

CEZA HUKUKUNDA ÖNEMSİZ HAREKETLER*

Hakan Hakeri **

Prof. Dr. Dr. h.c.mult Hans Joachim Hirsch
und / ve
Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Hans Ludwig Schreiber'e
in Dankbarkeit gewidmet...***

Örnek Olay ve Kararlar

1. *"Sanığın yol kenarında bulunduğu anlaşılan müştekiye ait bahçeden yemek amacıyla az miktarda fıstık alması eylemi, gelenek ve göreneklere göre, süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir sonucu olup duruşmada belirlenen miktarı itibarıyla hırsızlık suçunun manevi unsurunun oluşmadığı anlaşıldığından..."*¹

2. *"Adet veçhile bayram günü misafirlerin yararlanmasına sunulan şekerlerden az miktarda almanın hırsızlık cürümünün yeterliliği açısından nicelik boyutlara ulaşmadığı gözetilmeden hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır"*²

* Bu çalışma Türkiye Bilimler Akademisi'nin tarafıma sağlamış bulunduğu bir araştırma bursu sayesinde mümkün olmuştur. Türkiye Bilimler Akademisi'ne bu çok değerli katkısından dolayı teşekkür ediyorum.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

*** Toplumsal uygunluk teorisinin kurucusu Hans Welzel'in öğrencileri doktora danışmanım Prof. Dr. Dr. h.c.mult Hans Joachim Hirsch ve postdoc çalışmalarımı destekleyen Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Hans Ludwig Schreiber'e.

¹ 11. CD., 11.10.2001, 9309, Taşdemir, Kubilay/Özkepir, Ramazan, *Hırsızlık Suçları*, Ankara 2002, 44.

² 6. CD., 25.03.1986, 361/3227, Gündel, Ahmet, *Zimmet, Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suiistimal Suçları*, Ankara 2002, 584.

3. “Arkadaşlarıyla, mağdura ait bahçenin yakınında oyun oynamakta olan sanığın, bahçesindeki elma ağaçlarından bir kaç elma koparıp yemesinden ibaret olan eylemin törelere, örf ve adetlere göre³ süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal ve olağan bir tezahürüdür. Bu eylemde suça yönelik irade varlığından söz edilemeyeceği gibi, hırsızlık suçunun oluşması için suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı neticesine varılmalıdır”.⁴ Yargıtay’ın bu kararında bir yandan kastın yokluğu esas alınırken, öte yandan “suçun nicelik yeterliği açısından gereken boyutlara ulaşmadığı” ifadesi ile esasen hareketin önemsizliğine işaret edilmektedir.

4. “Söz konusu eylemin suç olarak cezalandırılabilmesi ve öngörülen cezanın haklılık kazanabilmesi için ceza normuyla korunan ve suçun hukuki konusunu oluşturan varlık, yarar ya da değer in toplumda yaygın ortak ve genel yargı ve anlayışa göre, belli ve gözetilebilir düzeyde zarara uğraması veya tehlikeye düşmesi zorunludur”.⁵

5. “Sanığın çaldığı iddia edilen banka cüzdanının ekonomik değeri bulunan bir mal olup olmadığı ve dolayısıyla suçun ‘nicelik açısından yeterli boyut’a ulaşıp ulaşmadığı saptanmadan hükümlülük kararı verilmesi yasaya aykırıdır”.⁶

³ Örf ve adetin vergi yargısındaki rolüne ilişkin bir mahkeme kararı için bkz., Samsun Vergi Mahkemesi, 21.10.1997, 307/422 (karar yayınlanmamıştır). Karara konu olayda davacı hakkında, oğluna düşük değerle dükkân sattığı iddiasıyla vergi cezası uygulanmıştır. Vergi cezasına karşı davacının açtığı davada, mahkeme “Türk toplumunun örf ve adetlerine göre belli bir nakdi değeri olan iktisadi ticari bir kıymetin (varlığın), baba-evlat, anne-evlat, amca, dayı-yeğen gibi birbirleriyle yakın akrabalık ilişkisinde olan insanlar arasında alışverişe konu olması halinde daha düşük tutarlar üzerinden satış işleminin yapılabileceği keyfiyeti bilinen bir gerçektir. Örf ve adetler, hukukun yazılı kaynakları kadar bağlayıcı nitelikte olmasalar da, bir ihtilafta hukuka uygun bir yargıya varabilmek için yararlanılması gereken bir değerler sistemidir” şeklinde karar vermiş ve karar Danıştay tarafından onanmıştır.

⁴ CGK 26.10.1987/406/499, YKD 1988, 265; Karşı oy:

“Çalınan şeyin miktarının az olması çocukluk çağında herkesin başkasının bahçesinden 3-4 elma çalmış olduğunun kabulü, suçun “nicelik” gibi mücerret bir tabirin suçu ve suçluluğu ortadan kaldırmayacağı, genel suç unsurları arasında da nicelik diye bir unsurun bulunmadığı görüşü ile çoğunluk kararına muhalifim.

Filhakika, hırsızlık suçu unsurları da belirtilerek 491. maddede tarif edilmiştir. İhtiyaç hali suçu bertaraf etmediği gibi çalınanın adedi ve değeri de suçun oluşması yönünden bir hüküm ifade etmemektedir.

Suç oluşmuştur. Alınan şeyin değeri pek cüzi olsa dahi suç mevcuttur. Çalınan şeyin adedi ve değeri suçun oluşması yönünden değil, TCY 522. maddesinin tatbiki bakımından önem arz etmektedir. Yoksa hırsızlık suçunun oluşması ve unsurları için bir de bin de birdir” (Kadri Keskin).

⁵ 6. CD., 14.6.1984, 3548/5184, YKD 1984, 1443.

⁶ 6. CD., 3.10.1986, 7783/8668, YKD 1987, 140.

6. “Çağdaş ceza hukuku ve dolayısıyla Türk Ceza Yasası, eylemin korunan yararı/değeri/varlığı ihlal edicilik ilkesine” dayanmaktadır. O nedenle her ceza normunda korunan yararın/ değer/ varlığın ve bunun ‘ihlal boyutuna’ ulaşip ulaşmadığının saptanması zorunludur.

TC yasasının 495. ve onu izleyen maddelerindeki yağma cürümleri bileşik (mürekkep) suçlardandır. Korunan yarar/ değer/ varlık ise, hem malvarlığı ve hem de irade (karar) özgürlüğüdür. Bu yüzden de zorla yağma cürümleri çok hukuki konulu suçlardandır ve bu cürümlerin oluşması için hem irade (karar) özgürlüğü ve hem de malvarlığı değerlerinin ihlal boyutlarına ulaşması gerekir. Ancak, “maddi hukuka aykırılık” gerçekleşmemiştir. Bu nedenle failin cezalandırılması normun konuluş amacına ve özüne ters düşer.

Nitekim Yargıtay da boş bir çek yaprağının çalınmasının malvarlığını; herkesin kolayca sahteciliğini ayırt edebileceği nitelikte belge düzenlemenin kamu güvenini ihlal boyutuna ulaşmadığı için hırsızlık ve sahtecilik cürümlerinin oluşmayacağına haklı olarak karar vermiştir.

Olayımızda oluşa uygun kabule göre, sanık mağdurdan yalnızca 10.000 lira istemiş ve bununla sınırlı olarak yağma cürümünü işlemiştir. 10.000 lira ise günümüzdeki ekonomik şartlara göre malvarlığını ihlal edici boyutta bir değer değildir. Bu durumda sanık yalnızca karar özgürlüğünü ihlal etmiş olmaktadır ve eylem, TC yasasının 188/3. madde ve fıkrasına uymaktadır. Kuşkusuz sanık belli bir parayı değil de mağdurun belirsiz de olsa, tüm paralarını yağmalamaya kalkışmış ve sadece 10.000 lirayı eline geçirmiş olsaydı değer ihlal boyutuna ulaşmadığından eylem zorla yağmaya eksik kalkışma olacaktır. Böyle bir durum ise olayımızda söz konusu değildir.

Bütün bu nedenlerle, sanığın 10.000 lirayla sınırlı olarak yaptığı yağma cürümünden cezalandırılması ihlal boyutunu gözetmediğinden “maddi hukuka aykırılık” ögesine ters düşecek, sadece biçimsel hukuka aykırılık ögesiyle yetinilmiş olunacaktır.

“Belirttiğim nedenlerle kararın bozulması görüşündeyim”.⁷

7. Sanıkta elde edilen esrar, 32 santigram gibi cüzi bir miktarda olduğuna göre, bu halin (765 s.) TCK’nın 59. maddesinin uygulanmasını gerektirip gerektirmeyeceğinin tartışmasız bırakılması yasaya aykırıdır.⁸

⁷ Sami Selçuk, Karşı Oy Yazısı, 6. CD., 24.8.1993, 5887/6145.

⁸ 5. CD., 26.01.1984, 213/175.

8. Bir mahkeme kararına konu olayda, haczedilen eşyalar icra memuru tarafından borçlunun deposunda emanete alınmış, bir müddet sonra borçlu deposunu kiralayacağı için, icra dairesine başvurarak, eşyaları başka yere aktarmak istediğini belirtmiştir. İcra dairesi bu konudaki izni beklemesi gerektiğini söylemesine rağmen, borçlu eşyaları bir başka depoya nakletmiştir. Yerel mahkeme borçlunun, haciz altındaki eşya üzerinde icra dairesinin hâkimiyetini tamamen veya kısmen kaldırma suçunu düzenleyen Alman CK 136. maddesinden dolayı hükümlülüğüne karar vermiş; ancak yüksek mahkeme haczedilmiş olan eşyaları bıraktığı yerde bulamayan icra dairesinin, taşınma planlarından haberdar olması dolayısıyla yeni yerinde bulmasının zor olmadığına, bu itibarla da eşya üzerindeki hâkimiyetin olsa olsa geçici ve kısmen kalktığına işaret ederek, 136. maddenin uygulanmasının, *ancak bu hâkimiyet engellemesinin esaslı bir derecede, ağırlıkta olması halinde mümkün olacağına karar vermiştir*. Yüksek Mahkeme'ye göre, *çok önemsiz, hafif derecedeki hukuksal yarar ihlalleri şekli olarak suç tipi kapsamında olsa bile maddi olarak ceza normunun tipikliğini gerçekleştirmeyeceği birçok suçta (yaralama, mala zarar verme, hürriyeti tehdit, rüşvet gibi) açıkça kabul edilen bir husustur*. Mahkeme bu hususun ayrıca genel bir prensip olduğunu da vurgulamaktadır.⁹

9. *“Almanya’da Müslümanların erkek çocuklarını sünnet ettirmeleri, önemsizlik dolayısıyla müessir fiil olarak kabul edilmemekte; buna karşın, kızların belirli gruplar tarafından sünnet edilmeleri esaslı bir saldırı olarak kabul edilip, ağır müessir fiil olarak cezalandırılmaktadır”*.¹⁰

Giriş

Çalışmamıza bir soru ile başlayalım: *Vücut bütünlüğüne yönelik eylemlerde mağdurun rızası geçerli olmadığı halde, vücutlarına dövme, piercing yaptıranların rızası neden geçerli sayılmakta ve failler cezalandırılmamaktadır?*

Ceza hukukunda tartışılan konulardan biri, bir ceza normunun lafzına açıkça uymasına rağmen, neden tipikliği gerçekleştiren her eylemin cezalandırılmadığıdır? Bu çalışmada, bu somut sorudan yola çıkarak, cezalandırmama sonucuna hangi gerekçelerle ulaşıldığı sorusuna cevap aranacaktır.

⁹ OLG Hamm, NJW 1980, 2537.

¹⁰ Erlangen Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Prof. Dr. Mathias Rohe'nin, Göttingen Üniversitesi'nde 18.06.2004 tarihinde verdiği konferansta ifade edilmiştir.

Ceza hukukunda suç, “toplumun değer verdiği yararlar ‘tahammül edilemeyecek’ zarar ve tehlikenin yaratılması şeklinde de tanımlanabilir”.¹¹ Toplum düzenini “önemli” bir şekilde ihlal eden fiil suçtur.¹² “Her hukuki konunun zarar görmesi veya tehlikeye maruz kalması, fiilin suç olarak kabul edilmesinde yeterli değildir; fiilin toplum düzenini ‘önemli ve ağır bir şekilde’ ihlâl etmiş olması da aranacaktır”.¹³ Hukuk düzeninin korunması ödevini üstlenmiş bulunan hukuk dallarından birisi ceza hukuku olup, bu hukuk dalı, “konusuna giren ve düzeni ‘önemli’ bir şekilde bozan eylemlerin neler olduğunu, bu eylemlere karşı ne gibi yaptırım uygulanacağını tespit eder. Ceza hukukunun yaptırımları hayata, hürriyete yönelik etkilerinin olması, bu hukuk dalını, hangi fiillerin hukuk düzenini ‘önemli’ bir şekilde ihlâl etmiş olduğunun baştan itibaren tespitine zorlar”.¹⁴ Hürriyeti tehdit suçunda hareketin belirli bir süre devam etmiş, ağır, ciddi ve ‘önemli’ olması gerekir.¹⁵ Alman hukukunda, basit iğne batırma, çizik, sıyrık, hafif öksürüğe neden olma, zararsız mor lekelere neden olma gibi ‘önemsiz’ nitelikteki sonuçlara neden olma durumunda yaralama suçunun işlendiği kabul edilmemektedir.¹⁶

Yukarıdaki ifadelerde koyu karakterde olarak belirtmiş bulunduğum “tahammül edilemeyecek”, “önemli” ve “önemli ve ağır şekilde” kavramları üzerinde düşünölmek gerektiği kanısındayım. Bu noktada, ilkin kanun koyucunun esasen bazı fiilleri suç olarak tespit konusunda serbest olduğuna dikkat çekmek gerekir.¹⁷ Ancak, kanun koyucu bu

¹¹ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul 1991, 6.

¹² Önder, C. 1, 8. Amerikan model ceza kanununda şöyle bir çerçeve önerilmektedir: “Suçların tanımını düzenleyen hükümlerin genel amaçları: a) Bireysel veya kamusal menfaatlere (yararlara) haksız ve mazeretsiz esaslı zarar verici veya tehdit eden davranışı yasaklamak ve önlemektir (s. 1.01 (1))” Yücel, Mustafa Tören, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, 1. Kitap, Panel, Ankara 2004, s. 74, 75.

¹³ Önder, C. 1, 9.

¹⁴ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2, İstanbul 1989, 3.

¹⁵ Gülşen, Recep, *Hürriyeti Tahdit Suçları*, Ankara 2002, 58; Odadan çıkmak üzere olan bir kimseyi kısa bir süre kapıda tutan kimse hürriyeti tahdit suçundan dolayı cezalandırılmaz. Buradaki ihlal tipiklik bakımından önemli bir dereceye ulaşmamaktadır, Haft, Fritjof, *Strafrecht, Fallrepetitorium zum Allgemeinen und Besonderen Teil*, 2. B., Münih 1991, 46, 47.

¹⁶ Rengier, Rudolf, *Strafrecht Besonderer Teil II*, 6. B., München 2005, 81, 82.

¹⁷ Alman Hukuku’nda kanun koyucunun her ceza normunu orantılılık prensibi çerçevesinde, korunan hukuksal yararın ağırlığına göre düzenlemesi gerektiğine işaret edilmektedir, Ostendorf, Heribert, “Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel”, GA 1982, 341; Her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesi “yasa koyucu, cezayı saptarken, ceza yaptırımının suçlu üzerinde doğuracağı elem ve acının, bu suçun toplumda neden olduğu tepkiyle orantılı bulunması gereğini göz önünde tutmak durumundadır” demekteyse de (18.11.1980, 34/-58), birçok kararında kanun koyucunun bu konudaki yetkisini mutlak görmek ve kendi denetim

serbestiye rağmen, her türlü fiili suç olarak tespit etmez, bu fiillerin yukarıda da ifade edildiği gibi, toplum düzenini önemli ve ağır bir şekilde bozmasını ve hukuksal yararlar tahammül edilemeyecek derecede zarar veya tehlike oluşturmamasını bir kıstas olarak kabul edip, bu çerçevede suç teşkil eden eylemleri belirler.

Kanun koyucu bazı davranışları ceza hükümleri haline getirmekte ve bu ceza hükümleri de şekli ceza hukuku uygulamasında esas alınmaktadır. Ancak bazen bu bağlamda bir sorun ile karşı karşıya kalınmaktadır. O da, suç tipinin hareketin haksızlık tipini içermesi ve fakat hareketin cezalandırılmasının toplum nezdinde kabul görmeyebilecek olmasıdır.¹⁸ Dolayısıyla hareketin tipik olmasına rağmen cezalandırılmasının toplum nezdinde olumlu karşılanmayacağı durumlar söz konusu olabilmektedir.

Yukarıda hangi eylemlerin suç olarak belirleneceğine ilişkin olarak ifade ettiğim mülahazalar, konunun kanun koyucuyu ilgilendiren yönüdür. Konunun bir de uygulamacıyı ilgilendiren yönü vardır ki, bu çalışmanın ana temasını oluşturan husus budur. Kısaca özetlemek gerekirse, “*tahammül edilemeyecek nitelikte olma*”, “*önemli ve ağır olma*” gibi özellikler, ceza hukukunun ultima ratio (son araç) olma niteliği dolayısıyla, kanun koyucunun yapmak durumunda olduğu bir değerlendirmede esas alınacak hususlardır. Ancak, bazen kanun koyucunun bu nitelikte görüp de, suç olarak belirlediği ve suç tipinde tanımladığı bir eylemin, somut olayda “*tahammül edilemeyecek*” veya “*önemli ve ağır*” nitelikte olmadığı görülebilir. O zaman burada hâkim ayrıca bir değerlendirme yaparak, bu tip eylemlerin kanundaki tipe uysa bile “*tahammül edilemeyecek, önemli ve ağır*” nitelikte olup olmadığını araştırabilir mi? Dolayısıyla bir yandan kanun koyucu “*tahammül edilemeyecek, ağır ve önemli*” ihlalleri suç olarak belirlerken, öte yandan hâkimin, tipik bir eylemi, “*tahammül edilemeyecek, önemli veya ağır*” nitelikte görmeyip, cezalandırılmasına gerek görmemesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Bu dar kapsamlı yazıda ele almak istediğim husus, hâkimin tipik bir eylemi önemsiz görmesi dolayısıyla cezalandırmaktan sarfı nazar etmesinin mümkün olup olmadığı, yani bir bakıma hâkimin kanun koyucunun ödevini eksik yaptığı hallerde ya da kanun koyucunun soyut

alanı içinde kabul etmemektedir (Anayasa Mahkemesi, 06.04.1971, 2/36; 11.12.1980, 63/68; 11.09.1986, 33/22; istisnaen aksi yönde, 18.7.2001, 22/332).

¹⁸ Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11. B., Bielefeld 2003, §16, kn. 34.

olarak ve “*dayanılmazlık, tahammül edilemezlik, önemlilik ve ağır olma*” nitelikleri çerçevesinde belirlediği kalıbın, somut olayda çok geniş gelmesi durumunda hâkimin bir nevi kanun koyucunun yerine geçerek ek bir değerlendirme yapabilip yapamayacağıdır. Yukarıdaki kısa örnek olaylarda gördüğümüz ve aşağıda ayrıntılı örneklerini vereceğim gibi, böyle bir değerlendirmenin uygulamada ve öğretide yapıldığını görmekteyiz. O takdirde, bu değerlendirme yapılırken neler göz önünde bulundurulmalıdır, bu da ayrıca ele alınmalıdır.

Burada ele alacağım konu, öğretide “*hukukça önemli olmayan hareketler*” olarak nitelendirilen ve hukukça düzenlenmemiş, hukukun bünyesine alınmamış hareketler olmayacaktır. Bu hareketler suç tiplerinin ne yasak ne de emir normunu ihlal eder nitelik taşımayan hareketlerdir.¹⁹ Bunlar hukukun kapsama sahası dışında olduğu gibi, bu çalışmadaki “*önemsiz hareketler*” bu anlamdaki hareketler olmayıp, bizzat hukukun kapsama alanı içinde bulunan, bir suç tipinin tipikliğini ihlal eden hareketlerdir.

Ön Sorun: Hâkim Tipik Eylemin Cezaya Layıklığı Konusunu Ayrıca Değerlendirebilir mi?

Bu konudaki görüşümü hemen baştan ifade etmek istiyorum. Evet, hâkim böyle bir değerlendirme yapabilir. Hâkim, soyut hukuk kuralını somut olaya uygulamak durumunda olan kişi olarak, böyle bir değerlendirme yapmak kendi görev alanı içindedir. Önemsiz veya ağır olmayan eylemlerin tipikliği oluşturup oluşturmadığını araştırmak, kanun koyucunun da esas itibarıyla bu amaç içinde hareket ettiği, suç tiplerini bu çerçeve içinde belirlediği düşünülecek olursa, kanun koyucunun soyut eleğinden ultima ratio prensibine rağmen geçerek kanunun lafzına uyma şanssızlığına uğramış eylemlere, hâkimin somut eleğini uygulayarak, bunları ceza hukukunun kapsamı dışına çıkarmak mümkün olmak gerektir.

Nitekim öğretide hukuku uygulamanın, “*hukuki ‘öneme sahip’ hayat olaylarını ve ilişkilerini hukuk normunun içine, kapsamına sokmak*” olduğu isabetle ifade edilmektedir. “*Hukuk normları düzenlemek istedikleri olayların neler olduğunu tümüyle saptayamazlar ve bu noktadan itibaren de yorum başlar*”.²⁰

¹⁹ Önder, C. 2-3, 150.

²⁰ Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, 180.

Kaldı ki, hâkim kanunu uygularken, kanunu yorumlamak da durumundadır. “Yargı organları kanunları tatbik ederken onlara bir mana vermek mecburiyetindedirler”.²¹ Yorum yapılmaksızın hiçbir hukuk kuralları adil olarak uygulanamaz.²² Bugün mahkeme kararlarına baktığımızda tartışmaların çoğunun yorumda odaklandığı ve hâkimlerin doğru yorumun hangisi olduğunu belirlemek durumunda olduklarını görmekteyiz.²³ Gerçekten de, bu yorum hâkimin hem hakkı, hem de görevidir. Hareketin önemsizliği noktasında yapılacak bir yorum da, hâkimin doğal görev alanı içinde yer alan bir yorumdur. Sonuç olarak, hareketin önemli ve ağır olması gereği, kanun koyucunun da bu amaç içinde hareket ettiği gerçeği karşısında, kanunu uygularken, hâkime bu tür bir yorum yapma olanağını sağlamaktadır. Kaldı ki, bu faaliyet kanunumuzun 2/3. maddesinde düzenlenmiş bulunan ve failin lehine olan, “suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”²⁴ şeklindeki emre de aykırılık teşkil etmemekte, aksine bu yöndeki yorum faaliyeti daraltıcı bir mahiyet arz etmektedir.

Nitekim özellikle Fransız Öğretisi’nin etkisiyle ceza kanunlarının yorumunda daraltıcı yorumun tercih edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bunun nedeni olarak da “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi açıklanmaktadır. Kanun metni açık olmadığı takdirde sanığın aleyhine gitmenin doğru olmayacağı ve dar yorumun tercih edilmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.²⁵

Öğretide de, kanunun lafzı ile yorumlanması arasında farklılıklar olmasının doğal olduğu, kanun koyucunun yaptığı normatif tipikleştirme ile pratikteki uygulamanın farklılaşmasının, ceza hukuku yorumunun temeli olduğu ve bunların sonucu olarak kanunun lafzının kapsadığı “*kenar, uç, yan alanlar*”ın uygulamada cezaya layıklık noktasında değerlendirilmesinin bir zorunluluk olduğuna işaret edilmektedir. Bunun arkasında yatan neden de, ceza hukukundaki hukuksal yarar korumasının son araç olması prensibidir. Gerçekten de, esasen ceza hukuku tarafından korunan önemsiz hukuksal yarar ihlalleri, devletin elindeki bir araç olan bu ağır hukuk dalının müdahalesini her

²¹ Tosun, Öztekin, “Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir”, İÜHF C. XXVIII, S. 1, İstanbul 1962, 24

²² Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, 125.

²³ Işıқтаç, /Metin, 179.

²⁴ Fransız Ceza Kanunu’nun 111-4 maddesinde “ceza kanunu dar yorumlanır” hükmü yer almaktadır.

²⁵ Tosun, 26; aynı yönde, Işıқтаç/Metin, 209.

zaman gerektirmemektedir.²⁶ Hâkimin kanun koyucu tarafından önceden öngörülemeyen olguları somut olayda göz önünde bulundurması sırasında, kanun koyucunun hükmü koyarken neyi amaçladığı (ratio legis) ve bu kapsamda verdiği değer yargısı ifade eden kararlar hâkim için yol gösterici olmalıdır.²⁷ Bu bakımdan, kanunda yer alan bir suç tipindeki ifadeler değil, kanun metni dışındaki olgular ön plana alınmalı ve pozitif normun ötesinde ratio legis esası gözetilmeli ve kanun metninin yorumunun hangi somut sonuçlara yol açacağı dikkate alınmalıdır. Bundan sonra, hangi yorumun kanunun ratio legisine uygun olacağı, en yakın düşeceği belirlenmelidir.²⁸ Keza “işin doğası” prensibi de yorumda kullanılabilir. Bu prensip, hukuk güvenliği, ilginin beklentilerinin göz önünde tutulması, amaca uygunluk esasları çerçevesinde, kanun hükmünün toplumsal bünyenin işleyişini engellememesi, aksine desteklemesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁹ Önemsiz hukuksal yarar ihlalleri konusunda ise kanun koyucunun “ultima ratio” esas çerçevesindeki iradesinin, çok geniş kapsamlı kanun hükmünün, bu iradeye uyumlu kılınmak amacıyla dar yorumlanmasını gerektirdiği kanısındayım.³⁰

Hukukun genel prensipleri manasında da yorumda “ultima ratio” prensibi bize yardımcı olabilir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, ka-

²⁶ Ostendorf, 341, 342.

²⁷ Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. B., Berlin, Heidelberg, New York 1979, 315; Nitekim şu kararında Yargıtay konuya normun “ratio legis”i ve “hukuka aykırılık kavramı” açısından yaklaşmıştır, Ünver, İzin Verilen Risk, s. 120, 121: “Sırf biçimsel bir hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk sebeplerini sadece müsbet hukukta aramak ve kanunun sustuğu yerlerde, yapılan hareket ne derece haklı ve meşru görülürse görülsün, fili cezalandırmak sonucuna götürür. Biçimsel hukuka aykırılık esasını kabul etmek, teknik hukuk açısından doğru ve yerindedir, fakat sosyal hayatın gereklerine bazı hallerde tam anlamıyla cevap verecek nitelikte değildir. Böyle olunca, kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca kanunun asıl fikrine “ratio legis”e bakmak gerekir. Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda hukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “haklı” sayılabilemesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil hukuka uygundur ve hukuka uygunluğu belirtilen halin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza hukukunun da zımni sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir hukuka aykırılık da bulunamaz”, CGK, 28.03.1983, 56/144.

²⁸ Bydliniski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York 1982, 449.

²⁹ Bydliniski, 459, 460.

³⁰ Bkz., Engisch, Karl, *Einführung in das juristische Denken*, 7. B., Stuttgart 1977, 100 vd.

nun metinlerinin yorumunda hukukun genel prensiplerinin de göz önünde tutulması gerektiği ceza hukukunda kabul edilmektedir.³¹ Bu itibarla, özellikle ceza hukukunda geçerli genel bir prensip olarak “*ultima ratio*” esası da kanun metinlerinin yorumunda gözetilebilecektir, hatta gözetilmek durumundadır.

Kanun metinlerinin gai (amaçsal) yorumu ilkeleri çerçevesinde de “*önemsiz hareketler*” göz önünde bulundurulabilir. Gerçekten de, kanun koyucunun amacının bu kadar önemsiz hareketlerin de mi cezalandırılması olduğu özellikle araştırılmak gerekir.

Hâkim kanunun kör bir uygulayıcısı, bir robot; kanun, hâkimin elinde rasgele kullandığı bir silah değildir. Hâkimin verdiği kararın kanun koyucunun hukuksal yararı koruma amacına uygun ve adil olması gerekir. Bu noktada kanunların yorumunda kanun koyucunun iradesini esas alan sübjektif teorinin³² burada uygulama alanı bulması gerekmektedir. Keza, “*prensip ve norm çatışmasında, yararlar tartışını esas alan yorum yöntemi*”³³ de konumuz ile ilgili olarak kullanılabilecek bir yorum türüdür. Gerçekten, *ultima ratio* prensibine; yani suç ile bir hukuksal yararın önemli ölçüde ihlal edilmesi gerektiği prensibine aykırı bir normun bulunması durumunda, hâkim yararlar arasında bir tartı yaparak, kanun hükmünün tipik olaya uygulanıp uygulanmayacağına karar verebilmelidir.

Ayrıca önemle ifade etmek gerekir ki, ceza hukuku manasında hareketin ne olduğu açıklanırken hareket kavramının açıklığa kavuşması, ceza hukuku bakımından önemsiz ve cezalandırılmaya gerek görülmeyen hallerin neler olduğunu tespiti yarayan bir işlevi yerine getirir ki, buna da “*hareketin ayırıcı, eleyici, sınırlayıcı fonksiyonu*” denilmektedir.³⁴ Bu işlev de esasen bir yorum faaliyetinden başka bir şey değildir. Bu itibarla, ceza hukuku manasında hareketin ne olduğunu belirlemek konusunda hâkim ne ölçüde yetkili ise, aynı ölçüde de hangi hareketlerin önemsiz olduğunu da belirlemeye yetkilidir. Ancak öğretilerde ceza hukuku manasında hareketin özelliği olarak belirtilen “*önemlilik*” kıstası ile bu çalışmanın konusunu oluşturan “*önemlilik*” meselesini birbirine karıştırmamak gerekir. Nitekim “*hareketi tabii veya illi anlamda kabul edenler, hareketin iradi ve bir neticenin sebebi olması ile yetinirler. Böylece, ceza hukukunda önem taşımayan hareketlerin baştan iti-*

³¹ Tosun, 32–34.

³² Larenz, 302.

³³ Larenz, 392 vd.

³⁴ Önder, C. 2, 20.

baren ayıklanabilmesinin mümkün olduğu da belirtilir”³⁵ ve “insan davranışlarının iradi olması gereği aynı zamanda hangi hareketlerin ceza hukuku bakımından önemsiz olduğunu da ortaya koyar. Buna karşı hareketin ceza hukukunda önemli olabilmesi için iradi olmasını da açıklamış olur”³⁶ ifadelerindeki “önemlilik” tamamen farklı anlamda ele alınmaktadır. Burada önemlilik, bir hareketin ceza hukuku manasında hareket olmasını ifade ederken, bu çalışmanın konusu bakımından “önemlilik”, hareketin bir suç tipine uymasına rağmen cezalandırılmamasının sebebi anlamında kullanılmaktadır.

Konunun buraya kadarki kısmı, basit olan kısmıydı. Asıl çetin olan mesele, bir hareketin önemsiz olduğunun neye göre belirleneceği meselesidir. Dolayısıyla, bu çalışmada üzerinde ayrıntılı olarak durulacak konu, “bir hareket ne zaman önemsiz kabul edilerek, ceza hukuku kapsamı dışında tutulacaktır?” konusudur. Özetle ifade etmek gerekirse, bu çalışmada ele alınacak konular, ceza hukuku bakımından önemsiz hareketler var mıdır? Varsa bunlar nasıl belirlenebilir, ölçütleri nelerdir? Bunlara tanınacak sonuçlar var mıdır? Bu sonuçlar neler olabilir? Maddi ve şekli ceza hukukundaki etkileri nelerdir? Soruları olacaktır.

Öncelikle, “önemsiz hareketler” meselesini açık bir biçimde düzenleyen yasa hükümlerinin bulunup bulunmadığı konusuyla başlayalım:

Karşılaştırmalı Hukuk

Yabancı hukukçuların önemsiz hareketler konusuna değişik vesilelerle değindikleri görülmektedir. Yunan ceza hukukçusu Mylonopoulos, “toplumsal etik açıdan cüzi bir olumsuz değerlilik teşkil eden eylemin cezalandırılmasının orantılılık ve ceza tepkisinin gerekliliği açılarından elverişsiz olduğu”, Polonyalı ceza hukukçusu Gostynski, “kanunilik ilkesinin aşırı anlamda ele alındığında yargı organlarına aşırı yük yükleme tehlikesi içermesi dolayısıyla bu ilkeye getirilen istisnaların genelde fiilin cüzi’liği ile bağlantılı olmasının şaşırtıcı olmadığını”, İspanyol ceza hukukçusu Luzon Pena da bazı suçlarda sorumluluğu kaldırdığı kabul edilen fiilin toplumsal uygunluğu teorisine “cüzi haksızlık” veya “toplumsal tolerans” adı verildiğini aktarmaktadır.³⁷

³⁵ Önder, C. 2, 20.

³⁶ Önder, C. 2, 22.

³⁷ Ünver, Yener, Uluslar Arası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar, KHukA 2-3 (2000), 161, 171.

Kural olarak,³⁸ ceza hukukunda önemsiz hareketler meselesinin yasal düzenlemelerin konusunu teşkil etmediği söylenebilir. Ancak, “önemsizlik kriteri”, sosyalist ceza hukukunun maddi suç kavramında yer almıştır.³⁹ Maddi suç kavramından anlaşılması gereken, bir eylemin sadece kanundaki tipe uymasının cezalandırılma için yeterli olmaması, eylemin ayrıca somut durumuyla toplum için tehlikeli olması gerektiğidir.⁴⁰

Maddi suç kavramı, SSCB’nin sosyalist ceza hukukundan Doğu Alman ceza hukukuna alınmıştır. 1954 yılında Hilde Benjamin SSCB Ceza Kanunu’nu esas alarak, bir hareketin kanunun lafzına göre bir suç tipine uymakla beraber, önemsiz olması veya zararlı sonuçlarının olmaması ya da failin toplumsal tehlikeliliğinin ortadan kalkması dolayısıyla artık toplum bakımından tehlike oluşturmamasının söz konusu olmayabileceğini ve bu durumda da kesinlikle bir suçun oluşmayacağını açıklamıştır.⁴¹ Uygulama Benjamin’in bu görüşüne dört elle sarılmış ve özellikle de yeni kanunların çok şiddetli cezalarını aşmak için bu görüşü kullanmıştır.⁴²

Bu kavram, sosyalist ceza hukukunun temel kurumlarından biri olup, bu kurum 50’li yılların sonunda cezalandırmayı sağlayıcı kıyasın yasaklanmasından sonra sadece failin lehine olarak, önemsizlik, değersizlik (*Geringfügigkeit*) durumunda, suçun ortadan kalkmasını sağlayıcı bir fonksiyon görmüştür.⁴³ 1950’li yılların ortasında eski

³⁸ Alman Ceza Kanunu’nun anayasaya aykırı örgütlerin propaganda araçlarının dağıtılması, yayılması suçunu düzenleyen 86. maddesinin 3. fıkrasında, bilim, araştırma, tarih ve vatandaşların anayasaya aykırı faaliyetler hakkında bilgilendirilmesi amacıyla yönelik olarak bu fiilin işlenmesinin suç oluşturmayaacağı açıklanmaktadır. Bu maddeye ilişkin olarak Alman Federal Meclis tutanaklarında, bu hükmün, ilgili yayınların bilimsel veya sanat amacı gibi *sosyal uygun* olarak kullanılması durumunda suçun oluşmayacağı belirtilmiştir. Bu suretle, pozitif bir hüküm olarak açık bir şekilde yer almasa dahi, sosyal uygunluk, meclis tutanaklarında, raporlarında yer almış bulunmaktadır, *Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, BT-Drucksache V/2860, S.9.*

³⁹ Jescheck/Weigend, 139.

⁴⁰ Solnar, Vladimir, “Kriminalpolitische Tendenzen des neuen tschechoslowakischen Strafrechts im Vergleich mit dem modernen deutschen Strafrecht”, *ZStW* 82 (1970), 231.

⁴¹ NJ 1954, S. 455, Lyon, Thea, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR*, Bonn 1960, 34, dn. 31’den.

⁴² Lyon, 35.

⁴³ Schroeder, Friedrich-Christian, “Das Strafrecht der DDR und der Sowjetunion”, *ZStW* 91 (1979), 1087.

Doğu Almanya'da ayrıca "ceza politikası" kavramı esas alınmak suretiyle de aynı sonuca ulaşıldığı gözlenmektedir.⁴⁴

Görüldüğü üzere, maddi suç kavramı, eski Doğu Alman hukukunda da, kanundaki bir suç tipine uyan bir hareketin önemsizliği veya toplum bakımından tehlikesinin söz konusu olmaması dolayısıyla cezalandırılmasını engelleyen bir rol oynamakla, ceza hukukunda önemsiz hareketler kavramı ile aynı sonuçları ortaya koyan bir uygulamaya neden olmuştur.

Önemsiz hareketlerin tipik olsalar dahi cezalandırılmayacağına ilişkin olarak, Alman Ceza Kanunu ile gerek eski ve gerekse yeni Türk ceza kanunlarında genel nitelikli bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber, tespit edebildiğim birkaç kanun olarak komünist dönem kanunları olan, Doğu Alman, Federe Rus Sovyet Cumhuriyeti Ceza Kanunu ve Küba Ceza Kanunu'nda kanunun genel hükümler kısmında bir düzenleme yapılmıştı. Bunların dışında, bu çalışmada Polonya, İtalyan ve Avusturya Ceza Kanunu'ndaki bazı hükümlere ve Alman Ceza Kanunu'nun özel kısmında yer alan bazı düzenlemelere bu kapsamda işaret etmekte yarar görüyorum:

1960 tarihli eski *Federe Rus Sovyet Cumhuriyeti Ceza Kanunu*'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında suç kavramının tanımı yapılmakta ve ikinci fıkrada, bu kanunun özel bölümündeki düzenlenmiş hareketlerden birinin unsurlarını şekli olarak içermekle beraber, önemsizlik (*Geringfügigkeit*) dolayısıyla sosyal bakımdan tehlikeli olmayan icrai veya ihmali hareketlerin suç olmadığı hükme bağlanmaktaydı.⁴⁵ Böylece önemsiz hareketlerde bir suçun söz konusu olmadığı açıklanmaktaydı.⁴⁶ 1996 tarihli yeni Rus Ceza Kanunu da, 14/2. maddede benzer hükmü muhafaza etmektedir. Buna göre, şekli olarak ceza kanununda gösterilmiş olan bir suçun unsurlarını içeren ve fakat önemsizlik dolayısıyla toplum açısından bir tehlike oluşturmeyen fiiller, başka ifadeyle kişiler, toplum ve devlete yönelik bir zarara yol açmayan ve bir zararın meydana gelmesi tehlikesini de içermeyen eylemler suç sayılmazlar.

⁴⁴ Schroeder, Friedrich -Christian, "Renaissance der "Kriminalpolitik" in den sozialistischen Staaten", Festschrift für Thomas Würtenberger, Berlin 1977, 285, 286.

⁴⁵ Bkz., Pusylewitsch, Teresa, *Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin 1964; Ünver, Yener, "Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri", Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 972, 973.

⁴⁶ Schroeder, Friedrich/Christian, *Strafgesetzbuch der Russischen Föderation*, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, (çeviri, Thomas Bednarz ile birlikte), Freiburg im Breisgau 1998, 10, 11.

Eski *Doğu Alman Ceza Kanunu*'nun 3. maddesine göre, bir hareket kanunun tipine uymakla beraber, fiilin vatandaşların ve toplumun hak ve yararlarına etkisi ile failin kusuru önemsiz derecede ise, suç oluşmaz. *Doğu Alman öğretisinde*, bir hareketin sadece şekli dış görünüşüne göre izole edilmiş bir şekilde değil, hareketin maddi içeriğine göre değerlendirilmesinin Sosyalist ceza hukukunun önemli bir prensibi olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷

1 Mart 1979 tarihli *Küba Ceza Kanunu*, suç başlığını taşıyan IV. kısmın, suç kavramı başlığını taşıyan I. bölümünde, 8. maddenin ikinci fıkrasında konuya ilişkin açık hüküm getirmiştir. Öncelikle ifade etmem gerekir ki, söz konusu 8. maddenin birinci fıkrasında suçun tanımı yapılmıştır ve burada açıkça “sosyal bakımdan tehlikeli” ifadelere yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak ikinci fıkrada, “bir icrai veya ihmali hareketin bir suç tipinin unsurlarını gerçekleştirse dahi, sonuçlarının önemsiz olması veya failin kişisel durumlarından ötürü toplum açısından tehlikeli olmaması durumunda suç olarak kabul edilemeyeceği” hükme bağlanmıştır.⁴⁸

Önemsiz, komünist toplum açısından tehlikeli olmayan fiillerin suç teşkil etmeyeceğine yönelik maddi hukuka ilişkin bu hükmün, eski *Doğu Alman Ceza Kanunu*'nun 3. maddesinde de bulunduğu, Batı Almanya bakımından ise bu sorunun daha çok hafif suçlara reaksiyon bakış açısı altında ve çoğunlukla da ceza muhakemesi araçlarıyla (*Alman CMK m. 153 vd.*) halledildiği aktarılmaktadır.⁴⁹

Komünizm sonrası demokratik sisteme geçildikten sonra hazırlanan 6 Haziran 1997 tarihli *Polonya Ceza Kanunu*'nda yukarıdaki sosyalist ceza kanunlarına benzer bir hükmün muhafaza edildiği gözlenmektedir. *Polonya Ceza Kanunu*'nun 1/2. maddesine göre, toplumsal zararlılığı çok az olan bir yasak fiil suç oluşturmaz. Kanunun 115/2. maddesinde toplumsal zararlılığın belirlenmesi konusunda kıstaslar ortaya konmuştur. Buna göre, ihlal edilen hukuksal yararın türü ve karakteri; meydana gelen veya gerçekleşmesi tehlikesinin bulunduğu zararın kapsamı; suçun işleniş şekli ve buna ilişkin diğer olgular; fail tarafından ihlal edilen yükümlülüklerin ağırlığı ve önemi; kastın şekli; failin saiki; ihlal edilen özen yükümlülüklerinin türü ve bunların ihlalinin derecesi göz önünde tutulacaktır.

⁴⁷ *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlin 1987, 49.

⁴⁸ Bkz., Semon, Hans M., *Das kubanische Strafgesetzbuch vom 1 März 1979*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Berlin New York 1983.

⁴⁹ Semon, 4.

Polonya Ceza Kanunu, komünist ceza kanunlarında yer alan toplumsal tehlikelilik kavramı yerine “*toplumsal, sosyal zararlılık*” kavramını benimsemiştir. Fiilin sosyal zararlılığı az ise o takdirde ortada suç yoktur ve dolayısıyla failin cezalandırılması da söz konusu olmayacaktır. Sosyal zararlılık kovuşturmanın şartlı sona erdirilmesi (m. 66/1) ve cezanın tayininde de (m. 53/1) göz önünde bulundurulacaktır. Bu suretle Alman Ceza Kanunu’ndan farklı olarak sosyal zararlılık düşüncesi, açık bir şekilde basit suçlara ilişkin maddi ceza hukuku kavramı olarak düzenlenmiş olmaktadır.⁵⁰ Bu ilke sorumluluk alanında etkisini gösterirken, kanun koyma faaliyetinde bu ilkeyi destekleyen ilke ultima ratio ilkesidir.⁵¹

Bir başka örnek, *İtalyan Ceza Kanunu*’nun iştirake ilişkin hükümlerinde bulunabilir. *İtalyan Ceza Kanunu*’nun 114. maddesinde, hâkimin suç oluşturan bir eyleme iştirak etmiş bulunan kimsenin suça katkısının sadece az bir öneme (minima importanza) sahip olduğu kanaatine varmış olması durumunda, bu kimsenin cezasının indirilebileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Avusturya Ceza Kanunu’ndaki bu konuya ilişkin hükümler ikiye ayrılabilir. Genel hükümler kısmında yer alan 42. maddeye göre, failin kusuru az; fiilin olumsuz neticesi yok veya önemsiz ise ve failin cezalandırılması onu yeni suçları işlemekten alıkoymak veya başkalarının cezalandırılan eylemleri işlemesini önleme bakımından da gerekli görülüyorsa, ceza verilmekten sarfı nazar edilebilir.⁵²

Avusturya Ceza Kanunu’nun özel hükümler bölümünde ise, “*memurların hediye alması suçu*”nu düzenleyen 304. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*önemsiz bir yarar*” kabul eden fail, fiili ticarete dönüştürmediği takdirde cezalandırılmaz. Ne kadar bir miktarın “*önemsiz*” sayılacağı, uygulamanın bir malın veya bir zararın ya da bir fiilin neticesinin önemsizliği konusunda ele aldığı kriterlere göre belirlenecektir. 1991 yılında verilen bir kararda 1.000 şiline (yaklaşık 75 Euro) kadar miktarlar önemsiz kabul edilirken, 1985 yılında verilen bir kararda da 2.000 şilinlik menfaatin önemsiz kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.⁵³

⁵⁰ Weigend, Ewa, *Das polnische Strafgesetzbuch*, Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Freiburg im Breisgau 1998, 7.

⁵¹ Ünver, KHUKA 2-3 (2000), 162.

⁵² Hakeri, Hakan, *Avusturya Ceza Hukuku’nun 25 Yılı*, MHB 2003, *Gülören Tekinalp Armağanı*, 451.

⁵³ Mayerhofer, Ch./Rieder, S., *Das österreichische Strafrecht, Erster Teil*, 4. B., Wien 1994, §304, n. 8, 8a.

Bakım ve gözetim altında bulunanlara yönelik cinsel suçlara ilişkin *Alman Ceza Kanunu*'nun 174. maddesinin 4. fıkrasında, eylemin haksızlığının az olması halinde cezadan sarfı nazar edilebileceği hükmü yer almıştır (benzer, Alman CK, m. 175). Çevre kirletme suçunun düzenlendiği 326. maddede de, eylemin çevreye etkisinin çöpün miktarının azlığı dolayısıyla açık bir şekilde söz konusu olmaması durumunda eylem cezalandırılmaz. Keza bazı trafik suçları ile çevre suçlarında Alman Ceza Kanunu bir kimsenin yaşam veya sağlığının veya başkalarına ait eşyalarını önemli ölçüde zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya olmasını aramakta ve bu şekilde, önemsiz tehlikelerin suç oluşturmayaacağı açıkça hükme bağlanmış olmaktadır (bkz., Alman CK, m. 315, 315a, 315b, 315c, 330). Bunların dışındaki birçok hükümde de Alman Ceza Kanunu değerin azlığını göz önünde bulundurmaktadır (bkz., 248a, 243/2, 263/4, 265a/3, 266/2, 257/4, 259/2).

Kore Ceza Kanunu'nun hukuka uygunluk sebeplerini düzenleyen 20. maddesi kanun hükmünü icra gibi klasik hukuka uygunluk sebeplerinin yanı sıra konumuzu da ilgilendiren bir hüküm içermektedir: "...toplumda hâkim olan gelenekleri ihlal etmeyen bir hareket, cezalandırılmaz".

Kore öğretisinde, toplumsal geleneklerin tipikliği ortadan kaldırdığını, baştan itibaren cezalandırılabilir bir haksızlığın bulunmadığını savunan yazarlar vardır. Bununla beraber, "*toplumsal gelenekler*" kavramını savaşta düşmanı öldürme örneğinde olduğu gibi sadece tipikliği kaldıran değil, aynı zamanda bir hukuka uygunluk sebebi olarak da kabul eden yazarlar da bulunmaktadır.⁵⁴

Ölçütler

Yukarıda, ceza hukukunda önemsiz hareketlerin bulunduğunu ve kimi zaman öğretinin kimi zaman da açık bir hükümle olmasa dahi bazı kanunların da bu kavramı kabul ettiğini açıkladım. Burada ele alınması gereken husus ise, "*ceza hukukunda önemsiz hareketler*" kavramına ilişkin teorik bir takım temellerin bulunup bulunmadığı, başka anlatımla bu kavramın hangi teoriler, ölçütler çerçevesinde açıklanabileceğidir.

Bu çerçevede önerilen bazı kriterler olduğu görülmektedir. Bunların önemsizlik, değersizlik, toplumsal uygunluk, geleneklere uygunluk, hafif değerde, önemsiz miktarda olmak gibi kriterler olduğunu

⁵⁴ Choi, Ou-Chan, Notwehr und "gesellschaftliche Sitten", Freiburg i.Br. 1988, 138.

görmekteyiz. Bu çalışmadaki esas çabam, öğretide ve uygulamada yukarıda belirttiğim türden eylemlerin cezalandırılmayacağı ittifakla kabul edilmekle beraber, bu cezasızlığın gerekçesini açıklamak olacaktır. Acaba bu cezasızlığın dayanağı olarak hangi hususlar ele alınabilir?

Bu kapsamda, Alman öğretisinde ileri sürülmüş olan “*Sosyal Hareket Teorisi*”ni, daha sonra toplumsal uygunluk kriterini ve nihayet Türk hukukunda uygulanan örf ve adet kriterini ele alacağım.

Sosyal Hareket Teorisi

“*Sosyal Hareket Teorisi*” Eberhard Schmidt tarafından ortaya atılmıştır. Schmidt, Liszt’in harekete tabii bakış açısından saparak, hareketin bizi doğa bilimlerine ilişkin bir fiziki fenomen olarak değil, sosyal bir fenomen olarak ve sosyal gerçekliğe etkisi itibarıyla ilgilendirdiği fikrini ortaya atmıştır.⁵⁵ Schmidt teoriyi bizzat Liszt’in eserinin, 26. basısını 1932 yılında yeniden yayınlarken ortaya atmıştır. “*Teorinin taraftarlarının, esas aynı olmak üzere, bu teoriyi formüle ediş şekilleri farklıdır. Yapılan bazı tariflere şunlar örnek gösterilebilir. Hareket; ‘insanın toplumsal önemi olan davranışdır’; ‘insanın ihmal veya icra şeklindeki sosyal önemi olan davranışdır’; ‘kişiye yüklenebilen toplumsal önemi olan ve neticeye sebebiyet vermiş bulunan davranıştır’; ‘objektif olarak öngörülebilir sosyal önemi olan davranıştır’.* Görülüyor ki, bütün bu tariflerde davranışın sosyal yönü ve ‘önemi’ ön plandadır”.⁵⁶

Sosyal hareket teorisi, objektif, genelleyici hareket kavramından yola çıkmaktadır.⁵⁷ Teori esas itibarıyla ceza hukuku anlamında hareketin neler olabileceğini açıklamakta ve bu çerçevede hareketin sosyal bakımdan önemli davranış olduğu sonucuna varmaktadır. *Mailhofer* sosyal hareket kavramının unsurları olarak, başkaları için objektif olarak önceden görülebilir olması, sosyal neticelere yönelmiş bulunması ve objektif olarak insanlar tarafından hükmedilebilmesini göstermektedir. Böylece insanlar tarafından hükmedilemeyen hareketler olan refleks hareketleri ve önceden görülebilir nitelikte olmayan batıl inançlara dayanan hareketler (büyüyle insan öldürmeye çalışma gibi)⁵⁸

⁵⁵ Jescheck, Hans/Heinrich, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 139-155, s. 150.

⁵⁶ Önder, C.2, 35.

⁵⁷ Jakobs, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. B., Berlin New York 1991, 6. Abs. kn. 23.

⁵⁸ Örnek tarafımdan verilmiştir.

hareket kavramı dışında kalacaktır.⁵⁹ Teoriyi savunan bir diğer yazar olan *Jescheck*'e göre, sosyal hareket kavramı ceza hukuku bakımından önemsiz olayların ayrılmasına da hizmet etmektedir. Böylece refleks hareketleri, şuur kaybı halinde yapılan hareketler ile karşı konulamaz bir cebin etkisiyle yapılan hareketler ceza hukuku manasında hareket olarak kabul edilemezler.⁶⁰

Burada ileri sürülebilecek bir itiraz, uygulamada önemsiz hareketlerle ortaya çıkan bunların cezalandırılabilirliği sorununun, sosyal hareket kavramı gibi içi boş bir kavramın yardımıyla çözülmeye çalışıldığıdır. Bu düşünceye karşı *Jescheck*, bu kavramın içeriğinin de bulunduğunu ifade etmekte, sosyal hareket kavramının içi boş olmadığını, somut bir içeriğe de sahip olduğunu açıklamaktadır. Yazara göre, sosyal hareket kavramı pratik çözümler sunmakta ve dogmatik gelişime açık bir çözüm içermektedir.⁶¹

Toplumsal Uygunluk Kriteri

Öğreti

Toplumsal uygunluk görüşü, yaklaşık 65 yıl evvel ilk önce *Welzel* tarafından ortaya atılmıştır.⁶² Teori daha sonraki yıllarda birçok yazar tarafından savunulmuş veya eleştirilmiş, günümüzde artık eskimiş olduğu, yeni fikirlerin bu teoriyi gereksiz kıldığı ve bu itibarla artık ömrünü doldurduğu ileri sürülmüştür. Burada bu teorinin yukarıda belirtmiş olduğum problemin çözümünde kullanılıp kullanılamayacağını tartışacağım. Bu nedenle öncelikle teori hakkında kısa bilgi vermekte yarar vardır:

Welzel,⁶³ o ana kadar geçerli olan hukuksal yararın korunması teorisinin çok statik olduğunu fark etmiştir. O zamanlar ağırlıklı olan

⁵⁹ Maihofer, Werner, "Der soziale Handlungsbegriff", Festschrift für Eberhard Schmidt, Bonn 1969, S. 156-182, S. 178-181.

⁶⁰ Jescheck, FS Schmidt, 151-153.

⁶¹ Jescheck, FS Schmidt, 153, 155.

⁶² Bugün bir çok yazar, ceza hukukunda hareketin tarifini yaparken, bu teoriden yararlanmaktadır: "Ceza hukuku manasında hareket, insan iradesi tarafından hükmedilen veya hükmedilebilir sosyal bakımdan önemli davranıştır", Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 33. B., Heidelberg 2003, kn.93; Ayrıca Bkz., Hirsch, Hans Joachim, "Zum 100. Geburtstag von Hans Welzel", ZStW 116 (2004), S.1-14, S.10. Bu teoriyi savunan yazarlar: Schmidt, Engisch, Jescheck, Kienapfel, Maihofer, Lange, Oehler, Wolff, Wessels.

⁶³ Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. B. Bonn 1969, s. 1-6; 55-58; Welzel, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), S. , 514-530.

görüş, failin korunan bir hukuki yararı ihlal etmek suretiyle, bir suç tipinin tipikliğini gerçekleştirdiği idi. Buna karşılık *Welzel*, ancak fonksiyon gören hukuksal yararların bulunduğunu, yani etkili olan ve etki kabul eden yararların bulunduğunu; hukuksal yararlar için rizikolar oluşturulmasının günlük hayatın içinde olduğunu ve buna tipik örnek olarak trenin kullanılmasını aktarmakta ve hukukun amacının bütün saldırıları yasaklamak değil, hukuksal yararlar için sayısız ihlalden, ancak toplumsal yaşam bakımından “*dayanılamaz*” nitelikte olanları yasaklamak olması gerektiğini savunmaktadır. Bu itibarla, hareket kavramı sosyal yaşam alanı içindeki hareket olarak algılanmak gerekir. Dolayısıyla bir halkın toplumsal yaşamının tarihsel olarak oluşan düzeninin içindeki hareketler haksızlık kavramının dışında tutulmalıdır.⁶⁴ Buna *Welzel* “*toplumsal açıdan uygunluk*” demektedir. Toplumsal bakımdan uygun olan bir hareket, ihlali söz konusu olabilecek suç tipinin tipikliğini gerçekleştiremez. Sosyal bakımdan uygun hareket grubuna ilk örnek olarak izin verilen riziko gösterilebilir. Örneğin spor karşılaşmaları gibi. Bir davranışın ne zaman sosyal bakımdan uygun olduğu hususundaki kriter ise, o davranışın genel olarak alışılmış ve toplum tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Hafif suçlar suç olmaya devam ederler.

Görüldüğü üzere, bazı hareketler, tipik olmakla beraber, “*toplumsal yaşam içinde tamamıyla sorunsuz olan, zira sosyal hareket özgürlüğü kapsamında bulunan hareketler*” olabilirler.⁶⁵ Hareket belirli ve yararlı bir amaca hizmet ettiğinden, bir hareketin toplumun üyeleri tarafından genel olarak kabul edilmesi ve birlikte yaşamı bozan cezaya layık bir davranış olarak görülmemesi mümkündür. Birçok olayda kanun koyucu maddi davranış değerlendirmelerini ceza hükümleri haline getirmekte ve bu ceza hükümleri de şekli ceza hukuku uygulamasında esas alınmaktadır. Burada ortaya çıkan problem, suç tipinin davranışın haksızlık tipini içermesi ve fakat davranışın sosyal uygunluğunu kuran olguları kapsamaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu olguların ceza hukukunun uygulanması sürecinde göz önünde tutulmaması, sosyal uygun davranışın cezaya layık olarak değerlendirilmesini sonuçlamaktadır. Bu tür bir değerlendirme yanlış bir değerlendirme olurdu ve bu nedenledir ki, sosyal uygun davranışların cezaya layık olmadığı kabul edilmektedir.⁶⁶

⁶⁴ Kavram ve fiilin toplumsal uygunluğu teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, 67 vd.

⁶⁵ BGH 23, 228.

⁶⁶ Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 34; Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, 7.B., Ankara 2005, 23, 24.

Toplumsal uygunluk kavramı ampirik değil, normatif bir kavramdır ve bu yönü itibarıyla örf ve adet hukuku ile paralellik söz konusudur. Böylece bu kavram sosyolojik değil, hukuksal bir kavramdır.⁶⁷

Burada diğer yazarların konuya ilişkin görüşlerine geçmeden önce Almanya’da verilen birkaç örneğe değinmekte yarar görüyorum:⁶⁸ A, bir resmi dairede, işlerini kısa sürede yapacağını söyleyen memur M’ye bir demet çiçek hediye eder ve M, bu çiçekleri kabul eder. Burada A’nın cezalandırılabilirliğini değerlendirecek olursak:

1. Toplumsal uygunluk kriteri yardımıyla çözüm.

Lâfzî olarak bakıldığında eylem Alman Ceza Kanunu 333. maddede düzenlenmiş bulunan menfaat sağlama suçunun unsurlarını oluşturmuştur. Ancak çok az değerdeki şeylerin hediye edilmesi genelde alışılmış olan ve nazikçe bir davranış olarak kabul edilen bir davranıştır. Çok az değerde bir hediye ile korunan hukuki yarar, yani halkın memurun satın alınamayacağına olan güveni, önemli ölçüde tehlikeye sokulmuş olmaz. Dolayısıyla A sosyal bakımdan uygun davranmıştır.

2. Neticenin önemsizliği esas alınarak çözüm.

Alternatif olarak probleme netice açısından bakılarak yaklaşılabilir. Bunu Roxin yapmaktadır. Buna göre değersiz bir hediye netice olarak memurun görevini ihlalini oluşturmaz ve kimse de buna inanmaz.

Bir başka örnek evlilik içi zorla cinsel ilişki bakımından verilebilir. Burada toplumsal uygunluk kıstası uygulanmak suretiyle, kocanın hareketinin sosyal açıdan uygun olduğu ve bu itibarla tipik olsa da cezalandırılmayacağı söylenebilir.⁶⁹ Keza, bizzat teorinin kurucusu Welzel tarafından verilen örneğe göre, akciğer hastası olan eşinin bir hamilelik durumunda öleceğini düşünen kocanın bu amaçla onunla cinsel ilişki kurması sosyal uygun bir harekettir.⁷⁰

Bir örnek daha vereyim: Hekimin tedavi hareketini Alman uygulaması hastanın rızası olmadığı takdirde yaralama olarak kabul etmekte-

⁶⁷ Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. B., Heidelberg 1992, §17 II, kn. 17.

⁶⁸ Konuya ilişkin ayrıntılı örnek için Bkz., Ünver, İzin Verilen Risk, 79 vd.

⁶⁹ Ancak, tarafımdan düşünülen bu örnek ile ilgili olarak bu sonuca ulaşamayacağı kanaatindeyim. Bu tip olaylarda sosyal uygunluk kriteri uygulansa dahi, kocanın cezalandırılabilirliği neticesine varmak gerekir, zira sosyal açıdan uygun olan hareket evlilik içi rızaya dayalı cinsel ilişkidir, yoksa zorla olanı değil. Nitekim yeni ceza kanunumuz evlilik içi cinsel saldırıyı cezalandırmaktadır, m. 102/2.

⁷⁰ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 56.

dir. Buna karşılık öğretilerde hekimin hareketinin hiçbir zaman yaralama sayılamayacağı ileri sürülmekte ve burada da *Engisch* tarafından ileri sürülen sosyal anlam kriteri esas alınmaktadır. Buna göre hekimin tedavi hareketi saf objektif görünüşüne göre değil, sosyal anlamına göre değerlendirilmelidir. Burada esas olan bir hastanın tedavisidir. Dolayısıyla dış görünüş olarak yaralama değil, vücut yararının ihlali esas alınmalıdır.⁷¹ *Schmidt* de hekimin hareketinin yaralama olarak kabul edilmesinin, hekim hareketinin sosyal anlamının yanlış anlaşılmasından kaynaklandığını açıklamaktadır.⁷²

Öğretilerde hareketin sosyal anlam ve önemi esas alınarak suçun tipikliğinin gerçekleşip gerçekleşmediği, dolaylı aktif ötenazi adı verilen, hekimin hastanın acılarını dindirmek amacıyla yaptığı müdahalelerin, aynı zamanda kaçınılmaz sonuç olarak hastanın yaşamının sona ermesini hızlandırması eyleminde de tartışılmaktadır. *Wessels*,⁷³ bu tip bir hareketin yaşamın kısaltılması bakımından nedenselliği esas alınmak suretiyle karar verilmesinin yanlış olacağını, tipiklik bakımından hukuksal değerlendirme yaparken, göz önünde tutulması gerekenin olayın gelişiminin bir bütün olarak sosyal anlam ve önemi olduğunu savunmaktadır. Yazar bu suretle, böyle bir eylemin tipik bir insan öldürme suçu olarak kabul edilemeyeceğini, zira bu hareketin yaşama yönelik olmayıp, zaten ölmek üzere olan hastaya hizmet amacının esas olduğunu ve hekimin bu tip olaylarda hastanın ölüm sürecini dayandırarak kılmak için mevcut tek ve son imkânı kullandığını açıklamaktadır. Görüldüğü üzere burada da yine tipikliğin gerçekleştiğini reddetmek için hareketin sosyal anlam ve önemi kriteri kullanılmaktadır.

İlginç bir örnek olarak da şu olay verilebilir: Otobüsteki yolcuyu, inmek istediği duraktan bir durak sonra indiren belediye otobüsünün şoförü, hürriyeti tehdit suçunu işlemiş olmaz.⁷⁴ Diğer toplumsal uygunluk örnekleri: Dar aile çevresinde onura yönelik ifadelerle haka-

⁷¹ Engisch, Karl, "Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", ZStW 58 (1939), S.5.

⁷² Schmidt, Eberhard, "Der Arzt im Strafrecht", Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, Stuttgart 1957, S. 35.

⁷³ Wessels, Johannes, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 18. B., Heidelberg 1994, kn. 26; Ayrica Bkz., Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 27.B., Heidelberg 2003, kn. 32, 37; Wessels/Beulke, kn. 703; Aynı görüşte, LK-Jähnke, (11. B.), Berlin 2002, vor §211, kn. 16; Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51. B., München 2003, vor §§211 bis 216, kn. 18; Krş. BGH, NJW 1997, 810.

⁷⁴ Ebert, Udo/Kühl, Kristian, "Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat", Jura 1981, 226.

ret; tehlikeli işletmeleri çalıştırma (taş ocağı, kimya fabrikaları gibi), boks gibi bazı spor türlerinde meydana gelen yaralamalar. Buna karşılık bazı yazarlar tarafından verilen postacıya yeni yıl hediyesi; küçük miktarda para ile oynanan şans oyunları veya karnavalda üniforma giymek (TCK 264; Alm. CK 132 1/4. bent) gibi eylemlerin, ilgili suç tipinin ihlalini gerçekleştirmediğinden, bahsedilen suç tiplerinin oluşmadığı⁷⁵ savunulmaktadır.

Bu çerçevede örf ve adet de önem kazanmaktadır: *“Gelenek hukukunun bir normun uygulanmasına olan engelleyici etkisine daha başka açıdan yaklaşıldığı da görülmektedir. Denilmektedir ki, gelenek artık sosyal uygunluk halini almıştır; bu niteliği sebebiyle bir normun uygulanmamasına olan etkisi, fiili hukuka uygun hale getirmiş olmasında görülmelidir”*.⁷⁶ Türk Hukuku’nda da zimmet suçunda zimmete geçirilen malın değerinin az olması durumunda örf ve adet gereği olarak hukuka aykırılığın ortadan kalktığı ileri sürülmektedir.⁷⁷ Ancak örf ve âdetin hukuka aykırılığı ortadan kaldıramayacağı, zimmete geçirilen malın değerinin çok az olması durumunda failin eyleminin hoş görülebileceği; ancak yine de haksız bir eylemin bulunduğu da ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, yine de eylemin mazur addedilmesi mümkündür. Haksız bir eylem bulunmakla beraber, fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği cezaya layık, cezayı gerektirici boyutta olmayabilir.⁷⁸

Önemsizlik yanında öğretide kullanılan bir başka terim *“minimum”* terimidir. Özellikle yaralamada, mala zarar vermede, zararın, etkinin minimum olması durumunda tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmediği bu çerçevede tartışılmaktadır. Bu noktada da, insanların belirli ölçüde eşya veya vücutları üzerindeki etkilere katlanmalarının alışılmış olduğu, zira bunların önemsiz veya günlük yaşamda olağan olduğu ve sosyal düzene aykırı olduğunun ciddi olarak düşünülmediği belirtilmektedir.⁷⁹ Bu nedenle, örneğin kalabalık içinde hafif dokunmalar, yaralama olarak cezalandırılmamaktadır.

Sonuç olarak, toplumsal uygunluk bir suç tipinin müstakil unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit ederken yapılacak yorum faaliyetinde önemli bir yardımcı olarak fonksiyon görmektedir.⁸⁰ Top-

⁷⁵ LK-Jescheck, (11.B.) vor §13, kn. 49.

⁷⁶ Önder, C.1, 82.

⁷⁷ Önder, Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3.B., İstanbul 1991, 91.

⁷⁸ Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002, 141, 142.

⁷⁹ Haas, Robert, *“Sachbeschädigung durch wildes Plakatieren?”*, JuS 1978, 17, 18.

⁸⁰ Maurach/Zipf, §17 II, kn. 21.

lumsal uygunluk kriteri ratio legis çerçevesinde suç tipinin daraltıcı yorumunu sağlamaktadır.⁸¹

Toplumsal uygunluk teorisinin ceza hukukunun hareket dışındaki bazı konularıyla da yakından bağlantısı vardır. Nitekim “*yansız yardım*” (neutrale Beihilfe) olarak adlandırılan hareketlerin cezalandırılabilirliği sorununda sosyal uygunluk kriteri kullanılabilir. Buna göre, eşinin ekmeğine zehir koyarak onu öldürmek için fırından ekmek alan kimseye ekmek satan fırıncı kasten öldürme suçuna yardımdan dolayı sorumlu tutulmaz, zira eylemi sosyal bakımdan uygun bir eylemdir. Burada toplumsal uygunluk teorisi sosyal bakımdan alışılmış hareketlere ceza hukukunun müdahale etmemesi gerektiğini savunmaktadır.

Toplumsal uygunluk ölçütü eleştirilmiştir. Buna göre, teorinin, doğru hedefi takip etmekle beraber, tipikliği ortadan kaldıracı bir fonksiyon görmesi mümkün değildir ve yorum prensibi olarak da daha net kriterlerin ortaya konmuş bulunması dolayısıyla işe yaramamaktadır.⁸² Bu itibarla bu teorinin artık dogmatik bir önemi bulunmamaktadır. Sadece lafzi olarak çok geniş kapsamlı düzenlenmiş bulunan suç tiplerinin yorumlanması konusunda teori tatmin edici çözümler getirmektedir, ancak bu tip durumlarda da sorun bu teoriye başvurmadan çözülebilir, zira bu olaylarda sadece “*ratio legis*”e göre tipik yasağa uyan hareketlerin suç tipi kapsamında olduğunu kabul etmek yeterli olacaktır.⁸³ Öğretide ayrıca, önemsiz hareketlerin suç oluşturup oluşturumaması konusunda toplumsal uygunluk teorisine gitmeye gerek olmadığı, kanunun tipikliğine lâfzî olarak uyan, ancak kanun tarafından kapsanmış olabileceği düşünülemeyecek olan fiillerin, koruma amacını esas alan amaçsal sınırlayıcı genel yorum kuralları aracılığıyla aynı sonuca varılabileceği ifade edilmektedir.⁸⁴

Bazı yazarlar da toplumsal uygunluk teorisini amaçsal yorumun bir alt dalı olarak mütalaa etmektedirler.⁸⁵

Bir başka eleştiri ise, toplumsal uygunluk bakımından suç oluşturan bazı hareketlerin sıkça yapılmaya başlamasının, bunların artık

⁸¹ LK-Hirsch, vor §32, kn. 26.; Gropp, Walter, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.B., Berlin Heidelberg 2001, §6, kn. 228.

⁸² Roxin, §10, kn. 42.

⁸³ Hirsch, Hans Joachim, “Soziale Adäquanz und Unrechtslehre”, ZStW 74 (1962), S. 133.

⁸⁴ Schönke/Schröder-Lenckner, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. B., München 2001, vor §13, kn. 70.

⁸⁵ Bkz., Ostendorf, 344.

toplumda alışkanlık yaratması ve dolayısıyla cezasız kalmalarından ziyade, bunların cezalandırılması seçeneği üzerinde daha ısrarlı bir biçimde durulmasını gerektiğini vurgulamaktadır.⁸⁶

Yukarıda karşılaştırmalı hukukta değindiğim Kore Ceza Kanunu'nun 20. maddesinde düzenlenen "*toplumsal gelenekler*" kavramının sosyal uygunluk teorisinden kaynaklandığını savunan yazarlar vardır.⁸⁷ Aynı şekilde Kore Yüksek Mahkemesi de 27.4.1976 tarih ve 75/115 sayılı kararında bu kavramı açıklarken "*sosyal uygunluğu*" ölçü olarak almıştır.⁸⁸ Gerçekten de, sosyal uygunluk teorisi ile "*toplumsal gelenekler*" esasları arasında benzerlikler olduğu görülmektedir. Nitekim her ikisinin de temel çıkış noktası olarak haksızlık içeriğinin bulunmadığı fiilleri ayırarak, bunları sosyal etik bakımından cezasız açıklama gayreti yatmaktadır. Ancak belirsizlikleri dolayısıyla her iki kavram da profilsiz kalmakta ve zaman zaman zaman tipikliği kaldıran bir sebep, zaman zaman da hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmektedir.⁸⁹

Sosyal uygunluk teorisi ile Kore hukukundaki "*toplumsal gelenekler*" kavramları karşılaştırıldığında, toplumsal gelenekler kavramının belirsizliği ve soyutluğu dolayısıyla tipikliği ortadan kaldırma veya bir hukuka uygunluk sebebini kabul noktasında en fazla bir yorum aracı olarak kullanılabileceği görülmektedir. Yoksa müstakil bir tipikliği kaldıran veya hukuka uygunluğu sağlayan bir sebep olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Böylece olaya uygulanabilecek bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hallerde ultima ratio olarak "*toplumsal gelenekler*" kavramının vazife görebileceği ifade edilmektedir.⁹⁰

Uygulama

1970 yılında verilen bir yüksek mahkeme kararında, toplumsal uygunluğun tanımı yapılmıştır: Alışılmış, genel tarafından onaylanan ve bu nedenle de ceza hukuku bakış açısında sosyal yaşamda hiçbir şekilde şüphe uyandırmayan, sosyal hareket özgürlüğü içinde bulunan hareketler, tipik veya en azından hukuka aykırı sayılamazlar. Mahkemeye göre bu genel prensip sadece ceza hukukuyla sınırlı olmayıp, bütün hukuk düzenini kapsamaktadır. Toplumsal uygunluğun belirlenmesi

⁸⁶ Haas, 18.

⁸⁷ Ryu, AT, 195, J. S. Lee, 185, Choi, 135, dn. 649'dan.

⁸⁸ Choi, 137.

⁸⁹ Choi, 164, 165.

⁹⁰ Choi, 170, 171.

ise, anayasal düzen ve bu düzen ile sınırları belirlenmiş hareket özgürlüğüne göre yapılacaktır.⁹¹

Yukarıda giriş kısmında vermiş olduğum kararda da, yüksek mahkemenin çok önemsiz, hafif derecedeki hukuksal yarar ihlallerinin şekli olarak suç tipi kapsamında olsa bile maddi olarak ceza normunun tipikliğini gerçekleştirmeyeceğine karar verdiğini aktarmıştım. Mahkemeye göre, önemsizlik prensibi, tipiklik değerlendirmesinde kullanılacak olan genel bir yorum prensibidir. Hemen belirtelim ki, mahkeme yukarıda açıklamış bulunduğum sosyal uygunluk kriterinin tipiklikteki düzeltmeleri ne ölçüde sağladığı hususuna özellikle girmediyi belirtmektedir. Ancak mahkeme, sosyal uygunluk kriterini kullanmasa bile, çok önemsiz hukuksal yarar ihlallerinin tipiklik kapsamında kabul edilmemesi esasının, anayasada düzenlenmiş bulunan orantılılık prensibinden de çıkarılabileceğini vurgulamaktadır. Devletin uyguladığı yaptırımın, eylemin yol açtığı hukuksal ihlal ile orantı içinde olması gerekir. Aksi takdirde devletin uyguladığı ceza, o eylemin yol açtığı ihlalden daha ağır bir ihlale yol açacaktır. Böylece, bu anayasal kriter içinde ve anayasaya uygun olarak yorumlandığında, örneğin haczedilmiş mal üzerindeki hâkimiyetin çok önemsiz derecede engellenmesi Alman CK 136. maddedeki suçun tipikliğini gerçekleştirmemektedir.⁹²

Bir başka yüksek mahkeme kararına konu olayda, bir polis memuru, sanık hakkında yapılan şikâyet üzerine, eylemin kendi düşüncesine göre sigorta dolandırıcılığı oluşturduğu kanısıyla soruşturma işlemlerine başlamış, yaptığı işlemler sonucunda dosyayı savcılığa aktarmıştır. Savcılığın sigorta dolandırıcılığından dolayı dava açmaya gerek görmemesi üzerine, sanık, polis memuru hakkında masum kimselerin kovuşturulması (Alman CK m. 344) ve iftira suçlarından dolayı suç duyurusunda bulunmuştur. Yüksek mahkeme, failin kastının bulunmaması dolayısıyla iftira suçunun gerçekleşmediğine karar verirken, masum kimselerin kovuşturulması suçunun, failin sosyal bakımdan uygun hareket etmesi durumunda gerçekleşmeyeceğini açıklamıştır. Mahkemeye göre, *lafzı itibarıyla çok geniş olarak düzenlenmiş bulunan suç tipleri toplumsal uygunluk teorisi gereğince sınırlandırılabilir*. Mahkeme, uygulamada, kanun hükmünü sınırlayıcı olarak yorumlayan ve sosyal uygun hareket esasına dayanan açık bir mahkeme kararının daha önce verilmemiş olmasına rağmen, kendisinin masum kimselerin ko-

⁹¹ BGH 23, 228.

⁹² OLG Hamm, NJW 1980, 2537.

vuşturulması suçu ile ilgili olarak sosyal uygunluk teorisini göz önünde bulundurduğunu ifadeyle, sanık polis memurunun beraatına karar vermiştir.⁹³

Uygulamanın da, sosyal uygunluk kriterini tipikliğin sınırlanmasında kullandığını gösteren kararlar bulunmaktadır: Eşini terk eden kocanın (eşin intihar etmesi durumunda), eşinin intihar tehlikesi içinde olduğunu bilmesine rağmen, sosyal uygunluk içinde hareket etmesi dolayısıyla sorumlu olmayacağına karar verilmiştir.⁹⁴ Keza meyhanecinin alkollü içki vermesi genel olarak sosyal bakımdan tanınmış bir davranıştır.⁹⁵ Bunun sonucu olarak toplumsal bakımdan uygun hareketlerde bulunan kimseler garantör sayılmayacak ve bu suretle ihmali davranışlarından ötürü de garantörsel ihmali suçlardan dolayı sorumlu tutulamayacaklardır (Bkz., TCK 83).⁹⁶

Sosyal Uygunluk Bir Hukuka Uygunluk Sebebi midir?

Tipikliğin hukuka aykırılığın bir karinesi olması, aslında günlük yaşamda yapılan ve açıkça hukuka uygun olan birçok hareketin tipik olması dolayısıyla cezalandırılma durumu ile karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır. Bu durum, bu tip hareketlerin özel bir takım hukuka uygunluk nedenleri ile hukuka uygun kılınmalarını zorunlu kılmaktadır.⁹⁷ Bu sebeple, sosyal uygunluk görüşüne müracaat edilmek suretiyle, bir hukuk düzeni tarafından tanınmış (örneğin, Karayolları Trafik Kanunu vasıtasıyla) veya toplum tarafından kabul gören (örneğin, spor faaliyetleri) ancak bir ceza kanununun da tipikliğini oluşturan eylemlerin cezadan kurtulmasını sağlamak da amaçlanmaktadır.⁹⁸ Esasen kanımca, bu suretle, eylemi toplumsal bakımdan uygun ve dolayısıyla hukuka uygun (rechtskonform) kabul etme sonucuna ulaşmak suretiyle, toplumsal uygunluktan bir çıkarım yapılmakta ve fiilin artık hukuka aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.⁹⁹

⁹³ OLG München, NStZ 1985, 549, 550. Kanımca olayda kast ve kanun hükmünü yerine getirme (mecburilik sistemi) esaslarına dayanılarak da, polis memurunun hareketinin söz konusu suç tiplerini oluşturmadığı sonucuna varılabilirdi.

⁹⁴ BGH 7, 271.

⁹⁵ BGH 19, 154.

⁹⁶ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, 138, 170.

⁹⁷ Maurach/Zipf, §24 I, kn. 6.

⁹⁸ Maurach/Zipf, §17 II, kn. 14 vd.

⁹⁹ Bkz., Zipf, Heinz, "Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", ZStW 82 (1970), 644 vd.

Her ne kadar, müstakil bir hukuka uygunluk sebebi olarak “toplumsal uygunluk” düşünülebilirse de, böyle bir hukuka uygunluk sebebini reddetmek gerekir.¹⁰⁰ Toplumsal uygunluğun fiilin hukuka aykırılığını kaldırıcı etki yapması kabul edilemez. Toplumsal uygunluk düşüncesi sadece suç tiplerinin yorumunda bir bakış açısı olabilir; hukuka uygunluk sebebi olamaz.¹⁰¹ Toplumsal uygunluk düşüncesinin, ancak müstakil suç unsurlarını sınırlayıcı, tipikliği daraltan şekilde kullanılması kabul edilebilir. Sonuç olarak kanun koyucu suç tiplerini daha belirgin şekilde düzenleyecek olursa, toplumsal uygunluk kriterine gerek kalmayacaktır. Bu nedenle genel nitelikli bir hukuka uygunluk nedeni olarak sosyal uygunluk esasının düzenlenmesi reddedilmelidir.¹⁰²

Sosyal uygunluk teorisinin mucidi *Welzel* dahi, genel hükümler kitabının çeşitli baskılarında görüşünü değiştirmiş, zaman zaman toplumsal uygunluğun bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu savunurken, 9. baskıdan itibaren, tipikliği ortadan kaldırıcı bir unsur olduğunu ileri sürmüştür.¹⁰³

Sosyal Mutabıklık Görüşü

Klug tarafından ileri sürülen sosyal mutabıklık görüşü de kaynağını toplumsal uygunluk kriterinden almakla beraber, yazar bazı nüanslar öngörmektedir. Ancak baştan ifade etmem gerekir ki, sonuçta yazar da sosyal mutabık davranışların cezalandırılmayacağını savunmaktadır.

Yazara göre, sosyal etik emirlerden sapma bazı davranışlarda o kadar hafif, önemsiz olabilir ki, neredeyse tespit etmek bile güç olur ve dolayısıyla da sosyal mutabık, yani suç tipini gerçekleştirmeyen bir hareket olarak görülebilir.¹⁰⁴

Bir suç tipinin şekli uygulama alanının sınırlanmasının tartışma konusu olduğu her yerde, sosyal mutabık bakış açısı göz önünde tutu-

¹⁰⁰ Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 35; Zipf, 645; Lackner, Karl/Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch*, 24.B., München 2001, vor §32, kn. 29; Roxin, Claus, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, *Festschrift für Ulrich Klug*, C.II, Köln 1983, 304.

¹⁰¹ LK-Jescheck, (11.B.) vor §13, kn. 49.

¹⁰² Baumann/Weber/Mitsch, §16, kn. 35.

¹⁰³ Peters; Karl, “Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip”, *FS Welzel*, Berlin New York 1974, 419.

¹⁰⁴ Klug, Ulrich, “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem”, *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Bonn 1969, S. 248–265, S. 261.

labilir. Her ne kadar suç tipleri esasen sosyal etik prensiplerin kanunlardaki bir yansıması ise de ve bu yönüyle bir hareket tipik olduğunda bu hareketle sosyal bakımdan mutabık olunmadığı karinesinden yola çıkılabilecek ise de, sosyal mutabıklık suretiyle tipikliğin gerçekleşmediğini söylemek de mümkündür.¹⁰⁵

Yazara göre sosyal mutabık hareketlerde, toplumsal uygun hareketlerden farklı olarak bu hareketlerin yapılması emredilmektedir. Toplumsal uygunluk aynı zamanda sosyal etik açıdan emredilen olmaksızın, sadece sosyal önemsizlik dolayısıyla sosyal etik açıdan müsaade edilen bir hareketi ifade etmektedir.¹⁰⁶ Yazarın sosyal mutabık davranışlara verdiği örnekler şunlardır: Çocukların pedagojik eğitimi amacıyla ebeveynler tarafından hürriyetlerinin kısıtlanması halinde sosyal mutabıklık dolayısıyla tipikliğin kalktığını kabul etmek gerekir.¹⁰⁷ Sosyal mutabıklık bakış açısında ayrıca hayvanlara zarar verme (TCK 151/2) suçunun sineklere karşı işlenmesi de tipik değildir. Hâlbuki sineklerin kimyasal veya mekanik yöntemlerle öldürülmesi çoğu kez tipe uymaktadır (Alman Hayvanları Koruma Kanunu; krş. 24.6.2004 tarih ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu).¹⁰⁸ Son olarak postacıya yeni yıl hediyesi verilmesi, davranışın sosyal mutabık olması dolayısıyla tipik değildir.¹⁰⁹ Yazar buna karşılık, spor karşılaşmalarında, modern trafikte (izin verilen riziko) ve hakaret suçlarında toplumsal uygunluk dolayısıyla tipikliğin kalktığının değil, toplumsal uygunluk nedeniyle hukuka uygunluğun söz konusu olduğunu savunmaktadır. Bunun gerekçesi, buralarda kural olarak sosyal bakımdan önemsiz bir harekete müsaade edilmesinden söz edilebileceği, yoksa bunların emredilmesinin söz konusu olmamasıdır.¹¹⁰

Yazarın yaptığı diğer bir ayırım, sosyal önemsizlik bakış açısıyla hareketin sosyal bakımdan mutabık olmasıdır. Yazara göre, tipikliğin, ancak hareketin belirli bir önem derecesinde olması şartıyla kabul edildiği hallerde, tipikliğin sosyal mutabıklık suretiyle sınırlanması söz konusudur. Örneğin, basit hürriyeti tehdit suçları (TCK 109) ve şans oyunlarında bu geçerlidir. Çok önemsiz hürriyeti tehdit veya çok az miktarda para ile oynanan şans oyunları, sosyal zararsızlıkları dola-

¹⁰⁵ Klug, FS Schmidt, 261, 262.

¹⁰⁶ Klug, FS Schmidt, 262.

¹⁰⁷ Klug, FS Schmidt, 263.

¹⁰⁸ Klug, FS Schmidt, 263.

¹⁰⁹ Klug, FS Schmidt, 263.

¹¹⁰ Klug, FS Schmidt, 264.

yısıyla sosyal mutabıktırlar ve dolayısıyla da artık tipik olarak görülemezler.¹¹¹

Son olarak yazar, toplumsal uygunluğun bir hukuka uygunluk sebebi, sosyal mutabıklığın ise tipikliği kaldıran bir sebep olduğunu savunmaktadır.¹¹² Hukuka uygunluk sebebi olarak toplumsal uygunluk kriteri aşağıda ele alınacaktır.

Hukuksal Yararın İhlal Edilmemesi Kriteri

Roxin, toplumsal uygunluk kriterinin tipikliğin yorumunda kul lanılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, suç tipleri o şekilde yorumlanmalıdır ki, ancak sosyal bakımdan uygun olmayan hareketlerin bu suç tiplerini gerçekleştirdiği kabul edilebilsin.¹¹³

Toplumsal açıdan uygun davranışa örnek olarak gösterilen davranışlar incelendiğinde, bunların iki büyük gruba ayrıldıkları görülmektedir. İlk grupta hukuken önemsiz olan hareketler veya izin verilen riziko göze çarpmaktadır¹¹⁴. Bu kapsamda, izin verilen riziko üzerin-

¹¹¹ Klug, FS Schmidt, 263.

¹¹² Klug, FS Schmidt, 262.

¹¹³ Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, C. I, 3. B., München 1997, §10, kn. 37. Öğretide ayrıca, korunan hukuki yararı tehlikeye sokmayan ve bu nedenle tipikliğin gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gereken hareketlerden bahseden yazarlar vardır, Sax, Walter, "Tatbestand und Rechtsgutsverletzung I", JZ 1976, 9; Ayrıca Bkz., Schönke/Schröder-Lenckner, vor §13, kn. 70a.

Türk Hukuku'nda bu yönde savunulan görüşler için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, 590 vd.; Ayrıca: "Çağdaş ve çağcıl ceza hukukunun üç temel ilkesi vardır: Bunlar, somutluk (maddilik), kusurluluk ve ihlal edicilik ilkeleridir. İhlal edicilik ilkesine göre, her suç bir varlığı, menfaati, değeri korumak içindir. Dışa yansıyan somut ve kusurlu eylem, korunan bu varlığı, değeri, menfaati ya tehlikeye düşürmeli ya da ona zarar vermeli; tek sözcükle onu ihlal etmelidir. Bu yüzden ceza hukukunun meşruluğu ve cezalandırmanın haklılığı, "ihlal yoksa suç yoktur (nullum crimen sine iniuria)" temeline dayanır. Bu nedenlerle, tipe uygun, kusurlu ve hukuka aykırı bir eylemin (biçimsel hukuka aykırı) suç olabilmesi için, o suçla korunan varlığın, menfaatin, değer in ihlal edilmesi ve bu ihlalin nicelik açısından belli boyutlara ulaşması zorunludur. Maddi hukuka aykırılık da adı verilen bu boyut gerçekleşmemiş ise, suçun yapısına göre, fail ya cezalandırılmayacak ya da kalkışma aşamasında kalmış suçtan cezalandırılacaktır", Selçuk, Sami, *Karşı Oylarım*, Ankara 2001, 367. Hemen belirtmeliyim ki, bu çalışmada belirtilen prensipler çerçevesinde tipiklik oluşmasına rağmen fiilin cezalandırılmayacağını kabul edildiği veya eylemin hukuka uygun kabul edildiği durumlarda, teşebbüsten ötürü de cezalandırma söz konusu olamaz.

¹¹⁴ Jakobs bu kapsamda, izin verilen riziko, güven prensibi, garantörlükle ilgili işleme ve rücu yaşağını belirtmektedir, Abs. 7, kn. 4b.

de Türk öğretisinde ayrıntılı çalışmalar bulunduğundan¹¹⁵, hukuken önemsiz hareketler kategorisi üzerinde durmak istiyorum. Buna verilen örnek, kendisine miras bırakacak olan amcasını yoğun yağmurda dışarıya göndererek, yıldırım düşmesi suretiyle ölmesini temin etmek isteyen yeğen örneğidir. Burada sorumluluğu kısıtlayıcı kural olarak, yeğenin davranışının sosyal açıdan uygun olup olmadığı esas alınmaktadır.¹¹⁶

İkinci grup olarak, önemsiz, sosyal bakımından genel olarak hoş görüyle karşılanan davranışlar grubu karşımıza çıkmaktadır. Bunun için verilen örnek ise postacıya verilen küçük bir yeni yıl hediyesi olayıdır. Burada kanunun sıkı lâfzî yorumundan farklı olarak, davranışın toplumsal bakımdan uygun olması dolayısıyla Alman CK 331. madde kapsamında olmadığı kabul edilmektedir. Yine az miktarda para ile oynanan şans oyunlarının da Alman CK 284. maddeyi ihlal etmeyeceği savunulmaktadır. Aynı şekilde aile içindeki alçaltıcı ifadeler de hakaret suçunu oluşturmamaktadır. *Roxin*, bu ve benzeri örneklerde ilgili suç tipinin gerçekleşmeyeceğine ilişkin sonucun onaylanması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık, yazar, bu davranış şekillerinin sosyal bakımdan uygun olması dolayısıyla tipikliği gerçekleştirmediği şeklindeki görüşün çok genel olduğunu açıklamakta ve değişik normlar ile korunan hukuksal yararların verilen örneklerde ihlal edilmediğini ve bu nedenle (toplumsal bakımdan uygun olduklarından değil) eylemin normun içerdiği yasağı ihlal etmediğinin kabul edildiğini belirtmektedir.¹¹⁷ Buna göre postacıya verilen küçük hediye, kumarın memura olan güvenini sarsmamakta; küçük miktarlarla oynanan kumar 284. maddenin koruduğu hukuksal yarar olan halkın oyun oynama isteğini kullanma yönünde bir ihlale neden olmamakta; aile içindeki tahkir içeren ifadeler 185. maddenin koruduğu ilgilinin sosyal bakımından tahkirine neden olmamaktadır.¹¹⁸

Roxin'in bu görüşü değerlendirildiğinde, çıkış noktasının aynı olduğu, yalnız yazarın, toplumsal uygunluk değil “*hukuksal yararın ihlal edilmemesi*” prensibini ortaya attığını görmekteyiz. Bu suretle yazar

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998.

¹¹⁶ *Roxin*, §10, kn. 38. Bu örneğe benzer ilk örneği Welzel vermiştir. Örnek şöyledir: Amcasının ölmesini temin için bir ulaşım aracı kullanmasını isteyen yeğen, bu sırada kaza geçerek öleceğini düşünür, Das deutsche Strafrecht, 56; ZStW 58, 517.

¹¹⁷ Aynı görüşte, Jescheck, Hans Heinrich/Weigend, Thomas, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. B., Berlin 1996, §25 IV 2.

¹¹⁸ *Roxin*, §10, 40.

sonuçta tipikliğin gerçekleşmediğini kabul etmekte ve fakat gerekçe olarak hukuksal yararın ihlal edilmemiş olmasını ileri sürmektedir.

Roxin bu görüşün toplumsal uygunluk kriterine nazaran üstünlüğü olarak da, isabetli bir biçimde, bu görüşü esas almak suretiyle toplumsal uygunluk görüşünde söz konusu olabilecek duygulara göre hareket etme veya genel olarak yaygınlaşmış ihlallerin tipikliği oluşturmadağı şeklinde bir sonuca ulaşmanın engellenebileceğini açıklamaktadır. Yazar, Türk uygulamasından farklı olarak önemsiz değerdeki malın çalınmasının tipikliği gerçekleştireceğinde şüphe olmadığına, zira mülkiyet ve zilyetliğin değersiz şeylerin çalınmasıyla da ihlal edileceğini, buna karşılık başka hukuksal yararlar da belirli bir yoğunluğun arandığını ifade etmektedir.¹¹⁹

Bu kapsamda öğretide verilen bir diğer örnek, tiyatro gösterisi sırasında oyuncuların üniforma giymesi olayıdır (TCK 264). Burada ceza-ya layık bir hukuksal yarar ihlali söz konusu değildir, zira oyuncunun üniforma giymeye hakkı olduğu izlenimi uyandırılmamaktadır.¹²⁰

Roxin'in sosyal uygunluk kriterine yönelttiği “belirsizlik” eleştirisi haklı olmakla beraber, aynı eleştirinin kendisinin geliştirdiği “hukuksal yararın ihlal edilmemesi” kıstasına da yöneltilebileceği açıktır. Dolayısıyla burada da hukuksal yararın zarar görmediğinin neye dayanarak kabul edileceği sorusu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Esasen hukukun birçok alanında ortaya konulan ölçütlerin belirsizliği genel bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, başından beri ele aldığımız bütün çözüm önerileri açısından geçerli bu eleştiriyi çok ciddiye almak ve bu konuda uygulamaya bir kapı açmak ve hâkimlerin uygulamayı şekillendirmesine olanak tanınması gerektiği görüşündeyim.

Türk Öğretisi ve Uygulaması

Öğretide İçel/Ünver, “tipe uygunluk, hukuka aykırılık ve kusurluluk suçun niteliği sayılırsa, ‘özel ağırlıkta olmak’ suçun niceliğidir. Ancak nice-lik-siz nitelik olmaz. Yani suçun sözü geçen özellikleri aynı gerçeğin iki ayrı görünüşüdür. Bu iki cephe suçta yeterlilik sınırlarını ifade ederler. Başka bir deyişle, suçun oluşturulabilmesi için bu yeterlilik sınırına ulaşılabilmesi gerekmektedir. Bu sınırın altında faile ceza verilmez” demektedir.¹²¹

¹¹⁹ Roxin, §10, kn. 41.

¹²⁰ Ebert/Kühl, 227.

¹²¹ İçel, Kayıhan/Ünver, Yener, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 4. B., İstanbul 2005, s. XVIII.

Konuyu ayrıntılı olarak ele alan Ünver ise, ceza hukukundaki önemsiz fiilleri fiilin toplumsal uygunluğu teorisine başvurarak açıklamaya gerek bulunmadığını, bu teori ile ulaşılabilecek sonuca “*amaca göre yapılan ve korunan hukuki yararı ön planda tutan bir yorumla*” da ulaşılabileceğini savunmaktadır. Yazara göre, çağa uygun yorum veya gelişimci yorum yöntemleriyle bu konuda bir çözüme ulaşılabılır. Doğru bir yorumla neyin suç tipinin kapsamında olduğunun belirlenmesi suretiyle önemsiz hareketlerin cezalandırılmasının önüne geçilebilir. Fiilin toplumsal uygunluğu teorisinin yerine suç tipinin ratio legis’ine uygun bir yorum ile de aynı sonuca varmak olanaklıdır. Bu bakımdan dar yorum ilkesinden yararlanılmalıdır.¹²²

Uygulamamıza gelince, yukarıda aktardığım kararlar dışında Yargıtay, memurun, taşınmazın nakil işlemlerini tamamlayıp tapularını kendilerine verdikten sonra daireden çıkıp evine giderken iş sahibinin hediye olarak verdiği yüzüğü ve başka bir tarihte bir taşınmazın satış işlemini bitirip tapusunu verdikten sonra alıcı A’nın “*gönlümden koptu*” diyerek masanın üzerine bıraktığı 2000 lirayı almasının suç oluşturmadığına karar vermiştir. Yüksek mahkemeye göre, memurun, görevini kanun ve nizamın gösterdiği usul ve esaslar dairesinde yapıp bitirdikten sonra iş sahiplerinin duydukları memnuniyetin ifadesi olarak verdikleri hediye ve parayı alması eylemi suç oluşturmayıp, ancak disiplin hükümlerinin ihlali niteliğindedir.¹²³ Burada eylem aslında 765s. TCK’da yer alan yapmak zorunda olduğu işi yapmak için rüşvet alma suçunun tipikliğine uymaktadır. Bununla beraber, gerek alınan menfaatin zamansal olarak işin bitirilmesinden sonra alınması (rüşvet anlaşmasının bulunmaması), gerek bunların hediye¹²⁴ olarak kabulü ve gerekse miktarın azlığı dolayısıyla eylem suç olarak kabul edilmemiştir.

Yargıtay ayrıca, kumar suçunun bütün unsurları gerçekleşmiş olsa dahi, ortadaki paranın önemsizliği ve oyuna iştirak edenlerin bu oyunu eğlence amacı ile oynamaları halinde, fiilin suç oluşturmayacağına karar vermiştir.¹²⁵ Burada asıl olarak söz konusu olan, kumara konu paranın miktarının azlığından kaynaklanan önemsizliktir.

¹²² Ünver, İzin Verilen Risk, 122-125.

¹²³ 5.CD.30.4.1987, 4612/2622.

¹²⁴ 1840 Osmanlı Ceza Kanunnamesi’nin 5. faslının 6. maddesinde; 1851 Kanunnamesi’nin 3. faslının 9. maddesinde memurların mutat olarak aldıkları hediyelerin ancak padişahın iradesine uygun olması durumunda cezalandırılmayacağı hükme bağlanmıştı, Bkz., Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989.

¹²⁵ 2. CD. 30.12.1981, 8132/ 8403, Önder, C.1, 117.

Bir başka kararda ise malın ekonomik değeri esas alınmış ise de, sonuçta kastın yokluğuna dayanılarak beraat kararı verilmiştir: “Afşin Elbistan Linyitleri İşletme Müdürlüğü’nce yüzeyden alınıp işe yaramayan ve ekonomik değeri olmayan dış döküm sahasına bırakılan atık kömürlerden işe yarayanları toplayıp götüreren sanığın...”¹²⁶

Öğretide de Yargıtay’ın “nicelik açısından suç boyutlarına ulaşmayan” eylemlerin cezalandırılmayacağına ilişkin kararları ile “tipik bir eylemin varlığının yeterli olmadığını ve hukuksal değerle ilişkilendirilmiş bir tipik eylemin varlığını aramak gerektiğine işaret ettiği” belirtilmektedir.¹²⁷

Ceza Yargılamasında “Önemsizlik”

Eski sosyalist bloğa dâhil ülkelerin ceza hukukunda kullanılan maddi suç kavramı ve bu kavramın bir sonucu olarak önemsiz hareketlerin suç teşkil etmeyeceği uygulamasına yöneltlen eleştirilerin başında, bu kavramı kullanmak yerine ceza yargılamasında “ceza kovuşturmasının takdiriliği” ilkesi benimsenmek suretiyle aynı sonuca ulaşılmasının mümkün olacağı eleştirisi gelmektedir. Ancak eski sosyalist blok ülkelerindeki düzenlemede, suçun takibi değil, bizzat cezalandırılabilirlik ortadan kalmakta ve bu husustaki yetki savcılığa değil, mahkemeye tanınmaktaydı.¹²⁸

Eski Doğu Alman, SSCB ve Küba kanunları dışında, ayrıca Bulgar Ceza Kanunu’nun 75 ve 76. maddelerinin¹²⁹ suçtan dolayı toplum için önemli tehlikeli sonuçların meydana gelmemesi ve failin toplum için büyük bir tehlike oluşturmaması durumunda şartlı olarak ceza sorumluluğundan kurtulmasına olanak tanıdığı ifade edilmektedir.¹³⁰

¹²⁶ 11.CD., 10.06.2002, 4993/5517, Meran, Necati, *Gerekçeli Karşılaştırmalı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, 679.

¹²⁷ Ünver, *Hukuksal Değer*, 590.

¹²⁸ Grünwald, Gerald, “Die Strafrechtsreform in der Bundesrepublik Deutschland und in der Deutschen Demokratischen Republik”, *ZStW* 82 (1970), 266. 5271 sayılı CMK da değişiklik yapılmasına ilişkin olarak hazırlanan teklifin 171. maddede kamu davasının ertelenmesine ilişkin fıkralar eklenmesine yönelik olarak hazırlanan 28. maddesinin gerekçesinde, İsviçre kantonlarının sosyal yarar zorunlu kılmadıkça, soruşturma yapmanın mecburi olmadığını kabul etmekte oldukları belirtilmektedir. Bu teklifin diğer bir çok maddesi 5353 sayılı kanun ile yasalaştıysa da, bu hüküm yasalaşmamıştır. (03.05.3005 tarihli 5271 sayılı CMK değişiklik yapılmasına dair kanun teklifi).

¹²⁹ Bulgar Ceza Kanunu’nun güncel haline ulaşamadığımdan, bu hükümlerin muhtemelen yürürlükten kalkmış olabileceği hususuna dikkat çekmek isterim.

¹³⁰ Zlataric, Bogdan, “Kriminalpolitische Tendenzen der neuen Strafgesetzbücher einiger sozialistischer Länder”, *ZStW* 82 (1970), 218.

Önemsizlik kriterinin esas alındığı bir başka alan ise yaptırım alanıdır. Basit suçlar ikiye ayrılabilir: İlkin, çok hafif nitelikte olanlar ki, bunlar hiçbir şekilde ceza hukuku yaptırımını gerektirmeyen eylemlerdir. Buna karşılık daha önemli eylemler bakımından hafif bir yaptırım düşünülebilir.¹³¹

Çok hafif derecedeki ihlallerde bir suçun oluştuğu, nitelik ve maddi açıdan reddedilmektedir. Bu tip durumlarda, fiilin şekli olarak tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olduğu hallerde bile hiçbir şekilde kusur tespiti ve ceza tayini yoluna gidilmeyeceği kabul edilmektedir. Bu hallerde kovuşturma takipsizlik kararı ile sona erdirilmelidir.¹³² Burada *“müstakil ihlalin o kadar minimum ölçüde olması söz konusudur ki, bir ihlal niteliğinden bahsetmek mümkün olmamaktadır”*, örneğin çok az değerdeki malvarlığına yönelik ihlallerde olduğu gibi... Bu tip hallerde ceza hukukuna ihtiyaç bulunmamakta, özel hukuk veya kabahatler hukukundan kaynaklanan yaptırımlar yeterli görülmektedir. Ancak buradaki ölçünün ne olacağı ve nasıl somutlaştırılacağı bir problem teşkil etmektedir.¹³³ Alman Hukuku’nda bu amaca yönelik olarak, ceza kovuşturmasının mecburiliği ilkesinin yumuşatılmasının da bir örneği olarak bu yöndeki kurumlara yer verilmiştir (Bkz., Alman CMUK 153 vd). Bunlardan Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 153 açık bir şekilde *“önemsizlik dolayısıyla kovuşturamama kararı verilmesi”*ni düzenlemektedir.

Önemsiz Hareketler ve Yeni Ceza Kanunumuz

Yeni Türk Ceza Kanunu’nda önemsiz hareketler kavramına yer verildiğini gösteren bazı hükümlere rastlamak mümkündür.¹³⁴ TCK

¹³¹ Köhler, Michael, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin,. Heidelberg, New York 1997, 609.

¹³² Bu konuda Bkz., Hakeri, Hakan, *“Avusturya Ceza Hukuku’nun 25 Yılı”*, *Gülören Tekinalp’e Armağan*, İstanbul 2003, S. 511 vd.

¹³³ Köhler, 611.

¹³⁴ Ayrıca Bkz., Tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirmesi (TCK 174):

(1) Yetkili makamlardan gerekli izni almaksızın, patlayıcı, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeyi imal, ithal veya ihraç eden, ülke içinde bir yerden diğer bir yere nakleden, muhafaza eden, satan, satın alan veya işleyen kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Yetkili makamların izni almaksızın, bu fıkra kapsamına giren maddelerin imalinde, işlenmesinde veya kullanılmasında gerekli olan malzeme ve teçhizatı ihraç eden kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.

145'e göre, *"hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir"*. Yapılan eyleme nazaran ceza vermenin büyük bir orantısızlık teşkil edeceği düşüncesiyle konulmuş olan bu hüküm ile hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Madde, kanunun *"suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur"* diyen 3. madde hükmünün de bir yansımasını oluşturmaktadır (ayrıca bkz., TCK 150/2). Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hüküm sonuç itibarıyla bir cezasızlık veya cezada indirim öngörse de, maddede düzenlenen husus, sosyal uygunluk teorisi anlamında veya bir hukuksal yararın ihlal edilmemesi anlamında önemsiz hareket değildir. Özellikle dikkat çekmek gerekir ki, hâkimin faile bu maddeye dayanarak ceza vermemesi, eylemin her zaman sosyal bakımdan uygunluğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla bu maddenin kural olarak sosyal uygunluk teorisinin konusunu oluşturduğu söylenemez.

Bu vesileyle, kanunumuzun cezasızlık noktasında yeni olan bu hükmünü, biraz ayrıntılı ele almakta yarar görüyorum:

Öncelikle Alman hukukuna bakalım: Alman Ceza Kanunu'nun 248a maddesinde hırsızlık ve emniyeti suiistimal suçlarında suça konu malın çok az değerde olması halinde suçun şikâyet tabi olacağı, ancak savcılığın özel bir kamusal yarar görmesi durumunda re'sen de kovuşturma yapabileceği hükmü sevk edilmiştir. Bu suretle kanunumuzdan farklı olarak Alman Kanunu malın değerinin azlığını kovuşturma bakımından göz önünde bulundurulacak bir husus olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Esasen Alman hukukunda önemsiz hareketlerin esas itibarıyla Ceza Muhakemesi Kanunu çerçevesinde değerlendirmeye tutulduğu görülmektedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153 ve 153a maddeleri de malvarlığı aleyhine işlenen suçlarda meydana gelen zararın azlığı, önemsizlik durumlarında savcının dava açma konusundaki takdir yetkisini genişletmektedir.

Malın değerinin azlığı suçun işlendiği tarihteki değere göre belirlenecek ve bu bakımdan suçtan zarar görenin konumu da göz önünde bulundurulacaktır. Mal, belli bir ticari değeri dolayısıyla değil de, örneğin delili yok etme gibi başka amaçlarla çalınmış olursa, malın de-

(2) Bu fiillerin suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(3) Önemsiz tür ve miktarda patlayıcı maddeyi satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, kullanılış amacı gözetilerek, bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

geri, gördüğü fonksiyon göz önünde bulundurularak belirlenmelidir. Keza bir hırsızlık eylemi çerçevesinde birden fazla malın çalınması durumunda, malın değeri, çalınan bütün malların toplam değeri göz önünde bulundurularak değerlendirmeye alınmak gerekir.¹³⁵

Eylemin teşebbüs aşamasında kalması durumunda da madde uygulanabilir. Bu durumda failin fiilini gerçekleştirmeyi hedeflediği malın, yani suçun normalde gerçekleşecek olan konusunun değeri esas alınmalıdır.¹³⁶

Failin gerçekleştirdiği hırsızlık, nitelikli hırsızlık olduğu takdirde, yine de bu maddenin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Alman Ceza Kanunu (m. 243/2) bu konuda açık bir hüküm sevk ederek, bu tip hallerde nitelikli halin uygulanmayacağını açıklamıştır. Bu konuda açık bir hüküm bulunmayan kanunumuz bakımından, maddenin düzenlendiği yeri de göz önünde bulundurarak (nitelikli hırsızlığa ilişkin 142 ve 143. maddeden ve daha az cezayı gerektiren hallerin düzenlendiği 144. maddeden sonra) bu hükmün hırsızlığın basit ve nitelikli bütün halleri için geçerli olduğu sonucuna varmak gerekmektedir. Dolayısıyla örneğin özel bir beceriyle değersiz bir mendilin bir kimsenin cebinden çalınması durumunda 145. madde uygulanarak, 142. maddede öngörülmüş bulunan cezadan indirim yapılabileceği gibi, tamamen ceza verilmemesi de söz konusu olabilecektir. Burada şöyle bir husus da düşünülebilir: Nitelikli hırsızlık durumunda cezanın miktarı yüksek olduğundan, olsa olsa malın değersizliği dolayısıyla failin cezasında ancak indirim yapılabileceği, buna karşılık cezasızlığın düşünülemediği ileri sürülebilir. Kanımca bu sonuç mantıki gözükse de, bunu önceden kesin bir şekilde soyut olarak belirlemek yerine, somut olayda hâkimin takdirini kullanmasına imkân tanımak gerekir.

Failin bu konudaki yanılığını nasıl değerlendirmek gerekir? Burada ikili bir ayırım yaparak genel kurallardan bir nebze ayrılmayı öneriyorum. Buna göre, öncelikle malın değersizliği dolayısıyla failin cezasında indirim yapılacaksa, bu takdirde genel kurallar gereğince malın objektif değersizliği yeterli görülmeli ve fail malı değerli zannetmiş olsa da, bu indirimden yararlanmalıdır. Buna karşılık, maddenin ratio legis'ini göz önünde bulundurarak, faile ceza verilmemesi için mutlaka failin malın değersiz olduğunu bilmesi gerektiğini savunuyorum. Uygulamada karşılaştığımız örneğin bir elma çalma gibi olaylarda, fa-

¹³⁵ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch, 24. B., München 2001, §248a, kn. 3.

¹³⁶ Lackner/Kühl, §248a, kn. 5.

ilin cezasız kalabilmesi için malın değersiz olduğunu bilmesi gerekir. Buna karşılık çok değerli bir mal çaldığını düşünerek, aslında değersiz bir mal çalan kişinin maddenin öngördüğü cezasızlıktan yararlanması mümkün olmamak gerekir ve olay hâkimi de takdirini bu yönde kullanabilir. Yargıtay ise konuya ilişkin değişik bir kriter benimsemiş gözükmektedir: Yüksek mahkemeye göre, 5237 sayılı TCY'nin 145. maddesindeki *"malın değerinin azlığı"* kavramının, 765 sayılı TCY'nin 522. maddesindeki *"hafif"* ve *"pek hafif"* ölçütleriyle her iki maddenin de cezadan indirim sağlaması dışında benzerliği bulunmamakta olup; *"değerin azlığı kavramı; daha çoğunu alabilme olanağı varken, yalnızca gereksinme kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunu ifade etmekte olup olayın özelliği ve sanığın kişiliği de değerlendirilerek, yasal ve yeterli gerekçeleri de açıklanarak uygulanabilir"*.¹³⁷ Yukarıda belirttiğimiz görüşün bu içtihat karşısında uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Yargıtay kanunda yeri olmadığı halde, maddeyi sınırlama yoluna gitmiştir.

Hürriyeti tehdit suçunun düzenlendiği TCK 109/4'de *"bu suçun mağdurun ekonomik bakımından önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur"* denilmektedir. Bu hükümde ekonomik kaybın miktarı ayrıca belirtilmiştir. Basit bir ekonomik kayıp yeterli görülmeyecek, ekonomik kaybın önemli miktarda olması gerekecektir. Bu çalışmanın başından beri belirttiğim husus, kanun koyucunun bu belirlemeyi yapmadığı yerlerde olay hâkiminin bu belirlemeyi yaparak eylem tipik olsa da ilgili suç tipini uygulamayabileceğidir. Burada ise kanun açıkça bu belirlemeyi yapmış ve ekonomik kaybın önemsiz olması durumunda, nitelikli halin uygulanmayacağını bizzat kendisi belirlemiştir.

TCK 164'de *"gerçeğe aykırı 'önemli' bilgiler"*in verilmesi cezalandırılmaktadır. Keza TCK 238'de de *"'önemli' ölçüde azalma"* kavramına yer verilmiştir.

TCK 2003 Tasarısı'nın 32/2. maddesinde de şöyle bir hüküm sevk edilmişti: *"Taksirli suçlarda failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler meydana getirdiği hallerde kovuşturma yapılamaz ve ceza verilmez"*. Ancak bu hüküm kanunumuza alınmamıştır. Bu hükmün alınmaması ve yeni kanunda kusura göre cezanın belirlenmesi söz konusu olduğundan, failin kusur derecesinin çok hafif olduğu ve fiilin çok önemsiz neticeler getirdiği hallerde de faile ceza verilmesi söz konusu olacaktır. O nedenle uygulamada hakimlerin, failin kusu-

¹³⁷ 6. CD., 26.09.2005, 10859/8191.

runun çok az olduğu hallerde, kusurunun bulunmadığına karar verecekleri ve böylece az bir kusur dolayısıyla failin cezanın asgari hadi ile dahi olsa cezalandırılmasını engelleme yönünde bir uygulama geliştireceklerini tahmin ediyorum. Ancak şimdiye kadar yaptığım açıklamalar gereğince, yukarıda belirtilen prensipler çerçevesinde, kanunumuzda açık bir hüküm olmasa bile, bu tip hallerde failin hareketinin önemsizliği dolayısıyla ceza verilmeyebileceğini söylemek mümkündür.

Sonuç

Bu çalışmadaki fikirler kısaca özetlenerek, varılan sonuç aktarıl-mak gerekir:

Ceza hukukunda “önemsiz hareketler kategorisi” vardır. Ceza hukukunda, tipik, hukuka aykırı ve kusurlu her eylemin cezalandırılması, ceza hukukunun “ultima ratio” (son araç) özelliğine aykırıdır. Bu itibarla, önemsiz hareketlerde ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının yaptırımlarının uygulanmasını tercih etmek, bu ilkenin bir sonucudur.

O takdirde, ortaya çıkan soru, önemsiz hareketlerin ceza hukukundaki yerinin ne olacağıdır. Kanımca, önemsiz hareketlerin cezalandırılmayacağını kabul etmek gerekir. Bunun dayanağı, ceza hukukunun hukuksal yararların korunmasında ultima ratio olmasıdır. Bu nedenle önemsiz ihlaller, en ağır enstrümanı gerektirmezler, zira fail hukuk düzeni bakımından önemli şekilde sosyal tehlikeli olmamıştır. Önemsizlik prensibi, ayrıca orantılılık prensibinden de kaynaklanmaktadır ve bu prensibi sadece kanun koyucu değil, uygulama da göz önünde bulundurmaktadır.¹³⁸ Önemsizlik prensibi olarak adlandırılan bu kural, kanun koyucunun fonksiyonunu tamamlayan bir nitelik arz etmektedir.

Önemsiz hareketler kurumu ve önemsiz hareketlerin tespiti bir yorum faaliyetinden başka bir şey değildir. Gerçekten de, ceza kanunlarının yorumu söz konusu olduğunda öğretide birçok metodun geliştirildiği bilinmektedir. Bu metotlardan biri de önemsizlik prensibidir. Bu prensibe göre ‘korunan hukuki yarara yönelik tamamen önemsiz ihlaller’ “bir ceza normunun tipikliğini maddi olarak oluşturmazlar”.¹³⁹ Bazı ülke-

¹³⁸ Eser, Albin, “Sozialadäquanz”: Eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?”, Festschrift für Claus Roxin, Berlin, New York 2001, 202. Ostendorf, 341.

¹³⁹ OLG Hamm, NJW 1980, 2537; Jescheck/Weigend, 139.

lerde olduğu gibi, bu konuya ilişkin açık bir hüküm olsa bile, hâkimin somut olayda yorum yapması kaçınılmaz bir faaliyet olacaktır. Bu itibarla, önemsiz hareketler, ceza kanununun genel kısmına konulacak bir hükümle düzenlenebilir.¹⁴⁰ Ancak ben bu hükmün gereksiz olduğu ve hâkimin, somut olayın somut gelişimine göre, kanunu yorumlamak suretiyle önemsiz hareketleri ceza hukuku kapsamı dışında tutmasının daha uygun olacağını savunmaktayım. Böylece, çok kapsamlı bir genel hükmün ihdasının güçlüklerinin yanı sıra, somut olayın somut koşullarını göz önünde bulundurmaksızın kanun koyucunun genel bir değerlendirme yapmasının sakıncaları önlenmiş olacaktır.

Bu noktada önemli bir itiraz kanunilik ilkesi yönünde olabilir ki, kanımca burada kanunilik ilkesinden bir sapma söz konusu olmayıp, hâkimin her zaman yaptığı bir yorum faaliyeti söz konusudur. Esaslı bir itiraz hâkimin bu suretle kendini kanun koyucu yerine koyduğu yönünde olabilir ki,¹⁴¹ kanımca bu itiraz da geçerli değildir, zira hâkimin yaptığı bir yorumdan ibarettir ve yorum kanun koyucunun yaptığı bir faaliyet değildir. Kaldı ki, burada kanun koyucunun süzgecinden geçen, kanun koyucunun kazuistik düzenleme yapmaması/ yapamaması dolayısıyla ayrıntılı olarak düzenleyemediği, ultima ratio prensibi dolayısıyla, esasen kanun koyucunun da aynı sonucu istediği somut olaylarda, hâkimin yorum suretiyle, ceza hukukunun aşırı kullanımını önlemesi söz konusu olmaktadır.

Burada başka bir problemle daha karşılaşmaktayız. Ceza hukukundaki önemsiz hareketleri, basit, hafif suçlarla birbirinden nasıl ayırt edeceğiz? Gerçekten de, basit yaralama, hafif sonuçlu taksirli suçlar, çok az zarara yol açan mala karşı işlenen suçlar ile önemsiz suçlar neye göre ayırt edilecektir? Bu sorunun cevabı esasen “önemsizliğin kriterinin ne olduğu” sorusuna verilecek cevaptır. Başka ifadeyle, tahammül edilemeyecek, önemli, ağır gibi birer değer yargısı ifade eden hususları neye göre belirleyeceğiz, kıstasımız ne olacaktır? Gerçekten de, bu noktada belirleyici ve sınırlayıcı kriterlere ihtiyaç vardır ve “toplumsal açıdan uygun hareket” esası, kamu vicdanında kabul görmeyecek cezaları önlemek hususunda fonksiyon görmekte ve özellikle de bir suç tipinin yorumunu kolaylaştırmaktadır. Sosyal açıdan uygun davranış bir hukuksal yarar ihlali içerebilir, ancak bu hukuksal bakımdan önemsiz görülmektedir.

¹⁴⁰ Bu yönde, Hirsch, Hans Joachim, “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit”, ZStW 83 (1971), S. 146, 147.

¹⁴¹ Bkz., Ostendorf, 341.

Kanaatimce, her ne kadar eleştirilse de, belirsiz olduğu, duygusal değerlendirmelere dayandığı¹⁴² ileri sürülse de; önemsiz, değersiz olmakla beraber tipikliği gerçekleştiren ve fakat korunan hukuksal yararın ihlalinin önemsiz derecede olduğu hareketlerin ceza hukukunun müdahale sahasından çıkarılmasında bu kavramın, bu teorinin fonksiyon görmesi mümkündür. Nitekim Türk uygulama ve öğretisinde yukarıda da işaret ettiğim gibi, “*değersiz, az miktarda veya geleneklere uygun, alışkanlık olduğu*” gerekçeleriyle, tipik olmasına rağmen cezalandırılmayan hareketlerin bulunduğu savunulması, aslında sonuçta bu hareketlerin sosyal bakımdan uygun olmasından kaynaklanmaktadır. Yine günümüzde artık cezalandırılmayacağı kabul edilen izin verilen riziko çerçevesindeki hareketler de, esasen toplumsal uygunluk teorisinin kabul gördüğünü de göstermektedir.

Ancak ben burada ek olarak ikinci bir görüşün de yardımından faydalanmayı kaçınılmaz görmekteyim. Bu da “*önemsiz hareketlerde hukuksal yarar ihlalinin söz konusu olmaması*”dır.¹⁴³ Nitekim bir memurun bir adet ataşı özel/şahsi bir evrakı için kullanması durumunda hukuksal yarar ihlalinin bulunmadığı görüşünü esas almak gerekir. Aksi takdirde, bu tür hareketlerin sosyal alışkanlık olması dolayısıyla cezalandırılmaması, örneğin, rüşvet de gümrükte artık sosyal alışkanlık olmuştur, itirazlarına neden olabilir.

Türk öğretisinde konuyu ayrıntılı olarak ele alıp tartışan Ünver’in bu konudaki görüşleriyle sonuç bakımından mutabıkım. Nitekim yazar, her zaman siyasi amaçlara alet edilebilecek ve bireyin özgürlük ve güvenliğini tehlikeye düşürebilecek nitelikteki maddi hukuka aykırılık kavramı oluşturmak veya her somut olayda ve sürekli değişen bir hukuka uygunluk sebebi yaratarak kanun koyucunun iradesinin aşılmasına karşıdır.¹⁴⁴ Ancak savunduğum görüşe göre, önemsiz hareketler bakımından maddi hukuka aykırılık kavramı esas alınmadığı gibi, bir hukuka uygunluk sebebi de oluşturulmamaktadır.¹⁴⁵ Ben esasen çözüme başka bir yoldan gidilmesi gerektiğini savunuyorum. Nitekim yazar doğru bir yorumla neyin suç tipi kapsamında olduğunun be-

¹⁴² Nitekim toplumsal tehlikelilik ölçütünün kanunda açıkça yer aldığı Polonya’da da “fiilin toplumsal zararlılığının derecesinin belirlenme ölçütlerinin kanunda sayılmasına karşılık, değerlendirmenin sübjektif bir karakter taşıdığı” belirtilmektedir, Bkz., Ünver, KHUKA 2-3 (2000), 172.

¹⁴³ Hukuksal değerlerin yorum aracı olma fonksiyonu konusunda Bkz., Ünver, *Hukuksal Değer*, 846 vd.; 909-925.

¹⁴⁴ Ünver, *İzin Verilen Risk*, 122.

¹⁴⁵ Bkz., yuk. “Sosyal Uygunluk Bir Hukuka Uygunluk Sebebi midir?”.

lirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu yönüyle yazarın görüşlerine tamamen katılıyorum. İşte tam da bu yorumun yapılabilmesi ve doğru bir sonuca ulaşılabilmesi bakımından da sosyal uygunluk teorisi ile hukuksal yararın ihlal edilmesi esaslarının temel alınabileceği kanaatindeyim.

Gerçekten de, yazarın verdiği gelin arabasının önünün kesilmesi veya Nevruz bayramında komşu evinin dinlenmesi örneklerinde faillerin eylemleri cezalandırılmamaktadır, zira hareketler sosyal bakımdan uygundur. Nitekim yazarın tespitine katılmamak elde değildir: *“Bu tür önemsiz fiiller, belirtilen suç tipleriyle yasaklanmak istenen fiiller değildirler”*,¹⁴⁶ zira kanun koyucunun amacına uygun düşmemekte ve hukuksal bir yararın ihlali de söz konusu olmamaktadır.

Önemsiz hareketin belirlenmesi noktasında fonksiyon görebilecek diğer düşünceler şunlar olabilir: Öncelikle önemsiz hareketlerin cezasızlığı meselesini fazla abartmamak ve ancak uç örneklerde bu prensibi kabul etmek gerekir.¹⁴⁷ Ayrıca, hareketin önemsizliğini sadece meydana getirdiği zararın hafifliğine göre belirlememek gerekir. Tümsel bir değerlendirme yapmak, eylemin tekrarlanması, suçun işlenmesinin yoğunluğu da göz önünde bulundurulmak gerekir.¹⁴⁸

Bu noktada, bir çözüm önerisi olarak, belirli suçlarla ilgili olarak kanun koyucunun açık bir miktar belirlemesi ve bu miktarın altındaki fiillerin önemsiz olduğunun açıklanması düşüncesi, kanunilik prensibi bakımından güvence sağlamakla beraber, somut olayda, kişilerin maddi durumlarının bu suretle göz önünde tutulması imkânı ortadan kalktığından¹⁴⁹ ve her suç için belirli bir miktarın belirlenmesi de olanaklı bulunmadığından, kanımca makul gözükmemektedir.

Keza, önemsiz hareketlere hukuksal sonuçlar tanınmasının, şekli ceza hukukunda atılacak adımlarla da mümkün olabileceği de düşünülebilirse de, mecburilik prensibinin yumuşatılması manasında ve bir ceza muhakemesi işlemi olarak önemsiz hareketlerde takipsizlik kararı verilmesine nazaran, önemsiz hareketlerde tipiklik yönünde yapılacak bir değerlendirme ile hâkim tarafından beraat kararı verilmesinde, somut olaydaki, somut koşullara göre hâkim denetiminden geçilerek karar verilmesi avantajı söz konusu olmaktadır.

¹⁴⁶ Ünver, İzin Verilen Risk, 123.

¹⁴⁷ Haas, 18.

¹⁴⁸ *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, 50.

¹⁴⁹ Eser, 202.

Son söz: Almanya’da Alman CMK’nın tipik hareketin önemsizliğine somut sonuçlar bağladığı hükümlerine rağmen, maddi ceza hukukunda da önemsizlik kriterine ihtiyaç olduğu savunulmaktadır.¹⁵⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda böyle bir hükmün bulunmadığı Türkiye için bu gereksinim daha şiddetli olsa gerektir.

¹⁵⁰ Ostendorf, 345.