

SUÇLAR VE SAVUNMALAR HAKKINDA FLETCHER'İN GÖRÜŞLERİ*

John Gardner**

Çev.: Araş. Gör. Elif Bekar***

1. Fletcher'in Bilmecesi

Bazen ceza hukukçuları 'savunma' kelimesini, davanın herhangi bir bölümünü belirlemek için Paul Robinson'm da dediği gibi 'rastgele' bir anlamda kullanıyorlar ki, bunun beraat kararı için yeterli olacağı düşünülüyor¹. Bu rastgele anlamda, bir cezai kovuşturmaya karşı yapılan savunmalar, suçun işlendiği sırada başka yerde olma, manevi unsurun varlığını inkar, nedensellik bağının inkarı, aynı suçtan daha önce masum bulunma, meşru savunma, cebir ve diplomatik veya idari dokunulmazlık gibi çeşitli savunmaları içermektedir. Özel hukukçular da 'savunma' kelimesini şu anlamda da kullanmaktadırlar: bir savunma, özel hukukçular için, en basit şekliyle davalının davacının iddiasına karşı verdiği cevaptır. Ancak, özel hukuka zıt bir şekilde, ceza hukukunda 'savunma' kelimesinin özel hukuktan farklı, daha dar bir kullanımı da vardır. Kelime dar anlamı açısından yalnızca davalının iddia edilen suçun gerçekten işlendiğini kabul ve itiraf ettiği ile uyumlu olan savunmaları belirler. Suç anında başka yerde olma, manevi unsurun veya nedensellik bağının inkarı dar anlamda savunma olarak sayılmaz, çünkü bu argümanları sunmak suçun işlendiğini inkar etmektir. Öte yandan, meşru savunma, cebir/zorlama, aynı suçtan daha önce masum bulunma ve dokunulmazlık dar anlamda savunma olarak sayılır. Meşru savunma, cebir, daha önce masum bulunma ve dokunulmazlığın ileri sürülmesi şu şekilde tartışmak gibidir: 'Suçu işlemiş olsam bile – Yine de beraat etmeliyim.'

'Savunma' kelimesinin bu dar anlamda kullanılması- ki bundan sonra ben o şekilde kullanacağım- suçlar ve savunmalar arasında bir zıtlık ortaya koyar. Cezai sorumlulukla ilişkili her husus ya 'suç' başlığı ya da 'savunma' başlığı ile ilgilidir. Ceza hukukçuları, bu hususların iki başlık şeklinde ayrılmasının önemsiz olduğu veya kitap yazarlar için bir sınıflama kolaylığı konusu

** Oxford Üniversitesi Hukuk Profesörü.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

¹ PH Robinson, 'Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis' *Columbia Law Review* 82 (1982), 199.

olarak düşünmeye eğilimlidirler². Diğerleri ise bu hususların bu iki başlık altında ayrılmasının, delille ilgili veya delil gösterici yükümlülüklerin savcı ve sanık arasında değiştirilmesi konusunun tartışılacağı zamanda prosedüre ilişkin bir konu olduğunu düşünürler³. *Rethinking Criminal Law* (Ceza Hukukunu Yeniden Değerlendirme) adlı eserde, George Fletcher çokça bilinen ve bana göre de haklı bir şekilde bu görüşlerin ikisini de reddeder. Suçlar ve savunmalar arasındaki zıtlıkta herhangi bir yükün yer değiştirilmesi ile çok az alakası vardır ve alakası da olmamalıdır. Öte yandan, suçlar ve savunmalar arasındaki zıtlık önemsiz olmaktan çok uzaktır ve bunun sonuçları, yalnızca ders kitaplarının planını değil, aynı zamanda ceza hukukunun ahlaki niteliğini de aşar. Fletcher'e göre:

Ayrımın fark edilmesinin somut sonuçlarının olacağı en az dört hukuki ihtilaf alanı vardır. Birincisi, harici/dış gerçeklerin beraat ettirici bir etkisinin olacağı durumlarda karar verme aşamasında kritik öneme sahiptir. İkincisi, hukuk normlarındaki kabul edilebilir belirsizliklerin analizi ile ilgili olabilir. Üçüncüsü, ceza hukukunun devam eden gelişiminde yasama organı ve yargı organı arasındaki yetki uyumsuzluğu ile ilgili olabilir. Ve dördüncüsü de, hataların kusurluluğu kaldırıcı etkisinin analiz edilmesinde önemli olabilir⁴.

Rethinking adlı eserde bu zeki ve orijinal fikirleri sunarken- ki ayrıntılı olarak ben de aynı fikirdeyim- Fletcher yalnızca tek tür savunma sınıfı üzerine, özellikle hukuka uygunluk sebepleri savunmalarına yoğunlaşmaktadır. Ancak, bana öyle geliyor ki, sunduğu öneriler hukuka uygunluk sebeplerinin ötesinde mazeret sebeplerini de kapsayacak şekilde genişletilebilir ve genişletilmelidir. Gerçekten de, dördüncü fikri okuduğum kadarıyla, bize makul hataların özel olarak mazur gösteren rolünü ortaya koymaktadır. Maalesef, Fletcher ve ben hangi savunmaların mazeret sebebi olarak sayılması gerektiği ve neden böyle olması gerektiği konusunda farklı fikirlere sahibiz⁵. Mazeretler hakkında daha sonra bir şeyler söyleyeceğim, ancak hukuka uygunluk sebeplerini anlatırken Fletcher'ı izleyeceğim. Konuyu tamamlamak için belirtmeliyim ki, hukuka uygunluk sebepleri ve mazeret sebepleri olmayan, ceza hukukunda bilinen çeşitli savunmalar olduğunu vurgulamalıyım. Robinson'un dediği gibi 'kusurluluğu kaldırmayan savunmalar vardır' savunmalar vardır (örneğin, daha önce aynı suçtan beraat etmiş olma savunması ve diplomatik ve idari dokunulmazlık), ki bu savunmalar davanın bakılmasında mahkemenin yetkisi ile alakalıdır⁶. İster hukuka uygunluk sebepleri ister mazeret sebepleri yoluyla olsun gerçekten kusurluluğu kaldıran ve aynı zamanda kişinin ne yaptığına yönelik cevap verme gerekliliği ve kusur yeteneği ile alakalı olan bazı savunmalar (yaş küçüklüğü, akıl hastalığı) bulunmaktadır. Fletcher'm dört önerisinden herhangi birinin, bu iki savunma türü için geçerli olduğundan şüpheliyim. Fakat, öyle bile olsa: ahlaki sonuçlar, suçlar ve savunmalar arasındaki ayırım ile yalnızca bazı durumlarda bağlantılıdır. Fletcher'm en güzel başarılarından biri bu bağlantının gerçekten yalnızca bazı durumlarda var olduğunu ortaya koymasındır.

² Bakınız, örneğin, G Williams, 'Offences and Defences' *Legal Studies* 2 (1982), 233.

³ Bakınız, örneğin, MS Moore, *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law* (1993), 179.

⁴ GP Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), 555.

⁵ 25 numaralı dipnota ve beraberindeki metne bakınız.

⁶ 'Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis' yukarıdaki 1 numaralı dipnot, 229-232.

Bunu bir başarıdan daha da fazlası haline getiren ise, Fletcher'in bizzat ayrımın en dibine kadar inmeksiniz, kendi dört ahlaki sonucunu ikna edici biçimde ayrıma eklemeyi başarabilmesidir. Elbette, ayrımı *yeniden ifade etmek* için birçok faydalı metot bulmuş ('bunlar, suçlayıcı boyutun beraat kriteri tarafından geçersiz kılındığı haller'⁷, 'yasaklayıcı normu ihlal etmek üzere yetki veya izin veren hukuka uygunluk sebepleri.'⁸, vb.) fakat bu yeni açıklamalar, yine de neyin, nasıl ayırt edildiğini halen açık şekilde anlatamamaktadır. Bir 'suç' olgusu ile bir 'savunma' olgusunu veya bir 'suçlayıcılık' olgusu ile 'beraat ettiricilik' olgusu arasındaki farkı yaratan nedir? Hangi olguların hangi kategoriler altında sınıflandırılması gerektiği ne şekilde belirlenmektedir? Fletcher anlaşılır bir şekilde bu sorunun cevabının, normatif kanun tasarlamanın veya yargısal heveslerin yol açtığı kazalara bağlı olduğu düşüncesinde direnmektedir. Fletcher doğal olarak, buradaki ayrımın çok fazla ahlaki önem atfedilen bir değer ile bu değerın kendisini zorunlu olarak dönüştürdüğü ahlaki önemin bir parçası arasındaki ayrım olduğundan şüphelenmektedir. Fakat, tam olarak neye dönüşmektedir? Bu konudaki çok kapsamlı açıklama çabasının ardından, Fletcher'in cevabı halen tatmin edici görünmemektedir:

Bir suçun tanımlanması hakkındaki minimum gereksinim, belli bir toplumda belli bir zaman diliminde ahlaki olarak tutarlı bir normu yansımasıdır. Ancak faili suçlayan tanım, bu sosyal gücün ürünü olan norma tam olarak uygunluk taşıdığından tatmin edici olur. Araç kullanmaya ilişkin suçlayıcı bir olgu söz konusu değildir. Benzer şekilde bir nesneyi taşımanın da suç oluşturan yanı bulunmamaktadır. Nesnenin bir başkasına ait olması unsurunun eklenmesi fiili daha suçlayıcı hale getirir ki bu durum ilgili nesnenin sahibinin rızası dışında alınması unsuru bizi ilk bakışta bir haksız fiile yaklaştırır... Bu tartışma...yasaklayıcı norm ve telafi edici öncelik kriteri arasındaki ayrıma ilişkin genel metodolojiyi göz önüne sermektedir. Norm, tutarlı bir ahlaki zorunluluğu ifade etmek için yeterli sayıda unsuru içermelidir⁹.

'Belli zamandaki belli bir toplumun' örf ve adetlerine yapılan yollamalar kuşkusuz ki dikkatleri dağıtan bir husus olarak bir tarafa bırakılmalıdır. Toplumsal örf ve adetler, belirli bir hukuk sistemi ile çizilen sınıra kadar taşınabilirler ancak şu soru halen varlığını korumaktadır: toplumsal örf ve adetlerin ve dolayısıyla yasal sistemlerle nasıl bir çizgi çizilmeye çalışılmaktadır? Toplumsal veya yasal yaşamda bir suçlama olgusu gerçekten hangi şekilde bir kusurluluğu kaldıran bir olgudan ayrılmaktadır? Bu bölümde, ve bu tartışma boyunca, Fletcher'in şu cevapta takılıp kaldığı görülmektedir: yeterli suçlamaya ne zaman ulaştığımızı sormalıyız, zira onun dışında kalan her şey kusurluluğu kaldıran bir hal olacaktır. Fakat, bizim asıl sorumuz şu iken, bu husus çok az yardımcı olmaktadır: suçlama ve beraat - ayrıca suç ve savunma arasındaki ayrım olarak da bilinmektedir - arasındaki fark neye bağlıdır?

2. Rasyonel ihtilaflar ve kalıntılar

Çok önemli fakat bir o kadar az atıf yapılan bir makalede, Kenneth Campbell suçlar ve (hukuka uygunluk nedenleri) savunmalar arasındaki ayrım nihai olarak bir şeyi yapmanın aleyhinde ve o şeyi yapma lehindeki sebepler

⁷ *Rethinking Criminal Law*, yukarıdaki 4 numaralı dipnot, 562.

⁸ aynı eserde, 56.

⁹ Aynı eserde, 567-568.

arasındaki ayrıma dayanmaktadır¹⁰. Birisi hukuka uygunluk nedenlerinin ispatlanması talebinde bulunduğu anda, yaptığı şeyin o şekilde yapılmasını haklı gösteren lehte sebeplerin, bunun haksız şekilde yapıldığını ileri süren aleyhteki sebeplere göre daha üstün ve daha fazla olduğunu ispat etmeye çalışmaktadır. Bu durumda buradaki aleyhteki sebepler esasında ilgili kişinin yaptığı şeyin suç şeklini almasını sağlayan sebeplerdir. Bunlar kaybolmamıştır, bunlar onu halen bir suç haline getirmektedir. Fakat lehteki sebepler daha baskındır ve bunu, işlenmesi haklı çıkarılmış bir suç haline getirir (ve dahası bunların birinin varlığı kişiyi beraat ettirir).

Campbell'in iddiasından uyarlanmış şu örneği bir düşünün. Rıza, ceza hukukunda bazen bir savunmadır. Vücuda maddi bir zarar veren saldırı suçunun, rıza ile işlenmiş olsa bile yine suç olma vasfı devam eder. Rıza sadece suçun işlendiğinin doğrulanmasına hizmet etmektedir. Fakat bazen, - örneğin cinsel saldırı suçunda, rızanın yokluğu suçun zorunlu bir unsurudur. Eğer cinsel ilişkiye rıza gösterildiyse, cinsel saldırı suçu işlenmemiştir ve bu nedenle hukuka uygunluk sebebinin aranması gerekmez. Bu fark nereden kaynaklanıyor? Çünkü, Campbell'in dediği şekilde, cinsel ilişkide bulunmaya engel oluşturulan genel bir sebep yoktur. Halbuki, vücuda gerçek/maddi bir zarar vermeme noktasında genel bir sebep vardır. Gerçekten vücuda zarar verilmesi rızaya dayalı olsa bile olayların kendiliğinden kabul edilemez bir şekilde meydana gelmesidir; cinsel ilişki ise olayların kendiliğinden kabul edilemez bir şekilde meydana gelmesi değildir, fakat eğer rızaya dayalı olmazsa, işte o zaman kabul edilemez (irade dışı) bir şekilde meydana gelmesi haline dönüşür. Bu çelişki, hukukun vücuda gerçek/maddi zarar verilmesine yönelik rızayı, bu kez cinsel saldırı durumunda ise suç başlığı altında ele alması şeklinde çıkar.

Elbette, insanlar, cinsel ilişkiye girilmemesi konusunda genel bir sebebin var olup olmadığı veya vücuda maddi bir zarar verilmesi noktasında genel bir sebep olup olmadığı konusunda aynı fikirde olmayabilir ve/veya bunu kabul etmeyebilirler. Bu konu inkar edilmemiştir. Campbell'in iddiası şudur ki, eğer kişinin böyle bir fikir ayrılığı varsa, rıza konusunun 'suç' veya 'savunma' başlığı altında ele alınıp alınmaması konusunda da farklı bir fikre sahip olması mümkündür. Cinsel saldırı suçunda, suçun esasının cinsel birleşme olarak ele alınması, rızanın da bir savunma olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünenler aynı zamanda cinsel birleşmede bulunmanın genel bir sebep olarak benimsenmesini en iyi şekilde tanımlayabilenlerdir, bu şekilde kişinin müdahil olmadan önce mağlup edici lehte sebeplere ihtiyacı olduğu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, gerçekten vücuda zarar vermemek için genel bir sebep olmadığını düşünenlerin de gerçekten vücuda zarar veren fiili saldırı davalarında rızanın 'savunma' başlığı altında değil fakat 'suç' başlığı altında yer alması gerektiği görüşünü desteklemeleri gerekmektedir¹¹.

Campbell'in mütevazı önerisinin temelinde hukuka uygun kılınmış olan bir eylemin zararsız bir eylem olmadığı düşüncesi yer almaktadır: bir suç işlenmiştir ve halen suç sıfatıyla hoş karşılanan bir durum değildir. Suçun işlenmesi, fiil hukuka uygun kılınmış olsa bile, halen müessif niteliğini koru-

¹⁰ I Denis (ed) içindeki K Campbell, 'Offence and Defence', *Criminal Law and Justice* (1987), 73.

¹¹ Ünlü İngiliz sado- mazoşizm davasındaki azınlık tarafından seçilen çizgiydi (Lords Mustill ve Slynn) *Brown* [1994] AC 212.

maktadır. Bu durumda bu fiil işlenmesi daha iyi olurdu ve bu nedenle işlenen fiilin hukuka uygunluğunun araştırılmasına gerek kalmazdı denilmektedir. Bunu tek bir ifadeyle 'kalıntılar tezi' olarak adlandırabiliriz: hukuka uygun kabul edilen fiili halen, müessif, normlara uymayan, bir çatışan sebepler kalıntısı geride bırakır. Campbell'in de bu tezi dile getirdiği gibi:

Sebepler büyük bir çoğunlukla fiilin gerçekleştirilmesi lehinde olmuş olabilir, fakat hukuk, belirli bir zararın yine de verilmiş olduğu görüşünü kabul ettiği sürece, bunun devam eden varlığını, bu durumda ilk başta haklı görünen aksi bir sebebin bulunduğu durumlarda bile yine kabul eder. Birinin düzinelere insanı kesin öldürecek bir bombayı patlatmak üzere olan bir teröristi, öldürdüğünü düşünün. Bu öldürme eylemi kesinlikle cevaz verilebilir bir eylemdir. Ancak, hukuk yaşamın (teröristinki bile olsa) korunması gereken bir değer olduğu görüşünü kabul ettiği sürece, bu eylemin aleyhinde de bir sebebin varlığını kabul eder ve tanır... [Fakat], farklı değerlerin egemen olduğu bir toplumda bu durum farklı şekilde ortaya çıkabilir. Kanuna karşı gelme durumunu düşünün. Bu gibi bir statünün yokluğunu kabul eden ve tanıyan toplumlarda kanun dışı birini öldüren bir kişinin savunma gereksinimi yoktur. Kişinin (failin) fiili açık bir şekilde öldürme suçunu tanımlayıcı hükümleri kapsamında değildir, çünkü bunlar hukukun koruması kapsamında olmayan mağdurları kapsamamaktadır. Hukuki bakış açısından, buradaki insan öldürmeye karşı *ilk bakışta haklı görünen* bir sebep dahi yoktur ve aynı bakış açısına göre öldürülen kişinin yaşamı da değersizdir¹².

Kalıntılar tezi, Campbell'in hukukun terörist olayında insan öldürmeye karşı *ilk bakışta haklı görünen* aleyhte bir sebebin hukuk düzeni tarafından 'devam eden varlığının' kabul ettiği iddiası çerçevesinde ele alınmıştır. Buradaki sebebi 'ilk bakışta haklı görünen' bir sebep olarak adlandırmak, bunun orada görüldüğünü iddia etmek değil ancak teröristin hain planına maruz kalındığında yanlıcı olarak o şekilde belirlediği anlamını taşır. Aksine, teröristi öldürmeme sebebi gerçekten vardır ve var olmaya devam eder, ayrıca teröristi öldürmek kınanabilir bir şey olduğundan – bu durumda teröristin öldürülmesinin haklı kılınması gibi daha güçlü çatışan bir sebebin bulunduğu bir davada dahi karşı bir sebep olarak baskısını hissettirir.

Bu noktada Fletcher'in, suçlar ve savunmalar arasındaki ayrımın açıklanmasında Campbell'in ılımlı önerisinde ona yardımcı olup olamayacağını görebilmek için, şunu bilmemiz lazım: Fletcher kalıntılar tezini destekliyor mu? *Rethinking* isimli eserde, Fletcher'in bu tezi desteklediğini ortaya koyacak birçok veri var. Örneğin, hukuka uygun kılman suçlara ilişkin referansını, ilk bakışta anlaşılabilir haksızlıklar olarak aldım. Ben halihazırda hukuka uygunluk nedenlerine dayanan suçlamalara atıfta bulunmasını 'ilk bakışta haklı görünen durumlara ilişkin suçlar' olarak alıntı yaptım. Belki de, 'ilk bakışta' ifadesini Campbell'in kullandığı gibi ne yazık ki yenik düşmüş, gerçek ve devam eden bir sebebi ifade etmek için kullanmıştır? Ben ayrıca, Fletcher'in 'hukuka uygunluk sebeplerini yasaklayıcı normu ihlal etme yetkisi veya izni olarak gören ifadesinden de alıntı yaptım. O halde, yasaklayıcı norm ihlal edilmektedir ve bu durum kesinlikle kınanabilir olması gereken bir şeydir. Yine de, Fletcher şu şekilde devam etmektedir: 'Bir hukuka uygunluk sebebi, telafi edici bir göreve zorlayan çelişkili bir norm değildir'¹³. Acaba burada Fletcher yalnızca,

¹² Yukarıdaki 10 numaralı dipnotta, 'Offence and Defence, sayfa 83.

¹³ Yukarıdaki 4 numaralı dipnotta, *Rethinking Criminal Law*, 563-564.

Campbell'in örneğinde verdiği teröristi durdurmak için bile olsa hukuka uygun fiilleri gerçekleştirmek için yasal bir yükümlülük olmadığını mı anlatmaya çalışıyor? Yoksa burada çözümlmesi gereken herhangi bir çelişki (ve dolayısıyla kalıntı) olmadığını mı? Şüphelerimize ek olarak, hukuka uygun kılınmış olan vakaların normların¹⁴ 'istisnalar', kategorisinde yer aldığını ve hukuka uygun hale gelen fiillerin ise yalnızca 'sembolik' ihlaller¹⁵ olduğunu ifade ediyor. Bu iki ifade biçimi de, kalıntı tezini reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu iki görüş de, kişinin işlediği bir suçta hukuka uygunluk sebebi bulunduğu zaman var olan pişmanlıktan daha fazla pişman olunacak bir sebep olmadığını ileri sürer. Kişinin yaptığı şeyi, o şekilde yapmasına karşı gerçek bir sebep yoktur ki o durumda, Fletcher'm kalıntı tezini reddettiğini ve dolayısıyla Campbell'in ılımlı teklifini kullanmıyor olduğunu tespit etmek durumdayız.

3. Sebeplerden normlara

Kalıntılar konusunda Fletcher'ı nasıl yorumlamamız gerekiyor? Önem verilmesi gereken konu şudur; Campbell sebeplerin çelişkilerinden (ve rasyonel kalıntılardan) bahsederken, Fletcher ise normların çelişkilerinden (normatif kurallara ilişkin çelişkilerden) bahsetmektedir. Bir norm, salt, basit bir sebep değildir. Ancak, özel yapısı olan bir sebeptir. Bu yapı ise normun ne tür bir norm olduğuna bağlıdır. Ben basitlik sağlamak amacıyla, belli bir fiilin yapılmasını emreden veya belli bir fiilin yapılmasını yasaklayan *emredici* normlar üzerine yoğunlaşacağım. Joseph Raz tarafından tasarlanan ve bize oldukça yardımcı olan terminolojiye göre, emredici normlar 'korunan' sebeplerdir¹⁶. Bunlar aynı zamanda, çelişkili sebeplerin bazıları veya tamamı üzerinde hareket etmemek işlevini de üstlenen, eylemi gerçekleştirmeye (veya yasaklanmış eylemi gerçekleştirmemeye) yönelen sebeplerdir. Bu nedenle, İtalyan mutfağında çokça kullanılan fesleğenli bir yemek yapmak için fesleğeni doğramak üzere metal aletleri kullanmayı yasaklayan İtalyan aşçılık normu (bunun akıllıca bir norm olduğunu varsayarak) fesleğeni doğramak üzere metal aletlerin kullanılmasını için bir sebeptir ve ayrıca en yakın aletin bir metal alet olması sebebiyle ilgili harekette bulunulmaması için bir sebeptir. Ve sözünden dönmeyi yasaklayan ahlaki normun (bunun akıllıca bir norm olduğunu varsayarak), verilen sözlerden dönülmemesi ve bunun yanında sözünden dönmenin ucuzculuğu ve kolaylığı şeklindeki sebep doğrultusunda hareket etmemek için bir sebeptir. Bu sebebin yapısı, esas itibarıyla sebep üzerinde ağırlığının üstünde kuvvet uyguladığı anlamını taşır. Elbette, eylem için sıradan bir sebep olarak halen bir ağırlığı vardır, fakat Raz'm onun 'dışlayıcı' bir güç olduğundan şüphelendiği ikinci bir güç boyutu vardır¹⁷. Emredici bir norm, bazı çelişen sebeplere ağırlığıyla, diğer bazıları ise dışlayıcılığı ile üstün gelen bir sebeptir. Dışlanan sebeplere ağırlığına bakılmaksızın, eylemin sebepleri olarak itimat edilmemelidir (ve o anlamda, bunlar artık sebep olarak kaydedilmezler)¹⁸.

¹⁴ Aynı eserde, 565.

¹⁵ Aynı eserde, 561.

¹⁶ J Raz, *Practical Reasons and Norms* (2. baskı, 1990), 191).

¹⁷ Aynı eser.

¹⁸ Elbette, dışlayıcı sebeplerin kendileri de bazen, Raz'ın 'ikinci sıra' ismini verdiği çatışmalarda içinde mağlup edilebilir, aynı eserde, 47.

Hukuk, - örneğin yeni bir suç yaratarak- belirli bir eylemde bulunmayı gerektirdiğinde veya yasakladığında bu durum tüm çelişen sebeplerin dışlandığı anlamını taşır. Hukuk, yeni bir suç yaratıldıktan sonra kişinin, (örneğin suçun işlenmesine yönelik etkide bulunan bir sebepte olduğu gibi) ilgili normla uygunluğa karşı etki gösteren bir sebep doğrultusunda hareket etmemesi için bir sebebi vardır. Şu da vurgulanmalıdır ki, hukuk, kişinin norma uygunluk *lehine* herhangi bir sebeple hiçbir fiilde bulunmamasını tam olarak tasvip eder. Kişi, hukuki normdan dolayı o şekilde hareket etmemelidir. Hukukun dikkate aldığı şey sadece norma uygunluktur, kişinin neden uygun hareket ettiği ise önemli değildir. Fakat aynı şekilde, hukuk kişinin neden (ilgili norma) uymadığını da hiç dikkate almaz. Norma uymamak için kişinin öne sürdüğü herhangi bir sebep hiçbir şekilde dikkate alınmaz. En azından, eğer hukukun tüm yaptığı ceza yaptırımı ile karşılanan bir suç yaratmak ise, durum budur. Ancak hukuk ilaveten eylemi hukuka uygun hale getirecek bir savunma sunarsa her şey değişir. Hukuk bir savunma sunduğunda, bazı davalıların hukukun bazı normlarına uymamak için ileri sürdüğü sebepler seçici bir şekilde dikkate alınır. Bu bağlamda, kişinin, tahrik edilmesi, veya tehdit edilmesi ya da saldırıya uğraması gibi haller ise kişinin norma uymamasını hukuken mazur gösterebilecek kabul edilebilir sebepler olarak benimsenmektedir. Kısacası hukuk düzeni, hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin bir savunmayı benimsediğinde başka türlü dışlanmış olan sebeplere ilişkin dışlamayı ortadan kaldırır ve onların hukukun suçlayıcı olmamak üzere, sıradan (şimdi korumasız) rasyonel sebepleri ile bir çatışmada ağırlıklarını bir kez daha hissettirmelerine izin verir. Bu noktada her şey sebeplerin karşılaştırmalı ağırlığına bağlıdır.

Başka bir yerde, bu karmaşık yapıyı, ceza hukukunda hukuka uygunluk sebeplerini (ilga edici) izinler, olarak tanımlayarak ele almaya çalıştım¹⁹. Bazı izinler (bazen 'güçlü izinler' olarak bilinmektedirler) kendi içinde normlardır²⁰. Fakat ilga edici izinler öyle değildir. Hukuk düzeni, bir hukuka uygunluk sebebi yaratarak ilga edici bir izin ihdas ettiğinde hukukun suç tipini özelleştirmesi ile yaratılan (emredici) norm ile çelişen ikinci bir (izin verici) norm oluşturmaz. Hukuk düzeni daha ziyade, emredici normun zorunlu gücünde bir boşluk yaratır, ki bu boşluk ile belirli çatışan sebepler, fiil için yasal olarak kabul edilebilir sebepler olarak yeniden kabul edilir. Belirli davalar boyunca, normun emredici gücü ilga, iptal edilir. Ancak bu noktada yine de, normun kendisinin iptal edildiğini söylemek bizi yanılsaya götürür. Çünkü, norm halen, suçu işlemek için bir sebep olarak her zamanki olağan rasyonel baskısını uygulamaktadır. Normun tüm kaybettiği ise ikincil koruyucu tabakasıdır. Ceza hukukunda bir hukuka uygunluk sebebinin durumu olağan bir hukuka uygunluk durumu ile normun istisnası arasında bir yere tekabül etmektedir. Bu durumda rasyonel bir kalıntı ile birlikte, Campbell'in tam olarak açıkladığı üzere halen rasyonel bir çelişki de sıradan bir hukuka uygunluk nedeni gibi var olmaktadır. Kişinin suçu işlemesi gerçeğinde halen pişman olunacak bir şey vardır; ihlal yalnızca kağıt üzerinde değildir. Öte yandan, ceza hukukunda hukuka uygunluk nedeninin varlığı, savunmanın uygulandığı yerde normun emredici olma gücünün özetle askıya alınması şeklindeki, normun bir istisnası gibidir. Bu yüzden, bir yandan ortada normatif bir kalıntı vardır ve diğer yan-

¹⁹ AP Simester ve ATH Smith (baskılarında) J Gardner, 'Justifications and Reasons, *Harm and Culpability* (1996), 103 117inci sayfada (bu ciltte 5inci bölümde).

²⁰ Örneğin, GH von Wright, *Norm and Action* (1963), 85-89.

dan ise yoktur. Hukuk, normu açıkça kaldırmamaktadır (veya norma ilişkin bir istisna yaratmamaktadır). Fakat, hukuk düzeni normun normatif gücünün emredici kısmını kaldırabilir (veya ona bir istisna yaratabilir).

Burada, Fletcher'm kalıntılar tezi hakkındaki belirsiz konuşmasına muhtemel bir açıklama getirebiliriz. Fletcher, hukuka uygunluk nedenleri savunmalarını 'istisnalar' olarak adlandırmakta yarı yarıya haklı ancak, ayrıca bu kategorideki eylemlerin 'yasaklayıcı normu ihlal ettiğini' düşünmekte de yine yarı yarıya haklıdır. Gördüğümüz gibi, doğru bu ikisi arasında bir yeredir. Ancak Fletcher aynı zamanda bir hukuka uygunluk sebebinin telafi edici bir yükümlülükte bulunmayı empoze eden çelişen bir norm olmadığı konusunda da kesin olarak haklıdır. Burada sadece telafi edici bir yükümlülükte bulunma söz konusu olmamakla kalmamakta ancak aynı zamanda çelişen bir norm da kesinlikle bulunmamaktadır. Bir hukuka uygunluk savunması başka bir norm tarafından yetkilendirilmemekte ancak, izin verilen alanın insanlara belirli çelişen sebepler doğrultusunda hareket etmek üzere izin verilmiş olan alanın (suçu yaratan orijinal normdan) kazınmasıyla yetkili kılınır. Dolayısıyla ortada normlar çelişikisinin bulunmadığı halde bir sebepler çelişkisi bulunmaktadır. Eğer Fletcher kabul ederse, bu durumda Campbell'in suç ve savunma çatışmasının açıklanmasına ilişkin mütavazi önerisi kendisine yardımcı olabilecektir: Eğer bir çelişen sebepler durumu yoksa bu durumda rasyonel kalıntı da yoktur. Bu durumda bizim aradığımız şey bir savunma değil bir suçun inkarı olur.

Hukuka uygunluk savunmalarını, kaldırıcı izinler bakışıyla tasarlarken bunların yalnızca Campbell'in önerisiyle nasıl uyumlu olduğu değil bunların aynı zamanda Fletcher'e ne tavsiye etmesi gerektiği üzerinde de durmaya çalıştım. Fletcher'm ortaya koyduğu ilk suç/savunma çatışmasına tekrar dönecek olursak: 'dışsal vakaların kendi başlarına ne zaman dışlayıcı bir etkilerinin olması gerekip gerekmediğine karar verilmesi kritik bir öneme sahiptir'. Fletcher'm demek istediği, tek başına dış dünyadaki durum, zanlının ona karşılık verebilirliğinden tamamen bağımsız olarak bir suçu inkar etmeye yeterli olabilir. Ancak bir hukuka uygunluk savunması yalnızca davalının dış dünyadaki duruma bir karşılık verebilmesi durumunda ileri sürülebilir²¹. Hukuka uygunluk sebeplerinin "ilga edici izinler" bakışı ile ele alınması bunun neden öyle olması gerektiğini açıklamaktadır. Daha önce de ifade ettiğim üzere mesele bir suçu yaratan yasal norma geldiği zaman, hukukun tek dikkate aldığı şey uygunluktur. Yoksa, kişinin niye ilgili kurala/norma uyduğu hiç dikkate alınmaz. Kişi hukuku çiğnemediği sürece, kişinin yasal, ahlaki veya benzeri sebeplerle hareket edip etmediği veya sebepsiz hareket edip etmediği hukuku hiç ilgilendirmez. Fakat, mesele bir hukuka uygunluk sebebine yetki verilmesine geldiğinde burada durum farklıdır. Burada savunmanın yetkili kılınması ile eyleme ait belirli çelişkili sebeplerin dahil edilmesi söz konusudur öyle ki bu sebepler (diğerlerinin tersine) normun ihlal edilmesi lehine sebepler olarak bağlanılabilmek üzere artık mevcut hale gelmiştir. Savunmadan yararlanabilmek için, kişi sebeplere dayanır. Sadece sebeplere dayanan bir kişinin hareket edeceği şekilde hareket etmek işe yaramayacaktır. Bir sebebi dışlamak, onu ıskat edilmiş bir sebep haline getirir, örneğin, yapılmaması gereken bir davranışa ilişkin sebepte olduğu gibi. İlgili sebebin dahil edilmesi sadece süreci tersine çevirir. Bu durumda yalnızca kişinin hareket edebileceği sebepleri deği-

²¹ İngiliz hukukunda uygulamadaki farklılığı görmek için, cf *Deler ile birlikte* (1952) 36 Cr App R 184, *Dadson* (1850) 4 Cox CC

tirmek suretiyle kişinin ne yapması gerektiğini de değiştirir. Eğer kişi bu sebeplerle hareket etmemiş ise, o zaman kişinin hukuka uygunluk zemini de yok demektir²².

4. Yanlışlar ve hatalar

Fletcher, suç/savunma zıtlığının olası anlamı üzerine henüz benim bahsetmediğim başka bir yansıma ortaya koymaktadır:

Suçlayıcı davranışı yasaklayıcı bir normun ihlali olarak düşünelim. Örneğin, yalnızca Batı toplumunun temel emirlerini düşünmemiz gerektiğinde - öldürme, çalma- gibi temel yasaklamalar, ahlaki olarak göreceli, din sonrası toplumlarda dahi üzerinde mutabık kalınmış temel yasaklamalardır. Ancak, diğerlerini suçlamada başvurduğumuz bu basit emirler sadece yanlış davranışın paradigmatik örneklerini göstermektedir. Hukukta veya ahlaki söylemde bütün durumlarda yanlış davranıştan sorumluluğu ileri sürebilmek için, basit emirlere istisnai durumlar da eklenmelidir. Bu ek kriterler hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret sebepleridir²³.

Bu bölümü yorumlamak için birden fazla yöntem vardır. Tercih edeceğim ve irdeleneceğim yorumlamada, Fletcher ilk bakışta haklı görülen yanlışlar, bir hata gerekliliğini içermeyen, varsayılan 'katı' yanlışlardır. Sadece hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret sebeplerini değerlendirmeye çalıştığımızda aslında biz hatayı değerlendirmekteyiz. Bu yorumu ortaya koymakla, niyetim Fletcher'a ilk bakışta haklı görülen yanlışların manevi unsuru olmadığı varsayılan yanlışlar olduğu fikrini atfetmek değildir. Bunun onun görüşü olmadığı açıktır. Fletcher'in örneklerinden birisi ('yine de öldürmemeli') tamamen kazara ihlal edilebilir nitelikteki yasaklayıcı bir normdur, fakat diğeri, ("yine de çalmamalı-sın") ancak kasten ihlal edilebilir (manevi unsur ile) yasaklayıcı bir normdur. Bununla birlikte bu durum benim geliştirmiş olduğum Fletcher'in pasajının yorumu ile alakasızdır. Benim altını çizdiğim husus bu yasaklayıcı normlardan herhangi birinin, ihlali gerçekleştiren kişinin hatası olmaksızın ihlal edilebileceğidir. Bu durum bu normlardan hiçbirinin, ihlali gerçekleştiren kişinin bu ihlali hangi sebeplerle gerçekleştirdiğine ilişkin olarak, bir değerlendirme yapmaya yer bırakmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Fletcher belki de şu şekilde yorumlanabilir: hukuka uygunluk nedenleri ve mazeret nedenlerinin oyuna katılması ile birlikte, bunlar aslında bizi ihlali gerçekleştiren kişinin o ihlali neden gerçekleştirdiğine ilişkin sebeplerin belirlenmesine ve bu anlamda hataya düşüp düşmediğinin tespitine çağırılmaktadırlar.

Eğer Fletcher'in yaklaşımı bu şeklide ise ben buna bütünüyle katılıyorum. Başka bir yerde bir şekilde örneğin insanları incitmek, insanları (hangi nedenle olursa olsun) üzme gibi sıradan ve temel yanlış yapma şekillerinin (katı yanlış yapma olduğunu kapsamlı tartışmışım)²⁴. Aynı şekilde mazeret sebeplerinin de tıpkı hukuka uygunluk sebepleri gibi yanlış yapanın gerekçelerinin değerlendirmesine çağırılan birer yanlış yapma savunmaları olduğunu tartışmışım²⁵.

²² Yukarıdaki 19 numaralı dipnotta belirtilen 'Justifications and Reasons' 'da bu hususu daha detaylı olarak araştırdım.

²³ Yukarıdaki 4 numaralı dipnotta, *Rethinking Criminal Law*, 562.

²⁴ P Cane ve J Gardner (baskılarında) J Gardner, 'Obligations and Outcomes in the law of Tort, *Relating to Responsibility: Essays for Tony Honore on his 80th Birthday* (2001).

²⁵ J Gardner, 'The Gist of Excuses', *Buffalo Criminal Law Journal* 1 (1997), 575 (bu ciltte 6ıncı Bölüm). Bu nokta Fletcher'in ve benim mazeret sebepleri noktasında farklı fikre

Ve yine inanıyorum ki daha önce hiç tartışmamış olsam dahi bir kimse işlemiş olduğu suçta yanlışlıkla hataya düşebilmesi, bu yanlışın ancak bir hukuka uygunluk nedeni veya bir mazeret nedeni olmaksızın işlenmesi halinde mümkündür. Ancak bunların hepsi kendisini yorumladığım Fletcher için de olduğu gibi bir yapbozun parçalarıdır.

Fletcher yalnızca örneksel suçların “öldürmemeli” gibi basit emirlerde ele alındığını ifade etmektedir. Ben de benzer şekilde bu basit yanlışlığın yalnızca “sıradan ve temel yanlış biçimleri” olduğunu söylüyorum. Bununla birlikte her iki görüşte de daha karmaşık ve kısmen yanlış yapanın hataya düşmesi ile oluşan daha az sıradan yanlışlar olabilir. Hukuk sisteminde, bilinçli veya bilinçsiz taksir halleri, kısmen yanlış yapanın hatasını içeren klasik örnekler olarak gösterilebilir. Bunlar “hatanın öngörülebilirliği” yanlışları olarak isimlendirilebilir. Yanlış yapanın hatası – (belirli) hukuka uygunluk sebeplerinden ve mazeret nedenlerinden yoksun olunması – yasaklayıcı normun ihlal edilebilirliği yönünden zorunlu bir koşuldur. Yasaklayıcı normda en azından bazı hukuka uygunluk sebeplerinin ve mazeret nedenlerinin öngörülmüş olması gerekmektedir. Ancak bu durum nasıl mümkün olabilir? Şurası kesindir ki, hukuka uygunluk sebeplerine ve mazeret nedenlerine ilişkin bütün mesele, Fletcher’in altını çizdiği üzere zaman ve yine benim bu tartışmanın başlangıcından beri kabul ettiğim üzere, hukuka uygunluk sebeplerinin ve mazeret nedenlerinin katı bir anlamla birer savunma olmalarıdır. Bu durumu ileri sürmek birinin kuralı/normu ihlal ettiğini inkar etmek değildir. Diğer bir deyişle (suç biçimindeki hatayı yapmış olabilirim ama) bununla birlikte hatanın öngörülebilirliği yanlışları ile bu mantığa karşı gelindiği görülmektedir. Bu yanlışların söz konusu olduğu durumlarda bir hukuka uygunluk sebebi veya mazeret nedeni ancak o yanlışın inkar edilmesi gibi de görülmektedir; bir savunma da aynı şekilde suçun inkarı gibi görünmektedir bu durum nasıl mümkün olabilir. Hatanın öngörülebilir yanlışları şeklinde bir kavram nasıl mümkün olabilir?

Bu soruya yanıt vermek için önceki bölümde (3. sebeplerden normlara) Campell’in hikayesine eklediğim karmaşıklıklara dikkat çekmek yeterli olmayacaktır. Doğrudur, emredici kurallar genelde yalnızca yaptıkları şeyi emredici kılan lehte sebepleri yansıtmak için değil ancak aynı zamanda bazı aleyhte sebepleri de yansıtmak için şekil alırlar. Bu durum, normun emredici kıldığı şeye karşı sebeplerin bazılarının veya tamamının norm tarafından neden göz önünde bulundurulmadığının en belirgin açıklamasıdır. Bunlar, normun nihai şeklinde (örneğin yeterince ağırlıklı olmadıkları için) yer verilmeseler bile normun belirlenmesinde etkiye bulunabilirler. Diğer durumlarda ise normun nihai yapısında basit istisnalar olarak kendilerine yer bulurlar. Common Law sisteminde, örneğin, insan öldürme sadece ‘Queen’s Peace²⁶’ altında işlenebilir. Savaş sırasında düşman savaşçıları öldürenler bunu ülkeyi savunmak (veya diğer yasal sebepler) için yaptıklarını ileri sürmek durumunda değildir. Çünkü bunların filleri zaten insan öldürme suçu kapsamında yer almamaktadır. Bunların gerekçeleri zaten sıradan bir istisna yoluyla, yasaklayıcı bir norm şeklinde

sahip olduğumuz noktadır. Mazeret sebeplerine ilişkin benim açıklamam akıl hastalığı hususunu hariç tutmaktadır, halbuki o (tereddütle) bunu dahil etmektedir. Bakınız, yukarıdaki 4 numaralı dipnottaki, *Rethinking Criminal Law*.

²⁶ Queen’s Peace (veya tahta bir erkeğin oturması durumunda King’s Peace) terimi, Commonwealth topraklarında yaşayan herkes için sağlanan korumayı ve güvenceyi ifade etmek üzere kullanılır (Çevirenin notu).

öngörülmüştür. Ortada bir ihlal olmadığı için bir savunma da gerekli değildir. Bu konuda bir mantık bilmececi söz konusu değildir.

Hata öngören yanlışlar ise farklıdır. Çünkü bunlar birer mantık bilmececidirler. Şöyle ki bunlar yalnızca bir savunma gereksinimi bertaraf etmekle veya suça verdikleri yapı içerisinde onun gücünü başka türlü dikkate almakla kalmamaktadır. Bunlar daha ziyade zanlının gerçekten ilgili savunmaya sahip veya bundan yoksun olup olmadığına bağlı olarak suçun işlenmesini gerçekleştirmektedir. Bunlar mantıksal olarak kafa karıştırıcıdır. Bu da, bir savunma gereksinimini karşılamadığından veya diğer türlü bunun gücünü, suça verdikleri şekli hesaba katmadığıdır. Aksine, suçun işlenmesini davalının gerçekten ilgili savunmayı yapıp yapmadığını veya savunmanın var olup olmadığına bağlı hale getirirler.

Bir suçun işlendiğini inkar edebilmek için kişi, ya hukuka uygunluk nedenlerinin ya da mazeret nedenlerinin varlığını ortaya koyarak yapmış olduğu şeyin yapılması için sebeplerinin kabul edilebilirliğini ileri sürmek zorundadır. Buradaki mantıksal bilmece belki de bu terimlerin içerisine yerleştirilmek suretiyle daha da göz alıcı biçimde ortaya konulabilir.

Eğer yasaklayıcı norm ihlal edilmemişse bu takdirde hukuka uygun veya mazur gösterilecek olan nedir? Ama eğer hukuka uygun veya mazur kılınacak bir şey yoksa bu durumda hukuka uygunluk veya mazeret nedeninden yoksun olunması normun ihlal edilip edilmediği sorusuna karşı nasıl dayanacaktır?

Bu bilmeceyi çözenin doğru yolu, hata öngören yanlışların bir biçimde bağımlı (parazitik) veya ikincil yanlışlar olduğunun kabul edilmesidir. Kişi bunları yalnızca suçu işlemesinin bir parçası veya bölümü olarak yaptığı başka bir şey için hukuka uygunluk nedeninden veya mazeret nedeninden yoksunsa işlemektedir. Bazı hallerde, bu 'başka şey' kesinlikle zorlayıcı bir normun ihlali değildir ama yalnızca sıradan bir sebeple uygunluk sağlanamamasından ibarettir. Kişinin, örneğin çocukları dağcılık faaliyetine götürmeme konusunda ağırlıklı bir sebebi vardır ama kişinin tek ödevi, bunun adi taksirle veya bilinçli taksirle yapmamak şeklindedir. Yasaklayıcı norm tarafından yasaklanan şey, (belirli) hukuka uygunluk sebepleri ve mazeret sebepleri olmaksızın, sebep ile uygunluk sağlanmamış olmasıdır. Diğer bazı hallerde ise (başka şey) daha farklı ve daha basit bir hatanın gerçekleştirilmesidir. Örneğin, kişi bir dedikoduyu yaymak suretiyle bir yanlış işlemektedir ancak bundan daha farklı ve daha ileri düzeydeki bir yanlış ise bu dedikodunun kötü niyet ve dürüstlüğe aykırı şekilde yayılmasıdır. Yasaklayıcı norm ile yasaklanan şey, kişi tarafından (belirli) hukuka uygunluk sebeplerinden veya mazeret sebeplerinden yoksun bulunulan diğer bir yasaklayıcı normun ihlal edilmesidir.

Bu her iki tipi de içeren haller de- ki bu durum ahlak ta da hukukta da olduğu gibi sıklıkla ortaya çıkmaktadır- kişi, bir yandan belirli bir argümanın suçun inkarı olduğunda ısrar ederken bunun diğer yandan savunma olduğunu kabul edebilir. Bunun sebebi, bu savunmanın inkar edilen *farklı* bir suça ilişkin olmasıdır. Burada inkar edilen suç, inkar edilmeden suçun hiç veya yeterli şekilde savunulamaz olarak işlenmesi sonucunda oluşmaktadır. Bu durum, (benim düşündüğüm ve Fletcher'in de öyle düşündüğünü düşünmek istediğim şekilde) 'yine de öldürmemeli' şeklindeki sıradan ve basit türdeki yanlışların, dar/kati yanlışlar olduğunu düşünmenin doğal olduğunu ortaya koymaktadır. Yalnızca bu hataya düşenler tarafından işlenen yanlışlar bu gibi basit yanlışlara bağımlı olarak ortaya çıkarlar. Bunlar ayrıca kişinin (belirli)

hukuka uygunluk nedenleri veya mazeret nedenleri olmaksızın işlediği daha ileri ve basit (dar/katı) yanlışlardır.

Hata ile işlenen yanlışların sıradan ve basit türde olduğunu ve 'dar/katı' hataların ise özel ve ayrı olduğunu düşünenler bir kez daha düşünmelilerdir. Bu konuda (Fletcher'in eseri olan) *Rethinking Criminal Law*'dan öğrenecekleri şeyler vardır. Özellikle suç ve savunma arasındaki ayrımın mutlak önemini kavramaları gerekmektedir. Bu ayrım, kulağa teknik ve hukuki gibi gelse de aslında yanlış yapma ile hata arasındaki –yalnızca hukukta değil ama aynı zamanda ahlakta da geçerli olan ilişkinin anlaşılabilmesi için anahtar bir özellik taşımaktadır.