

**GİRİŞ OLARAK:
GLOBALLEŞME VE HUKUK**

**GÜNÜMÜZDE KARŞILAŞTIRMALI CEZA
HUKUKUNUN GÖREVLERİ VE METOTLARI**

Eric Hilgendorf"

Makale, "Zur Einführung: Globalisierung und Recht. Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung heute" adıyla "Susanne Beck, Christoph Burchard und Bijan Fateh-Moghadam (Hg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Nomos Verlag 2011, ss. 11 – 25"te yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir. Metin, yazarın 2009 sonbaharında Pekin'deki Renmin Üniversitesi'nde sunduğu bir tebliğdir. Yazar, dostları Junjun Feng ve Jun Feng'e, çok sayıdaki ve ileri seviyeye taşıyan uyarıları konusunda teşekkür eder.

Türkçesi

Aykut Ersan^{***}

**AS AN INTRODUCTION:
GLOBALISATION AND LAW**

**TASKS AND METHODS OF COMPARATIVE
CRIMINAL LAW TODAY**

Eric Hilgendorf

The translated article was appeared at "Susanne Beck, Christoph Burchard und Bijan Fateh-Moghadam (Hg.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, Nomos Verlag 2011, pp. 11 – 25" under the original title "Zur Einführung: Globalisierung und Recht. Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung heute". Translation is published with the permission of the author. The original text is a paper presented at Renmin University, Beijing, in 2009. The author thanks to his friends Junjun Feng and Jun Feng for their comments.

Translated by

Aykut Ersan

^{**} Prof.Dr.Dr., Würzburg Julius-Maximilians Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

^{***} Avukat, İstanbul Barosu; Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Programı Doktora Öğrencisi.

I. Almanya’da Karşılaştırmalı Ceza Hukukunun Tarihi ve Yeri

Mekânsal ve zamansal sınırların kalmadığı bir dönemde yaşıyoruz: En ünlü Avrupalı Çin gezgini *Marco Polo*’nun 13. yüzyılın sonunda Çin İmparatoru’nun limanına varmak için aylara ihtiyacı varken, bugün aynı güzergâh rahat bir şekilde bir günden az bir sürede geride bırakılabilir. Globalleşen ekonomide, ticari hareketlerin Uzak Doğu’dan tüm dünyaya ulaşması, çok da uzun bir süreye ihtiyaç duymamaktadır. Modern iletişim kanalları, hepsinden de önce internet üzerinden, bilgiler tüm dünyaya yayılmaktadır. “Web 2.0” olarak da adlandırılan katılımcı internet kültürünün oluşmasıyla, bu gelişim daha da süratlendi. Zira artık yalnızca az sayıda değil, herkes, bilgilerini (bildirilerini) her zaman internet üzerinden yayabilmektedir. Bununla, mekân ve zaman geleneksel anlamlarını kaybetmişlerdir.¹ Politika, ekonomi, sanat ve de bilim, bugün herkesin birbirinin komşusu olduğu “global bir köyde” vuku bulmaktadır. Bu, her halde “ağların ağı” olan global ağa bağlı ülkeler ve insanlar için geçerlidir.

Bununla ifade edilen gelişim, dünyadaki hukuk düzenlerinin sürekli daha da yakınlaşmasını beraberinde getirmektedir. Hayatın birçok alanında, özellikle de ekonomik olarak güçlü bir şekilde uyumlu olanlarda, sınır aşan, kısmen global kurallar oluşmaktadır. Ticaret ve ekonomi hukuku bu konudaki örneklerdir. Kök salmışlığından ötürü, her bir sosyal ahlaktan önemli

derecede etkilenen, hukuk kanaatinin tarihsel olarak gelişiminde, özellikle sıkı bir ulusal ilişki gösteren ceza hukukunda, uluslararası ceza hukuku² ve Avrupa ceza hukuku³ sınır aşan düzenlemeleri yerleşmeye başlamışlardır.

Sınır aşan ceza hukuku uzun zamandır bir istisnada ısrar etmektedir. Ulusal, özgü hukuk kanaatlerine uyumlu ceza hukuku, kendisine tabi olan vatandaşlarının hukuki ve ahlaki kanaatlerine uyumlu olmayı, - gerekli genelleşen ve götürü değerlendirilen – sınır aşan ceza hukukuna tercih edebilmelidir.⁴ Ancak globalleşen dünyada, ulusal olarak izole olmuş bir ceza hukuku neredeyse olası olmadığı için, görev, diğer ceza hukuku düzenleriyle ilişkiye aracılık etme, her bir özelliği gösterme ve olası ihtilaf alanlarını giderme konusunda önem kazanmaktadır. Bu görevi, ceza hukukunun uygulanması düzleminde ceza kanununun uygulanma alanı, ceza hukuku teorisi ve hukuk politikası düzleminde ise karşılaştırmalı ceza hukuku üstlenmektedir.⁵

Şimdilerde, karşılaştırmalı hukuk daha ziyade özel hukukun bir sahasıdır (Ekonomi hukuku dâhilinde)⁶. Ancak kamu hukuku ve ceza hukukunda da, karşılaştırmalı hukuk çalışmaları söz konusudur. Kamu hukukunda, evvela anayasa karşılaştırması⁷ söylenebilir, ki bunun, politik sistemlerin karşılaştırılması⁸ ile sıkı bir yakınlığı vardır. Kültür karşılaştırması da ilginç sonuçlar vermektedir.⁹ Ceza hukukunda karşılaştırmalı hukuk

¹ Hilgendorf, Nationales oder transnationales Strafrecht? Europäisches Strafrecht, Völkerstrafrecht und Weltrechtsgrundsatz im Zeitalter der Globalisierung, in: Dreier/Forkel/Laubenthal (Yay. Haz.), Raum und Recht. Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät, Berlin 2002, s. 333 – 356 (338 vd., 344 vd.).

² Ambos, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002; Werle, Völkerstrafrecht, 2. bs., Tübingen 2007.

³ Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. bs., Berlin/Heidelberg/New York 2007; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 4. bs. Baden-Baden 2010.

⁴ Hilgendorf (Dipnot 1), s. 340 vd..

⁵ “Karşılaştırmalı Ceza Hukuku (Strafrechtvergleichung)” ifadesine, bir köhnelik çağrışımı yapışıp kalmaktadır, ki bu “Ceza Hukuku Karşılaştırması (Strafrechtvergleich)” (ayrıca bkz.: “comparative law”) tanımı ile azaltılabilir. Bununla birlikte, hem karşılaştırmalı faaliyet hem de sonuçlarının

vurgulandığı konusunda açıklık olduğu sürece ifadeye bağlı değildir.

⁶ Zweigert/Kötz’ün kitabı, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. bs., Tübingen 1996, açıkça bir klasiktir.

⁷ Wieser, Vergleichendes Verfassungsrecht, Berlin/Heidelberg/New York 2008.

⁸ Berg-Schlosser/Müller-Rommel (Yay. Haz.), Vergleichende Politikwissenschaft. Ein einführendes Studentaschenbuch, 4. bs., Opladen 2003; Pelinka, Vergleich politischer Systeme, Viyana 2005; önemli eski metinler şurada toplanmıştır: Stammen (Yay. Haz.), Vergleichende Regierungslehre. Beiträge zur theoretischen Grundlegung und exemplarische Einzelstudien, Darmstadt 1976.

⁹ Srubar/Renn/Wenzel (Yay. Haz.), Kulturen vergleichen. Sozial- und kulturwissenschaftliche Grundlagen und Kontroversen, Wiesbaden 2005.

düşüncesi, Alman ceza hukuku biliminin kurucusu *Paul Johann Anselm von Feuerbach*'a (1775 – 1833) uzanan özel bir gelenek göstermektedir. *Feuerbach*, hayatı boyunca, tüm halkların ve zamanların hukukunun tasviri olan, ancak ne yazık ki – pek de şaşırtıcı olmayacak şekilde - tamamlanamayan “evrensel hukuk tarihi” bazında çalışmıştır.¹⁰

Karşılaştırmalı ceza hukukunda bir diğer “klasik”, çalışmaları hukuk düzenlerinin karşılaştırılması için hukukun evrensel kültür tarihine bugüne kadar önemli bir kaynak teşkil eden *Josef Kohler*'dir (1849 – 1919).¹¹ Bundan başka, uluslararası ceza hukuku bilimine (kriminolojinin dahil olmasıyla) sahip çıkan *Franz von Liszt* de zikredilmelidir.¹² Karşılaştırmalı ceza hukukçusu olarak özel bir bahsi hak eden bir diğer yazar, hukuk filozofu ve hukuk politikacısı *Gustav Radbruch*'dur.¹³ *Radbruch*'un hukukun uygulanması ve ceza hukuku teorisine özel bir dikkat hasrettiği “Geist des englischen Rechts”¹⁴ adlı kitabı, bugün bile Anglosakson hukuk düşüncesine giriş bakımından en iyilerden birisidir.

Şu an ise, *Hans-Heinrich Jescheck*'in karşılaştırmalı ceza hukuku çalışması söz konusudur. “Karşılaştırmalı Ceza Hukukunun Gelişimi, Görevleri ve Metotları (Entwicklung,

Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung)” adlı 1955 tarihli yazısı, bugüne değin Alman karşılaştırmalı ceza hukukunun teorik temeli olmuştur.¹⁵ *Jescheck*'in büyük Ceza Hukuku “Genel Hükümler (Allgemeiner Teil)” ders kitabı¹⁶, yoğun uluslararası karşılaştırmalı hukuk anekdotları ile övünülesidir ve bu şekilde, uluslararası anlamda rakipsiz sayılabilir. Bunun yanında, Uzak Doğu, ABD ve İngiltere, Fransa ve İtalya gibi münferit hukuk alanlarına, büyük bölgelere ve ülkelere ilişkin çok sayıda karşılaştırmalı ceza hukuku çalışmaları mevcuttur.

Bu çalışmaların göz alıcı yoğunluğu, Almanya'da genel karşılaştırmalı ceza hukukunun açıklar verdiği şeklinde yanılıya sebebiyet vermemelidir. Özel hukuktan farklı olarak, tek bir karşılaştırmalı ceza hukuku ders kitabı bulunmamaktadır. Hukuk eğitiminde karşılaştırmalı ceza hukuku, yabancı ülke bağlantılı olaylar ceza hukukunda da giderek artan bir anlam kazanmasına karşın, neredeyse rol oynamamaktadır. En azından bazı üniversiteler, hukuk eğitiminde karşılaştırmalı hukuku kurumsallaştırmaya başlamışlardır. Fakülteyi aşan Würzburg Üniversite Projesi “Global Sistemler ve Kültürlerarası Yetki (Globale Systeme und interkulturelle Kompetenz)”, “diğerleriyle”, yabancı hukukla ve yabancı kültürle ilişkiyle, öğrencilik

¹⁰ Geriye “Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz. Naturrecht, Rechtsphilosophie, allgemeine Rechtswissenschaft” metni kalmıştır. Bu Ludwig Feuerbach'ta basılmıştır. *Gesammelte Werke*, yay. *Schuffenhauer*, Berlin 1976, Cilt 12: Paul Johann Anselm Feuerbachs Leben und Wirken, oğlu Ludwig Feuerbach tarafından basılmıştır. 1976, s. 616 -634. ND. In *Naturrecht und positives Recht. Ausgewählte Texte von Paul Johann Anselm Feuerbach*. Yay. ve bir ekle donatan *Haney*, Freiburg/Berlin 1993, s. 252 – 275. Çalışmanın oluşum zamanı açıklığa kavuşmamış olmakla birlikte, Feuerbach'ın bilimsel olarak çok da verimli olmadığı Bamberg dönemine denk gelmektedir. Buna ilişkin olarak *Hilgendorf*, Paul Johann Anselm Feuerbach als zweiter Präsident am Appellationsgericht in Bamberg, in: *Meisenberg* (Yay. Haz.), 200 Jahre Appellationsgericht/Oberlandesgericht Bamberg. Festschrift, Münih 2009, s. 19 – 33 (29 dipnot 55 ile). Ayrıca bkz.: *Haney* (dipnot 10), s. 360 vd..

¹¹ Kohler'in olağanüstü geniş karşılaştırmalı hukuk çalışmaları, çok sayıdaki son derece heterojen yayınlara ayrılmaktadır. En önemli metinler *Josef Kohler-Bibliographie*'de belgelenmiştir. Tüm yayınların ve temel değerlendirmelerin listesi. *Eschke*'nin katkılarıyla, *Kohler*, Berlin 1931, ND. 1984, s. 12 – 30.

¹² *von Liszt*, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Cilt 1 (1875 – 1891), Cilt 2 (1892 – 1905), Berlin 1905, ND. 1970. *Franz von Liszt*'in devletler hukukçusu olarak çalışmış olması da dikkate değerdir, bkz.: *ders.*, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 7. bs. Berlin 1911.

¹³ En önemli metinler şurada toplanmıştır, in: *Kaufmann* (Yay. Haz.), *Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA)*, Cilt 15: *Rechtsvergleichende Schriften*, H. Scholler tarafından hazırlanmıştır, Heidelberg 1999; bkz.: *Scholler*, *Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Berlin 2002.

¹⁴ Yeniden basılmıştır, in: *Radbruch*, (dipnot 13), Cilt: 15, 1999. Çalışmanın ilk baskısı 1946'da çıkmıştır.

¹⁵ *Jescheck*'in çalışmasında karşılaştırmalı ceza hukukunun rolüne ilişkin daha detaylı anekdotlar için otobiyografisine bkz., in: *Hilgendorf* (Yay. Haz.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin/New York 2010, s. 167 – 207.

¹⁶ *Jescheck*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. bs. Berlin 1996 (*Weigend* ile birlikte)

eğitiminden itibaren temel yetenekleri geliştirmeye teşebbüs etmektedir.¹⁷ Burada, İslam'dan etkilenen ülkelerde yayılan namus cinayetleri gibi ceza hukukundaki önemli problem sahaları, özel bir rol oynamaktadır.

II. Karşılaştırmalı Ceza Hukukunun Görevi

Karşılaştırmalı ceza hukukunun yaygın suskunluğunun bir nedeni, onun, görevleri ve yararları konusunda giderek daha az bir açıklığın hâkim olmasındadır. Cum grano salis olarak aşağıdaki görünlere ayrılabilir:

A. Farklı ceza hukuklarının karşılaştırılması, ilk olarak *kişisel ilgid*den kaynaklanabilir. Her kim, uzun yıllar belli bir ceza hukuku düzenini öğrenir ve bunda pratik tecrübesini biriktirirse, yabancı hukuklardaki benzer düzenlemelerle ilgilenebilir. Bu, özellikle de, meslek nedeniyle veya boş zamanda yabancı ceza hukuku düzeniyle temas kurulması durumunda söz konusu olur. Yabancı bir hususun öğrenilmesi, bize kendimize ait olanın öğrenilmesi konusunda yardımcı olur. Yabancı ceza hukuku ile temas kurulması, kendimize ait hukukun katıyen kendiliğinden anlaşılmasını değil, lakin yeryüzündeki diğer yerlerde hiçbir şekilde geçerli olmayan ya da olmamış olan uzun bir tarihi gelişimin ve özgün kültürel faktörlerin sonucunun farkına varılabilmesini sağlar. Bu şekilde, birçok hukukçunun bugüne kadar övdüğü kesin ulus devlet kavrayış kıtlığının nedeni araştırılabilir ve düzeltilmesi çok da nadir olmaz. Her kim kendi hukukunu başkaca hukuklarla karşılaştırırsa, özellikle de ilgili ülkenin kültürü ile sıkı bir bağı olan ceza hukuku gibi bir hukuk alanı söz konusuysa, sıklıkla kültürel hassasiyet kazanabilir.

Yabancı ülkelerin özellikleri için hassasiyet, yabancı olanın, kendine ait olan ile üst üste olduğu anlamına gelmemektedir. Uzun bir zaman ve de yoğun şekilde yabancı bir kültür ile uğraşı içinde olan yabancı ülke gezginlerinin, yurda geri dönüşlerinden sonra, orada, kötü olanın emredilmediğini saptamaları bilindik bir fenomendir. Yabancı hukuk kültürü ile temas, bu nedenle

sıklıkla kendi hukukuna yansıyan bir saygıya götürmektedir. Her durumda, kendine özgü hukukun spesifik özgün değerlerinin, eğilimlerinin ve ihtiyaçlarının daha iyi anlaşılabilmesine yardımcı olmaktadır.

B. Karşılaştırmalı ceza hukuku ile meşgul olmak bakımından ikinci bir hareket noktası, örneğin yabancı bir pazara yerleşme ve orada müvekkiller kazanma, sözleşmeler imzalama ve mallarını satabilme imkânları ile şanslarının yükseltilmesi için, yabancı hukuk düzeni konusunda malumatın artırılması üzerine *uygulama – sıklıkla ekonomik – eğilim*dir. “Kültürel yönetim” bu arada ekonomik eğitimde yerini sağlamlaştırmıştır.¹⁸ Ceza hukuku, bilgi konusunda her kültürün ahlak düzenine aracılık edebilmektedir, zira ceza hukuku ve ahlak arasındaki bağlantı her kültürde belirgin olarak göze çarpmaktadır. Ceza hukuku, ilgili ahlak ve gelenek düzenine özellikle ciddi olarak görünen aykırılıkları yaptırıma bağlamaktadır.

Dünya ekonomisinin artan globalleşmesi ile “globalleşen” ve mümkün olduğunca dünya çapında geçerli bir hukuka ihtiyaç artmaktadır. Ceza hukuku da, bu gelişimden nasibini almadan duramaz. Yeni devletlerde ceza hukuku birçok kez zikredilmiştir. Ekonomi ceza hukuku alanında, sermaye piyasası ceza hukuku veya yolsuzluk ve kara paranın aklanmasına ilişkin ceza düzenlemeleri zikredilmelidir. Ancak bilgisayar (bilişim) ceza hukuku ve internet ceza hukuku da git gide tek tip özelliklere sahip olmaktadır. Ceza hukuku düzenlerinin dengelenmesi ile bu alanda, bilinebilen gelecekte adeta *lex informatica criminalis* olarak “Dünya İnternet Ceza Hukuku”nun oluşabileceğine işaret etmektedir.¹⁹

Kuşkusuz dikkate değer olan, benzer veya aynı ceza hukuku normlarının sıklıkla her hukuk kültüründe farklı şekilde kullanılmasıdır. Farklı kültür arka planları, farklı yorumlara ve bununla farklı sonuçlara yol açmaktadır ve bu, sıklıkla normların benzer lafzında söz konusunda olmaktadır. Zaman zaman ceza hukuku normları hiç

¹⁷ www.gsik.de. Proje, Hukuk Fakültesi tarafından yürütülmektedir. Projeye hâlihazırda (2010 Yaz'ı), ekonomi bilimleri, pedagoji, Çin dili, tarihi ve edebiyatı, Hindoloji, Slavistik, biyoloji, eğitmen yetiştirme ve teoloji alanlarından partnerler dâhildir.

¹⁸ *Hofstede/Hofstede/Minkov, Cultures and Organisations. Software of the Mind. Intercultural Cooperation and Its Importance for Survival*, 3. bs., New York vd. 2010, kitabı “Bestseller” statüsüne ulaşmıştır.

¹⁹ *Hilgendorf (Dipnot 1)*, s. 354, 356.

kullanılmamakta ve az çok yalnızca kağıt üstünde mevcut olmaktadır. Tam da bu nedenle ceza hukuku karşılaştırılmasında, “kitabî hukuk” ve “uygulama hukuku” arasında açık bir ayırım yapılmalıdır. İlgili ülkeye özgün bilgisayar (bilişim) ve internet ceza hukukunun etkilerini ciddiyetle öğrenebilmek için, yabancı hukuk kültürü ile derinlemesine bir sistematik meşguliyetten kaçınılamaz.

C. Her kim karşılaştırmalı ceza hukuku ile *bilimsel eğilim*den ötürü meşgul oluyorsa, her şeyden evvel genel kurala uygunluklarına ve etki faktörlerine ilgili olmalıdır. *Clifford Geertz*'in²⁰ ve “postmodernizm” temsilcilerinin teorilerinin sonucunda münferiden talep edilen, yabancı hukuk kültürü ile salt yorumlayıcı, “sembollere” uyum sağlayan uğraşı, zaruret olmaksızın, kanuniliğin kazanılmasını hedefleyen sosyal bilimin açıklama ve bununla tahmin imkânlarından da feragat etmektedir. Bu, ekonomik, sosyal ve politik faktörlerin etkisini gizlemekte ve bu nedenle ikna edememektedir. Eskiden olduğu gibi aslolan tanım, karşılaştırmalı hukuku sosyal hayatın “deneysel” kanuniliğini araştıran bilim olarak genel kültür görünümüne göre hukuktan karakterize eden *Max Rheinstein*'inkidir.²¹

Ceza hukuku için aşağıdaki genel sorular söz konusudur: Bir ülkenin ekonomik ve toplumsal gelişim durumu ile ceza hukuku sistemi arasındaki bağ nasıldır? “Modern ceza hukukunun” çokça şikayet edilen görünümleri – norm çokluğu, ön alan cezalandırılabilirliği, soyut tehlike suçlarının enflasyonist ortaya çıkışı, ceza hukuku kurallarının uygulanması esnekliği, önleme düşüncesi, ultima-ratio prensibinin savsaklanması, geniş bir “güvenlik hukuku”nda ceza hukukunun yükselmesi – başka devletlerde de karşılaştırılabilir ekonomik ve toplumsal durum ile gözlenebilir mi? Ceza hukukunun gelişimine hangi faktörler etki etmektedir? *Henry Sumner Maine*'nin ünlü “from status to contract” tezinde genel hukuk gelişimi

için talep ettiği gibi, ceza hukukunun gelişiminde kurala uygunluklar var mıdır? Bu ve diğer sorular, bilimsel olan karşılaştırmalı ceza hukukunda önemli bir rol oynamaktadır.

Aynı ekonomik ve teknik gelişim durumundaki toplumlarda aynı problemlerin ortaya çıktığından hareket edilirse, başka hukuk kültürlerinden çözüm yaklaşımlarını analiz etme ve münferit problem çözüm teşebbüsleri için verimli hale getirme ihtimali ortaya çıkmaktadır. Her şeyden evvel Uzak Doğu, başkaca hukuk kültürlerinin öğrenilmesi bakımından özel bir geleneğe sahiptir.²² Bunda, öğrenmeyi erdemlerin en büyüklerinden biri olarak gören Konfüçyüsçülük'ün etkisi baskındır. Japonya ve Kore'de, uzun zamandır özel olarak yabancı hukuk düzenlerine iletişime kendini adayan kuruluşlar söz konusudur. Günümüzde, Batı hukuk düşüncesinin kontrollü bir resepsiyonu ile kendi ceza hukuku sistemini diğer ülkelerin en iyi elementleriyle geliştiren Çin'dir.

Almanya, karşılaştırmalı (özel) hukuk alanında kadim bir gelenek gösterebilmesine karşın, diğer hukuk kültürlerinin öğrenilmesi eğilimi şu ana kadar ortaya çıkmamıştır. Alman karşılaştırmalı ceza hukuku, uzun zaman (ve belki de hiç de haksız olmayacak şekilde) (ceza hukuku) bilim dünyasının merkezi olarak dikkat çekmiştir. Bugün bile “Ceza Hukuku Öğretmenleri Topluluğu (Vereinigung der deutschen Strafrechtslehrer)” dünya üzerinde bu alanda üyeleri bakımından en güçlü birliklerden birisidir. Japonya ve Kore, 20. yüzyılın başlarında Alman ceza hukukunu iktibas ettikten sonra, geçtiğimiz yüzyılın 50'li yıllarından itibaren Uzak Doğu ceza hukuku bilim insanları ile hareketli ve olağanüstü yoğun bir iletişim söz konusudur. Birçok Japon ve Koreli hukuk bilim insanı, Almanya'da doktora yapmıştır.

Bununla birlikte, bu iki ülke ile değişim tek taraflıydı. Bilgi akışı Almanya'dan Uzak Doğu'ya cereyan etmekteydi, aksi yönde değil. Durum tersine dönmüştür Japonya ve Güney

²⁰ Temsili olarak *Geertz*, Dichte Beschreibung. Beiträge zum Verstehen kultureller Systeme, Frankfurt a.M. 1983.

²¹ *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. bs. Münih 1987, s. 21.

²² Konfüçyüs'e (“Lun-yu”) ait “Gespräche (Müzakareler)” dikkate değer bilgelikte ustanın öğrenmeye ilişkin itirafı ile

başlıyor: “Bir şey öğrenmek ve sürekli bunun için alıştırma yaparak ustalaşmak – bunu memnuniyet de sağlamıyor mu?” (*Konfüzius*, Gespräche. Çince'den tercüme eden ve yayınlayan *Moritz*, Stuttgart 1998, s. 5.)

Kore, Almanya ile ekonomik bakımdan farkı kapatmış, bazı bakımlardan (modern enformasyon tekniğinin yayılması gibi) ise çoktan geride bırakmıştır. (Hukuk) bilimsel olarak Almanya ile daha sıkı bir bağ söz konusu olmaktadır. Elbette bunun yanında, Amerika Birleşik Devletleri yönünde de gelişen bir uyum mevcuttur. Uzun süre Alman çalışma sahası olabilen ceza hukukunda Amerika Birleşik Devletleri etkisi bu aralar hissedilebilir. Japon ceza muhakemesi hukuku Anglo Sakson etkisi altındadır. Anglo Sakson yapıların Japon hukuk eğitimine sokulduğu²³ son yıllardaki eğitim reformu, kimi gözlemciler göre, Amerika Birleşik Devletleri hukuk düşüncesi etkisini daha da arttıracaktır.

Diğer yandan, örneğin Japonya'da Alman etkisi altındaki maddi (ceza) hukuk(u) ile Anglo Sakson uyumlu ceza muhakemesi hukukunun çokça probleme yol açtığı şeklinde yanlış değerlendirme yapılmamalıdır. Japonya ve Kore'de law-school elementlerinin ithali de eleştirilere maruz kalmaktadır. ABD ceza hukuku²⁴ dünya ölçeğinde özel bir rol oynamamaktadır, zira aslında böyle bir ceza hukuku bulunmamaktadır. ABD'de ceza hukuku, eyaletlere ait bir husustur. Bu, Birleşik Devletler'in ceza hukuku ile itinalı uğraşının faydalı olmadığı anlamına gelmemektedir. Aksine: Her şeyden önce Birleşik Devletler'in model ceza kanunu olan Model Penal Code, Avrupalı deneyimli ceza hukuku bilim insanlarına da ilginç anlayışlar sunmalıdır.

D. Her kim, yabancı hukukların özellikleri için yeterli seviyede hassas olursa, esas olan kurala uygunluklar ile etki faktörlerini bilirse ve bir takım ekonomik bakış açılarını da meselenin özüne uygun olarak dikkate alabilirse, ulusal hukuk düzeninin geçerlilik alanını aşan yeni (ceza) hukuk(u) düzenlemeleri için önerileri formüle edebilecek durumda olabilir. *Hukuk yaratıcı* – veya da: *hukuk teknolojisi*

ile bağlantılı – eğilimden söz etmek istenebilir. Den Haag'daki Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin statüsünün formüle edilmesi, yalnızca yazarların, hukuksal koşullar ve görüşmelere katılan diğer hukukçuların düşünce stili hakkında yoğun olarak bilgi sahibi olduklarında mümkündür. Karşılaştırmalı hukuk hassasiyeti olmaksızın, görüşmeler başından itibaren başarısızlıkla sonuçlanmaya mahkûmdur. Yalnızca, diğer tarafın kültürel koşullarının tanınması halinde amaca uygun müzakerede bulunulabilir. Aynı düzlemde gelecekte de, bir hukuk düzenini aşan, hatta belki hukuk çevrelerini birbiriyle bağlamak zorunda olan ceza hukuku kanuni düşüncelerinin, yoğun karşılaştırmalı hukuk ön çalışmalarına ihtiyacı söz konusudur.

III. Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Metotları

Farklı hukukların ve hukuk düzenlerinin karşılaştırılmasının anlamının giderek artmasına karşın, burada kullanılan metotlar konusunda bir standart oluşmamaktadır. Aşağıda etkili üç öneri kısaca ele alınmalıdır.

A. *Hans-Heinrich Jescheck*'in "Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung"²⁵ adlı yazısı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Almancanın konuşulduğu sahada konu ile ilgili ilk kapsamlı bilimsel uğraşdır. *Jescheck*, karşılaştırmalı ceza hukuku araştırması metodunu dört sayfaya ayırmaktadır. Temeli, çalışma hipotezi ve ilişki noktası, yani tertium comparationis olarak, özgü dogmatik ve kriminal politik bakış açısı oluşturmaktadır.²⁶ Bunu, *Jescheck*'e göre "metodik olarak özgü hukuktaki işe uyan", "yabancı ülke hukukunu tefsir etme işi safhası" takip etmektedir. Hukuk metinlerinin yanı sıra, öğretisi ile örf ve adet hukuku da dikkate alınmalıdır. *Jescheck*, "bir hukuk düzeninin sosyolojik katmanının" da dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir: "Özgü ceza hukukunda

²³ Bu konuda *Ishikawa/T. Ishikawa*, *Werden Japans Juristen "amerikanisiert"?* – Zur Einführung des Law Scholl-Systems in Japan, in: *Großfeld u.a.* (Yay. Haz.), *Probleme des deutschen, europäischen und japanischen Rechts. Festschrift aus Anlass des 20-jährigen Bestehens der Partnerschaft der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und der Chuo-Universität Tokyo auf dem Gebiet der Rechtswissenschaft*, Berlin 2006, s. 135 – 150.

²⁴ *Dubber*, *Einführung in das US-amerikanische Strafrecht*, Münih 2005.

²⁵ Tübingen'de 1955'te yayınlandı. *Jescheck*'in 1954'te Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg im Breisgau'da sunduğu giriş sunumunun genişletilmiş halidir.

²⁶ *Jescheck* (dipnot 25), s. 40. Çevirenin notu: Yazar, *Jescheck* yerine *Jescheck* yazmasına karşın, bu yazım burada ve devam eden atflarda aynen alınmıştır.

sosyolojik bağlantı, araştırmacı için en azından iradi olmaksızın mevcut değildir, zira özgü toplum düzeni *kendi* çevresidir. Buna karşın yabancı ülke ceza hukukunda, sosyolojik temeller özellikle araştırılmalıdır. Bunlar çoğunlukla, açıklanamaz kalmış görünümlerin anahtarlarıdır.”²⁷

Jescheck'e göre esas karşılaştırmalı hukuk çalışması, “materyalin sistematik düzeni ve sunumu” olan üçüncü safhada başlamaktadır. Bu, sistematik karşılaştırma ile belli bir düzenleme problemi için çözüm ihtimallerine yönelik donanım üretmek konusunda geçerlidir.²⁸ Bulunan çözüm yaklaşımlarının hukuk politikasıyla ilişkili değerlendirmesi olan dördüncü safha, *Jescheck*'e göre esas (bilimsel) karşılaştırmalı hukuka götürmektedir. Burada daha ziyade, “adalet, kriminal politik amaca uygunluk, kullanışlılık, gelenek (ve) halk kanaati şeklindeki büyük değerler kategorisi” söz konusudur.²⁹ *Jescheck*, bu değerlendirme şüpheciliği ile *Max Weber* ve *Gustav Radbruch*'un geleneğine yakın durmaktadır. Dikkate değer olan, *Jescheck* için karşılaştırmalı ceza hukuku ve uluslar üstü ceza hukuku düzenlemelerinin gelişiminin birbirleriyle ne denli sıkı bağlı olduğudur.

B. *Walter Perron* için de, karşılaştırmalı ceza hukuku ve ceza hukukunun uluslararası boyutta dengelenmesi, birbiriyle sıkı bir bağlantı içindedir. 1996 yılındaki Mainz giriş sunumunda³⁰ böylesi bir dengelemenin üç gereğini belirtmektedir: İlk olarak, “hangi alanlarda, çıkış olgularının ceza hukukunun karşılıklı dengelenmesinin uygun ve anlamlı olacak şekilde bu denli geniş çapta uyum gösterdiğinin ve hangi alanlarda ulusal ve bölgesel özel düzenlemelerde kalması gerektiğinin keşfedilmesi” söz konusu olmalıdır. Farklı, “ekonomik, sosyal, kültürel ve coğrafi ilişkiler”, “insan olarak birlikte yaşama ilişkin farklı kuralları ve ilgili kurala aykırılıklarda farklı yaptırım

ihtiyaçlarını” da yaratmışlardır. Bu açıdan Afrika'nın güneyindeki çevre ceza hukukunun odak noktası ile Batı Avrupa'daki çevre ceza hukukununki birbirinden farklı olmalıdır.³¹

Perron'a göre, uluslararası olarak tekdüze ceza hukukunun ikinci koşulu, “ilgili ülkelerde hukukun uygulanması ile ilgilenen kişilerin genel adalet düşüncelerinin önemli oranda uyumlu olmasıdır”. Onun için, “ceza hukukunun önemli değerlendirme sorularının soyut bir düzlemde tüm sistemler için geçerli olacak biçimde formüle edilmesi ve mümkün olduğunca fazla ülke tarafından kabul edilerek pratikte gerçekleştirilebilecek çözümler aranması” görevinden daha değersiz söz konusu değildir.³² *Perron* bunu açıkça söylemese de, söz konusu olan şey, temelde hukuk felsefesiyle ilgili veya hukuk teorisiyle ilgili görev durumudur.

Perron üçüncü koşul olarak, “standartlaştırmanın ilgili olduğu tüm ülkeler için ilgili ceza hukuku sistemlerinin önemli fonksiyon bağlantılarının tümünden soruşturulması ve adım adım birbiriyle dengelenmesini talep etmektedir.”³³ Bu talep, ilgili düzenleme maddesinin bulunduğu bağlam kapsamını hedeflemektedir. Münferit kuralların standartlaştırılması yeterli değildir. Daha ziyade, düzenleme probleminin ilgili normatif ve fiili çevresi dikkate alınmalıdır.³⁴

C. Karşılaştırmalı ceza hukukunun metodik koşullarını sistematik olarak ele almak konusunda en yeni teşebbüs, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg/Breisgau'nun müdürü *Ulrich Sieber*'indir.³⁵ *Sieber*, birbiriyle çelişmeyen, aksine tamamlayan ve bugün karşılaştırmalı ceza hukukunda başarılı bir çalışma için gerekli olan toplam yedi çıkış noktasını ayırmaktadır.

²⁷ *Jescheck* (dipnot 25), s. 41.

²⁸ *Jescheck* (dipnot 25), s. 42.

²⁹ *Jescheck* (dipnot 25), s. 43.

³⁰ *Perron*, Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Überlegungen zu den strukturellen Voraussetzungen der Angleichung und Vereinheitlichung unterschiedlicher Strafrechtssysteme, ZStW 1997, s. 281 - 301.

³¹ *Perron* (dipnot 30), s. 298 vd..

³² *Perron* (dipnot 30), s. 298 vd..

³³ *Perron* (dipnot 30), s. 299.

³⁴ Aynı yerde.

³⁵ *Sieber*, Strafrechtsvergleichung im Wandel, in: *ders./Albrecht* (Yay. Haz.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck, Berlin 2006, s. 78 - 130.

- Hukuk düzenlerinin tamamen veya en azından temsili seçimini dikkate almak isteyen *evrensel karşılaştırmalı ceza hukuku*. Bu nedenle, *Sieber*'e göre karşılaştırmalı ceza hukuku, yalnızca daha büyük organizasyon birlikleri veya ağlar içinde mümkündür.
- *Fonksiyonel karşılaştırmalı ceza hukuku*. *Sieber*'e göre bu, "karşılaştırmaların referans noktasının hukuki bir tanım ve hukuki bir kurum olması ile değil, (...lakin) belirli bir sorun olması ile biçimlenmiştir. Karşılaştırılması gereken, bu problemin çözümünde uygun fonksiyon icra eden bütün ilgili (ceza) hukuk(u) düzenlemeleridir."
- *Sistemik karşılaştırmalı ceza hukuku*: İlgili ceza hukuku, ceza hukuku ilgili olmayan ve de hukuk dışı düzenlemelerin ölçeği, sıklıkla yalnızca ilgili hukuk düzeninin bütüncül sisteminde anlaşılabilir. Bu, toplanan ve – değerlendirilmesi bakımından – her şeyden evvel sistematize edilmek durumunda olan materyal bolluğunun ciddi bir katılımını gerektirmektedir.³⁶
- *Yapı karşılaştırması*. *Sieber* bununla, hukuksal problem çözümlerinin ve hukuk sistemlerinin (...) münferiden düzenleme alanları üzerinde belirlenmediği ve anlaşılmadığına ilişkin idrakı hedeflemektedir. Bütüncü bir anlayış, bundan öte gerçeklik alanını içermelidir.³⁷ *Sieber* için, buna her şeyden önce norm uygulayanın adalet düşünceleri ve diğer değerler düşünceleri, bundan da öte (diğer) "kültürel, tarihsel, ekonomik, politik, felsefi ve sosyal faktörler" dâhildir.³⁸
- *Olaya dayanan karşılaştırmalı ceza hukuku*. Salt sistematik ve soyut düzenlemeler ile bunların bağlamı değil, aksine "somut durum grupları ve olaylar (olay örnekleri)" karşılaştırılmalıdır.³⁹ Bununla, adeta hukuki düzenlemelerin pratik sonuçları hesaba katılmaktadır. Çıkış noktası fonksiyonel perspektif ile yakın akrabadır.

- *Sieber*, "değerlerin karşılaştırıldığı" ve "yargısal" karşılaştırmalı ceza hukukundan, birden çok çözüm çıkış noktasından "daha iyi çözüm" etiketini anlamaktadır.⁴⁰ Bu çıkış noktasının bilimsel bir karşılaştırmalı hukuk elementi olarak dikkate alınıp alınmayacağı, yukarıda anlatıldığı üzere, kuşkusuz tartışmalıdır.⁴¹
- *Bilgisayar (bilişim) destekli karşılaştırmalı ceza hukuku*: *Sieber*'e göre, materyallerin ve taslağı çizilen çıkış noktalarından çıkan sonuçların kullanılması ve değerlendirilmesi için konvansiyonel metotlar artık yeterli değildir. Bunun yerine, bilgisayar destekli veri kaydı ve veri değerlendirmesi şeklindeki yeni metotlar kullanıma alınmalıdır.⁴²

IV. Perspektifin Genişletilmesi

Jescheck, *Perron* ve *Sieber*'in önerileri buna bağlı olarak dikkate alınırsa, onlar için ceza hukuku normlarının karşılaştırılmasının fonksiyonist yaklaşımına ilişkin itirafın birlik olduğu dikkat çekecektir. ABD dil coğrafyasında olduğu gibi Alman dil coğrafyasında da *Ernst Rabel* ve *Max Rheinstein* gibi isimlerle bağlı olan *fonksiyonizm*, bugün fiilen, karşılaştırmalı hukuk teorisinin metodolojik çıkış noktasını oluşturmaktadır. Hukuk, salt normlar düzeni olarak, "law in the books" olarak anlaşılmalıdır. Aksine onun gerçek fonksiyonu araştırılmalıdır. Bu, metodolojik bakış açısından üç türlü anlam ifade eder:

1. Salt dogmatik ve pratik perspektif aşılmaktadır. Hukukun gerçek etkileri göz önüne alınmakta ve yansıtılmaktadır.
2. Bu etkileri anlayabilmek için, normun olduğu ve etki ettiği sosyal ve kültürel bağlam dikkate alınmalıdır.
3. Gerçek etkiler (1) ve sosyal ile kültürel bağlama (2) bakış, esaslı metot değişimini içermektedir: Karşılaştırmalı hukuk normatif-dogmatik bir faaliyet değildir. Aksine (ampirik

³⁶ *Sieber* (dipnot 35), s. 114.

³⁷ *Sieber* (dipnot 35), s. 116.

³⁸ *Sieber* (dipnot 35), s. 116.

³⁹ *Sieber* (dipnot 35), s. 118.

⁴⁰ *Sieber* (dipnot 35), s. 119.

⁴¹ *Sieber* (dipnot 35), s. 119; *Sieber* şu dört bölüm sorunun birbirinden ayrılması gerektiğini önermektedir: düzenleme konusunun karşılaştırılabilirliği, değerlendirme kriterlerinin karşılaştırılabilirliği, düzenlemeler ile değerlendirme kriterlerinin karşılaştırılması ve son olarak düzenlemeler üzerine değer kararı.

⁴² *Sieber* (dipnot 35), s. 125.

disiplin olarak anlaşılan) hukuk sosyolojisinin bir parçasıdır.

Fonksiyonalist temel oryantasyon, bugün Almanya ve ABD'deki karşılaştırmalı hukukçuların büyük çoğunluğunca bölünmektedir. Karşılaştırmalı hukukta fonksiyonalist çıkış noktalarının bu kabulü, metot tartışmalarının bitmiş olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, karşılaştırmalı hukuka ilişkin esaslı bir metot tartışması yürütülmelidir. Çıkış ve oryantasyon noktaları olarak, *Jescheck*, *Perron* ve *Sieber*'in esas olan açıklamaları geçerli olabilir. Onlar tarafından anılan perspektifler ve metotlar, elbette benim görüşüme göre üç türlü bağlama göre genişletilebilir.

Bir tanesi, hukuk ilmine ilişkin karşılaştırmalı hukuk perspektifi genişletilmesi ve hukuku tutarlı olarak kültürün parçası olarak anlamaktır.⁴³ Karşılaştırmalı hukukta da, hukukçuların daha sık olarak kötü şekilde kendilerini sınırlaması, dogmatik analiz ve hukuk kurallarının uygulanması konusunda etkisini sonradan göstermektedir. *Hukuk, kültür görünümü olarak* anlaşılırsa, karşılaştırmalı çalışmada ilgili kültürel arka plan göz önüne alınmalıdır. Bu, bir ülkenin sosyal ahlak, din ve tarih gibi hususları ile ilgilidir. Karşılaştırmalı hukuk perspektifinin bu tarz genişletilmesi, pratikte olmasa da, bugün hala teoride birçok hukuksal açıklamada kabul edilmektedir. Bundan da öte, kültürlerarası karşılaştırmaya ilişkin olarak kültür bilimlerinin metot tartışması da bilgi sahibi olmalı ve kabul edilmelidir. Etnoloji ve ayrıca sosyal psikoloji ile pratik felsefe gibi derslerde de, karşılaştırmalı hukuk teorisinin resepsiyonundan çok yararlanabileceği, kültürlerin karşılaştırılması ve karşılaştırılabilirliği sorunlarına ilişkin çok farklılaşmış bir literatür söz konusudur.⁴⁴

Önermek istediğim, karşılaştırmalı hukukta metot tartışmasının genişletilmesi bilimsel teorisiyle ilgili veya

eğer istenirse, mantıksal perspektiftir. Yani *karşılaştırmalı hukuk mantığı* söz konusudur. Burada şu sorular cevaplanmalıdır: "Karşılaştırma" ne demektir? Bununla ifade edilen faaliyet, "gözleme", "takdir" ve "sistematize etme" gibi diğer esaslı bilimsel faaliyetlere ilişkin nasıl bir tavır takınmaktadır? Karşılaştırma, karşılaştırılanın özgü bir değerlendirmesini gerektirmekte midir veya saf betimleyici olarak icra edilebilir mi? Değer yargısı ihtilafı⁴⁵ veya "anlama" vs. "açıklama" tartışması gibi bilim teorisinin büyük metodolojik görüş ayrılıklarına ilişkin "karşılaştırma" ilişkisi nedir? Bunlar ve diğer sorular "karşılaştırmalı hukukun bilim teorisi"nde tartışılmalı ve aydınlatılmalıdır.

Üçüncüsü, benim görüşüme göre, karşılaştırmalı hukuk araştırmasının ivedi gereken genişletilmesi, diğer kültürlerin temsilcilerinin daha güçlü şekilde dâhil edilmesi ve onlarla işbirliğini ilgilendirmektedir.⁴⁶ Karşılaştırmalı hukuk çalışmasının münferiden Avrupa ve ABD'de yapıldığı zaman geçmiştir. Hatta böyle bir zamanın hiç olup olmadığı sorulabilir, zira Uzak Doğu'da 19. yüzyılın sonlarından itibaren yabancı hukuklar ilgiyle öğrenilmiş ve bundan, özgü hukukun gelişimi için elementler elde edilmiştir. Belki de bu nedenle bugün, Uzak Doğu'nun Avrupalı ve Amerikalılardan değil, tersine Amerikalı ve Avrupalıların Uzak Doğu'dan öğrenmesi gerekliliği söz konusudur.

V. Özet

A. Karşılaştırmalı ceza hukuku günümüzde salt temel araştırmasında değil, ulusal ceza hukuku sistemlerinin gerekli dengelenme ve harmonizasyonu ile sınır aşan ceza hukuku normlarının yaratılmasında da artarak anlam kazanmaktadır.

B. Karşılaştırmalı ceza hukukunun görevlerine farklı metotlar uygun düşmektedir. Ceza hukuku normlarının

⁴³ *Hilgendorf*, *Strafrecht und Interkulturalität. Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*, JZ 2009, s. 139 – 144.

⁴⁴ Bu, *Clifford Geertz*'in teorileri ve bunun üzerine kurulu olmakla birlikte kısmen belirgin şekilde Geertz ile çelişen kültür karşılaştırması "post modern" teorisyenleri için de geçerlidir.

⁴⁵ *Hilgendorf/Kuhlen*, *die Wertfreiheit in der Jurisprudenz. Konstanzer Begegnung: Dialog zwischen der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz und Richtern des Bundesgerichtshofs*, 2000 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 242).

⁴⁶ Bu yönde bir teşebbüs için, *Hilgendorf* (Yay. Haz.), *Ostasiatisches Strafrecht. Würzburger Tagung zum Strafrechtsvergleich vom 8.-12. Oktober 2008*, Tübingen 2010.

salt dogmatik karşılaştırıldığı değil (law in the books), sistematik olarak gerçek etki ve fonksiyonlarının araştırılmak zorunda olduğu (law in action) fonksiyonalist çıkış noktası önemlidir. Bu vesileyle ampirik bir araştırma yönü söz konusudur.

C. Karşılaştırmalı ceza hukukunun yoğunlaşan anlamı karşısında, karşılaştırmalı ceza hukuku çalışması perspektiflerini genişletmek ve özgü ülke kültürünü mantıklı olarak göz önünde bulundurmak gereklidir. Bu, karşılaştırmalı ceza hukukunun daha güçlü disiplinler arası tertibini icap ettirmektedir.

D. Karşılaştırmalı hukukun temel tanımlarının bilim teorisiyle ilgili aydınlatılması konusunda ilaveten araştırmanın bir eksikliği oluşmaktadır.

E. Nihayetinde karşılaştırmalı ceza hukuku çalışmasına diğer kültürlerin temsilcilerinin dâhil edilmesi gereklidir. Özellikle de, Almanya'daki karşılaştırmalı ceza hukuku araştırması, Uzak Doğu ceza hukuku biliminden ve mevzuat uygulamasından bu esnada çok şey öğrenebilir.