CEZA HUKUKU VE ULTIMA RATIO İLKESİ [*]

CRIMINAL LAW AND ULTIMA RATIO PRINCIPLE

Çeviri Metni

Urs KİNDHÄUSER [**]

Buket Abanoz ÖZTÜRK[***]

I. CEZA, CEZA HUKUKU, CEZA HUKUKU BİLİMİ

Ceza hukuku, biçimsel olarak, bir davranışın bir ceza veya güvenlik tedbiriyle yaptırıma bağlanmasının koşullarını ve sonuçlarını düzenleyen hukuk düzeninin bir parçası olarak tanımlanabilir. Yalnızca ceza yaptırımı alanına odaklanırsak, bu tanım son iki yüz yıldır "ceza hukuku bilimi" olarak adlandırdığımız disiplinin ilgilendiği hukuk alanını büyük ölçüde kapsıyor gibi görünmektedir. Ceza hukuku bilimi, dogmatik yapısıyla hukuk kurallarının yorumlanması esasına dayansa da kavramsal ve metodolojik araçlarını bilim felsefesi çerçevesinde ve dolayısıyla meta-dilsel bir yaklaşımla oluşturur. Ceza hukuku, *"Başka bir insanı öldürme!"* şeklinde doğrudan hukuki emirler formüle etmez; bunun yerine, *"Başka bir kişiyi*

DOI: 10.32957/hacettepehdf.1623110

Makalenin Geliş Tarihi: 19.01.2025 **Makalenin Kabul Tarihi:** 16.04.2025

[*] Bu çalışma, "Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip" başlığıyla ZSTW dergisinin 2017 yılına ait 129. cildinin 2. Sayısında 382 ile 389 sayfaları arasında yayımlanmıştır. Yazarla yapılan kişisel görüşmede, bu çalışmanın "Suç ve Ceza Politikaları Grubu" oturumunda yazarın "gereksiz suç tipleri" üzerine yaptığı bir konuşmasına dayandığı öğrenilmiştir. Bu nedenle metinde konuşma üslubunun hâkim olduğu ve alıntı sayısının sınırlı tutulduğu belirtilmelidir..

[**] **Eser Sahibi:** Prof. Dr., Reb Friedrich Wilhem Üniversitesi (Bonn) Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı

E-posta: kindhaeuser@uni-bonn.de

[***] **Çeviren:** Dr. Öğr. Üyesi., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı

E-posta: buketabanozozturk@gmail.com

ORCID: 0000-0002-1886-2595

Bu çeviri Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Araştırma ve Yayın Etiği kurallarına uygun olarak hazırlanmıştır.

öldürmek (kanun gereği) yasaktır." gibi deontik (buyurucu) araçlar yardımıyla (mevcut) hukuka ilişkin meta-dilsel ifadeler kullanır.

Dogmatiğin meta-dilsel bu yaklaşımı, onu cezalandırılabilirliğin nesnel-dilsel koşullarıyla, yani hukuki normların ve isnat kurallarının içerikleri ve uygulanma esaslarıyla ilgilenmeye yönlendirir. Aynı zamanda, meşruiyet teorisi açısından cezalandırılabilirliğin koşullarını ve devletin cezalandırma yetkisini tartışır. Bu bağlamda, ceza hukuku bilimi son iki yüz yıllık süreçte temelde aynı konu üzerinde yoğunlaşmaktadır. *Feuerbach*'tan *Merkel*'e, *Binding* ve *von Liszt*'e kadar uzanan ders kitaplarından günümüz eserlerine kadar, aşağı yukarı aynı temel kavramlar yer almaktadır: Adalet karşısında fayda, intikam (öç alma) karşısında önleme. Bu bilimsel çerçevede, *Berner* ve *Köstlin*'in dogmatik öğretilerini, onlarla doğrudan bir bilimsel tartışma içerisindeymiş gibi ele almak ve anlamak mümkündür.

Bu, ceza hukuku için geçerlidir, çünkü ceza hukuku cezalandırılabilirliğin koşullarını düzenleyen belirli bir hukuk alanıdır. *Feuerbach* tarafından yazılan 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'nun 37. maddesi suçun tamamlanmasına ilişkin örnek niteliğinde bir tanım içerirken, bu Kanun'un 40. maddesi günümüz Ceza Kanunu'nda eksik olan kasıtlı *actio libera in causa* koşullarını formüle etmektedir. Fakat ceza hukuku yaptırımları açısından durum tamamen farklıdır. 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'na tekrar bakıldığında, ceza hukukunun sonuçlarının nasıl dramatik biçimde değiştiği açıkça görülebilir. Söz konusu Kanun'un 4. maddesinde cezalar şu şekilde sıralanmaktadır: "Ölüm cezası, zincir cezası, zorunlu çalışma cezası, ceza çalışma evi, kaleye hapsedilme cezası, onur kırıcı ve küçük düşürücü cezalar, bedensel cezalar, hapis cezası veya kale hapsi cezası ile mal varlığına ilişkin cezalar." Ölüm cezasına çarptırılan kişinin, 5. madde uyarınca *"başı açık, gri bir gömlek giydirilmiş, göğsünde ve sırtında işlediği suçun yazılı olduğu bir levhayla infaz edileceği yere götürülmesi ve başı kesilerek idam edilmesi"* öngörülür. Kanunda "ağırlaştırılmış ölüm cezası" düzenlenmişse, 6. madde uyarınca suçlu, idam edilmeden önce yarım saat boyunca prangalanmış bir şekilde teşhir edilmeli ve infazını beklemelidir. Zincir cezası yalnızca ömür boyu hapis olarak verilebilir (madde 8). Bu cezaya çarptırılan kişi, hükmün kesinleştiği andan itibaren tam

anlamıyla "hukuken ölüdür", hatta evli ise evliliği dahi sona erer (madde 7). Zorunlu çalışma cezası, yirmi yıldan uzun olmamalı, fakat sekiz yıldan da az olmamalıdır (madde 13). Ceza ve cezanın infazına ilişkin düzenlemeler, toplamda otuz altı maddeden oluşmaktadır.

Cezalandırılabilirliğin koşulları, "zamansız" (değişmez) dogmatiğin alanına girdiğinden cezanın kendisinden bağımsız olarak incelenebilir; ancak cezanın (hukukî) sonucunun, suç tipinin yorumuna etki edeceği de açıktır. Örneğin, günümüzde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, suçun temel şekline göre çok daha yüksek ceza aralıkları öngördüklerinden, taksirle gerçekleşen ağır netice nedeniyle haksızlığı temellendirmek için dogmatik olarak özel bir gerekçelendirme çabasını zorunlu kılar[1]. Dolayısıyla eğer 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'ndaki gibi ağır cezalar öngörülüyorsa**,** bu cezaların yaptırım getirdiği hukuki normların yalnızca dar sınırlar içinde meşru olabileceği açıktır. Ölüm cezası, "devletin en ağır kılıcı" olarak, kelimenin tam anlamıyla "ultima ratio" (son çare) bir yaptırımdır. Bu nedenle uygulanması son derece dikkatlice değerlendirilmelidir ve sürekli olarak en yüksek düzeyde meşruiyet baskısı altında olmalıdır[2]. 1813 tarihli Bavyera Ceza Kanunu'ndaki gibi ağır cezalar içeren bir ceza hukuku, toplumsal ölçekte her türlü suçu kapsayacak şekilde uygulanamaz ve vatandaş için, onu suçlu olmaktan koruyan bir "Magna Carta" niteliğinde olmalıdır. Ceza hukukunun "gereksiz suç tipleri" ile genişletilmesi**,** sistem içi tutarsızlık açısından bile haklı gösterilemeyecek bir yasama hatasıdır. Örneğin, yürürlükteki Alman Ceza Kanunu'nda yer alan "Sigorta Dolandırıcılığı" (madde 265) suçu, böyle bir ceza kanunun içinde düşünülemez niteliktedir.

Bugünkü Alman Ceza Kanunu hâlâ "ömür boyu hapis" gibi retorik olarak "yaşam boyu" anlamına gelen bir hapis cezasını içerse de ve hatta bazı yönleriyle "düşman ceza hukuku"[3] karakteri taşıdığı öne sürülse de bugünkü cezalar,

---

1 Soruna ilişkin bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd 1 (4yh edn CH Beck 2006) § 10, Rn 108 ff.

2 Örnek olarak bkz. Berner, *Abschaffung der Todesstrafe* (1861).

3 Bu konuya ilişkin yalnızca şu eserlere bkz.: Thomas Vormbaum (ed), *Kritik des Feindstrafrechts* (2009).

geçmişteki ceza hukukuyla kıyaslanamayacak kadar farklıdır. Eğer *Feuerbach* günümüz kanunlarına göz atsaydı ve fail-mağdur uzlaşmasından, para cezasına çaptırılmış faile sağlanan ödeme kolaylıklarından (Alman Ceza Kanunu § 42) veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun §153 ve devamı maddelerinde düzenlenen kamu davasının açılmasındaki takdir yetkisini ve basit suçların kovuşturulmaması gibi imkanlardan haberdar olsaydı, bu düzenlemeleri muhtemelen ceza hukuku kapsamında değerlendirmezdi.

Yanlış anlaşılmamak için belirtmek gerekir ki, burada ceza siyasetinin çarkını 1813'e veya hiç değilse 1871'e geri çevirmekten bahsetmek asla söz konusu değildir; bu zaten kesinlikle düşünülemez bir şeydir. Burada esas olan, günümüz ceza hukuku biliminin geleneksel olarak kullandığı meşruiyet tartışmaları, ceza hukukunun değişen işlevine gerçekten uygun olup olmadığı sorusudur. Eğer hem gereksiz hem de dogmatik açıdan başarısız[4] bir düzenleme olan veri ticareti suçu. (ACK§ 202a f. 3), devlete vergi kaçakçılarının yasa dışı verilerini satın alma imkânı sağlamak amacıyla ceza kanununa parlamentoda ciddi bir itiraz olmaksızın eklenebiliyorsa, burada gerçekten ceza hukukunun *"ultima ratio"* olduğunu ileri sürmek ciddiye alınamaz. Çünkü ortada herhangi bir *ratio* (rasyonel temel) dahi bulunmamaktadır. Zaten suçun önemsiz olarak görüldüğünü ortaya koyan ceza çerçevesi bile failin burada devletin "en keskin kılıcı" altına girmesi gibi bir tehlikeyle muhtemelen hiçbir zaman karşılaşmayacağını göstermektedir.

Ekonomik ceza hukuku açısından baktığımızda, burada ceza hukukunun gerçekte son çare (ultima ratio) olarak mı yoksa tam tersine tek çare (sola ratio) olarak mı kullanıldığı ya da kullanılmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Örneğin, sermaye yatırımı dolandırıcılığının (Kapitalanlagebetrug, ACK § 264a) ceza hukukuna dâhil edilmesi, en azından ciddi prospektüs

[4] Eleştiri için bkz. Stuckenberg, 'Der missratene Tatbestand der neuen Datenhehlerei (§ 202d StGB)' [2016] ZIS 526; Golla, 'Papiertiger gegen Datenkraken: Zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung durch das Strafrecht" [2016] ZIS 192; Selz, 'Gesetzentwurf zur Strafbarkeit der sogenannten Datenhehlerei' in Thomas Taeger (ed), *Internet der Dinge, Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft* (2015) 915, 929 f; Singelnstein, 'Ausufernd und fehlplatziert: Der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) im System des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes' [2016] ZIS 433.

reklamcılığını hiçbir şekilde yük altına sokmaması bakımından olumlu bir yön taşımaktadır. Buna karşın, belirli olumsuzlukları önlemek için idari tedbirler yoluyla ekonomiyi az ya da çok sıkı bir şekilde zapturapt altına almak hareket serbestisi üzerinde ciddi kısıtlamalara yol açabilmektedir. Sonuç olarak, ekonomik ceza hukuku giderek "dürüst tacir" (ordentlicher Kaufmann) kavramının ikamesi hâline geliyor; "uyum" adı altındaki büyülü sözcük etrafında kopan kıyametin ardında da bundan farklı bir şey saklı değildir. Ceza hukuku, giderek risk toplumunun çeşitli alanlarındaki bilinçli ve sorumlu bireyin yerini alacak bir araç haline dönüşmektedir. Ceza hukukunun artık birçok alanda, erozyona uğrayan ahlak, gelenek ve din normlarıyla çözülemeyen sosyal çatışmaları işlemek için sadece bir formel mekanizma sunduğu izlenimi doğmaktadır. Örneğin, (ısrarlı) takip suçu (Nachstellung, ACK § 238) başka nasıl yorumlanabilir? Neden hâlâ *Kant* ve *Hegel* gibi ölüm cezasını savunan düşünürlere dayanarak ceza hukukunun meşrulaştırılmaya çalışıldığı sorusu, son dönemde panik içinde çıkarılan ceza yasalarından sonra daha da anlaşılmaz hale gelmiştir.

II. CEZANIN AZALTILMASI VE CEZA HUKUKUNUN GENİŞLEMESİ

Bir ara sonuç olarak şu tespit yapılabilir: Modern, yani bilimsel düzeyde ele alınan ceza hukukunu Almanya'da *Feuerbach* ile başlatırsak, bu başlangıç iki temel özellikle karakterize edilir: (1) Cezai sonuçlar bakımından sert, hatta neredeyse vahşi cezalar, (2) Cezalandırılabilirliğin koşullarının bakımından mümkün olduğunca sınırlı, dogmatik olarak net bir haksızlık anlayışı. Bu çerçevede, bir suçun işlenmesiyle vatandaşın temel ve mutlak haklarının ihlali, ceza olarak vatandaşın varoluşunun temel koşullarının ortadan kaldırılmasıyla karşılık bulur. Bu dehşet dengesi, tesadüfen değil, genel önleme ile garanti ilkesi arasında bir denge kurmaktaydı. Fakat toplumsal gelişim, ceza ve ceza infazının insanileştirilmesini talep ettiğinde, bu denge kaçınılmaz olarak bozulmuştur. Eğer günümüz bakış açısıyla, insan onuruna aykırı[5] cezalar ortadan kaldırılmakla

[5] Yalnızca şu uyarıya bkz. Hellmuth Mayer, *Strafrechtsreform für heute und morgen* (1962) V (Mayer'in 1962'de yaptığı "menschenzerstörende Vielstraferei" ["insanı yok eden çok sayıda ceza verme"] şeklindeki uyarısına gönderme yapılmaktadır.)

kalmayıp aynı zamanda suçlunun "damgalanmaktan" kurtarılması da amaçlanıyorsa, yalnızca başkalarının haklarını ağır şekilde ihlâl eden fiillerin "suç" olarak kabul edilmesini gerektiren (önemli) bir gerekçe[6] ortadan kalkmış olur. Böylece kriminal politik aktivizmin önü açılır ve "sosyal olarak uygunsuz davranışların" dilediğince suç sayılması kolaylaşır.

Öte yandan, kriminalizasyonun giderek daha keyfi hale gelmesi, ceza hukuku bilimindeki meşruiyet kaybını ve felsefî derinliğin yitirilmesini de beraberinde getirmektedir. *Feuerbach*'a göre, ceza hukukunun genel hükümler bölümü "felsefî" bir bölümdür. Çünkü cezanın ve cezalandırılmaya değer haksızlığın temellendirilmesi aklî bir araştırma meselesidir. Buradaki referans noktası, "dış hakların korunmasının zorunluluğu"[7] ilkesidir. Fakat insana özgü aklın yerini partiler üstü siyasetle ifade edilen toplumsal ihtiyaçlar aldığı anda, *Kant*çı rasyonalitenin yerini araçsallaştırılmış mantık alır. Bu yeni anlayış, anayasal hukuk ilkeleri çerçevesinde hareket etse dahi, artık sert bir çekirdeğe sahip değildir. "Hukuki değer kavramının" gözden düştüğüne üzülenlerin, bu kavramın zaten uzun zamandır ceza hukuku gelişimine bağlı olarak yasama organının keyfî tasarrufuna terk edilmiş[8] ve toplumsal uygunluk ölçütlerine göre sınırlanan bir norm anlayışına dönüştüğünü görmeleri gerekir.

Mevcut genişlemeci ceza siyaseti karşısında, onay ve çaresizlik arasında bir orta yol bulmak mümkün müdür? Her halükârda ceza hukukunu sadece sosyal düzenleni sağlayan bir araç olarak gören biri bile, cezalandırılabilir haksızlıkların basitleştirilmesinin aynı zamanda ağır suçları da basitleştireceğini kabul etmelidir. Devletin ceza verme yetkisi, bir kurum olarak ancak şu şekilde meşru kılınabilir: Çekirdek alan olarak ağır suçların—mesela öldürme, tecavüz ve gasp—merkezde tutulmalıdır. Hiç kimse, ceza hukukunun ticari defter tutma yükümlülüğünün veya

---

6 Burada cezanın yoğunluğu ile ceza hukukunun genişlemesi arasında bir 'yasallık' (zorunlu bir bağlantı) olduğu iddia edilmemektedir; yalnızca ceza yaptırımının (ceza külfetinin) azaltılmasıyla birlikte —belki de belirleyici olan— kısıtlı bir ceza hukukunun gerekçelerinden birinin ortadan kalkabileceğine işaret edilmektedir.

7 1832 tarihli ders kitabının 11. baskısı, § 19.

8 Eleştiri için bkz. Günther Jakobs, *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts* (2012) s. 22 ff; aynı yazar, in *Festschrift für Frisch* (2013) s. 81 ff.

rekabete aykırı eylemlerin ihlâlini cezalandırmak amacıyla ortaya çıktığını iddia etmez. Bu tür suçlar, tabiri caizse biletsiz yolculuk yapan "yancılar" gibidir; hiçbir bilet ücreti ödememişlerdir. Salt faydacılık açısından bile, bu kaçak yolcuların sayısının sınırlanması gerekir; zira onlar kontrolden çıkarsa sistemin bütünü çöker. Eğer ceza hukuku, belirli bir davranışı "suç" olarak köpürtüp sonrasında bu sözde ağır yanlış davranışı hafif bir mesele gibi görmezden gelirse kendi kendini itibarsızlaştırır. Bu nedenle, gerçek anlamda suç fiillerini tespit etmek ve devlet veya ekonomik düzeni ihlâi gibi aslında "genel önleyici kabahatler hukukunun" sahasına giren fiilleri bunlardan ayırmak için bilimsel ve gerekirse felsefî temellere dayanan kriterlere hâlâ ihtiyaç vardır. Ceza, hukuki ilkelere dayalı bir yaptırım olarak ele alındığında—sosyal güvenlik standartlarını dayatmak için kullanılan bir korkutma veya işkence aracı olarak değil—ancak o zaman özgün bir hukuki anlam kazanır.

III. GENİŞLEMENİN SONUÇLARI

Ceza hukukunun, toplumsal yaşamın risk alanlarında güvenliği sağlamak için sosyal düzenleyici bir araca dönüştürülmesine karşı çıkan, öncelikle sonuççu *(konsequentialist)* nitelikte olan başka gerekçeler de vardır. Aşağıda bu gerekçeler tezler halinde özetlenmiştir. Bunlar, sınırlı bir ceza hukukundan uzaklaşmanın beraberinde getirdiği bedeli bir nebze olsun açıklığa kavuşturabilir.

1. Sosyal düzenleyici bir ceza hukuku, geleneksel ceza hukukunun titiz ispat standartlarını gevşetmek durumunda kalacaktır. Bunu sağlamanın çeşitli yolları mevcuttur: Suçun haksızlık unsuru, kusur çerçevesiyle bağlantılarından koparılıp "cezalandırılabilirliğin objektif koşulları" hâline getirilebilir. Buna örnek olarak, iflas suçu (ACK § 283, 6. fıkra) verilebilir. Haksızlığın önemli unsurlarının eksik olduğu suç tipleri ihdas edilebilir. Örneğin, kredi "dolandırıcılığı" (Kreditbetrug, ACK § 265b) veya sermaye yatırımı "dolandırıcılığı" (Kapitalanlagebetrug, ACK § 264a) suçları ne mağdurun aldatılması ne de mağdurun kendine zarar veren bir malvarlığı tasarrufunu gerektirmektedir. Ceza hukukunun idare hukukuna bağlanması yoluyla ispat yükü tersine çevrilebilir. Örneğin, bir tesisin izinsiz olarak işletilmesi (ACK § 327f) doğrudan cezalandırılabilir.

2. Sosyal düzeni korumak amacıyla henüz var olmayan ve esasen hukuki bir değer teşkil etmeyen durumlar ceza hukukunun koruma alanına alınabilir, örneğin suyun temizliği (ACK § 324); ya da failin somut eyleminin aslında zarar vermediği (en azından ampirik olarak kanıtlanamayan) birtakım "hizmet verebilirlik" alanları koruma altına alınır. Bu alanlara, devlet veya ekonomik sistemin belirli kısımlarının işleyişi de dâhil edilebilir (örneğin ACK § 266b'de yer alan çek ve kredi kartlarının kötüye kullanılması).

3. Toplumsal düzen sağlama amacına yönelik ceza hukukunda, kusur ve zarar arasındaki ilişkiyi kurmak zordur. Bir yandan, özellikle teknik alanlarda en küçük bir hata bile ağır sonuçlar doğurabilir. Diğer yandan, tipik bir güvenlik suçu söz konusu olduğunda mağdurla yakın bir temas bulunmadığından, diğer insanın özgürlük alanına girmenin gerektirdiği "suç işleme niyeti" eksik kalır. Toplumsal düzenleyici ceza hukukunun şekillenmesine yol açan "kümülatif ve toplam zararlar" bireysel suçlulukla kolayca ilişkilendirilemez; geriye "sistem suçu" gibi hukuki açıdan sorunlu kavramlar ortaya çıkmaktadır.

4. Geleneksel ceza hukuku, belirli bir insan tasavvuruna dayanır: güvenilebilir bir yurttaş, güveni hak eden bir "ortak". Bu anlayışta, ceza hukuku ancak ihlal gerçekleştikten sonra devreye girer. "Çocuğun kuyuya düşmesini bekleyen" bu yaklaşım belki tehlikelidir, "riski görmezden gelir", ama aynı zamanda kendinden emindir. Mündemiç (olgun) yurttaşın gerçekten yaşadığı bir toplumsal iklimdir bu; aynı zamanda toplumsal öz-düzenleme mekanizmalarına güvenin olduğu bir ortamdır. Buna karşın, toplumsal düzen sağlama amacıyla genişletilmiş bir ceza hukuku, toplumsal korkulardan beslenir, kuşkucu bir tavır alır ve daha suç işlenmeden "düşmanın" elini kolunu bağlamak ister. Böyle bir sisteme "düşman ceza hukuku" demek de mümkündür.

5. Son olarak, geleneksel ceza hukukunun hukuki değerleri koruma amacından aşamalı olarak uzaklaşmanın bir sonucu dikkat çekicidir. Bu eğilim, amaç *(finalite)* teorisinin erken dönemlerinde bile kendini göstermiştir. Eğer kasten öldürme suçunun haksızlık içeriği, yaşam hakkı gibi mutlak bir hakkın ihlalinde görülüyorsa**,** meşru savunma, ölüm cezası veya savaş gibi durumlarda "öldürme

eylemlerini haklı göstermek" için oldukça kapsamlı bir gerekçelendirme çabasına ihtiyaç duyulur. Buna karşılık *Welzel*, suç teşkil eden haksızlığın esasını, bir hukuki değerin ihlalinde değil, "toplumsal açıdan ahlaki olmayan ve yasaklanmış bir davranışta" görmektedir[9]. Ona göre, hukuk, ahlâkî ve düzenli bir toplumsal yaşamla bağdaşmayan fiilleri seçmeli ve yasaklamalıdır[10]. Buna dayanarak, toplumsal yaşamın tarihi açıdan şekillenen düzeni içinde kabul görmüş "işlevsel" fiiller, haksızlık kapsamından çıkarılmalıdır; kısaca "sosyal olarak uygun davranış" bir haksızlık olarak değerlendirilemez. *Welzel* trenle seyahat etmeyi "toplumsal olarak uygun davranışın" klasik bir örneği olarak gösterir[11]. Fakat asıl tartışma konusu, devamında verdiği örneklerdir: Devletin ölüm cezasını infaz etmesi veya savaşta düşmanın vurulması da toplumsal anlamda "birini öldürme" fiili kapsamında değerlendirilmemelidir[12]. *Welzel,* insan öldürmeyi meşru savunma hâlinde bir sivrisineğin öldürülmesiyle dahi kıyaslanamayacak kadar ağır gören "katı kusur teorisi"ni savunuyor olsa bile, anlaşılan o ki ölüm cezası ve savaşta ölüm getiren uygulamalar, adeta bir sinek yakalamak için sinek öldürme sopasını kullanmaya eşdeğer bir "sosyal uygunluk" düzeyinde görülmektedir.

Sosyal uygunluk öğretisi, günümüz ceza hukuku dogmatiğinin karakteristik bir özelliğidir. Artık ceza hukuku, sürekli bir meşruiyet baskısı altında hangi fiillerin kesinlikle sosyal olarak kabul edilemez olduğunu tanımlayan bir araç olmaktan çıkmıştır. Bunun yerine, zaman zaman belirsizleşen ceza hukuku**;** (kimin tanımladığı belli olmayan) sosyal uygunluk kriterleri tarafından sınırlandırılmaktadır. Bu süreçte artık *Feuerbach*'ın "ceza hukukunun en yüce ilkeleri" yönlendirici olmamakta, onun yerini toplumun değişken ihtiyaçları ve değer yargıları almaktadır. Örneğin *Jakobs*'a göre, sosyal açıdan uygun bir davranış sonucunda bir kişi ölse bile, bu durum "öldürme" olarak değerlendirilmemelidir[13].

---

9 Hans Welzel, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie (1975) s. 138 f, n 30.

10 ibid. s. 141.

11 ibid. s. 142.

12 ibid. s. 152, n 55.

13 Günther Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung (2012) s. 30, n 51.

Bu anlayış, objektif olarak hukuka aykırı bir fiili haklı çıkarmanın veya ağır zararlarda kusurun ortadan kaldırılmasının zor yollarını aşmak için kullanılmaktadır. Çünkü burada, ceza sorumluluğunu doğurabilecek fiil, baştan hukuki olmayan (ya da "genuin" hukuksal olmayan[14]) kriterlere dayalı olarak "yok" sayılmaktadır.

SONUÇ

Yukarıdaki düşünceler kısaca şu şekilde özetlenebilir: *Feuerbach* ve *Hegelcilerin* döneminde ceza hukuku korkunç, acımasız ve damgalayıcıydı. Bu nedenle de oldukça sınırlı tutulması gerekiyordu. Ahlak, gelenek, din gibi normatif düzenlerle ve bunları destekleyen kolluk hukuku ile bunun bir ölçüde mümkün olduğu söylenebilir. Günümüzün sosyal düzenleyici ceza hukuku ise ağır suçların oluşturduğu çekirdeği dikkate almakla birlikte, eskiyle kıyaslandığında son derece hafif sayılabilecek yaptırımlarla sosyal düzensizliği her alanda önlemeyi hedeflemektedir; yeterince etkili görülen başka yaptırım ikameleri olmadığında devreye girmektedir. Ceza hukuku her yerde karşımıza çıkar hâle gelmiştir. Boşluk bırakmayan ve içerik bakımından amip gibi şekil değiştiren bir nitelik kazanmıştır. Bu koşullar altında "gereksiz suç tiplerinin" varlığından söz edilebilir mi? Bu da ayrıca kuşkulu görünmektedir. Tüm bu gelişmeler karşısında, anayasaya başvurmak belki saygın ve hukuki bakımdan yüksek bir yol olabilir fakat aynı zamanda pozitif hukuk inancını yüceltmeye yönelik bir yaklaşım olduğunu da kabul etmek gerekir. Eğer ceza hukuku bilimi kendini bir "hukuk bilgisi" değil de bilimsel bir disiplin olarak görüyorsa, ceza hukukunun bugünkü toplumdaki işlev değişimini kavramsallaştırmalı ve tarihsel perspektifle de değerlendirme yaparak bir tutum takınmalıdır.

[14] Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität (2008) 32. Jakobs'a göre burada "Recht" [hukuk], toplumun normatif yapısını ifade etmektedir.)

KAYNAKÇA

Berner, AF *Abschaffung der Todesstrafe* (1861).

Golla, SJ 'Papiertiger gegen Datenkraken: Zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung durch das Strafrecht' [2016] ZIS 192.

Jakobs G, Jakobs G, 'Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts' in *Festschrift für Frisch* (2013).

Jakobs G, *System der strafrechtlichen Zurechnung* (2012).

Jakobs G, *Rechtszwang und Personalität* (2008).

Mayer H, *Strafrechtsreform für heute und morgen* (1962).

Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd 1* (4th edn, CH Beck 2006).

Selz, IL 'Gesetzentwurf zur Strafbarkeit der sogenannten Datenhehlerei' in Thomas Taeger (ed), *Internet der Dinge, Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft* (2015) 915, 929 f.

Singelnstein, T 'Ausufernd und fehlplatziert: Der Tatbestand der Datenhehlerei (§ 202d StGB) im System des strafrechtlichen Daten- und Informationsschutzes' [2016] ZIS 433.

Stuckenberg, CF *'Der missratene Tatbestand der neuen Datenhehlerei (§ 202d StGB)'* [2016] ZIS 526.

Vormbaum T (ed), *Kritik des Feindstrafrechts* (2009).

Welzel H, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* (1975).