

KİŞİSEL HAKSIZLIK ÖĞRETİSİNİ İKNA EDİCİ KILAN SUÇ DOGMATIĞI VE NORM TEORİSİNE İLİŞKİN ARGÜMANLAR*

Öğr. Gör. Dr. Hasan ÇATAKLI**

Özet

Kişisel haksızlık unsurlarının varlığını dile getiren ve kendine giderek artan takipçi bulan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu anlayış bir anlamda aradığı argüman zeminini, önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurgulanan ve failin iç dünyasındaki amacına yönelimini, hadiselerin ortaya çıkışında nedenselliğin yanına ikinci bir deterministlik süreç olarak ekleyen, final hareket öğretisinde bulmuştur. Haksızlığın yapısına ilişkin bu yeni anlayış suç öğretisinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Ceza hukukunda haksızlık tasavvuru kanunen yasak sonuca salt nedensel bir süreçle sebebiyet verilmesinden ibaret kavrayıştan, faili onun harekete ilişkin tasavvurlarını (iradenin mahiyetini) da dikkate alan ve dolayısıyla suçu, anlam taşıyan bir süreç/hadise olarak kavrayan bir anlayışa evrilmiştir. Suç öğretisine ilişkin yakın zaman yaşanmış en büyük sistematik değişimin hazırlayıcısı olan kişisel haksızlık öğretisinin temsilcilerinin dile getirdikleri normatif ve suç öğretisine ilişkin ikna edici etki göstermiş ve yaygın kabul görmesini sağlamış gerekçelendirmelerinin iyi anlaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Kişisel haksızlık teorisi, Norm teorisi, Suç dogmatığı, Tipiklik, Tek taraflı sübjektif haksızlık anlayışı.

* Alman ve Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüsü tarihi ve kişisel haksızlık öğretisi bakımından ele aldığım ve Türk Ceza Hukuku bakımından olması gereken hukuka ilişkin konseptsiyonel bir düzenleme önerisinin yer aldığı “*Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive*” adlı doktora tezimin ilgili bölümleri dikkate alınmış, fakat daha geniş bir bakış açısı ile eklemeler yapılmak suretiyle kaleme alınmıştır.

** Erzincan Binali Yıldırım Üniveristesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5631-3343>.
Makale Geliş Tarihi: 13/07/2020 / Makale Kabul Tarihi: 17/08/2020.

Abstract

An approach that expresses the existence of personal wrongfulness elements and finds itself increasingly following has emerged. In a sense, this understanding found the ground for the argument it sought in the final act doctrine, which was conceived by *Welzel* to a great extent, and the orientation towards the perpetrator's purpose in his inner world, as a second deterministic process in the emergence of events, next to causality. This new understanding of the nature of injustice has led to significant changes in crime doctrine. The notion of wrongfulness in criminal law has evolved from the understanding that the legal result is only caused by a causal process, to an understanding that takes into account the perpetrator and its imaginations (the nature of the will) and therefore the crime as a meaningful process/event. The normative and the doctrine of crime expressed by the representatives of the personal wrongfulness doctrine, which is the preparation of the greatest recent systematic change in the doctrine of crime, has shown a convincing effect and requires a good understanding of the arguments that have gained widespread acceptance.

Keywords: Personal injustice theory, Crime dogmatic, Norm theory, Physical/mental elements of an offence, Monistic subjective doctrine of injustices.

I. Giriş

18. yüzyılın ortalarından itibaren ceza hukuku alanına yoğun bir biçimde dahil olan felsefi bakış açısı, ceza hukuku sistematüğinde ve dogmatüğinde esaslı değişimleri beraberinde getirdi. Bu yeni yaklaşım şekli ceza hukuku alanında taşıyıcı kavramların kapsamlı ve derinlikli bir biçimde ele alınmasını sağladı. Fakat bu ceza hukuku tasavvuru kendini ağırlık olarak hareketin dışsal yapısı üzerinden uyumlamaktaydı. Klasik suç öğretisi olarak adlandırılan ve 20. Yüzyılın ortalarına dek hâkim etkisini sürdüren bu anlayış, kendi merkezi referans noktasını pozitivizmin materyal- formel dünya tasavvurunda bulmuş ve onun ampirik metodunu dayanan eklektik dilini benimsemişti. Bu bağlamda bu anlayış kendini suç öğretisi bakımından netice odaklı, natüralist (pozitif bilimsel) anlayışın deterministlik bakış açısına dayanan nedensel hareket öğretilinde konumlandırmıştı.¹ Buna uygun olarak sebep sonuç

¹ Kargl Walter, *Handlung und Ordnung*, im *Strafrecht*, Berlin 1991, s. 487.

ilişkisi bağlamına uyumlanan neticenin değersizliğiyle belirlenen saf objektif bir haksızlık anlayışını benimsemişti.² Benimsediği ampirik akılcı argüman dilinin de cezaya değer haksızlığın ifadesinde başvurduğu terminoloji “tehlike”, “mutlak veya izafi elverişlilik”, “konu yokluğu” veya “hareketin ortaya çıkışının dışsal özellikleri” gibi kavramlardan oluştu.

Kısaca değindiğimiz klasik suç öğretisinin katı objektif haksızlık anlayışı etkisini büyük ölçüde 20. yüzyılın ortalarına kadar devam ettirdi. Fakat süreç içerisinde kişisel haksızlık unsurlarının varlığını dile getiren ve kendine giderek artan takipçi bulan bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Bu anlayış bir anlamda aradığı argüman zeminini, önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurgulanan ve failin iç dünyasındaki amacına yönelimini, hadiselerin ortaya çıkışında nedenselliğin yanına ikinci bir deterministlik süreç olarak ekleyen, final hareket öğretisinde bulmuştur.³ Haksızlığın yapısına ilişkin bu yeni anlayış suç öğretisinde önemli değişikliklere yol açmıştır. Suç teşkil eden neticeye sebebiyet verilmesinin cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışında ki önemi ortadan kalkmasa da azalmıştır. Diğer bir ifadeyle ceza hukukunda haksızlık tasavvuru kanunen yasak sonuca salt nedensel bir süreçle sebebiyet verilmesinden ibaret kavrayıştan, hareketin failini, onun harekete ilişkin tasavvurlarını (iradenin mahiyetini) da dikkate alan ve dolayısıyla suçu, anlam taşıyan bir süreç/hadise olarak kavrayan bir anlayışa evrilmiştir.⁴

Bu yeni haksızlık anlayışının ilk etkisi suç dogmatikliği bakımından alışlagelmiş kabule göre sadece maddi unsurlardan oluşan tipik haksızlığın birtakım kişisel haksızlık unsurlarının da tanınması sureti ile genişletilmesinde kendini gösterdi. Daha sonra ise özellikle kastın dar anlamda tipik haksızlığın (*Unrechtstatbestand*) bir parçası olarak kabulü ile de tipik haksızlığın subjektif unsurlardan oluşan müstakil bir yanının olduğunun kabulü sonucunu getirdi.⁵ Nihayet cezaya değer haksızlığın

2 Blei, Herrmann, *Strafrecht AT*, Cild I, 18. Baskı, München 1983, s. 74; Matthias Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Tübingen 2015, s. 37.

3 Welzel Hans, *Kausalität und Handlung*, *ZStW* 51 (1931), s. 708 vd.

4 Welzel Hans, *Kausalität und Handlung*, *ZStW* 51 (1931), s. 718; Welzel Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, Berlin 1975, s. 27; Grupp Magdalena, *Das Verhältnis von Unrechtsbegründung*, Baden- Baden 2009, s. 26; Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 23.

5 Weigend, Thomas, *Entwicklung der deutschen Versuchslehre*, in: Hans Joachim, Hirsch/Thomas, Weigend (edt.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und*

yapısına ilişkin baskın anlayış Alman Suç Öğretisinde⁶, çalışmanın devamında daha ayrıntılı olarak aktarmaya çalışacağımız yukarıda kısaca özetlediğimiz değişim sürecinin sonucu olarak, kişisel haksızlık öğretisi (personale Unrechtslehre) olmasıyla neticelenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu incelendiğinde suç teorisi bakımından konunun neo klasik ve finalist yaklaşımın arasında bulunduğunu söylenebilecektir. Yine aşağıda değineceğimiz TCK'nın genel hükümlerinde yer alan düzenlemeler incelendiğinde kişisel haksızlık öğretisinin Türk Ceza Hukuku bakımından geçerlilik arz ettiği görülmektedir. Bu durumda kişisel haksızlık öğretisi, Alman-Türk Ceza Hukuku diyaloguna ait gramerin⁷ bir başka ortak noktasını teşkil etmektedir. Bu da Türk Ceza Hukuku bakımından suç öğretisine ilişkin yakın zaman yaşanmış en büyük sistematik değişimin hazırlayıcısı olan kişisel haksızlık öğretisinin temsilcilerinin, ontolojik mahiyet taşıması sebebiyle çokça eleştirilen ve genel kabul görmeyen final hareket teorisinden bağımsız olarak, dile getirdikleri normatif ve suç öğretisine ilişkin ikna edici etki göstermiş ve yaygın kabul görmesini sağlamış gerekçelendirmelerinin iyi anlaşılmasını gerekli kılmaktadır.

Aynı zamanda kişisel haksızlık öğretisi tek taraflı subjektif haksızlık tasavvuruna sahip ve neticenin haksızlığını cezaya değer haksızlığın yapısından çıkararak *Kaufmann* veya *Zielinski*⁸ gibi yazarların görüşleri ile

Deutschland, Berlin 1989, s. 119; Wachter Matthias, Das Unrecht der versuchten Tat, s.17; Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 28.

6 BGHSt. NStZ 2016, 333; Jescheck, Hans Heinrich /Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Baskı, Berlin 1996, s. 329; Freund Georg/Rotalski Frauke, Strafrecht AT, 3. Baskı, Berlin 2019, § 2 Rn. 9, 10; Roxin Claus, Strafrecht AT, Cild II, München 2003, § 10 Rn. 93; Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 8. Baskı, Sinzheim 2017, § 3 Rn. 5, § 15 Rn. 46; Gropp, Walter, Strafrecht AT, 4. Baskı, Berlin 2015, § 4, Rn. 110; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht AT, 12. Baskı, Giesking 2016, § 14 Rn. 46; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 23

7 Duttge ceza hukukunun dogmatik kısmının taşıdığı anlamı Hirsch'in akılcı bir tespitine dayanarak vezir bir biçimde ifade etmiştir: “*Ceza hukuku dogmatik nasyonal bir mesele değil, bilakis uluslararası diyalogun grameridir.*”, Der Erlaubnistatumsandstirrtum zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie, in: Das Schuldprinzip des türkisches StGB im Spiegel des deutschen Strafrecht, Duttge, Gunar/Ünver, Yener (Edt.), Ankara 2013, s. 234.

8 Bu yaklaşımlar “*radikal subjektif haksızlık öğretisi*” olarak ele alınmaktadırlar, Maurach, Reinhardt /Zipf, Heinz, Strafrecht AT, Cild I, 8. Baskı, Heidelberg 1992, § 17 Kn. 4.

birlikte anılmaktadır.⁹ Ancak görüşler arasında önemli temel farklar bulunmaktadır. Teorinin iyi anlaşılması bu farkların ayırt edilmesi için önem arz etmektedir.

Çalışmada ilk olarak haksızlık tasavvurundaki değişimin Türk Ceza Hukukundaki yansımaları kısaca incelenecek. Daha sonra kişisel haksızlık öğretisine ilişkin argümanların bizatihi izahından önce haksızlık anlayışının değişimini netice veren süreç, öğretinin daha iyi anlaşılması bakımından ele alınacaktır. Son olarak öğretinin, haksızlığı tek taraflı subjektif yorumlayan görüşlerden ayrıştığı yanlarına değinilecektir.

II. Değişen Haksızlık Anlayışının Türk Hukuku'ndaki Yansımalarına Kısa Bir Bakış

Haksızlık kavramının yapısına ilişkin olarak yaşanan bu anlayış değişiminin suç dogmatikğine ilişkin sonuçlarından Türk Ceza Hukuku'da etkilenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın suç öğretisi bakımından durduğu yeri anlamak için özellikle “suç sistematikğinin taşıyıcı kavramları”¹⁰ özelinde bir inceleme yapıldığında, finalist suç öğretisinin ceza hukuku sistematikği ve dogmatikği bakımından önemli sonuçlarından ikisinin tesirini görmekteyiz.

TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kastın tanımı “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” şeklinde yapılmıştır. Tanımda kastın suç tipine ilişkin spesifik haksızlıkğın esasındaki kurucu anlamına vurgu yapılmıştır. Finalist suç öğretisinin suç sistematikği bakımından en önemli sonucu kastı tipik haksızlıkğın sübjektif unsuru olarak tipik haksızlıkğa dahil etmesidir. Bu sistematik değişim norm teorisi bakımından ikna edici

⁹ Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (Tarihsiz), 38 v.d.; Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 16; Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 100, 105, özellikle, Dp. 166.; Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 273, 278; Özgenç, İzzet, Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2019, s. 171, 172; 2005 öncesi ve 2005 sonrası Türk Ceza Hukuku Literatürü'nün kişisel haksızlık öğretisi ve norm teorisi bakımından değerlendirilmesi için bkz. Çataklı, Hasan, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive, Hamburg 2020, s. 184-222.

¹⁰ “Die tragende Begriffe des Verbrechenssystem” Roxin, Claus, Strafrecht AT, Cild I, 4. Auflage, München 2006, § 7 Kn. 13.

gereççelendirmesini, kastın hareketin haksızlığının belirleyici unsuru olduğunu söyleyen kişisel haksızlık öğretisi içerisinde bulmuştur.¹¹ Bu sistematik değişimin TCK’da dikkate alındığını destekleyen önemli bir çıkarım da TCK m. 21/1 ve 2, m. 22/2 ve m. 30/1 birlikte yorumlandığında yapılmaktadır. TCK m. 21’ de ve m. 22/2’de suç tipi kavramı, “suçun kanuni tanımındaki unsurları” olarak ifade edilmişken, TCK m. 30/1’de ise tanıma bir sıfat ilave edilerek “suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar” ifadesi yer almıştır. Bu bilinçli tavsif açıklamasını, elbette suç tipiyle spesifik olarak tanımlanan haksızlığın objektif ve subjektif olmak üzere iki parçalı bir yapısı olduğu fikrinde bulacaktır.¹²

TCK m. 40’ta suça iştirak bağlamında suçun kendisi de tanımlanmıştır. Buna göre bir suça katılmanın mümkün olması için “kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı yeterlidir”. Madde metninin mantıki yorumu bizi şu çıkarıma götürmektedir. Söz konusu fiile katılmanın mümkün olması için failin aynı zamanda kusurlu olmasına gerek yoktur.¹³ Bu bağlamda TCK m. 40/1’de yine suçun işlenişine iştirak edenlerin kendi kusurlu fiillerine göre cezalandırılacağı vurgulanmıştır. Böylece suç öğretisine ilişkin bir kanaat burada kendini ele vermektedir. Kast 5237 sayılı TCK’da ne kusurun unsuru ne de bir kusurluluk türüdür, bilakis haksızlığın bir unsuru olarak değerlendirilmektedir. Kanunda bu durumu dile getiren net bir açıklama zorunluluk arz etmemektedir. Söz konusu düzenlemelerin, teorik ceza hukuku bakımından değerlendirdiği teleolojik yorumu bizi bu sonuca götürecektir. Zira suça iştirak cezaya değer bir haksızlığın varlığı zemininde tartışmaya konu olabilir.¹⁴

TCK’nın 30. maddesi hataya ilişkin hükümlerden oluşan düzenlemeleri ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeler yine 5237 sayılı TCK’nın suç öğretisi bakımından durduğu yeri anlamak bakımından bize daha net bir manzara ortaya koymaktadır. TCK m. 30/1’e göre failin hatası bir durumun fiziki-bilişsel hatalı bir idrakine, TCK’nın ifadesiyle

11 Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 162 v.d., 184.

12 Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Genel Hükümler,12. Baskı, Ankara 2019, s. 85; Özgenç, Genel Hükümler, s. 249.

13 Sözüer, Adem, Die Reform des türkischen Strafrechts, ZStW 119 (2007), S. 736; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 86.

14 Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 180.

“suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlara”, dayanıyorsa kasta dayalı fiilin haksızlığı ortadan kalkmaktadır. Fakat failin taksirden dolayı cezalandırılabilirliği TCK m. 30/1’in ikinci cümlesinde belirtildiği üzere saklı kalmaktadır. Buna karşın failin hatası yanlış bir hukuki değerlendirmesine dayanıyor ise ve bundan sebep hatanın içeriği “*hukuk düzenin gereklilik arz eden bir talebi/emri ile doğrudan*” ilişkili ise¹⁵ TCK’nın değerlendirmesi değişmektedir. TCK m. 30/4 failin kaçınılmaz yasak hatasının hukuki sonucunu bir gerekçe göstermeden cezasızlık olarak öngörmüştür.

Buradaki net olmayan tutum, kaçınılabılır bir hatanın sonuçlarına ilişkin olarak yasa koyucunun sessizliği ile devam etmektedir. Bu hususlara ilişkin olarak ortaya çıkan belirsizlik maddenin gerekçesinde yer alan haksızlık bilincinin kusur bakımından taşıdığı anlamı açıkça vurgulayan açıklayıcı ifadesi ile giderilmektedir. Buna göre fail ancak kendisi tarafından gerçekleştirilen fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincindeyse, gerçekleştirdiği bu fiil sebebiyle kusurlu sayılabilecektir. Yine tersten bir ifade ile gerekçede failin işlediği fiilin haksızlık muhtevasına ilişkin olarak kaçınılamaz hata içinde olması durumunda kusurlu addedilemeyeceği belirtilmiştir. O zaman buradan yola çıkılarak denebilir ki, failin yanlış hukuki değerlendirmeye dayanan hatası kaçınılabılır ise kusurlu olduğu kabul edilebilecek, buna karşın hatası cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekecektir.¹⁶

Böylelikle TCK’nın hukuki değerlendirme hatasına ilişkin olarak takip ettiği prensibin sorumluluk prensibi (Verantwortungsprinzip) olduğu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu prensip *Welzel*’in sorumluluk etiği prensibine dayanan kusur teorisi kapsamında dile getirilmektedir. “*Buna göre kişi kendisinin sosyal etik kavrayış kabiliyetinin sınırları dâhilinde sorumluluk taşır.*”¹⁷ Ama *Welzel*’in kusur teorisinde dikkate aldığı etik prensipler sorumluluğa ilişkindir. Zihniyet etiğine ilişkin

15 “*Sollensanspruch der Rechtsordnung unmittelbar infrage*”. Her ne kadar Duttge bu ifadeyi Alman Ceza Kanununun 17. maddesinin 1. cümlesi için de kullanıyor ise de ifade TCK. m. 30/4 için de kullanılabilir. Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemenin TCK’dan farklı tarafı kaçınılamaz yasak hatasının kusur bakımından önem arz eden kınanabilirlik yargısını düşürmesinde kendini gösterir, bkz. Duttge, Gunar, Erlaubnistatumbestandsturtum, s. 221 v.d.

16 Özlem, Özaydın, Notwehr und Notstand im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 2013, s. 159 v.d.

17 Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Baskı, Berlin 1969, s. 162.

prensiplere dayanmaz. Bu sebeple kusurun varlığını sorgularken failin hukuka uygun hareket edip etmediği noktasında, yalın hukuka uygun davrandığı noktasındaki bir zihniyetin (Gesinnung) varlığının ötesinde talepleri vardır ve kişinin gerçekten nesnel ve etik bakımından doğru bir karar verip vermediğini sorgular. Failin sadece hukuka aykırı hareket etmediği, diğer bir ifade ile hareketinin haksızlık teşkil edip etmediği noktasındaki iyi niyetine dayanan inancı tek başına kusurunu ortadan kaldırmaya yeterli sebep değildir. Failin sosyal etik sorumluluğunun bu şekilde daraltılmasına karşı çıkar.¹⁸

Yukarıda değindiğimiz TCK m. 30'daki düzenlemeler aynı zamanda suçun haksızlık muhtevasını belirleyen suç teşkil eden tipik haksızlığın maddi unsurlarına ilişkin bilginin kastın kapsamına dahil olduğunun kabul edildiğini, buna karşın haksızlık bilincinin ise kusurun bir unsuru olarak kınanabilirlik yargısı kapsamında değerlendirildiğini ortaya koymaktadır.¹⁹ Neo klasik suç öğretisi ile birlikte kusurun hukuki değerlendirme içeren normatif kavram olduğu ortaya konulmuştur. Finalist yaklaşımın etkisiyle, kast kavramının tipik haksızlığın subjektif kısmı olarak cezaya değer haksızlığın bir unsuru olduğunun kabulüyle, subjektifleşen haksızlık kavramı, kusur ve kast kavramlarının ayrımını suç sistematığı açısından bir gereklilik olarak ortaya koydu.²⁰ Aksi takdirde kusurluluk değerlendirmesinin zeminini (Grund) teşkil eden haksız fiil ile değerlendirmenin kendisi (Gegenstand) olan²¹ normatif kusurluluk yargısı bir kavram içinde birbirine bağlanmış olacaktır.²²

TCK'nın genel hükümler kısmı incelendiğinde finalist yaklaşımdan sapma olarak değerlendirilebilecek düzenlemelerin de bulunduğunu görmekteyiz. TCK m. 401/1: "Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır" derken kusurun derecelendirilmesinde sorumluluğun esasına (Verantwortlichkeitssach

18 Stuckenberg, Carl- Friedrich, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.), Tübingen 2015, s. 100

19 Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 151; Özgenç, Genel Hükümler, s. 250.

20 Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 212

21 "Grund und Gegenstand des Schuldurteils", Duttge, Erlaubnistatumsirrtum, s. 227

22 Welzel, Strafrecht, s. 161, 164.

verhalt)²³ ilişkin olarak kusurun çifte fonksiyonu bakımından bir dayanak noktası sunmaktadır. Bu dayanak noktası, TCK m. 61/1'in "Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını" temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekli bir etmen olarak dikkate alınacağını ifade ederken kastın kusur bakımından önem arz eden anlamını açık bir şekilde vurgulamasıyla kuvvetlenmektedir.²⁴ Klasik anlayış kast ve taksir arasında, cezanın belirlenmesine ilişkin olarak, kusurun derecelendirmesinde çıkan bu ayrımın kastı ve taksiri kusurun şekli olarak gören anlayışı destekleyen bir olgu olarak değerlendirmektedirler.²⁵ Fakat kasıtlı hareket ile taksirli hareketin ihtiva ettiği kusurluluk bakımından ortaya çıkan bu farklılığın, kastın haksızlığın bir unsuru olarak değerlendirilmesine engel teşkil edecek veya kastın haksızlığın bir parçası olarak tasnifine itiraz etmenin gerekçesi olarak değerlendirilebilecek bir durum teşkil ettiğinin kabulü zordur. Yoğun haksızlık teşkil eden bir eylem bazı kusura ilişkin unsurların bulunduğu durumlarda failin daha ağır kusurunun varlığı sonucunu doğuracaktır. Suç öğretisinde sistematik bir incelemenin gereği olarak ortaya çıkan suçun unsurları öğretisi, suç kavramının kategorize edilerek incelenmesidir. Bu bağlamda ruhsal, fiziki ve sosyal açıdan bir anlam bütünlüğü arz eden "suçun kategorilerini birbirinden tamamen izole bir şekilde teşekkül etmiş mekanlar olarak algılamak metodik bir hata olur".²⁶ Haksızlığın unsurlarının kusur bakımından önem arz etmesi, bu unsurların ait olduğu kategorinin değiştirilmesi sonucunu bir zorunluluk olarak ortaya çıkarmaz.²⁷ Diğer bir ifadeyle kastın kusurun ağırlığının belirlenmesinde bir fonksiyon icra etmesi, onun haksızlık bakımından taşıdığı anlamın daralmasına yol açmayacak ve tipik

23 Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 19 Kn. 16.

24 Aynı yönde Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2019, s. 254.

25 Bkz. Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 69.

26 Roxin neden metodik hata olacağını şöyle izah etmektedir: "...suç teşkil eden hareket burada temsil edilen pozisyon açısından bölünemez bir bütün arz etmektedir ve suçun kategorilerinin anlamı, ilk olarak sonra tek tek parçalarından bir araya getirilerek birleştirilmesi elzem suç yapısı olan bir psiko-fiziki-sosyal anlam bütünüünün parçalanmasında yatmamaktadır. Suçun kategorileri ile yalnızca, suçun gerçekleştiği olayın farklı lahzalarının (**Moment**) farklı değerlendirme safhalarında ceza hukuku bakımından önem arz ediyor oluşu vurgulanmaktadır", Strafrecht AT, Cild I, § 7 Kn. 83.

27 Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 69.

haksızlığın içerisindeki pozisyonunun değişmesine sebebiyet vermeyecektir.²⁸

III. Nedensel Neticeye Göre Konumu Belirleyen ve Bu Sebepden Objektif Olarak Belirlenen Haksızlık Hükmünden Haksızlığı Kuran Kişisel Unsurların Dikkate Alındığı Haksızlık Anlayışına Geçiş

Radbruch ve *Beling*'in temel kabulleri etrafında şekillenmiş klasik suç öğretisi, objektif-nedensel (deterministik) haksızlıkla, bütün subjektif suç unsurlarını kapsayan kusurun katı ayırımına dayanıyordu. Bu anlayış haksızlığı deterministik-objektif bir kavram olarak, insanın iç dünyasına bakan tinsel bileşenlerle hiç ilişkilendirmeden, anlamaktaydı. Haksızlık determinist bağlamda dış dünyada meydana gelen değişiklik olarak görülmekteydi. Bu noktada ceza hukuku ve cezaya değer haksızlık ex post bir yaklaşımla daha çok neticenin haksızlığına konumlandırılmış oluyordu. Bu yaklaşım ceza hukukunu adeta hukuki değerlerin korunmasını, korunan hukuki değer ihlal edildikten sonra devreye giren ve tamamlayıcı bir surette korumayı sağlamaya çalışan bir fonksiyonda tanımlıyordu.²⁹ Haksızlık anlayışı dolayısıyla neticenin haksızlığına odaklanmıştı. Kast sadece kusur kavramı dâhilinde ele alınmakta ve kusurluluğun bir şekli olarak görülmekteydi.³⁰ Neo klasik suç öğretisi bu anlayışta kısmi bir değişikliği beraberinde getirdi. Bu bağlamda suç tipleri dikkate alınarak yapılan yorum neticesinde, bazı suç tiplerine ilişkin olarak haksızlığın subjektif unsurlarının bulunduğu kabul edilmiştir.³¹ Her ne kadar neo klasik yaklaşım tarafından kısmi olarak

²⁸ Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 152.

²⁹ Krş. Ida, Makoto, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Lebendiges Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther Jakobs/Michael Kubiciel/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg (ed.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, s. 212, 213.

³⁰ Beling, Ernst, Lehre von Verbrechen, Darmstadt 1964, s. 178 vd.; Roxin, Strafrecht AT I, § 7 Kn. 15; Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 25; Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für Strafrechtssystem, Darmstadt 1967, s. 129; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 22.

³¹ Fischer bu durumu keşfeden kişi olarak anılmaktadır Fischer, Hans Albert, Rechtswidrigkeit: Mit Besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911, s. 117, 137 v.d.; Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19, 31 vd.; Lampe, Ernst Joachim, Das personale Unrecht, Berlin 1967, s. 31 vd.

tadil edilmiş suçun yapısı içerisinde kast hala kusurun bir türü olarak ele alınmaya devam ediyor olsa da bu yeni yaklaşım önemli bir çıkarımda bulunmuştur. Haksızlığın bazı suç tiplerinde subjektif unsurlarının da bulunduğuna ilişkin bu çıkarıma, Alman Ceza Kanunu'nun 242. Paragrafında düzenlenen hırsızlık suçunun tipikliğinde bulunan kendine mal etme niyeti (*Zueignungsabsicht*) argüman olarak ortaya konulmuştur. Hırsızlığın suç tipinde spesifik olarak düzenlenen tipik haksızlığın eksiksiz bir biçimde oluşması, bu insanın iç dünyasındaki amacına ilişkin bir unsur olarak kendine mal etme niyeti olmaksızın düşünülmeyecektir.³²

Haksızlık anlayışındaki subjektif doğrultuda gerçekleşen bu yönelime bir katkı da cezaya bireysel önleyici bir bakış açısından yaklaşan ve hukuki değerlerin en elverişli biçimde korunmasını (optimaler Rechtsgüterschutz) ceza hukukunun temelinde yatan amaç olarak benimseyen failin tehlikeliliği öğretisinden geldi.³³ Ceza Hukukunun sadece failin hukuki değerleri ihlaline karşılık olarak suçla mücadelede kullanılan tepkisel/reaksiyonel bir araç (reagirendes Mittel) olarak anlaşılması, failin tehlikeliliği öğretisinin temsilcileri bakımından, ceza hukukunun temel ödevi olan hukuki değerlerin korunması noktasında etkin bir fonksiyon icra etmesini önemli ölçüde sınırlandıran bir durumdur. Hukuki değerlerin korunması noktasında ceza hukukunun daha erken bir süreçte devreye girip, hukuki değer ihlal edilmeden önce bir fonksiyon icra etmesini sağlayacak bir yaklaşım gerekir. Bu sonuçtan yola çıkan öğretinin temsilcilerine göre ceza hukukunun müdahalesini meşru kılan haksızlık anlayışının daha çok failin işlediği fiillerde somutlaşan suça yönelim enerjisi (verbrecherische Energie) bağlamında müstakbel davranış biçimlerini dikkate alarak yapılandırılması gerekmektedir. Ancak böyle bir yaklaşım hukuki değerlerin korunması amacına en verimli bir şekilde hizmet edebilecektir. Bu görüş dâhilinde suçun objektif tarafı suç tipiyle spesifik olarak kalıplaştırılmış haksızlığın gerçekleşmesi bakımından taşıdığı önemi kaybederken, failin potansiyel tehlikeliliğine önem verilmektedir.³⁴

32 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 33; Roxin, *AT I*, § 7 Kn. 16.

33 v. Hippel, Reinhard, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, Berlin 1966, s. 27 vd.; Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard, *StGB*, 43. Baskı, Berlin 1961, s. 147; Stöger, Fritz, *Versuch des untauglichen Täters*, Berlin 1961, s. 59 f.; Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 19.

34 Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 21.

Failin tehlikeliliği öğretisinin, salt neticenin haksızlığı odaklı bir yaklaşımın hukuki değerlerin korunması noktasında ceza hukukunu ikincil bir reaksiyon aracına dönüştürdüğü itirazı haklı olsa da, failin suça yönelim enerjisi üzerinden haksızlığı gelecekteki ihtimalî ihlallere dayandırması, suç tipinin fonksiyonunu tamamen tartışma konusu yapmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisini somut ve sabit bir şekilde belirlenmiş sınırlara bağlama noktasında fonksiyon icra eden tipiklik kavramının³⁵, bu şekilde erozyona uğraması kabul edilemez görünmektedir.

Her ne kadar esaslı yaklaşım farkları bulunuyor ise de kişisel haksızlık öğretisine giden yolda haksızlık anlayışının subjektifleşmesi eğilimine ivme kazandıran önemli tartışmalardan biri, “Kiel Ekolü” olarak adlandırılan ceza hukuku fraksiyonunun failin zihniyetine odaklanan bir ceza hukukunun (*Gesinnungsstrafrecht*) gerekliliğini dile getirmesi neticesinde ortaya çıktı. Bu yaklaşım, nedensellik ilişkisi içerisinde hukuki değerın zarar görmesi şeklinde anlaşılan haksızlık anlayışını reddediyordu. Hukuk düzeninin en önemli görevi yaşayan etik bir topluluk olarak³⁶ huzurlu ve barışçıl bir rejimin var olmasını mümkün kılmaktı.³⁷ Bu bağlamda insan toplumdun bağımsız müstakil bir birey olarak görülemezdi. İnsan daha çok “toplumsal müşterek hayatta güven ve hizmeti ahlaki olarak yüklenmiş ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sorumlu bir toplum üyesi”³⁸ olarak tanımlanmalıydı. Bu bakış açısından yaklaşıldığında suç teşkil eden haksızlık, salt bir determinist neden sonuç süreci olarak korunan hukuki değerın ihlalinin objektif sonuçları zemininde³⁹ anlaşılamazdı. Kiel Ekolü haksızlığı bir yükümlülük ihlali, “ahlaki açıdan kınanabilir” bir eylem ve daha da ötesinde failin “toplumsal birlikteliğe aykırı zihniyetini” taşıyan, ortaya koyan bir davranış olarak görmekteydi.⁴⁰ Tabi ki bu zihniyet ceza hukukuna ilişkin bu tutuma şüpheyle

35 Dopslaff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, s. 1-4.

36 Lampe, Das personale Unrecht, s. 39.

37 Mylonopoulos, Chirstos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, Köln 1981, s. 3

38 Gallas, Wilhelm, Tatstrafe und Täterstrafe, ZStW 60 (1941), s. 374, 379.

39 Lampe, Das personale Unrecht, s. 38.

40 Gallas, Tatstrafe, s. 379.

yaklaşılması gerekliydi. Özellikle hukuka ve ahlaka aykırılığı aynı anlamda kullanması kabul edilemezdi. Söz konusu ceza hukuku konseptinin en çok itiraz edilen tarafı haksızlık ve kusurun ayırımını mümkün kılmamasıydı.⁴¹

Zihniyet odaklı bu ceza konsepti, haklı gerekçelerle genel olarak reddedilmesine rağmen aslında mühim bir gerekliliği vurgulamış oldu ki bu da failin iradesinin yönelimini de dikkate alan bir haksızlık tasavvuruydu. Bu noktada mühim olan fiil ceza hukuku anlayışından ayrılmadan, fiilin öznesi odaklı (subjektif) birtakım unsurların haksızlık tasavvuruna dâhil edilmesi idi. O zaman gündeme gelmesi gereken ceza hukuku bakımından önem arz eden hareket kavramının nasıl olması gerektiği sorusuydu. Bu bağlamda *Gallas* haklı olarak, pozitif bilimlerin etkin olduğu bir felsefi zeminde dilini ve algısını şekillendirmiş, pozitivizmin tesirinde oluşturulmuş “*nedensel-mekanik*”⁴² bir hareket öğretisinin sunduğu kavrayış zemininin tek taraflı ve normatif bir olgu olan ceza hukukunun gereklerini karşılamak bakımından haksızlık tasavvurunun revize edilmesi için yeterli olmadığını dile getirmiştir. Bu durumda ceza hukuku bakımından dikkate alınan hareket kavramının değişmesi gerekiyordu. Hukukun normatif sosyal etik anlamını ve haksızlığın ortaya çıkışında eyleyen konumunda olan öznenin, yani failin iç dünyasına ilişkin unsurları da dikkate alan bir haksızlık anlayışına geçiş sağlanmaya çalışılıyordu. Fakat böyle bir anlayışın natüralist ve bu sebepten eylemi ve eylemin öznesi faili birbirinden bağımsız olarak değerlendiren bir hareket öğretisiyle sağlanması mümkün değildi. Bunun için hareketi “*bir hedefe yönelmiş (Intentional) insani davranış*” olarak kavrayan yeni hareket kavramı gerekliydi. Diğer bir ifadeyle hareketin, insan davranışlarını insan şahsiyetinin dışı vurumu⁴³ ve bu bağlamda öznenin hareketine yüklediği anlamın taşıyıcısı olarak kavranması gerekiyordu.

Öznenin tasavvur dünyasına ilişkin etmenlerin dikkate alındığı bir haksızlık anlayışının gelişiminin devamı için “*aranan ontolojik zemin*” önemli ölçüde *Welzel* tarafından kurulan final hareket öğretisinde bulunmuş oldu. Final hareket öğretisi, hareketin failin iç dünyasında

41 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 38; Mylonopoulos, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, s. 4.

42 Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 40.

43 Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 23.

başlayan oluşum süreçlerini ve fail tarafından belli bir amaca matuf olarak yapılıyor oluşunu (*Intentionalität*)⁴⁴ “yeni bir oluşum süreci”, daha anlaşılır bir ifade ile pozitif bilimsel nedenselliğin yanında dış dünyada gerçekleşen değişimleri ortaya çıkaran, ikinci bir deterministlik etmen olarak kabul etmektedir.⁴⁵ *Welzel* öğretiyi kurgularken kendi zamanının psikolojik hareket teorisinin verilerine dayanarak bilinç sahibi insanın davranışlarının bir amaca yönelik olarak gerçekleştiriliyor oluşu gerçeğini, hareketin taşıdığı anlamın önemini dikkate alınması gerekliliğini açıklamakta kullanmaktadır. Failin hareketi gerçekleştirmek noktasında aldığı karar zihinsel bir eylem olarak hareketlerin icrası ile birlikte başlayan nedensel sürecin sonucunda dış dünyada gerçekleşmiş olmaktadır. Dış dünyadaki nedensel süreci ortaya çıkaran failin zihinsel eylemi hareketi gerçekleştirme kararıdır.⁴⁶ İnsanın düşünsel muhakeme süreçlerinde ortaya çıkan kararlara ilişkin nizam (*Ordnung des Denkens*) ki, bu nizam eylemin safhalarını somut ilişkileri dikkate alarak düzenlemektedir ne deterministtir ne de tamamen mantıksaldır. Bilakis söz konusu kararların ortaya çıkış süreçleri incelendiğinde bunların bir amaca yönelik olarak işlendiği ve bu bağlamda hareketi bir anlam taşıyıcısı haline getirdiği görülecektir. Bu gerçek insan davranışlarının sonucu olan olayların failin amacının gerçekleşmesi (*Intentionsrealisation*)⁴⁷, niyetinin realizasyonu anlaşılması gereğine götürür. Failin kendi hareketleri ile varmak istediği gayenin gerçekleştirilmesi anlamına gelen her bir olay anlamsal bir bütünlük içerisinde, failin eylem kararı ile başlayıp insanın iradesinin bedeni üzerinde etkisi (*Willensimpulse*) üzerinden dış dünyadaki neticeyi ortaya çıkarmaktadır.⁴⁸ O zaman insan iradesine dayanarak dış dünyada ortaya çıkan her netice, neden sonuç ilişkisi bağlamında meydana gelen maddi boyutunun yanında, aynı zamanda bir mana boyutuna sahiptir.⁴⁹ Bu perspektiften artık insan davranışının salt bir deterministlik bir vakıa

44 Bu kavramla *Welzel* insan davranışını teleolojik olarak anlam taşıyan ilişki bütünü (*teleologische Sinnsetzungszusammenhang*) olarak değerlendirdiğini vurgulamaktadır, *Stuckenber, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre*, s. 89.

45 *Welzel*, *ZStW* 51 (1931), s. 708 v.d.

46 *Welzel*, *Kausalität und Handlung*, 719.

47 *Wachter*, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 24.

48 *Welzel*, *Kausalität und Handlung*, s. 718.

49 *Mylonopoulos*, *Handlungs- und Erfolgswert*, s. 8.

olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. İnsan, hareketlerini kendi nedensel süreçlere ilişkin bilgisine dayanarak, belli bir çerçevede öngörülebilir sonuçları dikkate alarak belirlediği amacına ulaşmak için planlı bir şekilde yönlendirebilmektedir. Dolayısıyla insan davranışı bir gayenin gerçekleştirildiği etkinlik olarak gözükmektedir.⁵⁰

Böyle bir ontolojik açıdan meseleye yaklaşan final hareket öğretisi, hareketin ortaya çıkışındaki nedensel süreci yöneten iradeyi insan davranışının esas unsuru olarak görmektedir. Final hareket öğretisi bu kabulünü dayanak yaparak suçun teorik yapısı bakımından en önemli sistematik çıkarımlarını yapmaktadır. Buna göre haksızlığın tipikliği (*Unrechtstatbestand*) önemli subjektif unsurlarla ve bilhassa insan iradesinin subjektif-kişisel etmenine tekabül eden kastla tamamlanmak zorundadır.⁵¹ Buradan da kastın teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda olduğu gibi tamamlanmış suçlar bakımından da haksızlığın ortaya çıkışındaki kurucu rolünün kabulü sonucuna varılmaktadır. Teşebbüs fiili zaten tamamlanmış suçun içerisinde varlığı gerekli bir aşamadır. Haksızlık sadece korunan hukuki değer ihlali ile ilişkilendirilmiş neticenin haksızlığına (*Erfolgsunrecht*) indirgenemeyecektir. Hareketin değersizliğinin (*Handlungsunwert*) haksızlığın ortaya çıkışında taşıdığı önem “*bütün suçların genel değersizliği*”⁵² olarak aynı ölçüde dikkate alınmalıdır.

Final hareket öğretisine yöneltilen önemli itirazlara bakıldığında, bunların büyük ölçüde argümanlarını dayandırdığı zemininin ve kullandığı dilin ontolojik olmasından kaynaklandığı görülmektedir. Final hareket öğretisinin hareket kavramı, suç öğretisi bakımından değerlendirmenin zeminini teşkil etme olarak ifade edilen, ceza hukukunda dikkate alınacak hareket kavramının yerine getirmesi gerekli fonksiyon bakımından elverişli değildir. Diğer bir ifadeyle hukuk dışı normatif olmayan bir hareket kavramı ceza hukuku bakımından yapılacak değerlendirmeye elverişli bir obje olamayacaktır.⁵³ Taksirli

⁵⁰ Welzel, *Strafrecht*, s. 33; bkz. Çataklı, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 160.

⁵¹ Lampe, *Das personale Unrecht*, s. 43, Roxin, *Strafrecht AT*, Cild II, § 7 Kn. 16; Stuckenberg, *Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre*, s. 91.

⁵² “*der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte*”, Welzel, *Strafrecht*, s. 57; bütün suçların vazgeçilemez temel şartını teşkil eden kişisel

⁵³ Krş. Freund/Rotalski, *Strafrecht AT*, § 1 Kn. 119.

fiiller normatif bir yapıya sahiptir ve ontolojik olarak hedefe, en azından ceza hukuku bakımından önem arz eden bir sonuca, yönlendirilmiş bir hareket söz konusu değildir. Bu sebepten taksirli fiillerin cezalandırılması finalist anlayışın ontolojik bakış açısında yeterli bir şekilde gerekçelendirilememektedir.⁵⁴

Final hareket teorisi bir hareketin ceza hukuku bakımından belirleyici anlamını ve amaca yöneliminin (*Finalität*) sosyal muhtevasını, failin zihninde gerçekleşen hedef belirleme veya belirli bir gayeye zihni olarak yönelimi ile belirlemektedir. Böylelikle ağırlıklı olarak ontolojik kriterler kullanılmaktadır. Buna karşın hareketin ceza hukukuna ilişkin anlamı belirlenirken, önemli ölçüde suç tipinde yer alan normatif değerlendirmeler ve yasamaya ilişkin kriminal politik sebepler dikkate alınmalıdır.⁵⁵

Ontolojik bulgular doğaları gereği yalnızca keşfedilebilir ve betimlenebilirler, fakat katı bir biçimde tanımla sınırlandırılmazlar. Normatif ölçütlerin veya düzenlemelerin oluşturulmaları aşamasında nesnel gerçekliğe uygun objektif tanımların yapılması için bir nevi veri tabanı olarak işlev görebilirler. Fakat salt ontolojik bir dilin normatif hukuk ilminin gereklerini karşılamak bakımından yetersizliği *Stuckenberg*'in de, *Weber*'in her bir sosyal bilim alanına ilişkin geçerli hükümler bakımından formüle ettiği çıkarımına atıf yaparak, veciz bir biçimde ifade ettiği gibi: “*betimleyen dille hüküm veren dil birbirinden ayırt edilmelidir*”.⁵⁶ Ceza hukuku problemlerinin çözümü için belli bir çerçevede deskriptif gerçeğe ihtiyaç duymaktadır. Fakat ceza hukuku çok daha fazla, insan zihninin kavrayış kudretini tamamlayan ve destekleyen, sorumluluk atfeden bir hükme varmakla yükümlü normatif bir dile ihtiyaç duymaktadır.⁵⁷

Welzel'in genel yaklaşımı itibari ile insan davranışını bir anlam taşıyan bir olgu olarak teolojik bir ilişki içerisinde değerlendirmesi ve burada insan davranışının taşıdığı mananın anlaşılması bakımından “*günlük psikolojideki algısal şablonları*” (*alltagspsychologischer Deutungsmuster*) kullanması, yani hareketin sosyal/toplumsal olarak

⁵⁴ Roxin, AT II, § 8 Rn. 19; Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum, s. 205.

⁵⁵ Stuckenberg, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum, S. 205; Roxin, Strafrecht AT, Cild II, § 8 Kn. 25.

⁵⁶ Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 87, 108.

⁵⁷ Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 108.

taşıdığı anlamı buraya entegre edişi, öğretisinin normatif açıdan en verimli yanlarını teşkil etmektedir. Fakat hareketin sosyal anlamı ile ceza hukuku açısından kast kavramını salt psikolojik olarak tanımlarken, “*psikolojik natüralizmden yaptığı uyumsuz alayım, öğretisinin doğuştan sakat tarafını*” teşkil etmektedir.⁵⁸

IV. Kişisel Haksızlık Öğretisi (die personale Unrechtslehre)

Bir önceki bölümde değindiğimiz ve bizim de katıldığımız itirazlar final hareket öğretisinin yekûn bir biçimde kabul görmesini engellemiş olsa da finalist söylemlerin temelini teşkil eden söylemler 2. Dünya Savaşı sonrası ceza hukukuna ilişkin tartışmalarda geniş ölçüde kabul gördü. Hatta tartışmaların devamında haksızlığın özne temelli belirlenmesine evrilerek haksızlığa dair hâkim öğretisi konumuna geldi. Bu doğrultuda haksızlığın yapısı neticenin değersizliğinin yanında hareketin değersizliğinin kabulü ile tamamlandı.⁵⁹ Bu sonuç haksızlığın subjektif- kişisel unsurlarının varlığını kabulün zorunlu bir getirisi olarak gözükmemektedir. Özellikle kastın tipik haksızlığın kişisel unsuru olarak tipikliğinin subjektif kısmına eklenmesi haksızlığın yapısına ilişkin tasavvurdaki değişimde belirleyici rolü oynamıştır.⁶⁰

Kişisel haksızlık öğretisinin temsilcileri, final hareket öğretisinin sahip olduğu ontolojik arka plan sebebiyle, ceza hukuku bakımından hareketin belirleyici anlamını ifade etme konusunda kifayetsiz kaldığını düşünüyorlardı. Bu sebepten kastın tipik haksızlığın yapısına dahil edilmesi için, final hareket öğretisinin ontolojik argümanlarından bağımsız olarak, yeni bir normatif zeminde delillere ihtiyaç vardı.⁶¹

58 Bu durumun hataya ve taksire ilişkin çıkardığı problemler için bkz. Stuckenberg, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, s. 106- 109.

59 Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, s. 35, 38 v.d.; Lampe, Das personale Unrecht, s. 206; Kaufmann, Armin, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982, s. 153; Mylonopoulos, Handlungs- und Erfolgsunwert, s. 18; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 24 vd.; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 26.

60 Kühl, Kristian, Strafrecht AT, § 4 Kn. 7; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, §7 Kn. 21.

61 Engisch, Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Ernst von, Caemmerer u.a. (Edt.), Hundertjahre Deutsches Rechtsleben (DJT- FS), Cild I, Karlsruhe 1960, s. 426 vd.; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 67.

1) Tipikliğin Fonksiyonu

İlk etkili argüman, dar anlamda tipikliğin (**Unrechtstatbestand**) düzenlendiği haksızlığın, onun cezaya değer kılınmasını sağlayan önemli tüm unsurlarını tarif ettiğinin, içerdiğinin kabulünden türetilir. Kim başkasının malının zarar görmesine kasten değil fakat taksirle sebebiyet verirse mala zarar verme suçunun tipik haksızlığını gerçekleştirmiş olmaz. Çünkü taksirle mala zarar verme suçu kanunda düzenlenmemiştir. Burada görüldüğü gibi kast, mala zarar verme eylemini cezaya değer bir haksızlık haline getiren mala zarar verme suçunun haksızlık tipinde normatif olarak tanımlanan suç tipinin sübjektif unsurudur.⁶²

Bunun yanında, yasa koyucunun bazı suç tiplerinin tanımlarında failin amacını/hedefini dikkate aldığını gösteren ifadeler de bir başka ikna edici argüman olarak ileri sürülmektedir. Kanunda yer alan “kendisi veya üçüncü bir kişi için hukuka aykırı biçimde edinir” ACK paragraf 242, “yanılmak/aldatmak amacıyla rol yapmak” (*vortäuschen*) ACK paragraf 145d, gerçekleri saptırarak/hile ile“ ACK paragraf 263 şeklindeki failin amacına dönük ifadeler her ne kadar kast ile özdeş değiller ise de failin söz konusu haksızlık tipini gerçekleştirebilmesi için kasıtlı bir biçimde suç tipinde belirtilen hedeflere yönelik çaba göstermesi zorunludur.⁶³

2) Cezaya Değer Bir Haksızlık Olarak Suça Teşebbüsün Yapısı

Bir diğer argüman dayanağını suça teşebbüsün tipliğinde bulur. Yasa koyucu suç tipinin objektif unsurlarından neticenin meydana gelmemiş olmasına rağmen, kasten öldürmeye veya kasten yaralamaya teşebbüste olduğu gibi, suça teşebbüsün şartları gerçekleştiği takdirde eylemi cezaya değer bir haksızlık olarak düzenlemiştir. Bu tutum kastın teşebbüste cezaya değer haksızlığın gerçekleştiğine hükmedilmesine tesir eden önemini ortaya koymaktadır. Neticenin gerçekleşmediği teşebbüs durumunda, somut olayın hangi suçun haksızlık tipini gerçekleştirdiği sorusu ancak failin iradesinin hangi suça yöneldiğinin tespit edilmesi ile

⁶² Roxin, Strafrecht AT, § 10 Kn. 63; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 27.

⁶³ Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, s. 33 v.d.; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 65; Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 27; Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 163.

mümkün olacaktır.⁶⁴ *Roxin*'nin bu noktada verdiği örnek açıklayıcıdır: Birisi bir tabanca ile ateş ettiğinde ve bu atış hiç kimseye isabet etmediğinde, somut olayın teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme mi, teşebbüs aşamasında kalmış kasten yaralama mı teşkil ettiği veya herhangi bir suç tipinin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği sorusu, ancak failin hangi suç tipine yöneldiğinin belirlenmesi ile cevaplanabilir. Aynı ölçüde olmasa da failin kastına tamamlanmış suçlar bakımından da olayda gerçekleşen haksızlık tipinin ana hatlarıyla belirlenmesinde ihtiyaç vardır. Bu çıkarım tamamlanmış suçun haksızlığının zaten söz konusu suça teşebbüsün haksızlığını içeriyor olmasının anlamsal ve mantıksal olarak bir sonucudur.⁶⁵

3) Ceza Normunun Yapısına İlişkin Hâkim Öğreti Konumunda Olan *Binding*'in Norm Teorisi ile Uyumu

Kişisel haksızlık öğretisi ile *Binding*'in, norma belirleyici ve değerlendirci olarak düalistik fonksiyon biçtiği, norm teorisi arasındaki uyumda teorinin yaygın kabulü bakımından değinilmesi gerekli bir yanı teşkil etmektedir. Anayasal olması sebebi ile bağlayıcı olan yasallık ilkesinin sonucu olan formel haksızlık anlayışı da normların ceza hukuku bakımından geçerli haksızlık kavramının sınırlarını teşkil etmesi gereğine sevk eder. Bu sebepten ceza hukuku bakımından geçerli olacak haksızlık kavramının dogmatığı bakımından normların yapısının analizi kaçınılmaz olarak gözükmektedir. Bu gereklilik özellikle ceza hukuku bakımından önem arz eden cezaya değer haksızlığın ceza kanununda düzenlenen normlara bir aykırılık olarak tanımlandığı düşünüldüğünde kendini göstermektedir.⁶⁶ Diğer bir ifadeyle bir insan davranışı ancak “suç tipine uygun olduğunda, ceza hukukuna aykırılık (*Strafrechtswidrigkeit*) teşkil ettiği yönündeki kararın” konusunu teşkil edebilir.⁶⁷

⁶⁴ Welzel, *Strafrecht*, s. 60, Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, s. 1, 35; Çataklı, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 163 v.d.

⁶⁵ Roxin, *Strafrecht AT*, Cild I, § 10 Kn. 64.

⁶⁶ Wachter, *Das Unrecht der versuchten Tat*, s. 29.

⁶⁷ Günter, Hans Ludwig, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Köln 1983, s. 104 vd

Baskın görüş “*hukuki değerlerin korunması perspektifinden kurulan davranış haksızlığını*”, ceza hukukundaki suç tiplerinin içeriği dikkate alınarak türetilen davranış normlarının (*Verhaltensnormen*) fonksiyonu açısından, materyal haksızlık anlayışı için bağlantı noktası olarak değerlendirmektedir.⁶⁸ Bu emir ve yasaklar aynı şekilde içerikleri ile buluşan bu gerekliliği karşılamak zorundadırlar. Bu gereklilik meşruiyetlerinin (*Legitimation*) sebebi olan hukuki değerlerin korunması (*Rechtsgüterschutz*) zemininde yapılan yorumdan çıkmaktadır.⁶⁹ Ceza normlarının hukuki değerlerin korunması bakımından yükümlü oldukları görevlerini en uygun bir şekilde yerine getirebilmeleri, ancak sosyal hayata ilişkin birtakım sonuçları gerektiren muhtevaya sahip oldukları takdirde mümkün olabilir. Bu noktada ceza normlarından “*normun muhatabında davranışlarını düzenleyici bir tesir*” uyandırması beklenmektedir.⁷⁰

Binding normu emredici bir kompleks şekilde ele alan diğer norm teorisine ilişkin analizlerden farklı olarak bir hukuki düzenlemenin şekli geçerliliği ile pozitif hale getirilmiş bağlayıcı hükümlerin arkasında yer alan yasaklayan veya emreden normu keskin bir biçimde ayırt etmektedir. Böylece hukuk düzenini “*hem kanuni emirlerin geçerlilik zemini hem de davranışları belirleyici içeriğe sahip düzen olma noktasındaki çifte fonksiyonundan kurtarmaktadır*”.⁷¹ Ceza kanunlarından kaynaklanan normlar *Binding*’in kavrayışında “*ilkesel ödev olarak fiziki kişilere yapma ya da yapmama noktasında kişisel yükümlülükler*”⁷² getirir. *Binding*’e göre bu bağlayıcı hükümler tek bir amaca sahiptir: “*belirli davranışları hukuki bakımdan zararlı doğaları veya etkileri gereği yasaklamak, diğerlerini de kesin bir gereklilik arz*

68 Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, in: Festschrift für Paul Bockelman, München 1979, s. 155; Mylonopoulos, Handlungserfolgsunwert, s. 18; MK-Freund, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfsgnags Joecks/Klaus Miebach (edt.), Cild 1 (§§1-37), 2. Baskı, München 2011, Vor §§ 13 ff. Kn. 151; Wachter, Das Unrecht des versuchten Tat, s. 30.

69 MK-Freund, Vor §§ 13 ff. Kn. 163.

70 Wachter, Das Unrecht des Versuchten Tat, s. 30.

71 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 30.

72 Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild I, 3. Bası, Leipzig 1916, s. 89.

etmelerinden dolayı emretmek".⁷³ Gallas aynı noktadan belirleyici normların söz konusu etkisini isabetli bir biçimde vurgulamaktadır: "hukuk düzenindeki özneler tipik olarak düzenlenmiş hukuki değerlerin ihlalden kaçınma anlamında tesir etme".⁷⁴ Nihayetinde normun içeriğine ilişkin bu bakış açısı bizi normun muhatabı olan kişiler üzerindeki hareketlerini yönlendirici fonksiyonuna götürmektedir.⁷⁵

İzaha çalıştığımız norm tasavvurunda görülmektedir ki, ceza normunun içeriğinin etkisi ve normun tesir alanına ilişkin davranış odaklı bir yaklaşım kendini göstermektedir.⁷⁶ Ceza normlarının varlıklarının meşruiyetini sağlayan hukuki değerlerin korunması ödevini optimal olarak yerine getirebilmesi, içeriklerine tekabül eden emir ve yasakların, normun muhatablarının sosyal ilişkilerini gerçekleştirdikleri düzlemde hareketlerini düzenleyici bir tesir doğurmasına bağlıdır. Bu da normun tesirinin failin suç işleme kararını gerçekleştirmeden önce göstermesini gerektirir.⁷⁷

Kişisel haksızlık öğretisi, söz konusu norm anlayışından normun içeriğinin hukuki değerlerin korunması bakımından esas tesirini göstermesi gerekli yer olan, insanın davranışlarını hareketin haksızlığını (*Handlungsunrecht*) haksızlığın ortaya çıkışında (*Unrechtsbegründung*) merkezi bir konuma getirmektedir. Bu yaklaşım *Binding*'in düalist bir yapıda ortaya koyduğu norm teorisindeki ceza normunun belirleyici karakterinde kendinde destek bulmaktadır. Belirleyen norm (*Bestimmungsnorm*), muhatabının kusur yeteneği olup olmamasına bakmaksızın,⁷⁸ ona ne yapması ya da ne yapmaması gerektiğini söylemektedir.⁷⁹ Ceza normlarında gündeme gelen bu emre aykırı davranış hukuk düzeninin hükümlerine aykırılık teşkil etmekte ve böylece belirleyici normu ihlal eden hareket haksız (*Handlungsunrecht*)

73 Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild II/I, 2. Baskı, 2. Baskı, Leipzig 1914, s. 231

74 Gallas, strafrechtlichen Unrechtsbegriff, s. 156.

75 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 31.

76 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 238; Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin 1985, s. 92.

77 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 31.

78 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 9 Kn. 29, § 17 Kn. 2 f.

hale dönüşmektedir. Ceza hukuku da korumayı amaçladığı değerleri ihlale yönelen ve failin onları tanımadığını dile getiren bu hareketin değersiz olduğuna (*Handlungsunwert*) hükmetmektedir. Kişisel haksızlık teorisi ve norm teorisi arasındaki paralellik kendini değerlendiren normun (*Bewertungsnorm*) fonksiyonunda da göstermektedir. Değerlendiren normun ihlali suç tipinde yer alan neticenin isnat edilebilir ve hukuku aykırı icrası olarak, başka bir ifadeyle “olmaması gereken” olarak, hukuk tarafından reddedilerek karşı çıkılmaktadır (*Missbilligen*)⁸⁰. Böylece haksızlığın sadece hareketin değersizliğinden ibaret olmadığını, bilakis hukuka aykırı tipik neticenin hukuki değerinin zarar görmesi (*Rechtsgutverletzung*) veya somut tehlike suçu ve sırf hareket suçu gibi suç tipleri açısından hukuki değerinin zedelenmesi (*Rechtsgutbeeinträchtigung*) olarak⁸¹ neticenin değersizliğinin de (*Erfolgsunwert*) normun yapısının bir gereği olduğu ortaya çıkmaktadır. Böylece neticenin haksızlığının, haksızlığın ortaya çıkışındaki rolü teyit edilmektedir.⁸² Kişisel haksızlık öğretisinin hareketin ve neticenin haksızlığına dayanan haksızlık anlayışı, hâkim norm teorisinin değindiğimiz bu düalist yapısında kendisine norm teorisine ilişkin bir dayanak bulmaktadır.⁸³

4) Kişisel Haksızlık Öğretisinin Tek Taraflı Subjektif Haksızlık Anlayışından Ayrılan Yanları

Kişisel haksızlık teorisinin ortaya çıkışının Almanya’da genel eğilimin zihniyet ceza hukuku doğrultusunda olduğu bir döneme denk gelmesi, *Welzel*’in hukuki değerlerin korunması bakımından dolaylı bir yaklaşım sergilerken kullandığı terminoloji ve öğrencileri olan *Kaufmann* ve *Zielinski* gibi yazarların tek taraflı olarak tasavvur ettikleri ceza normu anlayışı bağlamında, cezaya değer haksızlığı adeta failin zihin dünyasında kurduğu norm ile olan ilişkisine indirgeyen haksızlık

80 “einer Sache ablehnend gegenüberstehen”, <https://www.dwds.de/wb/missbilligen>, son erişim 11.07.2020.

81 Grupp, Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 31.

82 Gallas, strafrechtlichen Unrechtsbegriff, s. 158; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, s. 239; Mylonopoulos, Handlungs- und Erfolgsunwert, s. 19; Roxin, Strafrecht AT, Cild I, § 10 Kn. 89, 93; Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 35.

83 Aynı şekilde Grupp, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, s. 28, 29; Çatakli, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht, s. 165, 166.

anlayışları sebebiyle fiil ceza hukukunda vazgeçme anlamına gelen nasyonal sosyalist ceza hukukunun bir devamı olarak görülmesine yol açmaktadır. Oysaki bizatihi *Welzel*'in görüşleri dikkatle incelendiğinde görülmektedir ki kişisel haksızlık teorisi ile haksızlığın subjektif radikal yorumları arasında önemli anlayış ve yaklaşım farklılıkları söz konusudur.

Welzel ceza hukukunun ana hedefini doğrudan ve açık bir biçimde hukuki değerlerin korunması olarak ele almaz. *Welzel*'in savunduğu konseptte hukuki değerlerin korunması dolaylı olarak gündeme gelmektedir. Ceza hukukunun ana görevi “pozitif sosyal etik anlam değerlerinin (*sozialethische Gesinnungswerte*)”⁸⁴ ve “temel sosyal etik davranış (*sozialethische Handlungswerte*) değerlerinin geçerliliğinin”⁸⁵ sağlanmasıdır. Bu sosyal etik anlam değerleri başkalarının hayat hakkına, sağlığına, özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına saygı şeklinde kendini gösterir. *Welzel* tekil olarak hukuki değerlerin efektif korunmasının ancak söz konusu değerlerin toplumda içselleştirilmesi ve bir anlam değeri olarak sosyal geçerlilik kazanması, diğer bir deyişle sosyal yaşamda insanların davranışlarında dikkate almalarını ifade eden “davranış değerlerinin korunması” (*Schutz der Aktwerte*) ile etkili⁸⁶ bir şekilde korunabileceğini ifade etmektedir.⁸⁷ *Welzel*'in amacı buradan yola çıkarak bir zihniyet ceza hukuku ortaya koymak değildir. *Roxin*'in de ifade ettiği gibi: “belirsiz, keyfi “pozitif” zihniyeti ceza hukukunun yardımı ile kabul ettirmek istemez, bilakis sadece ceza kanunu ile korunan hukuki değerlere saygı duyulmasını ve normların tanınmasını, kabul görmesini (*Anerkennung der Normen*)”⁸⁸ ister. Fakat burada kullandığı terminoloji, her ne kadar temel söylemlerine ilişkin kategorik farklılıklar gösteriyor ise de nasyonal sosyalist ceza hukukunun kullandığı kişilerin zihniyetini merkeze alan yaklaşımı ile paralellik arz

84 *Welzel*, Strafrecht, s. 4.

85 *Welzel*, Strafrecht, s. 5.

86 *Welzel*, Abhandlungen, s. 233.

87 *Welzel*, Strafrecht, S. 4; Ünver, söz konusu yaklaşımın ceza hukukunun görevi konusunda yaptığı soyutlaştırma ile ceza normunu hukuki değerlerin korunması amacından kopardığını ifade etmektedir, bkz. Hukuksal Değer, s. 278.

88 Strafrecht AT, Cild I, § 2 Kn. 105,106; *Welzel* hareket değerlerini korumayı sadece hukuki değerlerin korunması bakımından daha geniş bir perspektife sahip olduğunu ifade eder ve kalıcı bir kazanım olarak vatandaşlarda hukuku kalıcı olarak özümsemiş bir zihniyete sağlayacağını dile getirir, Strafrecht, s. 4.

ettiği için yanlış anlaşılmalara zemin hazırlamaktadır.⁸⁹ Fakat *Welzel*'in modeli, hukuki değerlerin korunması düşüncesine bir alternatif ortaya koymaktan ziyade, onun nasıl etkili bir biçimde gerçekleştirileceği noktasında yoğunlaşmaktadır.⁹⁰

Welzel'e bu noktada yöneltilebilecek haklı eleştiri, *Roxin*'in yerinde olarak dile getirdiği gibi,⁹¹ ceza hukukunun ana ödevini belirlerken amaç ve araç (*Mittel und Zweck*) arasındaki farkı gözetmeden bir yaklaşım ortaya koymasıdır. “*Toplumsal bilinçte normların stabil bir geçerlilik kazanması*” pozitif genel önleme bakımından ceza hukukunun ödevlerinden biridir. Bu bağlamda kişilerin hukuk tarafından korunan hukuki değerlerine karşı toplumsal olarak bir saygının veya onların zedelenmemesi noktasında bir hassasiyetin gelişmesi ancak bir araç olarak hukuki değerlerin korunması amacına hizmet edecektir.

Diğer yandan *Welzel*'in görüşlerinin fiil ceza hukukundan vazgeçiş anlamına geldiği yönündeki söylemlerin de isabetli olduğunu söylemek zordur. *Welzel* açık bir şekilde failin suça yönelmiş iradesinin dışa tezahürünün arz ettiği objektif niteliği, eylemin “sosyal uyumsuzluğunun dayanağı olarak” (*sozialen Inkompatibilität*)⁹² suç niteliği kazanması bakımından⁹³, cezalandırılabilir davranışların belirlenmesindeki önemini kabul eder. Ortaya koyduğu haksızlık konseptinde hareketin haksızlığı bir yandan müstakil, diğer yandan neticenin haksızlığının yanında tamamlayıcı bir konumda olarak ele alınır.⁹⁴ Fakat suçun sistematigi bakımından öncelikli bir konumu bulunmaktadır.⁹⁵

Welzel'e göre sadece kastın dışa vurumu cezalandırılabilir bir haksızlığın ortaya çıkışı için yeterli değildir. Ceza hukuku hukuki değerlerin herhangi bir şekilde zedelenmesini yasaklamaz. Ancak belirli

89 Bkz. Ünver, Hukuksal Değer, s. 273.

90 Krşl. Pawlik, Michael, Die Aufgabe des Strafrechts und die Legimitation von Strafe bei Welzel, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther, Jakobs/Michael, Kubiciel/Michael, Pawlik/Carl-Friedrich, Stuckenberg (edt.), Tübingen 2015, s. 54; Bu hususa Ünver'de açıklık getirmektedir, Hukuksal Değer, s. 451.

91 Strafrecht AT, Cild I, § 2 Kn. 105.

92 Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

93 Welzel, Strafrecht, s. 193.

94 Krş. Maurach, Zipf, Strafrecht AT, Cild I, § 24 Kn. 17.

95 Welzel, Abhandlungen, s. 223.

bir biçimdeki, “ahlaki-düzenli bir toplumsal mevcudiyet için katlanılmaz olanları” yasaklar.⁹⁶ Dolayısıyla kastın mutlaka belirli objektif bir nitelikte ortaya çıkışı, kendi ifadesiyle “final kudrete” (*finale Macht*) ulaşması gerekir. “Suçun ne ölçüde gerçekleştiği nasıl suça yönelmiş suç işleme iradesinin kudreti için bir ölçüt ise, aynı şekilde teşebbüsün elverişliliği teşebbüsün sınırları çerçevesinde bir ölçüttür.”⁹⁷ Hareketin sahip olması gerekli objektif niteliğin ve sosyal anlamının tespitinde failin kendi tasavvuru belirleyici değildir. Suçluluk enerjisi göstermesi gerekli asgari bir objektif niteliğe sahip değilse,⁹⁸ söz konusu iradenin, onu sosyal açıdan uyumsuz kılan ve suçluluk alanına dahil edecek vasa sahip olduğundan bahsedilemez.⁹⁹ Bu yaklaşım açısından cezalandırılabilir davranışın sınırlarını, Alman Ceza Kanunu’ndaki paragraf 23/3’te yer tabiat kurallarına ilişkin açık bir cahillikle yapılan hareketlerin cezalandırılabilmesine ilişkin düzenlemeye kıyasla daha dar çizmektedir. Failin hareketlerinin objektif niteliğine ilişkin tasavvuru Welzel’e göre tek başına bir davranışı cezalandırılabilir hale getirmeyeceğinden dolayı söz konusu durumdaki hareketler cezalandırılmamalıdır.¹⁰⁰

Tek taraflı subjektif teorilerin kişisel haksızlık anlayışlarından (*monistisch subjektive Theorien*) ayrıldığı noktalar ceza normunun insan davranışlarını belirleyen fonksiyonunun (*Bestimmungsnorm*) yorumunda başlamaktadır. Belirleyici norm sosyal hayatta davranışları düzenleyici etkisi gereği muhataplarına (*Normadressat*) korunan hukuki değerlerin ihlalinde önce belli davranışlardan kaçınma veya belli davranışlarda bulunmaya ilişkin yükümlülükler getirmektedir.

Welzel bu yükümlülüklerin içeriğini yukarıda da değindiğimiz gibi sosyal alanda geçerli olan günlük anlam şemaları üzerinden açıklamaktadır. Bu ölçütü, normatif bakış açısından somut olarak ifade etmek gerekirse bir nevi “hüküm veren toplumun temsilcisi”¹⁰¹ olarak

⁹⁶ Welzel, Abhandlungen, s. 98.

⁹⁷ Welzel, Strafrecht, s. 193.

⁹⁸ Welzel, Strafrecht, s. 193.

⁹⁹ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

¹⁰⁰ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27; Welzel, Strafrecht, s. 193.

¹⁰¹ “fiktiven Vertreter der beurteilenden Gesellschaft”, Hukuki açıdan önem arz eden davranışlar hareketin taraflarının dışından yabancı bir gözlemler meydana çıkarlar, Ast, Stephan, Handlung und Zurechnung, Berlin 2019, s. 15.

sağlıklı bir zihne sahip ortalama bir gözlemciye (*Durchschnittsbeobachter*) karşılık gelecektir.

Buna karşın tek taraflı subjektif haksızlık yaklaşımlarının zemin bulduğu norm anlayışı, belirleyici normun getirdiği yükümlülüğün anlamını her bir somut olayda normun muhatabının zihin dünyası üzerinden belirler. Wachter¹⁰² bu okuma şeklini örnekle şöyle açıklar: “*İnsan öldürmeyi yasaklayan norm yalnızca ölümcül olduğu düşünülen davranışları yasaklamaktadır*”.¹⁰³ Haksızlık öğretisinin radikal subjektif yorumu da olarak adlandırılan yaklaşımın önemli temsilcisi Kaufmann ceza normunu, *Binding*’in düalist/iki basamaklı (*zwei stufig*) norm anlayışından farklı olarak, monist bir çerçevede anlamaktadır. Bu anlayışa göre ceza normları yalnızca insan davranışlarını konu edinebilir ve hukuk normlarının altında yatan hukuki değerlendirmenin konusu yine ancak insan davranışı olabilir. Kaufmann’ın kendi sözleriyle: “*Her bir norma ait karşılık gelen değerlendirme hükmüne ait önerme tersine çevrilemez, çünkü normun konusu yalnızca harekettir. Normlar iki basamaklı değillerdir*.”¹⁰⁴ Bu kavrayışa uygun olarak cezaya değer haksızlığın yapısında da tek taraflı anlayış benimser ve hareketin değersizliğini, kendi ifadeleriyle niyetin değersizliğini (*Intentionsunwert*) ceza hukuku bakımından geçerli haksızlığın tek etmeni olarak açıklarlar. Zielinski’nin ifadelerinde bu tutum açık bir biçimde ortaya konulur: “*haksızlık sadece hukuki değer nesnel olarak zararını hedefleyen bir hareket olabilir*”.¹⁰⁵ Neticenin değersizliği cezaya değer haksızlığın yapısının dışında, bir cezalandırma şartı olarak kabul edilmektedir. Tek taraflı olarak belirleyici normun içeriğine ilişkin yaptığı yorumdan türettiği destekleyici argümanlarla bu görüşünü gerekçelendirir.¹⁰⁶ Ceza yasalarının içeriğini norma uymakla yükümlü olan kişiyi dikkate alarak yorumlar. Wachter’in de yine yerinde olarak ifade ettiği gibi, bu durum netice itibarıyla “*haksızlığın içeriğinin belirlenmesinde bireyleri karar verici konuma getirmektedir*”. Artık bu noktada norm ihlalinin

¹⁰² Wachter, *Das Unrecht der Versuch*, s. 32.

¹⁰³ Bkz. Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, s. 161.

¹⁰⁴ Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen 1954, s. 107, 108.

¹⁰⁵ Zielinski, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, s. 128

¹⁰⁶ Kaufmann, *Strafrechtsdogmatik*, s. 153 vd.

dolayısıyla ceza değer haksızlığın ceza hukuku bakımından anlamı fail ve failin norm ile zihin dünyasındaki kurduğu ilişki üzerinden belirlenir. Kaufmann'ın kendi sözleriyle ifade etmek gerekirse: “*norma aykırılık noktasındaki değerlendirmenin dayanağını yalnızca failin eylemindeki kastının anlamı belirler.*”¹⁰⁷ Böylece failin davranışının sosyal aykırılığına (*Sozialwidrigkeit*) ilişkin hükümde geçerli olan objektif ve genel bir ölçütten bahsetmek mümkün değildir. Durum özellikle suç teşebbüse ilişkin görüşlerinde açık bir şekilde görülmektedir. Welzel'in aksine, teşebbüsün elverişliliği teşebbüste hareketin haksızlığı bakımından bir ölçüt değildir. Önemli ve yeterli olan failin davranışlarının elverişli olduğu yönündeki kendi değerlendirmesidir. Haksızlığın ortaya çıkışında ve yoğunluğunun belirlenmesinde, failin failinin teşebbüs aşamasında kalması ve sona ermesi arasında fark yoktur. Fail kendi tasavvur dünyasında suç tipinin gerçekleşmesi için gerekli gördüğü her şeyi yapmışsa, cezaya değer haksızlığın gerçekleşmesi için gerekli tek etmen olan hareketin değersizliği tamamen gerçekleşmiştir.¹⁰⁸

V. Sonuç

Kastın tipik haksızlığın bir unsuru olduğunun kabulü haksızlığın subjektif, özne odaklı ve iradenin içeriğinin de dikkate alınması gereken bir yapısının olduğunu teyit etmektedir. Bu durum, aynı zamanda cezaya değer haksızlığı determinist bir bakış açısıyla neticenin haksızlığında gören ve bundan sebep tek taraflı objektif olan haksızlık anlayışının geçerliliğini yitirdiğini de ifade etmektedir. Cezaya değer haksızlığın yapısı, aynı zamanda ceza normlarının muhatabı ve ceza hukuku bakımından önem arz eden hareketin faili, diğer bir ifadeyle haksızlık teşkil eden eylemin öznesinin iradesi odaklı bir okumayı da gerekli kılmaktadır.

Welzel'in finalist suç öğretisi bağlamında dile getirdiği psikolojik hareket teorisine dayanan görüşleri bu gerekliliğin kabulünde çok önemli bir merhale teşkil etmektedir. Finalist yaklaşım sahip olduğu ontolojik dil ve gerekçelendirme zemini itibarıyla ceza hukukunun ihtiyaçlarını karşılamak noktasında gerekli normatif ölçütleri ortaya koyacak bir dilden uzak görüntü sergilemektedir. Yine Welzel'in ceza hukukunun ve ceza normlarının amacını kendi zaviyesinden ortaya koyarken kullandığı

¹⁰⁷ Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, s. 161.

¹⁰⁸ Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, s. 27.

geniş yorumlanmaya müsait kavramlar, hem fiil ceza hukuku noktasında şüpheler oluştururken hem de ceza hukukunun hukuki değerlerin korunması noktasındaki en temel görevine ilişkin amaç ve araç ayrımı noktasında karmaşa ortaya koymakta ve bu da haklı olarak soru işaretleri doğurmaktadır. Fakat *Welzel*'in ortaya koyduğu hareketin ve neticenin haksızlığına dayanan düalist haksızlık tasavvuru kendisine, finalist yaklaşımın bu sorunlarından azade olarak, çalışmada dile getirdiğimiz sistematik, normatif ve norm teorisine ilişkin göz ardı edilemeyecek önemli dayanak noktaları bulmaktadır. Bu dayanak noktaları teoriye, final hareket teorisinin genel olarak reddedilmesine rağmen, İkinci Dünya Savaşı sonrası hâkim haksızlık görüşü olarak kabul edilmesiyle sonuçlanan süreçte önemli avantaj sağlamıştır. Teori radikal subjektif veya tek taraflı subjektif haksızlık teorisi olarak adlandırılan yaklaşımlardan, ceza normunun ve cezaya değer haksızlığın yapısına ilişkin, çalışmada da ortaya konulduğu gibi temel yaklaşım farklarına sahiptir. En mühim husus cezaya değer haksızlığın ortaya çıkışını, diğer bir ifadeyle bir norma aykırılığı fail ve failin zihin dünyasında norm ile kurduğu ilişkiye indirgemez. Ceza değer haksızlık ve ceza normunun ihlali, aynı zamanda sosyal olarak algılanmasını, idrak edilmesini mümkün kılan birtakım objektif ölçütlerle somutlaşmalıdır. Bu açıdan artık mühim olan özne odaklı argümanların, ceza hukuku bakımından önemli ve geçerli kılabilmesini mümkün kılacak bir şekilde ele alınması gerekir. Diğer bir deyişle subjektif argümanların, hareketin dış yapısının da dikkate alındığı ve hareketin ceza hukuku bakımından manasını sosyal günlük anlam şablonları zemininde okuyan, normatif ölçütlerle belirlenmiş sınırlar dahilinde tanımlanması gerekmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Bu bağlamda kişisel haksızlık öğretisi ile yeni tehlike teorisi ex ante bir bakış açısından tanımlanan ve objektif isnadiyet teorisi ile normatif bir anlam çerçevesine kavuşan tehlike/risk kavramının uzlaştırılmasına ilişkin yaklaşım için bkz. Çatakli, Hasan, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, s. 167- 178.

Kaynakça

- Alacakaptan, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (Tarihsiz)
- Ast, Stephan, Handlung und Zurechnung, Berlin 2019
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht AT, 12. Baskı, Giesking 2016
- Beling, Ernst, Lehre von Verbrechen, Darmstadt 1964
- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Cild II/I, 2. Baskı, 2. Baskı, Leipzig 1914
- Blei, Herrmann, Strafrecht AT, Cild I, 18. Baskı, München 1983
- Çataklı, Hasan, Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive, Hamburg 2020
- Dopslaff, Ulrich, Plädoyer für einen Verzicht auf Unterscheidung in deskriptive und normative Tatbestandsmerkmale, GA 1987, 1 vd.
- Duttge, Gunnar, Der Erlaubnistatstandsirrtum zwischen Vorsatz- und Schuldtheorie, in: Das Schuldprinzip des türkisches StGB im Spiegel des deutschen Strafrecht, Duttge, Gunar/Ünver, Yener (Edt.), Ankara 2013
- Engisch, Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in: Ernst von, Caemmerer u.a. (Edt.), Hundertjahre Deutsches Rechtsleben (DJT- FS), Cild I, Karlsruhe 1960
- Fischer, Hans Albert, Rechtswidrigkeit: Mit Besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911
- Freund, Georg in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolfgnags Joecks/Klaus Miebach (edt.), Cild 1 (§§1-37), 2. Baskı, München 2011, Vor §§ 13 ff.
- Freund, Georg/Rotalski, Frauke, Strafrecht AT, 3. Baskı, Berlin 2019
- Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, 1 vd.
- Gallas, Wilhelm, Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriff, in: Festschrift für Paul Bockelman, München 1979, 155 vd.
- Gropp, Walter, Strafrecht AT, 4. Baskı, Berlin 2015

Grupp Magdalena, Das Verhältnis von Unrechtsbegründung, Baden-Baden 2009

Günter, Hans Ludwig, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, Köln 1983

Hegler, August, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1915), 19 vd.

Ida, Makoto, Welzels Einfluss auf die ostasiatische Strafrechtsdogmatik, in: Lebendiges Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther Jakobs/Michael Kubiciel/Michael Pawlik/Carl-Friedrich Stuckenberg (edt.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Tübingen 2015, 203 vd.

Jescheck, Hans Heinrich /Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Baskı, Berlin 1996

Kargl Walter, Handlung und Ordnung, im Strafrecht, Berlin 1991

Kaufmann, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954

Kaufmann, Armin, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Köln 1982

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019

Kohlrausch, Eduard/Lange, Richard, StGB, 43. Baskı, Berlin 1961

Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Berlin 1985

Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 8. Baskı, Sinzheim 2017

Lampe, Ernst Joachim, Das personale Unrecht, Berlin 1967

Matthias Wachter, Das Unrecht der versuchten Tat, Tübingen 2015

Maurach, Reinhardt /Zipf, Heinz, Strafrecht AT, Cild I, 8. Baskı, Heidelberg 1992

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992

Özgenç, İzzet, Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2019

Özlem, Özaydın, Notwehr und Notstand im deutsch-türkischen Rechtsvergleich, Baden-Baden 2013

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003

Pawlik, Michael, Die Aufgabe des Strafrechts und die Legimitation von Strafe bei Welzel, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre

Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Günther, Jakobs/Michael, Kubiciel/Michael, Pawlik/Carl-Friedrich, Stuckenberg (edt.), Tübingen 2015, 49 vd.

Radbruch, Gustav, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für Strafrechtssystem, Darmstadt 1967

Roxin Claus, Strafrecht AT, Cild II, München 2003

Roxin, Claus, Strafrecht AT, Cild I, 4. Auflage, München 2006

Sözüer, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994

Sözüer, Adem, Die Reform des türkischen Strafrechts, ZStW 119 (2007), 717 vd.

Stöger, Fritz, Versuch des untauglichen Täters, Berlin 1961

Stuckenberg, Carl- Friedrich, Vorsatz, Unrechtsbewusstsein, Irrtumslehre, in: Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, Wolfgang, Frisch/Jakobs, Günther/Kubiciel, Michael/Pawlik, Michael/Stuckenberg, Carl-Friedrich (Edt.), Tübingen 2015, 241 vd.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2019

v. Hippel, Reinhard, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, Berlin 1966

Weigend, Thomas, Entwicklung der deutschen Versuchslehre, in: Hans Joachim, Hirsch/Thomas, Weigend (edt.), Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland, Berlin 1989, 113 vd.

Welzel Hans, Kausalität und Handlung, ZStW 51 (1931), 703 vd.

Welzel, Hans, Das deutsche Strafrecht, 11. Baskı, Berlin 1969

Welzel Hans, Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie, Berlin 1975

Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, Berlin 1973

