

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKU SİSTEMLERİNDE KUSUR PRENSİBİNİN KAPSAMI VE OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARININ KUSUR PRENSİBİ İLE BAĞDAŞTIRILABİLİRLİĞİ THE SCOPE OF “FAULT PRINCIPLE” AND THE COMPATIBILITY OF “OBJECTIVE CONDITIONS OF PUNISHABILITY” WITH “FAULT PRINCIPLE” IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW SYSTEMS

Uğur ERSOY*

Özet: Kusur prensibi, günümüz çağdaş ceza hukuku sistemlerinin en önemli ve vazgeçilmez prensibi olarak kabul edilmektedir. Kusur prensibine göre, kusur, kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz bir şartı olarak görülmektedir. Kusur prensibi, faili, hak etmediği aşırı müeyyidelere karşı koruyan önemli bir kalkan işlevi üstlenmektedir; bu prensip aynı zamanda, cezanın sadece, bizzat fail tarafından işlenmiş bulunan fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayandırılabilmesini de ifade etmektedir. Failin kusuru, gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamak zorundadır; yani haksızlık ve kusur arasında ilişki kurulması ve bunların birbirlerine uygun olması gerekmektedir. İlk bakışta, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı söylenebilir, çünkü objektif cezalandırılabilme şartları kusur ilişkisinin dışında bulunmaktadır. Bu konuda verilecek cevap, cezalandırılabilmenin, kusurdan bağımsız şartlara bağlı olmasının mümkün olup olmayacağı sorusu ile çok yakından ilgilidir.

Anahtar Sözcükler : Kusur prensibi, objektif cezalandırılabilme şartları, kusur, haksızlık, hukuka aykırılık.

Abstract: Fault principle is considered as the most important and indispensable principle of the contemporary criminal justice systems. According to the this principle, the fault is the *conditio sine qua non* of the legitimacy of public punishment. The principle functions as a shield, protecting the offender from the excessive punishments. Besides, it also has a meaning that the punishment shall be handed out only for the personal liability of the offender arising from his personally committed actions. The fault of the offender must include all the elements of the tort, so that there must

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

be a relationship and a harmony between the fault and the tort. At first view, one could think that objective conditions of punishability would be inconsistent with the principle of fault, just because the former falls outside within the fault issue. The answer to this issue is closely related to the question whether the punishability could depend on the circumstances independent from the fault.

Keywords : Fault principle, objective conditions of punishability, fault, tort, illegality.

I) CEZA HUKUKUNDA KUSUR PRENSİBİNİN YERİ VE ÖNEMİ

Kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi (*nulla poena sine culpa*), kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) aksine, gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda, gerekse Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda açıkça zikredilmemiş bulunan bir prensiptir¹. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş ve mah-

¹ İsfen, Sabit Osman, *Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts*, München 2008, s.1 vd.; Frister, Helmut, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin 1988, s.14; Reineke, Alexander, *Der wegen Trunkenheit vermindert schuldfähige Täter*, Hamburg 2010, s.46; Jescheck, kusur prensibinin, dünyanın hiçbir ülkesinde anayasal bir ilke olarak kabul edilmediğine işaret etmektedir, bkz. Jescheck Hans-Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş - Kusur İlkesi - Ceza Hukukunun Sınırları* (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007, s.9; Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) cezanın belirlenmesinin düzenlendiği 61. maddede kusur prensibi kısa bir şekilde özetlenmiştir: "... failin kast ve taksire dayalı kusurunun ağırlığını...". Benzer bir düzenlemeye Alman Ceza Kanunu (Al.CK) m.46/1'de de yer verilmiştir: "*Failin kusuru, cezanın belirlenmesinin temelini oluşturur.*" Bu bağlamda, kusur prensibinin TCK'da üstü kapalı bir şekilde düzenlendiği sonucuna varabiliriz; Anglo-Sakson hukukunda, kusursuz ceza olmaz prensibi için "*Strict Liability*" kavramı kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henke, Martin, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der Schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn 1990, s.1 vd.; Buna karşılık Avusturya Ceza Kanunu'nda (Av.CK) kusursuz ceza olmaz prensibi açık bir şekilde kabul edilmiştir. Av.CK'nın, kusursuz ceza olmaz prensibini düzenleyen 4. maddesinde şöyle denilmektedir: "*Sadece kusurlu hareket eden bir kişi cezalandırılabilir.*" (Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt.) bkz. Kodex - *Des Österreichischen Rechts - Strafrecht*, Fuchs, Helmut/Maleczky, Oskar, 36.Auflage, Wien 2012, s.8.; Bununla birlikte Av.CK'da da Al.CK'dakine benzer olarak kavgaya katılma suçu (Av.CK m.91) ve zilzurna sarhoşluk suçu (Av.CK m.287) düzenlenmiş ve bu suçlar bakımından da Al.CK'dakine paralel bir şekilde objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmiştir. Bu nedenle vermiş olduğumuz bu örnekten de anlaşılacağı üzere, kanaatimizce ceza kanununun genel hükümler kısmında bu prensibe yer vermiş olmakla da sorun ne yazık ki halledilememektedir.

keme içtihatları², kusursuz suç ve ceza olmaz prensibinin varlığını Anayasa'da da ifadesini bulan insan onurunun korunması³, ceza sorumluluğunun şahsi olması⁴ ve daha da önemlisi hukuk devleti prensibinden isabetli bir şekilde çıkartmaktadır⁵. Böylelikle, fail hakkında

² BVerfGE 9, 169; 20, 331; 23, 132; 25, 285; 41, 125; 45, 259; 50, 133; 54, 108; 57, 250, 275; 91, 27; 96, 140; Türk Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda kusur prensibine işaret etmiştir: "Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek 'kusursuz suç olmaz' anlayışını ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir." (AYM, 19.02.2009 T., 2006/72 E., 2009/24 K., R.G. 25.06.2009 – 27269.)

³ Alman Anayasa Mahkemesi, kusur prensibini sadece hukuk devleti prensibinin genel ilkelerinden değil, aynı zamanda insan onuruna saygı gösterilmesi zorunluluğundan da çıkartılması gerektiği sonucuna varmaktadır, bkz. Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993, s.7 ve dn.2'deki kararlar.; Kanaatimizce aynı husus Türk Hukuku bakımından da geçerlidir. Çünkü Anayasa'nın Başlangıç Kısmı'nda insan onuruna açıkça vurgu yapılmıştır. Anayasa'nın 176. maddesine göre Başlangıç Kısmı da Anayasa metnine dahil olduğu için, Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bu kararının Türk Hukuku bakımından da yol gösterici nitelikte olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

⁴ Jescheck'e göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38. maddesinde ifadesini bulan, ceza sorumluluğunun şahsiliğine ilişkin ifadenin, kusur prensibinin kabulü olarak anlaşılması gerekmektedir, bkz. Jescheck, Hans-Heinrich, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (Çev.: Adem Sözüer), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.29; buna karşılık Ünver'e göre, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu şeklindeki ilke, doktrinde kusurlu sorumluluk olarak anlaşılma ile birlikte, aslında bu ilkeyi kusurlu ve fiilin (eylemin ve nedensellik bağının) bulunduğu ve bunun da ispatlandığı durumdaki ceza sorumluluğu olarak anlamak gereklidir. Başka bir deyişle, bu ilkenin aksi anlamında kullanılan ve ceza sorumluluğunda yeri bulunmaması gereken objektif sorumluluk, doktrinde genelde sadece kusursuz sorumluluk olarak anlaşılma ile birlikte, kusursuz ve/veya eylemsiz (veya eylemin veya nedensellik bağının ispatlanmadığı) ceza sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. Nitekim TCK'nın 20. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde de kusur unsuruna atıfta bulunulmaksızın başkasının eyleminden sorumluluğunun olmadığı düzenlenmesi de bu görüşü doğrulamaktadır, bkz. Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s.48.

⁵ Frister, Schuldprinzip, s.13, 18; Reineke, Trunkenheit, s.46; Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Jescheck, Öntasarı, s.30; Satzger, Helmut, "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", JURA 2006, s.110; Leipold, Klaus, Anwaltkommentar StGB, Bonn 2011, Vor §13 Rn.32; Ozansü, Mehmet Cemil, Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sühjektif Sorumluluk, Ankara 2007, s.19 dn.1; Hirsch, Hans Joachim, "Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu" (Çev.: Yener Ünver), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.297, 315; Schlosser, Peter, Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' als Verfassungsnorm, Würzburg 1961, s.27 vd.

ceza tatbik edilebilmesi için kusurun varlığı zorunludur⁶; bu yüzden tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarına ilave olarak kusur, “ceza verilmesini gerekçelendiren” ve “cezayı sınırlandıran” bir suç unsurudur⁷.

Kusur⁸ prensibi⁹, çağdaş ceza hukukunun en önemli prensibi olarak kabul edilmektedir¹⁰. Kusur prensibine göre, kusur, kamusal cezanın meşruiyetinin zorunlu ve olmazsa olmaz bir şartıdır¹¹. Kusur prensibi, faili, hak etmediği aşırı müeyyidelere karşı koruyan önemli bir kalkan işlevi üstlenmektedir; bu prensip aynı zamanda, cezanın sadece, bizzat fail tarafından işlenmiş bulunan fiilden doğan kişisel sorumluluğa dayandırılabilmesini de ifade etmektedir¹².

Kusur prensibinin genel olarak üç sonucu bulunmaktadır:

- i) Fail, kusursuz olması durumunda cezalandırılmaz¹³.
- ii) Hükmedilecek ceza, failin kusurunun derecesini aşamaz¹⁴ (örneğin, failin çok tehlikeli bir kişi olması nedeniyle, bu tehlikeyi önlemek için cezanın ağırlaştırılması kabul edilemez).

⁶ Frister, Schuldprinzip, s. 15; Reineke, Trunkenheit, s.56; Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.I-II; “Ceza için kusur şarttır” bkz. BGHSt 2, 194, 200.

⁷ Hirsch, Kusur İlkesi, s.299; Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Straftat und ihr Aufbau, 41.Auflage, 2011, §10 Rn.398.

⁸ Kusurun unsurları şunlardır: Kusur yeteneği (=Schuldfähigkeit - eskiden bunun yerine cezai ehliyet “Zurechnungsfähigkeit” kavramı kullanılmaktaydı), haksızlık bilinci, mazeret sebeplerinin (=Entschuldigungsgründe) yokluğu. Kusur yeteneği, failin fiilinin haksızlığını tanıyabilmesi ve hareketlerini buna göre yönlendirebilmesi yeteneğini ifade etmektedir. Haksızlık bilinci, failin yaptığının haksızlık oluşturduğunu bilebilecek durumda olmasını ifade etmektedir. Şayet fail, yaptığının haksızlık oluşturduğunu bilebilecek durumda değilse ve kaçınılmaz bir hataya düşürse cezalandırılmayacaktır, bkz. Frisch, Wolfgang, “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları” (Çev.: Hakan Hakeri), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.126-128.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Jakobs, Das Schuldprinzip, s.7 vd.; Tarihi gelişimi için bkz. Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 2.Auflage, Heidelberg 1976, s.217 vd.

¹⁰ Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Geisler, Claudius, “Objektive Strafbarkeitsbedingungen und ‘Abzugsthese’ - Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip”, GA 2000, s.166.

¹¹ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.15; Jakobs, Das Schuldprinzip, s.7.

¹² Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9.

¹³ Reineke, Trunkenheit, s.56; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12.Baskı, Ankara 2012, Kn.33.

¹⁴ “Keine Strafe über das Maß der Schuld hinaus” bkz.Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.124 dn.90; Reineke, Trunkenheit, s.56; Frister, Schuldprinzip, s.39 ve dn.1’deki kararlar ve yazarlar; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.33.

iii) Ceza, kusurun derecesi dolayısıyla, failin hak ettiğiinden daha az olamaz¹⁵.

Kusur prensibinden başkaca şu sonuçların çıkarılması da mümkündür: Failin kusuru gerçekleştirilen haksızlığın bütün unsurlarını kapsamak zorundadır, yani haksızlık ve kusur arasında ilişki kurulması ve bunların birbirlerine uygun olması gerekmektedir; her somut olayda hükmedilen ceza, failin kusuruyla orantılı olmalıdır, yani verilecek ceza, kusurun derecesini aşmamalıdır¹⁶.

Objektif sorumluluk prensibinden ayrılmak ve kusur prensibini kabul etmek dikkate değer bir gelişmedir, çünkü bu durum, çağdaş ceza hukukunun en önemli başarısı olarak görülmektedir¹⁷. Objektif sorumluluk prensibi esas olarak failin kastının muhtevasını dikkate almadan, meydana gelen hadiseye göre failin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu belirlemektedir¹⁸. Başka bir ifadeyle, objektif sorumlulukta, gerçekleşen netice bakımından failin kastının veya taksirinin varlığının bulunması zorunlu görülmemektedir¹⁹. Kusur prensibine göre ise hukuki menfaatlerin ihlal edilmesinden dolayı failin sorumlu tutulması daha ziyade psişik bir duruma yani failin fiiline ilişkin iç dünyasına bağlı bulunmaktadır²⁰. Böylece, failin davranış ufkunun subjektifliğinin kusur ceza hukukuna dahil edilmesi yoluyla bir düşünme, bizim bugünkü bakışımızdan “kader” ve “alın yazısı” için sorumlu tutulma anlayışının ceza hukukuyla ilgili sorumluluk açısından yenilmesi için yeterli görünmektedir²¹.

¹⁵ Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, s.9; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.33; Buna karşılık Önder’e göre, kanun koyucu burada tamamen serbesttir. Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir, bkz. Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.379.

¹⁶ Wessels/Beulke, AT, §10 Rn.398.

¹⁷ Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip - Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998, s.19; Schaad, Pierluigi, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Winterthur 1964, s.6.

¹⁸ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.4; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

¹⁹ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.4.

²⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

²¹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.19.

Özen'e göre, Türk Hukuku bakımından objektif cezalandırılabilme şartlarının TCK'nın genel hükümlerinde bir düzenlemeye tabi tutulmamış olması ve İtalyan Hukuku'nun tersine, hukukumuzda objektif cezalandırılabilme şartlarının faile isnad edilebilmesi için kusurlu bulunması gerektiği yolundaki kurala bir istisna getirilmemiş olması, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından da failin kusurunun aranması gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır²².

Ceza hukukunun kusur prensibi ile sınırlandırılması²³, ceza hukukunun hümanistleştirilmesi yolunda önemli bir kilometre taşı olarak değerlendirilmektedir²⁴. Kusur prensibinin bu ifadesi, bugünkü ceza hukuku düşüncesinde açık bir şekilde esaslı perspektif değişikliği olarak görülmektedir²⁵. Kusursuz olarak yapılmış bir haksızlık için ceza verilmesi, haksız olarak görülür ve ilkel çağlara bir dönüş olarak anlaşılır²⁶. Fakat kusur prensibi hakim düşünceye göre modern ceza hukukunun merkezi adalet aksiyomundan daha fazlasıdır; buna göre kusur prensibi aynı zamanda ceza normlarına olan güvenin korunmasına da vurgu yapmaktadır²⁷.

Hukuk devleti ilkesine uygun bu güven fonksiyonu yeniden önem ve anlam kazanmış, mahkeme kararları ve doktrin tarafından kusur prensibine verilen önem artmıştır; Alman Federal Yüksek Mahkemesi

²² Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998, s.232; Toroslu'ya göre, objektif cezalandırılabilirlik şartlarının varlığı halinde, başkasının fiilinden sorumluluk veya objektif sorumluluk değil, şarta bağlanmış olsa da, kusurlu bir sorumluluk söz konusudur. Yazar'ın şu tespitinin çok önemli olduğuna işaret etmek istiyoruz: "Şart, yukarıda da belirtildiği üzere, bizatihi fail tarafından veya üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen fiiller olabilir." Yazar fail tarafından gerçekleştirilen fiillere örnek olarak TCK'nın 11. ve 12. maddelerinde ifade edilen, failin Türkiye'de bulunması şartını örnek göstermektedir. bkz. Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C:1, İstanbul 2008, s.708.

²³ Kusur prensibinin sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, s.212 vd.

²⁴ Geisler, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.19.

²⁵ Geisler, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.19.

²⁶ Geisler, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.19; Schlosser, *Keine Strafe ohne Schuld*, s.I (Yazar'a göre, kusursuz ceza olmaz prensibi, hiçbir açıklama yapmayı gerektirmeyecek kadar açık ve anlaşılabilir bir prensiptir. Ayrıca söz konusu prensip, ceza hukukunun bütün alanlarında -askeri ceza hukuku da dahil- istisnasız bir şekilde uygulama kabiliyeti bulan 'dokunulmaz' bir prensiptir.)

²⁷ Geisler, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.19-20.

Büyük Ceza Kurulu²⁸ tarafından kusur prensibi "*dokunulamaz temel bir ilke*" olarak nitelendirilmiştir²⁹, aynı şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi³⁰ (Bundesverfassungsgericht) de bu prensibe anayasal bir önem atfetmiştir³¹.

Doktrinde de bu prensibe hak ettiği önem verilmiş ve modern ceza hukuku sisteminde kusur prensibi "*ceza hukukunun en kutsal prensibi*" olarak nitelendirilmiştir³².

II) OBJEKTİF CEZALANDIRILABİLME ŞARTLARI İLE KUSUR PRENSİBİNİN BAĞDAŞIP BAĞDAŞMAYACAĞI MESELESİ

A) Genel Olarak

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, ceza hukuku sistemimizde, cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi, bazı durumlarda, sadece failin kusuruna değil, bilakis başkaca şartların da mevcudiyetine bağlı bulunabilmektedir³³. Bu şartların, yargılama hukukuna ait olanları bakımından, bunların kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı hususunda bir sorun bulunmamaktadır; buna karşılık maddi hukuka ait bulunan kusurdan bağımsız cezalandırılabilme şartlarının, özellikle de objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı hususu doktrinde çok tartışmalıdır³⁴.

²⁸ BGHSt (GS) 2, 194 (202).

²⁹ Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.I.

³⁰ BVerfGE 20, 323 (331).

³¹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.20.

³² Geisler, GA 2000, s.166; Schünemann, Bernd, "Die Bedeutung der Besonderen persönlichen Merkmale für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (2. Teil)", JURA 1980, s.568.

³³ Frister, Schuldprinzip, s.46.

³⁴ Geisler, GA 2000, s.166 vd.; Frister, Schuldprinzip, s.46; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.39-42; Schmidt, Rolf, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 10.Auflage, 2011, Rn.307; Stratenwerth, Günter, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959 - Korreferat, gehalten auf der Strafrechtslehretagung in Erlangen 1959", ZStW 1959, s.565-567; Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Baden-Baden 2011, §6 Rn.13; Kudlich, Hans (Koordinator), "Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar", (Çevirenler: Tepe, İlker/Meraklı, Serkan/Oğlakçoğlu, Mustafa), CHD, Nisan 2012, Sayı:18, s.283 vd. (Söz konusu çalışmada üç ceza hukuku profesörü ile soru-cevap şeklinde bir röportaj gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle çalışmada, açıklamada bulunan ilgili profesörün ismi ayrıca zikredilecektir.); Heinrich, Bernd, Strafrecht - Allgemeiner Teil I, 2.Auflage, 2010, Rn.134; Frister, Helmut,

Modern toplum anlayışına göre, kusur prensibi, birey ile toplum arasındaki ceza hukuku açısından önem arz eden anlaşmazlıkları hakaniyete uygun bir şekilde düzenlemek için merkezi bir “dağıtım anahtarı” (Verteilungsschlüssel) rolü üstlenmektedir³⁵. Kusur prensibi aynı zamanda “*kuvvetli bir müknatıs gibi*” ceza hukuku açısından adaletin sağlanması için gerekli şartları sınıflandırmakta ve düzenlemektedir³⁶. Objektif cezalandırılabilme şartlarının yapısının kusur ilişkisinin dışında kaldığı hususu hatırlandığında, bu kurumun, kusur prensibi ile bağdaşmıyormuş gibi görüldüğü rahatlıkla düşünülebilir³⁷.

Ceza kanunlarında düzenlenen her bir suç tipinde yer alan hangi şartların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiği hususu belirsizdir³⁸; bu tespit ne salt kanunun lafzından yararlanı-

Strafrecht Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 5.Auflage, München 2011, §21 Rn.5; değişik görüşler için bkz. Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.100 vd. (Yazar’a göre, bir yandan objektif cezalandırılabilme şartlarının soyut nitelikte olması, öte yandan ise bu şartların hukuken haklı görülüp görülemeyeceğinin tespiti bakımından yaşanan zorluklar, anayasal açıdan bunların kabul edilip edilemeyeceği sorunlarını da beraberinde getirmektedir.); Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2.Auflage, Heidelberg 2009, §2 Rn.85.

³⁵ Geisler, GA 2000, s.166.

³⁶ Geisler, GA 2000, s.166.

³⁷ Geisler, GA 2000, s.166.

³⁸ Kindhäuser, AT, §6 Rn.13; Hass, Gerhard, “Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung”, ZRP 1970, s.196; Kangal, Zeynel T., “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHFİM, C:68, S:1-2, s.152 (Yazar’a göre bu sorun yorum kuralları çerçevesinde çözülebilir.); Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12.Auflage, Erster Band, Berlin 2006 (Tonio Walter), Vor §13 Rn.185, Yazar’a göre “*şayet/eğer*” bağlacı ile kurulan koşul cümleleri objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilebilir (§§ 104a, 186, 231 ve 323a StGB “*şayet/eğer*” bağlacıyla oluşturulmuş hükümlerdir; buna karşılık §§283 StGB maddelerdeki iflas suçlarında bu bağlaç kullanılmamıştır.); Benzer görüşte olan Kindhäuser’e göre de, objektif cezalandırılabilme şartlarını sınıflandırmaya yarayacak genel kabul gören şekli bir kriter kabul etmek mümkün değil ise de, kanunun yorumlanması suretiyle mantıklı bir sonuca varılabilir. Yazar’a göre madde metninde “...sadece o zaman cezalandırılabilir, şayet...” (§283 VI StGB) veya “...cezalandırılır, şayet...” (§323a I StGB) gibi ifadeler yer verilmesi, söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanabileceğine işaret etmektedir, bkz. Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4.Auflage, 2010, Vor §13 Rn.227 ve ayrıca bkz. Kindhäuser, AT, §6 Rn.13; benzer görüşler için bkz. Schmidhäuser, Eberhard, “Objektive Strafbarkeitsbedingungen”, ZStW 1959, s.564; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.37-38 (Yazar’a göre, şayet kanun koyucu objektif cezalandırılabilme şartlarını koşul cümleleri ile ifade etmiş ise o vakit sağlam bir şekli ayırt etme kriterine sahibiz demektir; bu durumda bir şartın objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığını tespit etmek oldukça basittir.); Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan,

larak, ne de hükmün tarihçesinden anlam çıkararak yapılamaz³⁹.

Bu kurumun tarihi gelişimine baktığımız vakit, hangi şartların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edileceğinin daha ziyade içtihatlar yoluyla ortaya konulduğunu görmekteyiz⁴⁰.

Daha önce de ifade edildiği üzere, fail hakkında ceza tatbik edilebilmesi için her şeyden önce failin kusurlu bulunması gerekmektedir⁴¹. Tesadüflere ve rastlantılara dayanan bir sorumluluk kusur prensibi ile bağdaşmayacaktır; fail sadece kınanmasını gerektirecek bir durum olması halinde cezalandırılabilir⁴².

İlk bakışta, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı söylenebilir, çünkü objektif cezalandırılabilme şart-

Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2011, s.420; karşı görüş için bkz. Toroslu, Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları, s.707 (Yazar'a göre, suçun unsurları ile objektif cezalandırılabilme şartlarını birbirinden ayırma konusunda "fülin ihlal ediciliği" (?) ve özellikle "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkeleri göz ardı edilmek suretiyle, kanun koyucunun ve yorumcunun serbest bırakılması istenmiyorsa, sadece "eğer", "şayet", "...dığı takdirde" ve "...halinde" gibi şart ifade eden lafzi-biçimsel ölçütler terk edilmeli ve bu konuda öze ilişkin işlevsel bir ölçüt belirlenmelidir. Ancak Yazar, bu "işlevsel ölçütün" nasıl belirleneceği ve uygulanacağı konusunda somut bir görüş ortaya koymaktan çekinmiştir.); Dönmezer/Erman'a göre de, objektif cezalandırılabilme şartları ile unsurları ayırt edebilmek için kanunun ifadesine bakmak doğru olmaz. Kanunların bir çok yerinde "şayet", "eğer", "sebebiyet verirse" gibi bir şartı ifade eden deyimler kullanılsa da, sırf buna bakılarak bir objektif cezalandırılabilme şartının varlığını kabul etmek doğru olmaz. Zira, kanun koyucu, bir çok durumda, neticeyi de bu gibi terimlerle ifade etmiştir ve netice maddi unsurun bir parçası olup, objektif cezalandırılabilme şartı değildir, bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt:I, 13.Bası, İstanbul 1999, Kn.456.

³⁹ Krause, Friedrich-W., "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", JURA 1980, s.449.

⁴⁰ Krause, JURA, s.450.

⁴¹ Bavyera Anayasa Mahkemesi, 1950 yılında verdiği bir kararda, İkinci Dünya Savaşı sonrasında çıkartılmış olan bir kanunu hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Söz konusu kanun, savaşta kullanılan otomobillerin sahip veya zilyetlerinin, kusurları olmaksızın dahi, 20 Ağustos 1946 tarihine kadar otomobillerin kullanılması için gerekli yeni ruhsatları yetkili idari makamlardan talep etmedikleri takdirde, tazminat ödemeksizin bu eski savaş araçlarının müsadere edilmesini öngörmekteydi. Bavyera Anayasa Mahkemesi, kararında "Kural olarak, sadece ceza hukuku açısından kusurlu bir faille bir cezai müeyyidenin uygulanabileceğini, cezai müeyyidenin fülin ağırlığı ve failin kusuru ile orantılı olması gerektiği ve olaydan kusur derecesi ve ağırlığı anlaşılabilirse, hakime cezayı bu dereceye uydurabilme imkanının bırakılması gerektiği" hususlarına işaret etmiştir. Bkz. Tiedemann, Klauss, "Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu" (Çev.: Feridun Yenisey), İÜHFH, Cilt:41, Sayı:1-2, İstanbul 1975, s.306.

⁴² Satzger, JURA, s.110.

ları kusur ilişkisinin dışında bulunmaktadır⁴³. Bu konuda verilecek cevap, cezalandırılabilmenin, kusurdan bağımsız şartlara bağlı olmasının mümkün olup olmayacağı sorusu ile çok yakından ilgilidir⁴⁴.

Cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için failin kusurunun “*kamufle edilmiş bir şekilde*” aranmaması, kusur prensibinin ihlali olarak değerlendirilebilir mi? Bazı yazarlar bu soruya ‘*evet*’ cevabını vermekte ve objektif cezalandırılabilme şartlarına suçun bir unsuru veya yargılama şartı olarak bakılması gerektiğini söylemektedirler⁴⁵.

Kanun koyucunun, ceza normunu hazırlarken objektif cezalandırılabilme şartı koyma konusunda tamamen serbest olup olmadığı veya dogmatik kategorilerle bağlı olup olmadığı önemli bir sorudur⁴⁶. Bazı yazarlar bu konuda kanun koyucunun sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunurken, aksi görüştekiler, dogmatik kategorilerin kanun koyucunun takdir yetkisini sınırladığını ileri sürmektedirler⁴⁷. Kanun koyucu, bir ceza normuna objektif cezalandırılabilme şartı ilave etmek istiyorsa, pratikte bu durumu mantıklı bir şekilde hesaba katmalıdır, çünkü kanun koyucu, ceza hukukunun temel ilkelerine karşı gelme yetkisine ve gücüne sahip değildir⁴⁸. Kanun koyucunun, sahip olduğu özgürlüğün sınırını, suç politikasına ilişkin menfaatler ve usul ekonomisine ilişkin mülahazalar oluşturmaktadır⁴⁹.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının uygulanmasında, kanun koyucunun serbestliğinin bir diğer önemli sınırını hiç şüphesiz *kusur prensibi* oluşturmaktadır⁵⁰. Bu nedenle kanun koyucu bir ceza normunu objektif cezalandırılabilme şartı ile düzenlemek istiyorsa kusur prensibinin gereklerine uygun hareket etmeli ve kusur prensibine aykırı davranmamalıdır. Örneğin somut olayda, fiilin kusurluluğunun belirlenmesine ait olan ve verilecek cezanın miktarına etki eden bir unsur, objektif cezalandırılabilme şartı olarak şekillendirilmiş ise bu durum kusur prensibine aykırılık teşkil edecektir⁵¹.

⁴³ Geisler, GA 2000, s.166.

⁴⁴ Satzger, JURA, s.110.

⁴⁵ Satzger, JURA, s.110; Bemann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957, s.27 vd.

⁴⁶ Schmidhäuser, ZStW, s.560.

⁴⁷ Görüşler için bkz. Schmidhäuser, ZStW, s.560 dn.30.

⁴⁸ Schmidhäuser, ZStW, s.560.

⁴⁹ Schmidhäuser, ZStW, s.561.

⁵⁰ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38.

⁵¹ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38.

Şayet kanun koyucunun, bir ceza normuna haksızlık ve kusurdan bağımsız olarak bir cezalandırılabilme şartı ilave etmek istiyorsa, her şeyden önce bunu açık ve net bir şekilde yapması gerektiği belirtilmektedir; örneğin: "... fiil ... olması şartıyla cezalandırılmaz" veya "... fiil sadece ... olması şartıyla cezalandırılır"⁵². Bu tip bir kullanımın, sadece kanun koyucunun işini kolaylaştırmakla kalmayacağı, aynı zamanda hakimın maddeyi doğru bir şekilde anlamasını ve cezayı buna göre doğru bir şekilde tayin etmesi bakımından da işini kolaylaştıracağı belirtilmektedir⁵³.

Doktrinde, objektif cezalandırılabilme şartlarının sıklıkla kötüye kullanıldığı, bunların sadece cezalandırılabilirliğin söz konusu olabilmesi için mevcut olmaları gerektiği halde, verilecek cezanın miktarı için önemli olacak bir şekilde değerlendirildiği de ifade edilmektedir⁵⁴.

Suç karşılığında verilecek ceza miktarının sadece kusurlu davranışın ağırlığına bağlı olması gerekmesine karşın, objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza miktarının artırılmasına da etki ettiği belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığı vakit, kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartlarını, subjektif unsurlarla eşit seviyeye getirdiği ve böylelikle objektif cezalandırılabilme şartlarını, fiilin haksızlığını artırıcı bir durum olarak gördüğü ifade edilmektedir⁵⁵.

Buna karşılık doktrindeki ağırlıklı görüş, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmekte ve bu şartların haksızlık açısından hiçbir önemi olmadığını ifade etmektedir. Bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının arka planında, kanun koyucunun suç politikasıyla ilgili düşüncelerinin yer aldığını⁵⁶, bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını -kusur prensibi bakımından yapılan önemli itirazlara kulak tıkayarak- desteklemektedirler⁵⁷.

⁵² Schmidhäuser, ZStW, s.564.

⁵³ Schmidhäuser, ZStW, s.564.

⁵⁴ Schaad bu tespiti yaptıktan sonra, objektif cezalandırılabilme şartlarının bazen kötüye kullanılmasının, teoride bunların kusur prensibine de aykırılık oluşturacağını sonuçlamayacağını belirtmektedir, bkz. Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.40.

⁵⁵ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.38-39.

⁵⁶ Üzülmüş, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", EÜHFİD, C:II, S:1-2, Yıl:2007, Kayseri Haziran 2007, s.72.

⁵⁷ Krause, JURA, s.451; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.36, 40.

Konuyla ilgili olarak *Schlosser* tarafından çok önemli tespitler yapılmıştır. Yazara göre, kanun koyucu, haksızlık teşkil eden her bir kusurlu davranışı cezalandırma yoluna gitmek zorunda değildir, kaldı ki bu durum anayasal açıdan da kanun koyucu için bir yükümlülük değildir. Pek tabidir ki, kanun koyucunun eşitlik prensibi ile bağlı olduğu düşünüldüğü vakit keyfi hareket etme yetkisine de sahip olmadığı açıktır. Kanun koyucunun, özellikle suç politikasına ilişkin gerekçelerle haksızlık teşkil eden bir fiili cezalandırmama yoluna gidebileceği hususunda da hiçbir şüphe yoktur. Bundan dolayı, cezaya layık bir davranışın var olması durumunda, cezalandırma zorunluluğu her zaman olmayabilir. Şayet somut olayda maddi haksızlık içeriğinin kusurlu bir şekilde gerçekleştirildiği bir cezalandırılabilme şartı varsa ve kanun koyucu cezalandırılabilme için objektif bir cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesini şart koşmuş ise, bu şartın doğal olarak kusurla bir ilişkisinin olmaması ve kusura eklenmemesi gerekmektedir. Yazar'a göre Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiş bulunan diplomatik ilişkilerin bulunması ve karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması hususları sadece fiilin cezalandırılması açısından etkide bulduklarından, başka bir ifadeyle kusurlu davranış üzerinde hiçbir etki doğurmadıklarından dolayı, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmelidirler. Burada kanun koyucu tamamen politik saiklerle böyle bir düzenlemeye gitmiştir. Burada failin bu şartları bilip bilmemesi önemli değildir. Yazar'a göre bu tür durumlarda, objektif cezalandırılabilme şartları cezayı sınırlandırıcı bir neden oluşturmaktadır⁵⁸. *Schlosser*'e göre, objektif cezalandırılabilme şartları, "kusura yabancı" bulunan şartlardan ibaret ise o vakit bunların kusur prensibini ihlal etmedikleri açıkça söylenebilir, çünkü burada suçun unsurlarına ilave olan ve haksızlık açısından önem arz etmeyen bir durum söz konusudur. Fakat buna karşılık söz konusu şartlar "suç tipine ilave" olarak görülür ise, o zaman bu şartlar haksızlık açısından önem arz etmeyen şartlar olarak nitelendirilemeyeceğinden kusur prensibine aykırılık teşkil edecektir⁵⁹. Bu nedenle de her bir şartın ayrı ayrı ele alınıp incelenmesinde yarar vardır⁶⁰.

⁵⁸ Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.100-102.

⁵⁹ Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.102-103.

⁶⁰ Schlosser, Keine Strafe ohne Schuld, s.105, s.116 vd.

B) DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Yukarıda yapmış olduğumuz kısa açıklamalardan sonra, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşamayacağı konusunda Türk ve Alman doktrinindeki tartışmalara mümkün olduğunca ayrıntılı bir şekilde değinmek istiyoruz.

1) Hakim Doktrinin Görüşü: Haksızlık Açısından Önem Arz Etmeyen Objektif Cezalandırılabilme Şartlarını Caiz Olarak Gören Görüş

Alman Hukuku'nda hakim doktrin tarafından, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaştırılabilmesinin, ilgili şartın haksızlık açısından önem arz etmemesine (*Unrechtsneutrale objektive Bedingungen der Strafbarkeit*) bağlı olduğu dolaylı bir şekilde savunulmaktadır⁶¹.

⁶¹ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.36, 40; Stratenwerth, ZStW, s.565-566, 569; Heinrich, AT I, Rn.134; Schmidhäuser, ZStW, s.545-546, 557 vd.; Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284-285 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev); Kangal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s.154; Öztürk/Erdem, Genel Hükümler, Kn.217 (Yazarlar, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle çelişmediğini, çünkü her bir suç tipinin haksızlık içeriğinin, bu koşulların varlığından bağımsız olarak gerçekleşmekte olduğunu ifade etmektedirler. Ayrıca Yazarlara göre bu koşullar, cezalandırılabilirliği genişletici değil, tam tersine daraltıcı bir etki göstermektedirler.); Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, Schöнке/Schröder/Eser StGB Kommentar, 28.Auflage, München 2010, Vorbem. §§13 ff. Rn.124-125; Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch, 11.Auflage, 2003, §25 Rn.3; Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4.Auflage, München 2006, §23 Rn.6 vd.; Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, 7.Auflage, Berlin 2004, §7 Rn.78-79; Stree, Walter, "Objektive Bedingungen der Strafbarkeit", JuS 1965, s.465-467; Gottwald, Stefan, "Vollrauschtatbestand und objektive Bedingung der Strafbarkeit - Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96", DAR 1997, s.304; Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage, Berlin 1969, §11 s.59; Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005, §5 Rn.80; Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18.Auflage, München 1983, s.87-88; Montenbruck, Axel, "Zur "Beteiligung an einer Schlägerei" - zugleich ein Beitrag zur gebotenen restriktiven Auslegung der Tateinheit gem. §52 StGB" JR 1986, s.138-139; Lang-Hinrichsen, Dietrich, "Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht", ZStW Band 73 (1961), s.210, 221-222; Rönnau, Thomas/Bröckers, Kurt, "Die objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des §227 StGB" GA 1995, s.549 vd.; Tiedemann, Klaus, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts" ZRP 1975, s.130-131.

Bu görüşü savunanlar ağırlıklı olarak, objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeksizin *cezaya layık* bir haksızlık bulunduğunu, fakat *cezaya muhtaçlığın* söz konusu olabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmiş olması gerektiğini belirtmektedirler⁶².

Bir şartın haksızlık açısından önem arz edip arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığının tespit edilebilmesi için hakim doktrin tarafından şöyle bir ayırım yapılması gerektiği belirtilmektedir: Objektif cezalandırılabilme şartı olan söz konusu norm, bu şartın olmadığı hayali bir normla karşılaştırılmalıdır; şayet fail sadece bu "*şarttan soyutlanmış*" hayali normu ihlal etmesi dolayısıyla cezalandırılıyorsa, söz konusu gerçek normdaki şart, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır⁶³.

Hakim doktrin tarafından söz konusu bu "*indirme tezi*" (Abzugs- these) "*zayıf*" şekliyle savunulmaktadır; başka bir ifadeyle, fiil, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın *cezaya muhtaç* değildir, sadece ceza-

⁶² Hakim doktrin tarafından savunulan ve "*indirme tezi*"nin bir türü olan bu görüşün eleştirisi için bkz. Geisler, GA 2000, s.169-172 (Geisler'e göre, hem *cezaya layıklık* hem de *cezaya muhtaçlık* kavramları ceza hukuku doktrininde değişken anlamlara sahiptirler, kısmen de tutarsızlıkları bünyesinde barındırmaktadırlar. Söz konusu kavramlar indirme tezi çerçevesinde önemli belirsizliklere gebe dirler. Şayet ceza hukuku kavramları içerisinde *en belirsiz* ve *en flu* kavramlar olarak bir sınıflandırma yapılırsa hiç şüphesiz *cezaya layıklık* ve *cezaya muhtaçlık* kavramları birinci sırayı alacaktır. Bir davranış şayet hukuka aykırı ve kusurlu ise *cezaya layık* diye adlandırılmaktadır; buna karşılık *cezaya muhtaçlık* kavramında ise amaçsal bir bakış açısı vurgulanmaktadır. Geisler'e göre, hakim doktrin tarafından savunulan bu görüş bir çok nedenden dolayı oldukça problemlidir olduğundan sonuç olarak reddedilmesi gerekmektedir. Bu görüş hali hazırda kusur teorisine ilişkin bakış açısından bakıldığı vakit de hatalı görünmektedir.).

⁶³ Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev); Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.286-287 (Prof.Dr. Jäger, Christian) (Jäger'e göre, hakim doktrin tarafından savunulan "*indirme tezi*" ile incelenen haksızlığın önem derecesidir. Bu teze göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının çıkarılmasının ardından geriye kalan haksızlık kısmının bir ceza vermeye yeterli olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer yeterli ise, kusurdan bağımsız bir objektif cezalandırılabilme şartı söz konusu olup kusur prensibi ihlal edilmiş olmaz. Bunun yanı sıra, baskın şekilde objektif cezalandırılabilme şartları gerçekleşmedikçe fiilin sadece cezalandırılmaya layık olacağına, buna karşın cezalandırma gerekliliğinin bulunmayacağına savunulmasına karşın, Jäger'e göre bu gerekçelendirme şekli ikna edici görünmemektedir. Yazar'a göre, kusur prensibinin sahip olduğu hukuk devleti garantisinin gerçekleşebilmesi için daha ziyade "*öngörülebilirlik*" anlamında kusurun varlığı kurulmalıdır.); Benzer görüşte ayrıntılı açıklama için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.131-132.

*ya layıktır*⁶⁴. Bu görüş sahipleri tarafından, soyut bir tehlike suçu olduğu kabul edilen Al.CK'nın 323a maddesinin, haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartı ile sınırlandırıldığı ifade edilmektedir. Çünkü kendi kendine sarhoş olma başlı başına soyut bir tehlike oluşturmakta ve bu nedenle de cezaya layık bir haksızlık olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte soyut bir tehlike teşkil eden kendi kendine sarhoş olma şeklindeki cezaya layık haksızlığın cezalandırılabilmesi, başka bir ifadeyle cezalandırma zorunluluğunun ortaya çıkması ancak hukuka aykırı bir fiilin işlenmesi şartına bağlanmıştır.

Bu görüş sahiplerine göre, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılabilmesi, kusurla ilgili olan cezalandırılabilme şartlarına ilave olarak cezanın belirlenmesinde anayasal ilkelerin başrolde bulunduğu bir haksızlığın sonucu olduğu sürece mümkündür⁶⁵. Bu görüştekilere göre, kanun koyucu, bazı suç tiplerinde yaşanabilecek "*ispat güçlüklerini*", objektif cezalandırılabilme şartları yardımıyla aşmaktadır. Ayrıca bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının temelinde failin bir tür "*risk sorumluluğu*" içine girdiğini işaret etmektedirler, şöyle ki, örneğin bir kimse bir suç işlemek istese ve bunun için kendisini zilzurna halde sarhoş yapsa, Al.CK m.323a hükmü olmasa *ustaca bir şekilde*, suçu işlediği vakit kusur ehliyetinin olmadığını⁶⁶ söyleyerek kendisini aklayabilecektir⁶⁷. Aynı şekilde, kavgaya katılma suçundaki (Al.CK m.231) "*ağır sonuç*" bakımından da, failin katkısının ölüm veya ağır yaralanma bakımından nedensellik bağına dayanması gerekmediği, aynı şekilde, bu ağır sonuçların gerçekleşeceğine fail tarafından ihtimal verilmemesinin de önemli olmadığı bu görüştekilerce ifade edilmektedir⁶⁸.

Hakim doktrin, failin perspektifinden bakıldığı vakit haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının faili

⁶⁴ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.132.

⁶⁵ Frister, Schuldprinzip, s.47 ve dn.8'deki yazarlar.

⁶⁶ Bizim hukuk sistemimizde, iradi olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında cezaya hükmolunmaktadır. Ancak Alman Hukuku'nda, Al.CK m.20'ye göre bu durumda bulunan bir kişi kusurlu hareket etmiş sayılmamakta ve hakkında cezaya hükmolunmamaktadır. Bu nedenle, Al.CK m.323a'nın Türk Hukuku bakımından bir geçerliliği olmadığını rahatlıkla ifade edebiliriz.

⁶⁷ Satzger, JURA, s.110.

⁶⁸ Satzger, JURA, s.110.

koruduğu, başka bir ifadeyle failin lehine olduğu sonucuna ulaşmaktadır; çünkü failin gerçekleştirmiş olduğu haksız ve kusurlu davranışa ilave olan bu objektif cezalandırılabilme şartları, failin sorumluluk alanını genişletmemekte, aksine daraltmaktadır; bu nedenle de objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırılmayı genişletici değil, tam tersine cezalandırılmayı sınırlandırıcı bir fonksiyon ifa etmektedir⁶⁹.

Fakat sadece suç politikası mülahazaları ile objektif cezalandırılabilme şartlarını savunmak, kusur prensibinden vazgeçmek için yeterli bir gerekçe oluşturamamaktadır. Tam bu noktada, Türk doktrininde Ünver tarafından yapılan ve bizim de altına imza attığımız bir tespiti aktarmak istiyoruz: "...suç ve ceza hukuku politikası mülahazası, tüm ilkelerin ve özellikle de ceza sorumluluğunun şahsiliği ve objektif sorumluluk yasağı kuralının veya diğer ilkelerin hiç dikkate alınmayacağı anlamına

⁶⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.132-133 (Geisler, hakim doktrin tarafından savunulan görüşü şu şekilde özetlemektedir: Hakim doktrin bakış açısıyla objektif cezalandırılabilme şartları gerçi "aşaya doğru" bir sınırlandırmayı kabul etmektedir, çünkü cezalandırılabilme onlara göre sadece "cezaya layık kötü bir fiile" bağlı değildir, ama bu görüşü savunanların düşüncelerinin temelinde yer alan ve kusur düşüncelerini daraltan yaklaşım "yukarıya doğru" yani kusursuz bir kişinin cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır ve bu nedenle de caiz değildir.); Stratenwerth, ZStW 1959, s.565-567; Heinrich, AT I, Rn.134; Kangal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s.154; Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.284-285 (Prof.Dr. Sternberg-Lieben, Detlev) (Ancak Sternberg-Lieben'e göre, olması gereken hukuk açısından objektif cezalandırılabilme şartlarına son derece itinalı bir şekilde yer verilmesi gerekmektedir. Çünkü, objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmesinin her zaman failin lehine olarak cezalandırmaya layık bir davranışa ait cezalandırma gerekliliğinin somut ve gözle görülür şekilde az olduğu olaylar ile sınırlandırılmayarak, failin aleyhine olarak cezalandırılmaya değer olmanın haksızlığın subjektif unsurlarından ayrılması ve bu yolla haksızlığın subjektif unsurlarının dışında bırakılması tehlikesi bulunmaktadır.); Özgenc, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, Ankara 2011, s.556; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.Baskı, Ankara 2010, s.349; benzer görüşte bkz. Üzülmez/Akkaş, Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.74 (Üzülmez/Akkaş'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları kusur prensibine aykırı değildir. Zira kusur prensibine aykırılığın kabul edilebilmesi için objektif cezalandırılabilme şartlarının doğrudan cezayı kurucu veya artırıcı bir unsur olması gerekir. Oysa objektif cezalandırılabilme şartları suçun yapısında, kusur yargısında bulunulmasından sonra değerlendirmeye alınmaktadır. Kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirmiş ve hakkında kınama yargısında bulunulmuş bir kişi, kanun koyucunun ceza siyasetine ilişkin gerekçelerle başka bir şartın gerçekleşmesini de araması ve ancak bu durumda faili sorumlu tutabilmesi, ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir işlev görmektedir. Bu nedenle de, ceza sorumluluğunun alanını daraltan bir kurumun, kusur prensibiyle bağdaşmadığını söylemek mümkün değildir.); Ancak biz, aktarmış olduğumuz bu görüşe katılmamaktayız.

gelmez. Suç ve ceza politikası şu veya bu yönde olabilir, değişebilir ve çeşitli yönelimlerden etkilenebilir olmakla birlikte, suç ve ceza politikasında ceza hukuku ilkelerine, hukuk kurallarına riayet edilmemesi için imkan veren bir mülahaza değildir. Bu politika, ilkeler çerçevesinde yapılan tercihlerdir.”⁷⁰ Bu yüzden olacak ki, doktrinde bazı yazarlar kanun koyucuya seslenmekte ve yürürlükte bulunan ve şimdiye kadar görmezlikten gelinen objektif cezalandırılabilme şartlarının mümkün olduğunca ceza hukukundan ayıklanması gerektiğini ifade etmektedirler⁷¹. Bu görüştekiler, sadece “görünürde” objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul etmektedirler. Bu görüşteki yazarlar, özellikle Al.CK m.186, m.231 ve m.323a gibi⁷² suç tiplerini gerçek suçun unsuru olarak görmekte ve bunları fiilin haksızlığı ile birlikte ele almaktadırlar. O bakımdan mantık gereği failin kusurunun bulunmasını istemektedirler, bu şartın gerçekleşmesi, diğer suç unsurlarının gerçekleşmesinde olduğu gibi, failin kınanabilmesini zorunlu kılmaktadır⁷³. Bu görüş sahiplerine göre, isnat edilen olgunun gerçekliği hakkında failin özen yükümlülüğünün aksine hareket etmiş olması halinde, kötüleme suçu dolayısıyla cezalandırılabilmesi mümkündür⁷⁴. Benzer şekilde, bir kavgaya katılan fail için kavgada meydana gelen ağır sonucun “öngörülebilir olması” ve “fa-

⁷⁰ Ünver, Kusurluluk, s.50.

⁷¹ Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.288 (Prof.Dr. Wolters, Gereon) (Wolters’e göre, objektif cezalandırılabilirlik şartı içeren suçların yaygınlık göstermesi doğru bir yol olarak kabul edilemez); Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.288 (Prof.Dr. Jäger, Christian) (Jäger’e göre, objektif cezalandırılabilme şartı kurumuna karşı dile getirilen çekinceler karşısında, objektif cezalandırılabilme şartlarının diğer suç tiplerine de yerleştirilmesi fikri ne düşünmeye değerdir, ne de amaca uygundur.); Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, 1992, §21 Rn.18.

⁷² Bu görüşe göre, Al.CK m.283/6, ağırlıklı olarak ceza hukuku dışındaki amaçlar dolayısıyla, sadece görünüşte objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmektedir, bkz. Roxin, AT I, §23 Rn.23.

⁷³ Alman Hukuku’nda bugün kusur denildiği vakit, psikolojik kusur kavramının etkisi altında olduğu gibi, failin fiiliyle olan psikik ilişkisi, yani fiilin kasten işlenmesi anlaşılmalıdır. Failin kasten hareket etmesi, bugün Almanya’da egemen olan görüşe göre, kasıtlı fiilin tipik haksızlığına işaret etmekte ve kastın tanımlanması için yetmemektedir. Alman doktrininde hakim görüş, kusurun esasını kınanabilirlikte görmektedir. Burada belirleyici olan husus, bizzat fiilin kendisidir, yoksa failin nasıl bir hayat sürdüğü değildir. Faile, kusurun değerlendirmesi aşamasında, fiilinin yüklenilmesinin nedeni, failin doğru karar vermek yerine yanlış karar vermesinde görülmektedir. bkz. Frisch, Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları, s.124-125; Satzger, JURA, s.110; “Kusur, kınanabilirliktir.” (BGHSt 2, 194, 200.).

⁷⁴ Roxin, AT I, §23 Rn.19.

ilin hiç olmazsa taksirle hareket etmesi" gerekmektedir⁷⁵. Zilzurna sarhoşluk suçu dolayısıyla cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için, failin sadece sarhoş bir halde iken herhangi bir şekilde cezalandırılması sonucunu doğurabilecek türde bir taşkınlık yapmasını *öngörebilmesi* değil, bilakis meydana gelen "*fülin sonuçlarını*" kısmen olsa bile *öngörebilmesi* gerekmektedir⁷⁶.

2) Modern Azınlık Görüşü : Haksızlık Açısından Önem Arz Eden Objektif Cezalandırılabilme Şartlarını da Caiz Olarak Kabul Eden Görüş

Kusur ilkelerinden hareket eden ve azınlıkta kalan modern düşünceler yaygın olarak hakim doktrinin savunduğu görüş ile uyuşmaktadır. Gerçi bu görüşün savunucuları da haksızlık açısından önem

⁷⁵ Roxin, AT I, §23 Rn.12; benzer görüşte Toroslu, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.708; Jäger, bu konuyla ilgili görüşlerini açıklamadan önce, bir hukuk devletinde, ceza hukukunun temel sütunlarından biri olan kusur ilkesinin güvenceye alınması açısından, meşruiyet boşluklarını gidermeye yönelik çözümler geliştirmeye yönelik her türlü eğilimin memnuniyet verici olduğunu ifade etmektedir. Yazar, "*asgari kusur ilişkisi*"ni temin etmeye yönelik görüşlerin Roxin tarafından ortaya konulan bir yaklaşımdan kaynaklandığını belirtmektedir. Yazar'a göre, Roxin tarafından Al.CK'nın 231. maddesi üzerinden şekillendirilen bu yaklaşım, kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartı yaratma yöntemini kullanmak suretiyle, kavga katılma suçundan dolayı cezalandırılabilirliğin söz konusu olabilmesi için, ölüm veya ağır yaralama neticesiyle ilişkili olmasını; zira söz konusu madde ile zararsız bir dalaşmaya değil, aksine ciddi tehlikeli sonuçlar doğurabilecek kavga veya saldırılara katılmanın cezalandırılmak istendiği sonucuna bağlamıştır. Buna göre kanun koyucu burada, esas alınan tehlikelilik halinin meydana gelen ağır neticenin kaynağını teşkil ettiğinden, söz konusu ağır neticenin tipikliğe ilişkin haksızlığı ilişkilendirilmesi zorunluluğundan hareket etmektedir. Bu bağlamda Jäger, "*asgari kusur ilişkisi*"nin en azından, kanun koyucu iradenin, objektif cezalandırılabilme şartları vasıtasıyla kusur ilkesinin güvenceye alınması için elverişli araçlar oluşturması bakımından uygun olduğunu ifade etmektedir. Bunun sonucu olarak, failin cezalandırılabilmesi için, Al.CK'nın 231. maddesinde düzenlenen ağır neticenin, kavga sonucunda ortaya çıkabileceğinin fail tarafından "*en azından öngörülmesi*" gerekmektedir. Bu yorum tarzı, Almanya'da geçtiğimiz yıllarda her geçen gün daha fazla taraftar toplamış ve doktrinin bu konuda Anayasa'ya uygun bir çözüm bulma noktasında yaşadığı fikir ayrılığı, objektif cezalandırılabilme şartlarının özel bir meşruiyete ihtiyacı olduğunu ve objektif cezalandırılabilme şartlarını mümkün olduğunca ceza hukukunun dışında tutmanın öncelikli suç politikası amacı haline getirilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymuştur, bkz. Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.292-293 (Prof.Dr. Jäger, Christian).

⁷⁶ Roxin, AT I, §23 Rn.9; benzer görüşte Toroslu, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s.708.

arz eden objektif cezalandırılabilme şartları ile haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları arasında ayırma gitmektedirler, fakat bu ayırım *ayırıcı* ve *sınırlayıcı* olarak değil bilakis sadece *tanımlayıcı* ve *açıklayıcı* bir fonksiyon ifade etmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları da kusur prensibi ile bağdaşmaktadır⁷⁷.

Bu görüş doktrinde en iyi ve en açık şekilde *Jescheck/Weigend* tarafından ifade edilmiş ve bir çok taraftar bulmuştur. Buna göre, "*gerçek*" (echt) ve "*gerçek olmayan*" (unecht) objektif cezalandırılabilme şartları arasında ayırım yapılması gerekmektedir.

Gerçek objektif cezalandırılabilme şartları sadece cezayı sınırlandırıcı bir fonksiyon ifa ederler; bu tür cezalandırılabilme şartları fiilin haksızlık ve kusur muhtevası için önem arz etmemektedirler, aksine kanun koyucu suç politikasına ilişkin zorunlulukları⁷⁸ gerekçe göstererek failin

⁷⁷ Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3; Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2.Auflage, Berlin-New York 1991, §10 Rn.1-9; Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin 1996, §53 I 1-3; Hardwig, Werner, "Studien zum Vollrauschtatbestand" Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, 1971, s.459 vd.; Hardwig, Werner "Der Vollrauschtatbestand. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Monographie von Peter Cramer: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962" GA 1964, s.140 vd.; Kratzsch, Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht - Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung, Berlin 1985, s.281 vd.; Schweikert, Heinrich, Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, s.86 vd.; Schweikert, Heinrich, "Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?", ZStW Band 70 (1958), s.394 vd.

⁷⁸ Konuyla ilgili tespitlerde bulunan Jäger'e göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının, geniş kapsamlı bir ceza tehdidi karşısında cezalandırmanın sınırlandırılma sebebi olarak kabul edilebilirliği, sadece bir mazeret veya bahane argümanı olarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda "*kılık değiştirmiş cezayı ağırlaştırın nitelikli hallerden*" veya "*maskelenmiş suç unsurlarından*" bahsetmek mümkündür. Bütün olarak kusurun ispatı, yani maddi unsura ilişkin hataların varlığı, ilgili ceza normlarının büyük ölçüde uygulanabilirliğinin askıya alınmasına sebebiyet verebilecektir. Bununla birlikte, ceza politikası gerekçelerine dayanarak kastın devre dışı bırakılmasıyla, bu gibi cezalandırmanın önünde engel teşkil eden durumlar da bertaraf edilmektedir. Bu yönde bir tercihin sebebi ise genel olarak tehlikelilik içeren davranışların, mümkün olduğunca ceza hukukunun uygulama alanına dahil edilmesi ve cezalandırılmasıdır. Ayrıca, bu yöndeki tercihin bir başka sonucu ise, hata kurumunu, cezalandırılabilirliğin tayininde mümkün olduğunca arka plana atmak ve önemsizleştirmek gayesidir. Yazar örnek olarak, Al.CK'nın 231. maddesinde yapılacak bir değişiklikte, söz konusu maddenin, *netice sebebiyle ağırlaşan bir suç* olarak tasarlanabileceğini ve bunun da gayet sağlıklı olacağını ifade etmektedir, bkz. Kudlich, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, s.291-292 (Prof.Dr. Jäger, Christian).

cezalandırılabilmesi için söz konusu şartın gerçekleşmesini istemektedir⁷⁹. *Jescheck/Weigend*, gerçek objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiş bulunan diplomatik ilişkilerin bulunması ve karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması şartı ile yine Al.CK m.283 vd. düzenlenmiş bulunan iflas suçlarında ödemelerin durdurulması ve iflasın açılmış olmasını göstermektedirler.

Buna karşılık bu görüştekilerce, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına *-hakim doktrinden çok farklı olarak-* farklı bir fonksiyon tahsis edilmektedir; *Jescheck/Weigend*'e ve onların görüşündekilere göre, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin sosyal ahlak açısından haksızlık içeriğini sadece artırıp artırmaması veya haksızlık içeriğini kurup kurmamasına bağlıdır; bu nedenle burada ya *"kamufle edilmiş bir şekilde cezayı ağırlaştırın neden"* veya *"örtülü bir şekilde cezayı gerektelendiren suç şartı"* söz konusudur⁸⁰. Bu nedenle gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibini sınırlandırdığı görüşü ileri sürülmüş ancak bunu aşmak için, söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşeceği fail tarafından hesaba katılmamış ise, hakimin cezanın tayini aşamasında cezayı asgari haddten tayin etmek suretiyle bunu telafi edebileceği belirtilmiştir⁸¹. *Jescheck/Weigend*, gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak Al.CK'nın 231. maddesinde kavgaya katılma suçunda, ağır sonucun gerçekleşmesini; Al.CK'nın 323a maddesinde zilzurna sarhoşluk suçunda, sarhoş halde iken hukuka aykırı fiil gerçekleştirmesini; Al.CK'nın 186. maddesinde düzenlenen kötüleme suçunda iddia edilen olgunun gerçekliğinin kanıtlanamamış olmasını göstermektedir.

Ayrıca doktrinde, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaştığını ispatlamak için *"risk düşüncesine"* dayanılmaktadır⁸². Risk düşüncesinin ana fikri, özel

⁷⁹ Walter - LK, Vor §13 Rn.181; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 a; Gerçek objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak şu maddeler gösterilmektedir: §§104a, 283 VI, 283 b III, 283 c III, 283 d IV StGB.

⁸⁰ Walter - LK, Vor §13 Rn.181; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Gerçek olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarına örnek olarak şu maddeler gösterilmektedir: §§ 186, 231, 323a StGB.

⁸¹ Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b.

⁸² Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3; Hardwig, "Studien zum Vollrauschtatbestand", s.459 vd.; Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Schweikert, Wandlungen, s.86 vd.; Schweikert, ZStW, s.394 vd.

hukuk öğretisindeki riziko sorumluluğu öğretisine dayandırılmaktadır⁸³. Bu öğretiye göre, hukuki menfaatin ihlal edilmiş olmasında kişinin ne kastı ne de taksiri olmamasına rağmen kınanabilmesi mümkündür, çünkü kişi daha öncesinde bu rizikonun gerçekleşmeyeceğini garanti etmiş ve gerçekleşmesi durumunda sorumluluğu peşinen kabul etmiştir⁸⁴. Pek tabidir ki, özel hukukta kabul edilen bu düşüncenin, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartının açıklanmasında kullanılmasının kusur prensibini ihlal edeceği eleştirisi ile karşılaşacaklarını düşünen bu görüş sahipleri, bu eleştirileri ortadan kaldırmak için kurumun “objektif” olma niteliğinden istifade etmişlerdir; ayrıca failin fiili gerçekleştirmeden önce söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşebileceğini öngörebilecek olmasına karşın öngörmemiş olmasını da kınanabilirliğin gerekçesi olarak yeterli görmüşlerdir⁸⁵.

Frister, genel olarak bütün objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorusuna cevap vermekten ziyade, her bir suç tipine göre ayrı ayrı cevap vermeyi tercih etmektedir, ki kanaatimizce de doğru olan çözüm de budur. Örneğin, A1.CK'nın 186. maddesinde objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmiş bulunan “iddia edilen olgunun gerçekliğinin kanıtlanamamış olması” aslında tipik haksızlığa ait olması gereken bir şarttır. Ancak kanun koyucu bu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak şekillendirmiştir, çünkü kanun koyucu suç politikasına ilişkin gerekçelerle bu şartı haksızlığın bir unsuru olarak düzenlemekten kaçınmıştır; böylece kusur prensibinin sonuçlarından da kaçınmış olmaktadır. Kanun koyucunun bu tutumu hem maddenin kendisi bakımından hem de anayasal açıdan problemli olarak görülmektedir. A1.CK'nın 323a maddesi ile ilgili olarak şu tespitlerde bulunmaktadır: Yalnızca sarhoş olmanın 5 yıla kadar hapis cezasını gerektirmesinin kabul edilmesi, alkol tüketiminin toplumun geneli bakımından uygun görülmüş olması ve ayrıca alkol tüketiminin toplumda çok yaygın olması karşısında tutarsız ve saçma olarak görülmektedir⁸⁶. *Frister*, doktrinde savunulan ve sarhoş olmanın cezaya layık bir davranış olarak görülmesi görüşüne de karşı çıkmaktadır. Bu nedenlerden dolayı *Frister*, doktrindeki bu görüşün aksine, A1.CK

⁸³ Krause, JURA, s.452 dn.14.

⁸⁴ akt. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.135.

⁸⁵ Jescheck/Weigend, AT, §53 I 2 b; Baumann/Weber/Mitsch, AT, §25 Rn.3.

⁸⁶ Benzer görüş için bkz. Geisler, GA 2000, s.174.

m.323a'da aranan objektif cezalandırılabilme şartını kusur prensibine aykırı bulmaktadır. *Frister* çalışmasının devamında, doktrinde giderek artan ve taraftar toplamaya başlayan görüşe göre de, söz konusu maddede geçen objektif cezalandırılabilme şartının, Anayasa'ya uygun yorumlanması yoluyla, söz konusu maddeden dolayı cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için failin taksirinin varlığının aranması gerektiğini ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, fail, şayet sarhoş olduğu vakit bir suç işleyebileceğini *en azından öngörebilmiş* ise, o vakit cezalandırılabilecektir. Ancak Yazar, böyle bir yorumun, yasal düzenlemenin açıklılığı dolayısıyla kesin olmayan bir çözüm olduğunu da sözlerine eklemektedir. Ayrıca Yazar'a göre Al.CK m.231 için de benzer şeylerin (kusur prensibine aykırılık) söylenebilmesi pekala mümkündür⁸⁷.

3) Geleneksel Azınlık Görüşü : Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Varlığını Tamamen Reddeden Görüş

Doktrinde geleneksel azınlık görüş tarafından savunulan bir diğer görüş ise, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını tamamen reddetmektedir.

Bu görüştekilere göre, maddi hukuk bakımından cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi, sadece haksızlığın gerçekleştirilmesine bağlı bulunmaktadır. Bu görüş sahiplerine göre, kusur prensibi, haksızlık ve kusur arasında bir uyum bulunmasını gerektirdiği için, kusur, fiilin bütün haksızlık içeriği ile ilişkili olmak zorundadır; maddi ceza hukukuna ilişkin cezalandırılabilme şartları asla kusurdan bağımsız olarak değerlendirilemez. Hatta bu görüştekiler, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarını bile reddetmektedirler.

Bu görüşün doktrinindeki en önemli savunuculuğunu *Bemmann* yapmaktadır⁸⁸. Bu "*radikal*" sayılabilecek görüş doktrininde çok az taraftar⁸⁹ toplayabilmiştir. Bu görüştekiler, objektif cezalandırılabilme şartlarının var olduğunu fakat ifade edilemeyeceğini ifade etmektedirler.

⁸⁷ Frister, AT, §21 Rn.5-10.

⁸⁸ Bemmann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.52 vd.

⁸⁹ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.247 vd.; Kaufmann, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", JZ 1963, s.425, 430; Bockelmann, Paul, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 5, s.84, s.237.

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı sorusu bu görüş sahipleri arasında özellikle *Hass* tarafından ele alınmıştır⁹⁰. *Hass*'a göre, bu sorunun cevaplanabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza hukuku sistematığı içindeki yerinin net bir şekilde ortaya konulması ve söz konusu kurumun neden kabul edildiğinin ve tarihi gelişiminin incelenmesi gerekmektedir. Yazar, çalışmasında, söz konusu kurumun, kusur prensibi ile bağdaşmadığı sonucuna varmaktadır⁹¹. *Hass* gibi bu görüşe taraftar olan diğer yazarlar tarafından da, kusurdan bağımsız maddi hukuka ilişkin cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı ifade edilmektedir.

Arthur Kaufmann, kusur prensibiyle ilgili önemli çalışmasında, objektif cezalandırılabilme şartlarına da yer vermiştir⁹². Ancak Yazar, konuyla ilgili düşüncelerini açıklamadan önce, konunun ceza hukuku bakımından ne kadar tartışmalı olduğu hususuna işaret etme ihtiyacı duymuştur. *Arthur Kaufmann*'a göre, kusur prensibi, kusurdan bağımsız haksızlık unsuru olamayacağını söylemekle birlikte bunun varlığını da inkar etmemektedir. "*Haksızlığı belirleyici*" objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığının inkarı, kusur prensibini "*zar zor*" ceza hukukuyla uyumlu hale getirmeye çalışmakta ve bu nedenle hayatın olağan akışına tamamen aykırı ve dogmatik olarak yanlış bir sisteme yol açan bir "*doktrin hegemonyası*"ndan başka bir şey değildir. *Arthur Kaufmann*'a göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının sadece haksızlık alanının dışında olduğu yolundaki görüş, fiilin haksızlığı için hiçbir öneme sahip olmayan maddi cezalandırılabilme şartları için de kabul edilmek zorunda olduğundan, ne bir zorunluluk ne de bir ihtiyaç olarak benimsenmemelidir. Çünkü, haksızlığı doğurmayan hiçbir şey, cezayı da doğuramaz⁹³. Bu nedenle *Arthur Kaufmann*, doktrinde *Bemann* ve *Bockelmann* tarafından kesin bir şekilde kabul edilen görüşü

⁹⁰ Hass, Gerhard, *Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung*, München 1973, s.12-13, 76-78.

⁹¹ Hass, *Rechtsbegriffe*, s.76-77, *Hass*'a göre, objektif cezalandırılabilme şartlarının tarihi gelişimine bakıldığı vakit, doktrinde ağırlıklı olarak iddia edildiği üzere kurumun sadece cezayı sınırlandırıcı bir etki doğurmadığı anlaşılmaktadır; objektif cezalandırılabilme şartları suç politikasına ilişkin nedenlerle cezalandırılabilirliği esnetmek için meydana getirilmiş bir kurumdur.

⁹² Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, s.247.

⁹³ Kaufmann, *Unrecht und Schuld*, s.425-430.

bu nedenle desteklemektedir. Buna karşılık *Schmidhäuser* tarafından ileri sürülen argümanları da ikna edici bulmadığını ifade etmektedir. Zira *Arthur Kaufmann*'a göre, şayet objektif cezalandırılabilme şartları haksızlık açısından hiçbir öneme sahip olmasaydı, o zaman yargılama şartlarıyla arasındaki farkı ayırt etmek mümkün olmazdı⁹⁴. Yazar'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları aslında fiilin haksızlık unsuruna dahildirler⁹⁵. Objektif cezalandırılabilme şartları, gerçi fiilin haksızlığı açısından kurucu bir özelliğe sahiptir, fakat bu şartların kusuru kapsamı gerekmektedir. Bu nedenle de bu şartlar, kusurdan bağımsız haksızlık unsuru olarak nitelendirilebilirler⁹⁶. *Arthur Kaufmann*, yargılama şartlarını, ne haksızlıkla ne de kusurla ilgili görmemekte, buna karşılık, biraz önce de ifade ettiğimiz üzere objektif cezalandırılabilme şartlarını haksızlık ve kusur açısından önemli olan suçun unsurları yanında gördüğünden dolayı, objektif cezalandırılabilme şartlarının kendine özgü bir kategorisinin (ne suçun unsuru ne yargılama şartı) olduğunu ifade etmektedir⁹⁷. Objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda ise *Kaufmann* net bir şekilde görüşünü ifade etmektedir: Objektif cezalandırılabilme şartları, kusur prensibini kabul eden bir ceza hukukunda asla meşru/yasal bir konuma sahip olamaz! Ayrıca Yazar, objektif cezalandırılabilme şartlarının, aradan geçen onca zamana rağmen yok olmadığını, ancak hazırlanan yeni taslaklarda objektif cezalandırılabilme şartlarına yer verilmekten kaçınılmaya çalışıldığını da vurgulamaktadır. Ancak, Yazar, bazı suçların objektif cezalandırılabilme şartına bağlanmasında, *versari in re illicita*⁹⁸ prensibini olumlu yönde etkilemesi açısından gerçek bir zorunluluk bulunduğunun da görmezden gelinemeyeceğini belirtmektedir⁹⁹.

⁹⁴ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.247-249.

⁹⁵ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.249.

⁹⁶ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251, benzer görüşteki yazarlar için bkz. dn.125.

⁹⁷ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251.

⁹⁸ Söz konusu prensibi Latince olarak farklı bir şekilde: "*Versanti in re illicita impuntantur omnia, quae sequuntur ex delicto.*" olarak; Almanca: "*Dem, der sich verboten verhält, werden alle Folgen zugerechnet, die aus dem Delikt entstehen.*" biçiminde ifade edebiliriz. Prensibin Türkçesi ise şu şekildedir: "*Bir yasağı ihlal eden kişiye, o suçtan kaynaklanan tüm neticeler yüklenir.*" bkz. Erdağ, Ali İhsan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (Erfolgsqualifiziertes Delikt), Ankara 2011, s.2 ve dn.1.

⁹⁹ Kaufmann, Das Schuldprinzip, s.251.

4) Radikal Bir Görüş: Geisler'in Görüşü

Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı konusunda önemli bir çalışmaya imza atmış olan *Geisler*, konuya o zamana kadar neredeyse hiç değinilmemiş olan “özgürlük kavramı” açısından¹⁰⁰ da yaklaşmayı başarabilmiştir.

Geisler'e göre, objektif cezalandırılabilme şartları modern kusur ceza hukukunun (modernes Schuldstrafrecht) problemleri alanlarından sayılmaktadır, çünkü fiilin subjektif tarafının (subjektiven Tatseite) kısıtlanması sonucunu doğurur ve böylelikle de kusur ilkesine hiç girmeden kusur ilkesinin yasaklarından kurtulur. Bu açıdan bakıldığı vakit objektif cezalandırılabilme şartları kurumunun, adalet ve efektif bir cezalandırılabilme ilişkisinin özünüyle ilgili olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ilişki geleneksel olarak adalet düşüncesinin dikkate alınmasının şartı olmadığı, bilakis hukuki menfaatlerin korunmasına yönelik ceza hukukunun amacını oluşturan suçun önlenmesine ilişkin taleplerin yerine getirilmesinde bir engelmeye gibi ifade edilmektedir¹⁰¹.

¹⁰⁰ Geisler, çalışmasında ayrıca, sorunun felsefik temellerine de inmeyi başarmış ve özellikle *determinist* ve *indeterminist* görüşler ışığında olaya değişik bir perspektiften yaklaşmıştır. Ancak Yazar'a göre, ceza hukukundaki bu tartışmalara uzaktan bakıldığı vakit *çıkılmaz bir sokağa girildiği* izlenimine varılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Geisler, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.579 vd.

¹⁰¹ Benzer bir değerlendirilmede bulunan Kindhäuser'e göre, kusura ilişkin düşüncelerin küçümsenmesi ve önemsenmemesi yoluyla -her ne kadar kanun koyucular bunu bir maharet olarak görüyor olsa da- ceza hukukunun değersizleştirilmesi günümüzde tekrar hız kazanmıştır. Kusur için kurucu nitelikte olan fiilin subjektif tarafının özellikle kast ve taksirin ispatı bazen zor olabilmektedir. Failin kusurunun ispatlanamaması durumunda beraat etmesi somut olayda can sıkıcı gibi durmaktadır, fakat uzun vadede bu olumlu sonuçlar vermektedir, çünkü bu yolla gerçekten kusurlu davranışların cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, mümkün olduğunca etkili bir şekilde hukuki menfaatlerin korunması için ispat zorlukları bir engel olarak durmaktadır. Bu ispat zorluklarının aşılabilmesi yollarından birisini ise objektif cezalandırılabilme şartları oluşturmaktadır. Yazar, objektif cezalandırılabilme şartlarının en kötü örneği olarak Al.CK'nın 323a maddesini göstermektedir. Bu madde uyarınca bir kişi aşırı alkol kullanması sonucunda sarhoş olur ve bu halde iken kusursuz olarak ve suç işleyebileceğini öngörmeksizin herhangi bir suç tipini ihlal eder ise cezalandırılmaktadır. Yazar bu durumu “*ikili bir skandal*” olarak nitelendirmektedir, çünkü hem alkol kullanımı cezalandırılmakta hem de kusursuz bir kişinin normu ihlal etmiş olması nedeniyle cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle Yazar, soyut tehlike suçlarını ve objektif cezalandırılabilme şartlarını ceza hukuku açısından kritik iki husus olarak nitelendirmektedir. Bu durumun aşılabilmesinin yolunu, başka bir ifadeyle insanlık onuru ile ceza hukukunun bütünleştirilebilmesi için güvenlik politikasına ilişkin yoğun kaygılardan uzaklaşılması gerekmektedir, bkz. Kindhäuser, Urs,

Bu açıdan bakıldığında da, objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olup olmadığı hususu, netice itibariyle, toplumun, normların korunmasındaki menfaatine karşı, failin özgürlük menfaatine ağırlık verilmesi hususuymuş gibi görülmektedir. Burada, toplumun, normların korunmasındaki menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, failin özgürlük alanının objektif cezalandırılabilme şartları vasıtasıyla sınırlandırılması da o kadar erken ve fazla olacaktır. Buna karşılık, failin özgürlük menfaatine ne kadar güçlü vurgu yapılırsa, objektif cezalandırılabilme şartları aleyhine bir tutum alınacaktır¹⁰².

Geisler' e göre, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşmadığı ve “çağdışı” olduğu ortadadır.

İlk olarak, söz konusu cezalandırılabilme şartları çağdaş isnat prensibine uymamaktadır; çünkü günümüzde objektif sorumluluk prensibi çoktan maziye karışmıştır, bu nedenle günümüzdeki sorumluluk prensibi ile taban tabana zıttır. Zira modern isnadiyet anlayışının temelini şanssız/talihsiz durumların mevcudiyeti değil, bilakis kişisel hatalar oluşturmaktadır.

İkinci olarak ise, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları günümüz suç politikası konseptine de uymamaktadır. Zira eski suç politikası konseptine göre amaç, ceza hukukunun önleyici çitasını sürekli olarak yukarı çıkartmaktı, başka bir ifadeyle haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları kullanılarak elde edilecek “*artı cezalandırılabilmenin*” “*artı önleme*” olduğu kabul edilmekte, bunun sonucu olarak kusur prensibinin ihlal edilmiş olmasının hiçbir önemi bulunmamaktaydı. Ancak günümüzde bu konsept terk edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle de, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşmadığı için reddedilmesi gerekmektedir¹⁰³.

Geisler' e göre, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılabilmesi için söz konusu şartların haksızlık açısından önem arz etmemesi gerekmektedir.

“Personalität, Schuld und Vergeltung zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe”, GA 1989, s.507.

¹⁰² Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.579.

¹⁰³ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.199-200, 584-585.

Bir objektif cezalandırılabilme şartının haksızlık açısından önem arz edip arz etmediğini anlamak sadece söz konusu normun yorumu ile mümkün olabilecektir. Bu alanda adeta bir pusula gibi doğru yolu bulmayı sağlayacak olan şey “indirme tezi”dir (Abzugsthese). Söz konusu tezin temelinde varsayımsal bir “rekabet düşüncesi” yatmaktadır: Faili, norma karşı gelmekten dolayı objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırmamızın mümkün ve caiz olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Şayet söz konusu şart olmaksızın da failin cezalandırılması mümkün ve caizdir diyebiliyorsak, söz konusu şartın kanunda tanımlanan tipik haksızlık için “haksızlık açısından önem arz etmeyen” bir objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık doktrinde söz konusu bu tez “zayıf şekliyle” savunulmaktadır: Buna göre, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya layık bir haksızlığın varlığından söz edilebilir, ancak cezaya muhtaçlığın söz konusu olabilmesi için şartın gerçekleşmesi zorunludur. Geisler’e göre indirme tezinin bu tür bir ayrıma tabi tutulması, cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık kavramlarıyla ilgili dogmatik karışıklıklara yol açacağından kabul edilmemelidir. İndirme tezi gerçek kontrol fonksiyonunu sadece daha güçlü bir şekilde savunulması şartıyla icra edebilir. Bundan dolayı, “yatıştırıcı” cezaya layıklık kavramından mantıklı olarak vazgeçmek gerekir ve objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlığın olabileceği kabul edilmelidir¹⁰⁴.

Geisler’e göre, konunun iki yönü bulunmaktadır; ilk olarak, objektif cezalandırılabilme şartları sadece kusur prensibinin “aşağıya” (nach unten) doğru sınırlandırılması olarak düşünülebilir. Bu bakış açısıyla, cezalandırılabilirliğin meydana gelebilmesi için, failin haksız ve kusurlu davranışına ilave olarak gerçekleşmesi gereken bazı durumlar söz konusudur. Durum böyle olunca, objektif cezalandırılabilme şartlarının ispatlanabilir tarihsel “sertliği” bertaraf edilebilir; çünkü bu tür şartlar failin cezadan kurtulması sonucuna yol açmaktadır. Bu kabul aynı zamanda hakim doktrin tarafından, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaştığını kanıtlamak için de kullanılmaktadır. Buna karşılık, konunun ikinci yönünden bakıldığında, objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibini sınırlandırma için bir araç olarak kullanıldığı ve kusur prensibini “yukarıya” (nach

¹⁰⁴ Geisler, GA 2000, s.179.

oben) doğru genişlettiği söylenebilir. Bu kabul, sonuç olarak, söz konusu şartın gerçekleşmesi durumunda kusursuz bir kişinin cezalandırılması sonucunu doğuracaktır; bu nedenle bunun failin aleyhine olduğu rahatlıkla söylenebilir¹⁰⁵.

Sonuç olarak *Geisler*, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olmadığını ve kusur prensibi ile bağdaşmadığını; buna karşılık haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olduğunu yani kusur prensibiyle bağdaştığını¹⁰⁶, suç politikası ve metodolojik bakış açısıyla birlikte değerlendirildiği vakit kusur prensibi ile bağdaşabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁷. Bunun yanında haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının caiz olabilmesi için, eşitlik prensibine ve ayrıca "*verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan az olmaması yasağına*"¹⁰⁸ (Untermaßverbot) da uygun hareket edilmesi gerekmektedir¹⁰⁹.

Geisler'e göre, prensip olarak kanun koyucuya hangi hukuki menfaatlerin hangi şekilde korunacağı ve yaptırıma bağlanacağı hususunda oldukça geniş bir hareket sahası tanınmaktadır. Burada kanun koyucunun takip edeceği çözüm stratejileri hem avantajları hem de dezavantajları bünyesinde barındırabilecektir. Örneğin, bir hukuki menfaatin ihlalinin zarar suçu mu yoksa tehlike suçu olarak mı düzenleneceği, kanun koyucunun suç politikasına ilişkin düşünceleriyle çok yakından ilgili olacak ve kanun koyucu burada sadece kendine karşı sorumlu olacaktır. Kanun koyucunun öncelikli sorunu, hukuki menfaatlerin korunmasını temin etme olduğu gibi, haksızlık açısından önem arz etmeyen

¹⁰⁵ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.137-138.

¹⁰⁶ Geisler, GA 2000, s.167.

¹⁰⁷ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.138-139; Geisler, GA 2000, s.167-168.

¹⁰⁸ Söz konusu kavram (Untermaßverbot) Alman Hukuku'nda yeni yeni kabul edilmeye başlamış bulunan bir yasak türüdür. Söz konusu kavrama göre, kanun koyucunun yükümlülüğü, hukukten korunan menfaatleri ihlal eden davranışları ceza ile yaptırım altına almak ve böylelikle içerik olarak "*verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan fazla olmaması yasağı*" (Übermaßverbot) ile bir bağ kurmaktadır. Temel olarak, devletin cezalandırma yükümlülüğünün kabul edilmesine temkinli yaklaşıldığı görülmektedir. Özellikle sosyal devletlerde, liberal devletlerdekine kıyasla toplum düzeninin korunması için ağırlıklı olarak sorumluluk altına girildiği ve toplumsal ilişkilere müdahalenin artırıldığı bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.208-209.

¹⁰⁹ Geisler, GA 2000, s.167-168; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.207-209, 231.

objektif cezalandırılabilme şartları problemi için de geçerlidir. Burada kanun koyucunun ayakları tabir caizse *dar bir zincire vurulmuş* gibidir; kanun koyucu çeşitli ihtimaller arasından hukuki menfaatleri en iyi koruyan düzenlemeyi seçmek zorundadır. Bu tür ilave bir cezalandırılabilme şartının maksada uygun ve gerekli olup olmadığı yönünde verilecek normatif temel karar, kanun koyucunun kendisine verilmiş olan takdir yetkisine ait bulunmaktadır. Ancak burada unutulmaması gereken en önemli husus, bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığıdır. İşte burada kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını, kusur prensibi, eşitlik prensibi ile verilecek cezanın gerçekleştirilen haksızlıktan ne daha fazla ne de daha az olması kuralı oluşturmaktadır¹¹⁰.

Benzer tespitlerde bulunan *Schmidhäuser*'e göre, kanun koyucunun, ceza normunu hazırlarken objektif cezalandırılabilme şartını koyma konusunda tamamen serbest olup olmadığı veya dogmatik kategorilerle bağlı olup olmadığı önemli bir sorudur¹¹¹. Bazı yazarlar bu konuda kanun koyucunun sınırsız bir takdir yetkisine sahip olduğunu savunurken, aksi görüştekiler, dogmatik kategorilerin kanun koyucunun takdir yetkisini sınırladığını ileri sürmektedirler¹¹². *Schmidhäuser*'e göre kanun koyucu, bir ceza normuna objektif cezalandırılabilme ilave etmek istiyorsa, pratikte bu durumu mantıklı bir şekilde hesaba katmalıdır, çünkü kanun koyucu, ceza hukukunun temel ilkelerine karşı gelme yetkisine sahip değildir¹¹³; kanun koyucunun sahip olduğu özgürlüğün sınırını, suç politikasına ilişkin menfaatler ve usul ekonomisine ilişkin mülhazalar oluşturmaktadır¹¹⁴.

Geisler, çalışmasının devamında, haksızlık açısından önem arz eden ve önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartlarının nasıl tespit edileceğini de ifade etmiştir¹¹⁵. Ancak Yazar, bu tespitin çok da kolay yapılamayacağını da sözlerine eklemektedir¹¹⁶. Yazar'a göre, bunun tespiti sadece madde metninde yapılacak bir yorum ile mümkün olabilecektir, ancak bu da önemli belirsizlikleri beraberinde getir-

¹¹⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.207-208, 231.

¹¹¹ Schmidhäuser, ZStW, s.560.

¹¹² Görüşler için bkz. Schmidhäuser, ZStW, s.560 dn.30.

¹¹³ Schmidhäuser, ZStW, s.560.

¹¹⁴ Schmidhäuser, ZStW, s.561.

¹¹⁵ Geisler, GA 2000, s.166 vd.

¹¹⁶ Geisler, GA 2000, s.168.

mektedir¹¹⁷. Yazar'ın bu alanda yararlandığı teori daha önce de ifade ettiğimiz üzere "*indirme tezi*"dir¹¹⁸. Yazar'ın geliştirdiği söz konusu tez ile, objektif cezalandırılabilme şartı içeren bir suç işleyen failin, objektif cezalandırılabilme şartı içermeyen bir suç işleyen failden daha kötü bir konuma sokulamayacağı kabul edilmektedir; bu kabul konu ile ilgili bir çok hususun çözümünde anahtar bir rol oynamaktadır¹¹⁹. Buna göre failin, söz konusu normu ihlal etmesi dolayısıyla objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırılmasının mümkün olup olmayacağı ve aynı zamanda bunun caiz olup olmayacağı sorusunun ortaya konulması gerekmektedir. Bu hususta somut normun ceza tehdidi önemlidir. Şayet bu soruya "*evet*" cevabını verecek olursak, tipik haksızlık için cezalandırılabilme koşulu haksızlık açısından önem arz etmeyecektir, çünkü halihazırda objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlık mevcuttur. Buna karşılık şayet, failin davranışı, "*indirme tezi*" uygulandığında yalnızca *cezaya layık* olarak sınıflandırılıyor fakat *cezaya muhtaç* olarak sınıflandırılmıyorsa, o vakit objektif cezalandırılabilme şartının kusur prensibi ile bağdaştığı kabul edilmemelidir. Doktrinde "*indirme tezi*" genellikle "*zayıf*" şekliyle savunulmaktadır. Buna göre, cezalandırılabilme koşulları olmaksızın cezalandırılabilen bir haksızlığın olması yeterli görülür; ancak bu cezalandırılabilme şartlarından birisinin gerçekleşmesi için *cezaya muhtaçlık* olması talep edilir. Ancak Geisler, radikal sayılabilecek bir şekilde, indirme tezinin dogmatik olarak cezaya layıklık ve cezaya muhtaçlık şeklinde ikiye ayrılmasını reddetmektedir. Yazara göre, indirme tezinin gerçek kontrol işlevini yerine getirebilmesi için daha güçlü bir anlamda savunulması gerekmektedir. Bundan dolayı, "*yatıştırıcı*" cezaya layıklık kavramından mantıklı olarak vazgeçmek gerekir ve cezalandırılabilme şartı olmaksızın da cezaya muhtaç bir haksızlığın olabileceği kabul edilmelidir¹²⁰.

¹¹⁷ Geisler, GA 2000, s.168; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.231.

¹¹⁸ Yazar'a göre, hakim doktrin halihazırda "*Abzugsthese*"nin farklı bir türünden istifade etmektedir. Hakim doktrin farklı bir türde istifade ettiği bu teze göre, haksız ve kusurlu davranış objektif cezalandırılabilme şartı gerçekleşmeden cezaya muhtaç olarak görülmemekte, fakat halihazırda cezaya layık bir davranışın olduğu kabul edilmektedir, bkz. Geisler, GA 2000, s.166.

¹¹⁹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.588.

¹²⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.231, 585-586; Geisler, GA 2000, s.172 vd.

5) Doktrindeki Görüşlerin Kısa Bir Özeti ve Kanaatimiz

Şimdiye kadar açıklamaya çalıştığımız bütün bu “yapıcı” görüşler, şayet hakikaten objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibini bağdaştırabilmek mümkün değilse ikna edici gözükmemektedir¹²¹. Yapmış olduğumuz açıklamalarda, objektif cezalandırılabilme şartlarına, cezalandırılabilmenin söz konusu olabilmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir bakış açısıyla yaklaştık; ancak şunu da ifade etmemiz gerekir ki, bu şartın gerçekleşmesi aynı zamanda faile bir yük de yüklemektedir¹²². Ancak burada yer verilen görüşler asla tek görüş değildir; objektif cezalandırılabilme şartları daha ziyade mahkeme kararları¹²³ ve hakim doktrin tarafından tamamen “failin lehine” görülmekte ve sonuçta kusur prensibi ile hiçbir çelişki olmadığı kabullenilmektedir¹²⁴.

Ceza hukukunun genellikle kabul edilmiş olan hukuki değerlerin korunmasını garanti eden ve destekleyen meşhur fonksiyonundan hareket edersek, takip edilmesi gereken yol kendisini gösterecektir: Kanun koyucu soyut bir şekilde formülize ederek tipikleştirdiği suç tiplerini temel olarak *cezaya layık* görmektedir; ancak buna karşın ceza hukukunda önemli ilkelerden birisi olan *ultima ratio* prensibi dolayısıyla kanun koyucu bu cezaya layık fiilin aynı zamanda *cezalandırılmaya muhtaç* olması şartıyla cezalandırmaktadır¹²⁵.

Burada ifade edilen cezaya muhtaçlık kriterini ortaya koyabilmek için, kanun koyucu ilgili ceza normuna suçun unsurlarına uygun bir sınırlandırma eklemiştir, böylelikle cezaya layık her fiil değil sadece cezalandırılmaya muhtaç bir fiilin cezalandırılması sağlanmak istenmiştir¹²⁶. Bunlara Alman Ceza Kanunu’ndan şu örnekler verilebilir¹²⁷: Kötüleme suçunda (Al.CK m.186) cezaya layık olan fiil, bir kişinin diğer bir kişi hakkında kanunda belirtilen nitelikte bir olguyu isnat etmesi veya yaymasıdır; fakat cezaya muhtaçlık ancak bu olgunun gerçekliği kanıtlanmamış bir olgu olması durumunda söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, kavgaya katılma suçunda (Al.CK m.231) cezaya layık olan fiil,

¹²¹ Satzger, JURA, s.110.

¹²² Satzger, JURA, s.110.

¹²³ BGHSt 16, 124, 125.

¹²⁴ Satzger, JURA, s.110; Gottwald, DAR, s.304.

¹²⁵ Jescheck/Weigend, AT, §52 I Rn.1.

¹²⁶ Satzger, JURA, s.111.

¹²⁷ Satzger, JURA, s.111.

kavgaya katılmadır; fakat cezaya muhtaçlık ancak ağır ve tehlikeli sonucun yani özel sonucun gerçekleşmesi durumunda mümkündür. İflas suçlarında (Al.CK m.283 vd.) cezaya layık olan fiil, temel olarak anki ekonomik basiretsizliği ve alacaklıları tehlikeye düşüren hareket tarzı veya ekonomik krize sebep olmasıdır; fakat cezaya muhtaçlık ancak bu ekonomik krize mani olamaması durumunda mümkündür, ki bu da failin ödemelerini durdurmuş olması veya malvarlığı hakkında iflasın açılmış olması veya iflasın açılma talebinin iflas masasının malvarlığının yetersizliği nedeniyle reddedilmiş olması anlamına gelmektedir. Son olarak şu örnek verilebilir; zilzurna sarhoşluk suçunda (Al. CK m.323a) cezaya layık olan fiil, alkollü içecekler veya diğer uyuşturucu maddeleri kullanarak kusur yeteneğini ortadan kaldırmaktır¹²⁸; fakat cezaya muhtaçlık failin sarhoşken hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmesi ve sarhoşluğu nedeniyle kusur ehliyetsizliğine sahip olduğunun tespiti ile söz konusu olmaktadır.

Böylece yukarıda verilen bütün örneklerde, tipiklik unsuru hukuki menfaati tehlikeye düşürebilecek bir davranışı kapsamaktadır, bu yüzden kanun koyucu bu unsurları cezaya layık olarak sınıflandırmıştır¹²⁹. Buna karşın yukarıda verilen bütün bu örneklerde söz konusu tehlike gerçekleşmemektedir, o bakımdan bir cezalandırma özellikle genel önleme gerekçelerini haklı göstermemektedir¹³⁰. Bütün bu istisnai durumlar bir objektif cezalandırılabilme şartının uygulanması yoluyla sınırlandırılmaktadır, kanun koyucunun hiç olmazsa sistemli bir düzeni yakalamış olduğu görünmektedir¹³¹. Objektif cezalandırılabilme şartlarının failin lehine gibi gözükken bu yorumu sayesinde bu şartlar haksızlık unsurunun dışında bırakılmaktadır, sonuçta da gerçekleşen sonucun (objektif cezalandırılabilme şartının) “*kusur kınamasını*” kapsamaması gerekmemekte, bu şekilde de, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibi arasında olan çelişki yumuşatılmış olmaktadır^{132 133}.

¹²⁸ Doktrinde bu durum bir çok kere bir sarhoşa karşı geniş bir hoşgörü olarak değerlendirilmiştir, oysa kanun koyucunun bu değerlendirmesi tamamen doğrudur, bkz.Satzger, JURA, s.111.

¹²⁹ Satzger, JURA, s.111.

¹³⁰ Satzger, JURA, s.111.

¹³¹ Satzger, JURA, s.111.

¹³² Satzger, JURA, s.111.

¹³³ Kanaatimizce burada Satzger’in ifade ettiği gibi ne “fail lehine” bir yorum yapıl-

Ancak sadece bir yumuşatma, sorunu tamamen bitirmemektedir, çünkü bir düşünceye göre, objektif cezalandırılabilme şartları, objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın tehlikeye sokulan davranışlar gibi cezanın sınırlarını sadece cezaya layık olarak öngörmelidir, haksızlık içeriğine dahilmiş gibi değil. Burada aksi düşüncede olanlar haklı olarak, Aİ.CK m.323a'ya göre, sadece sarhoş bir halde olmanın 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmayı gerektirmesinin doğru olmadığını, ayrıca cezalandırılabilirliğin sadece sarhoş halde iken işlenecek fiiller bakımından sınırlandırılmasının da failin problemsiz bir şekilde cezadan kurtulacağı şeklindeki görüşü tutarlı bulmamaktadırlar¹³⁴. Aynı zamanda, objektif cezalandırılabilme şartlarının prensip olarak suçun unsurlarına dahil edilecek şekilde yorumlanması da ikna edici gözükmemektedir¹³⁵.

Şayet objektif cezalandırılabilme şartları, bir olayın haksızlık içeriğini önemli ölçüde etkilemeyecek ise, kusur prensibi ile objektif cezalandırılabilme şartlarının bağdaştığını söyleyebiliriz¹³⁶. Elbette bu, onun tamamen haksızlık açısından önem arz etmemesi şartıyla söz konusudur. Bununla birlikte, objektif cezalandırılabilme şartlarının cezayı belirleyen haksızlığa karşı önem arz etmemesi gerekmektedir, yani yasadaki cezanın sınırları üzerinde azaltıcı bir rol oynayan ve somut durumda cezanın miktarı üzerinde etkili olan hususlar haksızlığa karşıdır¹³⁷. Diğer bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartları, uygulanacak ceza, cezanın türü ve miktarı için belirleyici değildir, bilakis suçla ilgili haksızlık konusunun dışındadır ve sadece cezalandırılabilme için önemlidir; yani devletin cezalandırma yetkisine dayalı bir davranış üzerinde meydana gelmesi yeterli görülmektedir¹³⁸.

makta ne de kusur prensibi ile olan çelişki giderilmiş olmaktadır. Zira, objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibinin kalkanından çıkarttığımız vakit keyfi ve subjektif müdahalelere açık hale getirmiş olmuştuk. Ayrıca objektif cezalandırılabilme şartları ile, hata konusunda failin aleyhine bir düzenleme getirilmiş olmaktadır.

¹³⁴ Roxin, AT I, §23 Rn.8 (Roxin'e göre, hukuka aykırı herhangi bir sonuca yol açmayan sarhoşluk durumu, içki yasağının olmadığı ülkelerde sosyal olarak tolere edilmektedir.); benzer görüşte bkz. Geisler, GA 2000, s.174-175; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s.367 vd.

¹³⁵ Satzger, JURA, s.111.

¹³⁶ Stree, JuS, s.466.

¹³⁷ Stree, JuS, s.466.

¹³⁸ Stree, JuS, s.466.

Bununla birlikte mahkemeler, cezanın tayini aşamasında objektif cezalandırılabilme şartlarının özelliğini mantıklı bir şekilde göz önünde bulundurmaldırlar¹³⁹.

Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar ağırlıklı olarak Alman Hukuku'ndaki tartışmalar çerçevesinde şekillendirilmiştir. Bu kısa ve özet niteliğindeki açıklamaları yapmaktaki amacımız, tartışmayla ilgili Alman doktrinindeki bütün görüşleri sağlıklı bir şekilde kavradıktan sonra Türk Hukuku bakımından daha doğru sonuçlara ulaşabileceğimize olan inancımızdır. Aşağıda, konunun Türk Hukuku bakımından doğuracağı sonuçlar hakkındaki düşüncelerimizi gerekçeleriyle birlikte ortaya koymaya çalışacağız.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaşır bağdaşmayacağı meselesine ilişkin soruları Türk Hukuku bakımından kabaca şöyle sıralayabiliriz:

- Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinde¹⁴⁰ netice sebebiyle ağırlaşmış suç kurumu düzenlenmiştir; kanun koyucu bu madde ile 765 sayılı TCK döneminde yürürlükte bulunan "*objektif sorumluluk*" prensibini tarih sahnesinden kaldırdığını ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir. Peki, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından neden böyle bir düzenleme (en azından taksir şartı) kabul edilmemiştir?
- Kusur düşüncesi neden -aksini düşünenler olmakla birlikte- failin dezavantajına olacak şekilde uygulanmaktadır?
- Objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesinden dolayı failin cezalandırılabilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşeceğinin fail tarafından "*en azından öngörebilmesi*" şartı aranabilir mi?

Günümüze kadar bütün bu sorulara tatmin edici bir yanıt verilememiştir; bu nedenle de bazı yazarlarca objektif cezalandırılabilme şartları ceza hukuku açısından "*can sıkıcı bir problem*" ve "*dogmatik bir çıkıntı*" olarak nitelendirilmiştir¹⁴¹.

¹³⁹ Satzger, JURA, s.111.

¹⁴⁰ Al.CK m.18'e karşılık gelmektedir.

¹⁴¹ Krause, JURA, s.450.

Objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaşıp bağdaşmayacağına karar verebilmek için kanun koyucunun, her şeyden önce kusur prensibine nasıl yaklaştığını ve bu prensipten ne anladığını ortaya koymamız gerekmektedir. Ancak gerek 765 sayılı gerekse 5237 sayılı Kanunların hiçbirisinde “kusursuz ceza olmaz” prensibi açıkça ifade edilmemiştir. O takdirde önümüzde “yorum” tekniğine başvurmadan başka bir çare kalmamaktadır.

Kanun koyucunun kusur prensibi ile ilgili görüşünü ortaya koyabilecek TCK'daki en önemli madde kanaatimizce, netice sebebiyle ağırlaşmış suçun düzenlendiği 23. maddedir. Söz konusu maddede aynen şöyle denilmektedir: “Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.”¹⁴² Söz konusu maddeye benzer bir düzenleme, 765 sayılı TCK'da yer almamaktaydı; çünkü, 765 sayılı Kanun döneminde, ceza hukuku sistemimizde, objektif sorumluluk kabul edilmiş bulunmaktaydı. Netice sebebiyle ağırlaşmış suç, doktrinde bazı yazarlarca, “objektif sorumluluk” düşüncesinin ceza hukuku sisteminden kazanılması ve “kusurlu sorumluluk” ilkesinin hayata geçirilmesi olarak yorumlanmaktadır¹⁴³. Pek tabidir ki, kusurlu sorumluluk ilkesinin kabulü düşüncesi, aynı zamanda kusur prensibinin de kabulü anlamına gelmektedir¹⁴⁴. Yaptığımız bu kısa açıklamadan -aksi yönde görüşler bulunsa bile- Türk ceza hukuku sisteminde¹⁴⁵ artık, objektif sorumluluk prensibinin değil kusur prensibinin mutlak bir şekilde kabul edildiği sonucunu çıkartmak mümkündür. Objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda sağlıklı bir

¹⁴² TCK m.23'ün karşılığı olan Alman Ceza Kanunu'nun 18. maddesinde şöyle denilmektedir: “Fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir.” Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.18.

¹⁴³ Bazı yazarlar bu düzenleme ile objektif sorumluluğun ceza hukukundan kaldırılmadığını, bilakis “salt taksir karinesine dayanan bir sorumluluk” sisteminin kabul edildiğini ifade etmektedirler, ayrıntılı bilgi için bkz. Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2010, s.271, 308, 311-312; benzer görüş için bkz. Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012, s.238.

¹⁴⁴ Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s.3.

¹⁴⁵ Krş. TCK m.5.

karar verebilmek için, kanun koyucunun muradının ne olduğunu doğru bir şekilde tespit etmiş olmamız gerekmektedir.

Bu kabul, yani ceza hukuku sistemimizde artık tamamıyla kusur prensibinin geçerli olması¹⁴⁶, yukarıda da ifade ettiğimiz Alman yüksek mahkeme kararlarında ifade edilen hususları da teyid etmektedir. Ayrıca, kanun koyucunun bu bilinçli seçimi, artık, objektif sorumluluk döneminden kalan ve failin kusurunun bulunmadığı durumlarda da sorumluluğu cihetine gidilmesine yol açan “*kalıntıların*” ceza hukukundan çıkartıldığı/çıkartılmak istendiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Bu bağlamda, netice sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından failin sorumlu tutulabilmesi için failin kusurunun (en azından taksir derecesinde) varlığını şart koşan bir kanun koyucunun, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığına sıra gelince kusurun aranmasından vazgeçeceğini düşünmek kanaatimizce “*abesle iştiğal*” etmek olur; “*Vazı-ı kanun abesle iştiğal etmez*” kuralından hareketle de bu varsayımın kabul edilemeyeceğini açık bir şekilde söyleyebiliriz.

Pek tabi bu sonuca varabilmek için, ön sorun olarak, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ile objektif cezalandırılabilme şartları arasında niteliksel ve/veya niceliksel bir korrelat olup olmadığı sorusunu cevaplandırmak gerekecektir. Bu sorunun cevaplanması sonucunda, şayet objektif cezalandırılabilme şartları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar ile aynı veya en azından benzer bir anlam taşıyor ise¹⁴⁷ düşüncemiz doğrulanmış olacaktır. Objektif cezalandırılabilme şartları ile netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suç genel teorisi kapsamında birbirlerinden tamamen farklı hukuki niteliklere sahiptirler. Bu nedenle, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda aranan “*en azından taksir*”in aranması şartının, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından -mevcut sistemde- uygulanabilmesini mümkün görmemekteyiz. Buna karşılık, netice sebebiyle ağırlaşmış suçların varlık gayesini oluşturan kusur prensibine ilişkin düşüncelerin, objektif cezalandırılabilme şartları bakımından da geçerli olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz.

¹⁴⁶ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçların Anayasa’ya aykırı olup olmadığı ve kusur prensibini ihlal edip etmediği yönündeki Türk ve Alman hukuklarındaki tartışmalar için bkz. Özbek, Veli Özer, “Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.229-230.

¹⁴⁷ Stree, JuS, s.466.

Konuyla ilgili şu tarz bir düşüncenin yanlış olmayacağını tahmin ediyoruz: Belirli bir şartın cezayı ağırlaştırıcı veya cezayı kurucu etkisinin olup olmadığı mahiyet farkına yol açmaz. Örneğin, Al.CK m.231’de düzenlenmiş bulunan kavgaya katılma suçu: Kanun koyucu şayet bu suça kusurlu olarak katılmayı mutlak bir biçimde cezalandırarak düzenleyseydi ve ağır bir sonucun gerçekleşmesini bir cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak görseydi, bu durum netice sebebiyle ağırlanmış suç için öngörülmüş bulunan düzenlemeyi ihlal etmiş olurdu¹⁴⁸. Buna göre cezanın ağırlaştırılması için ön koşul, gerçekleşen ağır sonuç bakımından en azından taksirle hareket edilmiş olmasıdır¹⁴⁹. Kanun koyucu, netice sebebiyle ağırlanmış suçlarda yüksek cezayı, belirli bir fiilin sonucunun gerçekleşmesinin neden olduğu “artırılmış haksızlık” dolayısıyla kabul etmektedir; bu nedenle, netice sebebiyle ağırlanmış suçlar, haksızlık unsuru içerisinde gösterilmektedir¹⁵⁰. Şayet, netice sebebiyle ağırlanmış suçlara karşı objektif cezalandırılabilme şartlarının farklı yapısı kuşkulu olsaydı, objektif cezalandırılabilme şartları cezayı belirleyen haksızlık unsuru olurlardı¹⁵¹. Sonuç olarak, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları, fiilin cezaya layık olan haksızlık içeriği için önemli değildir; sadece bir cezalandırmanın zorunlu gözükmeyeceği durumlarda, ceza ekonomisi gerekçeleriyle oluşturulmuş bir kurumdur¹⁵².

Krause, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibinin bağdaştırılması için yapılan bütün çabalara rağmen konunun hala *can sıkıcılığını* koruduğunu ifade etmektedir. Öte yandan, objektif cezalandırılabilme şartları ile kusur prensibini bağdaştırmak için ileri sürülen argümanlardan birisi olan suç politikasını ve suç politikasından kaynaklanan zorunluluklara kulak asılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca *Krause*, Alman kanun koyucusunun 1979 yılında yapmış olduğu reform ile objektif cezalandırılabilme şartı içeren bir dizi hususun kanundan çıkarttığını vurgulamaktadır. Bununla birlikte Yazar, yerinde olarak, bütün dünyada herkesi memnun edecek bir çözümün hiç kimse tarafından sunulamayacağını da sözlerine eklemektedir. Ya-

¹⁴⁸ Stree, JuS, s.466.

¹⁴⁹ Stree, JuS, s.466.

¹⁵⁰ Stree, JuS, s.466.

¹⁵¹ Stree, JuS, s.466.

¹⁵² Stree, JuS, s.466.

zar son olarak, Al.CK'nın 113. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiş bulunan hataya ilişkin oldukça karışık düzenlemenin doğru olup olmadığı ve bunun objektif cezalandırılabilme şartları için model olarak kabul edilip edilemeyeceğini ancak zamanın göstereceğini ifade etmektedir¹⁵³.

Kusursuz ceza olmaz ilkesi (*nulla poena sine culpa*) Roma Hukuku'ndan günümüze kadar gelmiş ve çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de kabul edilmiş evrensel hukuk ilkelerinden birisi, belki de en önemlisidir. Kusursuz ceza olmaz ilkesi, objektif cezalandırılabilme şartlarına bakış için hareket noktası oluşturmaktadır¹⁵⁴. Alman Hukuku'nda, hakim doktrin tarafından Alman Ceza Kanunu'nun 231. maddesinde yer alan kavga suçundaki "ağır sonuç" (ölüm veya ağır yaralama), 323a maddesinde yer alan kendini bilemeyecek derecede sarhoşluk suçunda sarhoşluk fiili ve 283 vd. maddelerde düzenlenen iflas suçlarında fail hakkında iflasın açılmış olması veya iflasın açılmasının reddedilmesi gibi durumlar, objektif cezalandırılabilme şartı sayılmaktadır. Bütün bu durumlarda, söz konusu şartların gerçekleşmesi bakımından failin kusurunun var olması gerekmemektedir¹⁵⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Alman Federal Yüksek Mahkemesi Büyük Ceza Kurulu¹⁵⁶ tarafından kusur prensibi "dokunulamaz bir temel ilke" olarak nitelendirilmiştir, aynı şekilde Alman Federal Anayasa Mahkemesi¹⁵⁷ de bu prensibe anayasal bir önem¹⁵⁸ atfetmiştir. Zaman içerisinde, "Kusursuz bir ceza saçmalaktır, ilkeliktir"¹⁵⁹ veya

¹⁵³ Krause, JURA, s.455.

¹⁵⁴ Stree, JuS, s.465.

¹⁵⁵ Stree, JuS, 465.

¹⁵⁶ BGHSt (GS) 2, 194 (202).

¹⁵⁷ BVerfGE 20, 323 (331).

¹⁵⁸ Buna karşılık Tiedemann'a göre, objektif cezalandırılabilme şartları meselesi, esas itibarıyla anayasaya aykırılık bakımından anayasa hukuku sahasının dışında kalmakta ve anayasa hukuku tarafından çizilen sınırlar içinde kalarak, ceza hukuku öğretisi ve ceza politikası sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır, bkz. Tiedemann, Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu, s.308. Kanaatimizce Yazar'ın bu ifadesi bir "sonuç" niteliğinde değildir, zira buradaki en önemli sorun olan ve anayasal bir ilke olduğu kabul edilen kusur prensibinin objektif cezalandırılabilme şartları ile bağdaştırılıp bağdaştırılmayacağıdır. Bu nedenle anayasa hukuku tarafından çizilen sınırın eş anlamlısını kanaatimizce kusur prensibi oluşturmaktadır.

¹⁵⁹ Hafter, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926,

"Kusursuz ceza uygarlaşmamışlığın bir parçasıdır"¹⁶⁰ gibi çok sert ve kesin bir dille formüle edilmiş ifadeler de, kusurun gerekliliğinin geçmişten günümüze uzanan önemli kanıtlarındandır.

Bugünkü ceza hukuku anlayışında kusurdan bağımsız bir cezanın varlığı kesinlikle kabul edilmemektedir¹⁶¹, fakat objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığı bu kabule ters düşmektedir¹⁶². Doktrinde *Arthur Kaufmann*, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını, kusur prensibinin sınırlandırılması olarak kabul etmekte ve bu prensibin ihlal edilmesini kısmen de olsa kabullenmektedir¹⁶³. *Bemann*'a göre, cezanın kusur ile olan ilişkisinde bu sözde ağır yenilgiyi ortadan kaldırmak için, objektif cezalandırılabilme şartlarının varlık gerekçesini inkar etmeli ve objektif cezalandırılabilme şartlarını farklı yorumlamalı ve sonuçta bunları ya suçun unsuru olarak sınıflandırmalı ya da maddi cezalandırılabilme şartları alanından çıkartmalı ve yargılama şartlarına dahil etmelidir¹⁶⁴. Buna karşılık hakim görüşün savunucuları, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bütünüyle ahenk içerisinde olduğunu göstermeye gayret etmektedirler!¹⁶⁵

Objektif cezalandırılabilme şartları ile ilgili sorun, bu tip cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı veya zorunlu olarak kusur prensibinin sınırlandırılmasına yol açıp açmayacağı ile ilgili görünmektedir. Aynı zamanda, bu soru ile birleştirilebilecek bir başka soru da, bir ceza hükmünün anlamına ve meşruiyetine göre objektif cezalandırılabilme şartlarının tespiti ile ilgilidir¹⁶⁶. Bu arada, pek tabii, objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibi ile olan ilişkisi de aydınlatılmış olmalıdır. Objektif cezalandırılabilme şartlarının ceza hukuku açısından önem arz eden çeşitli şartlarının içeriğinin tespiti de bir diğer sorunsalı oluşturmaktadır.

s.92.

¹⁶⁰ Beling, Ernst, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1910, s.15.

¹⁶¹ Bemann, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.55.

¹⁶² Stree, *JuS*, s.465.

¹⁶³ Kaufmann, *Unrecht und Schuld*, s.426 vd.

¹⁶⁴ Bemann, *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit*, s.52 vd.

¹⁶⁵ Schmidhäuser, *ZStW*, s.545 vd.; bkz. Stratenwerth, *ZStW* 1959, s.565; Schwalm, Georg, "Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?", *MDR* 1959, s.906.

¹⁶⁶ Stree, *JuS*, s.465.

III) SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız sonuçları özetle şu şekilde sıralayabiliriz:

Sonuç 1. Çalışmamız sırasında daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kusur, kamusal cezanın varlığı için zorunlu bir şarttır, fakat yeterli bir şart değildir! Kusur, her ne kadar cezalandırılabilirliğinin zorunlu şartı ise de yeterli şartı değildir! Kusur, ancak sosyal gerekçelerle haklı görülmesi halinde bir cezalandırılabilmeye neden olmaktadır; aksi durumda suç politikası mülahazalarıyla gereksiz olabilmektedir. Devlet ancak hukuk düzeninin korunması ve sürdürülmesi için zorunlu olması ve kamusal düzenin korunması cezalandırılma olmaksızın tehlikeye düşecek ise cezalandırma yoluna başvurmak zorundadır. Ceza hukukunda geçerli olan *"kusursuz ceza olmaz"* ilkesi, *"cezasız kusur olmaz"* şekline çevrilerek yorumlanamaz. Kanun koyucu, kusursuz bir kimsenin cezalandırılacağına ilişkin bir kural koyamaz ise de, her kusurlu kişiyi mutlaka cezalandırmak zorunda da değildir. Kusur ile ilgili olarak benimsemiş olduğumuz sistemi özetleyen bu alıntıların, bundan sonra yapacağımız açıklamalarda temel teşkil edeceğini ifade etmek istiyoruz.

Sonuç 2. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını reddetmek, kanaatimizce sorunu daha da içinden çıkılmaz bir hale getirecektir. Zira hiçbir şeyi inkar etmekle çözüme gidilemeyeceği hayat tecrübeleriyle de sabit olan bir gerçektir. Ayrıca bu reddediş, aslında kusur prensibinin temel argümanlarına da aykırılık oluşturabilecek niteliktedir; çünkü böyle bir *"reddediş"* ile biraz sonra da açıklayacağımız üzere, kusurla ilgili olmayan bir hususun kusur ilişkisine sokulabilmesi veya maddi hukuk sahasından çıkartılıp şekli hukuk sahasına dahil edilmesi riskini taşıyacak, tabir caizse *"kaş yapayım derken göz çıkarma"* söz konusu olabilecektir. Bu nedenle objektif cezalandırılabilme şartları, *"ceza hukukunun yaramaz ve asi çocuğu"* olarak kalmaya devam edecek, ancak uslandırılması için gerekli çabalar gösterilecektir.

Sonuç 3. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul ettikten sonra, bu şartların *"türlerini"* belirlememiz gerekmektedir. Burada yeri gelmişken, bir hususu belirtmeden geçmek istemiyoruz: Türk Hukuku'nda gerek konuyla ilgili yapılmış sınırlı sayıdaki monografik çalışmada gerekse ceza hukuku genel hükümler kitaplarında, objektif cezalandırılabilme şartlarının *"bütün"* olarak ele alındığını

gözlemlemiş bulunmaktayız. Başka bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartları, türleri ele alınmaksızın incelenmiştir. Kanaatimizce konuya bu şekilde yaklaşılması sağlıklı bir tespit yapılabilmesini ve dolayısıyla doğru bir sonuca ulaşılabilmesinin önünde önemli bir engel olarak durmaktadır. Bu nedenle yapılması gereken, objektif cezalandırılabilme şartlarını, *“haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları”* ve *“haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları”* olarak ikiye ayırarak incelemek olmalıdır. Aksi takdirde, özellikle hangi objektif cezalandırılabilme şartının kusur prensibine aykırılık oluşturduğunu tespit edebilmemiz mümkün olmayacaktır. Bu nedenle biz, bu ikili ayrımı esas almak suretiyle özellikle kusur prensibi noktasında görüşlerimizi açıklamayı, konunun daha rahat ve doğru bir şekilde anlaşılabilmesi açısından zorunlu görmekteyiz.

Sonuç 4. Objektif cezalandırılabilme şartlarının varlığını kabul ettikten ve türlerini belirledikten sonra yapmamız gereken şudur: Acaba söz konusu şart, haksızlık açısından bir önem arz etmekte midir? Burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır; söz konusu şart ya haksızlık açısından önem arz eden bir objektif cezalandırılabilme şartıdır veya haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartıdır. Peki bunun tespiti nasıl yapılacaktır? Başka bir ifadeyle, bir şartın haksızlık açısından önem arz edip etmediği nasıl anlaşılacaktır? Kanaatimizce bu tespiti yapabilmek için, Alman doktrini tarafından sıklıkla kullanılan *“indirme tezi”*nden istifade etmemiz en doğru yol olacaktır. Bu teze göre burada yapılması gereken, faili, ilgili ceza normunu ihlal etmekten dolayı objektif cezalandırılabilme şartı olmaksızın cezalandırmamızın mümkün ve caiz olup olmadığını tespit etmemiz olacaktır. Şayet söz konusu şart olmaksızın da failin cezalandırılabilmesi mümkün ve caizdir diyebiliyorsak, madde metnindeki söz konusu objektif cezalandırılabilme şartının, kanunda tanımlanan tipik haksızlık bakımından önem arz etmeyen, veya başka bir ifadeyle *“haksızlık açısından önem arz etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartı”* olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık, söz konusu şart olmaksızın, failin cezalandırılmasını mümkün görmüyorsak ve aynı zamanda böyle bir cezalandırılmanın caiz olmadığını tespit etmişsek, o vakit karşımızda *“haksızlık açısından önem arz eden bir objektif cezalandırılabilme şartı”* olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç 5. Çalışmamız sırasında da ayrıntılı olarak üzerinde durduğumuz gibi, şayet bir husus, haksızlık açısından kurucu önemde ise veya kusurla bağlantılı görülüyorsa o vakit kusur prensibinin koruması altına girmiş bulunmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, failin kastının söz konusu şartı kapsamaması gerekmektedir. Bu konuyla ilgili *Stree*'nin yerinde bir şekilde ifade etmiş olduğu şu tespitlerin altına rahatlıkla imzamızı atabiliriz: "*Kusurun temeli, failin kınanabilirliği üzerine inşa edilmiştir. Bunun sonucunda, failin gerçekleştirmiş olduğu bir haksızlık, sadece failin kendi kusurunu kapsadığı kadarıyla faile bir yükümlülük yüklemektedir.*" (Stree, JuS, s.466). Bu bağlamda, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının gerçekleşmesi durumunda, failin kusurunun bunu kapsamaması söz konusu olmayacağından, failin kınanabilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartları bakımından, bunların objektif cezalandırılabilme şartı oldukları gerçeği göz ardı edilemeyeceğinden, failin kastının bu şartları kapsamamasının zorunlu olmadığı hususu dikkate alındığında, haksızlık açısından önem arz eden bu tür cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibine açık bir şekilde aykırılık oluşturduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Buna karşılık, haksızlık açısından önem arz etmeyen objektif cezalandırılabilme şartları haksızlık ve kusur alanının dışında bulunduğundan dolayı, kusur prensibini ihlal etmiş olmayacaktır; zira kusur alanının dışında olan bir kurumun bu prensibi ihlal edebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, Alman doktrininde son zamanlarda *Roxin*'in başını çektiği bazı yazarlar, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının kusur prensibiyle uyumlu hale getirilebilmesi için, failin, söz konusu şartın gerçekleşebileceğini en azından öngörmüş olmasının aranmasını şart koşmaktadırlar. Başka bir ifadeyle, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi dolayısıyla cezalandırılabilmenin söz konusu olması için failin bu şartın gerçekleşmesi bakımından en azından taksirinin varlığı aranmalıdır¹⁶⁷. Kanaatimizce böyle bir görüş kabule şayan değildir. Zira, böyle bir kabul, kanun koyucunun yerine geçip sanki kanun koyucu burada taksirin varlığını

¹⁶⁷ İtalyan Anayasa Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararla, objektif cezalandırılabilme şartlarının da kanuni tipin kurucu unsurları olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla en azından taksir esasına göre fiilin faile isnat edilmesi gerektiğine karar vermiş bulunmaktadır, akt. Özen, Objektif Sorumluluk, s.231.

şart koşmak istemiş gibi bir sonuca varılmasına yol açacağından kanaatimizce kabul edilebilir bir görüş değildir. Ayrıca, failin kastını kapsamaması zorunlu olan taksir kurumu ile failin kastını kapsamaması zorunlu olmayan objektif cezalandırılabilme şartlarını aynı kefeye koymak da kanaatimizce doğru değildir.

Sonuç 6. Haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarının, kusur prensibine açık bir şekilde aykırı olmaları gerçeği karşısında acaba izlenmesi gereken yol ne olmalıdır sorusu anahtar bir rol oynamaktadır. Burada karşımıza iki seçenek çıkmaktadır: Ya kesin bir şekilde bunları *“geri dönüşü olmayan bir şekilde”* kusur prensibine aykırı göreceğiz, ya da tabir caizse *“taşın altına elimizi koyup”* söz konusu şartları, kusur prensibi ile uyumlu hale getirmenin yollarını arayacağız. Pek tabidir ki, her iki seçenek de çeşitli sıkıntıları bünyesinde barındırmaktadır. Kanaatimizce burada izlenmesi gereken yol, haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için, suç genel teorisinin ve özellikle de kusur prensibinin sınırlarını ve temel ilkelerini ihlal etmemek şartıyla *“yapıcı”* ve bazen biraz *“zorlayıcı”* yorumlarla *“kan uyuşmazlığı”* içerisinde olan bu iki kurumu *“barıştıрма”* yoluna gitmek olmalıdır. Elbette bunu yaparken hiçbir zaman, evrensel hukukun genel yorum ilkelerini ve diğer prensiplerini ihlal etmemeliyiz.

Sonuç 7. Haksızlık açısından önem arz eden objektif cezalandırılabilme şartlarını kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için önümüzde bazı seçenekler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Alman doktrininde *Hirsch* tarafından ileri sürülen ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardakine benzer bir *“kast-taksir kombinasyonununun”* uygulanması halinde bu şartların kusur prensibiyle uyumlu hale getirilmiş olacağını savunan görüştür. Buna göre, failin meydana gelen objektif cezalandırılabilme şartından dolayı sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşmesi bakımından en azından *“taksirinin”* varlığı aranacaktır. Ancak bu görüş, daha önce de ifade ettiğimiz üzere kanaatimizce kabule şayan değildir. Zira, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarla objektif cezalandırılabilme şartları arasındaki farkları incelerken ifade ettiğimiz üzere, bu iki kurum birbirinden tamamen farklıdır. Bu şartları kusur prensibiyle uyumlu hale getirebilmek için savunulan ikinci görüş, yine Alman doktrininde özellikle *Roxin* ve *Geisler* tarafından savunulan ve haksızlık açısından önem arz eden

objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmesi dolayısıyla failin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi için, söz konusu şartın gerçekleşebileceğinin fail tarafından *en azından "öngörülebilir"* olmasını arayan görüştür. Bu görüşe göre, getirilen bu kıstas ile failin gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı kınanabilmesinin önü açılmış olacaktır. Bu görüş de, kanaatimizce kabule şayan değildir. Çünkü, söz konusu şartın fail tarafından öngörülebilir olduğunu kabul ettiğimiz vakit, söz konusu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olmaktan çıkarıp, bir nevi netice sebebiyle ağırlaşmış suç formatına sokmuş olmaktadır. Böylelikle, söz konusu şart, kusur alanının dışından, kusur alanının merkezine doğru çekilmiş olmaktadır. Böyle bir kabul, kanun koyucunun yerine geçip sanki kanun koyucu burada taksirin varlığını şart koşmak istemiş gibi bir sonuca varılmasına yol açacağından kanaatimizce kabul edilebilir değildir. Ayrıca *Roxin ve Geisler* tarafından savunulan bu düşünce, netice sebebiyle ağırlaşmış suç sistematğine de açık bir şekilde aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç 8. Kanaatimizce, herhangi bir objektif cezalandırılabilme şartının, haksızlık açısından önem arz etmemesi için, söz konusu şartın, cezanın belirlenmesi bakımından hiçbir etkisinin bulunmaması gerekmektedir. Buradaki etkiden kastımız, cezanın azaltılması olabileceği gibi, artırılması da olabilir. Böyle bir durumda, hiç şüphesiz, söz konusu şartın, haksızlık açısından bir önem arz ettiği (örneğin, nitelikli hal veya netice sebebiyle ağırlaşmış suç olabileceği) rahatlıkla söylenebilecektir. Zira, objektif cezalandırılabilme şartlarının başında hiçbir zaman "*cezaı azaltıcı*" veya "*cezaı artırıcı*" kelimeleri eklenmemektedir; bunun nedeni, söz konusu şartların yalnızca cezalandırılabilme bakımından kurucu etki doğurmalarındandır; yoksa cezanın artırılması veya azaltılması bakımından değil! Aksi durumun kabulü halinde, "*objektif*" sıfatının kullanılmasının hiçbir anlamı kalmayacaktır. Burada ifade etmiş olduğumuz bu kıstas da, somut olayda söz konusu şartın haksızlık açısından önem arz edip etmediğinin tespitinde bize yol gösterebilecek kıstaslardan birisi olacaktır.

KAYNAKLAR

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch, 11.Auflage, 2003.

- Beling, Ernst, Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910.
- Bemmann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957.
- Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 18.Auflage, München 1983.
- Bockelmann, Paul, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Band 5.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt:I, 13.Bası, İstanbul 1999.
- Erdağ, Ali İhsan, Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (Erfolgsqualifiziertes Delikt), Ankara 2011.
- Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre, 2.Auflage, Heidelberg 2009.
- Frisch, Wolfgang, “Hukuk Devleti Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Esaslı Şartları” (Çev.: Hakan Hakeri), Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s.93-141.
- Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 5.Auflage, München 2011.
- Geisler, Claudius, “Objektive Strafbarkeitsbedingungen und ‘Abzugsthese’ – Methodologische Vorüberlegungen zur Vereinbarkeit objektiver Strafbarkeitsbedingungen mit dem Schuldprinzip”, GA 2000, s.166-179 (GA 2000).
- Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip – Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.
- Gottwald, Stefan, “Vollrauschtatbestand und objektive Bedingung der Strafbarkeit – Zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 217/96”, DAR 1997, s.302-305.
- Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.Auflage, Heidelberg 2005.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Ankara 2010.
- Hafer, Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926.
- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012.
- Hardwig, Werner “Der Vollrauschtatbestand. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Monographie von Peter Cramer: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen 1962” GA 1964, s.140-151.
- Hardwig, Werner, “Studien zum Vollrauschtatbestand” Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, 1971, s.459-487.
- Hass, Gerhard, “Abschied von der objektiven Strafbarkeitsbedingung”, ZRP 1970, s.196-197.
- Hass, Gerhard, Wie entstehen Rechtsbegriffe? Dargestellt am Beispiel der objektiven Strafbarkeitsbedingung, München 1973.

- Heinrich, Bernd, *Strafrecht - Allgemeiner Teil I*, 2.Auflage, 2010.
- Henke, Martin, *Utilitarismus und Schuldprinzip bei der Schuldunabhängigen Strafe im angelsächsischen Rechtskreis*, Bonn 1990.
- Hirsch, Hans Joachim, "Kusur İlkesi ve Ceza Hukukundaki Fonksiyonu" (Çev.: Yener Ünver), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s.297-315.
- İsfen, Sabit Osman, *Das Schuldprinzip im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des türkischen Rechts*, München 2008.
- Jakobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2.Auflage, Berlin-New York 1991.
- Jescheck Hans-Heinrich, *Alman Ceza Hukukuna Giriş - Kusur İlkesi - Ceza Hukukunun Sınırları* (Çev.: Feridun Yenisey), İstanbul 2007.
- Jescheck, Hans-Heinrich, "1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (Çev.: Adem Sözüer), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya 1998, s.25-38.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.Auflage, Berlin 1996.
- Kaufmann, Arthur, "Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit", *JZ* 1963, s.425-433.
- Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2.Auflage, Heidelberg 1976.
- Kindhäuser, Urs, *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, 4.Auflage, 2010.
- Kindhäuser, Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5.Auflage, Baden-Baden 2011.
- Kindhäuser, Urs, "Personalität, Schuld und Vergeltung zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", *GA* 1989, s.493-507.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3.Baskı, Ankara 2010.
- Kodex - Des Österreichischen Rechts - Strafrecht, Fuchs, Helmut/Maleczky, Oskar, 36.Auflage, Wien 2012.
- Kratzsch, Dietrich, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht - Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin 1985.
- Krause, Friedrich-W., "Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit", *JURA* 1980, s.449-455.
- Kudlich, Hans (Koordinator), "Akademik Bakış: Kusur İlkesi Işığında Objektif Cezalandırılabilme Şartı İçeren Suçlar", (Çevirenler: Tepe, İlker/Meraklı, Serkan/Oğlakçioğlu, Mustafa), *CHD*, Nisan 2012, Sayı:18, s.283-293 (Söz konusu çalışmada üç ceza hukuku profesörü ile soru-cevap şeklinde bir röportaj gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle çalışmada, açıklamada bulunan ilgili profesörün ismi ayrıca zikredilecektir.).
- Lang-Hinrichsen, Dietrich, "Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht", *ZStW* Band 73 (1961), s.210-236.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Saan, Ruth Rissing-van/Tiedemann, Klaus, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 12.Auflage, Erster Band, Berlin 2006 (Tonio Walter).

- Leipold, Klaus, *Anwaltkommentar StGB*, Bonn 2011.
- Lenckner, Theodor/Eisele, Jörg, Schönke/Schröder/Eser *StGB Kommentar*, 28.Auflage, München 2010.
- Maurach, Reinhart/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Ein Lehrbuch, 8. Auflage, 1992.
- Montenbruck, Axel, "Zur "Beteiligung an einer Schlägerei" – zugleich ein Beitrag zur gebotenen restriktiven Auslegung der Tateinheit gem. §52 StGB" *JR* 1986, s.138-144.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre*, 7.Auflage, Berlin 2004.
- Ozansü, Mehmet Cemil, *Ceza Hukukunda Kasttan Doğan Sübjektif Sorumluluk*, Ankara 2007.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer, "Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:2, Sayı:4, Ağustos 2007, s.223-246.
- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2.Bası, Ankara 2011.
- Özen, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara 1998.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6.Bası, Ankara 2011.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 12.Baskı, Ankara 2012.
- Reineke, Alexander, *Der wegen Trunkenheit vermindert schuldfähige Täter*, Hamburg 2010.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.Auflage, München 2006.
- Rönnau, Thomas/Bröckers, Kurt, "Die objektive Strafbarkeitsbedingung im Rahmen des §227 StGB" *GA* 1995, s.549-568.
- Satzger, Helmut, "Die objektive Bedingung der Strafbarkeit", *JURA* 2006, s.108-113.
- Schaad, Pierluigi, *Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts*, Winterthur 1964.
- Schlosser, Peter, *Der Grundsatz 'keine Strafe ohne Schuld' als Verfassungsnorm*, Würzburg 1961.
- Schmidhäuser, Eberhard, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen", *ZStW* 1959, s.545-564.
- Schmidt, Rolf, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 10.Auflage, 2011.
- Schünemann, Bernd, "Die Bedeutung der Besonderen persönlichen Merkmale für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung (2.Teil)", *JURA* 1980, s.568-582.
- Schwalm, Georg, "Gibt es objektive Strafbarkeitsbedingungen?", *MDR* 1959, s.906.
- Schweikert, Heinrich, "Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?", *ZStW Band 70* (1958), s.394-411.
- Schweikert, Heinrich, *Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.

- Stratenwerth, Günter, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959 – Korreferat, gehalten auf der Strafrechtslehrertagung in Erlangen 1959", ZStW 1959, s.565-578.
- Stree, Walter, "Objektive Bedingungen der Strafbarkeit", JuS 1965, s.465-474.
- Tiedemann, Klaus, "Objektive Strafbarkeitsbedingungen und die Reform des deutschen Konkursstrafrechts" ZRP 1975, s.129-135.
- Tiedemann, Klaus, "Objektif Cezalandırılabilme Şartları ve İflas Suçlarının Reformu" (Çev.: Feridun Yenisey), İÜHFM, Cilt:41, Sayı:1-2, İstanbul 1975, s.301-317.
- Toroslu, Nevzat, "Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları", Uğur Alacakaptan'a Armağan, C:1, İstanbul 2008, s.705-709.
- Ünver, Yener, "YTCK'da Kusurluluk", CHD, Yıl:1, Sayı:1, Eylül 2006, s.41-78.
- Üzülmez, İlhan/Akkaş, Ahmet Hulusi, "Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları", EÜHFD, C:II, S:1-2, Yıl:2007, Kayseri Haziran 2007, s.71-87.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11.Auflage, Berlin 1969.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau, 41.Auflage, 2011.
- Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried, 15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.