

AVRUPA MUKAYESELİ HUKUKU'NDA SUÇ KAVRAMI¹

Dr. Volker HELMERT

Çeviren: Yard. Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-FERENDECİ²

ÖZET

Suç kavramının Alman, Fransız, Polonya ve İngiliz Hukuku'ndaki anlamı irdelenmektedir. Bu bağlamda von Liszt'in düşüncelerinden yola çıkılmaktadır. "Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir" sözü incelenmektedir. Avrupa Hukuku'nda ortak bir suç kavramının geliştirilip, geliştirilemeyeceği konusu ele alınmaktadır. Bu çerçevede ayrıca mukayeseli hukuk çalışmasının önemi de vurgulanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELELER

Suç kavramı, Franz von Liszt, tipiklik, mukayeseli hukuk, Howell'in davası, strict liability, davranış ve yaptırım normları, 01 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Sözleşmesi

The Crime Concept in European Comparative Law

ABSTRACT

The meaning of crime concept is studied within the scope of German, French, Polish and English Law. In this respect, the thoughts of Franz von

¹ Bu metin 25 Nisan 2012'de Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde sunulan tebliğin yazılı halidir. Yazar ve tebliği sunan kişi Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsolosluğu'nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak görev yapmaktadır; burada savunulan görüşler yazarın kişisel görüşleridir ve hiçbir şekilde Dışişleri Bakanlığı'na ait değildir. Tebliği sunmak için beni davet etme nezaketinde bulunan Sayın Dekan Prof. Dr. Emin Artuk'a ve tercüme yapan Yardımcı Doçent Dr. H. Özden Özkaya-Ferendeci'ye en içten teşekkürlerimi sunarım.

² Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Liszt are followed. The quotation saying that “It is an international requirement that all the general elements of the crime concept should be clear and accessible,” is also examined. The question whether a common crime concept in European Law may be developed or not is also dealt with. And besides, the importance of comparative law study is highlighted.

KEY WORDS

Crime concept, Franz von Liszt, typicality, comparative law, Howell’s case, strict liability, behaviour and sanction norms, Treaty of Lisbon that entered into force on 1 December 2009

Çok saygıdeğer Dekan,

Sayın Meslektaşlarım,

Sevgili Öğrenciler, bugün burada, yani Marmara Üniversitesi’nde böyle güzel bir ortamda sizlere hitap edebilmek benim için büyük bir onur ve mutluluktur. Bu benim Marmara Üniversitesi’ne yaptığım ikinci ziyaretimdir: Yılın başında Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsolosluğu’nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak burayı ziyaret etmişim. Bu işimin en güzel görevleri arasında, İstanbul’da bulunan ve Almanya ve Başkonsolosluk ile ilgisi olan hukukçularla irtibat kurmak ve irtibat halinde kalmayı saymak mümkündür.

Türkiye’ye geldiğimde, bu tanıma uygun ne kadar çok hukukçunun olduğunu görmek bana sürpriz oldu, aynı zamanda beni çok etkiledi: Alman Hukuku’nu bilen ve Alman diline de hakim olan birçok üniversite öğretim üyeleri, hakimler ve avukatlarla tanıştım. Bu bağlamda kendi Türkçe ve Türk Hukuku hakkındaki bilgilerimin henüz yetersiz ve daha öğrenmeyi gerektiren bir aşamada olmasından dolayı beni mazur görmeyi rica ederim.

Bugün, yani Marmara Üniversitesi’ni ikinci ziyaretimde, izin verirseniz, Almanya Federal Cumhuriyeti Başkonsolosluğu’nun Hukuk ve Konsolosluk İşleri Müdürü olarak değil, bir meslektaş olarak sizlere hitap etmek istiyorum. Üniversite’den ve böylece akademik hukuk dünyasından birkaç sene önce ayrıldım. Ancak bir Alman atasözü vardır “Eski aşk pas tutmaz”³ – ve

³ Çevirenin notu: Deyimin almancası „Alte Liebe rostet nicht“ şeklindedir. Bu deyim kelime tercümesi „eski aşk pas tutmaz“ olarak yapılabilir, anlam olarak tercümesi de şöyledir: „Eski aşklar unutulmaz, eski aşktan vazgeçmek mümkün değildir“.

bu söz kimi zaman hukuka olan aşk için de geçerlidir. Ve bundan dolayı bugün burada sizlerle hukuki bir konu ile ilgili bazı düşüncelerimi paylaşabileceğimden dolayı çok mutlu ve müteşekkirim. Konumuzun başlığı “Avrupa Mukayeseli Hukuku’nda Suç Kavramı”⁴.

“Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir”⁵. Geçmiş 120 yıl önceye dayanan bu cümle meşhur hukuk bilim adamı Franz von Liszt tarafından söylenmiştir.

1851’de Viyana’da doğan von Liszt, modern Alman ceza hukukunun temelini atan en önemli kişilerden birisidir ve 1882’de “Marburger Programı” ile cezanın amacına yönelik yeni bir anlayış getirmiştir: Cezanın amacı artık intikam veya bir bedel ödeme olmayacaktı, bundan sonra cezanın amacı suçlunun profiline uygun olan ve başka suç veya suçlar işlemesini engelleyen önlem alınması olacaktı. Bu fikir ve bu fikirden doğan birçok sonuç – örneğin şartlı salıverme, ceza infazı esnasında ıslah tedbirleri, genç suçlular için özel düzenlemeler – günümüzde de hala günceldir.

Franz von Liszt bu fikrinin yanı sıra başka görüşleri ile de isim yaptı ve bundan dolayı ona burada atıf yapıyorum. 1889’da Avrupa’da milliyetçiliğin güçlendiği dönemde, kendi gibi düşünenlerle birlikte Uluslararası Kriminoloji Birliği’ni kurdu. Hedefi, ulusal sınırları aşan bilim alışverişini gerçekleştirebilmektir. Bunun temelinde, küresel, ulusal sınırları aşan bir ceza hukuku biliminin olması gerektiği düşüncesi yatmaktaydı. Bu özellikle ceza hukukunun temeli olan suç kavramı için geçerliydi. Bundan dolayı sunumun başlarında ifade ettiğimiz sözü önem arz etmektedir: “Suç kavramının tüm genel unsurlarının açık olması uluslararası bir gereksinimdir”.

Suç kavramının uluslararası karakterine ilişkin görüşlerimiz nasıl olursa olsun, net ve belli olan bir husus vardır: Suç kavramının “açıklanması” Alman ceza hukukunda hala merkezi bir önem arz etmektedir. Neden mi? Çünkü suç kavramı tüm ceza hukuku dogmatığının temel kavramıdır, zira

⁴ Geniş bilgi için bak. *Helmert*, Der Straftatbegriff in Europa, 2011.

⁵ v. *Liszt*, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung, 1. Band, 1894, Einführung, S. XXIV.

soyut bir şekilde bir fiilin ne zaman suç olduğunu tasvir etmektedir⁶. Başka bir deyişle: Bu kavram, devletin bir kişiyi cezalandırabilmesi için gereken bütün unsurları saymaktadır. Alman hukukunda hakim görüşe göre bu unsurlar şöyle sayılabilmektedir:

- bir fiil (eine Handlung),
- ki bu fiilin kanuni bir düzenlemede bulunan maddi unsurları karşılaması gerekmektedir / tipiklik (objektif ve sübjektif unsurlar) (die die Voraussetzungen eines gesetzlichen Tatbestands erfüllt („objektiver Tatbestand“ und „subjektiver Tatbestand“)),
- hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit),
- suçluluk / kusur (Schuld)
- ve olası özel cezalandırma şartları (und gegebenenfalls besondere Strafbarkeitsbedingungen).⁷

Bu suç kavramı aynı zamanda hukuk öğrencilerinin, savcılarının, ve ceza hakimlerinin inceleme programını oluşturmaktadır, zira bu şemaya göre bir kişinin fiilinin veya ihmalinin cezai sorumluluğa yol açıp açmadığı incelenmektedir. Bu kavram sayesinde, bir olayın çözülmesi sıralı, rasyonel ve ekonomik şekilde gerçekleşebilmektedir. Aynı zamanda bu kavram bir olayın en önemli unsurlarının – ve sadece bunların – incelenmesini teminat altına almaktadır.

Peki ama suç kavramı von Liszt'in ifade ettiği gibi gerçekten uluslararası mıdır? Uluslararası derken von Liszt uluslararası aynı anlamda olmasını kastetmiştir. İlk bakışta böyle değilmiş gibi gözüküyor. Batı Avrupa'da bir nevi ortak bir ceza hukuku anlayışının geliştiği bir dönem olmuştur. Bu dönem İtalya'da 12. yüzyılda antik Roma Hukuku'nun yeniden keşfedilmesi ile başlamış ve hümanist dönemini geçerek 19. yüzyıla kadar sürmüştür. Ancak

⁶ Bu şekilde görsel ifade eden *Frischs*, Straftat und Strafsystem, in: Wolter/Freund, S. 135 (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S. 135.

⁷ Temsilen: *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, 2006, § 7 kenarnotu 3.

ulusal devletlerin güçlenmesi ile ceza hukuku alanında da artık farklı ceza hukukları ve buna bağlı olarak ulusal ve birbirinden bağımsız suç kavramı da gelişmiştir.

Bu bağlamda tezimde bu suç kavramına ilişkin dört ulusun anlayışını irdeledim: Almanya, İngiltere, Fransa ve Polonya'nın suç kavramlarını inceledim. Bugün olsa tabi ki Türk Hukuku'ndaki suç kavramını da bu inceleme katardım!

Söz konusu çalışmamın sonuçlarını sizlerle paylaşmadan önce kısaca mukayeseli hukuk metoduna ilişkin genel birkaç söz söylememe izin verin. Mukayeseli hukuk çalışmasının geçmişi çok eskidir: Aristoteles, değişik Yunan Şehir Devletlerinin Anayasalarını incelemiş ve bu değişik Anayasaları birbirleri ile kıyas ederek, siyasi hayat için hangi kuralların en iyi olacağını tespit etmeye çalışmıştır. Bu kıyas, anayasa hukuku alanında yapılan en eski mukayeseli hukuk çalışmasıdır.

19. yüzyıldan beri özel hukuk alanında mukayeseli hukuk çalışmasının çok verimli olduğu görülmektedir. Sınırları aşan ve gittikçe çoğalan ticari ilişkiler açısından yeknesak hukuki bir çerçeveye veya en azından birbiri ile çelişen normların olması halinde neyin uygulanacağı konusunda düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu bakımdan mukayeseli hukuk çalışması çok önem arz etmekteydi.

Ceza hukukunda da mukayeseli hukuk çalışmaları ve analizleri uzun zamandır uygulanmaktadır. Bu türlü çalışmanın faydası çoktur. Mukayeseli hukuk çalışması zaman zaman somut amaçlara hizmet eder, örneğin bir yasama faaliyeti çalışması esnasında veya uluslararası ceza hukuku alanında yapılacak ortak organizasyonlar veya ilişkilerin yoğunlaşması alanında olduğu gibi, bunun yanı sıra bazen de sadece ulusal hukukun uygulanmasında da önem arz edebilir. Örneğin Alman Federal Mahkeme'si bir sanığa susma hakkının öğretilmemiş olması konusunda mukayeseli hukuku inceleyerek karar vermiştir.

Mukayeseli hukuk çalışması herhalde "ulusal bakış açısından" farklı bir algılamaya yol açtığından bir kazançtır. Değişik hukuk sistemlerinin belirli bir ceza hukuku sorununa ne şekilde çözüm bulduğunu öğrenmek için iyi bir

metottur ve böylece “çözümler deposu” oluşmaktadır⁸. Suç kavramı bağlamında ise demin belirttiğimiz üzere şu soruyu sormak gerekir: Devletin bir bireyi cezalandırabilmesi için soyut olarak hangi şartların bulunması gerekir?

Mukayeseli hukuk çalışmasında sistematik iki aşamalıdır: İlk aşamada her ülkenin durumunu tespit edilmesi ve ulusal bir raporun hazırlanması gerekmektedir. Bu bağlamda hangi hukuk sistemlerinin incelenmeye dahil edileceğine de karar vermek gerekir. Ben tezimde Almanya’yı, İngiltere’yi ve Fransa’yı, yani Batı Avrupa hukuk sistemleri arasından sayısal olarak en büyük ve etkisi bakımından en güçlü hukuk sistemlerini seçtim ve çalışmada bu hukuk sistemlerinin yanı sıra Doğu Avrupa hukuk sistemlerinden bir temsilci olarak Polonya’yı kattım, zira bu ülke uzun yıllar boyunca sosyalist bir ceza hukuku anlayışına sahipti ve demir perdenin kalkması ile ceza hukukunda temelden reform yaptı, yani yeniledi. Ulusal raporu yazarken, söz konusu hukuk sisteminde incelenen konuya ilişkin çözüm ve varsa görüşler aktarılmalı ve bu sadece durumu aktaran bir şekilde, yani eleştirel bir katkı olmadan yapılmalıdır.

Ulusal raporlar bittikten sonra asıl mukayeseli inceleme başlamaktadır. Bu bağlamda incelenen hukuk sistemleri arasında ortak noktalar veya farklılıklar gösterilerek, her bir hukuk sisteminin çözümü diğer hukuk sistemlerinin çözümü ile eleştirel şekilde kıyas edilmesi gerekmektedir.

Von Liszt’in tezinden yola çıkarak, yukarıda sayılan dört hukuk sistemindeki suç kavramının kıyas edilmesi üzerine yoğunlaştım. Suç kavramı konusunda gerçekten uluslararası ortak temel bir yapının olup olmadığını tespit etmek benim hedefimdi ve benim açımdan bu sorunun cevabı evettir.

Kabaca söylemek gerekirse söz konusu ortak temel yapı şu şekilde tasvir edilebilir: Çıkış noktası her suçun kanuni bir şekilde düzenlenmiş olması gerektiğidir. İncelenen dört hukuk sistemi bu bağlamda objektif ve sübjektif unsurlarının varlığını kabul etmektedir. Hem objektif hem de sübjektif unsurlarının gerçekleşmesi halinde, geçici bir tasvip etmeme karar ortaya çık-

⁸ *Zitelmann, Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung, Deutsche Juristen-Zeitung V (1990), S. 329-332; abgedruckt in: Zweigert/ Puttfarcken (Hrsg.), Rechtsvergleichung, 1978, S. 11-17 (11).*

mıştır (vorläufiges Missbilligungsurteil). Bu geçici karar, fiil için hukuka aykırılık söz konusu değilse veya suçluluk ortadan kaldıran hallerin varlığı halinde ortadan kalkmaktadır.

Bu hususu derinleştirmeme izin verin: Neyin cezai sorumluluğu gerektirdiği şekli bir kanunda belirtilmiş olması gerekmektedir. Bu kanunilik ilkesidir ve bu ilkenin klasik şekilde ifadesini mutlaka biliyorsunuzdur: nullum crimen, nulla poena sine lege (yani kanunsuz ceza olmaz veya kanun yoksa, suç da yoktur). Bunun yanı sıra ceza kanununun ayrıca belirli olması da gerekmektedir, bu da belirlilik ilkesinin gereksinimidir ve hiçbir şekilde suçlunun aleyhinde kıyas yolu ile veya geriye etkili şekilde uygulanamaz.

Suçun ilk önemli unsuru tipe uygunluktur: Bir suçun maddi unsurlarının objektif ve sübjektif şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunun için de ilk önce bir kişinin bir fiil işlemesi veya ihmalden dolayı bir fiili işlemesi gerekir. Bu bakımdan kişinin olay akışı üzerinde herhangi bir şekilde kontrol etme imkanının bulunması önemlidir. Kontrol imkanı yoksa, örneğin bağımsız bir kişi söz konusu ise, o zaman bir suçun bulunmadığı baştan ortadır.

İhmalden dolayı bir fiilin yapılmamasının cezai sorumluluğu için, fiili gerçekleştirmeyen kişi bakımından, fiili yapma konusunda bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir. Örneğin kişisel yakın ilişkiden böyle bir yükümlülük doğabilir (ebeveyn ile çocuk arasında olduğu gibi) veya bu yükümlülük ihtiyari bir şekilde (örneğin bir sözleşme ile) veya önceden yapılan yanlış bir hareket ile üstlenilmiş olunabilir.

Bir düzenlemede belirli bir sonuç şart koşulmuş ise, o zaman bu sonucun kişinin (suçlunun) icrai bir fiili veya ihmali üzerine ortaya çıkması ve kişinin sorumluluğu dahilinde olması lazımdır. Bunun için kişinin (suçlunun) normda öngörülen bir tehlikeyi yaratması ve bu tehlikenin ortaya çıkan sonuçta kendini somut bir şekilde göstermesi gerekmektedir. Örneğin: A, B'ye silah ile ateş ederek, B'nin hayatını öldürme normu çerçevesinde tehlikeye sokmuştur. B'nin yaralı bir biçimde hastaneye getirildikten sonra, bulunduğu odanın yanması ile ölmesi halinde, bu artık A'nın sorumluluğu dışındadır. Bu halde, silah ile ateş etme ile ortaya çıkarılan tehlikeden başka bir tehlike

gerçekleşmiştir. A, nitelikli yaralama ve öldürmeye teşebbüsten ceza alacaktır.

Failin, suçun ayrıca subjektif unsurlarını / şartlarını da yerine getirmesi gerekir. Burada anlaşılması gereken kasıt, taksir veya başka bir şekilde suça ilişkin içsel bir unsurdur. Kast, ceza hukukunda failin gerçekleştirdiği hareketi ve sonuçlarını bilmesidir – hareketin sonuçlarını istemesine ayrıca gerek yoktur. Failin kastının, maddi normda düzenlenen bütün unsurları kapsamaması gerekmektedir; eğer failin kastı bir unsuru kapsamıyorsa, o zaman kasıtlı bir suç bulunmamaktadır. Taksir ise, ceza hukuku anlamında dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.

Hukuka aykırılığı veya kabahati / kusuru ortadan kaldıran sebepler, cezai sorumluluğu da ortadan kaldırmaktadır. İşlenen fiil hukuk düzenine aykırı düşmekteyse hukuka aykırılık unsuru tamamdır; başka bir deyişle, tipikliğe uygun bir şekilde bir suç işleyen aynı zamanda menfaatini koruyorsa ve bu menfaati, hakkı ihlal edilenin menfaatinden daha önemli ise, o zaman hukuka uygunluktan söz etmek mümkündür. En tipik örneği meşru savunmadır. Meşru savunma incelediğim dört hukuk sisteminde aynı şekilde tanımlanmaktadır: Hukuka aykırı bir saldırıya karşı gerekli / orantılı savunmanın yapılmasıdır. Meşru savunma yapan kişinin, hukuka uygunluk durumunu subjektif olarak da algılamış / anlamış olması gerekmektedir.

Eğer fail işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaksa, o zaman kabahati / kusuru bulunmamaktadır. Bu hallere örnek olarak, failin - örneğin üç yaşındaki bir çocuk olması – hukuki sorumluluk için yaşının küçük olması veya fiilin işlendiği anda hiçbir şekilde kendini kontrol edememesi veya olayı kavrayamaması durumları sayılabilir. Aynı sonuç failin işlediği fiilin cezai sonuçları hakkında yanılgıda bulunması için de geçerlidir.

Sayın Dinleyiciler,

Bütün bunları size burada kısaca ve sanki hiç sorun yokmuş gibi anlattığım için, aslında vicdan azabı da çekiyorum. Zira benim burada aktardığım senteze ulaşabilmek için, incelediğim hukuk sistemlerindeki farklı ulusal suç kavramı modellerinde bulunan sayısızca küçük ve büyük özellikleri anlatmak gerekir. Özellikle Alman ve Polonya suç kavramları ile İngiliz ve Fran-

sız suç kavramları arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bu farklılıklar ve özellikler düşünme ve bilim yapma stilindeki farklılık ortaya çıkmakta ve ceza yargılamasının farklı şekilde biçimlendirilmesi ile son bulmaktadır.

Bir temel farklılığa değinmeden geçemeyeceğim: Alman ve Polonya Hukuku'nda kanunsuz ceza olmaz veya kanun yoksa, suç da yoktur ilkesi geçerlidir. Hatta bu ilke anayasal bir ilkedir. Bir kişinin cezalandırılması için en azından taksirli davranmış olması gerekmektedir.

Oysa İngiliz ve Fransız Hukuku'nda suçluluktan / kusurdan bağımsız ceza kabul edilmektedir. Buna örnek olarak da İngiltere'den bir davayı anlatmak istiyorum: İngiltere'de ruhsat olmadan silah sahibi olmak yasaktır ve cezai sorumluluğu bulunmaktadır. Bunun bir istisnası vardır: Bireyin koleksiyon veya süs amacı ile elinde bulundurduğu antik silahlar için ruhsata gerek yoktur. Howell adlı İngiliz vatandaşı ruhsatı olmadan bir silah almıştır. Aldığı silahın antik bir silah olduğuna emindir. Ancak bu silah bir reproduksiyon olduğu için Howell ruhsatsız silah bulundurmaktan yargılandı. Mahkeme, söz konusu silahın gerçekten antik bir silah olmadığını Howell'in anlamasının hiçbir şekilde mümkün olmadığını kabul etmesine rağmen, Howell'i ruhsatsız silah bulundurmaktan mahkum etmiştir. İngiltere'de buna *strict liability*, yani suçluluktan / kusurdan bağımsız ceza sorumluluğu denilmektedir.

İngiliz Hukuku'nda *strict liability* kurumu tartışma konusudur. Tartışma konularına ilişkin görüşleri incelediğimde şunu tespit ettim: Görüşler coğrafi sınırlar ile bağlı değil, görüşler nesnel gerekçelere bağlı ve böylece çoğu zaman aynı görüş farklı bir devlette de savunulabiliyor.

Suç kavramı konusunda yaptığımız mukayeseli incelemenin sonunda somut bir öneri yapmamız gerektiğini düşünelim. O zaman bu öneriyi hangi kriterlere göre yapmalıyız? *Strict liability* örneğinde kalarak, bu kuruma izin verelim mi yoksa bu kurumu ret mi edelim?

Hukukta çoğu zaman olduğu gibi bu konuda da tek ve doğru bir cevap bulunmamaktadır. Bu bağlamda kişisel bir çözüm / cevap bulmak önemlidir

ve bu cevabı iyi, ikna edici, tutarlı ve hoş bir şekilde gerekçelendirmek gerekir.

Ben strict liability'e karşı argüman geliştirdim ve bunu tezimin değişik yerlerinde ifade ettim. Söz konusu gerekçem aslında çok temel bir gerekçedir. Eğer henüz yorulmadıysanız, size aktarmak isterim⁹:

Ceza hukuku kamu hukukunun bir parçasıdır. Devlet cezalandırdığı her kişinin temel haklarına müdahale etmektedir, örneğin özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bu denli bir müdahale için anayasal bir gerekçenin bulunması şarttır; ayrıca bu müdahalenin orantılı olması da gerekmektedir. Orantılılık ilkesi gereğince, bu müdahalenin meşru bir amaca ulaşma konusunda uygun, gerekli ve orantılı olması şarttır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse, cezanın meşru amacı, menfaatlerin korunmasıdır. Bunu somutlaştırmak mümkündür. 19. yüzyılın sonunda Karl Binding Alman Hukuku'nda bir görüş geliştirdi. Bu görüş, davranış ve yaptırım normları ayırımı (Verhaltens- und Sanktionsnormen) öngörmektedir. Ceza Kanunu'nun kendisi bir yaptırım normudur; belirli davranışlar için belirli müeyyideler öngörmektedir. Örneğin: "Başka bir insanı öldüren kişi, beş yıl hapis cezasından az olmamak üzere cezalandırılır".

Bu yaptırım normu aslında menfaatin kendisini korumamaktadır. Zira yaptırım genelde menfaat ihlal edildikten sonra uygulanmaktadır. Ceza da öldürülen kişiyi yeniden canlandırmamaktadır.

Ancak her yaptırım normunun temelinde aslında yazılı olmayan bir davranış normu bulunmaktadır ve bu davranış normu menfaati korumaktadır. Hayatı koruyan davranış normu şu şekildedir: "Kimseyi öldürmeyeceksin!".

Buna göre yaptırım normunun meşru amacı (zaten ihlal edilmiş ve geri getirilemeyecek olan) hayatı korumak değildir; yaptırım normunun meşru amacı davranış normunu korumaktır. Zira işlenen fiil ile davranış normu ihlal edilmiştir, ancak ceza verilerek davranış normunun etki gücü gene yeri-

⁹ Bundan sonrası çin geniş bilgi için bak. *Freund*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, 2. Auflage, 2009, § 1 kenarnotu 1 ff; aynı yazar, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, §§ 1- 51 StGB, 2003, Vor §§ 13 vd. kenarnotu 62 vd..

ne getirilmektedir. Başka bir deyişle cezanın amacı davranış normlarını korumak ve ayakta tutmaktır; davranış normlarının amacı ise, normda korunan menfaatin ihlal edilmesini önlemektir.

Bu anlattıklarımızdan şu sonuç çıkmaktadır: Bir davranış normunun ihlali ceza ile koruma altına alındıysa, o zaman meşru olması gerekmektedir. Yaptırım normu kamu hukukunun gereksinimlerine uygun olmak zorundadır, yani orantılı olması lazımdır.

Bay Howell'e dönelim. Hangi yaptırım normunu ihlal etmiş olabilir? Ben bu tarz bir ihlal görmüyorum. Zira davranışı ile normu ihlal eden bir zarar doğmamıştır. Kendisine verilen ceza meşru bir amaca hizmet etmektedir ve dolayısıyla hukuka aykırıdır. Eğer tehlikeli silahların kontrolsüz şekilde elde tutulmaması cezanın amacı olarak ileri sürülecekse de, o zaman şunu da gözden kaçırmamak gerekir: Bu problem idare hukukunun kurumları ile, örneğin silaha el koymak ile, çözülebilir.

Son olarak bana Avrupa Birliği Hukuku'na ilişkin bir görüş için de zaman tanıyın. Suç kavramına ilişkin bu incelemeler, mukayeseli hukuka duyulan ilginin yanı sıra, Avrupa Birliği Hukuku bakımından da önem arz etmektedir. Zira Avrupa Birliği bu kavramı geliştirme konusunda ihtiyaç duyabilecektir.

Şu ana kadar Avrupa Birliği Hukuku açısından geliştirilmiş ve düzenlenmiş bir suç kavramı bulunmamaktadır. Ancak bu değişebilir. 01 Aralık 2009 tarihinde Lizbon Sözleşmesi yürürlüğe girdi ve bu Sözleşme Avrupa Parlamentosu'na "dolandırıcılık ile mücadele konusunda ve dolandırıcılığın engellenmesi için gerekli tedbirlerin" alınması için yetki tanımaktadır. Söz konusu dolandırıcılık Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal etmeye yönelik olmalıdır. Buna benzer bir düzenleme eski tarihli sözleşmelerde de vardı, ancak onlar da hep şöyle bir ek bulunmaktaydı: "Üye devletlerin ceza hukuku ve ceza yargılama sistemleri bu tedbirlerden etkilenmeyecektir". Bu ek artık yeni Sözleşme'de bulunmamaktadır.

Söz konusu ekin kaldırılması ile birçok kişiye göre şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır:

Avrupa Birliği bundan sonra artık doğrudan geçerli olacak bir Avrupa Ceza Kanunu hazırlamak konusunda yetkili hale getirilmiştir ve bu yetki Avrupa Birliği'nin ekonomik menfaatlerini ihlal etmeye yönelik dolandırıcılığa ilişkindir.

Bu yenilikteki önem arz eden husus şudur: Avrupa Birliği düzeyinde sadece bir ceza normu dahi düzenlenecek olursa, bu ceza hukuku genel hükümlere ilişkin sorunlar ortaya çıkması için yeterli olacaktır. Örneğin: Normda öngörülen fiil ihmal ile de gerçekleşebilir mi ve gerçekleşebilirse, şartları ne olacak? Teşebbüsü için ceza öngörülecek mi, öngörülecekse, hangi şartlar altında? Yanılgılar nasıl ele alınacak? Bütün bu soruların Avrupa Birliği Hukuku bakımından tutarlı bir şekilde cevaplandırılması ancak temel ve ortak bir suç kavramı ile mümkün olacaktır.