İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
Journal of Penal Law and Criminology

Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
Journal of Penal Law and Criminology,
JPLC 2025, 13 (1): 182–189

https://doi.org/10.26650/JPLC2025-1661166
Başvuru | Submitted 19.03.2025
Kabul | Accepted 19.06.2025

Çeviri | Translation

Açık Erişim | Open Access

Hukuka Uygunluk İçin Manevi Unsur Gerekli Midir?

Is the Subjective Element of Justification Necessary?

Havva Begüm Tokgöz [1]

[1] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

Öz Makalede, hukuka uygunluk nedenlerinin veya izin verici tiplerin genel olarak kabul gören maddi/manevi şeklindeki ikili yapısı ele alınmakta ve bu yapının salt maddi bir hukuka uygunluk anlayışıyla değiştirilmesi gerektiğini öne süren bazı görüşler aktarılmaktadır. Bu görüşler, bir yandan suç teorisinin genel şemasında izin verici tiplerin işleviyle, diğer yandan ise zarar ilkesiyle (*el principio de lesividad*) ilgilidir.

Abstract The article presents the generally accepted dual (objective/subjective) structure of justification grounds or permissive norms and discusses certain viewpoints that propose a shift towards a purely objective justification. These perspectives are rooted in two fundamental considerations: the role of permissive norms within the broader structure of criminal law theory and their connection to the principle of harm.

Anahtar Kelimeler yasaklayıcı tipler · izin verici tipler · hukuka uygunluk nedenleri · maddi hukuka uygunluk · manevi hukuka uygunluk · izin verici tipe uygunluk

Keywords prohibitive norms · permissive norms · grounds of justification · objective justification · subjective justification · congruence of the permissive norm

Yazar Notu "Bu eser, Francisco Sánchez Fallas tarafından yazılan "¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?" başlıklı makalenin İspanyolcadan Türkçeye çevirisidir.

Author Note This paper is the Turkish translation of the article titled "*¿Es necesario el elemento subjetivo de justificación?*", authored by Francisco Sánchez Fallas.

Atıf | Citation: Tokgöz, H. B. (2025). Hukuka Uygunluk İçin Manevi Unsur Gerekli Midir?. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi–Journal of Penal Law and Criminology*, *13*(1), 182-189. https://doi.org/10.26650/JPLC2025-1661166

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

© 2025. Tokgöz, H. B.

Sorumlu Yazar | Corresponding author: Havva Begüm Tokgöz btokgoz@istanbul.edu.tr

Giriş

Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri veya izin verici normlar, yasaklayıcı normlar gibi, normatif olarak tanımlanmış maddi unsurların varlığına ek olarak failin bu maddi unsurların varlığını bilmesini gerektiren manevi unsurların da bulunmasını zorunlu kılan bileşik bir yapıya sahiptir.

Bu bağlamda, yakın zamanda yayımlanan hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin bir kitapta şu ifadeler yer almaktadır: "*... hukuka uygunluk nedenlerinde maddi ve manevi unsurlar olmak üzere iki yönlü bir ayrım yapılmaktadır. Öncelikle maddi kısmı, hukuken korunan bir değeri ihlal ederek hukuka uygun şekilde hareket etme kapasitesini tetikleyen önceki somut durumu ifade etmektedir. Manevi yönü ise aynı zamanda bilişsel bir unsuru, yani failin hukuka uygunluk nedeninin maddi kısmını bilmesini gerektirdiği için kast yapısına benzer bir yapıya sahiptir...*"[1]. Hem maddi hem de manevi unsurların varlığı, hukuka uygunluk nedeninin tipe uygunluğu[2] olarak adlandırılan kavramın geliştirilmesine yol açmış olup bu kavramdan, belirli bir hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için her iki unsurun da birlikte bulunmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

Hukuka uygunluk nedenlerinde manevi unsurun varlığı, ulusal içtihatlar tarafından sürekli olarak kabul edilmiş olup bu konu şu şekilde belirtilmiştir: "*... Bununla birlikte, söz konusu hukuka uygunluk nedeninin mevcut kabul edilebilmesi için, izin verici tipin maddi ve manevi unsurları arasında bir uyum olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle Ceza Kanunu'nun 27. maddesinde belirtilen maddi koşulların bulunması gerekir: kişinin kendisine veya başkasına ait bir hukuki değere yönelik tehlike durumu, bu tehlikenin mevcut veya yakın olması, haklı görülen kişi tarafından tehlikenin bilerek kışkırtılmamış olması, tehlikenin başka bir şekilde önlenemez olması ve daha önemli olanı seçmek için hukuki değerlerin tartılması ihtiyacı ve bunlara ek olarak failin, bu maddi unsurlarla örtüşen bilişsel unsurlarının da bulunması gerekmektedir. Değerlerin hiyerarşik olarak değerlendirilmesi, sadece Ceza Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen izin verici tipin özelliğidir; örneğin, meşru savunma (Ceza Kanunu'nun 28. maddesi), değerler arasındaki çatışmanın veya tehlikenin incelenmesini gerektirmez, zira bu konuda kanunun belirlediği maddi ve manevi koşullar farklıdır. Bu maddi koşullar, manevi koşullarla birlikte yer almalıdır. Bu uyum olgusuna doktrin, uyumlu izin verici tip olarak atıfta bulunmaktadır ...*"[3] Bu bağlamda, aynı yönde Sancinetti, finalist bakış açısıyla hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunun, fiilin tek başına hukuka aykırılığını engellemesi açısından hiçbir önemi olmadığını belirtmektedir[4].

Hukuka uygunluk nedenlerinde manevi unsurun aranmasının, manevi hukuka uygunluğun eksikliği nedeniyle izin verici tipin uyumlu olmadığı durumlarda önemli bir tartışmaya yol açtığını belirtmek gerekir. Bacigalupo, manevi hukuka uygunluğun bulunmadığı hâllerde neticenin değersizliğinin ortadan kalktığını, ancak hareketin (*acción*) değersizliğinin devam ettiğini ve bu gibi durumlarda fiilin hukuka uygun olmadığını belirtmiş, dolayısıyla yalnızca teşebbüs olasılığının değerlendirilebileceği sonucuna varmıştır[5]. Roxin[6], failin

[1] Demetrio Crespo, Eduardo *vd.* (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Tomo II. Teoría del Delito*. San José: Editorial Jurídica Continental, s. 344.

[2] Maurach, bu unsurlardan herhangi birinin eksikliğinin, "*... irade ile sonuç arasında uyumsuzluk yarattığına ve hareket hakkında olumlu bir yargıya varılması olasılığını ortadan kaldırdığına...*" işaret etmektedir. Maurach, Reinhart. (1962) *Tratado de derecho penal. Volumen I*. Barcelona: Editorial Ariel, s. 370. Aynı yönde Muñoz Conde/García Arán, hukuka uygunluğun manevi unsurunun eksik olması hâlinde fiilin hukuka uygun olmayacağını savunmaktadır. Bkz.: Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. (2007). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, s. 310.

[3] Mahkeme'nin Üçüncü Dairesi, 13-1993 sayılı kararı. Bu içtihattaki yaklaşım, San José İkinci Yargı Çevresi Ceza Dairesi'nin 217-97 sayılı kararı, Mahkeme Üçüncü Dairesi'nin 439-2004 sayılı kararı ve Santa Cruz Ceza Dairesi'nin 135-2008 sayılı kararı gibi diğer kararlara da yansımaktadır.

[4] Sancinetti, Marcelo. (1991). *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. 602.

[5] Bacigalupo, Enrique (1994). Manual de Derecho Penal. Editorial Temis, 1994, s. 136.

hukuka uygunluk nedeninin manevi unsurundan yoksun olduğu, yani objektif olarak hukuka uygun bir şekilde hareket ettiği ancak bu hukuka uygunluk hâlini bilmediği durumlarda yalnızca teşebbüs sorumluluğunun söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Çünkü hukuka aykırı sonuç gerçekleşmemiştir ve yalnızca hareketin değersizliği, teşebbüsün gerekçesini oluşturabilecektir, ki Sanz Morán da bu görüştedir[7]. Ulusal yazarlardan Castillo González ise failin, hukuka uygunluk nedeninin ve özellikle de meşru savunmanın maddi unsurlarını bilmediği ancak bu unsurların gerçekte mevcut olduğu durumlarda neticenin değersizliğinin söz konusu olmadığını, ancak hareketin değersizliğinin bulunduğunu ve bu durumda hukuka uygun bir neticenin varlığı nedeniyle tamamlanması imkânsız bir suçla karşı karşıya kalındığını belirtmiştir[8].

Bununla birlikte, izin verici tipler ya da hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, bunların yasaklayıcı tiplere özgü bileşik yapıyı zorunlu olarak tekrar etmelerinin gerekip gerekmediğini ve bu nedenle bunların uygulanabilmesi için manevi unsurun da bulunmasının şart olup olmadığını sorgulamak yerinde olacaktır.

Bu kısa çalışmada, esasen bir hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için manevi unsurun gerekli olmadığına dair iki farklı görüş incelenmektedir. Bunlardan biri, izin verici tiplerin suç teorisinin sistematiğindeki işlevi ile, diğeri ise zarar ilkesi ile ilgilidir.

I. Ceza Hukukunda Yasaklayıcı ve İzin Verici Normların İşlevi

Roxin'e göre[9] yasaklayıcı tip ve izin verici tip, suç teorisinin sistematiğinde farklı suç politikası işlevlerini yerine getirmektedir. Suç tipi ya da yasaklayıcı tip söz konusu olduğunda bu, ilgili suç tipinin ceza gerekliliğini temellendiren koşulları tanımlayan bir yapıdır, yani bir davranışın (*conducta*) örneğin hırsızlık, dolandırıcılık veya insan öldürme olarak kabul edilmesini ve dolayısıyla cezalandırılmasını sağlayan tüm unsurları ve özellikleri içermektedir. Bu bakımdan, ceza yaptırımının temelini oluşturan yasaklayıcı tipler, zorunlu ve kaçınılmaz bir şekilde kanunilik ilkesine tâbi olup bu ilke, devletin cezalandırma yetkisini kullanmasına karşı bireye güvence sağlamaktadır. Bu güvence işlevi Silvestroni tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"... Suçun bir hareket olduğu önermesinden yola çıkarak, ceza hukuku bakımından önemli olan ve fakat hukuki değersizlikle karşılaşacak olan hareketin mümkün olduğunca kesin bir şekilde tanımlanması gerekliliği ortaya çıkar. Kanun koyucunun bu bireyselleştirmeyi gerçekleştirmek için kullandığı araç, ceza hukuku bakımından önemli olan hareketin somut ve maddi bir tanımı olan suç tipidir. Bu işlevi yerine getirebilecek başka hiçbir hukuki araç bulunmamaktadır ..."*[10]. Sonuç olarak suç tipi, belirli bir davranışın toplumsal açıdan olumsuz değerlendirilmesini sağlayan unsurları taşıyan bir yapı olarak cezalandırılabilirliğin temel unsurlarını içermeli ve böylece cezayı hak eden davranışın tüm yönleriyle tanımlandığı bir yapıya sahip olmalıdır.

Öte yandan izin verici tipler veya hukuka uygunluk nedenleri, suç teorisi sistematiğinde farklı bir işleve sahiptir. Bunlar, tipik bir davranışın hukuka aykırı olarak değerlendirilmesini engelleyen ve dolayısıyla bu tür maddi koşullar altında hareket eden kişiyi, cezai ve hukuki sorumluluktan muaf tutan kurumlardır. Bu perspektiften bakıldığında izin verici tipler, devletin cezalandırma yetkisine karşı kişilerin özgürlük alanlarını güvence altına alan mekanizmalar olarak görülebilir. Bu nedenle bunlar hiçbir şekilde kanunilik ilkesiyle sınırlandırılmamakta olup bu durum, Ceza Kanunu'nda tanımlanmış olanların dışında hukuka uygunluk

[6] Roxin, Claus (1997). Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Editorial Civitas, s. 600.

[7] Sanz Morán, Ángel (1993). Elementos subjetivos de justificación. Barcelona: JM Bosch Editor, s. 97.

[8] Castillo González, Francisco (2004). La Legítima Defensa. San José: Editorial Jurídica Continental, s. 210.

[9] Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas, s. 286.

[10] Silvestroni, Mariano H. (2007). Teoría constitucional del delito. Buenos Aires: Editores del Puerto, s. 158.

nedenleri oluşturulması olasılığını düşünmeye imkân tanımaktadır[11].

Bobbio'nun geliştirdiği terminoloji kullanılarak[12], izin verici tiplerin çoğunlukla[13] yaptırımsız hukuk normları olduğu söylenebilir. Yani bunlar, ihlal edilmeleri durumunda herhangi bir olumsuz sonuç doğurmayan normlardır. Zira burada söz konusu olan, bireyin özel hayatını kendi iradesiyle düzenlenmesi alanına giren şahsi hakların isteğe bağlı kullanımıdır.

II. Genel Olarak Kabul Edilen İzin Verici Tiplerin Yapısı

Daha önce de belirtildiği üzere izin verici tiplerin, tıpkı yasaklayıcı tipler gibi, genellikle ikili veya bileşik bir yapıya sahip olduğu kabul edilmektedir. Castillo bunu, *"... tipiklik düzeyinde maddi ve manevi unsurlar ile hukuka uygunluk nedenleri arasında bir paralellik kurulur ..."* şeklinde belirtmektedir[14]. Aynı fikir, Küper tarafından da şu şekilde ifade edilmiştir: *"... (Kasten işlenen) bir suçun tipikliğinin incelenmesi, tipin maddi ve manevi unsurları açısından gerçekleştirilmelidir. Aynı durum, suçun yapısının ikinci aşaması olan hukuka aykırılıkta da ortaya çıkar: hukuka uygunluk nedenleri, maddi koşullardan ve manevi hukuka uygunluk unsurundan oluşur ..."*[15]. Sancinetti[16] ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi/manevi şeklinde ayrılan yapısını desteklemektedir. Bu yazar, *"... bunun arkasında izin verici hükümlerin, tıpkı normlar gibi, davranışın motivasyonuna yönelik önermeler olarak görülmesi fikri yatar – ki bu kuşkusuz doğrudur ..."* der ve *"... tıpkı bir insanı öldürdüğünü fark etmeyen kişinin, bir başkasını öldürme yasağı dolayısıyla yönlendirilemeyeceği gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran koşulların bilincinde olmayan kişi de izin verici hükümle yönlendirilemeyecektir..."* şeklinde ekler.

Bununla birlikte, doktrinde doğru bir şekilde vurgulandığı üzere, izin verici tiplerde maddi/manevi şeklindeki bir yapıyı koruma çabası, yanlış anlaşılan bir simetri arzusunun sonucudur. Bu yaklaşım, hukuka uygunluğu yalnızca yasağın ortadan kaldırılması olarak kavramsallaştırmaktan kaynaklanmakta ve izinleri yasaklar üzerinden tanımlamayı amaçlamaktadır. Oysa gerçekte, hukuka uygunluğun doğası farklıdır ve daha ziyade kişi özgürlüğünün yeniden teyit edilmesiyle ilgilidir[17].

III. Yasaklayıcı Tipler Neden Bileşik Bir Yapıya Sahiptir?

"Bileşik yapı" terimi, belirli bir suç tipinin uygulanabilmesi için hem maddi hem de manevi unsurların bir arada bulunması gerekliliğine işaret etmektedir.

[11] Doktrinde bu konu şöyle ifade edilmektedir: "*... Örfî (teamül hukukuna dayalı) veya kanun üstü (supralegal) hukuka uygunluk nedenlerinin tanınması, ceza hukukunun güvence işlevini sorgulanır hâle getirmez, zira burada cezalandırılabilirliğin genişletilmesi değil, sınırlandırılması söz konusudur ...*". Jescheck, Hans-Heinrich; Weigend, Thomas. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Granada: Editorial Comares, s. 352.

[12] Bobbio, Norberto. (2007) *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, s. 118.

[13] İzin verici tipler arasında, Ceza Kanunu'nun 25. maddesinde düzenlenen, kanunun verdiği bir görevin yerine getirilmesi durumu istisna teşkil eder. Zira bu tür bir görevin ihmal edilmesi, hukuki sonuçlar doğurur. Bu nedenle, kanunun verdiği bir görevin yerine getirilmesinin, izin verici tip olarak değil, tipik olmama nedeni olarak analiz edilmesi gerektiği tartışılabilir. Çünkü belirli bir şekilde (örneğin "x" şeklinde) hareket etmeyi öngören bir kanuni emrin varlığı, aynı şekilde ("x" şeklinde) hareket eden kişiyi cezalandıran suç tipindeki yasağı mutlak şekilde ortadan kaldırır. Bu durum, "bütüncül tipiklik" (*tipicidad conglobante*) kavramına iyi bir örnek teşkil eder, çünkü söz konusu davranış, hiçbir şekilde ve hiçbir açıdan hukuka aykırı (*antinormatif*) olarak değerlendirilemez. Bkz. Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. (2007). Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Editorial EDIAR, s. 357.

[14] Castillo González, Francisco. (2010). *Derecho Penal Parte General. Tomo II*. San José: Editorial Jurídica Continental, s. 62.

[15] Küper, Georg. (2005). *Concepciones y vinculaciones finales*. En: *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, s. 158.

[16] Sancinetti, Marcelo. (1991). Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. 604.

[17] Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. (2007). Manual de Derecho Penal Parte General. Buenos Aires: Editorial EDIAR, s. 470.

[18] Castillo González, Francisco. (2008) Derecho Penal Parte General. San José: Editorial Jurídica Continental, tomo I, s. 326.

Castillo'nun belirttiği gibi[18] suç tipi, karakteristik olarak maddi olup değer yargısı içermeyen bir yapıya sahip görülmekteydi, yani herhangi bir manevi unsur içermiyordu ve bu tür manevi unsurlar, kusurluluk başlığına bırakılmaktaydı. Ancak hareketin finalist teori çerçevesinde değerlendirilmesiyle birlikte, suç tipine kast ve diğer manevi unsurlar dahil edilmiş, bu da suç tipindeki deskriptif ve normatif unsurların birbirinden ayrılmasına yol açmıştır.

Ülkemizde bileşik suç tipi kavramıyla çalışılmaya esas olarak Mahkeme'nin Üçüncü Dairesi'nin 446-F-92 sayılı kararıyla başlanmıştır. Bu kararın ilgili kısmında şu ifadeler yer almaktadır: *"... Ceza Kanunu, tipte belirtilen kast veya doğal kast (dolus naturalis) gerektirmektedir. Bu nedenle tip, doğal kast veya taksirden oluşan manevi bir yön (manevi unsur) ile deskriptif unsurlar, normatif unsurlar ve suçun oluşumunu belirleyen şahsi koşullardan oluşan maddi bir yön (maddi unsur) içerir ..."* Bu ifade, ceza hukukumuzun finalist bir yapıyı benimsediği anlamına gelmemektedir. Zira bu teori, suç tipini maddi ve manevi unsurların bir arada bulunduğu ikili bir yapı olarak ele almaktadır. Ancak burada, Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin kaçınılabilir yasak hatası (*error de prohibición vencible*) düzenlemesi gereği, suç teorisinin hukuki tasarımına ilişkin uyumlu ve sistematik bir bakış açısının, suç tipiyle çalışırken mutlaka ikili bir yapı benimsememiz gerektiği sonucuna götürdüğü belirtilmektedir. Bu, daha ziyade normatif bir sonuç olup dogmatik bir yaklaşım değildir.

Yasaklayıcı suç tiplerinin, oldukça açık bir şekilde yönlendirici işlevi (*una función motivadora*) bulunmaktadır. Bu işlev, belirli davranışların toplumsal açıdan önemli hukuki değerleri ihlal etmeleri nedeniyle suç olarak tanımlanması ve bunları gerçekleştiren kişilere bir yaptırım öngörülmesi yoluyla bireylerin bu davranışlardan kaçınmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Ceza normunun bu önleyici/yönlendirici işlevi hakkında şu ifade yer almaktadır: *"... Norm, toplumsal aktörlerin bir çatışmayı çözme amacıyla kullanmaması gereken yolu önceden işaret ettiği ölçüde, genel bir önleme işlevine sahiptir. Bu, yasaklanmış davranışın gerçekleştirilmesi veya emredilmiş davranışın yerine getirilmemesi durumunda, devletin ceza uygulayarak karşılık vereceği konusunda uyarıda bulunmak anlamında bir önlemedir ..."*[19]. Ceza normunun bu yönlendirici işlevi[20], cezanın genel önleme amacıyla yakından bağlantılıdır. Öyle ki Schünemann'ın belirttiği gibi[21], ceza hukukunun amacı, hukuka uygun motivasyonlar aşılayarak toplumsal açıdan zararlı davranışları engellemektir.

Yasaklanmış olanı tanımlamak açısından hareketin manevi yönü, elbette önem taşımaktadır. Zira ceza yaptırımı ile sonuçlanabilecek suç isnadı, bir kişinin tipik bir hareketi gerçekleştirmesinin yanı sıra, bu hareketin özelliklerini bilmesi ve aynı zamanda bu hareketi gerçekleştirmeye yönelik iradesinin bulunması durumunda tamamlanır. Bu nedenle failin belirli bir suç tipinde öngörülen hareketi gerçekleştirdiğini bilmesini engelleyen bir hata (*error de tipo*) söz konusu olduğu takdirde hata kavramı devreye girer ve bu kavram tam anlamıyla uygulandığında, hareketin tipikliğine ilişkin tüm değerlendirmeleri ortadan kaldırır. Başka bir deyişle, bir hareketin hukuki ve sosyal açıdan kınanması, yani ceza sorumluluğu yüklenebilmesi için hareketin manevi yönü göz ardı edilemez. Bu nedenle de gerçekleştirdiği fiilin (*hecho*) bilincinde olmayan bir kişiyi cezalandırmak mümkün değildir. En azından hareketin bilincinde olma ve buna bağlı olarak irade gerekli olup teşebbüsün cezalandırılabilir olması da bu gerekçeyle açıklanmaktadır. Teşebbüs, bir kimsenin tipik bir hareketle bir hukuki değeri ihlal etmeyi amaçlamasını cezalandırmasına rağmen bu ihlalin, failin iradesi dışında gelişen nedenlerle gerçekleşmemiş olması mümkündür. Ayrıca yasaklayıcı normun ve cezanın önleme işlevi açısından da manevi unsur (failin bilgisi) vazgeçilmezdir, aksi takdirde bu

[19] Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Malarée, Hernán. (2006). Lecciones de derecho penal. Parte general. Madrid: Editorial Trotta, s. 49.

[20] Bu bağlamda Rivera, modern çağda ceza hukuku normunun bir davranış yönlendirme aracı olarak anlaşıldığını belirtmektedir. Bkz.. Rivera Llano, Abelardo. (2005). Derecho penal posmoderno. Bogotá: Editorial Temis, s. 612.

[21] Schünemann, Bernd. (1995). La función de la delimitación de injusto y culpabilidad. En: Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch Editor, s. 219.

işlev etkisiz kalacaktır. Zira kişinin, yasaklayıcı normu bilmediği sürece bu norm tarafından yönlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu manevi unsur olmadan önleme işlevi, içi boş bir kavram hâline gelecektir.

IV. İzin Verici Tiplerin İkili Yapısına Yönelik Eleştiri

Yukarıda ifade edilenlere rağmen, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi/manevi şeklindeki ayrıma dayalı ikili bir yapıya sahip olup olmaması gerektiği sorgulanabilir. Başka bir deyişle, bir hukuka uygunluk nedeninde manevi unsurun işlevinin ne olduğu sorulmalıdır. Yani bir kişinin maddi koşulları bakımından hukuka uygunluk nedeni kapsamında hareket ettiği bir durumda, bu kişinin söz konusu hukuka uygunluk durumunun maddi varlığını bilmesinin ne kadar önemli olduğu tartışılmalıdır.

5.1. Kanaatimce, bu sorulara verilecek yanıt kısmen de olsa yasaklayıcı tiplerden farklı olarak izin verici tiplere özgü yönlendiricilik işlevinin anlaşılmasından geçmektedir.

Daha önce de belirtildiği üzere Sancinetti, hukuka aykırılığı engelleyen koşulları bilmeyen bir kişinin, izin ile yönlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak bu iddia, izin verici tiplerin doğasını ve varlık nedenini göz ardı etmektedir. Öncelikle izin verici tipler, çoğunlukla[22] isteğe bağlı kurallar olduğu, yani bireyin serbestçe gerçekleştirebileceği ya da gerçekleştiremeyeceği davranışlarla ilgili olduğu için bir kişinin bu şekilde ya da başka bir şekilde hareket etmesine yönelik ceza hukuku açısından önemli bir "motivasyon"dan söz etmenin mantığı yoktur. Her ne kadar bir kişinin belirli bir izin verici tipin varlığından haberdar olması, onu hukuka uygun ve izin verilen şekilde davranmaya yönlendirebilse de bu "motivasyonu" analiz etmenin anlamı yoktur. Zira böyle bir durumda herhangi bir kınama yargısı gündeme gelmeyecektir. Ayrıca dış dünyaya yansımadığı sürece toplumsal açıdan zarar verici düşünceler, ceza hukuku bakımından önemsiz kabul edildiğine göre, bireyin dış dünyaya yansıyan ve hukuk düzeni tarafından teşvik edilen ya da buna uygun olan hareketlerine yol açan düşüncelerini veya motivasyonlarını sorgulamak ve/veya kınamak, aşırıya kaçmak olacağı için mantıklı değildir.

Yasaklayıcı tiplerdeki motivasyon işlevi, izin verici tiplerdeki motivasyon işleviyle aynı özelliklere sahip değildir. Yasaklayıcı tipler, yani belirli davranışları suç olarak tanımlayan tipler söz konusu olduğunda kişiler, davranışlarını kanuni düzenlemeye uygun hâle getirmeye yönlendirilirler, çünkü aksi takdirde belirli bir ceza ile cezalandırılabileceklerdir. Bu süreçte cezalandırılma olasılığına dair kesinlik özellikle önemlidir, zira bu durumda motivasyon, caydırıcı (*disuasión*) bir işlev görmektedir. Oysa izin verici tiplerde bu caydırıcılık işlevi ters etki yapmaktadır, çünkü burada amaç; insanlara belirli bir hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde hareket ettikleri takdirde, yeterli hukuki desteğe sahip oldukları ve bu şekilde, davranışlarının hukuka uygun olduğu mesajını vermektir. Ayrıca izin verici tiplerin çoğunlukla isteğe bağlı normlar olduğu göz önüne alındığında, bunların yasaklayıcı tiplerdeki yönlendiricilik işleviyle aynı nitelikte bir işlev taşımadığı, hatta taşıyamayacağı açıktır. Belirtebiliriz ki ceza hukukunun amacı, bir kişiyi iyi niyetlerinden dolayı ödüllendirmek değil[23], devletin cezalandırma yetkisinin uygulanabilirliğini sınırlamaktır.

5.2. Başka bir açıdan bakıldığında, hukuka aykırılık aşamasında manevi unsurların aranmasını hatalı kılan, zarar ilkesi (*principio de lesividad*) ile bağlantılı gerekçeler mevcuttur.

Zarar ilkesi, yalnızca hukuka aykırılık kategorisini değil, tüm suç teorisini etkileyen ve esasen objektif bir niteliğe sahip olan bir ilkedir. Hatta, Anayasa'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "*başkalarına zarar vermeyen ya da onları mağdur etmeyen özel hareketler, hukukun kapsamı dışındadır*". Bu da neticenin,

[22] Daha önce hukuka uygunluk nedeni olarak kanunla verilen bir görevin yerine getirilmesi hakkında belirtilen hususlar dikkate alınmalıdır.

[23] Hukuk ve ahlak, bazı ortak noktaları olsa da her zaman aynı çizgide ilerlemeyen farklı düzenlerdir. Kant'a göre erdemli bir hareket, kişinin gerçekleştirme motivasyonundan dolayı, değilse de meydana getirdiği netice ile tanımlanır. Ancak zarar ilkesi geçerli olduğu sürece, suç teorisi açısından, bir hareketin toplumsal değerlendirilmesinde nihai olarak meydana gelen netice, hareketin toplumsal açıdan ceza hukuku ile korunan veya güvence altına alınan hukuki menfaatleri korumaya veya sağlamaya katkıda bulunuyorsa öncelikli olmalıdır.

hareketin dışsal bir unsuru olduğunu gösterir. Eğer netice toplumsal açıdan önemli değilse söz konusu davranış maddi olarak hukuka aykırı sayılmaz. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin 4673-2003 sayılı kararında da bu vurgulanmış ve "*... bir hareket veya ihmalin soyut olarak bir suç tipi ile örtüşmesi yeterli değildir, bunun hukuka aykırı olması için aynı zamanda hukuki bir menfaate ciddi zarar verilmiş olması gerekmektedir... Bir suçun varlığını tespit edebilmemiz için, hukuki menfaatin yalnızca ihlal edilmiş olması yetmez, aynı zamanda toplumsal açıdan devletin cezalandırma mekanizmasının devreye girmesini gerektirecek boyutta önemli olması gerekir ...*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle bir hareketin hukuka aykırı olup olmadığını belirlemek için, tipik hareketin yol açtığı zararın ne olduğunu ve ne kadar önemli olduğunu tespit etmek mühimdir, çünkü yalnızca bu şekilde suç tipinde öngörülen cezanın uygulanması meşru hâle gelecektir[24].

Manevi hukuka uygunluk bulunmadığında, yani yalnızca maddi olarak hukuka uygun sayılan tipik bir hareketle karşı karşıya olduğumuzda, bu durum nihayetinde Anayasa'nın 28. maddesi uyarınca hukuka uygun bir netice teşkil edecektir. Maddi koşulların varlığı, elde edilen neticenin toplumsal açıdan değersizleştirilmediğini, aksine dışsal koşullar altında meydana gelen bu neticenin toplumsal olarak arzu edilir ve/veya tamamen kabul edilebilir olduğunu ifade etmektedir. Örneğin bir kişinin, karşısındaki kişinin haklı bir neden olmaksızın kendisine saldırmak ve onu öldürmek amacıyla silah taşıdığını bilmeksizin bu kişiye ateş ettiği bir durum söz konusu olabilir. Bu bağlamda atılan kurşun, failin farkında olmaksızın hukuka aykırı bir saldırıya karşı zorunlu bir savunma niteliği taşımaktadır[25]. Bu tür durumlarda davranışın hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi, zarar ilkesi açısından anlamsız olup toplumsal olarak kabul edilebilir bir neticeye yol açan kişinin içsel motivasyonlarını cezalandırmak anlamına gelecektir. Zira fail, olay anında izin verici bir tipin maddi koşullarının varlığından haberdar olmasa da nihayetinde elde edilen netice, yani haksız bir saldırıya uğrayan kişinin yaşamının ve/veya bedensel bütünlüğünün korunması, toplumsal beklentilere maddi olarak uygun bir netice teşkil etmektedir.

Maddi hukuka aykırılık, zarar ilkesini kuşkusuz şekilde içeren bir kategori olarak, ceza hukukunun somut olayın özelliklerine uyarlanmasını sağlayan bir araç niteliği taşımaktadır. Bu, tipiklik düzeyinde gerçekleştirilmesi zor bir durumdur, zira toplumsal gerçeklik, kanun koyucunun genel ve soyut düzenlemelerinden çok daha zengin ve çeşitlidir. Bu bağlamda Rivera'nın belirttiği gibi maddi hukuka aykırılık, "*... gerçeğin (hukukun toplumsal boyutu) ve ceza hukuku değerlendirmesinin bir kesişim noktası ...*" olarak karşımıza çıkmakta[26] ve uygulamaya göz ardı edilemeyecek bir toplumsal fayda anlamı kazandırmaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurunun göz ardı edilmesi, hukuka aykırılık aşamasında ceza yaptırımının, Anayasa'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan toplumsal zararlılık gerekliliği gibi tek ve temel bir ölçüte uyarlanmasını sağlaması bakımından önemlidir.

Sonuç

Her ne kadar izin verici tiplerin, yasaklayıcı tipler gibi, maddi ve manevi unsurları içeren bileşik bir yapıya sahip olduğu yaygın bir görüş de olsa, bu anlayıştan uzaklaşıp hukuka uygunluk nedenlerinin basit ve tamamen maddi bir yapıda ele alınmasını savunmak için sağlam gerekçeler bulunmaktadır. İlk olarak,

[24] Bu bakımdan durum, şu şekilde ifade edilmiştir: "*... Sosyal ve demokratik hukuk devleti modeline dayalı olarak önleyici ceza hukuku, haksızlığı, (hareketin) bir hukuk normunu ihlal etmesinin yanı sıra ceza hukukuyla korunması gereken hukuki menfaate ciddi bir tehlike veya zarar oluşturması (normatif netice) bağlamında hareketin değersizliğine dayandırır ...*". Navas Aparicio, Alfonso. (2011). *Código Penal de Costa Rica comentado*. San José: Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, s. 145.

[25] Benzer durumlar şunlardır: Bir kişi, içinde havasızlıktan boğulmak üzere olan bir çocuk bulunduğunu bilmeden bir aracın camına taş fırlatır ve bu eylem sayesinde çocuğun hayatı kurtulur; ya da bir kiracı, ev sahibinin kira ödemesini almak için geldiğinde, kapı açıldığında içeri girmesini engellemek amacıyla öfkeyle bir oklava ile darbe savurur, ancak darbe ev sahibine değil, evde hırsızlık yapmayı planlayan bir hırsıza isabet eder ve böylelikle hırsızlığı engeller. Görüldüğü üzere, bu durumlarda manevi hukuka uygunluk eksiktir, ancak nihayetinde elde edilen netice, toplumsal onayı hak etmektedir.

[26] Rivera Llano, Abelardo. (2005). Derecho penal posmoderno. Bogotá: Editorial Temis, s. 581.

hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurdan arındırılması, bir davranışın hukuka aykırılığının engellenmesi için gereken koşulları hafifleterek kişi özgürlüğü alanını genişletmektedir. Manevi unsurun kaldırılması, aynı zamanda izin verici tiplerin doğası ve işlevinin, esasen yasaklayıcı tiplerden farklı olduğunu kabul etmenin bir sonucudur. Buna ek olarak, hukuka uygunluk nedenlerinin manevi unsurundan vazgeçilmesi, hukuka aykırılık kategorisinin esasen maddi bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmek anlamına gelecek olup bu sonuç, devletin cezalandırma yetkisini sınırlandıran zarar ilkesinin üstünlüğünden kaynaklanmaktadır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer Review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Yazar Bilgileri / Author Details
Havva Begüm Tokgöz (Çeviren)
[1] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
0000-0001-6296-5068 btokgoz@istanbul.edu.tr