

Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm Anlayışlarının Hukuka Aykırılık Kavramı Çerçevesinde Ceza Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi

Ömer DEMİRTAŞOğLU*

Gölce Ecem UÇAR**

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Anayasa Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi demirtasogluomer@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0003-1739-5144.

** İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Burslu Yüksek Lisans Öğrencisi, ucargulceecem@gmail.com, **ORCID ID:** 0000-0002-7585-3302.

ÖZ

Hukuk felsefecileri adalet kavramı üzerine uzun tartışmalar yürütmüş ve bu tartışmaların neticesinde iki temel hukuk ekolü olan doğal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu iki ekolün sahip olduğu farklı bakış açısı birçok alana olduğu gibi ceza hukukuna da yansımış ve iki farklı hukuka aykırılık anlayışının ortaya çıkmasına sebep olmuştur: Maddi hukuka aykırılık anlayışı ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışı. Bu makalede öncelikle doğal hukuk anlayışı ile hukuki pozitivizm anlayışı genel olarak ele alınmakta sonrasında ise bu iki temel hukuk ekolünün maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarıyla ilişkileri bazı örnekler ışığında incelenmektedir.

Anahtar kelimeler:

hukuka aykırılık

ceza hukuku

hukuk felsefesi

Doğal Hukuk Anlayışı

Hukuki Pozitivizm Anlayışı

Ömer DEMİRTAŞOĞLU
Gülce Ecem UÇAR

ASSESSING THE EFFECTS OF NATURAL LAW THEORY AND LEGAL POSITIVISM ON CRIMINAL LAW IN REGARDS OF UNLAWFULNESS

ABSTRACT

Legal philosophers have had long debates on the notion of justice and as a result of these debates, natural law theory and legal positivism, which are two main legal schools, have emerged. These two schools' different perspectives have affected criminal law, like many other areas, and caused the emergence of two different perceptions of unlawfulness: The perception of material unlawfulness and the perception of formal unlawfulness. In this article, firstly, natural law theory and legal positivism are inspected. Afterwards, the relationship of these two main legal schools with the perceptions of material unlawfulness and formal unlawfulness is examined by providing some examples.

Keywords:

unlawfulness criminal law legal philosophy
Natural Law Theory Legal Positivism

GİRİŞ

İlkçağlardan beri adalet kavramı üzerine çokça düşünülmüş ve tartışmalar yürütülmüştür. Hukuk felsefecileri de bu kavramı ele almışlar ve kavramın mevcut hukuk kurallarıyla ilişkisini açıklamaya çalışmışlardır. Bu uğraşlar sonucunda adalet kavramı ve mevcut hukuk kurallarının ilişkisini farklı şekillerde açıklayan iki temel hukuk ekolü ortaya çıkmıştır: Doğal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışı. Günümüze kadar devam eden ve hala geçerliliğini sürdürmekte olan bu iki karşıt ekol, sadece devletlerin hukuk sistemlerini etkilemekle kalmamış, aynı zamanda hukukun yorumlanmasında da farklı fikirlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Ceza hukukunun en önemli kavramlarından olan hukuka aykırılık kavramı, doğal hukuk anlayışı ve hukuki pozitivizm anlayışının hukukun yorumlanması üzerindeki etkilerine çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Hukuka aykırılık kavramının maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık olarak iki şekilde ele alınmasının temelinde iki farklı hukuk ekolünün yorum farkları bulunmaktadır. Bu makalede öncelikle doğal hukuk ve hukuki pozitivizm anlayışları genel olarak ele alınacaktır. Sonrasında ise bu iki temel hukuk ekolünün maddi hukuka aykırılık ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarıyla ilişkileri örneklerle incelenip hangi anlayışın benimsenmesinin daha isabetli olacağı sorusuna cevap verilmeye çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) DOĞAL HUKUK ANLAYIŞI

Hukuk felsefesinin iki temel ekolünden biri olan doğal hukuk anlayışı, tarih boyunca Aristoteles, Thomas Aquinas, Locke, Finnes gibi birçok önemli düşünür tarafından savunulmuştur. Doğal hukuk anlayışı hukuk kurallarının kaynağının doğa olduğunu ileri sürer. Bu anlayışa göre hukukun varlığından söz edebilmek için bir yetkili otorite tarafından konulmuş kuralların varlığı şart değildir. Herhangi bir yetkili otoritenin mevcut olmadığı durumlarda da insanın veya toplumun varoluşundan ortaya çıkmış olan bazı hukuk kuralları mevcuttur ve bu kurallar doğal hukuku oluşturmaktadır.^[1] Bu doğal hukuk kurallarının temelinde de adalet kavramı yatmaktadır.

[1] Hayrettin Yıldız, "Doğal Hukuk Bahçesinde Stoacılık," *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 6, no. 15 (2014): 56-58.

Doğal hukuk kurallarının dayandığı temel kavram adalet olduğu için bu kuralların ne olduğunun belirlenebilmesi adalet nedir sorusunun cevaplanabilmesine bağlıdır. Farklı dönemlerde yaşamış doğal hukuk teorisyenleri bu soruya farklı cevaplar vermişlerdir. İlkçağ doğal hukuk teorisyenleri adalet kavramını tabiata uygunluk ölçütüyle açıklamaya çalışmışlardır. Aristoteles ve Ulpianus'un da içinde bulunduğu bu düşünürlere göre fiziki ve biyolojik tabiatın işleyişine uygun olan kurallar adildir.^[2] Ortaçağ'da yaşamış olan doğal hukuk teorisyenleri ise adaleti tanrının emirlerine uygunluk olarak tanımlamışlardır. Aziz Augustinus ve Thomas Aquinas'ın başını çektiği bu düşünürlere göre doğal hukuk tanrısal iradeden kaynaklanan hukuktur ve "tanrının emirlerine uygun olan şey adil, uymayan şey gayri adildir".^[3] Yeniçağ hukuk teorisyenleri ise akla uygunluğu adaletin ölçüsü olarak kullanmışlardır. Bu teorisyenlere göre beşeri akla uygun olan şey adildir ve doğal hukuk beşeri akıldan kaynaklanmaktadır. Bu grupta yer alan teorisyenlerin en önemlisi de Grotius'tur.^[4]

Doğal hukuk anlayışı, bir devlette yürürlükte bulunan pozitif hukukun geçerliliğini doğal hukuka yani adalete uygunluğuna göre değerlendirmektedir. Doğal hukukçulara göre yürürlükte olan hukuk kuralları adalete uygun olduğu ölçüde geçerlidir. Adalete aykırı olan kurallar geçerli değildir, dolayısıyla hukuk değildir.

Günümüz doğal hukuk anlayışında, bir hukuk kuralının adil olup olmadığı ve dolayısıyla hukuk olup olmadığını tespit edilirken kuralın hukukun genel ilkelerine uygunluğuna bakılmaktadır. "Felsefi, ahlaki, sosyolojik ve ekonomik alanda ortaklaşa biçimde benimsenen kavramların hukuk dilindeki anlatımı"^[5] şeklinde tanımlanabilecek olan hukukun genel ilkelerinin içeriğini net olarak belirlemek mümkün değildir. Ahde vefa, dürüstlük, eşitlik gibi ilkelerin hukukun genel ilkelerinin içinde yer aldığı kabul edilmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrası insan hakları anlayışının önem kazanmasıyla

[2] Kemal Gözler, "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı," *Muhafazakâr Düşünce*, no. 15 (2008): 79-80.

[3] Gözler, "Tabii Hukuk," 80-81.

[4] Gözler, "Tabii Hukuk," 81-82.

[5] İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı," erişim 28 Nisan 2023 <https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>; 291.

birlikte temel insan hakları da günümüzde hukukun genel ilkeleri içinde görülmeye başlanmıştır. Sonuç olarak doğal hukuk görüşüne savunan kişilere göre eşitlik, dürüstlük, ahde vefa gibi ilkelere aykırı olan veya temel insan haklarını ortadan kaldıran yahut orantısız bir biçimde sınırlayan kurallar geçersizdir ve hukuk olarak kabul edilmemektedir.

İlkçağdan beri mevcut olan doğal hukuk anlayışı, hukuk felsefesi alanında hala çok etkili olan bir anlayıştır ve günümüzde dahi etkisini göstermeye devam etmektedir. Örneğin evrensel insan hakları anlayışı ve bu hakları korumayı amaçlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi belgeler esasen doğal hukukçu bir anlayışı yansıtmaktadır. Çünkü evrensel insan hakları anlayışı, bütün insanların sadece insan olarak doğdukları için bazı haklara sahip olduğu fikrini savunur. Doğal hukuk anlayışına uygun olarak bu hakların yetkili otoriteler tarafından insanlara bahşedilmiş olmasını beklemeyiz, insanlar doğal olarak bu haklara sahiptir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası, Nazilerin işlediği savaş suçlarının ortaya çıkarılması ve suçluların cezalandırılması amacıyla Almanya'nın Nürnberg şehrinde yapılan yargılamalar da doğal hukuk anlayışından temel almıştır. Yargılanan sanıklar, temelde yaptıkları eylemlerin kendi devletlerinin kanunlarına uygun olduğu, bu sebeple suçlu sayılmayacakları savunmasını yapmışlardır. Ancak mahkeme, doğal hukuk anlayışına uygun bir şekilde Nazi Almanyası'nda yürürlükte bulunan kanunların bariz bir şekilde adalete aykırı olduğu, bu sebeple hukuk sayılmayacağı görüşünü benimsemiştir. Dolayısıyla sanıkların bu kurallara uyma yükümlülüğünün bulunmadığı, aksine bu kurallar adalete aykırı olduğu için bu kurallara uymamaları gerektiği şeklinde hüküm kurulmuş ve birçok sanık cezalandırılmıştır. Böylece Nürnberg Yargılamaları doğal hukuk anlayışının uygulamaya yansımalarına güzel bir örnek teşkil etmiştir.

B) HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞI

Doğal hukuk anlayışının karşıtı olarak 19. yüzyılda ortaya çıkan hukuki pozitivizm anlayışı, adaletin tanımlanamaz bir kavram olduğunu, bu sebeple hukuk biliminin dışında bırakılması gerektiğini savunur.^[6] Dolayısıyla adalete uygunluk bir hukuk kuralının geçerliliğinin belirlenmesinde kullanılacak bir ölçüt değildir. Hukuki pozitivistlere göre hukukun varlığı bir şeydir,

[6] Gözler, "Tabii Hukuk," 82.

bu hukukun erdemi ya da erdemsizliği başka bir şeydir.^[7] Bu sebeple adil olmayan hukuk kuralları da geçerlidir ve hukuk olarak kabul edilir.

Hukuki pozitivizm anlayışının kurucusu olarak değerlendirilen John Austin, egemenin buyruklarının hukuk olduğu fikrini savunmuştur.^[8] Austin'e göre egemenin yani o toplum düzeni içinde kural koymakla yetkilendirilmiş olan otoritenin koyduğu her kural hukuktur. Bu kuralların geçerliliği içeriğinden ve adalete uygunluğundan bağımsızdır. Yani hukuki pozitivistler bir kuralın geçerliliğini belirlerken, doğal hukuk anlayışının aksine; adalete uygunluk değil, yetkili otorite tarafından konulmuş olma ölçütünü kullanmaktadır.

Hukuki pozitivizm düşüncesinin bir başka temsilcisi olan Hans Kelsen de hukuk kurallarının geçerliliğini normlar hiyerarşisi fikrine dayandırarak açıklar. Kelsen'e göre hukuk sisteminde yer alan kurallar geçerliliklerini bir üst normdan alır. En üst norm olan anayasa ise geçerliliğini hukuk sisteminin temelini oluşturan temel normdan alır.^[9] Her hukuk kuralı normlar hiyerarşisinde üstünde yer alan normlarda belirtilmiş olan usule uygun olarak çıkarılmak ve içerik olarak da bu normlara uygun olmak zorundadır.^[10] Örneğin bütün kanunlar, kanunların üst normu olan anayasada belirtilen usule uygun olarak yapılmalıdır ve içerik olarak da anayasaya aykırı olmamalıdır. Bu iki şartı sağlayan kurallar içerikleri adalete bariz bir şekilde aykırı olsa da geçerli olacaktır. Görüldüğü gibi Hans Kelsen de kuralların geçerliliğini belirlerken kuralların içeriğini ve adalete uygunluğunu dikkate almamaktadır. Bu durum Kelsen'i de hukuki pozitivistler sınıfına sokmaktadır.

Hukuki pozitivizm fikrinin önde gelen bir başka ismi Herbert Lionel Adolphus Hart ise hukuk kurallarını sınıflandırma yoluyla hukuki pozitivizm düşüncesini açıklamaktadır. Hart'a göre, bir hukuk sisteminde iki çeşit kural vardır: Birincil kurallar ve tamamlayıcı (ikincil) kurallar. Birincil kurallar

[7] Brian H. Bix, "Hukuki Pozitivizm," içinde *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, ed. Martin P. Golding ve William A. Edmundson, çev. Yusuf Umur Çil (İzmir: İslık Yayınları, 2021), 68.

[8] Bix, "Hukuki Pozitivizm," 68.

[9] Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'in Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi," *Anayasa Yargısı* 37, no. 1 (2020): 7.

[10] Gözler, "Tabii Hukuk," 88.

doğrudan bütün vatandaşlara hitap eden ve onları bir davranışta bulunmak yahut bir davranıştan kaçınmak yükümlülüğü altına sokan kurallardır.^[11] Tamamlayıcı kurallar ise sistemin bütünü düzenler ve yetkili organlara hitap eder. Hart tamamlayıcı kuralları da kendi içinde üçe ayırmaktadır. Kişilerin yasal sistem içerisinde hangi kurallara bağlı olması gerektiğini, hangi kuralların bağlayıcı olduğunu belirleyen kural tanıma kuralıdır. Yetkili organlara yeni birincil kurallar koyma veya mevcut birincil kuralları değiştirme yetkisi veren kurallar değiştirme kurallarıdır. Kuralların ihlali halinde bu ihlali tespit etmeye yetkili olan makamları ve bu makamların karar alma usulünü gösteren kurallar ise muhakeme kurallarıdır.^[12] Hart'ın hukuki pozitivizm anlayışında tanıma kuralı öne çıkmaktadır. Hart'a göre bir hukuk sisteminin varlığından bahsedilebilmesi ve konulan kuralların geçerli sayılabilmesi için bir tanıma kuralının varlığı şarttır.^[13] Dolayısıyla Hart da diğer hukuki pozitivistler gibi kuralların geçerliliğini belirlerken kuralların içeriğiyle ve adalete uygunluğuyla ilgilenmemektedir.

Özet olarak doğal hukuk anlayışından çok daha sonra ortaya çıkmış bir anlayış olan hukuki pozitivizme göre adalet kavramının objektif bir tanımı yapılamaz, bu sebeple adalet kavramı bir kuralın geçerliliğinin belirlenebilmesi için kullanılamaz. Bir kuralı hukuk olarak geçerli kılan şey, kural çıkarmaya yetkili olan otorite tarafından ortaya konulmasıdır. Yetkili otorite tarafından çıkarılmış bir kural adil olmayabilir ancak bu durum söz konusu kuralı hukuk kuralı olmaktan çıkarmaz veya geçersiz hale getirmez.

II. DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI ÜZERİNDEN CEZA HUKUKUNA YANSIMALARI

A) HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI İLE MADDİ HUKUKA AYKIRILIK VE BİÇİMSEL HUKUKA AYKIRILIK ANLAYIŞLARI

Suç, ceza kanunun yasakladığı fiilin, dış dünyada gerçekleşmesiyle oluşur. Yani fiili oluşturan davranışın dış dünyada varsa sonuçlarıyla birlikte vuku bulması, ceza kanununun ihlaline yol açar. Suç, ceza kanununun bir normunun

[11] Şule Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı," *HFSA*, no. 2379 (2012): 84.

[12] Şahin Ceylan, "H.L.A. Hart'ın," 84-85.

[13] Bix, "Hukuki Pozitivizm," 77.

ihlali olarak tanımlandığında suçun temel özelliği, hukuk düzeniyle çatışması veya hukuk düzenine aykırılığı olarak ortaya çıkar.^[14] Söz konusu bu çatışma, hukuka aykırılık kavramıyla ifade edilir.

Kanun koyucu kimi hallerde bir fiili cezai müeyyideye bağlarken kimi hallerde de aynı fiilin gerçekleştirilmesine izin vermektedir.^[15] Nitekim, insan öldürmeyi yasaklayan TCK 81 hükmü karşısında meşru savunma şartları gerçekleştiğinde kişinin bir başkasını öldürebileceği sonucunu öngören TCK 25 hükmü arasında da görünüşte böyle bir çelişki olduğu iddia edilebilir. Ancak yasaklanan fiilin, şartları gerçekleşen bir hukuka uygunluk nedeninin sınırları içinde ortaya çıkmış olması ile fiil artık hukuka aykırı olarak değerlendirilemeyecektir. Aksini kabul, kanun koyucunun hem bir davranışa cevaz verdiği hem de aynı davranışı ceza müeyyidesine bağlamak suretiyle yasakladığı anlamına gelecektir ki bu durumun hukuki çelişmezlik prensibine aykırı olacağı kuşkusuzdur.^[16] Yani hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı, hukuka aykırılığı dışlamaktadır.

Hukuka aykırılık kavramı genel hatlarıyla açıklandıktan sonra, doktrinde tartışmaya neden olan kavramın niteliği konusuna değinmekte fayda vardır. Doktrinde hukuka aykırılığı, suça özelliğini veren, ona içkin bir nitelik olarak değerlendiren yazarların yanında; hukuka aykırılık kavramını suçun kurucu unsurlarından biri olarak sınıflandıranlar da bulunmaktadır.^[17] Yazarlar, hukuka aykırılığın niteliğine ilişkin görüşleri doğrultusunda suçun unsurlarına ilişkin farklı ayrımlar benimsemişlerdir. Hukuka aykırılığın suçun unsuru olmadığını savunan anlayışlar içinde kendisine en çok taraftar toplayanlardan biri suçun ikili ayrımı görüşüdür.^[18] Suçu; davranış, sonuç, nedensellik bağı ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğundan oluşan maddi unsur ile kast ve taksir şeklinde somutlaşan manevi unsurdan oluşan

[14] Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yayıncılık, 2021), 193.

[15] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 195.

[16] Rona Serozan, "Hukukta Yöntem," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8, Özel Sayı (2013): 2433.

[17] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 196.

[18] Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık* (Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003), 133.

bir bütün olarak gören klasik ikili ayırımın savunucuları, hukuka aykırılık kavramının ayrı bir unsura vücut vermediğini belirtmişlerdir. Onlara göre hukuka aykırılık kavramı, hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu bağlamında maddi unsur altında değerlendirilmelidir. Yani, esasında, suçun ikili ayırımını savunan yazarlar, hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturduğu düşüncesindedirler.^[19] Hukuka aykırılığı suçun unsuru olarak değerlendirenler içinde de en öne çıkan görüş suçun üçlü ayırımı olmuştur.^[20] Bu gruptaki yazarlar, suçun; fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk olmak üzere üç unsurdan oluştuğu görüşündedirler.^[21] Ancak bu yazıda; hukuka aykırılığın suçun özünü oluşturan bir nitelik, hukuk düzeninin fiili ihlal edici bulmasına yol açan bir değerlendirme olması ve dolayısıyla normatif karakterde olan suçun unsurlarından ayrışması nedeniyle suçun ikili ayırımı görüşü benimsenecek ve hukuka aykırılık ayrı bir unsur olarak ele alınmayacaktır.

Hukuka aykırılık kavramıyla ilgili doktrinde; maddi-biçimsel hukuka aykırılık, objektif-sübjektif hukuka aykırılık ve hukuka genel-özel aykırılık ayrımları oluşturulmuştur. Hukuka aykırılık kavramının doğal hukuk ve hukuki pozitivizm görüşleri çerçevesinde nasıl değerlendirildiğinin daha iyi açıklanabilmesi adına, bu başlıkta, hukukun kaynakları tartışması ile suçun maddi ve biçimsel anlayışları arasındaki farka dayanan maddi-biçimsel hukuka aykırılık ayırımı^[22] ele alınacaktır. Hukuka aykırılığın konusunun davranış mı kusurluluk mu olduğu ile ilgilenen objektif-sübjektif hukuka aykırılık ayırımı ve suç tanımında yer alan özel hukuka uygunluk nedenleri ile mahiyetine uygun düştüğü her suça uygulanabilecek genel hukuka uygunluk nedenleri arasındaki farka dikkat çeken hukuka genel-özel aykırılık ayırımına,^[23] doğal hukuk ve hukuki pozitivizm açısından ek bir değerlendirmeyi gerektirmediği için yer verilmeyecektir.

[19] Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara, Savaş Yayınevi, 2018), 117.

[20] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 134.

[21] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 134.

[22] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 17.

[23] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 18.

1- Maddi Hukuka Aykırılık Anlayışı

Maddi ya da öze ilişkin hukuka aykırılıkta; hukuka aykırılık, suç fiilinin hüküm tarafından korunan değeri ihlal etmesi ile ortaya çıkar.^[24] Yani bu hukuka aykırılık anlayışında davranışın sosyal tehlikeliliği esas alınır. Sosyal açıdan tehlikeli sayılabilecek davranışlar, hukuka aykırı olarak kabul edilir.^[25]

Maddi-biçimsel hukuka aykırılık ayrımı, ceza hukukunun kaynakları ve bu doğrultuda benimsenen kanunilik anlayışı ile yakından ilgilidir. Bu nedenle maddi hukuka aykırılık kavramının daha iyi anlaşılabilmesi adına, ilk olarak maddi/öze ilişkin kanunilik anlayışına değinmekte fayda vardır. Öze ilişkin kanunilikte işlenen fiilin suç sayılması antisosyal oluşuyla açıklanır. Yani suç fiilinin, ceza kanununda cezai müeyyideye bağlanmış olması gerekliliğini aramaz. Bu anlayışın birbirini tamamlayan iki temel kabulü vardır. Bunlardan ilki, antisosyal bir fiilin ceza normunda açıkça suç sayılmasa bile cezalandırılmasıdır.^[26] Yani öze ilişkin kanunilik anlayışı; kişinin fiilinin, bir ceza normunda suç olarak öngörülmemiş olsa bile sosyal açıdan tehlikeliyse suç sayılması gerektiğini vurgular. Söz konusu anlayışın ikinci kabulü ise sosyal yönden tehlikeli olmayan bir fiilin kanun tarafından suç olarak değerlendirildiğinde dahi cezalandırılmaması gerekliliğidir.^[27] Bu ilkelerin birbirlerini, adeta bir madalyonun iki yüzü gibi tamamladıkları kolaylıkla anlaşılacaktır.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı ile öze ilişkin kanunilik ilkesi arasındaki bağlantı kolaylıkla fark edilebilecek niteliktedir. İlk olarak, maddi hukuka aykırılık anlayışında hukuka aykırılık,^[28] öze ilişkin kanunilik ilkesinde ise fiilin suç sayılması kanundan değil, davranışın antisosyallığından kaynaklanır. Yani fiil, ceza kanunu tarafından suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanmadan önce de suç teşkil eder. Kanun koyucunun yaptığı, antisosyal davranışı tespit edip onun vücut verdiği suç fiilini müeyyidelendirmektir.^[29]

[24] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[25] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 50.

[26] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 44.

[27] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 44.

[28] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 51.

[29] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 53.

Bu nedenle fiilin hukuka aykırılık niteliği de kanunla çatışmasından değil, davranışın sosyal tehlikeliliğindedir.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı ile öze ilişkin kanunilik ilkesi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. İlk olarak öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen eleştirilere değinilecektir. Öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen ilk ve en temel eleştiri, ilkenin kanunda yer almamasına rağmen antisosyal fiilleri suç sayıp cezalandırarak ve kanunda yer almasına rağmen antisosyal bulunmayan fiilleri cezalandırmayarak hukuki kesinlik ve belirliliği ortadan kaldırmasıdır.^[30] Bu ilkenin söz konusu antisosyallik değerlendirmelerini de “halkın sağlıklı duygusu”, “sosyal bilinç” gibi muğlak ve bu nedenle yargıcın keyfi biçimde yorumlayabileceği temellere dayandırması da bu ilkenin ayrımcılığa ve keyfiliğe yol açabilecek şekilde uygulanmaya açık olduğunu gözler önüne sermektedir.^[31]

Öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler bu şekilde değerlendirildikten sonra maddi hukuka aykırılık anlayışına ilişkin eleştiriler ele alınacaktır. Bu bağlamda üzerinde durulacak ilk eleştiri, maddi hukuka aykırılık anlayışının antisosyallik kavramını kanun koyucunun iradesinden bağımsız değerlendirmesinin isabetsiz olduğuna ilişkindir.^[32] Bu eleştiriye yönelten yazarlar, suçların hepsinin etik-ahlak normlarını ihlal eden fiillerden meydana gelmediğini, ayrıca özellikle olağanüstü durumlarda kanun koyucunun çeşitli menfaatleri ceza kanunları tarafından koruma ihtiyacına da cevap vermediğini belirtmektedirler.^[33] Maddi hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ikinci eleştiri ise, öze ilişkin kanunilik ilkesine yöneltilenle paralel olarak, bu anlayışın yargıcın keyfiliğine yol açabilmesidir. Maddi hukuka aykırılık anlayışı, tıpkı öze ilişkin kanunilik ilkesinde olduğu gibi, kanun ötesi kaynakları da benimsemektedir.^[34] Bu anlayışın “halkın sağlıklı duygusu” gibi muğlak ölçütleri antisosyallik değerlendirmesinde kabul ettiği de göz önünde bulundurulunca hem kanun ötesi kaynaklara hem de bu muğlak ölçütlere dayanma yetkisine sahip yargıcın keyfi davranması çok

[30] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 47.

[31] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 47.

[32] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 69.

[33] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 69.

[34] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 198.

olası görünmektedir. Maddi hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen üçüncü ve son eleştiri ise bu anlayışın yukarıda ana hatlarıyla ele alınan doğal hukuk görüşüyle ilişkisi bağlamındadır. Doğal hukukçu geleneğin, ceza kanunlarının toplumdaki minimum ahlak standartlarının adeta kristalize edilmesiyle oluşturulduğu görüşüne paralel gelişen maddi hukuka aykırılık, doğal hukukun bu kabulüne yöneltilen eleştirilere de maruz kalmıştır.^[35] Bu son eleştiri, aşağıda doğal hukuk ile maddi hukuka aykırılık görüşlerinin birlikte incelenmesi yapılırken daha detaylı ele alınacaktır.

2- Biçimsel Hukuka Aykırılık Anlayışı

Hukuka şekli aykırılık olarak da adlandırılan biçimsel hukuka aykırılık anlayışında, hukuka aykırılık; beşeri fiil ile ceza kanunu arasındaki çelişmeden yani fiilin ceza kanununu ihlal etmesinden kaynaklanır.^[36]

Yukarıda maddi hukuka aykırılık anlayışında olduğu gibi, burada da öncelikle biçimsel kanunilik ilkesine değinilmelidir. Biçimsel kanunilik ilkesi de iki temel prensipten hareket eder. Bu prensiplerin ilki, antisosyal olsa bile kanunun açıkça suç olarak düzenlemediği fiilleri cezalandırma yasağıdır.^[37] İkinci prensip ise, kanunun suç saydığı fiillerin, antisosyal olmasalar bile cezalandırılması zorunluluğudur.^[38] Bu iki ilke birlikte düşünüldüğünde, biçimsel kanunilik ilkesinin temel savının “Kanunsuz suç ve ceza olmaz.” düsturuna dayandığı rahatça fark edilebilecektir.

Biçimsel kanunilik ilkesi; kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ile kanunun geçmişe uygulanmazlığı şeklinde üç alt başlıktan oluşur.^[39] Kanunun tekelciliği ile kast edilen ceza hukukunun kaynağının kanun olduğudur.^[40] Kanunun tekelciliği ilkesi, örf ve adet gibi yazılı olmayan kaynakları reddetmekle kalmaz; idarenin düzenleyici işlemleri gibi kanun

[35] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 73.

[36] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[37] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 43.

[38] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 43.

[39] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 48.

[40] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

dışında kalan diğer yazılı kaynakları da dışlar.^[41] Yazılı olmayan kaynakların reddi, yargıcın kanuna tabi kılınmasıyla yargılama gücünün keyfilğini; yasama organının kanun olarak çıkardıkları haricindeki yazılı kaynakların reddi ise yürütmenin cezai düzenleme yapmasının önüne geçtiği için yürütme organının keyfilğini engeller.^[42] İkinci alt başlık olan kanunun açıklığı ve kesinliği, kanun koyucunun ceza normlarını oluştururken meşru olan ile olmayan arasındaki ayrımı ve dolayısıyla kanuni tipi açık şekilde oluşturmasıdır.^[43] Bu ilke sayesinde kişiler, davranışlarını bilinçli olarak belirlerler. Kanunda öngörülen durumlara ilişkin düzenlemelerin, kanunda öngörülme-yen benzer durumlara da uygulanması şeklinde tanımlanabilecek kıyas da kanunun açıklığı ve kesinliği ilkesiyle ilişkilidir.^[44] TCK 2/3 hükmünde öngörülen kıyas yasağı ile yargıcın kanunda açıkça suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanan haller haricinde cezaya hükmetmesi engellenir.^[45] Biçimsel kanunilik ilkesinin üçüncü ve son alt başlığı ise kanunların geçmişe uygulanmazlığıdır. Bu ilke, ceza normlarının sadece geçerli şekilde yürürlüğe girmelerinden sonra gerçekleşen fiillere uygulanmasını korur.^[46] Bu ilkenin tamamlayıcısı olan yürürlük ötesi uygulanmazlık ise ceza normlarının yürürlükten kalktıktan sonra gerçekleşen fiillere uygulanmamasını öngörür.^[47] Böylelikle, kişiler, eylemde bulunurken bunun meşru olup olmadığını bilebilirler ve öngöremeyecekleri bir cezai yaptırımla karşılaşmazlar.

Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesi arasında rahatlıkla fark edilebilecek bağlantılar bulunmaktadır. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesi arasındaki en temel benzerlik; ikisinin de suç fiilini, ceza kanununda suç olarak öngörülüp cezai müeyyideye bağlanmış olmasıyla tanımlamasıdır. Biçimsel kanunilik ilkesinde; suç, kanunun ceza tehdidiyle yasakladığı fiiller olarak anlaşılırken buna paralel

[41] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

[42] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 49.

[43] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 58.

[44] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 67.

[45] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 67.

[46] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 69.

[47] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 69.

olarak biçimsel hukuka aykırılık anlayışında da hukuka aykırılık, beşeri fiil ile ceza kanunu arasındaki çatışmadan kaynaklanmaktadır. Yani biçimsel kanunilik ilkesinde fiilin suç olup olmaması, biçimsel hukuka aykırılık anlayışında da suça içkin hukuka aykırılığın ortaya çıkıp çıkmaması kanun koyucunun ceza normunda yaptığı suç fiili tanımıyla yakından ilişkilidir.

Biçimsel hukuka aykırılık anlayışı ile biçimsel kanunilik ilkesine çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. İlk olarak biçimsel kanunilik ilkesine yönelik eleştiriler ele alınacaktır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler, bu ilkenin hangi fiillerin suç olduğunu belirlerken davranışın sosyal tehlikeliliğini temel ölçüt saymamasından kaynaklanmaktadır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen en temel eleştiri, suçluluğa karşı sosyal savunmada zayıf kalmasıdır.^[48] Bu eleştiri; öze ilişkin kanunilik anlayışının, suç fiilini tespit etmede antisosyallik ölçütünü kullanırken biçimsel kanuniliğin, fiilin ceza kanununda suç olarak düzenlenip düzenlenmediğine odaklanmasından doğmuştur. Bu eleştiriye ek olarak biçimsel kanunilik ilkesinin benimsenmesiyle, suçluluk açısından yasal suçluluk ve gerçek suçluluk olmak üzere bir ikilik oluşacağı ileri sürülmüştür.^[49] Biçimsel kanunilik ilkesinde davranışın sosyal tehlikeliliğinin ölçüt olarak kullanılmaması bu eleştiriye yol açmıştır. Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen son eleştiri de bu ilkenin kanun koyucunun keyfilğine karşı herhangi bir güvence sağlamaktan yoksun olmasıdır.^[50] Bu eleştiriye yöneltenler, antisosyallik dikkate alınmadığından kanun koyucunun, hangi fiilin suç teşkil edeceğini keyfi biçimde belirleyebileceği riskine dikkat çekmektedirler.

Biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilen eleştiriler bu şekilde açıklandıktan sonra biçimsel hukuka aykırılık anlayışına ilişkin eleştirilere değinilecektir. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen eleştiriler de tıpkı biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilenler gibi, bu anlayışın hukuka aykırılığı tespit etmek için davranışın sosyal tehlikeliliğini ölçüt olarak kullanmaması, salt yürürlükteki ceza normları ile fiil arasındaki çatışmaya odaklanması etrafında toplanır. Bu bağlamda biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ilk eleştiri, biçimsel kanunilik ilkesine yöneltilenle paralel olarak, bu anlayışın suçla

[48] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

[49] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

[50] Toroslu ve Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 46.

toplumsal mücadeleyi sağlama açısından yetersiz kalmasıdır.^[51] Bu eleştiri, antisosyallik ölçütünün ve dolayısıyla kanun ötesi kaynakların da devreye sokularak suça karşı etkili bir sosyal savunma yapılabileceğini belirtir. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yöneltilen ikinci eleştiri ise bu anlayışın hukuka aykırılığın içeriğini göz ardı etmiş olmasına ilişkindir. Bununla kastedilen, biçimsel hukuka aykırılık anlayışının salt şekli bir değerlendirme yaparak hükmün koruduğu değer ihlal edilip edilmediği^[52] üzerinde durmamasıdır. Biçimsel hukuka aykırılık anlayışına yapılan üçüncü ve son eleştiri ise bu anlayışın yasamanın keyfilğine yol açabileceğidir. Biçimsel kanunilik ilkesine de yöneltilen bu eleştiriye göre, biçimsel hukuka aykırılık anlayışı, hukuka aykırılığın tespitinde yürürlükteki ceza normları ile fiil arasındaki çatışmayı esas aldığından bu anlayış, yasama organının ceza kanunlarını ve dolayısıyla meşru fiilin sınırlarını keyfi bir biçimde belirlemesi riskini taşımaktadır.

B) DOĞAL HUKUK ANLAYIŞI AÇISINDAN HUKUKA AYKIRILIK

Yukarıda ana hatlarıyla ele alınan doğal hukuk, adalet kavramını temel alır.^[53] Bu görüşe göre, yürürlükteki hukuk kuralları ancak adalete uygun düştüğü ölçüde geçerli ve bağlayıcı olacaktır. Doğal hukuk taraftarları, adil olmayan bir kuralın hukuk olarak değerlendirilemeyeceğini savunurlar. Yani esasında, doğal hukuk görüşüne göre adalete uygunluk, hukuk kuralı olmanın ön şartıdır.

Doğal hukukun adalet kavramına dayanıp yasal düzenlemeleri de bu kavrama uygunluğu açısından ele aldığı ve maddi hukuka aykırılık anlayışının suç fiilinin hüküm tarafından korunan değeri ihlaline odaklandığı dikkate alındığında bu iki görüşün de değer kavramı üzerinden temellendiği anlaşılacaktır. Doğal hukuk görüşünde adalet değeri kanunların geçerliliği açısından bir ölçütken maddi hukuka aykırılık anlayışında hukuka aykırılık, suç fiilinin harcadığı değerle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla doğal hukukun kabul gördüğü bir hukuk sisteminde, ceza hukukunda da maddi hukuka aykırılık anlayışının kabul görmesi beklenir.

[51] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 47.

[52] Hafizoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 197.

[53] Gözler, "Tabii Hukuk," 82.

C) HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞI AÇISINDAN HUKUKA AYKIRILIK

Yukarıda genel olarak incelenen hukuki pozitivism, dayanak noktasını “adil olan” veya “adil olmayan” kavramlarından almaz.^[54] Hukuki pozitivismi belli açılardan farklı yorumlayan düşünürler olmasına rağmen bu anlayışın temeli, hukukun ne olması gerektiği ile yürürlükte olan hukuk kurallarının neler olduğu soruları arasındaki ayrıma dayanır.^[55] Yani özetle hukuki pozitivismde bir normun yasa olarak değerlendirilmesi onun adalete uygunluğuna değil, yürürlükteki kurallara uygun biçimde, yetkili merci tarafından çıkarılmasına bağlıdır.

Hukuki pozitivismin mevzu hukuka dayandığı ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışının da hukuka aykırılığı yürürlükteki ceza normları ile failin iradesinin çatışması ile açıkladığı göz önünde tutulduğunda hukuki pozitivism anlayışının benimsendiği bir düzende, ceza hukuku geleneğinin biçimsel hukuka aykırılık anlayışının etkisinde olması beklenmektedir.

D) DOĞAL HUKUK VE HUKUKİ POZİTİVİZM ANLAYIŞLARININ SAVUNDUĞU HUKUKA AYKIRILIK GÖRÜŞÜNÜ BENİMSEYEN CEZA HUKUKU SİSTEMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında çeşitli devletlerin hukuk düzenlerine hâkim kıldığı hukuki pozitivism ve doğal hukuk görüşleriyle hukuka aykırılık anlayışlarını nasıl oluşturdukları incelenecektir. Bu bağlamda faşizmin etkisindeki İtalya ve Almanya örnekleri, antidemokratik bir rejimde devletlerin hukuk düzenleri açısından benimsedikleri görüş ve bu doğrultuda geliştirdikleri hukuka aykırılık anlayışlarının gözler önüne serilmesi açısından tercih edilmiştir.

1922-1945 yılları arasında, İtalyan Faşizmi etkisinde yapılan kanunlaştırma çalışmaları ceza hukuku alanına da yansımıştır. 1889 tarihli liberal-muhafazakâr yapılı^[56] Zanardelli Kanunu yerini 1930 tarihli Rocco Kanunu'na bırakmıştır. Bu kanunun suç tiplerini ele alan özel hükümler kısmı dönemin faşist ideolojisinden etkilenmiştir. Özellikle devlet aleyhine

[54] Gözler, “Tabii Hukuk,” 83.

[55] Brian Leiter, “Hukuki Pozitivismin Radikallığı,” çev. Engin Arıkan *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020): 311.

[56] Çetin Özek, “İtalyan Ceza Kanunu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler,” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 34, no. 1-4 (1968): 72.

işlenen suçlar için ağır cezai yaptırımlar öngörülürken “Birey devlet içindir.” düsturundan hareketle hürriyet aleyhine işlenen suçlara yer verilmemiş^[57] ve böylelikle Zanardelli Kanunu’nun bireyci liberal anlayışından kopulmuştur.^[58] Rocco Kanunu’nun suç tasnifinde benimsediği bu antidemokratik tavırla hukukun geçerlilik ölçütü olarak adalet değerini ön plana çıkaran doğal hukuk anlayışından giderek uzaklaşmış ve hukuki pozitivizm ceza kanunu özelinde Faşist İtalyan hukuk düzenine hâkim kılınmıştır. Rocco Kanunu her ne kadar suç tasnifini faşizmin etkisinde yapmış olsa da biçimsel kanunilik ilkesinden vazgeçmemiş^[59] ve bu doğrultuda biçimsel hukuka aykırılık anlayışını benimseyerek suça niteliğini veren hukuka aykırılığın tespitinde antisosyalliği değil, yürürlükteki ceza normlarıyla failin iradesi arasındaki çatışmayı ölçüt saymıştır. Dolayısıyla 1922-1945 yılları arasında İtalya’da hukuk düzenine hâkim olan hukuki pozitivizmin etkisinde ceza hukukunda da biçimsel hukuka aykırılık anlayışının kabul gördüğü söylenebilmektedir. 2. Dünya Savaşı sonrasında faşizmin hukuk düzenindeki etkisinin yok edilmesi adına yapılan kanun değişiklikleri Rocco Kanunu’nu da etkilemiş ve yapılan değişikliklerle liberalleştirilmeye çalışılmıştır.^[60] Ancak özellikle devlet aleyhine işlenen suçların cezasının hafifletilmesi^[61] ve ceza hukukunun ıslah edici işlevinin öne çıkarılması^[62] şeklindeki değişikliklerle adalet değeri daha çok gözetilse bile bu durum hukuki pozitivizmden ve onun etkisiyle ceza hukuku geleneğine yerleşen biçimsel kanunilik ve biçimsel hukuka aykırılık anlayışlarından vazgeçilmesine yol açmamıştır.

Bu başlık altında değerlendirilecek son ve belki de en çarpıcı örnek 1933-1945 yılları arasında, Nasyonal Sosyalist rejim etkisi altındaki Almanya’dır. Söz konusu örnek hem tarihsel boyutu hem de maddi hukuka aykırılık anlayışı ile hukuki pozitivizmi bağdaştırdığı, yani bu yazıda öne sürülen maddi hukuka aykırılık anlayışı ve doğal hukuk görüşü ile biçimsel hukuka aykırılık

[57] Zeki Hafizoğulları ve Devrim Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 69 (2007): 28.

[58] Leiter, “Hukuki Pozitivizmin Radikalliği,” 73.

[59] Hafizoğulları ve Güngör, “Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi,” 43.

[60] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 76.

[61] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 106.

[62] Özek “İtalyan Ceza Kanunu,” 102.

anlayışı ve hukuki pozitivizm görüşü gruplamasından ayrılması nedeniyle önemlidir. Almanya'da maddi hukuka aykırılık anlayışının benimsenmesi, Hitler döneminden daha eskilere dayanmaktadır.^[63] Bu anlayış, esasında ilk olarak kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenlerine başvurulabilmesi için kabul görmüştür.^[64] Nasyonal Sosyalist rejim döneminde ceza normlarında yapılan değişiklikler incelendiğinde, eğilimin genel önleme düşüncesinin etkisiyle cezaları ağırlaştırmak ve özellikle ölüm cezasının uygulanma sınırını genişletmek olduğu görülür.^[65] Ayrıca bu dönemde ceza kanununda yapılan değişikliklerle kıyas yolu ile cezalandırmanın önü açılmış^[66] ve böylelikle biçimsel kanunilik ilkesinin en önemli güvencelerinden olan ceza kanunlarının açıklığı ve belirginliği ilkesi terk edilerek antisosyal davranışı ölçüt kabul eden öze ilişkin kanunilik ilkesine ve bu doğrultuda da maddi hukuka aykırılık anlayışına yaklaşılmıştır. Yine aynı dönemde, genel ahlaka karşı suç işleyen faillerin hadım edileceği öngörülerek^[67] doğal hukuk anlayışının gerektirdiği adalet kavramına tamamen zıt ancak kanun koyucu tarafından usulüne uygun yasalaştırılıp yürürlüğe girdiği için hukuki pozitivizm görüşüne aykırı düşmeyen ceza normları kabul edilmiştir. Nazi döneminde maddi hukuka aykırılık anlayışıyla birleşen hukuki pozitivizmin, ceza normlarını adeta iktidarın bir baskı aracı haline getirmesi, savaş sonrasında Almanya'nın yasama faaliyetleri sürecinde göz önünde tutulmuş ve tekrar aynı olumsuzlukların yaşanması önlenmek istenmiştir. Bu doğrultuda 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'nda yapılan 1968 tarihli değişikliklerle, "direnme hakkı" 20. maddenin 4. fıkrasında^[68] anayasal dayanak kazanmış^[69] ve böylelikle doğal hukukun üzerinde durduğu adalet kavramına aykırı

[63] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 54.

[64] Katoğlu, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, 55.

[65] Albin Eser, "Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler," *Yargıtay Dergisi*, no. 15 (1989): 16.

[66] Eser, "Son Yüzyıl İçinde," 16.

[67] Eser, "Son Yüzyıl İçinde," 16.

[68] Federal Alman Anayasası 20/4: "Bu düzeni ortadan kaldırmaya girişen herkese karşı, başka bir yardım bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir."

[69] Cengiz Otacı, "Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak," *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 579.

Doğal Hukuk ve Hukuki Pozitivizm Anlayışlarının Hukuka Aykırılık Kavramı
Çerçevesinde Ceza Hukukuna Yansımalarının Değerlendirilmesi

yasal düzenlemelerin hukuki pozitivist bir bakış açısıyla kabullenilmesinin önüne geçilmek amaçlanmıştır. Bu hüküm karşısında, hukuki pozitivizmi maddi hukuka aykırılık anlayışı ile birlikte benimsendiği Nazi dönemine tepki olarak doğal hukukun öne çıkarılmaya çalışıldığı söylenebilir. Ayrıca Anayasa'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında^[70] da biçimsel hukuka aykırılık anlayışının bir nevi dayanağı olan ve ancak kanun koyucunun ceza normunda suç olarak öngörüp cezai müeyyideye bağladığı fiillerin suça vücut vereceğini öngören biçimsel kanunilik ilkesi hüküm altına alınmıştır. Bu açıdan düşünöldüğünde, 2. Dünya Savaşı sonrasında Almanya'daki yasama faaliyetlerinin sadece hukuki pozitivizmden doğal hukuka doğru değil, aynı zamanda maddi hukuka aykırılık anlayışından biçimsel hukuka aykırılık anlayışına doğru kayan bir eğilim gösterdiği söylenebilecektir. Yani Alman geleneği doğal hukuk görüşüyle biçimsel hukuka aykırılık anlayışını birlikte uygulamaya başlayarak, yine, bu yazıda öne sürölen doğal hukuk görüşü ve maddi hukuka aykırılık anlayışı ile hukuki pozitivizm görüşü ve biçimsel hukuka aykırılık gruplamalarından ayrı bir tavır benimsemiştir.

[70] Federal Alman Anayasası 103/2: "Bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir."

SONUÇ VE ÖNERİLER

Ceza hukuku, suç olarak belirlenmiş olan hukuka aykırı fiilleri işleyen kişilere karşı devlet tarafından uygulanacak olan yaptırımların hukukudur. Ceza hukukundaki yaptırımlar; idari yaptırımlar, medeni yaptırımlar gibi hukukun diğer yaptırımlarından çok daha sert bir nitelik taşımaktadır. Bu cezai yaptırımlar, kişinin özgürlüğünden yoksun kalması, hatta bazı hukuk sistemlerinde kişinin hayatına son verilmesi gibi ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sebeple ceza kanunlarının yazımında belki de en önemli nokta suç olan fiil ile suç olmayan fiilin birbirinden net bir şekilde ayırt edilebilmesidir. Ek olarak, bu ayırımın da sadece hukukçular tarafından değil, ceza kanunlarına muhatap olan herkes tarafından kolayca yapılabilmesi gerekir. Devletin cezalandırma yetkisinin; devletin egemenliği altında bulunan kişileri terbiye etmek, hizaya sokmak amacıyla kullanılan bir sopaya dönüşmemesinin tek yolu, açıklık ilkesini sağlamak ve böylelikle bireylere meşru olanla olmayanı kolayca ayırt edebilme imkânı vermektir.

Maddi hukuka aykırılık anlayışı yukarıda da anlatıldığı üzere hukuka aykırılığı belirlerken davranışların sosyal tehlikeliliğini ölçüt olarak kullanır. Sosyal tehlikelilik kavramının belirsizliği ve yoruma açıklığı sebebiyle, maddi hukuka aykırılık anlayışının bir devletin ceza hukuku sisteminde mutlaka sağlanması gereken açıklık ilkesini yeterince hayata geçirememesi muhtemeldir. Makalede de anlatıldığı üzere Nazi Almanyası bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Maddi hukuka aykırılık anlayışına temel teşkil eden doğal hukuk anlayışı ise hukuk kurallarının geçerliliğini belirlerken adalet kavramını öne çıkarması sebebiyle ulaşılmak istenen bir amaca hizmet ediyor görünmektedir. Ancak bu anlayışın pratik olarak uygulanabilmesi oldukça güçtür. Zira günümüzde de tamamen doğal hukuk anlayışına bağlı kalan bir hukuk sistemi yoktur. Her hukuk sistemi kendi içinde çıkardığı kurullarla hukuki pozitivizm anlayışına ister istemez yakın bir duruş sergilemektedir. Dolayısıyla; bu iki anlayışın karşıtları olan biçimsel hukuka aykırılık ve hukuki pozitivizm anlayışlarının birlikte benimsenmesinin, hem açıklık ilkesini daha etkili bir şekilde hayata geçirerek bireyler için bir güvence oluşturması hem de pratikte uygulanmasının daha kolay olması sebepleriyle bir devletin ceza hukuku sistemi için daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Bix, Brian H. "Hukuki Pozitivizm." içinde *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Teorisi Rehberi*, Editörler Martin P. Golding ve William A. Edmundson, Çeviren Yusuf Umur Çil, İzmir: Isık Yayınları, 2021.
- Eser, Albin. "Son Yüzyıl İçinde Almanya'daki Ceza Düzenlemeleri Geçmişe Bir Bakış ve Gelecekteki Eğilimler." *Yargıtay Dergisi*, no. 15 (1989): 12-36.
- Gözler, Kemal. "Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı." *Muhafazakâr Düşünce*, no. 15 (2008): 77-90.
- Hafizoğulları, Zeki ve Devrim Güngör. "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 69 (2007): 21-50.
- Hafizoğulları, Zeki, ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı, Ankara: US-A Yayıncılık, 2021.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı." Erişim 28 Nisan 2023 <https://anayasa.gov.tr/media/4800/kaboglu.pdf>.
- Katoğlu, Tuğrul. *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Leiter, Brian. "Hukuki Pozitivizmin Radikalliği." Çeviren Engin Arıkan, *Türk Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2*, no. 2 (2020): 309-320.
- Otacı, Cengiz. "Hukuka Rağmen Kanun, Hâkimin Direnme Hakkı ya da Radbruch Formülünü Hatırlamak." *TBB Dergisi*, no. 120 (2015): 571-616.
- Özek, Çetin. "İtalyan Ceza Kanunu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 34*, no. 1-4 (1968): 72-107.
- Serozan Rona. "Hukukta Yöntem." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 8*, Özel Sayı (2013): 2423-2440.
- Şahin Ceylan, Şule. "H.L.A. Hart'ın Yaklaşımıyla Hukuk Kavramı." *HfSA*, no. 2379 (2012): 79-86.
- Toroslu Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. 24. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.

Ömer DEMİRTAŞOĞLU
Gülce Ecem UÇAR

Turhan, Mehmet. "Hans Kelsen'in Normatif Alternatifler Kuramının Gözden Geçirilmesi." *Anayasa Yargısı* 37, no. 1 (2020): 1-32.

Yıldız, Hayrettin. "Doğal Hukuk Bahçesinde Stoacılık." *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 6, no. 15 (2014): 55-79.