

DAVRANIŞ NORMLARI TEORİSİ (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)

Dr. İur İzzet ÖZGENÇ

I

İnsanı diğer canlılardan ayıran tabii özellik, onun şahsiyet sahibi oluşudur. Şahsiyet, insanın kendi varlığının şuurunda olmasını ve yine, idrak ve iradesiyle fiillerine hakim olmasını ifade etmektedir 1. Kendi varlığının şuurunda olan insan, çevresinde cereyan eden hadiseleri, vakıaları, olguları müşahede etme kabiliyetine sahiptir. Bu kabiliyeti sayesinde insan, bu olguları maddî yönü itibarıyla müşahede edip, bunlardan belli sonuçlar çıkarabilmekte, belli yargılara varabilmektedir. 2. İnsan, çıkardığı bu sonuçlar, vardığı bu yargılar ışığında prensip olarak - davranışlarını serbestçe tayin etme hürriyetine sahiptir. İnsanın bu davranışlarına hakim olabilme kabiliyeti, haricî (iklim, sosyal çevre vs.) ve dahili (sevki tabiiyetler, dürtüler) etkilere maruzdur. Bu nedenle, insanın irade (davranışlarına hakim olabilme) kabiliyeti, statik olmayıp; her müşahhas hadisede harici ve dahili faktörlerden etkileşim, az veya çok, önemli veya önemsiz derecede, mutlaka mevcuttur 3. İnsan davranışında bazı illî faktörlerin etkili olması, insanın irade hürriyetini inkâr eden *determinist* anlayışa haklılık kazandırmaz. İnsan, yaratılmışlık vasfı dolayısıyla, evrene hakim olan varlık düzeni karşısında tam bir "otonom" (=muhtar) olarak değil; "heteronon" bir varlık olarak telâkki edilmelidir. Yani, insanın davranış hürriyeti, bu sözünü ettiğimiz varlıklar alemine hakim olan düzen karşısında nisbî bir hürriyettir. 4 Bu nedenledir ki; insanın irade hürriyetinin kabulü, hayatının akışında kendisine yönelik hiçbir kuralın konulamayacağı şeklinde bir sonuca, yani mutlak bir otonomluk anlayışına bizi götürmemelidir. 5

1) KAUFMANN, Arthur: Das Schuldprinzip, Heidelberg, 1961, sh. 116 vd.; aynı yazar: Recht und Sittlichkeit, Tübingen, 1964, sh. 11/12.

2) DREHER, Eduard: Die Willensfreiheit, München, 1987, sh. 380.

3) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 116 vd.; DREHER, 395 vd. Ayrıca bkz. GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, Ankara, 1985, sh. 110 vd.

4) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 122/123.

5) Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 21/22.

İnsanın varoluş amacı, şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirmektir (=freie Entfaltung derPersönlichkeit) 6. Toplumun bir örgütlenmiş şekli olan devletin amacı, insana kendi şahsiyetini serbestçe tekâmül ettirme imkânları sağlamaktır.7

İnsanın şahsiyetini tekâmül ettirmesi, muhatabı olduğu davranış normlarına uygun bir şekilde hayatını yönlendirmesiyle mümkündür.8. Dolayısıyla, bu tekâmül, keyfi ve tesüdüfî bir şekilde değil; her insan için ancak şuurlu bir şekilde icra edilecek bir görevdir, bir yükümlülüktür. İnsanın sahip olduğu bütün değerler, ancak bu tekâmül hedefine uygun bir şekilde kullanıldığı takdirde bir anlam ifade edeceklerdir.

İnsan için tekâmül sürecine girmenin bir görev, bir yükümlülük olduğundan bahsettik. Bu yükümlülüğün kaynağını, insanın tarih ötesi bir dönemde verdiği sadakat sözü (=mîsâk, ahid) oluşturmaktadır.9. Bu söz gereğince insan, tekâmül sürecine girme ve tekâmülün gereklerine riayet etme yükümlülüğü altına girmiştir.

İnsanın kendi şahsiyetini tekâmül ettirmesi, kendi ihtiyarında olan bir husustur. Yani insan, tekâmül yoluna girip girmeme konusunda irade serbestisine sahiptir. İnsan, yaratılışı gereği, bu tekâmül sürecine girebilecek ve bu süreci başarıyla tamamlayabilecek maddî ve manevî donanıma sahiptir.

İnsanın sahip olduğu bu serbesti dolayısıyla; insan bu yükümlülüğüne uygun hareket etmeye zorlanamaz, bu doğrultuda zora, cebre, dayatmaya maruz bırakılamaz. Dolayısıyla; insanın tekâmül yolunu seçme doğrultusundaki yükümlülüğü, bir "ahlâkî yükümlülük"tür.

II

Davranış normları, insanın tekâmül sürecinde hayatının akışı içinde davranışlarını yaratılış amacına uygun bir şekilde yönlendirebilmesi için vaz edilmiş, konulmuş kaideler bütünüdür. Davranış normları, insan şahsiyetinin tekâmülünü sağlayacak ölçüt, numune örnek davranışları tayin etmektedirler. (düstur-ul-amel). Bu normların esasını, olması gereken insan davranışları, belli bir gayeye matuf (=gaf, final, ereksel) filler oluşturmaktadırlar 10.

6) Max SCHELER'den naklen Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 12.

7) Bkz. 1982 Anayasası, "Başlangıç" bölümü, ayrıca mad. 5 (: "insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi"); keza, 1948 Alman Anayasası, mad. 2,f.1.

8) Arth. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 21/22.

9) CORBIN, Henry: İslam Felsefesi Tarihi (Başlangıçtan İbn. Rüşd'ün Ölümüne Kadar 1198), (Tercüme: Hüseyin Hatemi), İstanbul, 1986, sh. 21.

10) KAUFMANN, Armin: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954 (erweiterter Nachdruck der 1. Auflage: Göttingen, 1988), sh. 71 vd., 102,107,125,282,284.

Davranış normları, hukuk devletinin müdahalesinden bağımsız bir mevcudiyete, devletin varlığına öngelen bir yapıya sahiptirler 11. Bu normlar, özel bir bilgi tarzı ile kavranabilirler. Bu özel bilgi, hikmet bilgisidir, filozofidir, felsefedir. Bu bilgi ile ilmî bilgi arasında birtakım farklılıklar mevcuttur 12.

Bir devlete **Hukuk Devleti, Adalet Devleti** vasfını kazandıran husus, bu davranış normlarını esas alan mevzuatı (Anayasa, Kanun vs.) hayata geçirmesidir 13 Bu anlamda davranış normları, pozitif (mevzu) hukuk için bir "örnek" teşkil etmektedir, bir başka ifadeyle, "pozitif hukukun bir esin (ilham) kaynağı rolünü oynama"ktadırlar 14. Hukuk toplumuna hayatiyet kazandıran değerlerin dayanağını, bu normlar oluşturmaktadır.

Davranış normlarının kaynağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür:

Bir görüş davranış normlarının kaynağının buyuranının mevcut olmadığını iddia etmektedir. 15. Bir diğer görüş ise, belli fiillerin Ceza Kanunlarında suç olarak tarif edilmesinden sonra, bu fiillerin mefhum-u muhalifini buyuran bir kaynağın mevcudiyetini araştırmanın gereksiz olduğunu iddia etmektedir 16. Alman Hukukunda bazı ceza hukukçuları, bu normları "on emr"'e (=Dekalog) dayandırmaktadırlar 17. bir kısım Alman hukukçuları ise, hukukî değerlerin ve bunların esasını teşkil eden davranış normlarının kaynağını **Hıristiyan değer telâkkisinin, Hıristiyan etiğinin teşkil ettiğini savunmaktadırlar 18.**

11) ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul, 1964, sh. 29

12) Bu farklılıkları şu şekilde özetleyebiliriz:

İlim, idrak aleminin haricen kavranmasına ilişkin bilgiyi ifade etmektedir. Yani, ilim, gerçeği olduğu gibi kabul eder ve onun halihazırdaki görünüş biçimiyle yetinir. Buna karşılık; hikmet (=felsefi, felsefe) ise, hadiselerin, fiil ve hareketlerin, realitenin derunen, manen kavranmasını, anlaşılmasını sağlayan bilgidir (ÇAĞIL, Orhan Münir: Hukuk Metodolojisi Derleri, 3. bası, İstanbul, 1962, sh. 2 vd.) İlimin görevi, belli bir metod dahilinde hadiseler hakkında bilgi edinmektir. buna karşılık; hikmetin görevi ise, eşyanın hakikatını, hakiki mahiyetini ve derunî insicamını kavramak ve izah etmektir. Bir başka ifadeyle; evreni bir bütün olarak kavrama uğruna sarfedilen bir gayrettir. (ÇAĞIL, 7,15)

İlim ve hikmet (=felsefe), birbirini tamamlayan iki bilgi tarzıdır. Bu iki bilgi tarzından hiçbirini diğerinden vazgeçemez. (ÇAĞIL, 3,16/17). Felsefesiz ilim, kuru bir bilgidir; ilimsiz felsefe de, çelişkiler ve yanlışlarla iştigalden başka bir şey değildir.

İlim ve hikmet bilgisine insanların vukufiyeti nisbidir.. Bu nisbilik, içinde yaşanılan sosyal çevre, kültür ortamı ve hatta şahıs itibarıyla.

13) Aynı mealde MUMCU, Ahmet: İnsan Hakları, Kamu Özgürlükleri, Ankara, 1992, sh. 7; ÇAĞIL, 99 vd.; BENDA, Ernst: Die Menschenwürde, in: Benda/ Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin-New York, 1983, sh. 108.

14) ARAL, Vecdi: Hukuk ve Hukuk bilimi Üzerine, 6.bası, İstanbul, 1991, sh. 46.

15) KEUTH, Hans Herbert: Zur Logik der Nomen, Berlin, 1972, sh. 25.

16) KELSEN, Hans: Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien, 1960, sh. 56.

17) Messlâ Bkz. BOCKELMANN, Paul: Wom Sinn der Strafe, in: Heidelberg Jahrbücher, Band V, Heidelberg, 1961, sh. 26; Binding'in aynı mealde görüşü için bkz. arm, KAUFMANN, Normentheorie, 7.

18) Bkz. DÜRIG, Günter: Mauntz/ Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Lieferung I bis 29, München, 1991, sh. 9 dn.2

Kanaatimizce, her hukuk kuralının temelinde bir **değer** yatmaktadır. Bu değerler ve dolayısıyla bu değerleri koruyucu davranış normları, yazılı olsun yazısız olsun, **İlâhî Risalet**e dayanmaktadırlar 19. Hangi kültür ortamında olunursa olunsun, hangi dünya görüşü benimsenirse benimsensin, bütün insanlık için müşterek olan değerlerin ve bunların dayanağını teşkil eden davranış normlarının varlığını, **İlâhî Mesaj** a müracaat etmeden açıklamak mümkün değildir.20. Davranış normlarının yegane özelliği, **fitrî** oluşlarıdır. Yani, bu normların icabları hiçbir zaman insanın fitratıyla, tabiatıyla çelişki arzemezler 21. Bu itibarla, hangi kültür ortamında yaşanırsa yaşansın, hangi dünya görüşü benimsenirse benimsensin, sözkonusu davranış normlarının muhtevasının-hiç olmazsa ana-hatlarıyla-belirlenmesinde bütün insanlık fikir birliği içindedir. 22.

Davranış normlarının muhatabı, **insandır** 23. Kusur ehliyetine sahip olup

- 19) **Çağrı**, bu normların "ideel bir merciden" kaynaklandıklarını söylemektedir. (sh. 108, 110). Keza, Ateş'in şu ifadeleri, mes'elenin kavranması açısından yol göstericidir: "Reşit bir insan olarak fert, insanlarüstü düzenlenmiş bir kuvvetin yönetiminde mevcuttur. Özgürlüğü, belirli bir değerler sistemi içerisindeki seçimden ibarettir" (ATEŞ, Toktamış: Demokrasi, kavram, Tanhî Süreç, İlkeler-, 3. bası, Ankara, 1994, sh.26.).
- 20) Aynı mealde görüşler için bkz. DÜRIG, Günter: Mauntz/ Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Band I, Lieferung I bis 29, München, 1991, sh. 9, dn. 2; BOCKELMANN, Paul: Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher, Band V, Heidelberg, 1961, sh. 26; BENDA, 107.
- 21) Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 122, 127.
- 22) Pozitif (mevzu) hukuka öngelen ve bütün insanlar için geçerli telâkki edilen prensiplerden oluşan bir hukuk nizamının mevcudiyeti (=tabii hukuk), felsefe tarihinde sürekli savunulagelen bir husustur. Bu hukuk nizamının "insanların zihinlerinde ve vicdanlarında yaşayan bir hukuk" olduğundan söz edilmektedir. (MUMCU, 5). Bu hukuk nizamının ilkeleri, "insanın doğasına, evrensel ahlâk kurallarına ve akıl ile vicdanına uygun"luk arzettektedirler (MUMCU, 6). Genellikle (!) doğru teşhis edilmiş olan bu "evrensel hukuk ilkeleri"nin, bu "evrensel ahlâk kuralları"nın tek kaynağı **İlâhî Risalettir**. Bir başka ifadeyle bu genel ilkeler, İlâhî Mesajda yer alan davranış normlarından çıkarılarak formüle edilmişlerdir. Sakularist dünya görüşüne mensup düşünürler, bu evrensel değerlerin ve onların dayanağını teşkil eden normların kaynağının "akıl" olduğunu iddia etmektedirler. Bilinmesi gerekir ki; aklın nesnesi yoktur; akletmek şahsiyet sahibi insanın idrak kabiliyetiyle alâkalı bir fonksiyondur. Dolayısıyla, akıl, bir bilginin kaynağı olamaz. Akletmek, insanın kendi varlığının şuurunda olarak çevresindeki vakıaları, olguları müşahade edebilme ve bu müşahadesinden belli sonuçlar çıkarabilme, belli yargılara varabilme kabiliyetidir. Bir başka ifadeyle; akletme, belli verilerden insanın belli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir. Bu fonksiyonun insan tarafından doğru veya yanlış bir şekilde icra edilmesi mümkündür. Bu izahatımız karşısında; insan, yaşadığı tabii ve sosyal çevredeki ilişkileri müşahade ederek; aslında kendi fitratına uygun olan, kendi yaratılışına hakim tabii özelliklere uygun olan bazı kuralları, prensipleri doğru bir şekilde tesbit edebilir. Fakat, bu vakıa, tesbit edilen kuralların, prensiplerin kaynağının akıl olduğu şeklinde yorumlanamaz (Aksi fikir: ARAL, 16. Akıl ve idrak kavramları hakkında bilgi için bkz. KAUFMANN, Arthur: Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, 2. Auflage, Heidelberg, 1992, sh. 14 vd.)
- 23) ÖZGENÇ, İzzet: Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü, in: Facultatis Decima anniversaria (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10. Yılı Adliye Ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu), İstanbul, 1993, sh. 252; Am. KAUFMANN, Normentheorie, 105.

olmadığına bakılmaksızın, herkes bu normların muhatabıdır. Hatta, özel bir yükümlülüğün kaynağını teşkil eden davranış normları açısından da, nitelik, sıfat farkı gözetilmeksizin, bütün insanlar muhatab olarak telâkki edilmektedirler. Toplumun bütün fertlerini muhatap (=adressat) telâkki eden bu normlara uygun bir davranış, doğru olan hakk (=Recht) olan bir davranıştır; bir başka ifadeyle, hukuka ve evleviyetle ahlaka uygun bir davranıştır. Dolayısıyla, bu davranış, müsbet anlamda bir değer, kıymet (=Wert) ifade etmektedir.

Bu normların ilk icra ettiği fonksiyon; icraî olsun, ihmalî olsun, insanın belli fiillerinin ahlâken ve hukuken tasvip edilemez olduğu hususunda bir yargıyı ifade etmeleridir. Yani, bu normlar, belli davranış biçimleri hakkında bir *değersizlik yargısının* (veya *menfi, olumsuz anlamda bir değer yargısının*) (=Unwerturteil) oluşumunu sağlamaktadırlar. Bu normlar, kişilerin belli davranışlarının muhteva itibarıyla doğru olmadıklarının, bir **haksızlık** (=Unrecht, (gerçeği, hakkı örtme anlamında) **zulm** teşkil ettiklerinin tesbitinin sağlarlar. Dolayısıyla, davranış normları, toplumda değer telâkkilerinin oluşumunu sağlamaktadırlar. Bir davranışın bu normlardan birini ihlâl etmesi, bu davranışa haksızlık muhtevasını kazandıracaktır. Bir fiilin kanunla suç (veya, genel bir ifadeyle, haksızlık) olarak tarifine takaddüm eden sözkonusu normlar sayesinde bu fiilin de-

24) ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 252; Arn. KAUFMANN, Normentheorie, 125, 138, 164, 281; BLAUTH, Peter: "Handeln für einen anderen" nach geltendem und kommendem Strafrecht, Heidelberg, 1968, sh. 33,69; LENCHNER, Theodor: Der rechtfertigende Notstand zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E 1962) Tübingen, 1965, sh. 34, dn. 104; MAURACH, Reinhart/ GÖSSEL, Karl Heinz/ZIPF, Heinz: Stafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg, 1989, sh. 104/105.

25) ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 252; Arn. KAUFMANN, Normentheorie, 133 vd.; ROXIN, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Auflage, Hamburg-Berlin-New York, sh. 354. Aksi fikir BLAUTH, 60-63. Ancak, herkesi davranış normlarının muhatabı olarak kabul etmekle beraber, bazı davranış normlarında, belli vasıfları haiz kişiler (=intraneus) aslî muhatab olarak belirlenmişlerdir. Buna göre, gerçeği, doğruyu söyleme yükümlülüğü, ancak bir vakıa hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan ve bir hukukî ihtilâfin halî dolayısıyla şahitlik yapan kişinin aslî muhatap olduğu bir yükümlülüktür. Keza, velâyet görevi veya kamu görevi gibi bir görevin gereklerine göre hareket edilmesi gerektiği hususundaki yükümlülük, ancak bu görevlerin kendilerine tahmil edildiği kişilerin aslî muhatab olduğu yükümlülüktür. Aynı şekilde, meselâ vergi vermek gibi malî yükümlülükler, ancak belli bir miktar malvarlığına sahip kişinin aslî muhatab olduğu yükümlülüklerdir.

Her ne kadar bu özel yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden davranış normlarının aslî muhatabı belli vasıfları haiz kişiler iseler de; bu normların ihtiva ettiği emir veya yasaklara riayet edilmesi, toplumdaki hukuk güvenliğinin temini açısından, herkesi alâkadar eden bir husustur. Dolayısıyla, bu özel yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından haricî kişilerin (=extameus) tamamen ilgisiz oldukları söylenemez. Haricî kişiler özel faillik vasfını haiz olmasalar bile, yine de ilgili davranış normunun talî muhatabıdır. Yani, haricî kişiler, en azından özel faillik vasfını haiz kişinin bu özel yükümlülüğüne aykırı davranışına katkıda bulunmama yükümlülüğü altındadır.

26) UCHIYAMA, Minoru: Das Wertwidrige in der Ethik Max Schelers, Bonn, 1966, sh. 53 vd.

27) UCHIYAMA, 63 vd.

ğerlendirilmesini yapmak kabil olacaktır: *Davranış normunun değerlendirme fonksiyonu* (=Bewertungsfunktion der Norm) 28, 29.

Fakat, davranış normlarının fonksiyonu, insanın belli davranışları hakkındaki değer yargısından ibaret değildir. Bu normlar, insanlara belli davranışlardan kaçınmayı (yasaklayıcı norm [=Verbotnorm]) veya belirli olumlu davranışlarda, icraf davranışlarda bulunmayı (emredici norm [=Gebotsnorm]) buyurmaktadırlar: *Davranış normunun buyurucu karakteri* (=Befehlscharakter der Norm).

Davranış normları, aynı zamanda, pozitif hukuk düzenlemelerinin adalete uygunluğu açısından, adil olup olmadıkları noktasında denetlenmesi ve değerlendirilmesi imkânını sağlamaktadırlar 30.

Davranış normları, emredici ve yasaklayıcı normlar olmak üzere, ikiye ayrılırlar.

Emredici normlar, belli bir doğrultuda davranma yükümlülüğünün dayanağını teşkil ederler. Belli bir miktar malvarlığına sahip kişiye tahmil edilen, meselâ vergi vermek gibi, malî yükümlülükler, bir vakıa hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan kişinin bir hukukî ihtilâfın halli dolayısıyla şahitlik yapması halinde gerçeği, doğruyu söyleme yükümlülüğü, velâyet görevi veya kamu görevi gibi bir görevi icra eden kişinin bu görevin gereklerine göre hareket etmesi gerektiği hususundaki yükümlülüğü, kaynağını emredici normlardan almaktadırlar.

Yasaklayıcı normlar ise, belli bir davranışta bulunmama yükümlülüğünün dayanağını teşkil ederler. Bu Normlar, meselâ bir başkasının şahsiyetine, hay-siyetine, şerefine tecavüz etmeme, haksız yere bir başkasını öldürmeme, bir başkasının vücut bütünlüğüne, bir başkasının malvarlığına tecavüz etmeme doğrultusundaki yükümlülükler kaynağı teşkil etmektedirler.

Davranış normları, bir **gereklilik** (=Sollen, vücutiyet), bir **yükümlülük** (=Pflicht, mükelelfiyet) ifade etmektedirler. İnsanın davranışlarını serbestçe tayin etme hürriyetine sahip olduğu mantığına dayanan bu normlar, insan aç-

28) Am, KAUFMANN, Normentheorie, 67; ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 251. Ayrıca bkz. ÇOBANOĞLU, Rahmi: Hukukta Gaye Problemi, İstanbul 1964, sh. 4,6; HAFIZOĞLULLARI, Zeki: Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, 1987, sh. 25, 141 vd.; ARAL, 57.

29) Davranış Normlarının değerlendirme fonksiyonu dolayısıyla, değerlendirmeyi gerekli kılan hukukî kavramlara "normatif" kavramlar denmekte, veya kavramın "normatif" özelliğinden bahsedilmektedir (ÇOBANOĞLU, 6-8)

30) ARAL, 46.

sından bir *mecburiyet* (=Müssen) teşkil etmezler 31. Şahsiyet sahibi olan insanın bu kişiliğini geliştirmesi, hayatını ancak bu Davranış Normlarına uygun bir şekilde yönlendirmesiyle mümkündür. Yukarıda izah ettiğimiz vechile; insan şahsiyetinin bu tekâmülü, insan açısından bir görevdir. Hayatını bu davranış normlarına göre yönlendirmenin insan açısından bir mecburiyet değil, bir gereklilik teşkil etmesinin tabii sonucu olarak; sözkonusu davranış normlarına aykırılık yönündeki bir tercih, insan açısından sorumluluğu (=Verantwortung, mes'uliyet) gerekli kılan bir husustur 32. İnsanın bu normlardan kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde sorumluluğu sözkonusudur. Çünkü, insanı bu yükümlülüklerine uygun hareket etme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen; iradesini, tercihini aykırı hareket etme yönünde kullanmıştır ve bu nedenle sorumlu olması gerekir.

III

Bu açıklamalarımız karşısında; bizim kanaatimize göre, gerek ahlâkın gerek hukukun müşterek bir kaynağı mevcuttur 33. bu da, davranış normlarıdır ve dolayısıyla, ilâhi Risalettir. Ahlâk ve hukukun kuralları böylece müşterek bir zemine sahip bulunmaktadır 34. Bu itibarla, hukuki olan bir davranış, aynı zamanda ahlâkîdir; ahlâka aykırı bir davranış hiçbir zaman hukukî koruma altına alınamaz 35.

- 31) ÇOBANOĞLU, 4/5. Bazı yazarlar, hukukun "cebrî"lik vasfından bahsetmektedirler (GÜRİZ, 75 vd.; ÇAĞIL, 93, 98/99, 103 vd.; ARAL, 66 vd.) Ancak, bununla kastedilen, hukukun esasını teşkil eden davranış normlarına uygun davranılmasının bir mecburiyet teşkil ettiği değildir. Nitekim, ÇAĞIL, açıklamalarına devamlı, bu normlara uygun davranma açısından "*vücubiyet*" (=gereklilik) kavramını kullanmaktadır (sh. 109). Hukukta "cebrî"likten bahsedilirken, normlara aykırılık halinde uygulanması öngörülen müeyyidenin tatbiki ile sınırlı bir açıklamada bulunulmaktadır.
- 32) Sorumluluk, ancak Davranış Normlarına aykırılıktan, yani Hukuka aykırı bir fiilden dolayı sözkonusudur. Bu itibarla, hangi gerekçeyle olursa olsun, Hukuka uygun bir fiilden dolayı sorumluluktan bahsedilemez. Aksi fikir için bkz. OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Dersleri, cilt II, İstanbul, 1991, sh. 1,3, özellikle 7/8.
- 33) Art. KAUFMANN, Recht und Sittlichkeit, 34. Aksi fikir bkz. DÖNMEZER, Sulhi /ERMAN,Sair: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, cilt I, 9. bası, İstanbul, 1985, no. 225.
- 34) "Tabii hukukun yasakları, aynı zamanda ahlâkın da yasaklarıdır" (HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, sh. 33, dn. 7.
- 35) HATEMİ, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, 33. Aral, bir taraftan "ahlâk, bireyin kendi vicdanının ahlak alanında bir iç kanun koymadan... sözedilir. Ahlâk normlarının, onları koyan bireyin vicdan ve zihniyetinden başka bir kanun koyucusu yoktur" derken (sh. 74); diğer taraftan ahlâkın "*birey üstü objektif değerler düzenine* ilişkin" olduğundan bahsetmektedir (aynı sahife). Ahlâk normlarının kaynağı konusunda bir çelişkiyi ifade eden bu açıklamaların yanısıra; Aral, hukukta ahlâk arasındaki farkı ortaya koymaya çalışırken, "kanuna (hukuka) uygunluk (legalite) ile ahlâka uygunluğun (moralite'nin) birbirinden ayrı olduğu sonucuna" varmaktadır. Aral'a göre; hukuka uygun bulunan bir fiilin zorunlu olarak ahlâka da uygun bulunması gerekmez" (sh. 72). Keza, Aral, "hukukta sorumlu olunan makamın dışta, ahlâkta da ise içte bulun"duğundan bahsetmektedir (sh. 75). "Hukukun idesi ve idealinin adalet olmasına karşılık ahlâkın amacı(nin), ideali(nin) iyi'yi (hayrı) gerçekleştirmek" olduğunu söyleyen Aral'a göre; "adalet ile iyi arasındaki ayrımı da, adaletin toplumsal bir değer olmasında, onun doğru, herkesi hoşnut eden, yetkin bir toplumsal düzeni deyimlemesinde, buna karşılık, ahlâkın ideali olan iyi'nin ise, tek tek insanla, onun yetkinliği ile ilgili bir değer oluşunda gösterilir" (sh. 77). Fakat, yazar, aynı eserde doğru olarak şu tespitlerde bulunmaktadır:..... "adalet de iyidir, iyi bir şeydir ve bu yüzden aynı zamanda ahlâkî bir kavramdır..... adaletin gerektirdiği toplumsal yaşam, kişisel yaşamın bir yanındır ve bu yan, temelinde ahlâk normlarına tabidir" (sh. 81).

Bu müşterek zemine karşılık; ahlâkla hukuk arasında bir farklılık mevcuttur. Sözüünü ettiğimiz davranış normlarına aykırı her davranış, ahlâka aykırılık arzeder ve dolayısıyla, "ahlâkî sorumluluğu gerektirir. Hukukun alanı ise, bu davranış normlarına aykırılığın hukuk toplumu, bu toplumda hakim olan düzeni bozucu bir boyuta ulaştığı anda başlamaktadır. Meselâ mücerret yalan, doğru sözlülüğü emreden davranış normlarına 36 ve dolayısıyla, ahlâka aykırı bir davranıştır. Ancak, yalanın bir başkasının hukukunu etkileyici bir sonuç icra edebileceği durumlarda, hukukun meseleye müdahale alanı başlamaktadır. Yani, çeşitli yalan beyan tarzları itibarıyla, iftira, suç tasnii, yalan şahitlik, hile, sahtekârlık ve dolandırıcılık bir haksızlıkların gerçekleşmesi halinde, hukukun müdahale edebileceği bir norma aykırılık mevcut olacaktır 37.

Keza, davranış normlarıyla yasaklanmış bulunan bir cinsî ilişki biçimi, dokunulmaz, mahrem bir alan içerisinde, kişilerin özel hayatı çerçevesinde cereyan ettiği sürece, hukuken müdahale edilemeyen ahlâka aykırı bir davranıştır. Ancak, bu aykırı davranış biçiminin özel hayatın çerçevesi dışına, dokunulmaz, mahrem alanın dışına taşması halinde, bir başka ifadeyle, aleniyet kesbetmesi halinde, hukuken müdahale etme imkân doğacaktır 38.

Demek ki hukukla ahlâk arasında sıkı bir münasebet mevcuttur 39. İlahî Risaletin ihtiva ettiği davranış normları bütünüünü "güzel ahlâk'lılık olarak tavsif edebilirsek; mevzu' (pozitif) hukuk, bu ahlâkî yükümlülüklerin yerine getirilmesine insanı *meçbur* eden bir araç olarak değil; bunların yerine getirilmesini insana *mümkün* kılan bir araç olarak anlaşılacaktır. Böylece, hukukun amacı ahlâkî bir temele oturtulmuş olmaktadır: Hukuk insan şahsiyetinin serbestçe tekâmülünü mümkün kılacak, bunun şartlarını teminat altına alacaktır 40. Netice olarak , hukukla ahlâk arasında hiçbir zaman bir çelişkinin mevcudiyetinden bahsedilemez 41, 42.

36) Bkz. KUR'AN: 6 (En'am)/ 152; 22 (Hacc)/30; 33 (Ahzab) / 70; ayrıca, 25 (Furkan)/72.

37) Bu hususta bkz. ERMAN, Sahir: Sahtekârlık Suçları, 4. bası, İstanbul, 1981, no. 2 vd.

38) Hukukla ahlâk arasındaki müştereklik hakkında bkz. Arth. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 28 vd. HATEMİ, Doçentlik Tezinde "Hukuk, asgarî bir ahlâkîlik istemektir" derken ve hukuk ile ahlâk arasındaki farkı müeyyideye indirirken (Hukuka ve Ahlâka Aykırılık, 27); bizimle aynı hareket noktasını benimsemiş bulunmaktadır.

39) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 17.

40) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 17/18.

41) Art. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, 28 vd. 31 vd. Hukukla ahlâk ilişkisi açısından ayrıca bkz. HATEMİ, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık*, sh. 34, dn. 8.

42) Ahlâkın ölçütlerinin, yaşanılan kültür ortamına göre, bir başka ifadeyle, yere ve zamana göre değişkenlik arzedeceği hususundaki görüş (DÖNMEZER, Sulhi: Ceza Hukuku, Özel Kısım, Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. bası, İstanbul, 1983, no. 183), kanaatimizce, isabetli değildir.

IV

İnsan, davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışta bulunması halinde, **sorumlu** (= "mes'ul) olacaktır. Yani, insana bu yükümlülüklerine neden aykırı hareket ettiği sorulacaktır (= "sual edilecektir"). Bu durum karşısında; *sorumluluğun* mutlaka *bir mercie karşı olması* gerekir. Kişinin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde sorumluluk, öncelikle ve her halde bu davranış normlarının buyuranına karşı olacaktır. Yukarıda da izah ettiğimiz gibi, davranış normlarına bazı aykırılık hallerinde bir diğer insanın hukuku ihlâl edilmemiş olabilir. Davranış normlarına bu gibi aykırılık halleri, pozitif (mevzu) hukukun düzenleme alanı dışında tutulmaktadır. Bu gibi hallerde sadece "**ahlâkî sorumluluk**" mevcuttur. Yani, sadece davranış normunun buyuranına karşı sorumluluk sözkonusudur.

Davranış normlarına aykırılık bir insanın hukukunu ihlâl ediyorsa; sorumluluk, *aynı zamanda* bu kişiye karşı olacaktır: Genel anlamda "*hukuki sorumluluk*." Bu sorumluluk, belli bir kişinin hukukunun ihlâl edilmesi dolayısıyla, *bu kişiye karşı olabileceği gibi (özel hukuk sorumluluğu)*; davranış normundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlâlinin hukuk toplumundaki düzeni ciddi bir tehlikeye maruz bıraktığı hallerde (meselâ adam öldürme , hırsızlık vs.), *toplumun bütünü fertlerine karşı* da sözkonusu olacaktır. (**kamu hukuku sorumluluğu**).

Belirtmek gerekir ki; **aslı sorumluluk**, davranış normunun buyuranına karşı olan sorumluluktur. Davranış normuna aykırılık halinde kişinin hukuken sorumlu tutulması, bu aslı sorumluluğu izale etmeyecektir.

V

Davranış normlarıyla insana tahmil edilen yükümlülüklerle aykırı bir davranış, yani bir haksızlık, gerçekleştiği zaman; bu haksızlığı artık gerçekleşmemiş hale irca etmek mümkün değildir. Ancak, bu yükümlülüklerle aykırılık dolayısıyla gerçekleşen haksızlık karşısında, hukuk düzenini idamesi amacıyla, bazı **müeyyideler** tatbik etmek gerekir. Bu itibarla, müeyyide, insanın muhatap olduğu davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranışının gerekli kıldığı hukukî denge bozulmuştur. Müeyyide tatbikiyle güdülen genel amaç, bu dengenin yeniden tesis edilmesidir. Her bir muşahas hadiseye ilişkin olarak müeyyide tatbiki suretiyle toplumu oluşturan fertler nezdinde *şerr* (=Böse, kötülük) karşısında *hayrın* (=Gute, iyilik), *haksızlık* (=Unrecht, Zulm) karşısında *hakkın* (=Recht) mutlak üstünlüğü, mutlak mu-teberiyeti bir defa daha pekiştirilmektedir 43.

43) PAPA XII. PIUS'un 3 Ekim 1952 tarihinde Roma'da tertiplenen VI. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde yaptığı konuşma, in: JZ 1953, sh. 771 vd.

Kişiler davranış normlarına uygun davranma doğrultusunda bir mecburiyet ile karşı karşıya değil iseler de; bir başkasının sahip olduğu değerleri, bir başkasının hukukunu korumaya matuf davranış normlarından kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı davranış halinde; bu aykırı davranışın hukukî sonuçlarını ortadan kaldırmaya veya en azından azaltmaya matuf müeyyidelerin tatbik edilmesi açısından bir **mecburiyet** sözkonusudur. Bu nedendir ki; hukukun "cebrî"lik vasfından söz edilmektedir 44. Bir başka ifadeyle; hukuka uygun davranmak mecburiyetinde olmayan (!) insan; hukuka aykırı davranması halinde, bu aykırılığın sonucu olan müeyyidelere katlanmak mecburiyetindedir.

Genel hatlarıyla müeyyideyi iki kısma ayırabiliriz. Birinci kısımda mütalâa edeceğimiz müeyyide, bir *haksızlığa maruz kalan kişinin* (=Mağdur, haksızlık dolayısıyla kadre uğrayan kişi, Opfer), bu *mağduriyetini gidermeyi amaçlamaktadır*.

Haksızlığa uğrayan kişini bu mağduriyetini giderme de iki şekilde mümkündür.

Önce, davranış normuyla kişiye tahmil edilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde; müeyyide olarak kişi bu yükümlülüğüne uygun hareket etmeye mecbur edilebilir. Birbaşkasıyla akdî ilişkiye giren kişi, bu akitle kendisine tahmil edilen yükümlülüklerini, ahde vefa ilkesine aykırı olarak, yerine getirmemesi halinde, hukuken bu yükümlülüklerine uygun hareket etmeye mecbur edilebilir: **Aynen ifa**. Meselâ kira ilişkisinde kiracı, kira bedelini öngörülen zamanda veya miktarda ödememesi halinde, bu bedeli ödemeye mecbur edilebilir.

Aynen ifanın mümkün olmadığı durumlarda, meselâ haksız fiil karşısında öngörülen **tazminat** sorumluluğu da, bu tür bir müeyyidedir. Bu tür bir müeyyide ile güdülen yegane amaç, haksızlığa uğrayan kişinin bu mağduriyetini gidermektir; bu haksızlığın mağdur üzerindeki etkilerini mümkün olduğunca telafi etmektir. Bu tür müeyyidenin haksızlığı gerçekleştiren üzerinde bir etki icra etmesi, talî bir husustur.

İkinci kısımda mütalâa edeceğimiz müeyyide ise, bir haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde doğrudan etki icra eden müeyyide türüdür. Yani, bu tür müeyyideyle güdülen yegane amaç, *haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belli hukukî sonuçlar doğurması, bu kişiye belli etkilerde bulunulmasıdır*. Bu kısım

44) GÜRİZ, 75 vd.; ÇAĞIL, 93, 98/99, 109 vd.

müeyyideyi de iki grupta mütalâa edebiliriz.

Birinci grupta mütalâa edeceğimiz müeyyide ile güdülen yegane amaç, suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamaktır 45. Biz, buna *teknik anlamda ceza* demektediriz. Cezanın yegane amacı, keffaret (=Qeffare) teşkil etmesidir. Bir başka ifadeyle, kişinin işlediği suçtan dolayı kusurunun örtülmesidir; kısacası, kişinin resosyalize edilmesidir. 46. Böylece, belli bir cezaya mahkûm olan kişi, bu cezanın infazıyla, önce, işlediği suçtan dolayı sorumluluğunun kendi uhdesinde olduğunu aktüel bir şekilde hissedecek ve böylece, kusurundan ibra olacaktır 47, 48,

45) Ancak, ÖNDER, cezanın uygulanmasını duyulan gerekliliği; Devletin korunmasına, Devletin varlığını idame ettirmesine duyulan ihtiyaçla izah etmeye çalışmaktadır: Genel Hükümleri II, 8, 14.

46) Hemen belirtmemiz gerekir ki; keffaret kavramı, Türk ceza hukukçuları tarafından bizim işaret ettiğimizden farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Keffaret kavramına suç teşkil eden fiil karşısında faile ızdırıp verilmesi, acı çekirilmesi şeklinde bir anlam yüklenmiştir. Bu anlamıyla "keffaret" kavramı, özellikle Kant'ın cezaya ilişkin felsefî görüşlerinde yer alan "Vergeltung" (=misliyle mukabele, misilleme) kavramı karşılığında kullanılmaktadır. Bkz. DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir: Nazerî ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt II, 8. bası, İstanbul, 1983, no. 1310 vd.; ÖNDER, Genel Hükümler III, sh. 9 vd.; aynı yazar, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992 sh. 478 vd; ÖZTÜRK, Bahri: Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, İzmir, 1992, sh. 231.

47) Ceza, suç işleyen kişi açısından bulunulan kusur yargısının maddî bir muhteva kazanmasıdır. müşahhaslaşmasıdır (Arm. KAUFMANN, Normentheorie, sh. 228). Bu itibarla, ceza, kişinin işlediği haksızlık dolayısıyla, yükümlülüklerine aykırı davranması dolayısıyla, içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasına, bu suretle-kural olarak-kişinin tekrar topluma kazandırılmasına hizmet etmelidir. Bu hususta bkz. BOCKELMANN, Paul: Vom Sinn der Strafe, in: Heidelberger Jahrbücher V, sh. 25; aynı yazar: Schuld und Sühne, Göttingen, 1957 (30 sahifeden ibaret bütün eser); SCHMIDHAEUSER, Eberhard: Vom Sinn der Strafe, 2. Auflage, Göttingen, 1971, sh. 43 vd.; WALDER, Hans: Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg. 1965, sh. 18; RÖSSNER, Dieter: Autonomie und Zwang im System der Strafrechtsfolgen, in: Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld, 1992, sh. 269 vd.

Cezanın yegane amacının-kural olarak-müşbet anlamda özel önleme olduğu, suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılması, toplum açısından zararsız ve güvenilir bir kişi haline getirilmesi olduğu hususundaki telâkkimiz hakkında bkz. Arth. KAUFMANN, Schuldprinzip, 116 vd., 127 vd. 201 vd., 208 vd.; aynı yazar: Recht und Sittlichkeit, Tübingen, 1964 sh. 44; aynı yazar: Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht, ein Beitrag zur Ztrafrechtsreform, in: Juristenzeitung, 1967, sh. 553 vd. (özellikle sh. 556 vd.); aynı yazar: Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: Festschrift für Richard Lange, Berlin, 1976, sh. 27 vd.; aynı yazar: Schuld und Prävention, in: Festschrift für Rudolf Wassermann, Darmstadt/ Neuwied, 1985, sh. 889 vd. (893 vr.); aynı yazar: Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, in: jur, 1986, sh. 225 vd. (229 vd.) Ayrıca bkz. STRATENWERTH, Günter: Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Heidelberg /Karlsruhe, 1977, özellikle sh. 28 vd.

Ancak, günümüz Ceza Hukuku doktrininde önemli ölçüde taraftar bulan diğer bir telâkki ise, cezanın yegane amacının müşbet anlamda genel önleme olduğunu iddia etmektedir. Bu telâkkiye göre, cezalandırma suretiyle kişinin işlediği haksızlıktan ibra olmasını bekleyemeyiz. Bu, ahlâkî bir meseledir. Suç işleyen ve bu nedenle kusurlu telâkki edilen kişiyi cezalandırmakla güdülen yegane amaç; ihlal edilen Davranış Normlarının uyulması, riayet edilmesi gereken buyruklar olduğu hususunda toplumun diğer fertleri nezdinde bir uyarı, ikaz meydana getirmektir: *Müşbet anlamda genel önleme*. Bu anlayıştaki yazarlar, cezanın amacının genel anlamda korkutuculuk

Bazı durumlarda, hukuka aykırı davranışın sonucu olarak, bu aykırılığı gerçekleştiren kişiye karşı müeyyide olarak **tedbir** tatbiki cihetine gidilmektedir. Tedbir, gerek haksızlığı gerçekleştiren kişinin kendisini gerek toplumu belli zarar tehlikelerinden korumak maksadına matuf bir müeyyidedir. Tedbire hükmedilebilmesi için gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telâkki edilmesi zorunlu değildir 49. cezanın tatbiki açısından gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telâkki edilmesi zorunlu ise de; tedbir tatbiki açısından bu zaruret aranmaz. Bu itibarla, gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla kusurlu telâkki edilmeyen kişi hakkında da, gerek bu kişiyi gerek toplumu bu kişinin muhtemel haksız fiilleri sonucu oluşacak zarar tehlikelerine karşı korumak maksadıyla, tedbir uygulanabilir.

Her ne kadar davranış normlarına (yani hukuka ve evleviyetle, ahlâka) aykırı bir fiil gibi müşterek bir dayanağa sahip iseler de; mahiyetleri ve hizmet ettikleri amaçlar birbirlerinden farklı olan bütün bu müeyyideler, birbirlerinden bağımsız olarak uygulanabilirler. Bu itibarla, **non bis in idem** kuralının bu müeyyideler arasındaki ilişkilerde tatbik kabiliyeti yoktur 50.

(*menfi anlamda genel önleme*) olduğu iddiasını doğru bulmamaktadırlar. bu hususta bkz. NOLL, Peter: Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Helmuth Mayer, Berlin, 1966, sh. 219 vd. (229 vd.); ROXIN, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, sh. 377 vd. (381 vd.); aynı yazar: Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, in: MschrKrim 56 (1973), sh. 316 vd (320 vd.); aynı yazar: Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, in : SchwZStr 104 (1987), sh. 641 vd. (652 vd.); aynı yazar: Das Schuldprinzip im Wandel, in: Straf-gerechtigkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, sh. 519 vd.; aynı yazar: "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, sh. 171 vd.

Cezanın müsbet anlamda genel önleme amacına matuf olduğu düşüncesinde olan Jakobs'a göre, kusur maddi muhtevadan yoksundur. Ancak cezalandırmayla güdülen sözkonusu genel önleme amacı, kusura maddi muhteva kazandıracaktır (JAKOBS, Günther: Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, sh. 14, 24, 33; aynı yazar: Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit, in: Aspekte der Freiheit [herausgegeben von Dieter Heinrich], Regensburg, 1982, sh. 69 vd. [72]; aynı yazar: Strafrecht, Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die zurechnungslehre, Lehrbuch, 1983, sh. 384vd.). Jakobs'a göre, kişi, kusurlu olduğu için değil; bilakis, ictimaî bakımdan cezalandırılmasına gereklilik duyulduğu için cezalandırılmaktadır. bir başka ifadeyle, kişi açısından kusurluluk yarısında bulunulabilmesi için, önce kişinin cezalandırılmasına içtimaî bakımdan gerek duyulması lazımdır. Jakobs'un bu fikirlerine karşı yöneltilen en esaslı eleştirî; suç işleyen kişinin içtimaî bakımdan cezalandırılmasına duyulan gerekliliği, hareket noktası olarak kabul edilmesine dayanmaktadır.

48) Bu nedenledir ki; ceza tatbiki için, kişinin mutlaka kusurlu olması gerekir. Kusur, cezalandırmanın vazgeçilmez, şartını oluşturmaktadır (nulla poena sine culpa= kusursuz ceza olmaz). Bu hususta bkz. ÖZGENÇ, Kusur Yargısı, 261.

49) Aynı mealde ÖNDER, Genel Hükümler III, 20/21, 101.

50) ÖZGENÇ, İzzet: Müessir Bir Çevre Koruması ve Hukuk, Merfî Hukukun Değerlendirilmesi, in: Türk Devletleri Arasında 1. İlmî İşbirliği Konferansı (22-24 Haziran 1992-Lefkoşe, KKTC), Tebliğler, İstanbul, 1992, sh. 427; ÖZAY, İlhan: İdarî Yaptırımlar, İstanbul, 1985, sh. 62-64.