bu nedenle toplumu oluşturan bireyler, kendi dışındaki kişilerden de davranışlarının sorumluluğunu üstlenmesini talep etmektedir.

Ceza hukukunda sorumluluk, kusur ve kusur yeteneği gibi konularda fiili gerçekleştirirken failin özgür olup olmadığı incelenmemekte, ceza normu ile etkileşim ilişkisinde olması beklenen failin “ortalama yetenekler”in ne ölçüde gerisinde kaldığı araştırılmaktadır. Bu şekilde failin aslında davrandığından “başka türlü hareket edebileceği”, toplumu oluşturan diğer kişilerin esas alınacağı “ortalama yetenekler” dikkate alınarak kabul edilmektedir. Böylece ceza hukukunda sorumluluk ve kusur konularında, fail hakkında “sosyal bir değer(sizlik) yargısı (kınama yargısı)” söz konusu olmaktadır. Burada retrospektif (geriye dönük) bir şekilde failin kafasında neler olup bittiğinin tespit edilmesi işlemi söz konusu değildir. Nitekim bu husus bilimsel tespite kapalı bir konudur. Ceza hukuku sisteminde yer alan sorumluluk ve kusur konuları, deney ortamında ampirik olarak ispatlanabilecek kurgular değildir. Burada gerçekleştirilen bir tespit işlemi değil, değerlendirme işlemidir. Değerlendirme işleminde ise, normatif (hukuki) bakış açıları ön plandadır.

KAYNAKÇA

- Apaydın** Cengiz, Ceza Hukukunda Kusurluluk, Ankara, 2018.
- Aral** Vecdi, “*Hukukta İrade Özgürlüğü*”, İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1982-1983.
- Bauer** Fritz, Das Verbrechen und die Gesellschaft, München/Basel, 1957.
- Bröckers** Boris, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, Baden-Baden, 2015.
- Burkhardt** Björn, “*Freiheitsbewußtsein und strafrechtliche Schuld*”, FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München, 1998.
- Dönmezer** Sulhi, “*Cezai Sorumluluğun Esası Bakımından Klâsik Teori ve Bu Teorinin Karşılaştığı İtirazlar*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1945, C. 11, S. 3-4.
- Dönmezer** Sulhi, “*Cezai Sorumluluğun Esası Olarak Failin Normalliği Telâkkisi*”, İÜHFM (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası), Cilt. 12, Sayı. 1, 1946.
- Dönmezer** Sulhi/ **Erman** Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: II, İstanbul, 1999.
- Dreher** Eduard, Die Willensfreiheit: Ein zentrales Problem mit vielen Seiten, München, 1987.
- Ehrhardt** Helmut, “*Die Schuldfähigkeit psychiatrisch-psychologischer Sicht*”, in: Schuld Verantwortung Strafe (Herausgegeben von: Prof. Dr. Erwin R. **Frey**), Zürich, 1964.
- Engisch** Karl, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin, 1965.
- Erem** Faruk/ **Danışman** Ahmet/ **Artuk** Mehmet Emin, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1997.
- Frister** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2015.
- Griffel** Anton, “*Prävention und Schuldstrafe*”, ZStW, 98(1986), Heft 1.
- Gropp** Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, 2015.
- Hafizoğulları** Zeki/ **Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018.
- Haft** Fritjof, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, 2004.

- Hançerliođlu** Orhan, Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar Cilt 1, İstanbul, 1976.
- Hançerliođlu** Orhan, Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar Cilt 2, İstanbul, 1976.
- Heinrich** Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aktualisierte Auflage, Stuttgart, 2016.
- Hillenkamp** Thomas, “*Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung*”, JZ, 7/2005.
- Hirsch** Hans Joachim, “*Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*”, ZStW, 106(1994), Heft 4.
- Jäger** Christian, “*Willensfreiheit, Kausalität und Determination: Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?*”, GA 2013.
- Jakobs** Günther, “*Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*”, ZStW, 117(2005), Heft 2.
- Jakobs** Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, 1991.
- Jescheck** Hans-Heinrich/ **Weigend** Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Karakehya** Hakan, İradilik Unsuru Bağlamında Ceza Hukukunda Kast, Ankara, 2010.
- Kargl** Walter, Kritik des Schuldprinzips: Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, Frankfurt/Main, 1982.
- Kohlrausch** Eduard, “*Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*”, Festgabe für Karl Güterbock, Berlin, 1910.
- Lackner** Karl/ **Kühl** Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, München, 2014.
- Lampe** Ernst-Joachim, “*Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre*”, ZStW, 118(2006), Heft 1.
- Meraklı** Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, Ankara, 2017.
- Merkel** Reinhard, “*Ist ‘Willensfreiheit’ eine Voraussetzung strafrechtlicher Schuld?*”, in: Schuld und Strafe (Roth/Hubig/Bamberger), München, 2012.
- Merkel** Reinhard, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Heft 37, Baden-Baden, 2008.

- Mezger** Edmund, *Über Willensfreiheit*, München, 1947.
- Moles** Abraham, *Belirsizin Bilimleri: İnsan Bilimleri İçin Yeni Bir Epistemoloji*, (Çev.: Nuri **Bilgin**), 4. Baskı, İstanbul, 2012.
- Müller-Dietz** Heinz, *Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems*, Heidelberg-Hamburg, 1979.
- Özen** Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, 1998.
- Özgenç** İzzet, “*Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü*”, Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu 26-28 Ekim 1992, Facultatis Decima Anniversaria, İstanbul, 1993.
- Özgenç** İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2017.
- Öztürk** Bahri/ **Erdem** Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2017.
- Pauen** Michael/ **Roth** Gerhard, *Freiheit, Schuld und Verantwortung Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, Frankfurt am Main, 2008.
- Reinelt** Ekkehart, “*Entscheidungsfreiheit und Recht- Determinismus contra Indeterminismus*”, NJW 2004.
- Renzikowski** Joachim, “*Forensische Psychiatrie und Strafrechtswissenschaft*”, NJW 1990.
- Roth** Gerhard, *Fühlen, Denken, Handeln: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, Frankfurt am Main, 2003.
- Roxin** Claus, “*Das Schuldprinzip im Wandel*”, FS für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1993.
- Roxin** Claus, “*Zur Problematik des Schuldstrafrechts*”, ZStW 96 (1984).
- Roxin** Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Auflage, München, 2006.
- Schreiber** Hans- Ludwig, “*Ist der Mensch für sein Verhalten rechtlich verantwortlich?*”, FS für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Humaniora: Medizin-Recht-Geschichte, Berlin, Heidelberg, New York, 2006.
- Schreiber** Hans-Ludwig, “*Hukuksal ve Psikiyatrik Kategoriler Arasında Adli Rapor*”, Çev. Yener Ünver, *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2: Tıp ve Ceza Hukuku*, Ankara, 2004.
- Schreiber** Hans-Ludwig/ **Rosenau** Henning, “*Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung*”, in: *Psychiatrische Begutachtung: Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen* (Herausgegeben von Harald **Dreßig** und Elmar **Habermeyer**), München, 2015.

Toroslu Haluk, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Ankara, 2015.

Toroslu Nevzat/ **Toroslu** Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, 2019.

Tümerkan Somay, “*Klasik, Pozitivist Okullarda ve Toplumsal Savunma Hareketinde Ceza Sorumluluğunun Esası*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 1983, C. 48, S. 1-4.

Welzel Hans, Das Deutsche Strafrecht, Berlin, 1969.

Wessels Johannes/**Beulke** Werner/**Satzger** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat und ihr Aufbau, 45. Auflage, 2015.

Wulff Agnes, Die Existenziale Schuld, Berlin, 2008.

Yılmaz Tahsin, Determinizm ve Hürriyet Problemi, Ankara, 1972.

Yüce Turhan Tûfan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara, 1985.