ZEKİ HAFIZOĞULLARI

TÜRK CEZA HUKUKU GENEL HÜKÜMLER

USA YAYINCILIK

Gökmak Avukatlık Bürosu
GÜNEŞ UÇUCU
- Kütüphane -

ÖĞRENCİLERİME...

ÖNSÖZ

Ceza hukuku düzeni hukuk di.lzeninin ayrılmaz bir parçasıdır. Kamu hukuku-özel hukuk ayınını tartışmaları bir yana, ceza hukuku, niteliğinin gereği olarak katıksız bir kamu hukukudur. Bu hukuk di.lzenini vurgulayan özellik, en azından Kara-avrupası Hukuk Düzenlerinde kendisine ismini veren cezadır.

Suç ve ceza insanın yazgısıdır.

Nerede suç varsa orada ceza vardır. Tüm çabalarına rağmen, insan, suçun ve cezanın olmadığı bir toplumu hala gerçekleştirilebilmiş değildir. Herhalde, bu, insan zihninde, sadece bir özlem, bir ideal olarak kalacaktır.

Ceza, ödülün karşıtıdır.

Öyleyse, ceza, haz vermez, acı verir.

Bu, insanın en çok esirgenmesini gerektiren hukukun, ceza hukuku olması demektir. Gerçekten, bugün, uygar toplumlar, insan haklarını, gerçekleştirilmesi, korunup kollanması gereken en yüksek toplumsal bir değer saymaktadırlar.

O yüzdendir ki, uygar bir toplumun ceza hukuku, insan haklarının özrü değil, tam tersine, teminatı olmak zorundadır.

İnsanlık tarihi, karanlık dönemlerin olmasına rağmen, insan haklarının teminatı olacak bir ceza hukukunun, ancak kaynağı salt beşeri irade olan bir ceza hukuku olduğunu göstermiştir. O nedenle, tek deney verisi hukuk, ceza hukuku, kaynağı sadece beşerı irade olan hukuktur. Kaynağı salt beşeri irade olan hukuk, ceza hukuku, laik ceza hukukudur.

Konumuz, Türk Ceza Hukukudur.

İncelemenin dayandırıldığı temel varsayım, hukukun, dolayısıyla ceza hukukunun kaynağının, tek deney verisi olarak sadece beşerı irade olduğu düşüncesidir.

Beşerı irade dilde ifadesini normatif önermelerde bulmaktadır.

Bundan ötürü, hukuka, ceza hukukuna bakış açısı, normatif, yani salt normcu bir bakış açısı olacaktır. Bununla birlikte, hukukun, ceza hukukunun, "Kişilerarasılık" veya "Karşılıklılık" (Bilateralita), "Kurumsallık" (lstituzione) zenginliği göz ardı edilmeyecek; olmazsa olmazı olarak kişilerarasılık ve madem hukuksuz toplum olmamaktadır, kurumsallık niteliği özenle korunacaktır.

İncelemede; dünden bugüne hukuk, ceza hukuku bilimi, temel kaynaklar, Cumhuriyetinin eseri hukuk, ceza hukuk bilimi ve uygulamaları göz önünde tutularak; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun sisteminin, sistemi oluşturan normların anlamının, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesine çaba gösterilecektir.

Bu arada, pek tabii, Türk Hukuk Devriminin özünü oluşturan Ümanizma, Rönesans ve Reform ve Aydınlanma çizgisine sadık kalarak, kimince bir 'baş eser" olduğu ileri sürülen 5237 sayılı Kanun hakkında tarihe kayıt düşmek istiyoruz.

Kısacası, burada, sistem analizinde bulunulacaktır. lşin icabı olarak bazı tekrarlar kaçınılmaz olmuştur.

Böylece, en azından kendi hesabımıza bir tartışma zemini oluşturularak, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu esas olmak üzere biçimlenecek olan yeni doktrin ve uygulamaya katkıda bulunulmaya çalışılacaktır.

Kaynakçada, Hukukun Genel Teorisinin ve Ceza Hukukunun görülen ve göndermede bulunulan genel bazı temer eserlerine yer verilmiştir.

Öğrencilerimin, araştırmacı ve uygulamacıların eleştirileri, onurumuz olacaktır.

TEŞEKKÜR

lşbu eser, 3. yıl boyıınca lntemet'te www.zekiliafizagullari.com ve Başkent Üniversitesi Hukıık Fakültesi sitesinde yayımlaıımaktadır. Siteyi bugüne kadar yiiz biıı civarııda okuyucu izlemiştir. Katkıları ve eleştiriler için teşekkürlerimi swıuyorum.

Bımım yaıuıda, eseriı düzeltmeleri için katkıda bulunan öğrencim Dr. Muammer Ketivne,ı'e, Ezgi Aygüıı'e, Av. Dr. Bülent Hayri Acar'a, Yaymcım Miilıendis Osnıaıı Bekir Susınuş'a ve ***REKMAY*** *YAYINCJLIK'tan Alınıet Hagur ve Ateş Akyüz'e teşekiir ederim.*

Prof Dr. Zeki Haftzoğulları

Ankara 2008

KA\NAKÇA

Antolisci. tvfanuale di diritto penale, PG., Milano 2000.

Antolisci. Pcr un indirizzo realistico nelin scienzn del diritto penale, Padova 1937.

Antolisci. 11 rapporto di cmısalit•a nel diritto penale, Padova 1934.

.-\nolisei. L'Az.ione e l'evento nel reato, Milnno 1928.

Ala akapt,m. Suçun Unsurları, Ankara 1975.

Aliınena. L1 colpa nella teoria generale del reato, Milano 1947.

Almvilla. La colpa, Torino 1947.

Banıglini. Le nom1e penali e i loro destinatari, Roma 191O.

Banıglini. Sul valore imperativo dele nonne giuriduche, Perugia 1911.

Bellavism. Il problema della colpevolezza, Palenno 1942.

Bettiol. Diritto penale, PG., CEDAM, Padova 1978.

Bettiol, Il problema penale, Palenno 1948.

Bettiol. L'Ordine dell'autorita'nel diritto penale, Milano 1934.

Bricola, Fatto non imputabile e pericolosita', Milano 1961.

Bobbio Intoduz.ione alla filosofia del diritto, Torinol948.

Bobbio, Studi sula teoria generale del diritto, Torino 1955.

Bobbio, Teoria della nom1a giurudica, Torino 1958.

Bobbio, Teoria della scienza giuriduca, Torino 1950.

Boscorelli, Contributo alla teoria del concorso di persona nel reato, Padova 1958.

Campus, Studio sul reato perrnanente, Sassari 1902.

Caraccioli, I problemi generali delle misure di scurezza, Milano 1970.

Cameluttu, Teoria generale del diritto, Roma 1950.

Carnelutti, Teoria generale del reato, Padova 1933.

Carrara, Progran1a, Lucca 1877.

Cavallo, Il delitto tentato, Napoli 1934.

Cavallo, L'esercizio del dirtto nella teoria generale del reato Napoli 1939.

Cavallo, La forza maggiore nel diritto penale, Napoli 1945.

Centel-Zafer-Çakmut, Türk Ceza Hukuku, Giriş, Beta, İstanbul 2006.

Contieri, Lo stato di necessita', Milano 1939.

Delitala, Il "fatto" nella teoria generale del reato, Padova 1930.

Demirbaş, Ceza Hukuku, GH., Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Demirbaş, Ceza Hukuku, GH., Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Dolce, Lineamenti di una teoria generale delle sicuzanti nel diritto penale, Milano 1975.

Dönmczer-Ennan.	Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, II, ili, İstanbul 1999, 2000.
Erem.	Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, GH., I, il, Ankara 1971.
Ersoy.	İgnoranza ed errore nel diritto penale, Ankara 1968.
Ferri,	Pricipi di diritto criminale, Torino 1928.
Fiandaca - Musco,	Diritto penale, PG., Bologna 1985•.
Aorian.	Trattato / Parte generale del dirtto penale, Milano 1934.
Fomasari.	I pricipi del diritto penale tedesco, CEDAM, Padova 1993.
Fomasari,	II principio di inesigibilita' nel diritto penale, CEDAM, Padova 1990.
Frosali,	L'Errore nella teoria del dirtto penale, Roma 1933.
Galli.	L'Errore di fatto nel dirtto penale, Milano 1948.
Gallo,	II concetto unutario della colpevolezza, Milano 1951.
Gallo,	Il dolo, oggetto e accertamento, Milano 1948.
Giuliani,	La struttura del reato pennanente, Padova 1967.
Gözler,	Hukukun Genel Teorisine Giriş/ Hukuk Nonnlanmn Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara, 1998.
Gözler,	Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Bursa 2000.
Grammatica,	Principi di difesa sociale, 1961.
Grispigni,	Diritto penale italiano, I, Milano 1947.
Grispigni,	II consenso dell'offesa, Roma 1924.
Grosso,	Diffesa legittima e stato di necessita', Milano 1964.
Hafızoğullan,	Ceza Normu/ Nom1atif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996.
Hart,	Il concetto del diritto, Introduzione e traduzione di Mario Cattaneo, Torino1966.
Içel,	Suç Teorisi, İstanbul 1999.
Impallomeni,	Istituzioni di diritto penale, Torino 1908.
Kelsen,	Lineamenti di dottrina pura del diritto, Trad. Di Trevees, Torino 1967.
Kelsen,	Teoria generale delle nonne, Trad. Mirella Torre, Torino 1985.
Keyman,	Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 1971.
Kunter,	Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1974.
Kunter,	Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981.
Kunter,	Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949.
Kunter,	Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961.

Latngliata, I principi del concorso nel rcato, Napoli 1964.

Leone, Istituzioni di diriuo proccssuulc pcnalc, I, il, Napoli 1965.

Liszt, L1 teorin dello scopo nel diritto pcnalc, Acura di Calvi, Milano l962.

Maggiore, Dirillo penale, PG., Bologna 1961.

Manhaın, Trattato di criminologia comparata, A cura di Franco Ferracuti, I, II, Torino 1975.

Mantovani, Diritto penale, PG., Padova 1979.

Manzini, Trattato di diritto penale italiano, Volume I, il, III, Torino 1961-1964.

Manzini, lstituzioni di dirito penale ıtaliano, I, PG., Padova 1958.

Massari, La nonna penale, Napoli 1913.

Mezger, Diritto penale, trad.it.dell' avv.Mandaları, Padova 1935.

Mestica, La responsabilita' penale delle persone giuridiche, Roma 1933.

Messina, L'antigiuridicita' nella teoria del retato, Spoleto 1942.

Molari, Profili dello stato di necessita', Padova 1964.

Moro, Lantigiuridicita' penale, Palenno 1974.

Moro, La subbiettivazione delle nonne penale, Bari 1942.

Moro, Unnita' e Pluralita' di reati, Padova 1945.

Nuvolone, I limiti taciti della norma penale, Padova 1972.

Ondei, II sogetto attivo del reato, Padova 1948.

Özgenç, Türk Ceza Hukuku, GH., Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.

Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, Milano 1980.

Petrocelli, La pericolosita' criminale, Padova 1940.

Petrocelli, L'atigiuruducuta' , Padova 1966.

Petroelli, Colpevolezza, Padova 1955.

Petrocelli, Pricipi di diritto penale, Napoli 1955.

Pisapia, Reato continuato, Napoli 1938.

Punzo, Reato continuato, Padova 1951.

Ranieri, Colpevolezza e personalita' del reo, Milano 1933.

Ranieri, II reato complesso, Milano 1940.

Ranieri, Manuale di diritto penale, PG., Padova 1968.

Rava', Diritto e stato nella morale idealistica, Padova 1950.

Rocco, L'Oggetto del reato e della tutela giuridico penale, Roma 1933.

Rocco, Sul concetto del diritto subbiettivo di punire, Prato 1904.

Rocco, Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica, Estratto dalla Rivista di dirtto penitenziario, IX, Roma 1930.

Romano,	Corso eli diritto costituzionale, Padova 1933.
Ross,	Diritto e giustizia, Trad. G. Gavazzi, Torino 1968.
Rossi,	Natura giurielica e struttura della desisteza volontaria, Cosenza 1968.
Sabatini,	il pubblico ministero nel diritto processuale penale, I, Napoli 1943.
Santoro,	L'Ordine del superiore nel diritto penale, Torino 1957.
Scarano,	La non esigibilita' nel diritto penale, Napoli 1948.
Scarano,	Rapporti eli dirtto penale, Milano 1942.
Scarpelli,	Cos'e' il positivismo giuridico, Milano 1965.
Serianni,	La desistenza volontaria e il ravvedimento attivo, Milano 1966.
Sesso,	Imputabilit' e sistema del reato, Milano 1962.
Soyaslan,	Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.
Spagnolo,	Gli elementi soggetivi nella sttruttura delle scriminanti, Padova 1981.
Tezcan,	Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2007.
Thon,	Norma giuridica e diritto oggettivo, Trad., Dell'A. Levi, Padova 1951.
Tolomei,	il pentimento nel diritto penale, Torino 1926.
Toroslu,	Ceza Hukuku, GK., Ankara 2005.
Toroslu,	Cüiimlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970.
Valetta,	L'antiguridicita' penale in relazione allo scopo della norma, Napoli 1951.
Vannini,	I reati commisivi mediante ommissione, Roma 1916.
Vannini,	il problema giuridico del tentativo, Milao 1952.
Vannini,	Manualle di diritto penale, PG., Firenze 1948.
Vassalli,	Potesta' punitiva, Torino 1942.
Vasalli,	Limiti del divieto di analogia in materia penale, Milano 1942.
Zagrebelesky,	Reato continuato, Milano 1976.
Zanobini,	İdari Müeyyideler, Çev. Y. Günal, Ankara 1964.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ v
KAYNAKÇA ..... **ix**

BİRİNCİ BÖLÜM
CEZA HUKUKU DÜZENİ

BİRİNCİ BAŞLIK
DAVRANIŞ NORMU OLARAK CEZA HUKUKU

I. CEZA HUKUKU BİR İRADE TEZAHÜRÜDÜR 3
il. CEZA HUKUKU İRADENİN EMİR OLARAK TEZAHÜRÜDÜR 5
lll. BEŞERİ İLİŞKİLERİ DÜZENLEMEK ONLARI DEĞERLEND1RMEKT1R 5
IV. CEZA HUKUKU DÜZENİ BİR DEĞERLER SİSTEMİ BÜfÜNÜDÜR 8
V. CEZA HUKUKU BEŞERİ VARLIKLARIN TOPLUMSAL DAVRANIŞLARINI DEĞERLEND1R1R 9
VI. CEZA HUKUKU BEŞERİ BİR DAVRANIŞ KURALLARI SİSTEMİDİR 10
VII. CEZA NORMU HUKUK DÜZENİNDE GEÇERLi DAVRANIŞ **KURALIDIR** 12

İKİNCİBAŞLIK
CEZA NORMUNUN KAYNAĞI

I. HUKUKUN KAYNAĞI 17
II. KANUN!I.JK İLKESİ 19
lli. KANUNİLİK İLKESİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR 21
IV. CEZA NORMUNUN DOĞRUDAN KAYNAKLARI 23
V. ÖRF ve ADET 24
VI. CEZA NORMUNUN DOLAYLI KAYNAKLARI 25
A. idarenin Düzenleyici işlemleri 25
B. Anlaşmalar ve Uluslararası Teamüller 26
C. Yabancı Ülke Hukuku - Hukukun Genel İlkeleri - Yargı Kararları 26
VII. CEZA NORMUNUN KAYNAĞININ YARGISAL DENETİMİ 27

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN SINIRLARI

I. CEZA NORMUNUN ZAMAN BAKIMINDAN SINIRI 29
A. Kanunların Birbirini İzlemesi ve Ceza Normunun Anayasada Zaman Bakımından Sınırı 29
B. Ceza Normunun Ceza Kanununda Zaman Bakımından Sınırı 30
1. Suç Olan Bir Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması veya Suç Olmayan Bir Fiilin Suç Olması 30
2. Lehte Kanun 31
C. Güvenlik tedbirleri 33
D. Geçici veya süreli kanunlar 34
E. Bir Ceza Hukuku Düzeninin Örtülü Olarak Yürürlükten Kaldırılarak Yeni Bir Ceza Hukuku Düzenin Oluşturulması 35
F. Suçun İşlendiği Zaman 36
II. CEZA NORMUNUN YER BAKIMINDAN SINIRI 37
A. Ceza Kanununun Ülkeselliği (Mülkilik) llkesi 37
1. Ülke 38
2. Ülkeden Sayılanlar 39
B. Ceza Kanununun Evrenselliği tlkesi 40
C. Görev suçları 42
ill. CEZA NORMUNUN KİŞİ BAKIMINDAN SINIRI 43
A. Ceza Kanununun Şahsiliği llkesi 43
B. Ülke Dışında Vatandaş Tarafından İşlenen Suçlar 44
C. Yabancı Ülkede Yabancı Tarafından İşlenen Suçlar 46
1. Yabancının Yabancı Ülkede Türkiyenin Zararına İşlediği Suçlar 46
2. Yabancı Ülkede Türk Vatandaşı Kişilerin Zararına İşlenen Suçlar 47
3. Yabancının Yabancı Ülkede Yabancıya Karşı Suç İşlemesi 47
IV. CEZA KANUNUNA KAMU HUKUKUNUN GETİRDİĞİ SINIRLAR 48
A. Genel Olarak 48
B. İç Hukuktan Gelen Kısıtlamalar 48
1. Sorumsuzluk 48
2. Dokunulmazlık 49
3. Cumhwbaşkanlarının Suçtan Sonımluluğu 49
C. Uluslararası Kamu Hukukundan Gelen Kayıtlar 50
1. Diplomasi Dokunulmazlığı 50
2. İkili veya Çok Taraflı Antlaşmalarla Getirilen Kayıtlar 50
V. YABANCI ÜLKE MAHKEMELERİNİN VERMİŞ OLDUĞU KARARLARIN TANINMASI ve TÜRKİYEDE YARGILANAN SUÇLARDA UYULMASI ZORUNLU KURALLAR 51
A Yabancı Ülke Mahkemelerinin Venniş Olduğu Kararların Tanınması. 51
B. Türkiye'de Yargılanan Suçlarda Uyulması Zorunlu Kurallar 52

VI. SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ..... 53
A. Genel Olarak.....53
B. Ceza Kanunun Düzenlemesi..... 54
C. Düşünce Suçu, Siyasi ve Askeri Suç 55
D. Vatandaşın Geri Verilmezliği İlkesi 57
E. Geri Venne İşleınleri 57
F. Koruma Tedbirleri.....58

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN TASNİFİ

I. CEZA NORMLARINI TASNİF ZORUNLULUĞU 59
II. ARASINDAKİ BAĞINTLILAR BAKIMINDAN CEZA NORMLARININ TASNlFt 60
A. Davranış Nonnları, Müeyyide Normları.....60
B. Bağımlı - Bağımsız Ceza Nonnları. 61
1. Bağımsız veya Asıl Ceza Nonnları.....62
a. Tam Ceza Nonnları.....62
b. Eksik Ceza Normları.....63
c. Açık Ceza Nonnları.....63
2. Bağımlı veya Tamamlayıcı Ceza Nonnları 64
a. Yönergesel (Direttive) Nonnlar 65
b. Tanıma ve Yorum Nonnları.....65
c. Genişletici (estensive) ve Daraltıcı (limitative) Normlar 65
d. Gerçekleştirici (Attuazione) ve Geçici (Transitorie) Ceza normları 66
e. Çatışma (Collisione) Normları 66
f. Atıf veya Gönderme Nonnları 67
III. **Dh,-MANTIK YAPISI BAKIMINDAN** CEZA **NORMLARI.....68**
A. İfade Biçimleri Bakımından Ceza Normları **68**
!.Olumlu (Müspet / Pozitif) Ceza nonnları 69
a. Emredici ve Yasaklayıcı Normlar, yahut Birinci Derece Nonnlar veya Birinci Derecede Hükümler. 69
i. Emirler ve Yasaklar 69
ii. İster Emir İster Yasak Olsun, Birinci Derece Ceza Hükümleri ya Mutlak (Şartsız) Hükümlerdirler ya da Göreli (Şartlı) Hükümlerdirler 71

iii. Ceza Hükümleri, İster Emir İsler Yasak Olsun, Konularının İçeriği Bakımından ya Tehlike Yasaklan, Zarar Yasaklan, ya da Tehlike Emirleri, Zarar Emirleridirler. 72
iv. Yasaklar Hakkında Yapılan Ayırım Emirler Hakkında da Yapılabilınektedir 72
b. Müeyyide Emirleri veya İkinci Derecede Normlar 73
2. Negatif (OlumsuıJMenfi) Ceza Normları. 73
a Bir İzin veya Yetki bahşeden Normlar - Tecviz Edici Nonnlar 74
b. Kendisine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden 75
c. Emir veya Yasak Aynı Zamanda Lehine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden de Bir Müsaadedir 75
d. Her Müsaade İzinli Kılınan Kimse Yönünden Bir Emir veya Yasaktır 76
e. Lehine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden 76
f. Hiçbir Yetki Bahşetmeyen veya Bir İzin Vermeyen ama Sadece İnkar Eden ve Sınırlandıran Ceza Normları 78
5. Emredici veya Yasaklayıcı Nonnlarla Bağıntılannda Olumsuz (Negatif) Ceza Nonnları 78
6. Bahşeden, Mahrum Eden Ceza Normları 79
7. Bildirici veya Açıklayıcı Ceza Normları 80
B. Kategorik Ceza Nonnları - İpotetik Ceza Normları. 81
1. İfade Edildikleri Biçim Bakımından Ceza Normları. 81
2. Kategorik Emirler 82
3. Şartlı (İpotetik) Emirler veya Teknik Normlar 84

BEŞİNCİ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN YORUMU

I. HUKUK BİLİMİ 87
A. Genel Olarak 87
B. Hukuk Bilimi - Ceza Hukuku Biliminin Konusu 87
C. Kural ve Kuralda Kurallaştırılan 88
D. Normatif Önermelerin Temel Niteliği 90
E. Hukuki Formalizm 94
1. Hukuki Fonnalizmde Hukuk Düzeni Bir Üst Yapı Kurumudur 94
2. Hukukun - Ceza Hukukunun Hukuki Teorisi Hukukun Normatif Teorisidir 95
3. Formel Bilimler, Hukul, Ceza Hukuku Bilimi. 96

4. Hukukun, Ceza Hukukunun Genel Teorisi Formel Bir Bilinl ınidir? 99
F. Hukuk, Ceza Hukukunun Deneyselliği Meselesi I00
1. Hukuk Bilimi, Daha Özel Olarak Ceza Hukuku Bilimi llk Ağızda Değil, Ama Son Tahlilde Deneysel Bir Bilimdir 1Ol
2. Hul-a.ıkta Deneyselliğin Sınırı 106
G. Pozitif Hukukun Bir Teorisi Olarak Hukukun Normatif Teorisi. I11
II. YORUM 1l5
A. Genel Olarak Yorum 1I5
B. Yapana Göre Yorum Çeşitleri 116
C. Belirleyicilik Niteliğine Göre Yorum Çeşitleri 117
1. Daraltıcı Yorum 118
2. Genişletici Yorum 118
3. llerletici Yorum 118
D. Yorum Yöntemleri 118
I. Mantıksal-Yapısal (Sözel) Yorum Yöntemi 119
2. Amaçsal (Gaı) Yorum Yöntemi 119
E. Yorum Araçları 121
F. Kıyas 122

ALTiNCi BAŞLIK
CEZA HUKUKU DOKTRİNLERİ
VE
TÜRK CEZA HUKUKUNUN TARİHÇESİ

I. CEZA HUKUKU DOKTRİNLERİ 123
A. Genel Olarak Ceza Hukuku Doktrinleri 123
B. Klasik Ceza Hukuku Okulu 124
C. Pozitivist Ceza Hukuku Okulu 125
D. Teknik Ceza Hukuku Okulu 127
E. Gerçekçi Ceza Hukuku Ak.ımı 128
II. TÜRK CEZA HUKUKUNUN TARİHÇESİ 129
A. Tanzimat Dönemi ve Birinci Dönem Ceza Hukuku Düzeni 130
1. Genel Olarak 130
2. Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku 131
3. Türkiye Devleti Ceza Hukuku 134
a. Türkiye Devleti ve Devletin Hukukunun Oluşumu 134

b. Birinci İktisat Kongresi ve Hukuk Devrimi İhtiyacı 135
4. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Hukuku 136
a. 1924 Anayasası ve Ceza Hukuku 136
b. 1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Bazı İlgili Kanunlar 138
i. Türk Ceza Kanunu 138
ii. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 141
iii. llgili Diğer Kanunlar 142
5. Türk Toplumunun Toplumsal, Ekonomik, Siyasi ve Hukukı Değişimleri Karşısında Ceza Kanununun Uğradığı Başlıca Değişiklikler 143
a. 1930 Sonrası Dönemde Yapılan Değişiklikler 143
b. İkinci Dünya Savaşı ve Sonrası Dönem 145
c. 1950 Sonrası Ceza Hukuku 146
d 1%0 lbtilali, 1961 Anayasası ve Sonrası Dönem Ceza Hukuku 149
e. 1980 İhtilali, 1982 Anayasası ve Sonrası Dönem Ceza Hukuku ... 152
6. Avrupa Birliğine Girme Çabaları Karşısında Ceza Hukuku 155
7. Ceza Hukuku Doktrini 157
a. Ceza Hukuku Bilimi 157
b. Ceza Hukuku Uygulamaları 159
B. İkinci Dönem Ceza Hukuku Düzeni 160
1. Genel Olarak 160
2. Kanunun Genel Değerlendirilmesi 161
a. Temel Yanlışlardan Gelen Yorum Zorlukları 161
b. Kanunun Yorumunda Gerekçelerden, Komisyonlarda ve TBMM Genel Kurulunda Yapılan Tartışmalardan Yararlanmak İmkanının Bulunmaması 162
3. Kanunun Yorumunda Geçerli Ceza Hukuku Biliminden ve Mahkemelerin Günümüze Kadar Gelen Uygulamalarından Yararlanmak 164
4. Kanunun Yorumunda Suçun Hukuki Konusu veya Normun Ratiosu Kriteri 167
5. Yorumda Sınır, Düzeltici Yorum Yasağı 169
6. Anayasaya Aykırılık 170

İKİNCİ BÖLÜM
SUÇ

BİRİNCİ BAŞLIK
GENEL OLARAK SUÇ

I. SUÇ KAVRAMI 173
A. Suçun Şekli Tanımı 173
B. Suçun Maddi Tanımı 174
II. SUÇ ve HUKUKA AYKIRI DİĞER Ftn..,LER 177
ili. SUÇLARIN CÜRÜM ve KABARAT OLARAK AYRILMASI. 178
A. Genel Olarak 178
B. Suçların Ağırlıkları Esas Olmak Üzere Aynlması. 180
IV. SUÇLARINAYRIŞTIRILMASI. 182
V. SUÇUN UNSURLARINA GÖRE İKİLİ VE ÜÇLÜ AYIRIMI 184
VI. SUÇUN ÖNŞARTI, F11L1N ÖNŞARTI. 186
VII. CEZALANDIRABİLME ŞARTLARI 187

İKİNCİBAŞLIK
SUÇUN UNSURLARI

1. FllLSlZ SUÇ OLMAZ 189
A. Fiil Kavramı, Niteliği, Unsurları 189
B. Hareket 190
1. İcra Hareketi 192
2. İhmal Hareketi 194
C. Netice 196
l.Bir Olgu Olarak Netice 196
2. Neticenin Tabiatçı Anlayışı. 196
3. Neticenin Hukuki/Normatif Anlayışı 197
D. Nedenselli.k 198
1. Genel Olarak 198
2. Nedenselliği Açıklayan Düşünceler 199
a. Tabii Nedensellik Düşüncesi 199
b. Uygun Nedensellik Düşüncesi 200
c. Beşeri Nedensellik Düşüncesi 202
3. Hukukumuzda Nedensellik Meselesi 204
E. İhmalin Nedenselliği. 206

1. lhmaJin Gerçekliği Tartışması.....206
2. İhmalin Nedenselliği 206
F. Neticeyi Önleme Yükümlülüğü 207
G. Maddi Unsur Esas Olmak Üzere Suçların Tasnifi 209
1. Hareket Esas Olmak Üzere Suçların Tasnifi 209
a. Anı Suçlar 210
b. Kesintisiz Suçlar.....21O
c. İtiyadı Suçlar.....212
2. Netice Esas Olmak Üzere Suçların Tasnifi 213
II. □ALStz SUÇ OLMAZ.....214
A. lhlal, Suçun Hukuki Konusu, Mağdur 215
1. Genel Olarak İhlal 215
a. Hukuka Aykırılık 215
b. Hukuka Aykırılığın Tespiti İşlemi ve Hukuka Aykrılığın Niteliği.... 216
c. Hukuka Maddi Aykırılık, Hukuka Şekli Aykınlık.....219
2. Suçun Hukuki Konusu 221
a. Hukuki Konunun Siyasal-Teminatçı İşlevi 222
b. Hukuki Konunun Dogmasal-Yorumcu İşlevi 224
c. Hukuki Değer lhlali, İhlal Esas Olmak Üzere Suçların Tasnifi 225
3. İhlalin Siyasal-Teminatçı Değeri ve Muayyen Bir Hukuki Değeri İhlal Etmeyen Suçlar 227
a. Muayyen, Belirli Bir Hukuki Değerin İhlali Olan Suçlar.....227
b. Muayyen, Belirli Bir Hukuki Değerin lhlali Olmayan Suçlar 228
4. Mağdur, Suçun Maddi Konusu, Suçtan Zarar Gören 229
B. Hukuka Uygunluk Nedenleri 231
1. Genel Olarak I
2. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi.....234
3. Yetkili Merciin Emrinin Yerine Getirilmesi.....235
4. Meşru Savunma 239
a. Meşru Savunmanın Esası.....239
b. Saldınya İlişkin Şartlar.....239
i. Ortada Bir Saldın Olmalıdır.....239
ii. Saldın Bir Hakka Yönelmiş Olmalıdır 240
iii. Saldın Haksız Olmalıdır.....240
iv. Saldın Mevcut Olmalıdır 241

c. Savunmaya ilişkin Şartlar 241
i. Savunma Zorunlu Olmalıdır..... 241
ii. Savunma Saldırı İle Orantı Olmahdır 241
5. Zorunluluk Hali..... 242
a. Zorunluluk Halinin Esası..... 242
b. Tehlikeye İlişkin Şartlar 243
i. Ortada Mevcut Bir Tehlike Olmalıdır..... 243
ii. Tehlike Ağır ve Muhakkak Olmalıdır.....244
c. Korunmaya llişkin Şartlar.....244
i. Tehlikeye Bilerek Neden Olmama 244
ii. Tehlikeden Başka Türlü Korunmak Olanağı Bulunmamalıdır ..245
iii. Kişinin Tehlikeye Karşı Durma Ödevi Olmamalıdır 245
iv. Tehlike lle Korunma Fiili Arasında Oran Bulunmalıdır 245
6. Hakkın Kullanılması ve llgilinin Rızası. 247
7. Özel Kanunlarda Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri 249
a. Hekimlik Mesleğinin İcrası.....249
b. Sportif Faaliyetler 249
c. Basın Hürriyeti.....250
d. Bankacılık Faaliyeti.....250
8. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması ·····:····· 251
ID. KUSURSUZ SUÇ OLMAZ.....252
A. Kusurluluk, Anlamı, Kapsamı ve Sınırları 252
1. Suçta İrade 252
2. Kusurluluğun Esası. 253
3. Kusurluluk ve İsnat Edilebilirlik 257
4. Kusurluluk, İsnat Yeteneğini Kaldıran ve Azaltan Nedenler.....259
5. Hukuk Düzenimizde Kusurluluk.....259
B. Fiilin Şuurlu ve İradi Olması. 260
1. Genel Olarak 260
2. Geleneksel Düşünce.....260
3. Farklı Düşünce 262
C. Kast..... 264
1. Genel Olarak..... 264
2. Kastın İsteme Unsuru..... 266
3. Kastın Bilme Unsuru 268

a. Fiilin Hukuka Akınlığının Bilinmesi.....269
b. Fiilin Antisosyal Niteliğinin Bilinmemesi.....270
4. Kasun Türleri.....271
5. Kastın Yoğunluğu.....273
Ç. Taksir.....274
1. Taksirin Esası.....274
2. Ceza Kanununda Taksir.....277
3. Taksirin Tespiti.....278
4. Taksirin Çeşitleri.....280
5. Taksirli Fiile Katılmada Sorumluluk.....283
6. Umulmayan / Beklenmeyen Hal.....284
D. Takisir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk.....285
1. Kusursuz Sorumluluk.....285
2. Ceza Kanununun Çözümü.....287
a. Kastı Aşan Suç.....289
b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç.....291
c. Basın Yoluyla İşlenen Suç.....292
E. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler.....293
1. Genel Olarak.....293
2. Fiille Faili Arasındaki Psişik/ Manevi Bağı Ortadan Kaldıran Nedenler.....294
a. Kendinde Olmama.....294
b. Mücbir Sebep.....295
c. Maddi Cebir.....295
3. Hata.....296
a. Hukuki Hata.....297
i. Kanunun Bilinmesi Zorunluluğu.....297
ii. Hükmün Kapsamı ve Sınırları.....299
b. Fiili Hata.....300
c. İsabette Hata veya Sapma.....303
4. Manevi Cebir ve Bu Temelde Kişiden Beklenenin Bulunduğu Koşullarda Kendisinden İstenememesi veya Kısaca İstenemezlik llkesi.....303

ÜÇÜNÜ BAŞLIK

SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ VE SUÇU ETKİLEYEN HALLER

I. SUÇA TEŞEBBÜS 307
A. Suçun Tamamlanması Süreci 307
B. Genel Olarak Suça Teşebbüs 309
C. Teşebbüsün Unsurları I
1. Bir Suçu İşleme Kastı 311
2. Suçun terasına Başlanması 311
3. Suçun İcrasına Elverişli Hareketlerle Başlanması 315
4. Elde Olmayan Nedenlerle terasının Tamamlanamaması 317
D. Ceza 318
E. İşlenemez Suç 320
F. Varsayımsal (Mefruz) Suç 321
G. Gönüllü Vazgeçme 322
H. Çeşitli Suçlarda Teşebbüs 324
II. SUÇA İŞTİR.AK 325
A. Genel Olarak 326
B. İştirakin Esasını Açıklayan Düşünceler 327
C. Kanunun Düzenlemesi 330
D. İştirakin Şartları 331
1. Birden Çok Failin Katılımı 331
2. ..... Suç En Aıından Teşebbüs Derecesinde Gerçekleştirilmiş Olmalıdır 333
3. Nedensel Katkı 334
4. İştirak İradesi 336
E. Suçu Ağırlatıcı ve Hafifletici Nedenlerin Ortaklara Geçmesi 338
1. 4tirak Halinde İşlenen Suçu Ağırlatan ve Hafifleten Genel Nedenler 339
2. Kanun 37. Maddesinin 2. Fıkrası, 38. Maddesinin 2. ve 3. Fıkraları Hükmünde Yer Alan Suçu Ağırlatan veya Hafifleten Nedenler 340
3. Suçu Ağırlatan Ve Hafifleten Nedenlerin Suç Ortaklarına Sirayeti 342
a Kişiye Bağlı Ağırlatıcı Nedenler 342
b. Fiile Bağlı Ağırlatıcı Nedenler 343
F. 4lenen Suçun Kararlaştırılan Suçtan Farklı Olması, Kararlaştırılan Suç Yanında Başka Bir Suçun Daha İşlenmiş Olması Halleri 343
G. Suça 4tirakten Gönüllü Vazgeçme 345
H. Ceza Kanununda 4tirakin Türleri 347

1. Faillik 348
2. Azınettirn1e..... 351
3. Yardın1 Etıne 352
a. Suç İşlemeyi T□vik Etmek, Suç Kararını Kuvvetlendirmek veya Fıilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunacağını Vaat Etmek 352
b. Suçun Nasıl İşleneceği Konusunda Yol Göstermek veya Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araçları Sağlamak 353
c. Suçun İşlenmesinden Önce veya İşlenmesi Sırasında Yardımda Bulunarak İcrasını Kolaylaştırmak 353
III. SUÇLARIN İÇTİMAI..... 354
A. Genel Olarak 354
B. Fiilin, Buna Bağlı Olarak Suçun Tekliği-Çokluğu Meselesi 356
C. Bileşik Suç 357
D. Fikri İçtima 359
E. Zincirleme Suç 361
1. Genel Olarak..... 361
2. Suç İşleme Kararında Birlik 362
3. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi..... 363
4. Aynı Suç "Değişik Zamanlarda" İşlenmiş Olmalıdır 363
5. Suç "Bir Kişiye" Karşı İşlenmiş Olmalıdır 363
6. Aynı Suçun Birden Çok Kişiye Karşı" Tek Bir Fiille" İşlenmesi 364
7. Zincirleme Suçun Kapsamı Dışında Bırakılan Suçlar 365
IV. SUÇU ETK1LEYEN HALLER 366
A. Genel Olarak..... 366
B. Ceza Kanununun Sistemi..... 367
C. Haksız Tahrik 368
D. Takdiri İndirim Nedenleri 369

ÜÇÜNCÜ **BÖLÜM**
SUÇLU

BİRİNCİ BAŞLIK
GENE□OLARAK SUÇLU/ FAİL

I. FA!L VEYA SUÇLU KAVRAMI 373
II. CEZAİ Effi.,İYET 374
ID. TÜZEL K1Ş1 375
IV. TABİATÇI BAKIŞ AÇISINDAN FAİL..... 377
V. SUÇLULARIN TASNİFİ 378
IV. NORMATİF FAİL TlPl..... 379
V. MEVCUT,cEZA HUKUKU DÜZENİNDE SUÇLUNUN K1Ş1L1ĞL 380

D. Cezanın Kendisi, İşlevi, Amacı 411
1. Genel Olarak 411
2. Cezanın İşlevi 412
a. Cezanın Tehdit Anında İşlevi 412
b. Tehdidinin Gerçekleşmesi, Yani Müeyyidenin Uygulanması Evresinde Cezanın İşlevi 414
3. Cezanın Özellikleri 416
4. Cezanın Niteliği 418
a. Bir Savunma Tepkisi Olarak Ceza Kimi ve Neyi, Kime ve Neye Karşı Savunmaktadır 420
b. Savunma Nasıl Gerçekleşmektedir 421
c. Yeni İşlenecek Suçlara Karşı Ceza Bir Savunma Tepkisidir 423
d. İnfazı Esnasında Ceza 424
e. Yerine Getirilmesi Esnasında, Ceza Kişisel Öç Alma Tehlikesine Karşı Dolaylı Bir Savunma Vasıtasıdır 425
f. Yerine Getirilmesi Esnasında Ceza, Bir Genel Önleme Vasıtasıdır 426
E. Ceza Müeyyidesinin Müeyyide Olan Medenı ve İdari Diğer Cezalardan Ayırt Edilmesi 426
1. Bir Ölçü Bulma Zorunluluğu 426
2. Özde Aynı Olmaktan Doğan Zorluk 427
3. Ceza Sonunda Kişinin Kendisine veya Cismine Verilen Bir Zarar veya Kötülüktür 428
4. Ceza Devlet Tarafından Verilen Bir Zarar veya Kötülüktür 429
5. Kamusal Diğer Cezalardan Cezayı Ayırt Etme Zorluğu 429
6. Ceza Müeyyidesi Diğer Müeyyidelerden Farklı Bir Biçimde Kurumsallaştırılmıştır 430
7. Önödeme, Uzlaşma Yargılamasız Ceza Olmaz tlkesinin Bir İstisnasını Oluşturmamaktadır 432
II. GÜVENLİK TEDBtR.1 433
A. Genel Olarak 434
B Güvenlik Tedbirlerinin Ceza Hukukunda Yeri, Amacı, işlevi 434
C. Güvenlik Tedbirinin Niteliği 435
D. Güvenlik Tedbirlerinin Bir Tür Müeyyide Tedbiri Olup Olmadığı Tartışması 439
E. Güvenlik Tedbirleri Kazat Tedbirlerdir 442
1. Güvenlik Tedbirlerini Bir Tür Ce:zaı Müeyyide Sayan Düşünceler 443

2 Güvenlik Tedbirlerini Bir Tilr Cei.ru Müeyyide Saymayan DilşUnceler...443
a. Güvenlik Tedbirleri İdari Tedbirlerdir 443
b. Güvenlik Tedbiri Yargılaması Devletin Kazaı Faaliyetidir.....445
c. Güvenlik Tedbirleri, Maddi Bakımdan İdari, Şekli Bakımdan Kazaı Tedbirlerdir 447

İKİNCİBAŞLIK
CEZA HUKUKU DÜZENİNDE CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. CEZALAR 449
A. Genel Olarak 450
B. Hapis Cezaları 451
1. Ağırlatılmış Müebbet Hapis Cezası 451
2. Müebbet Hapis Cezası..... 451
3. Süreli Hapis Cezası..... 452
a. Süreli Hapis Cezası, Kanunda Belirtilmeyen Hallerde, Bir Yıldan Az Yirmi Yıldan Fazla Olamaz. Kanunda Belirtilen Hallerde Cezanın Süresi Belirtildiği Kadardır 452
b. Kısa Süreli Hapis Cezası..... 452
4. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptınmlar ve Taksirli Suçlarda Hapis Cezasının Adlı Para Cezasına Çevrilmesi..... 452
a. Seçenekli Yaptırımların Hukuki Niteliği..... 453
b. Yaptırımların Türleri 454
i. Adlı Para Cezası..... 454
ii. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi. 454
iii. Bir Eğitim Kurumuna Devam Ettirilme 455
iv. Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma..... 455
v. Ehliyet veya Ruhsatın Geri Alınması veya Belli Bir Meslek ve Sanatın Yapılmasının Yasaklanması 455
vi. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma..... 456
c. Seçenekli Cezaların Hükmedilme Usul Ve Esasları..... 456
i. Bir Suçta Hapis Cezası ne Adli Para Cezasının Seçenekli Olarak Öngörülmüş Olabilir..... 457
ii. Hakimin 50. Madde Hükmünü Uygulama Zorunluluğu..... 457
d. Taksirli Suçlar..... 458
e. Kanunun 50. Maddesi Hükmünün Hüküm ve Sonuçları 458

C. Hapis Cezasının Ertelenmesi 459
1. Genel Olarak 459
2. Ertelen1enin Şartları 460
a. Erteleme zorunluluğu yoktur 460
b. 1ki Yıl veya Daha Az Süre ile Hapis Cezasına Mahkum Edilmiş Olmak 460
c. Üç Aydan Fazla Hapis Cezasına Mahk.1.llll Edilmemiş Olmak 460
d. Pişmanlık Göstermiş Olmak 460
3. Erteleme Kararı 461
a. Erteleme Kararı Zararın Giderilmesi Şartına Bağlanabilir 461
b. Erteleme Kararında Deneme Süresi Belirlenir 462
c. Hükümlünün Bir Eğitim Programına Devam Etmesine Karar Verilebilir 462
d. Hükümlünün Ücret Karşılığında Çalıştırılmasına Karar Verilebilir 463
e. Küçük Hükümlünün Bir Eğitim Kurumuna Devamına Karar Verilebilir 463
f. Hükümlünün, Denetim Süresince, Rehber Gözetiminde Bulundurulmasına Karar Verilmesi 463
g. Denetim Süresinde, Hükümlü, Bir Yükümlülük Altına Konulmayabilir 464
4. Erteleme Kararının Düşmesi 464
a. Kasıtlı Bir Suç İşlenmesi Halinde 464
b. Hükümlünün Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi 465
5. Ertelemenin Hüküm ve Neticesi 465
D. Koşullu Salıverme 466
E. Adli Para Cezası 467
1. Genel Olarak 467
2. Cezanın Esası. 468
3. Cezanın Verilmesi ve Yerine Getirilmesi Usulü 469
II. GÜVENLİK TEDBİRLERİ 470
A. Genel Olarak 471
B. Güvenlik Tedbirlerinin Muhatabı 472
C. Güvenlik Tedbirlerinin Türleri 473
1. Genel Olarak 473
2. Belli Haklan Kullanmaktan Yoksun Bırakılma 474

a. Tedbirin Niteli□i, Bazı Kimselerin Bazı Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılnıanıası 474
b. Tedbirin Türleri 475
ı. Bir Kamu Görevinin Üstlenilmesinden, Atanma veya Seçilme Tabi Bütün Memuriyet ve Hizmetlerde İstihdam Edilmekten Mahrum Edilmek 475
ii. Seçme ve Seçiline Hakkını KuUanrnaktan Mahrum Edilmek..... 476
ili. Velayet Hakkından, Vesayet veya Kayyımlığa Ait Bir Hizmette □ulunmaktan Mahrum Bırakılma 477
iv. Tüzel Kişilerin Yöneticisi veya Denetçisi Olamamak..... 477
v. İzne Bağlı Bir Meslek veya Sanatı lcra Edememek..... 477
c. Hakimin Hükmü ile Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma..... 478
d. Taksirli Suçlarda Belli Haklan Kullanmaktan Yoksun Bırakılma..... 479
3. Eşya müsaderesi 480
a. Niteliği 480
b. Suçla llişkili Eşyanın Müsaderesi 480
i. Suçun İşlenmesinden Sonra Suçla liişkili Eşya 480
ii. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşya 481
c. Müsadere Konusu Eşyanın Ortadan Kaldırılması..... 482
d. Müsaderenin Hakkaniyete Aykırı Olması 482
e. Kendisi Suç Oluşturan Eşya 483
f. Bir Şeyin Sadece Bazı Kısımlarının Müsaderesi..... 483
g. Paydaş Olunan Eşyanın Müsaderesi 484
4. Kazanç Müsaderesi..... 484
a. Niteliği..... 484
b. Şartları 485
5 Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri 486
6. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri..... 486
a. Niteliği..... 486
b. Tam Akıl Hastaları 487
c. Kısmi Akıl Hastaları 488
d. Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Bağımlıları..... 488
7. Denetimli Serbestlik Tedbiri..... 490
a. Mahiyeti..... 490
b. Suçta Tekerrür..... 490

c. Tekerrürün Hüküm ve Neticesi 491
d. Denetimli Serbestlik Tedbiri 491
e. İtiyadı Suçlu, Suçu Meslek F.dinen Kişi, Örgüt Mensubu Suçlu 492
8. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri 492
a Tüzel Kişinin Güvenlik Tedbirinden Sorumluluğunun Esası 492
b. İzinin İptali. 493
c. Müsadere 494
d. Hakimin Takdir Yetkisi 494

ÜÇÜNCÜ **BAŞLIK**
CEZANIN VERİLMESİ, HESAPLANMASI TOPLANMASI

I. CEZANIN ÖZNELLEŞTJR!LMESİ 495
II. CEZANIN" BELİRLENMESİ 496
A. Genel Olarak 496
B. Temel Cezanın Belirlenmesi 496
C. Cezanın Artırılması ve Eksiltilmesi 497
III. ADLİ PARA CEZALARINDA CEZANIN" HESAPLANMASI 499
IV. HAPİS CEZASINDA SÜRES1NİN BELİRLENMESİ. 499
V. HÜRRİYETTEN YOKSUN KALMA SÜREStN!N CEZADAN 1N1)1R1LMES1. 499
VI. CEZALARIN İÇTİMAI 500

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK
CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİ, CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

1. CEZALANDIRMA HUKUKl lLİŞKlSl 501
A. Ceza Hukuku Kişilerarası Karşılıklı Bir İlişkiler Düzenidir 501
B. Ceza Normunun Muhatabı 502
C. Ceza Normunun Öznelleştirilmesi 503
D. Cezalandırma Hukuki llişkisi 506
E. Cezalandırma Hukuki 1Iişkisinin Tarafı Devlet Organı ve İlişkinin Niteliği 508
II. CEZALANDIRMA HUKUK11LİŞK!SlNİN SONA ERMESİ 511
A. Genel olarak 511
B. Failin ölümü 512
1. Sanığın Ölümü 512

2. Hükün1lünün Ölüınü 512
C. Af..... 513
1. **Mahiyeti..... 513**
2. Affın Çeşitleri, Hüküm ve Neticeleri 513
a. Genel Af 513
b. Özel Af..... 514
D. Zamanaşın11 515
1. Mahiyeti 515
2. Dava Zamanaşımı 517
a. Zamanaşımı Süreleri 5I7
b. Küçükler Hakkında Zamanaşımı Süreleri 518
c. Zamanaşımı Hesabında Suçun Nitelikli Hallerinin Göz Önüne Alınması 5I8
d. Zaınanaşımı Süresini Belirleme..... 519
e. Dava Zamanaşırnının Durması ve Kesilmesi 520
i. Zarnanaşımının Durması 521
ii. Zamanaşımının Kesilmesi 521
3. Ceza Zarnanaşımı..... 522
a. Mahiyeti 522
b. Zamanaşımı Süreleri, Küçükler ve Yurt.dışında Suç İşleyenler..... 522
c. Zaınanaşımımn Uygulanması 523
d. Zamanaşımının Kesilmesi 524
4. Güvenlik Tedbirlerinde Zamanaşımı..... 524
5. Zaınanaşımının Hesabı ve Uygulanması 525
E. Şikayet..... 525
1. Şikayetin Mahiyeti..... 525
2. Kanunun Düzenlemesi..... 526
a. Şikayetin Şartlan 526
b. Şikayetten Vazgeçme..... 527
F. Önödeme..... 528
1. **Mahiyeti 528**
2. Önödemenin Şartlan 529
3. Önödemenin Hüküm ve Neticesi 530
tNDEKS..... 531

KISALMALAR

AD.	Adalet Dergisi
ABD.	Ankara Barosu Dergisi
AHFD.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Ay.	T.C. Anayasası
Arch. Pen.	Archivio Penale
Bkz.	Bakınız
Bis	Tekrar
Cap.	Capitolo
C.	Cilt
C1HK	647 sayılı Mülga Cezaların İnfazı Hakkında Kanun
CK/fCK.	Türk Ceza Kanunu
CMUK.	Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
Cve GTİHK.	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
dn.	Dipnot
F.clz.	Edizione
Fasc.	Fascicolo
Giust Pen.	La Giustizia Penale
GH.	Genel Hükümler
GK.	Genel Kısım
HMUK.	Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
1HFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
lüHFY.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlan
KHK/KKK	Kanun Hükmünde Kararname
Kn.	Karşı!aştın.ruz
KK.	Kabahatler Kanunu
MK/fMK	Türk Medeni Kanunu
n.	Numero
p.	Paragraf
PG.	Parte Generale
Ps/PS.	Perte Speciale
Passim.	Birçok yerde
PVSK.	Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
Riv.it dir. pen	Rivista ltaliana di Diritto e Procedura Penale
Riv. it di dire proc. pen.	Rivista ltaliana di Diritto e Procedura Penale
Riv. pen	La Rivista Penale
s.	Sayfa
S.	Sayı
TBMM.	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBB.	Türkiye Barolar Bir}jği Dergisi
Trad.	Traduzione
v.	Volume
vd.	ve devamı
vb.	ve bunun gibi
YICT/ICK	1930 / İtalyan Ceza Kanunu

BİRİNCİ BÖLÜM
CEZA HUKUKU DÜZENİ

BİRİNCİ BAŞLIK
DAVRANIŞ NORMU OLARAK CEZA HUKUKU

I. Ceza lıukuku bir irade tezalıiirüdiir, //. Ceza /ıukıku iradenin emir olarak rezalıiiriidiir, /il.Beşeri ilişkileri diizeıılemek onları değerleıidimıektir, iV. Ceza lıukuku diizeııi bir değerler sistemi bütünüdür, V. Ceza lıukuku beşeri varlıkların toplumsal davramşlarını değerlendirir, VJ.Ceza lıukuku beşeri bir davranış kuralları sistemidir, VII. Ceza nomu hukuk düzeninde geçerli davranış kuralıdır.

I. CEZA HUKUKU BİR İRADE TEZAHÜRÜDÜR

Hukuksuz toplum toplumsuz hukuk olmaz. Hukuk genel iradedir. Gerçekten, bir toplumun, özellikle devletin hukuku, ifadesini ister kanunda, isterse o toplumun bir yaşama biçimi olan örf ve adetinde bulsun, daima o toplumun iradesini ifade etmektedir. Bu, genelde özelin ifadesi olan ceza hukukunun, sadece hukuku olduğu toplumun bir iradesi olması demektir.

Her irade, zorunlu olarak, iradenin kendisi ile belirlendiği bir amaca sahip bulunmaktadır. Bu, ceza hukukunun, madem bir amaca erişmek isteyen bir irade tezahürüdür, amaçsal bir yapıda bulunması demektir. Ceza hukukunun amacı, kendisi ile belirlenen iradeye eş olarak, genel, salt toplumsal nitelikte bir amaçtır, yani tüm organize toplumun bir amacıdır.

Sözü edilen amaç, toplumun varlığına, sürekliliğinin sağlanmasına ilişkin koşullarının güvence altına alınmasından ibaret bulunmaktadır[1]. Ancak, bunun yeterli olmadığı, günümüzde ceza hukukunun amacının, ayrica toplumun ilerlemesi, gelişmesi koşullarının güvence altına alınması olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten, herkes için ortak olan hayatın güvence altına alınması, ilerlemesi koşullarının sağlanması ceza hukukunun nihai amacı, devletin en üstün görevidir3.

Güvence altına alınacak ortak hayat, yani topumda insan hayatı, ortak1aşarak y□amak (convivenza) ve birlikte yapmak (cooperazione) olgusudur. Bundan, beşeri

---

1 Rocco, L' Oggetto del reato e della tutela giuridica penale, Roma 1932, s. 443.

2 Antolisei, Manuale di diritto penale, PG., Milano 2000, s. 6.

' Gerçekten, Anayasa, 5. maddelerinde, "Devletin temel amaç ve görevlerinin" toplumun varlığını korumak yanında, toplumun ilerlemesi koşullarını sağlamak olduğuna işaret etmektedir. Bu hükme rağmen, Ceza Kanunu, I. maddesinde, hiç gerek yokken, sorunlu bir hükümle kanunun amacına yer vermiştir. *"Ceza Kanuıunıu amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kıımu düzen ve güvenliğini, Jıukı,k devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını konımak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacm gerçekleşmesi içiu, ceza sonmluluğunuı temel esasları ile suçlar, ceza ve giiveıılik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir."* Hukukun, ceza hukukunun amacını ifade etmede yetersiz kalan bu hüküm doktrinde eleştirilmiştir.

varhklar arasında, sürekli beşeri ilişkiler doğmaktadır. lç içe giren bu karşılıklı ilişkilerde, bir kişinin ihtiyaçlarının, dolayısıyla çıkarlarının tatmini, zorunlu olarak başka kişilerin ihtiyaçlarının, dolayısıyla çıkarlarının tatminini engellemektedir[1].

İşte bu toplumsal olgunun sonucu olarak, çok çeşitli kişisel veya ko1lektif beşeri çıkarlar birbiri ile karşı karşıya gelmekte, dolayısıyla o çıkarları tatmine yönelik davranış ve iradeler karşılaşmakta ve çatışmaktadırlar. O yüzden, toplumda, ortaklaşa yaşayan ve birfil.'te yapan kişiler arasında çıkar çatışmaları ve irade uyuşmazhklan ortaya çıkmaktadır. Bu tür bir ortamda, ortak hayatın güvence altına aJınabihnesi için, uyuşmazlıkların çözülmesi, yani her bir kişinin çıkarının öteki kişilerin çıkarları ile, dolayısıyla her bir kişinin davranış serbestisinin öteki kişilerin davranış serbestisi ile uyumlu hale getirilmesi, yani uyarlanması gerekmektedir. Bu nedenledir ki, ceza hu.J.aık'll, beşeri hayatın karşılıklı ilişkilerinde,çeşitli özel ve tüzel kişilerin çıkarları ve iradeleri arasında bir düzen sağlama; ortakJaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan bu ilişkiler arasındaki bir düzen olarak ortaya çıkmaktadır.

Düzen sağlamak, düzenleme işi, zorunlu olarak, bir ayırt etmekte veya karşıhklı sınırlandırmakta çözümlenmektedir. Ayırt etmek; toplum hayatının zorunlu ve temel koşullarına uyan ve bu yüzden de hukukça himayeye layık görülen beşeri çıkar, irade vedavranışlarla; bu koşu1lara aykırı bulunan ve bu yüzden de hukukça himayeye layık görülmeyen çıkar, irade ve davranışlar arasındadır. Böyle olunca, ceza hukuku düzeni, toplumsal hayattan doğan karşılıklı ilişkilerde, beşeri çıkar, irade ve davranışlar arasında bir sınırlama sistemi, çıkarların bir sınırlandırılması, aynı zamanda kişilerin hürriyetlerinin bir sının olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu durumda, ortak hayatın zorunlu ve temel koşullarına uygun beşeri çıkar, irade ve davranışlar hukuka uygun, yani hukuken meşru; bu koşullara aykırı beşeri çıkar irade ve davranışlar hukuka aykırı, yani gayri meşru olmaktadır. Ceza hukuku düzeni, bu suretle, beşeri çıkar, irade ve davranışlar arasına bir çizgi çekmektedir. Çizginin bir tarafında kalan her şey meşru, yani hukuka uygun; çizginin öteki tarafında kalan her şey, gayri meşru, yani hulmka aykırıdır.

Ceza hukuku, meşru, hukuka uygun saydığı beşeri çıkar, irade ve davranışları, kendisine adını veren "ceza" ile güvence altına almaktadır. Açıkçası, hukuk düzeninde, genelde özeli ifade eden ceza hukuku düzeni, gayri meşru, hukuka aykırı gördüğü beşeri çıkar, irade ve davranışları, ceza denen kendine has bir tepki, yani bir yaptırım düzeni ile önlemeye ve bastırmaya çalışmaktadır.

---

[1] Rocco, L' Oggctto, s. 444
[2] Rocco, L'Oggctto, s. 445

il. CEZA HUKUKU İRADENİN EMiR OLARAK TEZAHÜRÜDÜR

Hukuk, madem bir irade tczahUrildUr, zorunlu olarak, birlikte yaşayan kişilerin anlama, isteme ve yapmalarını yönelik olan, toplumun genci iradesidir, açıkçası daha dar anlamda, devletin egemen iradesidir. O halde, Ceza hukuku, başkalarının yapmak veya yapmamak biçiminde ortaya çıkan davranışlarının bir gereğini gösterdiğinden, elbette bir emirler, buyruklar, yasaklar bUtUnUdür[6].

İşte, meşru çıkar, irade ve davranışları; gayri meşru çıkar, irade ve davranışlardan ayırt etme, bu emirler sayesinde gerçekleştirilmektedir. Gerçekten, ceza hukukunun yasaklanna veya emirlerine aykırı olmayan her şey meşru, hukuka uygun; buna karşılık, bu yasaklara veya emirlere aykırı olan, yani bunlarla çatışan her şey, gayri meşru, hukuka aykırıdır. Bu, ceza hukuku düzeninin, iradenin, emir olarak tezahüründen başka bir şey olmaması demektir'.

Emretmek, birlikte yaşayan kişilerden belli bir davranışta bulunmayı istemektir. O halde, ceza hukuku düzenini oluşturan emirler, birlikte yaşayan kişiler bakımından, yapmak veya yapmamak olarak ortaya çıkan davranışlarında, uyulması zorunlu davranış kurallarıdır. Bu kurallar, ister olsun ister olmasın, olandan tamamen bağımsız olarak, olması gerekeni ifade etmektedirler, yani bir şeyin olabilmesi için, gerekeni belirlemektedirler. Bu demektir ki, toplumsal irade veya devletin genel iradesi olarak ceza hukuku, dilde ifadesini, davranış kurallarında, yani davranış normlarında bulmaktadır'.

Öyleyse, davranış kuralları veya davranış normları, iradenin kendisinde somutlaştığı hükümlerdirler. Bundan ötüıü, ceza hukuku dü ı.enini oluşturan kuralların, yani davranış normlarının dilde ifadesi, normatif önermeler olmaktadır.

m. BEŞERİ İLİŞKİLERİ DÜZENLE1\1EK ONLARI DEĞERLENDİRMEKTİR

Ortaklaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan beşeri ilişkileri düzenlemek, yani çıkar çatışmalarını bağdaştırmak, irade uyuşmazlıklarını çözmek, zorunlu olarak, bunlar üzerine uyulması gerekli belli davranış kuralları veya normları oluşturmaktır.

---

[6] Rocco, L'Oggetto, s. 445; Thon, Norma giuridica e diritto oggetivo, Trad., Deli' A. Levi, Padova 1951, s. 12.

[7] Battaglini, Sul valore imperativo delle norrne giuridiche, Penıgia 1911, s. 5-6 ; Thon, Norma giuriclica, s. 12; Kelsen,Teoria generale delle norme,Trad.eli Rava' Treves, Torino 1967, passim.

[1] Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto, Trad. di Trevcs, Torino 1967, s. 50 vd., 210 vd.; Grispigni, Diritto penale italiano, I, Milano 1952, s.6; Perassi, lnıroduuione aile scienzc giuridichc, Padova 1967, s.13 vd.

Bu kurallar veya nonnlar, tersi de söylenmekle birlikte[9], üzerine oluşturuldukları ilişkilerin, yani çıkar çatışmaları ve irade uyuşmazlıklarının ne doğal, ne zorunlu, ne de nedensel sonuçlandırlar. Bu durum, toplwn düzeninin doğa düzeninden tamamen farklı olmasından, açıkçası kural ile amacı arasında bulunan bağıntının, bir amaç-araç bağıntısı olarak ortaya çıkmasından ileri gelmektedir[10].

Gerçekten, çıkar çatışmalarına son vermek, irade uyuşmazlıklarını çözmek, bunların karşısında, zorunlu olarak belli bir tavır almayı gerektirmektedir. Söz konusu bu çatışmalar, uyuşmazlıklar karşısında tavır almak demek, onları değerlendirmek, onlar üzerine belli bazı değer hükümleri vermektir. Bundan ötürü, beşeri davranış kuralları veya normları, üzerine oluşturuldukları beşeri fiillerin birer mekanik, nedensel sonuçlan değildir, çünkü algılanan, gözlenen fiillerle, onların üzerine oluşturulan kurallar arasına, sadece "muhakeme" öğesi girmemekte, bunun da ötesinde, başka bir öğe, "değerlendirme" öğesi girmektedir. Elbette, her değerlenclirme, aynca bir değer ölçütünü zorunlu kılmaktadır[11].

Böyle olunca, çıkar çatışmaları, irade uyuşmazlıkları üzerine, o davranış kuralı veya normu değil de bu davranış kuralı veya normu oluşturulabiliyorsa, bu demektir ki oluşturulan davranış kuralı veya normu, amacı sağlamaya yeteli görülmekte, başka bir deyişle, adil ve doğru sayılmaktadır.

Adalet ve doğruluk, nitelikleri bakımından, birer toplwnsal değerlerdir. Madem birer değerlerdir, adalet ve doğruluk, kendileri esas olmak üzere yapılan değerlendirmelerde birer değer ölçütleridir. Ancak, bunlar, bizzat toplumsal olguların bize verdiği "salt akıl" sonucu elde edilmiş ölçütler değildirler, tersine kuramsal olmayan düşüncelerle, belli bir etik-siyasi ideolojiden çıkarılmış olan değer ölçütleridirler. Bu nedenle, çatışan çıkarlar, mevcut uyuşmazlıklar, içerikleri bakımından aynı şey de olsalar, bunları düzenlemede varılan sonuçlar farklı olabilmektedir. Bugün, dünyada, birbirine taban tabana zıt hukuk düzenlerinin, genelde özel olarak ceza hukuku düzenlerinin var olması, açıkça bu düşünceyi kanıtlamaktadır. Gerçekten, toplumlarda çıkar çatışmalarının,irade uyuşmazlıklarının, her yerde aynı, tek bir biçimde çözümlenmesi hiçbir zaman mümkün olamamıştır. Hep farklı düzenlemelerle karşılaşılmıştır. Esasen ne kadar çok ve değişik değer ve değer sistemleri varsa, bir o kadar da, çatışan çıkarları, □yuşmayan iradeleri düzenleyen

---

9 Cameluni, Teoria generale del dirino, 3. edz., Roma 1950, s. 3-4; 33 vd, 36 vd.

10 Bobbio, Teoıia della nonna, s.7 ; Perassi, Age., s.14 ; Kelsen, Lineamenti, s.175 ; lD., Teoıia generale delle nonne, s. 4, 23 vd.

11 Bobbio, Teoria della scienza giuridica, Torino 1950, s. 193; 10., lntrodzione alla filosofia del dirino, Torino 1948, s. 30, 33.

çözümler bulunmak1adtr. Bundan ötürü, çıkar çatışmaJannı, irade uyuşmazlıklarını düzenleme, □eri bazı olguların doğrudan doğruya gözleminin mekanik, zorunlu, nedensel bir sonucu olmamakta, tersine farklı etik-siyasi değer hUkUmlerinc göre, farklı biçimde gerçekleşen değerlendirmenin bir sonucu olmaktadır.

Bu demektir ki, çatışan çıkarlar, uyuşmazlık içindeki iradeler üzerine belli bazı değerler esas olmak üzere davranış kuralları veya nonnlan oluşturma, yani ortaklaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan beşeri ilişkileri düzenleme faaliyeti, kuramsal bir faaliyet değildir, tersine salt etik- siyasi bir faaliyettir[12].

Bu bağlamda bakıldığında, Türk Hukuk Düzeni, az da olsa düzeni kirleten bazı çarpık hükümlerin bulunması bir yana[13], "temel norm", yani düzenin meşruluğunu kendisinden aldığı esas ve ilkeler karşısında, açıkçası bir "kurucu iktidar işlemi" olan Anayasanın 1, 2 ve 3. maddeleri hükmü ve yansımaları göz önüne alındığında, "demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti" düzenidir. Bu demektir ki, kanunlar, özellikle ceza kanunu, hiçbir biçimde, kurucu iktidarın hukuk düzeninin temeli olarak koyduğu etik-siyası düzene aykırı olamaz.

Anayasa, koyduğu bu etik-siyası düzen temeline dayalı olarak, 5, 10, 11, 38, 39. vs. maddeleri hükmünde, ceza hukuku düzeninin, esas ve ilkelerine yer vermiştir. Ayrıca, Anayasa, 2. maddesinin yaptığı gönderme ve 90. maddesi hükmü ile, AlHS hükümlerinin ve Devletin imzalayarak yürürlüğe koyduğu insan haklarına ilişkin uluslar arası sözleşmelerin ceza hukuku düzeninde göz önüne alınması zorunluluğunu getirmiştir.

Öte yandan, Ceza Kanunu, Anayasa, AlHS ve uluslararası diğer anlaşmalarda en ayrıntılı bir biçimde yer almış olmasına rağmen, konulma nedeni kendinden menkul 1. maddesinde, ceza hukuku düzeninin işlevinin, "kişi hak ve özgürlükleri", "kamu düzen ve güvenliği", "hukuk devleti", "kamu sağlığı", "toplum barışı", "suçların işlenmesinin önlenmesi" değerlerinin korunması olduğunu işaret etmiştir. Tabii, eksik hüküm, normlar hiyerarşisinde, Ceza Kanununun üstünde olan kanun hükümleri göz önüne alınarak tamamlanacaktır.

---

12 Bobbio,Tcoıia dellascienza,s.193 ; tD.,Teoria della nonna,s.35 vd., 40, 44; Kelsen, Lineamenti, s. 173 vd.; Petrocelli, L'Antigiridicita', Padova 1959, s. 40 vd.; tD., La pericolosita' criminale, Padova l940, s. 69 vd. Düşünür demektedir ki, menfaatler çatışmasını düzenleme, bu çat:Jşma üzerine davranış kıırallan oluştunna faaliyeti, hukuk düzeninin oluşmasından sonraki birfaaliyet değildir, hulaık düzenini oluşturan etik-siyasi bir faaliyettir.

13 Anayasa Mahkemesinin bulunduğu bir ülkede, hukı.ık düzeninde, olmaması gereken bazı hükümlerin olması, o huk-uk düzeninin niteliğinibozan bir unsur olarak değerlendirilemez.

Ceza Kanunun, yukarda belirtilen düzenlemelerde en ayrıntılı bir biçimde yer almasına rağmen, nedeni kendinden menkul 3/2. maddesi hükmünde, ceza huk.'Uk.'11 düzenine, zaten haki.ın olması gereken "yargı önünde eşitlik", "kanun önünde eşitlik" ve "ayırımcılık yasağı" ilkelerinin göz ardı edilmemesini emretmiştir. Kanunun 3. maddesinin madde başlığında yer alan "adalet..." kelimesi günlük dilde "adalete sığınmak", "adalete teslim olmak", vs. biçiminde k.'Ullamlmaktaysa da burada gayri muayyeni ifade etmekte, ideolojik çağrışımlara yol açmaktadır. Zaten madde metninde "Ceza kanununun uygulanmasında..." ifadesine yer verildiği için, "adalet...önünde eşitlik" ifadesinin "yargı yerleri önünde eşitlik" olarak anlaşılmasının daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

Bu durumda, ceza hukuku düzeninde, toplumda çatışan çıkarları, uyuşmaz iradeleri düzenlemede, yani değerlendirmede, esas alınacak olan etik-siyasi değerler, 1924 Anayasası ve bu temelde oluşan Hukuk devriminin biçimlendirdiği Türk Hukuk Düzenine egemen olan ve günümüze kadar geliştirilerek getirilen demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti değerleridir.

IV. CEZA HUKUKU DÜZENİ BİR DEĞERLER SİSTEMİ BÜTÜNÜDÜR

Bir şeyi değerlendirmek, o şey üzerine bir değer hükmü vermektir. Bu bağlamda bakıldığında, etik-siyasi bir faaliyetle, yani bir değerlendirme faaliyetiyle ortaya çıkan uyulması zorunlu beşeri davranış kuralları, belli bir zamanda belli bir toplumsal gerçeklik üzerine oluşturulmuş bulunan birer değer hükmüdür. Bu da, hukuk düzeninin, genelde özeli ifade eden ceza hukuk düzeninin, organik bir "değer hükümleri bütünü" olması demektir.

Ancak, söz konusu bu değer hükümleri, niteliklerinin bir gereği olarak, olanın (essere) değil, ama olması gerekenin (dover essere) bir ifadesidir[14]. Bundan ötürü, bunlar, birer değerden başka bir şey değildir. Öyleyse, hukuk düzeni, genelde özeli ifade eden ceza hukuku düzeni, Hukuk Devrimi tarihi gerçekliği temeli üzerinde oluşmuş bir toplumsal gerçeklik üzerine, belli değerler, değer sistemleri esas olmak üzere oluşmuş olan bir değerler sistemi bütünüdür. Bu değerler sistemi, belli bir toplumsal gerçekliğin değerlendirilmesi ile birlikte ortaya çıktığı içindir ki, o gerçekliğin bir kalıbı, toplumun üst yapısıdır[15].

" Kelsen, Linearnenti, s. 62 vd., 182 vd.;..Bobbio, Teoria della scienza, s.162, 168 ; Grispigni, **Age.,** s. 6. Farklı düyünce ama aynı sonuç, Perassi, Age., s. 10-13, 47 vd.

ıs Perassi, Age., 10, 14; Grispigni, Age., s. 1O ; Rocco,11 poblema e il metodo della scienza del dirino penalc, Riv. di dir. e proc. Pen., 1910, VI, P. I, s. 578.

V. CEZA HUKUKU BEŞERİ VARLIKLARIN TOPLUMSAL DAVRANIŞLARINI DEÔERLENDIRIR

Cczn hukuku, belli bir toplumsal gerçeklik Uzerinc oluşturulmuş olan bir değerler sistemi bUlilnil olarak, söz konusu bu toplumsal gerçeklikte hareket eden □ri varlıklnnn fiillerini dcgcrlendinnektcdir.

Hukuk kuralları, hukuk düzenine vücut veren değerler olarak, Uzcrlerine oluşturuldukları beşeii ilişkilerin bilinmesini sağlamakla, açıkçası bilgi venneklc ilgili değildir, tersine hayatı bu ilişkiler içinde geçen kişilerin davranışlarını etkilemek, fiillerini gütmekle ilgilidir. Gerçekten, ilzerleiine davranış kuraıian oluşturarak beşeri ilişkileri düzenleme, kişilere belli bir kuramsal gerçekliği açıklamak, öğretmek için yapılmamakta, onların, toplumsal ilişkilerinde belli bir biçimde davranmalarını sağlamak için yapılmaktadır. O halde, bu kurallar, kişilerin, bunların oluşturdukları birlik ve toplulukların davranışlarını etkilemekte, onları istenen belli amaçlara doğru gütmektedir[16].

Davranış kuralları, söz konusu bu işlevlerini, hayatı toplumsal ilişkiler içinde süregelen insanların, ve insanların oluşturduğu toplulukların fiillerini değerlendirerek yapmaktadır. Bu demektir *ki,* hukuk, ceza hukuku kuralları, belli bir huk.'Uk düzenine vücut veren değerler olarak, insanların, onların oluşturdukları toplulukların fiillerini değerlendinnede, hukukı değer ölçüleridir. Bunlar esas alınarak yapılan değerlendinne, hukuki değerlendinne ve değerlendinne sonunda verilen hüküm, hukuki hükümdür[17].

Ancak, belli bir hukuk düzenini oluşturan kurallar esas alınarak beşeri fiilleri değerlendinne, toplumsal değerlendirmeden, yani ortaklaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan ilişkileri değerlendirmekten tamamen farklı bir değerlendirmedir. Gerçekten, belli bir hukuk düzenine ait kurallar esas olmak üzere beşeri fiilleri değerlendirme, ortaklaşarak yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan ilişkilerinin daha önceden değerlendirilmiş olması sonucunda ortaya çıkmış olan değerler esas olmak üzere yapılan bir değerlendinnedir. O nedenle, birlikte yaşamak ve birlikte yapmak olgusundan doğan beşeri ilişkileri değerlendirme, yani çıkarlar çatışması, dolayısıyla irade uyuşmazlıkları üzerine uyulması zorunlu davranış kuralları yahut davranış normları oluşturma biçimindeki değerlendirme salt etik -

---

[16] Perassi, Age., s. 11, 13, 17; Kelsen, Lineamenti, s.210; Ross, Diritto e giustizia, Trad., di G. Gavazzi, Torino 1968, s. 10;Bobbio, Teoria della nonna,s.7.

[17] Perassi, Age., . 11, 20; Foschini, Sistema del diritto processuale penale, Milano 1956, V.1. Cap. XX. Foschini, hukuk normlarını hükmün araçları, hilkmUn kriterleri olarak nitelendinnel1edir(s. 407 vd., krz., s. 13, 424) ID. Le nonne giuridiche comestrumcnti del giudizio, Riv. it. Di dir.Pen., 1955, s. 369 vd.

siyasi bir faaliyet olduğu halde, belli bir hukuk düzenini oluşturan değerler, yani huk'Uk k-tırallan esas olmak üzere beşeri fiilleri değerlendirme, tamamen teknik bir faaliyettir.

Bu faaliyetle, artık hukuk kıJralları, davranış normları yaratılmamakta, zaten önceden yaratılmış olan hukıJk kuralları, davranış normları ölçüt alınarak, toplumsal-□c;eri hayatta cereyan eden somut olaylar değerlendirilmektedir.

Bu değerlendirme, bir ceza yargılaması faaliyetidir. Ceza yargılaması, ceza mahkemesinin işidir. Hakimin verdiği karar, hüküm, taraflarına uyma yükümlülüğü getiren somut bir davranış kuralı, somut bir ceza normudur.[18]

VI. CEZA HUKUKU BEŞERİ BİR DAVRANIŞ KURALLARI SİSTEMİDİR

Tıpkı bir paranın yazı-turası örneğinde olduğu gibi, bir yandan bir emirler öte yandan bir değerler sistemi bütünü olan ceza hukuku, bir irade tezahürü olarak, ifadesini, beşeri davranış lrnrallarında veya normlarında bulmaktadır. Böyle olunca, ceza hukuku, özünde, beşeri bir davranış kuralı veya normu olmaktadır. Buradan, huk'Uk, ceza hukulrnnun bir davranış normları veya davranış kuralları sistemi olduğu, dolayısıyla hukuk, ceza hukuku deneyiminin, temelinde normatif bir deneyimden başka bir şey olmadığı (esperienza) sonucu ortaya çıkmaktadır. Bunun içindir ki, toplumda hukuk deneyi, salt normatif bir deney olarak algılanacaktır.[9]

Gerçekten, insan hayatı, bir normlar dünyası içinde akıp gitmektedir. Bunun için, her huk'Uk, ceza hukulrn sisteminin "kavait şeklinde tebellür etmiş" bir uygarlık olduğu[20] söylenebilmektedir. Doğada, suç da yoktur, ceza da yoktur. Doğada, sadece kendi kanununa tabi doğal olgular vardır. Bir canlının, ör. başka bir canlıyı öldürmesi olgusu, suç olmamakta, beslenme zincirinin gereği olmaktadır. Böyle olunca, suç, tabiatçı anlamda deneysel bir doğrulamanın değil, tam tersine, toplumsal bir değerlendirmenin ürünü olarak ortaya çıkmaktadır. Her suç, kendisine vücut veren toplumda oluşmuş bir kuralın veya bir kanun hükmünün varlığını zorunlu kılmaktadır. Öyleyse, bir değerlendirme imkanı, bir kanun hükmü dışında suç yoktur; sadece zararlı veya yararlı, hoşa giden veya acı veren fiiller vardı.r2[1]. Elbette suçun olmadığı yerde ceza da yoktur. Suç, hem bireysel, hem de toplumsal bir olgudur. Ceza, suçla birlikte, toplumsal ve siyasi bir olgudur. Gerek suç, gerek ceza, toplumsal olgu olmaktan başka, hulrnki bir olgudur, yani hukuk disiplini altına alınabilen bir olgudur. Bundan ötürü, bir toplumda suç veceza olgusunu düzenleyen hukuk normları bütünü, o toplumun ceza hukukunu meydana getirmektedir[22].

---

11 Bobbio, Teoria dclla norma, s. 235.

19 Bobbio, Teoria della norma, s. 3.

ıo Arsal, S. M., Umumi Hukuk Tarihi, Ankara 1942, s. 3

21 Beniol, D problema penalc, Palcrmo 1948, s. 53 ; Bobbio, Teoria della norma, s. 32 ; Kelsen, Lineamenti, s. 49.

u Rcxx::o,Sul concetto deldirittoobbietıivo,Dal Progrcs.sdoel drittocriminale Palemıo1910,, V.Il,V, s.3 vd

Bumdan, madem hukuk bir uygarlıktır, cezo hukukunun, hukuku olduğu toplumun, erişmiş olduğu uygarlık düzeyini temsil ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Ancak, özünü, esasını norm, kural oluşturmakla birlikte, ceza hukuku, sadece kuraldan ibaret bulunan bir sistem değildir. Ceza hukuku, norm olduğu kadar kişilerarası ilişki, kişilerarası ilişki olduğu kadar toplumsal bir kurum ohnaktadır!.'. Gerçekten, toplumda, hukuk, ceza hukuku; kuraJJar koyarak, silrckli

---

:.ı Gc□ekten, esasını kuralsallık / nom1atiflik oluştunnakla birlikte, hukukun, ceza hukukunun yegane tconsinin huk-ukun nomıatif teorisi olduğu söylenemez.Burada, hukukun nonnatif teorisi yanında, en az onun kadar geçerli iki teoriden daha söz etmek mUmkUndUr. Bunlar, hukukun müessese/ kurum teorisi ve hukuk'lln kişiler/ süjeler arası ilişki teorisidir.

1. Huk-ukun müessese (istituzione) teorisi başlangıçta hukukun sosyolojik bir teorisi olarak ortaya çıkmışken, Romano ile birlik"te huk'llJmn bir genci teorisi haline gclmıştir. Bu dUşUncede, hukuk kavranu, mutlaka şu zorunlu unsurlan içcnnek ı.orundadır. Bunlardan biri yoksa hukuktan da söz edilemez. En başta, huk-uk kavrnmı, toplum kavmmını gerektirmektedir. Gerçekten, münferit insan hayaunı aşan1ayan, yani salt bireysel hayatın dışına çıkamayan bir □ye bu haliyle hukuk denemez, çünkü nerede huk'llk varsa orada toelum vardır (ubi ius ibi socıctas). Tabii, içerisinde hukuk olgularının cereyan ebnediği beşeri bır ortam ge□ek anlamda bir toplum defildir çUnkü nerede bir toplum varsa orada bir huk'lllc da vardır (ubi socıctas ibi ius). Bu bağınU dolayısıyladır **ki, hukuk** kavramı "toplumsal diizen" fikrini içermektedir. Gerçekten, toplumsal dUzen fikri, maddi veya salt keyfiliğe, yani diizenlenmemiş lı.11vvete götüren her unsuru gidermeye yaramaktadır. Öyleyse, her toplumsal tezahür, sadece toplumsal olduğu için, toplumun üyeleri bakımından bir düzenlemedir.

Huk'llkla gelen toplumsal diizen, normla sınırlı kalmaz. Gerçekten, huk'llk, daha norm olmadan, basit bir ilişkiyı veya toplumsal bir ilişkiler serisini içermeden ön□, bir yapıdır, bir kurumsallaşmadır. Acıkçası, hukuk, içinde devindiği toplumun bir durumudur. Oyleyse, hukuk diizeni, normlar ve toplumsal ilişkilerden ötürü değil, kendiliğinden, bir kurum /müessese oluşnınnalı.1adır. Bu demektir ki, huk'lll'llll müessese teorisinde hukukun kurucu unsurlan, varlığını içinde kazandığı maddi ortam olarak toplum, yöneldiği amaç olarak diizen ve düzeni gerçekleştinne aracı olarak örgünleşme, yani lı.'W1.lmsallaşmadır.

Müessese teorisi, "çete" denen suçluluk olgusunu açıklamakta başansız olmakla birlikte, hukukun çoğulcu bir anlayışını getirmede başanlı olmuştur. Huk'llkun müessese teorisi, hukukun normatif teorisini geçersiz kılmarnyı başaramamıştır. Gerçelı.1en, iddasırun aksine, örgünleşme norma tekaddüm ebnemelı.'te; aksine, norm örğünleşmeye tekaddilm etmektedir, çünlı.ii norrnlaşma olmadan örgünleşme olmaz. Bkz. Hafız.oğullan, Ceza normu, s. 19 vd.; Bobbio, Teoria **della** norma, s. 10 vd.

2. Huk'lll'llll kişilerarası (süjeler arası) ilişki teorisi, hukuku, kişilerarası bir ilişki düzeni olarak algılamaktadır. Teori, kayı1ağıru, 18. yüzyıl Aydınlanma dilşiincesinde bulmaktadır. **Hukw..1111 kişiler** arası ilişki teorisi, sadece huTcuk nonnunu ahlak normundan ayırma konusunda de□, a□ zamanda hulnık normunun, daha özel olarak cel.a nonnunun öznelleştirilmesi (sUbjektifleştirilmesı)**konusunda** da özel bir önem taşımalı.1adır.

Hulı.'111ı."U kişiler arası bir hulçuki ilişki olarak nitelendiren ilk düşünür Kant olmuştur. **Kant, hulı.'llku,** evrensel bir hürriyet kuralı gereğince, herkesin keyfiliğinin başkalarının keyfiliği ile **birarada** mevcut olabilmesini mürnlı.iin kılan koşuUann tümü olarak tanımlamaktadır. Bu tanım esas olmak üure, Kant, hukukun, karşılıklı bir yükümlülük ifade ettiğinden, bir kişiden bir başka kişiye olan dış ilişkilerle, açıkçası pratik ilişkilerle ilgili olduğunu düşünmektedir.Ancak iki kişi arasındaki bu türden bir ilişkinin hukuki bir ilişki sayılabilmesi için, bu ilişkinin, bir kimsenin ihtiyarı iledığer birkimsenin herhangi bir isteği arasında de@, iki ihtiyar arasında olması gerekmektedir. Böylece, Kant, hem hulı.ıku iki süje arasında karşılıklı birilişki olarak tanımlamakta, hem de hukuku bir birşey iJcbirsüje arasında bir ilişki olarak algılayan düşünceleri reddetmiş olmalı.1adır.

Huk'l.Jlı."UJl kişiler arası karşılıklı ilişki olduğu düşilncesini günilmilzde genellikle yeni Kantçılar savunmaktadır. Hukukun kişiler arası karşilıklı ili□ki olduğu dUşilncesini inkar etmek mürrİkün değildir. Ancak, hukukun süjeler arası karşılıklı ilişki olması, yani bir Jciiiye bir hak verilirken karşılığında diğer bir□iye bir borç yilldenmesi ve bu kez borç yüklenen kişiye bir hak vcrilirhn karşılığında hak sahibi kişiye bir borç yilklenmcsi, mutlaka bir normun varlığını ı.onınlu kılmaktadır.

Böyle olunca, hukukun süjeler arası ilişki olması, esasında hukukun beşeri bir davranış normu olmasını geçersiz kılmamaktadır. □ekten, bunlann her biri, yani hukulı."Un kuralsallığı, kişiler arasılığı ve kurumsallığı, huk'llk deneyinin temel bir yönünü ifade etmektedir. Bkz. Hafıl.Oğullan, Cel.a Normu, s. 26 vd.; Bobbio, Teoria della norma, s. 23vd.

bir biçimde organize olmuş olan kişiler arasında, bir karşılıklı ilişkiler düzeni olarak ortaya çıkmaktadır2◂·

VII. CEZA NORMU HUKUK DÜZENİNDE GEÇERLİ DAVRANIŞ KURALIDIR

Beşeri davranış normu olarak hukuk, ceza hukuku kuralları, sadece adillik, et.kinlik ve geçerlilik esas olmak üzere bir değerlendirme konusu yapılabilmektedi..-15.

Bir ceza nom1un adilliği, o normun, ait olduğu hukuk düzeninin esinlendiği nihai değerlere veya amaçlara uygun olup olmadığı meselesidir. Esasen, bir nonn adil midir, değil midir meselesi, gerçek ve ideal, yani olan ve olması gereken arasında cereyan eden çatışmanın bir göiiinümüdür. Bir norm adildir dendiğinde, o nonnun olması gereken olduğu, buna karşılık, adil değildir dendiğinde, onun olmaması gereken olduğu ifade edilmektedir. Öyleyse, bir ceza normunun adil olup olmadığı meselesini ortaya koymak, gerçek olanla ideal olan arasında olan uyum meselesini ortaya koymakla eş anlamlı olmaktadır. Bu demektir ki, ceza normunun, adi1lik esas olmak üzere değerlendirilmesi, ceza hukukunun deontolojik meselesidii-6.

Ceza normunun geçerliliği, adil olsun veya olmasın, bir hukuk düzeninde varlık kazanmış, yani mevcut olmuş olmasıdır"[07]· Bir davranış kuralının bir hukuk düzeninde mevcut olup olmadığını saptamak, o davranış kuralının bir hukuk ki.ıralı olup olmadığını saptamaktır. Böyle olunca, bir normun adilliğini incelemek, onun ideal bir değerle ölçülmesini gerektirirken; bir nonnun geçerliliğini incelemek, "ampirik-rasyonel" tipte bir araştınnayı gerektinnektedir. Gerçekten, bir nonnun geçerli olup olmadığına, yani belli bir hukuk sisteme ait hukuk kuralı olarak mevcut bulunup bulunmadığına karar verme, genellikle birbirini izleyen üç araştınnayı zorunlu kılmaktadır.

Normu koyan gücün veya iktidarın, hukuk normu koyma, açıkçası belli bir hukuk düzeninde bağlayıcı davranış kuralları oluşturma meşru iktidarına sahip olup olmadığının öncelikli olarak saptanması gerekir. Bu durum, zorunlu olarak, bizi, bem bir kuralsa! veya normatif düzenin tüm nonnlannın geçerliliğinin esasını teşkil eden bir temel norma gitmeyi gerektinnektedir. Böyle olunca, geçerli olmaktan, bir tek temel nonndan çıkmış belli nom1atif bir düzene doğrudan veya dolaylı olarak giren bir

---

1• Bobbio, Tcoria dclla nonna, s. 34

:.s Gözler, Kemal, Hukukun Genci Teorisine Giiiş, Hukuk Normunun Geçerliliği ve YorumuSorunu. Ankara 1998.

:A Bobbio, Tcoria della nomıa, s. 36

27 Gözler, Hukukun Genci Teorisine Giriş, s. *55* vd.

nonn tarafından kurallaşunlmış olmak anlaşılmaktadır. Bu tek temel nonn, sistemin geçerliliği ilkesini ifade cLmcktedir. Gerçekten, bir işlem, bir muamele, ne zaman bir nonn tarafından düzenlenirse; bu nonnun oluşması yine ne zaman nom1atif sisteme geçerlilik kazandıran birinci derecede bir nonn üzerine oturan Ust nonndan gelirse; o zaırnm, nonn ve nonna dayandınlarak yapılan işlem, muamele, geçerlidir denmektedir veya hukuken var sayılmaktadır. Böylece, toplumsal hayatın birçok işlemlerinden, her birinde, daima daha dar bir normlar alanının belirlediği birbirini izleyen aşamalardan geçilerek tek bir temel nonna ulaşılmaktadır. Tersinden bakıldığında, tek bir temel nom1dan, bu kere kademeli olarak, daima daha geniş bir normlar alanına ve buradan da münferit hukuld işlemlere kadar inilmektedir. Eğer hukuk düzeninden, çeşitli kademelerde tek bir temel normla bağımlı bir normlar sistemi bütünü anlaşılırsa, bir işlem, muamele ve nonnun hukuken mevcut veya geçerli olması, onlann hukuki bir düzene ait olması anlamına gelmektedir. Bu, aynı zamanda, hukuk düzeninin, yani geçerlilik ilkesinin veya temel nonnun dışında hukuki bir varlığın bulunmaması, kısacası hukukun olmaması demektir. Bu bağlamda ceza hukukuna baktığımızda, hukukun ve onun bir dalı olarak ceza hukukunun meşruiyetinin temelinin, yani Türk hul,aık düzeninin dayandığı temel nonnun, kökünü görkemli bir kurtuluş savaşından ve hukuk devriminden alan ve oldukça kristalize bir biçimde Anayasanın 1, 2, 3. maddelerinde ifadesini bulan, aynca Anayasanın 2. maddesinin yapmış olduğu "göndenne" ile kapsamı ve sınırlan Arn:S ile çizilmiş bulunan "demokrati□ laik, sosyal bir hukuk devleti" ilkesi olduğu gözlenmektedir. Anayasanın söz konusu bu maddeleri bir "kurucu iktidar" tasamıfudur. Hiçbir "kurulu iktidar", hiçbir adla, bu temel nonnu kaldınnaya veya değiştirmeye kalkışamaz. Bu yolda her k.'Urulu iktidar tasarrufu hukuken yok hükmündedir. Temel norma doğrudan veya dolaylı yapılan her saldın, ldmden, nereden, ne gerekçe altında gelirse gelsin,ihtilaldir. İhtilali yasaklayan bir hukuk düzeni yoktur. İhtilal, kendi kurallarını koyar. İhtilal sonunda oluşan hukuk düzeni, meşruiyetini kendinden, yani ihtilalin koyduğu temel normdan alır.

Öte yandan bir nonnun geçerli olup olmadığına karar vermek, o nonnun halen hukuk düzeninde yüıiirlükte olup olmadığını saptamayı gerektirmektedir. Gerçekten, bir ceza normu, nonnu koymaya yetkili/görevli kılınmış bir iktidarca konmuş olma anlamında geçerli olabilir, ama bu, onun halen geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Bu durum, sonradan konan nonnun, daha önce konmuş olan bir nonnu, açıkça yüıiirlükten kaldırması veya aynı konuyu tekrardan düzenlemesi halinde meydana gelmektedir. Bu, hukukta "ilga" sorunudur. Bir ceza normunun sonradan yürürlüğe giren bir ceza nonnunca ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi halinde, ceza nonnunun zaman bakımından sının meselesi ortaya çıkmaktadır.

Son olarak, bir nonnun geçerli olup olmadığına karar vennek, o nonnun sistemi oluşturan diğer nomılarla uyumunu, özellikle hiyerarşi içinde olduğu üst bir nonna, yani anayasa nonnuna uygunluğunu veya bir hukuk düzeninde birbirini çelen iki nom1dan her ikisi de geçerli olamayacağından, önce konan nonnun sonradan konan nonnla çelişip çelişmediğini, yani sonradan konan nonnun önceden konanı örtülü olarak yüriirlükten kaldırıp kaldınnadığını saptamayı gerektinnektedir. Yürürlükte bulunan kanunla sonradan yürürlüğe giren kanun çeliştiklerinde, aralarında özellik-genellik ilişkisi yoksa, önceki kanun yürürlükten kalkmış olmaktadır, yani artık geçerli değildir. Ceza hukukunda az rastlanan bu durum, çoğu kez normların içtimaı meselesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Hukuki geçerlilik, ceza hukukunun "ontolojik" yani varlık sorunudu?. Ceza nonnunun varlık sorunu hukukun konusudur

Son olarak, bir ceza normunun etkinliği, muhatabının, nonnu yeterince izleyip izlemediği ve ihlal halinde, koyan otoritenin zorlayıcı araçlarla ihlali gidenne yoluna gidip gitmediği meselesidir2[9]. Gerçekten, bazı davranış normları vardır, bunlara, evrensel olarak, kendiliğinden uyulmaktadır. Bazı normlar vardır, bunlara, zor kullanılarak sağlandıklarından, genellikle uyulmaktadır. Bazı nonnlar vardır, bunlara, zor kullanımı olmasına rağmen, uyulmamaktadır. Böyle olunca, bir ceza nonnun etkililiğini veya etkisizliğini inceleme, belli bir toplumsal grubun mensuplarının davranışlarının incelenmesi olarak tarihi-sosyolojik bir inceleme olmaktadır. Bu, ceza hukukunun "fenomenolojik" yani olgusallık sorunudur'\().

Ceza nonnunun olgusallık yönü esas alınarak incelenmesi hukuk sosyolojinin konusudur.

Adillik, geçerlilik ve etkinlik, aslında bağımsız olması gerekirken; çoğu kez biri ötekine indirgenmiştir. Bu, toplumda hukukun, ceza hukukunun tam ve doğru algılanmasını engellemiştir. Bize bir ufuk kazandınnış olmakla birlikte, indirgemeci her düşünce, ceza hukukunun zenginliğini gidermiştir.

Tabii hukukçular, bir nonnun geçerli olması için adil olması gerektiğini ileri sünnüşlerdir. Nonnun adil olması demek, tabii hukuka aykırı olmaması demektir. Bu düşünce tutarlı değildir. Gerçekten, birçok davranış kuralı tabii hukuka uygun olabilir, ancak bir hukuk düzeninde varlık kazanffilş olmadıkça, o kural, hukuk kuralı kimliğini almış olamaz."Gücün kadar çalış ihtiyacın kadar al" mükemmel bir davranış kuralıdır,

---

[21] Bobbio, Teoria della nonna, s. 38.

[:<1] Gözer,"etkinlik" yerine "etkilik" terimini kullanmaktadır. Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, s. 64 vd., 85 vd.

[><] Bobbio, Tcoria dclla nonna, s. 39.

ama hiçbir hukuk düzeninde varlık kazanmamıştır. Kölelik, en azından bugünkü değerlendimıeler karşısında, adil değildir, ancak tarihin bir kesitinde birçok hukuk düzeninde geçerli olmuştur.

Bir kısım doktrin, özellikle Tarihçi Hukuk Okulu, bir nonnun geçerliliğinin etkinliğinden geldiğini ileri silrınüştür. Bir kanun [1]metruk" olmuşsa, hukuken var olsa bile, artık fiilen yiiriirlükte değildir. Bir hukuk kuralına geçerliliğini veren etkinliğidir. Bazen yürürlükteki bir kanuna aykın davranış, yerleşerek, örf-adet halini alabilir. Yegane geçerli hukuk örf-adet hukukudur. Bu düşünce geçersii.dir. Gerçekten yürürlükteki birçok hukuk kuralı, etkin olmamasına rağmen geçerlidir. 1921 tarih ve 55 sayılı Düğünlerde Men'i İsrafat Kanunu bunun örneğidir. Bu kanun, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği tarih olan 1966 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Ülkede geçerli olmayan birçok davranış 1'11Talı, ör. töre cinayetleri, törenlerde silah boşaltmak, eğitim aracı olarak dayak, kocaların kusurlu buldukları kanlarını dayakla cezaland.ınnası, vs., halen toplumda çok etkili davranış kurallarıdır. Ancak, bu davranış kurallarının hepsi, sadece bizde değil, tüm uygar ülkelerde suç olan davranış kuraJlandırlar. Hiçbir örf-adet kuralı, ne kadar uzun bir süre kabul görürse görsün, ne kadar uzun bir süre kullanılırsa kullanılsın, meşru bir otoritece tarurunış olmadığı sürece, hiçbir zaman hukuk düzeninde geçerlilik kazanmaz.

Kimileri, bir nonn ancak geçerli ise adildir demektedir. Bu düşünce, ifadesini, genellikle tabii hukuk anlayışına karşı olan pozitivist hukuk anlayışında bulmaktadır. Doğrudur, etik-siyasi bir değerlendirme sonunda ortaya çıktığından, geçerli kurallarının ayni zamanda adil oldukları söylenebilir. Ancak, bu tür bir genelleme her zaman doğru değildir. Almanya'da, Nazizm döneminde, Alınan vatandaşlan arasında, adil olduğu düşüncesiyle ayırımcılık yapan birçok kanun çıkarılmıştır. Salt geçerli oldukları için bu kanunlara adildir demek herhalde mümkün değildir. İslam hukukunun geçerli olduğu ülkelerde, zina eden kadının ölümle cezalandırılması, bazı fiillerinin karşılığı olarak insanlara dayak atılması, dini bazı kurallara uymamanın suç sayılması, ulaşılan bugünkü uygarlık kesitinde, sırf belli bir hukuk düzeninde geçerli oldukları için adil kabul edilebilecek davranış kuralları değildirler.

Bu durumda, yegane ceza hukuku, var olan, konulmuş bulunan, açıkçası halen yürürlükte bulunan ceza hukukudur. Başka bir deyişle, deney verisi yegane ceza hukuku, beşeri iradenin koyduğu ceza hukuku, yani pozitif ceza hukukudur. Yürürlükten kalkınış olan birceza hukuku düzeni, bir ceza normu artık hukukun değil, hukuk tarihinin konusudur.

Yegane ceza nonnu, bir ceza hukuku düzeninde varlık kazanmış olan, mevcut bulunan, yani belli bir toplumda ortak hayatın zorunlu olarak ortaya çıkardığı çıkar

ç.atışmalanm, dolayısıyla irade uyuşmazlıklarını çözmek üzere toplumsal ortak iradece usulüne uygun olarak konmuş olan, yani kısaca yüriirlükte olan beşeri davranış laıralıdır.

Elbette, ceza hukulnı düzeninde geçerli her davranış lnıralının, işlevinden ötüıi, adil olınası, etkin olınası beklenir. Gerçekten, bir ceza normu konurken, doğal olarak konan normun adil olduğu düşünülmek.1e, etkin olması istenmektedir

Ceza normunun adilliğinden, genellikle kaynaklandığı temel normla uyumluluğu anlaşılmak.1adır.Temel normun adil olup olmaması, ait olduğu toplumun beklentilerini karşılayıp karşılamaması, artık hukuki bir mesele değildir, tamamen etik-siyasi bir meseledir.Gerçek.1en, bugün, gelmiş olduğumuz uygarlık düzeyinde, sınıfçı, imtiyazcı olan, yani demokratik olmayan ceza hukuku düzenlerinin adil de, etkin de olamayacağı savunulmaktadır. İmtiyazcı, sınıfçı ceza hukuku düzenleri, demokratik ceza huk.-uk.-u düzeni değildirler3[1]. Aynca, ilk ağızda veya son tah1ilde kaynağım ilahi iradede bulan Teokratik ceza hukuku düzenlerinin, niteliklerinin gereği olarak, demokratik bir ceza huk.-uku olma şansları yoktur.

Türk Ceza Hukuku düzeni, Anayasanın 2. maddesinin mutlak emri gereğince, demokratik bir ceza hukuku düzeni olmak zorundadır.Siyasi tartışmalar bir yana,Türk demokrasisi, pozitif bir değerdir. Kapsamı ve sınırlan, Anayasanın 1, 2, 3. maddeleri ve Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu hukukun genel ilkeleri, AİHS ve Ek protokoJleri ve Devletin kabul edip yürürlüğe koyduğu insan haklarını korumaya ilişkin uluslararası antlaşmalarla muayyendir. Bugün, hukulrnn genel ilkelerine, Anayasaya, AİHS ve eki protokollere ve diğer antlaşmalara aykın bir ceza normunun ve uygulamasının, düzenin geliştirdiği kendisini koruma cihazları karşısında, düzende geçerli olması mümkün bulunmamaktadır. Gerçekten, Anayasa yargısı, A1HM yolunun açık olması, demokratik bir ceza hukuku düzeninin teminatıdır.

Madem yegane ceza nomm, k.-urlanna uyma kendine özgü bir müeyyide düzeneği ile temin edilen, geçerli bir huk.-uk düzeninde yürürlükte bulunan davranış kuralıdır; buradan, bu k.ı.ınıllann, yani ceza normunun veya ceza kanununun kaynağı meselesi ortaya çıkmaktadır3[2].

---

11 Mantov:ını, s. 15 vd., özellikle s. 21-22.

12 Bu bölümde yer alan tüm tartışmalar, açıklamalar ve kaynakçayla ilgili olarak bkz. Hafızoğullan, Ceza Nonnu, Nonnatif bir yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996.

İKİNCİ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN KAYNAĞI

/. Hıkıkım kaynağı, il. Kauımilik ilkesi, ili. Kamuuilik ilkesi iizeriue tmtışuular, IV. Ceza uomıwum doğrudaı kaynakları, V. Öif ve adet, VI. Cew 11onuuuwı dolaylı kayuakları, A.ldareuiudiize11leyiciişlemleri,B. Aulaşmalar ve ulıslar arası ıeamiiller, C Yabancı iilke /uukuku, VII. Ceza uonuwıwı kayuağıum yargısal denetimi

I. HUKUKUN KAYNAĞI

Ceza nonnunun kaynağı, hul-ukun kaynağıdır. Kaynaktan hukukun çıktığı yer anlaşılmaktadır. Devletin egemen iradesinin eseri olduğundan, ceza hukukunun kaynağı, sonunda halkın ortak iradesi, toplumun vicdanı olmaktadır.

Elbette, hulnık, hu.kuk.,ı olduğu toplumda geçerli ahlak kurallarından etkilenebilir. Ancak, kiminin ileri sürdüğünün tersine", ahlak, hukukunun kaynağı değildi?'. GerçeJ...1:en, huJ...,ık, ne kadar etkin olursa olsun, ahlak kuralına, hukuk kuralını ortadan kaldırıcı bir etki tanımamaktadır. Oysa amaçlarına ters düşen ahlak kurallarına hayat hakkı tanıyan bir hulruk düzenine rastlanmış değildir.

Türk hulruk düzeninin maddi kaynağı, Türk Hukuk Devriminin en temel eseri 1926 tarihli Türk Medeni Kanununun genel gerekçesinde ifade edilen ulusal irade; şekli kaynağı, kanunun 1. maddesinde ifadesini bulan, kanun, örf ve adet, hakimin yarattığı hukuktur. Aynca, kıyasın, hukukun kaynağı olduğu kabul edilmiştir.

Yeni Türk Medeni Kanunu, genel gerekçesinde hukukun maddi kaynağına işaret etmemiş, ancak 1. maddesinde, hukukun şekli kaynağının kanun, örf ve adet hukuku, hakimin yarattığı hukuk olduğunu belirtmiştir. Hukukta kıyas mümkündür.

Türk hulruk düzeninde, kanun, ulusal iradedir. Kanun yapmak, katıksız bir egemenlik tasarrufudur. Ulusal iradenin üstünde bir irade yoktur. Başkasının verdiği kadar vererek, ulus, uluslararası örgütler oluşturabilir ve onların iradeleriyle kendisini bağlayabilir. Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği bu nitelikteki örgütlerdir. Gerçekten, Türkjye Cumhwiyeti Devleti, imzalayarak ülkesinde yürürlüğe koyduğu, 1961 ve 82 Anayasalarının 2. maddesinde göndermede bulunduğu Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi3[5] ve ek protokolleri hükümleri ile bağlıdır; bunlara aykırı bir düzenleme yapamaz. Sözleşmeyi imı.alayan devletlerin sözleşmeyle bağlılıkları esastır.

---

n Mantovani, Diritto Penale, s. 118 ; Bettiol,Diritto penale, s.104 : Ceı.a huk'Uk-unun maddi anlamda kaynağı ahlal.1ır. Bundan ötürü, ahlak düzeni, hulmk düzeninin merkezi nüvesini temsil ctmek.1edir. Maggiore, Diritto penale, Bolgna 1961, Is. 31.

34 Antolisei, Manuale, PG., s. 11.

" insan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına nişkin Sözleşme, Roma 4.XI.1950.

Aynca. dol1rinde, Devletler Genel Hul'Ukunun veya Uluslararası Hukulaın 1..-\ırallanmn, ulusal hul-uk l--urallan□ın üstünde olduğu kabul edilmektedir Kuşl"Usuz, bu husus, uluslararası huJ...-uk kuralları ile çatışan bir iç hulmk kuralının kuramsal olarak müink-ün olman1ası demel1:i.r6.

Örf ve adet kaynağı be§eri irade olan davranış hırallandır. Bu k.-ı.ırallar, kanun kendilerine göndem1e yaptığından, somut uyuşmazlığın çözümünde, kanunda hfil.iim yokluğunda, hakimin başvurmaya zorunlu olduğu kaynaktır. Bu anlamda, yürürlfil.1en kalkmış bulunan 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu hükümleri, Medeni Kanunun 1. maddesinin yer verdiği "örf ve adet hul"Ul"U" hükmündedir. Bunun dışında, kaynağı beşeri irade olmayan davranış l'llralları, Medeni Kanunun anladığı anlamda "örf ve adet huJ...'uk.11" değildirler. Aksini düşünmek, sadece hul"Ul'Un beşeri irade olması esası ile çelişmez, Anayasanın eşitlik, AllIS'in eşitlik ve ayınmcılık yasaklarına aykın düşer. Kaynağı beşeri irade olmayan bir l7.J.ralın, hiçbir adla ve hiçbir biçimde hurubın kaynağı olamayacağının anlamlı açıklamasını, 1926 tarihli Medeni Kanunun genel gerekçesinde görüyoruz[37].

Ceza Normunun kaynağı söz konusu olduğunda, genel kuraldan ayrıldığını göıiiyonız. Ceza huJ...'llkunun kaynağı kanundur. Özel hul"llk'1an farklı olarak, Ceza

---

" Usulüne göre yürürlüğe konmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla J...'":lllunJann aynı konuda farklı hükümJer içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıkJarda millellerarası anlaşma hüJ...iimleri esas alınır (Anayasa, m.90/5/son cümle).

)7 Kanun, gerekçesinde, Tarihçi OJ...-ulu eleştirmiş, Türk hubıl...-unun kaynağı konusunda hala bugün geçerli olan ve l-uşJ...ıısuz yannda geçerli olacak tespitlere yer vermiştir. "... K□J...,ı yol1Ur ki, kanunların amacı herhangi bir örf ve adet veya yalnız inançla ilgili olması gereken din l-urallan değil;siyasal, sosyal, ekonomik, milli birliğin her ne olursa olsun sağlanması ve o)uştwulınasıdır. Gilnilmiiz uygarlıkları içinde olan devletlerin ilk özelliği din ile dünyayı ayn görmel1ir. Bunun aksi, devletin kabul ettiği din lı.11ra.llanru kabul etmeyen kimselerin inançlarına hükmetme olur. Bunu günümüz devlet anlayışı kabul edemez. Din devlete göre inançlarda kaldıkça saygıya ve korunmaya değer.Dinin hükiim halinde kanunlara ginnesi tarihin akışında çok zaman hüJ...iimdarlann, zorbalann, güçlillerin haksiz ve yolsuz isteklerini doyurma aracı olmasını sağlamıştır. Dini dünya işlerinden ayırmakla bugünün devleti, insanlığı □hin bu kanlı zorbalığından lı.-uıtarmış ve dine gerçek ve sonsuz bir taht olan vicdanı ayırmıştır. Ozellikle çeşitli dinlere bağlı yurttaşları bulunan devletlerde tek birkanunun bütün toplulul1a uygulanma yeteneğini ka.L'lnabilmesi için bunun din ile ilişkisini kesmesi milli egemenlik için de zonın)udur. Çilnl.-ü kanunlar dine dayalı olursa inanç özgürlUğilnü kabul zorunluluğunda bulunan devlette, başka başka dinlere bağlı yurttaşları için ayn ayn kanun yapmak gerekir. Bu haJ çağdaş devlette temel koşul olan siyasal, sosyal, milli birliğe büsbütün karşıttır. Hatırlatmak gerekir ki, yalnız yurttaşları ile değil, yabancılarla da ilişkiler içindedir. Bu durumda onlar için de Kapitülasyon adı alnnda ayn l-urallar kabuletmek zorunluluğu meydana gelir.Lozan Andlaşması ile kaldınlan kapitülasyonların kaldınlmaması için yabancı devletlerce ileri süıüJen gerekçenin en önemli yönü bu noktl olmuştur..." "Adalet Bakanı, Mahmut Esat (Boı.l.1.lrt) "Türk Kanunu Medenisi &babı Mucibe Layihası(Gerekçe)" Erciyes R.B., Türk Kanunu Medenisi ve Borçlar Kanunun, Doruk Yayınlan, Ankara 1975, s. XV. 1926 tarihli Türk Medeni Kanununun Türk hul'Ul-unun yegane maddi kaynağının beşeriirade(ulusalirade), şekli kaynağının kanun olduğu tespitini maalesef bugüne dek görmeı.li..J...1en gelmek büyük bir talihsizlik olmuştur.

huJ.aıku dilzeninde, boşluk olmnz. Bundan ölllrll, kanunun tarafından açıkça yapılması yasaklanmayan veya yapılmaması emredilen her tUrlU beşeri davranış serbesttir. Böyle olunca, hakim, ceza hukukunda, önüne gelen uyuşmazlıgı çözerken, kanun dışında, kanunda hUkUm yoktur diyerek, başka bir kaynağa başvurma yoluna gidemez.

Bundan ötüii, hukuk dilzeninde, ceza hukuku düzeninin ve bu dU:zeni oluşturan tüm k-urallann kaynağı kanundur. Kaynağın sadece kanun olınası, Anayasa ve AİHS ile güvence altına alınmıştır.

Ceza nonnunun kaynağı, doğrudan kaynaklar ve dolaylı kaynaklardır.

II. KANUNİLİK İLKESİ

Doktrinde Kanunsuz suç ve ceza olmaz (nullum crimen, nulla poena sine lege) olarak ifade edilen kanunilik ilkes, Ceza Kanunu, 2/1. maddesi hükmünde, *"Kauımun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaı.. Kanunda yazılı cezadan ve güvenlik tedbirinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz"* biçiminde ifade etmiştjr.

Kanunilik ilkesi, kökleri 1215 Magna Carta Libertatum hukuki metninde aranmakla birlikte, esasen, insanlığın yazgısını değiştiren Aydınlanma düşüncesinin eseridir'.

Kanunilik ilkesinin başlıca sonuçlan şunlardır:

- Bir fiil, kanunda açıkça suç sayılmadıkça, kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz

- Münferit hallerde, kanunun suç saydığı fiil için, sadece kanunun belirlediği ceza verilebilir ve güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

- Karşılığında bir cezanın veya güvenlik tedbirinin verilmesini gerektiren fiiller, kanunda tek tek sayılmalı ve her bir fiil, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesini mümkün kılacak bir biçimde açık ve özlü olarak tanımlanmış olmalıdır.

Buradan, ceza hukukunda, bir yandan kıyas yasağı ortaya çıkarken, öte yandan idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamayacağı esası ortaya çıkmaktadır.

Kanun, 2/3. maddesi hükmünde *"Kanunlann suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz.. Kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz"*

:ıı Antolisei, Manuale, PG., s. 68.

diyerek, ceza huk.·1ılcunda, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, hem kıyası yasaklanuş, hem de kötü ifade edilmiş olması bir yana[39], hakimin izlemek zorunda olduğu genel bir yorum yöntemine yer vermiştir. Ceza hukukuna özgü bu genei yorum yöntemi, "ceza kanunlarının dar yorumlanması" ilkesidir. Gerek uygulama, gerekse dok.□n ilkeye yabancı değildir. İlkenin kanunla konulmuş olması, bir yenilik değildir, sadece yorumu açıklığa kavuşturmuştur.

Kıyas yasağı, aleyhe kıyas yasağıdır. Bu, ceza hukukunda, lehte kıyasın müml.iin olması demektir. Gerçekten, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler söz konusu olduğunda, acaba kıyas mümkün müdür sorusu, bugün daha çok önem kazannuştır. Doktrinde, lehte kıyasın, mümkün olduğu düşünülmektedir. Böyle olunca, ör. bir heyecan türü olan haksız tahrike tanınan ceza indirimi, aksine bir hük.'Üm olmadığına göre[40], kıyasla, benzer nitelikte olan diğer heyecan türlerine de tanınabilecek midir sorusunu akla getinnektedir. Herhalde, bu, tartışılmaya değer bir konudur.

Kanun, 2/2. maddesinde *"idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz"* hükmüne yer vermiştir. Elbette, kanunilik ilkesi karşısında, yürütme erkinin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyması mümkün değildir. Böyle bir davranış, kuvvetler ayınını ilkesine aykırı düşer, çünkü kanun, yasama erkinin düzenleyici işlemidir. Yürütme erkinin işleri arasında kanun koymak yoktur. Kanun koymak, yasama erkinin işidir. Yürütme yasamanın koyduğu kanunları yürütür.

Ancak, toplum hayatı karmaşıktır. Kamu yönetimi, çoğu kez acele kararlar almayı gerektirir. Bu durum, ceza hukukunda, açık ceza normu (norma penale in bianco) denen normların bulunmasına neden olmuş, idarenin düzenleyici işlemleri ile doldurulabileceği kabul edilmiş, böylece ihtiyaç karşılanmaya çalışılmıştır. Anayasa Mahkemeleri, bu yolun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

Kanun, gerekçede yer alan "idarenin düzenleyici işlemleriyle suç tanımının kapsamını belirleyemeyeceğ" ibaresine rağmen, ceza hukuku düzeninde, idarenin, düzenleyici işlemler ile açık ceza normlarını doldurulması yolunu kapatmış değildir.

---

[19] Gerçekten, "kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" ifadesi yorumla kıyas arasında bir geçitlilik ilişkisinin bulunduğunu çağnştınnaktadır. Oysa, ister daraltıcı, ister genişletici, isterse ilerletici yorum söz konusu olsun, yorumla kıyas arasında bir geçitlilik ilişkisi yoktur. ör., nasıl elma elma, armut da annutsa, yorum yorum, kıyas da kıyastır. Kıyas, kanunda hüküm bulunmayan hallerde, huk.1.1.ka kaynaklık yapmaktadır. Yorum, mevcut bir normun anlamını bulup ortaya çıkarmak, kapsamını ve sınırlarını belirlemek.'tir. İkisi arasında hiçbir geçitlilik ilişkisi bulunmamak'tldır. Böyle olunca "kıyasa yol açacak yorum" diye ara bir şeyin mevcut olması mantıksal olarak imkansız olmaktadır.

[40] lCK. m. 90. Kanun hiddet heyecanı dışındaki heyecan, korku ve tutk.'Ulann isnat yeteneğini etkilemediğini kabul etmiştir.

Gerçekten, Knnun, ör., l95. mnddcsinde ..Bulnşıcı hnstnlıklnm ilişkfo tedbirlere nykın dnvrnnmn" madde başlığı olundu açık ceza normuna yer vcmıiştir. Bu madde, buıa,ıcı hnstnlık hnlindc, °yctkili mnkamlnrca alınan tedbirlere uyulmamasını" suç saymıştır. "Yetkili maknmlnrcn nlınun tedbirler" idarenin düzenleyici işleminden başka bir şey değildir. Bu demektir ki, Kanun, cero hukuku düzeninde, nçık ceza nonnlunnın varlığını ve bunların idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulması yolunu kabul etmiş bulunmaktadır. Öyleyse, Kanunun *5.* maddesi hUkmU bu konuda geçerli değildir.

Kmmnilik ilkesi güvenlik tedbirleri hakkında da geçerlidir. Hangi fiile hangi güvenlik tedbirinin uygulanacağını kanun gösterir.

Kanunun 61n. maddesi hükmü kanunilik ilkesinin bir uzantısıdır. Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne aıtınlabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

765 sayılı Kanundan farklı olarak, Kanun, suçları cürum ve kabahat olarak ayınnamıştır. Kabahat suçlarına karşılık teşkil eden fiillere, 5226 sayılı Kabahatler Kanununda yer verilmiştir. Bu kanun, 4. maddesi hükmünde, kanunilik ilkesine yer vermiş bulunmaktadır. Ceza Kanunu, 765 sayılı Kanunda yer verilmiş olan bazı kabahat suçlarını, ör., kumar oynatmak (m. 228), dilencilik (m. 229), vs., suç olarak yeniden düzenlemiştir.

Kanunilik ilkesi, hakimin, kanunu uygularken, göz ardı edemeyeceği mutlak bir emirdir. Haklının, her ne nedenle olursa olsun söz konusu emre uymaması, doğru yargılanma hakkının ihlalidir (Ay., m.36, AlHS., m. 6) ve Ceza muhakemesi hukukunda mutlak bozma nedeni sayılmıştır (CMK m. 288). Bundan ötürü, hakını, önüne gelen her olayda uygulayacağı normun kaynağını araştınnakla yükümlüdür.

m. KANUNİLİK İLKESİ ÜZERİNE TARTIŞMALAR

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi hiç kuşkusuz siyasi bir içeriğe sahip bulunmaktadır. İlke, herkes için, her çeşit keyfiliğe karşı, bir teminat oluşturmaktadır.

Özellikle ikinci dünya savaşından soma y,üiiirlüğe konan birçok liberal-demokratik devlet anayasasında, modem devletlerin birçoğunun ceza kanununda ilkeye yer verilmiştir.

Alman ceza hukukçusu *V. List,* onu, suçlunun "Magna Cartası" olarak nitelendirmiştir. Fiilinin karşılığı olmayan bir cezaya çarptınlamarnası konusunda ilke elbette suçlu için bir teminattır. Ancak, onunla güdülen asıl amaç, özellikle

k'1lllunlara saygılı kimseleri, nerden ve kimden gelirse gelsin olası her türlü keyfiliğe karşı korumak.1ır.

Latince olarak ifade edilmiş olmakla birlikte, kanunilik ilkesi Roma hukukunda yok'tU.r. Ukeyi Latince olarak ifade eden ünlü Alman ceza hukukçusu *Aıuselmo Feuerbaclı* olmuştur.

Köklerinin 1215 Magna Carta Libertaturn'da olduğu söylenmekle birlikte, ilke, polis devletinin sınırsız iktidarına karşı bireyin koruması olarak, Aydınlanma düşüncesinin eseridir. Sonraki yıllarda, modem tilin ceza kanunlarında yer almıştır.

Ancak yirminci yüzyılın ilk yansında, Marksizm-Leninizm eseri 1922 Sovyet Ceza Kanunu, Nazizm eseri 1935 Alman Ceza Kanunu, hükümleri arasında, kanunilik ilkesine özellikle yer vermemiştir.

Ancak, 1948 Birleşmiş Milletler İnsan Haklan Evrensel bildir□esi, uluslararası bağlayıcı bir metin olan Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi, mutlak bir insan hakkı, üstün bir uygarlık değeri olarak kanunilik ilkesine yer vermiştir.

Bugün, bir kısım doktrinin, pek yerinde olmamakla birlikte, salt hukuki gerekçelerle, kanunilik ilkesine ve bunun bir sonucu olan kıyas yasağına karşı çıktığı görülmektedir.

Kimi, demektedir ki, söz konusu ilke, özellikle kanunun çevresini dolaşan, eksikliklerinden yararlanmasını bilen kimselere onu ihlal konusunda kolaylık sağlamaktadır. Gerçekten, toplumsal bakımdan çok tehlikeli olan kimselerin, çoğu kez yeni yollar bularak, kanunundan sıynldıklan ve toplumsal bakımdan çok tehlikeli olan fiilleri işledikleri görülmektedir.

Buna karşılık, kimi, demektedir ki, madem açık ve belli olacak bir biçimde kanun düzenlemiş olmadıkça özünü oluşturan korkutuculuk etkisini ceza yerine getirememektedir, kıyas yasağı, ceza hukukunu oluşturan ilkelerin zorunlu sonucudur.

Bu düşünce tutarlı bulunmamıştır, çünkü □zanın korkutuculuk işlevi, fail tarafından kanunun bilinmesi zorunluluğundan ortaya çıkmamaktadır. Kanunun bilinmesi imkanı yeterli görülmektedir. Ancak, kıyas, genellikle onu kabul eden hukukun diğer dallarında olduğu gibi hakimin kanundan çıkardığı sonuçlan başkaları da çıkartabildiğinden, bunu imkansız kılmamaktadır.

Son olarak, doktrinde, sorunun hukukilik alanında değil, yerindelik alanında çözülebileceği ileri sürülmüştür[41].

---

[1] Antolisci, Manuale, PG., s. 70.

Bu bakış açısından, kıyns yasağının kaldırılması, toplum vicdanının ceza gerektirdiğini kabul ettiği bazı fiillerin, cezasız kalmaması imkanını bahşetmektedir. Bu doğrudur. Ancak, bu durum, hakimin yetkilerinin, her defasında biraz daha fazla artması olumsuzluğunu doğunnnktadır. Hatta, bir adım daha ileri giderek, hakim, sonunda, kendisini kanunilik ilkesinden kurtannış olacaktır.

Her halde bu soruya her yerde ve her zaman geçerli bir cevap vennek imkanı yoktur. Sorunun çözümü, her ülkenin kendi somut koşullarına bağlıdır. Gerçekten, liberal-demokratik bir toplum, devlet, hukuk düzenine sahip bulunan Danimarka, ceza hukuku düzeninde, kanunilik ilkesine yer venneıniştir. Bu ülkede kıyas yasağı yoktur. Ancak, bu ülkede, hakkın kötüye kullanılmadığı da gözlenmektedir.

Kavganın, uyuşmazlıkların bol olduğu, liberal demokratik bir toplum, devlet, hukuk düzeninin henüz yeterince yerleşmediği, faşizan eğilimlere açık, hakimlere güvenin az olduğu Türkiye gibi bir ülkede, kıyas yasağının kaldırılmasını savunmak, herhalde moda olmaktan öte, ciddi her hangi bir değer taşımamaktadır.

IV. CEZA NORMUNUN DOĞRUDAN KAYNAKLARI

Ceza normunun doğrudan kaynağı, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak kanundur. Kanunun, Devletin yasama erkinin bir ifadesidir. Bu erkin devri mümkün değildir (Ay. m. 6, 7). Anayasa kanun koyma usul ve esaslarını belirlemiştir (m . 87, 88, 89).

Anayasa kanunla değiştirilir (Ay. m. 175). Ancak, anayasayı değiştiren kanunların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez.

Anayasanın l, 2 ve 3. maddelerinin değiştirilmesi bile teklif edilemez. Kiminin ileri sürdüğünün aksine, "hile-i şer' iye yaparak" Anayasanın 4. maddesini kaldınnak suretiyle Anayasanın 1, 2, 3. maddelerini değiştirmeye kalkışmak, "yokluk" sonucunun doğması bir yana, cebren ihtilale kalkışmaktır (TCK. m. 309). Gerçekten, hile-i şer'iye yaparak Anayasada gösterilen usuller dışında Anayasayı değiştirmeye kalkışmak, doktrirıde, hem 765 sayılı Kanun 146. maddesi hükmü hem de 5237 sayılı Kanunun 309. maddesi hükmü anlamında "cebir ve şiddet kullanmak" sayılmaktadır.

Madem kanunlar anayasaya aykın olamazlar (Ay. m. 11), ceza normunun doğrudan kaynağı, en başta Anayasadır (m. 38).

Anayasa 2. maddesinde "insan haklarına saygılı" hükmü i1e Devletin 1954 tarihinde imzalayarak ülkede yüıürlüğe koyduğu Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesine

açıkça göndem1ede bulunmuştur. Böylece, AlHS, anayasal bir metin niteliği kazanmış olmaktadır. Aynca, Anayasanın değişik 90. maddesi hükmü, uluslararası antlaşmalara aykırı bir kanun hükmünün varlığına imkan vermemekte, dolayısıyla doğrudan anlaşma hükmünün uygulanmasını emretmektedir. Öyleyse, Anayasa yanında, AİHS, ceza nornınun doğrudan kaynağı olmalı.1adır. Bu, ceza kanunlarının, AİHS'e aykırı olamamaları demektir.

Ceza nonnunun doğrudan kaynağı, 765 sayılı Türk Ceza Kanununu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunudur. Bu kanun, kabul ve ilanından sonra, ama yüıiirlüğe girmeden önce ve yüıiirlüğe girdik.1en sonra birçok kez değişikliklere uğramıştır. Toplumsal hayat aynı kaldığı halde, Kanunun, bugüne dek, genel ve özel hükümleri, birçok kez değiştirilmiştir. Bu, en azından tarihi kanun koyucunun Ceza Kanunu yapma konusunda yeterli becerisinin olmadığını göstermektedir. Bu değişikliklere rağmen, doktrinde sıkça eleştirilen eksiklik ve yanlışlıkların düzeltilmesi yoluna gidilmemiştir. Kamında, ne dil birliğine, ne de terim birliğine özen gösterilmiştir.

Ceza normunun öteki doğrudan kaynaklan, 5326 s. Kabahatler Kanunu, 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 3713 s. Terörle Mücadele Kanunu, 6136 s. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanun, Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal Kanunu, 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 5187 sayılı Basın Kanunu, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, Askeri Ceza Kanunu, vs. olmaltıdır.

V. ÖRF ve ADET

Ceza normunun kaynağı söz konusu olduğunda, örf ve adeti, aynca incelemek gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, hakim, önüne getirilen meselenin kanunla çözülememesi halinde, yazılı olmayan hukuka, yani örf ve adet hukukuna (ius non scriptum) gitmek zorundadır.

Ancak, ceza hukukunda, örf ve adetin yeri kısıtlıdır. Gerçekten, kanunilik ilkesi karşısında, örf ve adetle, ne yeni bir suç, ne de yeni bir ceza konabilir.

Kanuna aykırı olarak oluşmuş olan örf ve adetin (ör., dini nikahla evlenme, kocanın kan üzerinde tedip hakkı, kan gütme, vs.) hukukta hiçbir geçerliliği yoktur. Hukuk düzenimiz, örf ve adete, kanunu ortadan kaldırıcı bir etki tanımamıştır.

Bununla birlikte, kanunun, eksik bir hükmün tamamlanması bağlamında, açıkça göndennede bulunduğu hallerde, örf ve adet, ceza hukukunun kaynağı olmaktadır. Özernkle bir hakkın kullanımında ve mağdurun rıza göstermesinde (CK. m. 26) örf ve adet suçu belirleyici bir öğe olmaktadır.

Knnunwı yorumunda örf ve adetin bir yorum aracı olarak kullanılabileceği doktrinde genellikle kabul edilen bir düşüncedir. Gerçekten, doktrinde, genellikle nomıuıı nonnatif unsurları olarak nitelendirilen öyle fiiller varoır ki, ör., onur, şeref ve saygınlık (CK. m. 125), müstehcen görüntü, yazı ve söz (CK. m. 226), teşhircilik yapmak (CK. m. 225), vs., bunlara verilen anlamın yere ve zamana göre değiştiği görülmektedir. Bir deniz kentinde sokaklarda deniz kıyafetleri ile dolaşmak hayasızlık sayılmazken, başka bir yerde aynı davranış hayasızlık olarak değerlendirilmektedir. Bazı ortamlarda birine "ulan" demek onur kıncı bir davranışken, diğer bazı ortamlarda birine karşı aynı sözü kullanmak bir iltifat olmak.1adır. O halde, örf ve adet, ceza nonnunda geçen bazı davranışların anlamını, kapsamını ve smırlannı belirlemede ceza hukukuna kaynaklık yapmak1adır.

VI. CEZA NORMUNUN DOLAYLI KAYNAKLARI

Ceza nonnunun dolaylı kaynakları, devletin veya diğer bir nonnatif düzenin, ceza kanununun düzenlemelerini açıklayan, tamamlayan veya geçerlilik koşullarım ve sınırlarını belirleyen hükümleridir. Bunlar, kendiliklerinden bağlayıcı değildirler, ceza normunun doğrudan kaynakları yanında yardımcı kaynaklardır.

A. İdarenin Düzenleyici İşlemleri

İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaz, çünlii idarenin düzenleyici işlemleri kanun değildir. Bu bağlamda olmak üzere, sonunda TBMM'nin onayından da geçse, Kanun Kuvvetinde Kararname ile, suç ve ceza konamaz, yardımcı ceza normlarının uygulanması koşullan değiştirilemez (Ay. m. 90). Kanun Kuvvetinde Kararname, kanun değildir.

İdarenin düzenleyici işlemleri ileeksik ceza nonnları tamamlanamaz. Eksik ceza normları kanunla, kanunun açıkça göndermede bulunduğu hallerde örf ve adetle tamamlanır.

İdarenin düzenleyici işlemleri, kanun kuvvetinde kararname ile açık ceza nonnlan doldurulabilmektedir. Bu anlamda, idarenin düzenleyici işlemleri, ceza nonnunun kaynağı olmaktadır. Bir açık ceza normu olan Kanunun 186. maddesi hükmünün ticaretini yasakladığı "bozulmuş veya değiştirilmiş gıda ve ilaçlardan" maksat, kaınu sağlığıyla ilgili olarak idarenin çıkardığı gıda veya ilaç mevzuatına uymayan üretimlerdir. Burada, idarenin düzenleyici işlemleri, ceza kanunu hükmündedir.

Öte yandan, Kanun, ör., 257. maddede "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek" , "görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstermek" hükmünün

anlamı kapsamı ve sınırları; genellikle "görevi" beJirleyen bir kanuna dayalı olarak idarenin yaptığı düzenleyici işlemlerle belirlenmektedir. Kamu görevlisinin, görevini yaparken söz konusu bu düzenleyici işlemlere aykırı davranması, görevin gereklerine aykırı hareket etmesi veya görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstermesidir. Böyle olunca, kanuna dayalı olarak kamu görevlisinin yetki, görev ve sorumluluklarını belirleyen idarenin düzenleyici işlemleri, ceza normunun kaynağı olmaktadır.

B. Anlaşmalar ve Uluslararası Teamüller

Uluslararası hukukun doğrudan ceza normunun kaynağı olması mümkün değildir, çünkü uluslararası hukukun kuralları, münhasıran devletlerin devletlerle olan ilişkileri düzenlemektedirler, dolayısıyla muhatapları ne devletin organlarıdır, ne de yurttaşlardır. Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin hukuk düzeninde geçerlilik kazanması, ancak TBMM'nin, sözleşmeyi, bir kanunla onaylanmasını uygun bulması halinde mümkündür (Ay. m. 90). Bunlar onayla birlikte iç hukuk kuralları halini almaktadırlar. Bunların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasa, onları iç hukuk metinlerinin üstünde saymaktadır.

Buna rağmen, uluslararası sözleşmeler ve teamüller, bu halleri ile ceza normunun doğrudan kaynağı değildirler. Ancak, bir ceza normu kendilerine açıkça göndermede bulunduğunda, bunlar, ceza normunun doğrudan kaynağı olmaktadırlar.

Ülkenin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine sadece 82 Anayasasının 2. maddesi değil, aynı zamanda 61 Anayasasının 2. maddesi de açıkça göndermede bulunmaktadır. O nedenle AlHS ve eki protokoller uyulması zorunJu "anayasal norm" olarak o günden beri ceza normunun doğrudan **kaynağıdır.**

C. Yabancı Ülke Hukuku - Hukukun Genel İlkeleri - Yargı Kararları

Yabancı ülke ceza hukuklarının ülkede uygulanması mümkün değildir, dolayısıyla bunlar, ceza normunun, ne doğrudan, ne de dolaylı kaynağıdır. Ancak, CK'nun, bir hükmünde, açıkça göndermede bulunduğu hallerde (ör., m. 19) yabancı ülke hukuku ceza hukukunun doğrudan kaynağı olmaktadır.

Ancak, bu arada belirtmek gerekir ki, hukukun genel ilkelerinin, tabii hukukun, yargı kararlarının ve hakkaniyetin, ceza hukukunda, ne doğrudan, ne de dolaylı olarak kaynaklık değeri vardır.

Bunlar, genellikle, kanunun yorumunda, kanunun eleştirilmesinde, uygulamada emsal tutmada veya takdir hakkının kullanımında yol gösterici olmaktadırlar.

Ancak, yargı kararları söz konusu olduğunda, Anayasa Mahkemesi Kararlarının (m. 153/son), İçtihadı Birleştinne Kararlarının bağlayıcılık niteliği bulunmaktadır.

Kuşkusuz, İçtihadı Birleştirme Kararları ile suç ve ceza konulamaz. Bunlar, ceza normunu, açıklayan ve yerine göre tamamlayan kurallardırlar. Bu anlamda, İçtihadı Birleştirme Kararları ceza normunun doğrudan kaynağıdır.

Anayasa Mahkemesi Kararları, suç ve ceza koyan bir ceza nonnunu anayasaya aykırı bularak iptal ettiğinde, ceza nonnunun doğrudan kaynağı olmaktadır.

VII. CEZA NORMUNUN KAYNAĞININ YARGISAL DENETİMİ

Kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak hakim, önüne gelen olayda uygulayacağı kanun hükmünün, hukuk düzeninde geçerli olup olmadığını denetlemek zorundadır.

Madem her hukuk normu sadece yetkili bir organ tarafından ve önceden belirlenmiş olan esas ve usullere uygun olarak konduğunda uyulması zorunludur, hakim, normu uygulamadan önce, onun çıktığı kaynağın geçerliliğini denetlemek yetkisi ve görevinde sahiptir.

Buradan, hakimin denetleme yetki ve görevinin sınırının, neden ibaret olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, hakimin önüne gelen meselede uygulamak durumunda olduğu ceza normunun kaynağını denetlemesi bir özellik arz etmemektedir.

Hakim içerik denetimi, yerindelik denetimi yapamaz. Hakim sadece harici varlığını, işlemin biçimsel denetimini yapar, kısacası nonnun hukuk düzeninde geçerliliğini araştırır.

Bu bağlamda olmak üzere, mahkemeler, kanunun, Anayasanın öngördüğü usul ve esaslara uyularak çıkarılıp çıkarılmadığını, kanunun anayasaya uygun olup olmadığını, tarafların talebi üzerine veya res'en denetlemek zorundadır. Mahkeme, kanunun belirlenen usul ve esaslara uyularak çıkarılmadığına veya anayasaya uygun olmadığına kanaat getirirse, kanunu Anayasa yargısına götürür. Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı bulursa kanunu iptal eder. İptal hükmünün Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra, kanun, iptal tarihi itibarıyla, cezai tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte ortadan kalkar.

Anayasa Mahkemesi, kanunda gösterilen süre içerisinde önüne getirilen uyuşmazlığı çözmese, Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını kendisi karara bağlar.

Yasan1a işlemi yoklukla sakat olduğunda, işleminin yokluğunu tespit her mahkemenin yetkisi ve görevi içindedir, çünkü hakim, kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, olmayan bir işleme itibar etmemek zorundadır.

Yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi, çoğu kez halen yürürlükte olan bir kanunun yürürlükten kalkması sonucunu doğurmaktadır. Bu hallerde, hakim, önüne gelen meselede, uygulanacak kanun hükmünün halen yürürlükte bulunup bulunmadığını saptamakla yükümlüdür. Yürürlükten kalkmış olan kanun, geçerli kanun değildir. Hakim, geçerli kanunu uygular.

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN SINIRLARI

I. CEZA NORMUNUN ZAMAN BAKIMINDAN SINffil

A. Kanunların birbirini izlemesi ve Anayasada ceza noımunun zaman bakımından suın, B. Ceza nonnwıwı Ceza Kanununda zaman bakımından smm, 1. Fiilin suç olmaktan çıkarılması, 2. *Lehte kanun,* C. *Güvenlik tedbirleri, D. Geçici ve süreli kanuılar, E. Yürürlükteki bir ceza hukuku düzeninin tümden yürürlükten kaldırılarak yeni bir ceza hukuku düzeninin oluşturulması, F. Suçun işlendiği 7.aman.*

A. Kanunların Birbirini İzlemesi ve Ceza Normunun Anayasada Zaman Bakımından Sınırı

Öteki hukuk normlarından farksız olarak, ceza normları, doğarlar, uygulanırlar, uygulamadan, yani yürürlükten kalkarlar.

Bir ceza normunun yürürlüğe girmesi, bununla birlikte diğer bir ceza normunun yürürlükten kalkması bir yandan kanunun açık ve örtülü olarak yürürlükten kalması meselesini, öte yandan da normların içtimaı meselesini doğurmaktadır.

Kanunun yürürlüğü, kanunun, zaman bakımından sınırının çizilmesidir. Kanun, ileriye yürür, geçmişe yürümez. Kanun, düzenlediği fiillere ve ilişkilere uygulanır. Kanun, kendinden önce yürürlükte olan kanunun düzenlediği fiillere ve ilişkilere uygulanmaz .

Yürürlükten kalkan kanun, ileriye yürümez, yürürlükten kalkmakla etkisi ortadan kalkar, yani ileride geçerli olmaz.

Kanun yürürlüğe girdiği anda geçerlidir, yani o andan itibaren hüküm ifade eder.

Anayasa, sıkı sıkıya kişi temel hak ve ödevlerini ilgilendirdiğinden, ceza kanununun zaman bakımından sınırını, sadece Ceza Kanununa bırakmayarak öz.ellikle düzenlemiştir.

Anayasa, *"Kimse işlediği zamanın yürürlükte bulunan kaıuuıuu suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"* derken (m. 38/1, 2), hem suçların kanuniliği ilkesine, hem de onun bir sonucu olan kanunun zaman bakımından sınırına işaret etmektedir.

Gerçekten, Anayasa, ancak işlendiği zamanın yürürlükte bulunan ceza kanununun, fiil hakkında hüküm ifade edece□ini kabul etmiştir. Bu, yürürlüğe giren

kanunun genye, yürürlükten kalkan kanun da ileriye yürümemesi; kanunun yürürlükte olduğu sürece hüküm ifade etmesi demektir.

Anayasa, bir yerde, aynen, 2. maddesinde göndermede bulunduğu AİHS'in 7. maddesi hükmünü tekrar etmek istemiştir.

B. Ceza Normunun Ceza Kanununda Zaman Bakımından Sınırı

Ceza Kanunu, 7. maddede, kuralı tekrarlamış, aynca kuralın istisnasına yer vermiştir. Bu lehte olan kanunun hem geriye hem de ileriye yürümesi esasıdır.

1. Suç Olan Bir Fiilin Suç Olmaktan Çıkarılması veya Suç Olmayan Bir Fiilin Suç Olması

Kanun, 7/1. maddesi hükmünde, suç olan bir fiilin suç olmaktan çıkarılması ve veya suç olmayan bir fiilin suç olması halini düzenlemiştir. Gerçekten, Kanuna göre;

- İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilmez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz;
- İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaz;
- Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa, infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar.

Burada sonradan yürürlüğe giren kanunun, yürürlükte bulunan kanunu tümden yürürlükten kaldırması hali düzenlenmiştir.

Bir fiil işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmıyorsa, sonradan yürürlüğe giren kanun bu fiili suç saysa bile, failine ne ceza verilebilir, ne de hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilir: Yürürlüğe giren kanun geriye yürümez.

Bu kanunilik ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Fiilin işlendiği esnada o fiili suç sayan ve cezalandıran bir ceza kanunu mevcut bulunmamaktadır. Yürürlüğe giren ceza kanununun kendi yürürlüğünden önce işlenmiş fiillere uygulamaya kalkışılması hukuka güveni ortadan kaldırır, kişi güvenliğini zedeler. Böyle bir durum, liberal-demokratik devlet düzenleri, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü fikriyle bağdaşmaz.

Bir fiil işlendiği zamanın kanununa göre suç sayılıyor, ama sonradan yürürlüğe giren kanuna göre artık suç sayılmıyorsa; henüz kovuştunnaya

başlanmamışsa, fiil hakkında kovuşturma yapılamaz; kovuşturmaya başlanmışsa, derhal son verilir; hüküm verilmişse, yerine getirilmez; hüküm yerine getiriliyorsa, hükümlü derhal salıverilir ve ceza mahkumiyetinin hüküm ve neticeleri kendiliğinden ortadan kalkar: Yürürlükten kalkan kanun ileri yürümez.

Bu halde, ortada fiili suç sayan bir kanun yoktur. Kimse olmayan bir kanunla cezalandırılamaz. Sonradan çıkan bir kanunun önce çıkmış olan bir kanunun suç saydığı bir fiili suç olmaktan çıkarması bir yerde af hükmündedir. Gerçekten, kanun koyucu, yaptığı bu yeni düzenleme ile, daha önce yapmış olduğu düzenlemede suç saydığı fiilin toplum için artık zararlı veya tehlikeli olmadığını kabul etmektedir.

2. Lehte Kanun

Hem yürürlükten kalkan hem de yürürlüğe giren kanun fiili suç sayar ama farklı düzenlerse, kanunilik ilkesi gereği olarak, fail hakkında, lehte olan kanunun uygulanması zorunludur. Lehte kanun, yürürlüğe giren kanunsa, kanun geriye yürür; lehte kanun, yürürlükten kalkan kanunsa, kanun ileriye yürür. Yürürlüğe giren kanun, aleyhte ise, uygulanmaz, çünkü kişi, hiç beklemediği bir muamele ile karşı karşıya bırakılamaz. Yürürlükten kalkan kanun aleyhte ise, uygulanmaz, çünkü kanun koyucu o fiili artık önceki kanunda olduğu kadar vahim görmemektedir.

Gerçekten, Kanun, 7/2. maddesinde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur demektedir.

Kanun suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan "kanun"dan ve sonradan yürürlüğe giren "kanunlar" dan söz etmektedir. Bu demektir ki, hüküm verildiği zamanda veya hükmün infazı sırasında, birden çok kanun yürürlüğe girmiş ve yürürlükten kalkmış ise, sırasına bakılmaksızın, bunlardan hangisi failin lehinde ise, o kanun uygulanır ve infaz olunur.

Buradan iki sorun ortaya çıkmaktadır. Birçok kanun söz konusu olduğunda failin lehinde olan kanun hangi kanundur? Mahkumiyet hükmü yerine getirilirken kanun değişikliği olursa, lehte kanun kuralının uygulanması nasıl olacaktır?

Birden çok kanun değiştiğinde, sonuncusundan başlanarak geriye doğru her kanun faile isnat edilen fiile uygulanacak, elde edilecek sonuçlar karşılaştırılacak, böylece lehte kanun saptanmaya çalışılacaktır. Lehte kanunun belirlenirken,

cezanın türü, azami ve asgari haddi, başka bir cezaya tahvili, tecil edilebilirliği, kovuşturma koşulları, infaz düzeni tümden göz önüne alınacaktır. Lehte kanunu belirlemede, kanunların karması yapılamaz, çünkü karma, kanun değildir, madde hükmü kanundan söz etmektedir[42]. 5377 sayılı Kanunla 7/3. maddesinde yapılan

---

.ı 5237 s. Kanunun yürürlüğe girmeden önce ve yürürlüğe girdikten sonra bazı hükümleri değiştirilmiştir. Bu durum, 5237 s. Kanunun 7/1, 2. maddesi ile 765 s. Kanunun 2/1, 2.maddesi arasında yaratılan köklü yapısal farkı ve sonuçlarını incelemeyi gerektirmiştir.

Gerçekten, 5237 s. Kanunun, 7/1, 2. maddesi hükmü, yapısal olarak 765 s Kanunun 2/1, 2. maddesi hükmünden farklıdır.

765 s Kanun 2/1. maddesinde, "işlendiği zamanın kanunu" ve "işlendikten sonra yapılan kanun" denmektedir. Oysa Kanun, 7/1. maddesinde, işlediği zaman yürürlill..'te bulunan kanun" ve "işledikten sonra yürürlüğe giren kanun" demektedir. İki hüküm farklıdır, çünkü 765 s. Kanun özellikle "yürürlükten" söz etmemek.'tedir.

765 s Kanunun 2/2. maddesi "... işlendiği zamanın kanunu" ve "sonradan neşir olunan kanun" demektedir. Oysa, Kanun, 7/2. maddesi hükmünde "....zaman yürürlill..'te bulunan kanun" ve "sonradan yürürlüğe giren kanun" demektedir. İki hüküm farklıdır, çünkü neşir olunan kanun başka şey, yürürlüğe giren kanun başka bir şeydir.

Kanunun, kabul edilmesi, onaylanması, llan edilmesi ve yürürlüğe konması farklı kavramlardır. Kamın, kabul edilip onaylanmakla varlık kazanır. Kanunun yayınlanması varlık kazanması ile ilgili değildir. Kanunun yayınlanması, muhatabı kişiler tarafından bilinmesi zorunluluğundan kaynaklanmalctadır. Gerçekten, ceza kanununun bilinmesi zorunluluğu, yayınlanması zorunluluğunu getiımeJ...'tedir. Kanun yayınlanmakla, muhatabı kişiler bakımından zorunlu olmaktadır. Öyleyse, kanunun, hukuk düzeninde, geçerhlik kazanması için yürürlük kazanması gereklidir; ancak zorunlu değildir. Bundan ötürü, kanunun yürürlüğü, kanunun ilanından sonraki bir tarihe ertelenebilmektedir.

5237 s Kanun, 26.9.2004 tarihinde kabul edilmiş, 12.10.2004-25611tarihinde onaylanmış, 12 Ekim 2004 tarihinde Resmi Gazetede Yayınlanmış; bir kısım hükümleri yayımı tarihinde yürürlüğe gimiiş; kalan öteki hükümleri, yaklaşık bir yıl sonra, yani 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir m.344). Ancak, kanunun, bu arada, yani "neşir olunduktan" sonra, ancak yürürlüğe girmeden önce bir kısım hükümleri değiştirilmiştir. Buradan, 5237 s.Kanunun bazı hükümlerinin yürürlüğe girmeden önceki sürede uğradığı değişikliğin, lehte kanun ilkesini gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa bunun nasıl olacağı sorusunu akla getinnektedir. Gerçekten, yu1candaki özel durumda, lehte kanun kınalı uygulanırken, hareket noktası, yani işlemin başlangıç noktası olarak, 765 s Kanunun 2. maddesi hükmü mü esas alınacaktır, yoksa 5237 s Kanunun 7/1 ve 2. maddesi hükmü mü esas alınacaktır?

Madem kamın hilkürnieri arasında öze dokunan bir farklılık vardır, madem bu hükümler de kanundurlar, lehte kanun ilkesi, bu ilci kanun için degeçerlidir. Bununla birlikte, bu konuda, kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ortada bilinen bir emsal de yoktur. .Herhalde, henüz yürürlüğe girmeden, bir kanunun değiştirilmesi, eşine ender rastlanan bir yasama olayıdır.

Kanun yürürlüğe ginneden önce kanunda değişiklik yapılması, lehte kanun ilkesi dışında değildir, çünkü bu hal için, lehte kanun ilkesinin geçerliliğini ortadan kaldıran bir kanun hükmü, kanunda yer alınış değildir. Öyleyse lehte kanun ilkesi uygulanacaktır. Ancak, birbirinin aynı olmayan iki lehte kanun ilkes□ doğal olarak, hangi kanunun lehte olduğu tartışmasını ortaya çıkarmaktadır. Biz sanıyoruz ki, 765 s Kanunun 2. maddesi hilkmü, 5237 s. Kanunun 7/1, 2. maddesi hükmü karşısında, failindaha çok lehine olan kanun hilkmüdür, çünkü "neşir olunan kanun", bir sonraki zamanı ifade eden "yüürJüğe giren kanun" karşısında çok daha fazla failin lehine olan kanundur.

765 s. Kanunun 2. maddesinin lehte kanun oJması, 5237 s. Kanunun yüırürlüğe girmesinden önce bu kanunu değiştiren kanunlann, yürürlükte olmamalarına rağmen, lehte kanun ilkesinin zorunlu sonucu olar;ikmutlaka değerlendirmeleri yapılacaktır. Gerçekten, birfiil daha önce suç iken 5237 s. Kanunla suç olmalctan çıbnlmış, ancak.Jcanun yUrürlUğe ginneden önce, kanunda birdeğişiklik yapılarak ofiil tekrar suç haline getirilmişse, lehte kanun kuralının gereği olarak, fail lehine olan kanundan yararlanacak; dolayısıyla, fiili suç oluştunnayacaktır.

değişiklikle, lehte kanunu belirlemede, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerrürle ilgili olan hususlar hariç, infaz kanunları göz önüne alınmayacaktır. Aynca, hükümde belirtilen hususlar hariç, ceza kanununun zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar, yanı 7/1, 2. madde hükümleri, infaz kanunları bakımından söz konusu olmayacaktır. Kanunun bu düzenlemesi, sonradan yürürlüğe giren infaz kanununun, yürürlükten kalkan infaz kanunundan daha mükemmel olduğu, hükümlünün daha çok çıkarına olduğu düşüncesine dayanmaktadır.

Yargı kararları ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılabilir. Yargı kararlarının geri alınması mümkün değildir. Hakim elini çektiği karara dönemez, kararını değiştiremez. Bu durumda, suçu işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunla sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklıysa, failin lehine olan kanun "infaz olunur" hükmünün nasıl uygulanacağı konusunda madde gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadu. Gerekçede, sadece "Yürürlükteki usul hükümleri, kesinleşmiş hükümler hakkında lehe olan yeni kanunun nasıl uygulanacağını göstermek bakımından yeterli görülmüştür" denmekte; burada kesin hükmün değmezliği kuralına bir istisna getirilip getirilmediği tartışılmamaktadır. Bizce "yürürlükteki usul hükümleri" sorunu çözmekte yetersizdir. Kanun koyucu, eğer bununla, infaz esnasında, Cumhuriyet savcısının, mahkemeden, verdiği hükmü açıklamasını istemeyi kastediyorsa; bu yolun, lehte kanun kuralının uygulanmasında kullanılması, kurala istisna getirmek değil, kuralı ihlalidir. Kesin hüküm anayasa teminatı altındadu. Kesin hüküm kuralının ihlali anayasaya aykırılık oluşturur.

C. Güvenlik tedbirleri

Güvenlik tedbirleri kanunla konur. Bunun sonucu olarak, işlendiği zan1an yürürlükte bululan kanuna göre suç sayılmayan fiilden dolayı kimseye güvenlik tedbiri uygulanmaz ve işlendikten sonra yürürlükten kalkan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimse hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaz (m. 7/1).

Fiil suç olmaktan çıkarılmamış ve sadece unsurlarında değişiklik yapılmışsa, 5237 sayılı Kanunda güvenlik tedbirleri bakımından, lehte kanun ilkesine yer verilmemiş, güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır (m. 7/3) hükmüne yer verilmişti. 26.6.2005 / 5377 sayılı Kanunla bu hüküm değiştirilmiş olup, 7/3. madde hükmü şu şekildedir: *"Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverme ve tekerriirle ilgili olaıılar lıariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır."*

Güvenlik tedbirleri ceza gibi "ödetici" ve "ıslah edici" ve dolayısıyla "bastırıcı" değil, bir kere suç işleyerek tehlikeliliğini ortaya koymuş suçlu kişi bakımından "düzeltici" veya "iyileştirici" ve dolayısıyla kişideki tehlikeliliği giderici olma anlamında "önleyici" tedbirlerdir. Bu nedenledir ki, tedbirin infazı esnasında yürürlükte bulunan emniyet tedbirlerinin, onun için en uygun, en ileıi iyileştirici, düzeltici tedbirler olduklan varsayılmaktadır.

Yeni düzenleme, eskisinden farksız olarak bu ihtiyacı karşılar duıumdadır. Böyle olunca, güvenlik tedbirlerinin infazı rejimine ilişkin hükümler, yürürlüğe girdikleri anda, derhal uygulanacaklardır.

Güvenlik tedbirleri, yukarıda belirtilen niteliklerinden ötürü, kesin hüküm kuralı ile ilgili değildirler. Kanun, güvenlik tedbirine hükmeden kararın geri alınabileceğini kabul etmiştir (m. 57/ 2, □. 7). Öyleyse, cezalarla ilgili olarak, lehte kanun ilkesi hakkında yapılan tartışmalar burada geçerli değildir.

Gerçekten, kesinleşen güvenlik tedbiri kararının, hakim tarafından, gerek görüldüğünde, geri alınması, değiştirilmeleri mümkündür. Anayasanın 38. ve Kanunun 2. maddesi hükmü, güvenlik tedbirlerinin gen alınabilmesi ve değiştirilebilmesi imkanını engeller biçimde yoıumlanarnaz.

D. Geçici veya süreli kanunlar

Kanun, 7/4. maddesinde, *"geçici veya süreli kanunların yürürlükte bulundukları süre içinde işlenmiş olaıı suçlar hakkmda uygulanmasma devanı edilir"* hükmüne yer vermiştir.

Bu, genel kuralın bir istisnasıdır; kanunun geçerliliğinin, geçicilik veya sürelilikle sınırlı olmasının zorunlu sonucudur. Bundan maksat, geçici veya süreli kanunların yürüdükleri esnasında veya geçerli oldukları sırada işlenen suçların, kanunun ortadan kalktıktan sonra da kovuşturulabilmesi ve cezalandınlabilmesidir. Tabii, tersini düşünmek, geçicilikten ve sürelilikten yararlanarak kanunu ihlal eden kurnazları, ödüllendirmek olur.

Ancak, geçici veya süreli kanunlar, geçici veya süreli oldukları dönem içerisinde kaldırılır veya değiştirilirlerselehte kanun ilkesi elbette bu kanunlar için de söz konusu olmaktadır. Gerçekten, ör., süreli bir kanunda suç sayılan bir fiil, kanunun süresinin dolmasından önce suç olmaktan çıkarılır veya değiştirilirse, kuşkusuz fail lehte kanun kuralından yararlanacaktır.

Niteliği çok tartışılan Sıkıyönetim Kanunu geçici veya süreli kanun değildir, çünkü ceza hukuku düzeninde geçerliliği süreklidir, sadece her zaman değil sıkıyönetim ko.□ullan oluştuğunda sıkıyönetim ilanına bağlı olarak uygulama kazanmaktadır.

E. Bir Ceza Hukuku Düzeninin Örtülü Olarak Yürürlükten Kaldırılarak Yeni Bir Ceza Hukuku Düzenin Oluşturulması

Kanun, genel kanun-özel kanun ilişkisini kurarken, bilinenden farklı olarak, genel kanuna aykırı olan tüm özel kanun hükümlerini yürürlükten kaldınnıştır. Gerçekten, Kanun, 5. maddede, *"Bu kaıuuıuıı geıuel hükümleri özel kaıun hükümleri ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkmda da uygulanır"* hükmüne yer vermiştir.

765 sayılı Kanunun 1O. maddesi, 5237 sayılı Kanunun 5. maddesinin aynısı veya muadili değildir. 765 sayılı Kanun un 10. maddesi *"Bu kanundaki hükümler hususi ceza kanunlarının buna muhalif olmayan mevaddı hakkında da tatbik olunur"* demektedir.

Farklılık sorunları beraberinde getirmiştir.

5237 sayılı Kanun, ceza hukuku sisteminde köklü değişiklik yapmış, suçta cürüm-kabahat suçu ayırımını kaldırmış, buna bağlı olarak tüın ceza sistemini değiştinniş, güvenlik tedbirlerini anlaşılmaz bir biçimde düzenlemiş, suça iştirak, suçların içtimai, tecil, tekerrür, vb. tüın ceza hukuku kurumlarını, geçerli bir gerekçe göstermeden, bilinenden farklı bir biçimde düzenlemiştir. Bu durumun, kendi mantığı içinde, 5. madde hükmünü gerekli kıldığında kuşku yoktur. Ancak hükmün yeri burası değildir. Bu hükmün yeri, 2004 Tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanundur, çünkü söz konusu hükmün işlevi, eski düzenden yeni düzene geçişi sağlamaktır. Bu tür bir durum, 765 sayılı Kanunun kendinden önceki ceza hukuku düzenini kaldırdığında da ortaya çıkmış ve sorun 1926 Tarih ve 825 sayılı Ceza Kanununu Mevkii Meriyete Koyan Kanunla çözülmüştür. Tarihi kanun koyucu, 5. madde hükmü ile tüm ceza hukuku sistemini değiştirdiğini gizlemek istemiş, daha sonra hükmün yetersizliği ve sorunları görülerek 2004/5252 sayılı Kanuna 2005/5349 sayılı Kanun ve bu kanunu değiştiren 2006/5560 sayılı kanunları çıkarmak zorunda kalmıştır. Bu düzenlemenin, ortaya çıkabilecek olası sorunları çözdüğünden kuşku duyulmaktadır.

Bütün bunlar bir yana, Ceza kanunu, Anayasa kanunu değildir. Açıkçası ceza kanununun bu hükmünün 5. maddenin muhatabı olan kanun koyucuyu bağladığı söylenemez. Kanun koyucu, 5. madde hükmüne rağmen, her zaman Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı özel kanunlar çıkarabilir. Bunu engelleyen bir cihaz kanunda yoktur. Tarihi kanun koyucu, ileride Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı olacak düzenlemelerin yapılmasını istemiyorsa, bu hükmü Anayasaya koymalıydı. O zaman, Anayasayı değiştirmedikleri sürece, kanun koyucular, Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı bir düzenleme yapamamış

olurlardı. Öyleyse, mevcut düzenleme, sadece geçmişi tasfiye etme işine yaramış, ancak enkazı kaldınna işini 2004/5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna bırakmıştır4'.

Yeri geldikçe tartışmalar sürdürülecektir.

Madem 5237 sayılı Kanunun 5. maddesi geleceği etkilememektedir, kanun koyucu her zan1an aksine düzenlemeler yapabilmektedir. akla gelen soru, tüm uygar ülkelerin ceza kanunlarında yer alan 765 sayılı Kanunun 1O. maddesi hükmüne aynca gerek olup olmadığı sorusudur. Öyle sanıyoruz ki, 765 sayılı Kanunun 10. maddesi hükmüne benzer bir hükme 2537 sayılı Kanunda da ihtiyaç bulunmaktadır. Kanunun 5. maddesi bu ihtiyacı karşılamamaktadır.

Bugün, Kanunun 5. maddesinden ötürü, açıkça yürürlükten kalkan "özel ceza kanunları" ve "ceza içeren" kanunlar olduğu gibi, örtülü olarak yürürlükten kalkınış bulunan ceza kanunları da bulunmaktadır. Bu durum, lehte kanun ilkesinin, herhalde, daha uzun süre, yargıyı işgal edeceğine işaret etmektedir.

F. Suçun İşlendiği Zaman

Ceza kanununun zaman bakımından sının, suçun işlendiği zamanı taıtışmayı zorunlu kılmaktadır. Suçun işlendiği zaman, ceza kanununun zaman bakımından uygulanması yanında, aynca ceza hukukunun birçok kurumu bakımından büyük önem taşımaktadır. Suçun icrasına başlanmasından bitirilmesine kadar olan sürede kanun değişebilir. zamanaşımmın, şikayetin, hak düşürücü sürelerin, vs. hesaplanmasında, afta, isnat yeteneğinde, yetkili mahkemenin belirlenmesinde, vs. suçun işlendiği zamanın bilinmesinin önemi inkar edilemez.

Neticesiz suçlarda suçun işlendiği zamanın tespiti çok daha kolaydır. Buna karşılık, neticeli suçlarda, özellikle mesafe suçlarında, suçun işlendiği zamanın tespiti çok daha zor olmaktadır.

Bu konuda birçok görüş ileri sürülmüştür. Bunları üç grupta toplayabiliriz.

- Hareketin yapıldığı anı esas alan düşünceler.

,ı Kanun, bir yandan uyum hükümleriyle yilıürltikten kalkan düzenlemelerle yürürlüğe giren düı.eolemeleri uyumlu hale getinneye çalışırken, öte yandan Geçici Madde 1 hükmünde "Diğer kanunların 5237 sayılı TUrk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili .kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ve en geç 3I Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır" diyerek 5237 s. Kanunun 5. maddesiyle ortaya çıkmış olan "tasfiye çarpıklığını" olabildiğince gidenneye çalışmıştır. 23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., Şubat 2008/26781) ile "özel kanunlarla ilişki" düı.enlenmiş; "özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar" Ceza Kanunun genel hükümleri ile uyumlu hale getirilmiştir.

Bunlar icra veya ihmal hareketinin yapıldığı anda suçun işlendiğini kabul etmektedirler.

- Neticenin gerçekleştiği anı esas alan düşünceler

Bunlar neticenin gerçekleştiği anda suçun işlendiğini kabul etmektedirler.

-Karma düşünceler.

Bunlar hareketin yapıldığı anla neticenin gerçekleştiği an arasında bir fark görmemekte ve suçun her iki anda işlendiğini kabul etmektedirler.

Karma düşünceler kabul edilemez, çünkü bir fiilin hem hareketin yapıldığı hem de neticenin meydana geldiği zamanda işlenmesi mantıken mümkün değildir. Ayrıca, neticesiz suçların hem hareketin yapıldığı hem de neticenin meydana geldiği zamanda işlendiğini iddia etmek ciddi bir çelişkidir.

Neticeyi esas alan düşünceler kabul edilemez. Salt hareketten oluşan, yani neticesiz suçların varlığı bir yana, neticenin şu veya bu zamanda gerçekleşmesi failin iradesine değil tamamen arızi nedenlere bağlıdır. Gerçekten, neticenin meydana geldiği an esas alındığında, o anda yürürlüğe giren kanunun geçerliliği, yürürlükte olmadığı an olan hareketin yapıldığı ana götürülmüş olur. Bu kanun geriye yürütülmesidir. Oysa, esas olan, kanunun geriye yürümemesidir.

Doğru düşünce hareketin yapıldığı anda suçun işlenmiş sayılmasıdır. Gerçekten, failin bir suçu işleme iradesi, hareketi yaptığı anda vardır. Öyleyse suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun, neticenin meydana geldiği anda yürürlükte bulunun kanun değil ama hareketin yapıldığı anda yürürlükte bulunan kanundur.

il. CEZA NORMUNUN YER BAKIMINDAN SINIRI

A. Ceza kanununun ülkeselliği (mülkilik) ilkesi, 1. Ülke, 2. *Ülkeden sayı/anim*
B. Ceza kanunlarının evrenselliği ilkesi, C. *Görev suçları*

A. Ceza Kanununun Ülkeselliği (Mülkilik) İlkesi

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ifadesini kanunda bulan ceza normunun temel niteliklerinden biri, etkinliğinin ülke ile sınırlı olmasıdır. Gerçekten, ceza kanunu sadece kanunu olduğu devletin ülkesinde uygulanabilir. Hatta küreselleşme olgusuna paralel olarak uluslararası ceza hukuku tartışmalarının sürdüğü günümüzde de, ceza kanunun egemen olduğu toprak sadece kanunu

olduğu devletin ülkesidir. Buna ceza kanununun mülkiliği veya ülkeselliği denmektedir.

1. Ülke

Ceza kanunu, ülkede bulunan yerli, yabancı herkese, aralarında hiçbir ayırım yapılmaksızın uygulanır.

Ceza kanunu, kanunu olduğu devletin ülkesi dışında uygulanamaz. Ancak, kanunun suç saydığı fiilin hiç olmazsa bir kısmının ülkede işlenmesi halinde, suç ülkede işlenmiş sayılır, dolayısıyla o ülkenin devletinin ceza kanunu uygulanır. Bu suçlara genel olarak mesafe suçu denmektedir

Kanun, 8/1. maddesinde, *"Türkiyede işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulamr"* diyerek ceza kanununun ülkeselliğine işaret etmekte; *"fiilin kısmen veya tamamen Türkiyede işlenmesi veya neticenin Türkiyede gerçekleşmesi halinde, suçu Türkiyede işlenmiş"* saymaktadır.

Ancak, hükümde yer alan "fiil" terimi isabetli seçilmemiş, kanun kendi içinde terim birliğine uymamıştır. Burada, fiilden maksat, icra (azione) veya ihmal (omissione) hareketidir[44].

Böylece, Kanun, ceza kanununun yer olarak sınırının, Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi olduğunu kabul etmiş olmaktadır.

Türkiye Cumhuriyetinin ülkesinin sınırları, Devletler Genel Hukukunun kurallarına uygun olarak uluslararası antlaşmalarla çizilmiştir. Bunların başında 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanan Lozan Barış Antlaşması gelmektedir. 20 Ekim 1921 tarihinde Türkiye ve Fransa arasında yapılan anlaşma ile güney sınırımız belirlenmiştir.1932 yılında İranla yapılan bir sınır düzeltmesi anlaşmasıyla Küçük Ağrı Türkiye topraklarına katılmıştır. 23 Haziran 1939 tarihinde Türkiye- Fransa arasında yapılan anlaşma ile Hatay Türkiye topraklarına katılmıştır. Kuzey sınırımız, Ruslarla yapılan Gümü antlaşmasıyla belirlenmiştir[45].

Sınırlarını uluslararası antlaşmaların çizdiği Türkiyenin topraklarında, hava sahasında ve karasularında ceza kanunu ihlallerinde mutlak surette Türk Ceza Kanunu uygulanır (7/2,a).

Devletler genel hukukunda, karasuları ülkeden sayılmaktadır. Kanunun 7/1. maddesi hükmü karşısında, 8/2, a maddesi hükmünün bir fazlalık olduğunu

---

" Bizi doğrulaması bakımından, Bkz., İCK. m.*6fl.*

" Bkz. Soysal 1., Tarihçeleri ve Açıklamaları ile Birlikte Türkiye'nin Siyasal Andlaşmalan, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2000.

düşünüyoruz, çünkü 8/1. madde hükmü, zaten devletin mülkünü, ülkesini ifade eunektedir. Gerçekten, ülke, kara, hava sahası ve karasularından oluşmaktadır. Kanun fazlalık götürmez. Ceza Kanunu Yurttaşlık bilgisi kitabı değildir. Bizce, bu ceza hukuku kurumunu doğru ifade eden hüküm, 765 s. Kanunun 3. maddesi hükmüdür.

Karasularının anakaradan uzunluğu tartışmalı bir konudur. Eskiden bu sınır altı deniz mili olarak kabul ediliyordu. Bugün, bu sınır, açık denizlerde oniki, buna karşılık iç denizlerde genellikle altı deniz mili olarak kabul edilmektedir.

Türkiye Cumhuriyetinin Ege denizinde, bu konuda komşusu Yunanistanla sıkıntıları bulunmaktadır. Bu ülke karasularını oniki deniz miline çıkarmak istemektedir. Bu, Türkiye Cumhuriyetinin aleyhinedir, çünkü Eğe denizinde tek taraflı iradesiyle karasularını 12 deniz miline çıkarmak demek, Türkiyenin açık denizlere çıkma yolu kapamak, denizden yararlanmasını kısıtlamak demektir. O nedenle, Türkiye, Ege denizinde karasularının altı deniz milini aşmasına karşıdır.

Bugün ülke üzerindeki hava sahasının yüksekliği de tartışmalı bir konudur. Gerçekten, uzay çağını yaşadığımız günümüzde, ceza kanununun egemenliğinin havada nereye kadar olduğu kestirilememektedir.

2. Ülkeden Sayılanlar

Askeri gemiler, uçaklar, ülkeden sayılmaktadır.

Gerçekten, Kanun, 8/2,c maddesinde, Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla işlenen suçları Türk.iyede işlenmiş kabul etmektedir.

Açık denizlerde, bunların üzerindeki hava sahalarında seyreden her çeşit ulaşım araçlarında bayrak kanunu geçerlidir.

Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, 8/2, b. maddesinde, açık deniz ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında işlenen suçları veya bu araçlar ile işlenen suçları Türkiyede işlenmiş saymaktadır.

Türk bayrağı çekili deniz ve hava araçları, Türk deniz ve hava araçlarıdır.

Kıta sahanlığı, karasularının tersine, ülke değildir. Kıta sahanlığı, ekonomik çıkar sağlamamaları kaydıyla, yabancı gemi ve uçakların serbest dolaşımına açıktır. Devletler genel hukukunda, anakaranın devamı olarak, bu alan üzerinde devletin bazı ekonomik çıkarlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Bundan ötürü, bugün, kıta sahanlığı, ülkenin devamı olarak görülmektedir.

Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, 8/2, d maddesinde, Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit

platformlarda işlenen suçları veya bunlara karşı işlenen suçları Türkiye'de işlenmiş saymaktadır.

B. Ceza Kanununun Evrenselliği İlkesi

Bazı suçlar vardır ki, bunlar, kim tarafından ve nerede işlenirse işlensin, failleri ülkede bulunduklarında, o ülke ceza kanununa tabi olurlar.

Bu, mülkilik ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.

Bu suçlar, genellikle, uluslararası hukukun bir süjesi olan devletin varlığını tehdit eden veya uluslararası antlaşmalarla kovuşturulması zorunlu kılınmış olan suçlardırlar.

Kanun, ceza kanununun evrenselliği ilkesini 13. maddede ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Nerede ve kim tarafından işlenirse işlensin Türk Ceza Kanununun uygulandığı suçlar kanunda tek tek sayılmıştır. Bunların sayılarının artırılması veya eksiltilmesi mümkün değildir.

Bunlar, sırası ile şunlardır:

a. Ceza Kanununun İkinci Kitap Birinci Kısım altında yer alan suçlardır. Bunlar, soykırım (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), Bu suçlan işlemek için örgüt kurmak (m. 78), göçmen kaçakçılığı (m. 79), insan ticareti (m. 80).

b. İkinci Kitap, Dördüncü kısım altındaki Üçüncü bölümden başlayarak Sekizinci bölümde biten suçlar. Bunlar, Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı suçlar (m.299, 300, 301), Devletin Güvenliğine Karşı suçlar (m. 302- 308), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309 - 316), Milli Savunmaya Karşı Suçlar (m. 317 - 325), Devlet Sırlarına Karşı suçlar ve Casusluk (m. 326 - 339), Yabancı Devletle Olan İlişkilere Karşı suçlar (m. 3040 - 343).

c. İşkence (m. 94, 95) suçlan

d. Çevrenin kasten kirletilmesi (m.l18)

e. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştınna (m. 190).

f. Paralarda sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200), mühürlerde sahtecilik (m. 202)

g. Fuhuş (m. 227).

h. Rü.şvet (m. 252).

1. Ulaşım araçlannm kaçırılması veya alıkonulması (m. 223 / 2,3), bu araçlara zarar veıine (m.152)

Kanunun "diğer suçlar" şeklindeki madde başlığı yanlıştır, çünkü terimsel değeri yoktur, belirli değil, belirsizdir. Bunun doğrusu "ülke dışında işlenen suçlar"' veya " yabancı ülkede işlenen suçlar" olmalıdırJ[6].

Kanun bu düzenlemesi ile nerdeyse kuralı istisna istisnayı kural haline getirmiştir. Kanun, 344 maddeden ibarettir, bunun 76 maddesi genel hükümlerdir, ayrıca yürürlük maddesi, suçun cezasını azaltan, çoğaltan ve ortadan kaldıran nedenler toplamdan çıkarılır ve kalan 13. maddede sayılan suçlara oranlanırsa işin ne kadar vahim olduğu açıkça ortaya çıkar. Gerçekten, kanunun 62 maddesi, yabancı bir ülkede ihlal edildiğinde, ihla11ere Türk Ceza Kanununu uygulanacaktır[47]. Bu yaklaşık butün suçların dörtte birinden daha failadır. Kanun koyucu, bu düzenleme ile, tabiri caızse, dünya ülkelerinin "bekçiliğine" soyunmuştur.

Kim tarafından işlenmiş olursa olsun, ör. Peru'da, ABD'de, lngiltere'de, Çin'de, İranda'da, vs., işlenmiş olan ör., rüşvet suçuna, Türk Ceza Kanununun uygulanmasını anlamak mümkün değildir, çünkü bu suç mutlak surette Türk devletinin "Kamu İdaresinin Güvenliğine ve İşleyişine Karşı" bir suçtur[48]. Öte yandan, ör., fuhuş, işkence, çevrenin kasten kirletilmesi fiillerinin suç sayılması Türkiyenin taraf olduğu uluslar arası anlaşmaların gereğidir. Ancak, bu suçların ceza kanununun yer bakımından sınırlarının belirlenmesinde evrensellik ilkesinin konusu yapılması bu anlaşmaların Türkiye Cumhuriyeti Devletine yüklediği bir yükümlülük değildir. Tarihi kanun koyucu işgüzarlık yapmış, ölçüyü kaçırmıştır.

---

* Gerçekten, madde başlığı koymayan 765 s. Kanun, bu hususu "Ecnebi memleketlerde..." işlenen suçlar olarak ifade etmiştir. İCK. 6. maddesinde madde başlığı olarak "Reaiti commessi ncl territorio de11o Stato" yani "Devletin ülkesinde işlenen suçlar" ve 7. maddesinde madde başlığı olarak "Reati commessi all'astero" , "yani yabancı ülkede (hariçte) işlenen suçlar" ifadesini kullanmıştır. Kanun koyucunun örneklerine bakmayarak, 13. maddeye madde başlığı olarak hiçbir bir anlam ifade etmeyen bir madde başlığı koymuş olması uygun bir davranış olmamıştır.

" Bu madde, .karşılığı olan 765 s. Kanunun değişik olmayan 4. maddesi ile karşılaşunldığında düzenlemede ölçünün kaçırılmış olduğu açık olarak görülecektir.

 Kanunun 25'2/5. maddesi hükmü suçun bu niteliğini değiştirmemektedir. Kanun koyucu iki şeyi birbirine kanştınruştır. Türkiyenin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince bir fiilin evrensel olarak suç sayılmasının istenmesi ve kanun koyucunun buna uyarak o fiili suç sayması başka şeydir, ceza kanununun mülkilik kuralının istisnası olarılk Ulke dışında işlenen suçlarda suç işleyen herkes bakımından geçerli olması başka şeydir. Burada yanlış olan, uluslar.ırasıkuruluşlarda veya başka ülkelerdeki ilişkilerinde, Türk vatandaşının düzgiln davranmasını sağlamak, yani kanunilik ilkesinin gereği olarak ve anlaşmalara uyarak rüşvetfiilini suç saymak değildir, yabancınınyabancı ülkede, yabancıya karşı işlediği suçlarda ölçüyü kaçırarılk Türk Ceza Kanununu Ulke dışmda geçerli kılmaya kalkışmaktır.

Bu nedenle, Anayasasının 2. maddesinde niteliği demokratiklik olarak belirtilen bir devletin ceza kanununa, bu haliyle tamamen faşizan bir zihniyetin ürünü olan 13. madde hükmü yakışmamaktadır.ı[9].

Madde gerekçesinde Tarihi kanun koyucunun kendini haklı çıkarmak için ileri sürdüğü düşünceler inandırıcılıktan yoksundur. Suçlunun geri verilmesinin mümkün olduğu bir hukuk düzeninde böyle bir düzenleme isabetli olmamıştır. Gerçekten, kanun koyucu, her uluslararası anlaşma hükmünü ceza kanunun yer bakımından sınırları konusunda oluşmuş olan düşüncelere aykırı olarak □eza kanununa taşımak yerine, Anayasanın koyduğu kurallara uygun olarak yerinde bırakmış olsaydı, herhalde doğru olan yapılmış ve başka ulusların ceza kanunlarının egemenlik alanında işlenen suçların bekçiliğini yapmaya kalkışmamış olurdu.

Kanun, 13. maddede sayılan suçların res'en kovuşturulmasını kabul etmiştir. Ancak, 13/2.maddesi hükmünde Kanun, maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiyede tekrar yargılama yapılabileceğini işaret etmektedir.

Kanunda belirtmemiş olmakla birlikte, bu suçların faillerinin Türk Ceza Kanununa muhatap olabilmeleri için, herhalde Türkiyede bulunmaları gerekmektedir. Bu, bu suçların cezalandırılabilmesini□, bir cezalandırılabilme şartına bağlanmış olması demektir. Cezalandırılabilme şartı gerçekleşmiş olmadıkça, söz konusu suçlar kovuşturulamazlar.

C. Görev suçları

Kanun, yurtdışında "kamu görevi" (m. 6) üstlenen kimselerin görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçları, "görev suçları" adı altında mülkilik ilkesinin istisnası olarak düzenlemiştir.

Benzer bir hüküm, 765 sayılı Kanunun 4/3. maddesinde yer almıştır. Bu madde devletin ülkesi dışında işlenen suçlarla ilgilidir. 5237 sayılı Kanun, yurtdışında

---

.., Bu konuda 765 s. Kanunun 4. maddesinin tadilden önceki htikmü, ceza kanununun ülke toprakları dışında geçerliliğini dUı.enlemede, anayasasının gereği olarak liberal- demokratik bir hukuk dUzenine sahip olmaya zorunlu bir devletin ceza kanununun örnek alabileceği bir hükümdür: Madde hlikmU "Ecnebi memleketlerde TUrkiye Devletinin emniyetini ihlal ve devlete mahsus resmi mühürleri ve kanunen mevkii tedavillde bulunan Türkiye meskukatını taklit edenler veya devletin evrakı nakdiyesini ve devlet hazinesince kabul edilmekte olan Türk esham ve tahvilatını ve kaime ihracına mezunbankaların kaimelerini sahte olarak yapanlar -TUrk kanununun bu fiile tayin ettiğicezanın azami haddi beş seneden eksik değilse - Ttirk kanununa tevfikan cezalandırılır. Bunlar hakkında ecnebi memlekette evvlce hilktim verilmiş olsa bile Adliye Vekilinin talebi üzerineTUrkiyede tekrar muhakeme olunur" şeklindedir.

kamu görevi üstlenen kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçları devletin ülkesi dışında işlenen suçlar arasında düzenlememiş, ayrı bir maddede düzenlemiştir. Gerçekten, kanun, 10. maddesinde, *"Yabaııcı ülkede Türkiye namma memuriyet veya görev üstlenmiş olup ela buıdaıı dolayı bir suç işleyen kimse bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş bıılımsa bile, Türkiyede yeniden yargılanır"* demektedir.

Kanun hükmünün iyi ifade edildiği söylenemez, çünkü kanunun 6. maddesi karşısında, "Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmek" ifadesinin anlamını belirlemek sıkıntı yaratmaktadır. Kanun, 6. madde Ceza kanununun uygulanmasında kamu görevlisini tanımlarken "memuriyet veya görev" tanımına yer vermemiştir. Öyleyse, "Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmekten" zorunlu olarak, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla, yada herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılma" anlaşılacaktır[50].

Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olan kişi, Türk veya yabancı olabilir. Bunlar işledikleri suçlar dolayısıyla bulundukları ülkede yargılanmış olabilirler. Ancak, yabancının veya Türkün ilk kez veya yeniden yargılanabilmesi için Türkiye'de bulunmaları gerekmektedir. Türkiyede bulunmak bir cezalandırılabilme şartıdır.

m. CEZA NORMUNUN KİŞİ BAKIMINDAN SINIRI

A. Ceza kıınun/annın şahsiliği ilkesi, B. Ülke dışında vatandaş tarafından işlenen suçlar, C. *Yabancı ülkede yabancı tarafından işlenen suçlar, 1. Yabancı ülkede Türldye'nin zaranna işlenen suçlar,* 2. *Yabancı ülkede Türk vatandaşı kişi{erin zaranna işlenen suçlar, 3. Yabancı ülkede yabancının zaranna işlenen suçlar*

A. Ceza Kanununun Şahsiliği İlkesi

Ceza kanununun diğer bir niteliği, kanunu olduğu ülkenin vatandaşını nerede olursa olsun izlemesidir. Vatandaş ülkesinden çıkmakla uyruğu olduğu devletin egemenliğinden kurtulmaz. Böyle olunca, her Türk vatandaşı, ülkede olduğu

- **ICK., "Reati** commessi all' estero"madde başlığı altında "evrensellik ilkesini" düzenleyen 7. maddesinde, doğru ifade ederek, "Kamu görevlisinin, devletin hizmetinde, memuriyetlerine ait yetkisini kötüye kullanarak veya görevini ihmal ederek işlemiş olduğu suçlara" ltalyan Ceza Kanununu uygulanır hUkrnüne yer venniştir. Kamu görevlisinin kim olduğu kanunun 357. maddesinde belirtilmiştir.

kadar ülke dışında da, sakınılaınayacak bir engel olmadıkça bilmekle yükümlü olduğu ceza kanuna uymak zorundadır.

Öte yandan, ceza kanunu, korunmaya değer bulduğu hukuki değer veya menfaatlerin hukuki bir "himaye cihazı" olarak, ülkede olduğu kadar ülke dışında da vatandaşı korumaktadır. Bunun içindir ki, yabaı1cı ülkede, yabancı, vatandaşa karşı bir suç işlediğinde, ülkede bulunmak koşuluyla, hakkında ceza kanunu uygulanabilmektedir.

İşte, ceza kanununun, bu şekilde vatandaşı yani şahısı izlemesine ceza kanununun şahsiliği ilkesi denmektedir.

Yabancı ülkede ister vatandaş tarafında diğer bir vatandaşa veya bir yabancıya karşı işlensin, isterse bir yabancı tarafından bir vatandaşa karşı işlensin, suçun kovuşturulması ve failin cezalandırılması, doğal olarak ülkede işlenen suçların kavuşturulmasından ve failin cezalandırılmasından farklılık arz etmektedir. En başta vatandaşın yabancıya karşı işlemiş olduğu fiilin, sadece vatandaşın ceza kanununa göre değil, aynca suçun işlendiği yer olan o ülke kanununa göre de suç sayılması gerekmektedir.

Kanunumuz, ülke dışında vatandaş tarafından işlenen suçlar bakımından TCK'nun geçerliliğini 11. maddesinde, yabancı ülkede yabancı tarafından vatandaşa karşı işlenen suçlar bakımından TCK'nun geçerliliğini 12. maddesinde düzenlemiştir.

B. Ülke Dışında Vatandaş Tarafından İşlenen Suçlar

Kanunun 11/1. maddesi hükmüne göre, bir Türk vatandaşı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sının bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlemelidir.

Türk vatandaşının kim olduğu kanununda bellidir. Kişi fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olmalıdır.

Suç kanunun 13. maddesinde sayılan suçlardan biri olmamalıdır.

Suç kanunlarımıza göre aşağı sının bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. Cezanın hesaplanmasında 15. madde hükmü göz önüne alınacaktır. Bu demektir ki, bir yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suç ülke dışında işlendiğinde, suç, TCK'nuna göre kovuştunna konusu yapılamaz. Öte yandan suçun seçimlik bir cezayı gerektirip gerektirmediğine bakılacaktır. Eğer suç seçimlik bir cezayı gerektiriyorsa 14. madde gereğince suç hakkında kovuştunna yapılamaz.

Suçun cezalandırılabilmesi,busuçtan dolayı yabancı ülkede bir hüküm verilmemiş olması, failin Türk.iyede bulunması ve aynca halen suçun kovuşturulabilir olması koşullarına bağlanmıştır.

Suç hakkında yabancı ülkede bir hüküm vcrilmi□se, bu, yabancı ülke mahkemesince verilen hükmün tanınması konusudur.

Suç ör., affa uğramışsa, zamanaşımı dolmuşsa, vs., suçun Türkiycdc kovuştuıulabilirliği yoktur.

Kanun, suçun yabancı ülkede vatandaşa veya yabancıya karşı işlenmesi arasında bir fark gözetmemiştir.

Ancak, suç yabancıya karşı işlendiğinde, 765 sayılı Kanunun 5/son maddesi hükmünde yer alan "Mağdur yabancı ise bu fiilin, işlendiği mahal kanunlarında da cezayı müstelzim olması şarttır" kuralı, kanunun 11. maddesi hükmünde yer almamıştır. Kanun, vatandaşın yabancı ülkede işlediği fiilin, Türk kanunlarına göre suç oluşturan bir fiil olmasını yetirli görmüştür. Bu temel kuralı 1 I. madde hükmünden yorum yoluyla çıkarmak da mümkün değildir. Böyle olunca, I 1. madde, suçun mağduru yabancı bakımından, fiilin o ülkede de suç olması koşulunu aramamış olmaktadır. "Zırva tevil götürmez". Kanunun 11. maddesi gerekçesinde "... mağdur olan kimse yabancı ise; fail hakkında Türkiyede Türk kanunlarına göre yargılama yapılabilmesi o ülke devletinin kanununa göre de suç teşkil etmesi gerekir" denmesinin, hiçbir değeri yoktur, çünkü gerekçe, kanun değildir, kimseyi bağlamaz. Kanunda olmayan bir şey kanunun gerekçeden çıkarılan1az. Bu tür bir davranışta bulunmak, herhalde kanunilik ilkesinin açık ihlali olur.

Aşağı sının bir yıldan fazla olan suçlar, res'en kovuşturulurlar.

Vatandaş, yabancı ülkede aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren bir suç işlediğinde, suçun kovuşturulması suçtan zarar gören kimsenin veya ülkesinde suç işlenen yabancı hükümetin şikayetine bağlannuştır (CK. m.11/2). Zarar gören kimse vatandaş veya yabancı olabilir. Suçtan zarar gören yabancı kişi, şikayet hakkını kullanmayabilir. Bu halde ortaya bir sorun çıkmaktadır. Suçtan zarar gören yabancı şikayette bulunmamasına rağmen, acaba yabancı ülkenin hükümeti şikayette bulunabilir mi sorusuyla karşılaşılmaktadır. Şikayet şahsa bağlı bir haktır. Burada, yabancı hak sahibinin kullanmadığı bir hakkı, yabancının hükiimetin hangi esasa göre kullanabileceği anlaşılamamaktadır.

Kuşkusuz, geçerli bir şikayet olmadıkça suç kovuşturulmaz.

Kanun, "yargılama yapılması...şikayetine bağlıdır" ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade yanlıştır. Doğrusu, "kovuşturma yapılması ... şikayetine bağlıdır" şeklinde olmalıdır.

Şikayet süresi altı aydır. Kanun, süreyi, vatandaşın ülkeye girdiği taıihten ba□latmaktadır.

Kanunun gerekçesinde, suçun cezalandırılabilmesi şartı ile kovuştwı.ılabilınesi şartı, birbirine kanştınlınıştır. Oysa, bunlar, suç genel teorisinde farklı şeylerdir.

C. Yabancı Ülkede Yabancı Tarafından İşlenen Suçlar

Yabancı ülkede yabancı tarafından işlenen suçlar, bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin haklarına veya menfaatlerine, yahut Türk vatandaşı kişilerin haklaıına veya menfaatlerine ı.arar verebilir.

1. Yabancının Yabancı Ülkede Türkiyenin Zararına İşlediği Suçlar

Kanun, 12/1. maddesinde, yabancının yabancı ülkede bir Türkün zararına işlediği suçu değil, sadece "Türkiyenin zararına işlediği" suçu, failinin Türkiye'de bulunması koşuluna bağlı olarak, "Türk kanunlarına" göre cezalandınnaktadır.

Görüldüğü üzere, suç "Türkiye'nin zararına" olduğunda Türk kanunlarına göre cezalandırılmaktadır. Öyleyse, burada, "Türkiye'nin zararı"nın ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Konu çok tartışılmaktadır. Gerekçede de bir açıklık yoktur. Ancak, bununla, suçun mağduru kastediliyorsa, tüm suçların genel mağduru zaten devletidir. O zaman bir çıkmazla karşı karşıya bulunulmaktadır. Böyle değil de, bununla, suçun mahsus mağduru kastediliyorsa; o zaman sorunun çözümü çok daha kolay olmaktadır. Gerçekten, liberal-demokratik bir devletin ceza kanunu, Devletin kendisini değil ama, Devletin, bir kamu tüzel kişisi olarak, sahip olduğu haklarını veya çıkarlarını korumaktadır. Böyle olunca, Türkiye'nin zararına işlenen suçtan maksat, işlenen suçta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamilinin devlet tüzel kişisi olmasıdrr. Bu bağlamda, ör., bir yabancı, kendisine vize verilmemesine kızarak, Berlin Konsolosluğunun camlarını kırdığında, Türkiye zararına bir suç işlemiş olmaktadır.

Türkiye zararına işlenen suç, Türk kanunlarına göre, aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. Cezanın hesaplanmasında 15. madde hükmü uygulanacaktır. Öte yandan suç, seçimlik bir cei.ayı gerektirmemelidir. Seçimlik cei.ayı gerektiren suçlar, 14. madde gereğince cei.a kovuşturmasının konusu yapılamazlar.

Aynca, Türkiye zararına işlenen suç, 13. maddede yer alan suçlardan birisi olmamalıdır.

Suçun cei.alandınlabilmesi için fail Türkiye'de bulunmalıdır.

Suçun kovuşturulması Adalet Bakanının istemine (=talep) bağlı tutulmuştur. Kanun, bunu, "Yargılaına yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır" şeklinde ifade etmiştir.

Öte yandan, Kanun, bu hüküm kapsamına giren suçtan dolayı yabancı ülke mahkemesince mahkum edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezac;ı düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancının, AdaJet Bakanının istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılanmasını öngörmüşlilr (12/4).

2. Yabancı Ülkede Türk Vatandaşı Kişilerin Zararına İşlenen Suçlar

Kanun, 12/2. maddesinde, 13. maddede sayılanlardan olmamak kaydıyla, yabancının yabancı ülkede Türk vatandaşlarının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişilerinin zararına işlediği suçu da, failinin Türkiye'de bulunması koşulwıa bağlı olara, Türk kanunlarına göre cezalandırmaktadır.

Zararına suç işlenen kişi, suçun işlediği sırada Türk vatandaşı olmalıdır. Zararına suç işlenen özel hukuk tüzel kişileri, Türk kanunlarına göre kurulmuş dernekler, şirketler, vakıflardır.

Zarar, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin ihlalidir. Kişi suçla ihlal edilen ve ceza ile korwıan söz konusu bu değer veya menfaatin hamili olmalıdır.

Suç Türk kanunlarına göre aşağı sının en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. Ceza 15. madde hükmü göz önüne alınarak hesaplan□caktır. Öte yandan, suçun cezası seçimlik bir ceza ise 14. madde hükmü gereğince, suç hakkında ceza kovuşturması yapılmayacaktır.

Suçun cezalandırılabilmesi, yabancı ülkede suç hakkında bir hüküm verilmemiş olması, failin Türkiyede bulunması koşuluna bağlanmıştır. Kanun suçun kovuşturulmasını suçtan zarar gören kişinin şikayetine bağlamıştır.

3. Yabancının Yabancı Ülkede Yabancıya Karşı Suç İşlemesi

Kanun, 12/3. maddesinde, yabancının yabancı ülkede bir yabancıya karşı TCK'nun suç saydığı bir fiili işlemesi ve yabancının Türkiye'de bulunması halinde, belli koşullara bağlı olarak, failin TCK'nuna göre cezalandırılmasını emretmiştir.

Kanun, bu hükümle, nerede ve kim tarafından işlenirse işlensin, suçun cezasız kalmamasını istemiştir. Bu bir uygarlık kuralıdır.

Yabancının yabancı ülkede işlediği suçun, Türkiye'de bulunurken, Türk Ceza Kanununa göre cezalandırılabilmesi için şu koşullar aranır;

- Suçlunun geri verilmesinin hukuken mümkün olmaması (CK. ın. 12/3, b) gerekmektedir.
- Suçun TCK'nuna göre cezasının en az aşağı sınırının üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi (CK. m. 12/3, a). Cezanın hesaplanmasında 15. madde hükmü göz önünde tutulacaktır. Ancak, 14. maddeye göre *"soruştuınna*

konusu suçwı yer aldığı kaıun maddesinde hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmışsa soruşturma veya kovuştunna açılamaz".

- Adalet Bakanının suçun kovuşturulması konusunda istemde bulunması (CK. m. 12/3) gerekmektedir.

Bu koşulların bulunmaması halinde Türkiye'de bulunan yabancı hakkında ceza kovuşn.ırması yapılamaz.

IV. CEZA KANUNUNA KAMU HUKUKUNUN GETİRDİĞİ SINIRLAR

A. Genel Olarak B. lç hukuktan gelen kısıtlamalar, 1. Sorumsuzluk, 2. *Dokunulmazlık 3. Cumhurbaşkaıumn Suçtan Sorumluluğu,* C. *Uluslararası kamu hukukundan gelen kayıtlar, 1. Diplomasi dokunulmazlığı,* 2. *ikili ve çok taraflı anJ,aşmalarla getirilen kayıtlar*

A. Genel Olarak

Kamu hukuku, kendi gereksinmelerinin icabından olarak, esasen suç oluşturan bir fiilin suç saymama veya ceza kovuşturmasının konusu yapmama yoluna gidebilir. Kısıtlama iç hukuktan gelebileceği gibi uluslararası hukuktan da gelebilir.

B. İç Hukuktan Gelen Kısıtlamalar

Anayasa, yasama faaliyetinin tam olmasını, yasama faaliyetinde bulunan kişilerin korkusuz hareket etmelerini sağlamak amacıyla, yasama erkini kullanan TBMM üyelerinin sorumsuzluklarını ve dokunulmazlıklarını kabul etmiştir.

1. Sorumsuzluk

Sorumsuzluk, milletvekilinin, yasama faaliyeti esnasında, düşüncesini açıklamaktan, iradesini açığa vunnaktan, yani söylediği sözden ve kullandığı oydan, esasen kanunun suç saydığı bir fiili de olsa, hiçbir zaman sorumlu tutulmamasıdır.

Sorumsuzluğun mahiyeti tartışmalıdır.

Kimi, bunun bir cezalandınlabilme şartı olduğunu ileri sürerken, kimi bir hukuka uygunluk *nedeni* olduğunu ileri sünnektedir. Fiilin hukuka aykın olmadığını ileri sürenlere gelince bunlar arasında da bir fikir birliği yoktur. Gerçekten, kimi, fiilin sadece ceza hukukuna aykırı olmadığını söylerken, kimi tüm hukuk düzenine aykırı olmadığım ileri sürmektedir. Tüm bu tartışmalar, fiilin haksız fül sayılarak tazminata konu yapılıp yapılmaması bakımından önem taşımaktadır.

Sorumsuzluğun neyi içercliği de tartışılmaktadır. Kimi sorumsuzluğu sadece sözden sonımsuzluk olarak algılarken, kimi yasama faaliyeti esnasında milletvekilinin yaptığı her çeşit davranışı sorumsuzluk kapsamı içerisinde görmek istemektedir. Burada, en çok tartışılan konu, bir başkası bakımından hakaret oluşturan beyanların sorumsuzluk kapsarnma girip girmediğidir.

Yasama faaliyeti esnasında açıklanan düşüncelerin ve kullanılan oyun milletVekili tarafından hariçte ifade edilebilir olup olmadığı veya bir başkası tarafından tutanaklara geçen sözlerin ve oyların kaynağından alınarak kullanılabilir olup olmaması da tartışılmıştır. Genel kanaat, sorumsuzluğa konu tutanaklara geçen her şeyin, herkes tarafından, her yerde, herkese açıklanabilir olmasıdır.

Biz sorumsuzluğun sadece ceza hukuku düzenine değil, tüm hukuk düzerune uygun olduğunu ve TBMM'nin zabıtlarına geçen sorumsuzluğa konu her çeşit davranışın, her yerde, herkes tarafından, herkese açıklanabileceği kanaatindeyiz.

2. Dokunulmazlık

Dokunulmazlığa gelince, bu, TBMM'nin izim olmadıkça, rnılletvekilinin tutulamaması, tutuklanamaması, üstünün, evirun, TBMM içindeki veya dışarıdaki çalışma yerlerinin, araçlarının aranamaması, hakkında ceza davası açılamamasıdır. Bundan maksat, milletvekilinin, kamu güçü kullanılarak, yasama faaliyetinden alı konmasının engellemektir.

Bugün, ülkemizde, dokunulmazlığın kaldırılması veya sınırlandırılması konusunda önemli bir cereyan bulunmaktadır. Buna neden, ülkede, beyaz yaka suçluluğunun, tahammül boyutlarını aşmış olmasıdır. Yasama erkının temsilcisi TBMM üyeleri hakkındaki suç isnatları konusunda, Anayasanın emrine uyarak daha çok duyarlı, daha çok tarafsız olmak, daha çok hukuku çalıştınnak yerine, sadece milletvekilirun değil, dolaylı olarak herkesin teminatı olan dokunulmazlığın yerleşmiş klasik yapısını bozmaya kalkışılmasının, doğru olmamanın da ötesinde, ülkede bulaşıcı hale gelen beyaz yaka suçluluğunu önlemede ve bastınnada kimseye bir yarar sağlayamayacağı kanaatindeyiz.

3. CumhurbaşkanınınSuçtan Sorumluluğu

Anayasa, 105/3. maddesi hükmünde Cumhurbaşkanının suçtan sorumluluğunu düzenlemiştir: "Cumhurbaşkanı Vatana İhanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının üçte birinin teklifi üzerine üye tam sayısının en az dörte üçünün vereceği kararla suçlandırılır". Bu demektir ki, Cumhurb□kanmın, Vatana İhanet suçları hariç, suçtan sorumsuzluğu asıldır'.

[S,] Hafızoğullan•Acar, Cumhurbaşkanı Seçilme Yeterliliğin "Suç İsnadı Altında Bulunmama" Koşulu, ABD.,*Yıl* 66, S.2, 2007, s.31 vd.

Hangi suçların vatana ihanet suçları olduğu tartışmalı bir konudur. "Hıyanet-i Vataniye Kanunu" yürürlükten kalkmış bulunmaktadır.

Genelde, Devletin varlığına, temel düzenlerine karşı suçlar, vatana ihanet suçu sayılmaktadır.

C. Uluslararası Kamu Hukukundan Gelen Kayıtlar

1. Diplomasi Dokunulmazlığı

Uluslararası kamu hukuku, ülkede bulunan yabancı ülke temsilciliklerinde ve uluslararası kuruluşlarda görev yapan kişiler, bulundukları ülke kanunun suç saydığı bir fiil işlediklerinde, o ülkede bunlar hakkında ceza kovuşturması yapılmaması kuralını getirmiştir. Bunlar istenmeyen kişi sayılırlar ve kendilerinden ülkeyi terk etmeleri istenir. Bu diplomatik dokunulmazlıktır.

Diplomatlar, eşleri ve çocukları, ülkede kanunun suç saydığı bir fiil işlediklerinde, sınır dışı edilirler, haklarında ceza kovuşturması yapılamaz. Bunlar tutuklanamazlar, üstleri, evleri, işyerleri ve araçları aranamaz. Bunlar TCK'nun muhatabı kişiler değildirler.

Diplomatik dokunulmazlıktan yararlanacak olan kişiler, yani diplomatlar, Uluslararası kamu hukuku kuralları, devletinin yaptığı ikili ve çok taraflı anlaşmalarla belirlenirler. Türk Devleti, kanunla ve birçok devletle yapmış olduğu anlaşmalarla diplomatik ilişkisini düzenlemiş bulunmaktadır.

Elçiliklerde, diğer diplomatik misyonlarda, ceza kovuşturması yapılamaz. Açıkçası, kolluk, bu yerlere giremez, buralarda arama, keşif, vs. yapamaz, bunlardaki faaliyetleri, buralara girip çıkmayı, buralardan yapılan haberleşmeleri hiçbir ad ve maksatla engelleyemez.

2. İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarla Getirilen Kayıtlar

Öte yandan, uluslar, aralarında yaptıkları ikili veya çok taraflı anlaşmalarla, ülke dışında bulunan görevlilerin, görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlarda, bulunduklan ülkenin yargı erkinin dışında kalmasını kararlaştırabilirler. Bu ikili veya çok taraflı anlaşmalarla karşılıklı olarak yargı erkinin kısıtlanmasıdır.

Bu bağlamda Türkiye NATO antlaşmasına taraftır. NATO görevlileri, görev yerlerinde ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlarda, Türk ceza yargısına tabi değildirler.

ABD ve Türk Devleti birçok ikili anlaşma imzalamıştır. Söz konusu bu anlaşmaların uygulanması cümlesinden olarak, Türkiyede görevli bulunan ABD vatandaşları, görev yerlerinde ve görevleri ile ilgili olarak işlemiş oldukları suçlarda, Türk Ceza yargısının dışında bırakılmışlardır.

'.):ABANCI ÜLKE MAHKEl\1ELERİNİN VERMİŞ OLDUĞU KARARL.\RIN TANImıfAŞI, e TÜRKİYEDE YARGILANAN SUÇLARDA U\1UU1ASI ZORUNLU KURALLAR

A. Yabancı ülke mahkenıeleri11i11 vemıiş olduğu kararların taıwıınası, B. Tiirkiye'de yargılaıiaıı suçlarda U)llimasc zanmlu kurallar

A. Yabancı Ülke l\1ahkemelerinin Vermiş Olduğu Kararlann Tanınması

Mahkeme kararlan devletin egemenliğinin ifadesidirler. Bu nedenle, mahkeme kararlan, verildikleri ülkede geçerlidirler. Ülke dışında bunların bir geçerliliği bulunmamak.1adır. Bir devletin mahkemesinin verdiği bir karannın o devletin ülkesi dışında geçerlik kazanması, ancak kararın başka bir devletin mahkemesi tarafından tanınmasıyla mümkün olabilir.

Bu durumda, yabancı ülke mahkemelerinin verdiği kararlar Türk yargı yerlerini bağlamaz. Yabancı ülke mahkemesinin hükmünün Türkiye'de geçerlilik kazanması, hükmün tanınmasına bağlıdır.

Kamın, 17. maddesinde, *" ...mahkeme, yabancı mahkemeden verilen ve Türk luıkuk düzeniıe aylan düşmeyen hükmün, Türk kaıiunlanna göre bir haktan yoksunluğu gerektinnesi lıaliiıde, cwnliuriyet savcısımn istemi üzerine Türk kanwılanndaki somıçlann geçerli olmasma karar verir"* diyerek, yabancı ülke mahkemesinden verilen hükmün, tanınmasını, yani hükmün Türk hukuk düzeninde geçerlilik kazanmasını düzenlemiş olmaktadır.

Bu durumda, ortada yabancı ülke mahkemesi tarafından bir kimse hakkında verilmiş bir mahkumiyet hükmü olmalıdır. Mahkumiyet hükmü Türk Kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu getirmelidir.

Hükümle gelen hak yoksunluğu, kanunun 53. maddesindeki belli haklan kullanmaktan yoksun bırakılma anlamındadır. Hak yoksunluğu herhalde vatandaşla ilgilidir.

Cumhuriyet savcısı yabancı ülke mahkemesi hükmünün Türk kanunlarına göre hak yoksunluğu doğurduğunu tespit ettiğinde kendiliğinden istemde bulunacaktır. Tabii, hakkında mahkumiyet hükmü verilen kişi de savcıdan istemde bulunmasını isteyebilir.

İstem üzerine, mahkeme, Türk kanunundaki sonuçların geçerli olmasına karar verir.

Yetkili ve görevli yargı yeri CMK'nin 14. maddesinde gösterilmiş bulunmaktadır.

B. Türkiye de Yargılanan Suçlarda Uyılması Zonınlu Kurallar

Bir ülkede suç işleyen, ancak bu suçtan ötürü yabancı bir ülke mahkemesinde yargılanan kişinin, suçu işlediği ülkede bulunduğunda, o ülke ceza kanununa göre yeniden yargılanması, uygar ulusların kabul ettiği bir k.ırraldır. Bununla. kimse bir suçtan ancak bir kez yargılanır kuralı (non bis in idem) ihlal edilmemektedir, çünk.ii yabancı ülkede çekilen ceza alınacak cezadan indirilmektedir.

Kamın, 9. maddede, *"Tiirkiye'de i.şlediği suçtan dolayı yabaıcı ülkede hakkında lıükiim verilmiş olan kimse, Tiirkiye'de yeniden yargılanır"* demektedir.

Bu kimse Türk veya yabancı olabilir. Önemli olan, suçun Türkiye'de işlenmiş olmasıdır.

Tab□ kişinin, yeniden yargılanabilmesi için, Türkiye'de bulunması, suçun hala kovuştıınılabilir nitefil..'te olınası gerekmektedir.

Kamın bu kimsenin yabancı ülkede mahkum olması veya beraat etmesi arasında bir fark gözetmemektedir.

Bir kimse, ister Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede yargılansın, isterse yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede yargılansın, Türkiye'de yargılandığında, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında. tutuklulukta ve hükümlülül'te geçirdiği süreler, kanun gereği olarak (CK m. 16) o suçtan dolayı Tüıkiye'de verilecek cezadan indirilir.

Aynca, Kamın, ülke □ında işlenen suçlarda, failin lehine olduğu takdirde, suçun işlendiği ülkenin ceza kanununun göz önünde bulundurulmasını istemiştir.

Gerçekten, Kanun, 19/1. maddesinde *"Türldye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayıscyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan cezıı, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınınndanfazla o/anıaz",* kuralını ge□ bulunmaktadır.

Kanunun "yabancı ülke" yerine "Türkiye'nin egemenlik alanı dışında" ifadesini kullanmıştır. Bununla gerçekten yabancı ülke dışında neyin kastedildiği anlaşılamamaktadır. Gerekçede "Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağıntılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da cez.a belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır" denmektedir. "Türkiye'nin egemenlik alanından" kastedilen devlet ve memuru ilişkisiyse ortada bir sorun bulunmamaktadır. □cak, gerekçenin, bağlayıcılık değeri bulunmamaktadır. Böyle olunca. bu gerekçeye rağmen, 19/1. madde hükmünden Devlet tarafından yurt d□ında görevlendirilen kimseler de yaraıfanacaklardır, çünkü bunlar da, yabancı bir ülkede oldukları için Türkiye'nin egemenlik alanı dışındadırlar.

Kural mutlak değildir. Kanun, 19/2. maddesinde kuralın istisnasına yer venniştir: suç Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak veya Türk vatandaşlarına karşı ya da Türk kanunlarına göre özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenmişse, suçun faili, yabancı ülke kanununun göz önünde bulundurulması kuralından yararlanamaz.

Burada Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ifadesi de açık değildir. Bu konuda gerekçede de bir açıklık bulunmamaktadır. Herhalde, sorunu, daha önce de yaptığımız gibi, suçun hukuki konusu kavramından hareketle çözmek gerekecektir.

VI. SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ

A. Genel olarak suçluların geri verilmesi, B. Ceza Kanununun düzenlemesi, C. *Düşünce suçu, siyası ve askeri suç, D. Vatandaşın geri verilmezliği ilkesi, E. Geri verme işlemleri, F. Koruma tedbirleri*

A. Genel Olarak

Suçluların geri verilmesi, bulunduğu ülkede suç işledikten sonra, cezadan kurtulmak için, kaçarak başka bir ülkede yaşamını sürdürmek isteyen kişilerin, işledikleri suçların yanlarına kalmaması düşüncesinden doğmuştur. Suç nerede ve kim tarafından işlenirse işlensin uygar toplumun zararına olan bir davranıştır. Bundan ötürü, suçlunun geri verilmesi, "ya ver ya cezalandır" esasına dayanmaktadır.

Suçluların geri verilmesinde üç sistem bulunmaktadır. Suçlunun geri verilmesine, hükümet yetkili kılınmış olabilir, yargı yetkili kılınmış olabilir veya bazı işlemleri yargı ve bazı işlemleri hükümet yapabilir. Geri vemıede sadece hükümeti yetkili kılan sistemler teminatsız görülmüşlerdir. Sadece yargıyı yetkili kılmak isteyen sistemler, teminatlı görülmekle birlikte, geri vemıenin niteliğine aykırı bulunmak yanında, sistemin ağır işlediği düşünülmüştür. Suçlunun geri verilmesinde en iyi sistemin karma sistem olduğu kabul edilmektedir. Bu sistemde failin ve fiilin niteliğini mahkeme belirlemekte, geri vermeye hükümet karar vemıektedir.

Suçlunun geri verilmesi ne tek başına adli, ne tek başına idari bir faaliyettir. Suçlunun geri verilmesi ayrıca devletler arasındaki bir ilişkidir. Hukuk düzenimiz karma sistemi kabul etmiştir.

Vatandaş ve siyasi suçlu geri verilemez.

Köklerini Ortaçağ ltalyasında bulmuş olmakla birlikte, vatandaş ve siyasi suçlunun geri verilmemesinin evrensel bir kural haline gelmesi Aydınlanma döneminin eseridir. Tabii hukuk düşüncesinde, toplumu, beşeri ortak irade oluştumıaktadır. İradesi ile

toplumu oluşturan kişi vatandaştır. Bir suç isnadına muhatap olan vatandaşın teminatlı bir biçimde yargılanabileceği tek yer kendi ülkesidir. Bu nedenle vatandaş iade edilmez, ülkesinde yargılanır. Siyasi suçluya gelince, 1789 Fransız Devrimi döneminde, o günün kralcı- feodal düzenlerine karşı oldukları düşünüldüğünden, bunlar, suç işlemiş olmalarına rağmen, ülkelerine zararlı değil, tam tersine yararlı insanlar olarak değerlendirilmişlerdir. Bu kimseler, ülkelerinden kaçıp Fransa'ya sığındıklarında korunmuşlardır.

Bugün, dünyada ve uygar ülkelerde, tedhiş ve terörizmin, tahammül sınırlarını aşmış olması, siyasi suç ve siyasi suçlu üzerinde yoğun düşünmeyi zorunlu kılmıştır.

Öyleyse, suçluyu geri vermenin konusu, yabancının yabancı ülkede işlediği niteliksiz, yani adi suçlardır.

Ancak, devletlerin, bu suçlar bakımından, mutlak geri verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kendisinden suçlunun geri verilmesi istenen devletin, isteyen devlet bakımından, istem dışında kalan suçlarından da yargılamaya kalkışacağı veya kötü muamelede bulunacağı kuşkusu varsa, suçluyu vermekten kaçınabilir. Bu kez, suçluyu, kendisi yargılar. Vermeme suçlunun serbest kalması nedeni olamaz.

B. Ceza Kanunun Düzenlemesi

Kanun suçluların geri verilmesini "Geri verme" madde başlığı altında 18. maddede düzenlemiştir. Kanun, yabancı ülkede suç işlemiş olan ve suç işlemiş olma isnadı altında bulunan kişinin, Türk Hükümetinden istenmesini düzenlemiştir.

Ülkede suç işledikten sonra, yargılanmadan veya cezasını çekmeden, yabancı ülkeye kaçıp giden kişilerin, yargılanmalarının veya cezalarını çekmelerinin sağlanmasını için Hükümetin yabancı ülkeden suçluyu istemesi, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla düzenlenmiştir.

Bu her iki halde, geri vermenin temel koşulu, kişi hakkında bir ceza kovuşturmasının başlatılmış olması veya mahkumiyet kararının verilmiş bulunmasıdır (CK.; m. 18/1).

Ceza kovuşturması, CMK' nun 2/f maddesinde tanımlanan kovuşturma anlamındadır. Suçun işlendiği' ülkede kişi hakkında yapılan işlem bu nitelikte değilse istenen kişi geri verilemez. Gerçekten, geri verilmesi istenen kişi hakkında suçu işlediği ülkede "soruştunna" başlatılmış olması (CMK., m. 2/3) geri verme için yeterli değildir. Öte yandan, hükümlü geri isteniyorsa, mahkumiyet kararı, CMK'nin öngördüğü biçimde olmalıdır.

Geri vennenin amacı, kovuşturmanın yapılabilmesinin veya hükmedilen cezanın yerine getirilmesinin sağlanması olmalıdır.

Kanun, koşullar gerçekleşirse,kişi, isteyen ülkeye geri verilebilir demektedir (CK. m. 18/1). Bu, geri vermenin, Hükümetin takdirinde olması demektir. Geri verme, salt

idari bir işlem değildir, karına bir işlem de değildir, Hükümetin de katıldığı tamamen adli bir işlemdir. Bundan ötürü, Hükümetin geri vermeme karan, idari yargının denetimine tabi işlerden (Ay., m. 125) değildir.

Kanun geri verme işlemine konu fiilin aynca TCK'nuna göre olmaması gereken niteliklerini belirlemiştir (CK. m. 18/ 1, a,b,c,d,e). Kanun ifadesiyle geri verme işlemine "tabi" fiil;

" Türk kanunlarına göre suç değilse,
- Düşünce suçu, veya siyasi ya da askeri suç niteliğindeyse
- Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye devletinin veya Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,
- Türkiyenin yargılama yetkisine giren bir suç ise,
- zamanaşımı veya affa uğramış ise,

geri verme talebi[52] kabul edilemez."

Elbette, Türk ceza mevzuatında suç olmayan bir fiil ve faili hakkında, Anayasanın 38, CK'nun 2. maddesi uyarınca, TCK'nun uygulanması söz konusu olamaz.

Ceza Kanunu, yukarıda belirtildiği üzere, hangi suçların kovuşturmasının kanunun hükümranlığı içinde olduğunu (ör. CK., m. 12) açıkça göstermiş bulunmaktadır. Talebin konusu fiilin bu suçlardan birini oluşturması halinde, yabancı ülke hükümetinin talebi kabul edilemez.

Öte yandan, talebin konusu fiilin oluşturduğu suç, TCK'nuna göre zamanaşımına veya affa uğramışsa, ortada kovuşturulabilir bir suç bulunmadığından, yabancı illke hükümetinin talebi kabul edilemeyecektir.

Suçun Türkiye devletine veya Türk vatandaşına karşı işlenmesinden ne anlaşılması gerektiği daha önce açıklanmıştır. Burada aynı düşünceleri yinelemek istiyoruz.

C. Düşünce Suçu, Siyasi ve Askeri Suç

Kamın, düşünce suçu, siyası suç ve asken suç faillerinin geri verilmesini mutlak surette yasaklamıştır. Ancak, bunların ne olduğu konusunda gerekçede bir tanım veya bir açıklama bulunmamaktadır.

Düşünce suçundan maksat, salt düşüncenin, inancın veya kanaatin kendisinin suç sayılmasıdır. Gerçekten, salt düşüncesi, inancı veya kanaatinden ötürü, bir kimse hakkında, ülkesinde ceza kovuşturması yapılması veya bu kimsenin cezaya

---

[1] Kanunda terim birliği yoktur. Gerçekten, ör., 12. maddede [11]Adalet Bakanının istemesi,, , 17. maddede "Cumhuriyet savcısının istemi" terimi kullanılırken 13. maddede "Adalet Bakanının talebi", 18. maddede "geri verme talebi" Terimi kullanılmıştır. Kanunun dilinin, en güzel, en veciz, en anlaşılır, kısacası mükemmel olması asıldır. Kanun koyucu her nedense bu kurala uymamıştır.

çarptırılması imkansız değildir. Bu kişi, Türkiye'ye sığındığında, geri verilmeyecektir. Biz, düşüncesi, inancı veya kanaatinden ötürü haklarında ceza kovuşturması bulunan veya mahl.'Um edilen kişilerin siyası suçlu olduklannı düşünüyoruz. O nedenle "düşünce suçu" ifadesinin fazlalık olduğu kanaatindeyiz.

Siyası suçun ne olduğu doktrinde tartışmalı bir konudur. 1CK, 9/son maddesinde siyası suçu tanımlamıştır. Kanun, "Ceza kanununun uygulanmasında sıyası suç, devletin siyası çıkarlannı veya vatandaşın siyası bir hakkını ihlal eden her suçtur. , Aynca tamamen veya kısmen siyası bir maksatla işlenen adi suçlar da siyası suç sayılırlar" demektedir.

Bu durumda, siyası suç, devletin siyası çıkarlarına zarar veren veya vatandaşın siyası bir hakkını kullanmasını engelleyen fiillerdir. Bu demektir ki, devlet idaresine, kamu düzenine ve adliye karşı suçlar, devletin siyası çıkarlarını ilgilendirmemektedirler. Öyleyse, siyası suçlar, devletin toprak bütünlüğünü, egemenliğini, devletin toplumsal, ekonomik, siyası ve hukuki temel düzenlerini, devletin güvenliğini ihlal eden, vatandaşı devletine isyanına kışkırtan suçlardır.

Ancak, 765 s. Kanun "siyası veya ona murtabıt cürümlerden" söz etmesine rağmen, Kanun, murtabıt siyası suçlardan, yani siyası suçla bağlantılı olan suçlardan söz etmemektedir. Gerekçede bu konuda bir açıklık yoktur. Herlıalde, siyası suçtan, esasen adi suç olmasına rağmen, tamamen veya kısmen siyası m□atla işlenen suçu da anlamak gerekmektedir. Bu anlamda, ör. siyası saikle banka soymak, adam öldürmek, ulaşım araçlarını tahrip etmek, kamu mallarına zarar vermek vs. suçları da, siyası suçturlar.

Devlet başkanı, eşi ve çocuklarına karşı suikasta bulunma fiilleri devletlerin genel kabulünden ötürü siyası suç sayılmamaktadır. Buna "Belçika şartı" denmektedir.

Kanun vatandaşın siyası haklarını kullanmasının engellenmesinden de söz etmemektedir. 765 sayılı Kanunda da bu konuda bir açıklık bulunmuyordu. Ancak, doktrin, vatandaşın siyası haklarını kullanmasının engellenmesini siyası suç saymaktadır. Bu bağlamda, ör. kişilerin seçme ve seçilme haklannı kullanmalarının engellenmesi, kişilere dilekçe haklarının kullandırılmaması siyası suçtur. Öyleyse, kanunda açıklık olmamasına rağmen, vatandaşın siyası haklarına vaki saldırıları da siyası suç kavramı içinde düşünmek gerekmektedir.

Doktrinde, en çok tartışılan konu, terör saiki ile işlenen suçlardır. Bugün genel kanaat, sadece düşünce, inanç veya kanaatlerinden ötürü ülkelerinde ceza kovuşturmasına uğrayan kişilerin siyası suçlu sayılmalarıdır. Her ne amaçla olursa olsun, siyası, dini, etnik, ideolojik, vs., zor kullanarak, kitleleri sindirme, korkutma ve canından bezdirmeye yönelik tüm şiddet fiilleri, yani, ör. adam öldürme, yol kesme, kundaklama, soygun vs., gibi tüm tedhiş fiilleri, siyası suç dışında bırakılmak istenmektedir. Ancak, devletlerin uygulamalarında, terör saiki ile işlenen suçlar hala siyası suç sayılmaktadır.

Askeri suçlar, ACK'nun cezalandırdığı fiillerdir. Bunlar, salt askerisuçlar ve askeri suç benzeıi suçlardırlar. Kanun bunlar bakımından bir ayırım yapmadığına göre, fiilleri ACK'nw1 ihlal eden kişiler, geri verme işlemjnin konusu yapılamazlar.

D. Vatandaş Geri Verilmezliği İlkesi

Kanun, l8/2. maddesinde, Anayasanın 38. maddesine uygun olarak, vatandaşın geri veıilınezliği esasını kabul etmiştir. Ancak, bu kural mutlak değildir. Kanun, "Uluslararası Ceza Divanı"na taraf olmanın getirdiği yükümlülükleri hariç bırakmıştır. Böyle olunca, vatandaş, sadece Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın Devlete getirdiği yükümlülükler gerektirdiğinde, Divanda yargılanmak üzere geri verilebilir.

Kanw1 kişinin suçu işlediği tarihte veya sonradan Türk vatandaşı olması arasında bir fark gözetmemiştir. Kişinin geri istendiği tarihte Türk vatandaşı olması geri verilmemesi için yeterlidir.

Bir kJmsenin vatandaş olup olmadığı Türk kanunlarına göre belirlenecektir. Kişinin çifte vatandaşlığı olduğunda esas olan Türk vatandaşlığıdır.

E. **Geri Verme İşlemleri**

Kanun, yabancı ülke hükümetinin geri verilmesini istediği kişinin geri verilmesine yasal bir engelin bulunup bulunmadığına, mahkemenin karar vermesini istemiştir (CK, m. 18/4).

Görevli mahkeme, istenen kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesidir. Yabancı ülke hükümetinin talebi diplomatik yoldan Hükümete ulaştığında, Adalet Bakanlığı talebi geri istenen kişinin bulunduğu yer Cumhuriyet Savcılığına iletecektir. Cumhuriyet Savcısı, Ağır Ceza Mahkemesinde geri verme davası açacaktır.

Mahkeme tarafından Türkiye!nin taraf olduğu anlaşmalar, TCK ve **CMK** göz önünde tutarak karar verilir. Ancak, 18/4. maddede yer alan "...bu madde..." ifadesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Bunun,"...bu kanun..." olarak anlaşılmasının daha doğru olduğunu düşünüyoruz. Mahkemenin kararı son karar niteliğindedir. Bunun içindir ki, tarafların, karara karşı, temyiz yoluna başvurabilmeleri kabul edilmiştir.

Mahkeme, 18/1. madde hükmü karşısında, önce kişi hakkında geçerli bir talebin olup olmadığına bakacak, talep yerinde değilse esasa girmeyecek, geri venne talebinin geçerli olmadığına karar verecektir. Mahkeme, daha sonra, talebe konu fiile bakacaktır. Gerçekten, mahkeme, kararında, fiilin, Türk kanunlarına göre suç olup olmadığını, düşünce veya siyası ya da askeri suç oluşturup oluşturmadığını, Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türk Devletinin veya Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmiş olup olmadığını, suçun Türkiye'nin yargılama yetkisine girip girmediğini, af'fa veya zamanaşımına uğrayıp uğramadığını, kişinin vatandaş olup olmadığını, dolayısıyla uluslararası bir

yükümlülüğün bulunup bulunmadığını tespit edecek, fiil sayılan bu yasaklar dışında kalıyorsa istenen kişinin geri verilebilir olduğuna karar verecektir.

Mahkeme istenen kişinin geri verilebilir olduğu kararını verirse, bu kararın yerine getirilip getirilmemesi artık hükümetin işidir. Kanunda, kararın yerine getirilip getirilmemesi, Bakanlar Kurulunun takdirine bağlı kılınmıştır (CK. m. 18/5).

Hükümet, takdirini kullanırken, kişiyi ülkesine isteyen hükümetin, kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal edeceği, ayınmcılık yapma yasağına uymayacağı, kişiye ülkesinde işkence ve kötü muamele yapılacağı konusunda ciddi kuşkulan olduğunda, talebi yerine getirmeyebilir (CK., m. 18/3). Bu hüküm, Kanunda, 4. fıkra hükmünden önce 3. fıkrada yer almış olmasına ve yorumcuda bu işin de mahkemeye ati olduğu izlenimi uyanmasına n1oomen, Talepte bulunan hükümetin belirtilen hususlara uymaması konusunda "kuvvetli şüphe sebeplerinin" bulunup bulunmadığının takdiri, mahkemenin işi değildir. Yabancı ülkenin davranışını takdir, siyasi/diplomatik bir meseledir. O nedenle, bu konuda karar yeri hükümettir.

Talepte_bulunan yabancı ülke hükümeti, mutlak surette talebiyle bağlıdır. Açıkçası, hükümet, talebinde kişiyi hangi suçtan veya hangi hükümden sorumlu tutacağını söylemişse, ancak o suçundan dolayı yargılayabilir ve hakkındaki o hükümden dolayı işlem yapabilir. Kanun, bunu "geri verme halinde kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkum olduğu ceza infaz olunabilir" şeklinde ifade etmiştir (CK., m. 18/8). Buna, geri vermede "ihtisas ilkesi" denmektedir. Tabii, kanun, bir başka ülke hükümetinin iradesini bağlayamaz. Bu hüküm Türk Hükümetini bağlar. Bundan ötürüdür ki, Hükümetin, aynca bu konuda, ciddi kuşkulan varsa, teminat istemekte, tatmin olmadığı takdirde talebi yerine getirmemekte serbesttir.

F. Koruma Tedbirleri

Geri verilmesi istenen kişi hakkında, mahkeme önüne çıkarılmasını sağlamak bakımından, koruma tedbirlerine başvurulabilir. Ancak, koruma tedbirlerine, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilir (CK., m. 18/6).

Karar verecek mercii her halde mahkemedir. Öte yandan, mahkeme, geriverme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verdiğinde, elbette "ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama karan verebilir ve diğer koruma tedbirlerine başvurabilir" (CK., m. 18n). Burada "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" ifadesinden maksat, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunudur. Kanun, 31.3.2005 tarihinde yüiiirlükten kalkmış olan 1412 sayılı Kanuna göndermede bulunmuştur. Kanun birçok kez değiştirilmiş olmasına rağmen, yürürlükten kalkmış olan bir kanuna göndennede bulunan kanun hükmü, değiştirilmemiş, tersine yanlışlık, her nedense, ya ciddiye alınmamış, ya da inatla korunmuştur.

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN TASNİFİ

I. Ceza nonnlarmı tasnif zorunluluğu, il. Aralarındaki bağıntılar bakımından, A. Davramş nomıları- müeyyide normları, B. Bağımlı- bağımsız ceza normları, 1. Bağımsız ceza noımları veya asıl ceza nonnları, a. Tam veya yetkin ceza nonnlan, b. Eksik ceza nonnları, c. Açık ceza normları, 2. Bağımlı ceza nonnları veya tamamlayıcı ceza nonnları, a. Yönergesel (direttive) ceza nonnları, b. Tanım ve yorum ceza nonnları, c. Genişletici (estensive) ve daraltıcı (limitative) ceza nonnları, d. Gerçekleştirici (attuazione) ve geçişli (transitorie) ceza nonnları, e. Çatışma (collisione) ceza nomıları, f Atıf veya göıudenne ceza nonnları III. Dil-mantık yapı bakımından ceza ıonnları A. ifade biçimleri bakımından ceza nonnları, 1. Olumlu (müspet/pozitif) ceza nonnları, a. Emredici ve yasaklayıcı cez_a nonnlan yahut birinci derecede nonnlar veya hükümler, b. Müeyyide hükümleri yahut ikinci derecede ceza normları, 2. Negatif (olumsuz/menfi)ceza nomıları, a. Bir izin veya yetki bahşeden normlar, b. Bir yetki bahşetmeyen veya bir izin venneyen sadece inkar eden veya sınırlandıran nonnlar, c. Emredici veya yasaklayıcı normlarla bağıntılarında negatif ceza nonnları, d. Bahşeden, mahrum eden ceza ıomıları, e. Bildirici veya açıklayıcı ceza nonnları B. Kategorik Ceza Nonnları - ipotetik Ceza Nonnları J. lfade edildikleri biçim bakımından ceza nonnları, 2. Kategorik emirler, 3. lpotetik (şartlı) emirler veya teknik nonnlar

I. CEZA NORMLARINI TASNİF ZORUNLULUĞU

Ceza hukuku düzeni kendine özgü bir beşeri davranış nonnlan sistemidir. Bir tür irade tezahürü olan beşeri davranış normlarının dilde ifadesi, yaptırmalı önermelerdir.[53] Bunlar hem çokturlar, hem de çeşitlidirler. Tümü birlikte, ceza hukuku denen kendine özgü bir normlar sistemi bütününe vücut vennektedirler. Böyle olunca, birlikte bir kurallar sistemi bütününü oluşturan normlar, dil yapıları ve aralarındaki bağıntılar esas olmak üzere tasnif edilebilmektedirler.

" Dilin işlevi, bildirme, belirtme ve yaptınnadır. Dil, işlevini, bildirmeli, belirtmeli ve yaptınnalı önennelerle yerine getirir. Bir irade tezahürü olarak beşeri davnınışın kuralları, yani nom1atif önenneler, dilde, yaptınnalı önermelerdir. Bunlar, bildirmeli ve belirtmeli önermelere indirgenemezler.Yaptınnalı önermeler, mahiyetlerinin gereği olarak "olanı" değil, "olması gerekeni" ifade ederler. Hafızoğullan, Ceza Normu, s. 65 vd.

Tasnif, çok kamıaşık bir yapı arz eden çok ve çeşitli davranış kurallarının anlaımnın, kapsanu ve sınırlarının daha iyi bilinmesini, dolayısıyla sistemin "künhüne" varılmasını sağlar. Gerçekten, ceza hukuku düzenine balaldığında, düzeni oluşturan davraıuş kurallarının, gerek dil-mantık yapıları, gerekse işlevleri bakınundan aynı olmadıkları, birlikte çeşitli bağıntılar içinde bulundukları görülür. Bunlar, ya birbirinden tamamen bağımsız davranış kurallarıdırlar, ya birbirini taııarnlama veya biri ötekinin koşulu olma anlamında koordine edilmiş davranış kurallandırlar, ya da bir derece düzeni içinde bulunan davraıuş kurallarıdırlar.

Öyleyse, ceza hukuku düzeninin kuralsal veya normatif bir yapı olarak ne olduğunu bilmek, sistemin nasıl işlediğini anlamak istiyorsak, düzeni oluşturan beşeri davraıuş normlarını, gerek aralarındaki bağıntılar, gerekse dil-mantık yapılan bakımından tasnif etmek gerekmektedir.

Burada, ceza hukuku düzenini oluşturan normlar, önce aralarında bulunan bağıntılar, sonra dil-mantık yapılan esas olmak üzere ele alınıp incelenecektir.

il. ARASINDAKİ BAĞINTLILAR BAKIMINDAN CEZA NORMLARININ TASNİFİ

A. Davranış Normları, Müeyyide Normları

Ceza normu bir hüküm ve hükmü teminat altına alan bir müeyyideden ibarettir denmektedir.

Gerçekten, ceza normları, en başta, belli bir beşeri davranışın yapılmasını veya yapılmamasını emreden kurallarla, bunlara uyulmasını teminat altına alan veya uyulmamasının sonuçlarını gösteren kurallar olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu bağlamda, unutmamak gerekir ki, ceza hukuku düzeni, yalnız beşeri ilişkileri düzenleyen davranış kurallarının değil, aynı zamanda bu kurallara uymamaıun sonuçlarım düzenleyen müeyyide kuralının meydana getirdiği bir normlar sistemi bütünüdür. O nedenle, ceza normları veya ceza hukuku kuralları denince, öncelikle beşeri davranışları düzenleyen kurallar, yani hüküm ve bunlara uymayı sağlayan veya uyulmamayı en aza indiren kurallar, yani müeyyide akla gelmektedir. Davranış kuralları, yani hükümler; ihlalleri halinde bir diğer hükmün uygulanmasını gerektirme anlamında, birinci derecede ceza hukuku normlarıdırlar. Belirtilen bu özelliklerinden ötürü, bunlar, müeyyide kurallarından ayrılmaktadırlar. Buna karşılık, müeyyide kuralları, önlerinde bir davranış kuralını, bir hükmü zorunlu kılan, ancak hüküm ihlal edildiğinde uygulanabilirlik kazanan normlardırlar. O

nedenle, bunlar, ötekilerinden farklı olarak, ikinci derecede ceza hukuku nonnlandırlar.

Ancak farklı işlevlere sahip olan bu normlar arasında, birinin ihlaline ötekinin tepki alınası anlanunda, sıkı bir bağıntı bulunmaktadır. Bunun içindir ki, hüküm ve müeyyidenin, birlikte bir bütün teşkil ettiği söylenmektedir. Gerçekten, ceza normu, ceza kuralı veya ceza kanunu dendiğinde, genel olarak hüküm ve müeyyide ı.aıralıun meydana getirdiği bölünmez bir bütün anlaşılmaktadır.

Birlikte, ceza hukuku düzeni denen bir bütünü oluşturan bu kurallar, ne belirtilen anlamda davranış kuralı, ne de belirtilen anlamda müeyyide kuralı olan başka kurallarla bir arada bulunmaktadırlar. Bu başka kurallar, bazen hüküm, bazen müeyyide ile birleşmektedirler. Böylece, bunlar, birinci halde davranış kuralını, ikinci halde müeyyide kuralını tamamlamaktadırlar. O halde, söz konusu bu normlar, işlevsel olarak ceza nommnu tamamlayan ceza normlandırlar. Bunlar, bu niteliklerinden ötürü, tamamladıkları ceza normlarını uygulayan organlar bakımından, uyulması zorunlu bir davranış kuralı teşkil etmektedirler.

Bu doğruysa, ceza hukuku düzenini, sadece davranış (hüküm) ve müeyyide kurallarından ibaret olan bir bütüne indirgemek mümkün olmamaktadır. Aksi söylense bile[54], yalnız doğrudan doğruya ceza ile müeyyide altına alınan hükümler değil, aynı zamanda doğrudan veya dolaylı olarak bunlarla bağıntılı bulunan hükümler, hatta salt tedbir hükümleri ceza hukuku normlarıdırlar.

Bu demektir ki, ceza hukuku düzeni, ifadesini, somut olarak, kendilerine doğrudan doğruya ceza müeyyidesi bağlanan hükümler oldukları için, yahut doğrudan veya dolaylı olarak söz konusu bu hükümlerle bir bağıntı içinde bulundukları için, kendilerine ceza normları veya ceza hukuku kuralları denen davranış kurallarının meydana getirdiği bir normlar sistemi bütününde bulmaktadır.

B. Bağımlı - Bağımsız Ceza Normları

Belirtilen bu açıdan bakıldığında, ceza hukuku normları, ya bağımsız, ya da bağımlı davranış kurallarıdırlar.

Bağımsız ceza normları; konusu "yapmak" veya "yapmamak" olan bir davranış kuralı ile, bir müeyyide kuralından meydana gelen kurallardırlar. Başlı başına bir bütün teşkil ettiklerinden, bunlar, asıl ceza normlandırlar. Bunlara suç ve ceza koyan (tecrinu) normlar denmektedir. Bunlar, TCK'nun İkinci Kitabında, özel ceza kanunlarında ve ceza hükmü bulunduran diğer kanunlarda yer alan nom1lardırlar.

.ıc Pannain, Manuale di diritto penale, I, Torino 1950, s. 65

Bağımlı ceza nonnları, var olmalarının nedeni, bağımsız ceza normları olan davranış kurallarıdır. Bunlar belli bir davranışı emretmekle birlikte, işlevleri, asıl ceza normlarını tamamlamaktır. Bu normlar, TCK'nun Birinci Kitabında "Genel Hükümler" adı altında yer alan hükümlerdirler. Ancak, aynca TCK'nun İkinci Kitabında, bu nitelikte bazı hükümlere (ör., CK., m. 92,127, 128, 198,vs.) rastlanmaktadır.

Bu tür bir ayırımın gereksiz olduğu ileri sürülmüştür. Gerçekten, denmektedir ki; konusu suç ve ceza koyma olan kurallarda bile tam bir bağımsızlık düşünülemez; dar anlamda ceza kurallarının bağımsızlığını, tamamlayıcı kurallardarı bazıları sınırlandırmaktadır; tüm hukuk düzeni göz önüne alındığında, kuralların hiçbirinin bağımsızlığının olmadığı görülür; aynca hukuk kurallarının bu şekilde bir ayırıma sokulmasının bir yararı da bulunmarnaktadır[55].

Bu ve bu doğrultudaki düşüncelerin haklı yanlan olabilir, çünkü, bunlar suç ve ceza koyan normlar bile olsalar, hukuk madem bir normlar sistemi bütünüdür, mutlak anlamda bir bağımsızlığa sahip olamazlar. Ancak, bu durum, kuralların, bc1eoımsızlık derecelerine göre, bir tasnife tabi tutulmalarına engel değildir, çünkü tamamlayıcı normların varlık nedeni asıl ceza normlarıdır. Ayırımın yararlı olmadığını söylemek de isabetli değildir. Madem her ayırım ayırımın konusu olan şeyin daha iyi bilinmesine, daha iyi anlaşılmasına hizmet etmektedir, ceza normlarını işlevleri esas olmak üzere ayırt etmek hiç de yararsız değildir..

1. Bağımsız veya Asıl Ceza Nornılan

Bağımsız ceza normları, belli bir davranışta bulunmanın veya bulunmamanın emri oları hükümle, hükme uyulmasını teminat altına alan müeyyide arasındaki ilişki esas olmak üzere, bir ayırıma tabi tutulabilirler. Bu açıdan, asıl ceza normları, tam, eksile ve açık ceza normları olarak tasnif edilebilirler

a. Tam Ceza Nonnları

Bağımsız ceza nonnlan, hüküm ve müeyyidenin oluşturduğu bir bütünü ifade etmektedir. Buna, doktrinde, ceza kanunu denmektedir5[6]. Kural, hüküm ve müeyyidenin, kanunun tek bir hükmünde veya tek bir maddesinde birlikte bulunmasıdır.

Hüküm ve müeyyide, eksiksiz olarak, kanunun tek bir hükmünde veya tek bir maddesinde birlikte bulunduğunda, ceza normu, tamdır, eksiksizdir. CK'nun, ör., 81, 83, 85, 86, 88, 89, 141, 148, 156, vs. maddeleri tam ceza normlandırlar.

□! Erem, Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku, GH., I, Ankara 1971, s. 66.

" Rocco, L' Oggetto, s.502.

b. Eksik Ceza Normları

Kanun koyucu, noıın koyarken, çoğu kez ceza kanununun bu mantıksal yapısına bağlı kalmaz. Gerçekten, bazen, bir hüküm, birçok hükmün bir parçası yerine geçer; bazen, bir nomı, her biri normun bir parçasını teşkil eden kanunun çeşitli hükümlerine veya maddelerine dağılır. Buradan eksik ceza normları ortaya çıkmaktadır.

Eksik ceza nomılan, kural olarak, hüküm ve müeyyideden meydana gelen bir bütünün, yalıuz bir kısmını içeren hükümlerdir.Bu tür hükümler, ya sadece davranış 1nıralı olan hükmü, ya da sadece müeyyideyi içermektedirler. Burada, eksik kısımlarını birleştirerek nonnu oluştunnak yorumcunun görevidir. Kanunun, ör., 257. maddesinde, hüküm eksiktir. Burada, "görevinin gereklerine aykın hareket etmek" veya "görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstermek" ancak kamu görevlisinin görevini düzenleyen mevzuata gidilerek belirlenebilmekte, böylece hüküm tamamlanmaktadır. Kanunun, aynca, ör., 161, 162, 222. maddeleri de eksik ceza normlarıdırlar.

Ancak, denmektedir ki, kanun hükmü veya maddesi eksik bile olsa, madem kanunun çeşitli hükümleri birleşerek ortaya çıkmaktadır, ceza normu, hiçbir zaman eksik olamaz, çünkü hükmü veya müeyyidesi eksik olan bir norm, eğer bağımlı ceza normu değilse, hukuk normu değildir.

c. Açık Ceza Normları

Açık ceza normu, esasen müeyyidesi olan, ancak hükmü, ileride idarenin düzenleyici bir işlemi ile doldurulacak olan normdur. Bunlara, kimi, beyaza nonn da demektedir. Biz, "nonna penale in bianco" teriminin "açık ceza nonnu" olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğunu düşünüyoruz[57].

Eksik ceza normundan farklı olarak, ceza normunu me dana etiren unsurlardan müeyyide anun un e belirtilmiş olmakta, ancak hükmün, yani uyulması gereken davranış kuralının, çerçevesi çizilerek, içerisi ileride idarenin düzenleyici işlemleriyle doldurulmak üzere boş bırakılmaktadır. Başka bir deyişle, ce a kanununu, bir cezayı, hukuki netice olarak, emir veya yasaktan ibaret olan bir hükmün ihlaline bağlamaktadır. Ancak, hüküm somut olarak henüz ortada yoktur, pukuki bir işlemle ileride ortaya çıkacaktır. Söz konusu bu hukuki işlem, kanun

---

[57] Değerli hukukçu Özay, "Bazı kitaplarda İtalyanca aslının mot ıı mot çevirisi olarak "beyaz ecza nonnu" şeklinde anılan bu terime Hafıı.oğullan gibi "açık ceza nonnu" demenin daha doğruolduğu kanısındayız" demektedir. nHan Özay, İdari Yaptırımlar, Kuramsal Bir Deneme, İstanbul 1985.s. 93 ve dipnot, 259.

kuvvetinde kararname, idarenin diğer düzenleyici bir işlemi veya idari bir emir olabilir.

765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde açık ceza normunun tipik örneği kanunun 526. maddesidir. 5237 s. Kanun hükümleri arasında bu madde hükmüne yer venneıniştir. Hatta, kanunun 2. maddesinin gerekçesinde, açık ceza normlarının ceza hukulnı düzeninden çıkarıldığı iddia edilmiştir. Oysa, kanunun 195. maddesi hükmü, tarihi kanun koyucuyu yalanlamaktadır, çünkü söz konusu bu hüküm, "yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymamayı" suç saydığından, tipik bir açık ceza normudur.

Açık ceza nonnunda, nonn koyan otoriteden normu dolduran otorite farklıdır. Ancak, bu otoritenin kim olduğu konusunda doktrinde bir birlik yoktur. Bununla birlikte, çoğunluk, açık ceza nonnunda hükmün, idari makamlarca belirlendiği kanaatindedir.

Öte yandan, kiminin ileri sürdüğünün aksine, açık ceza normlarında hüküm eksik değildir, her zaman bir hüküm vardır. Ancak, **he)irli)ik** ve güncellik bakımından eksik olduğundan, "sui generis" bir bicimde ortaya çıkmaktadır□ □ekten, burada, gelecekte konacak bir hükme uyma□au ötijrji bir müeyyide tehdidi değil, aksine gelecekte konacak bir sınırla belirlilik kazanacak, genel -nitelikte bir hüküm söz konusudu□Bundan ötürü, hükme ileride katılacak unsurun, h e r zaman suc teşkil eden bir fiile taĖk addüm etmesi gerekıiektedir.

Buradan, açık hükme belirlilik kazandıran unsur, ceza normu veya ceza kanunu değerinde midir, sorunu ortaya çıkmaktadır. Sorun, ceza hukukunun kuralsa} yapısı ile ilgili *olmaktan* çok; ceza hukukunda, hukuki bilmeme ve hata ile ilgilidir. Bununla birlikte, diyebiliriz ki, açık ceza nonnunu belirginleştiren unsurlar, aksi de söylenmesine rağmen, açık hükmü tamamlayarak ona belirlilik kazandırdıklarından, ceza normu veya ceza kanununu hükmündedirler.

2. Bağımlı veya Tamamlayıcı Ceza Normlan

Bağımlı veya tamamlayıcı ceza nonnları, bir hüküm ve bir müeyyideyi içenneyen, ancak hüküm ve müeyyide içeren normlarının kapsamını, sınırlarını belirleyen veya uygulanmasını düzenleyen kurallardır. Bunlar, diğer tüm hukuk

---

sı Leone, Le noıme penali in bianco, Scritti teorico-pratici sula nuova legislazione penale italiano, 1932; Rocco, L' Oggetto,.s. 369 vd.; 503 vd. Aynca bkz., Tosun, Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere aykınlıklann Cezalandmlması, İHFM., CXXVlll, s. 340 vd.;Dönmezer, İcranın Tanzim Tasarruflarıyla Suç ihdası, IHFM., CXXVID, s. 1 vd.; Hafızoğullan, Hukuki Bilmeme ve Açık C.cza Nonnlan, AOHF.,50. Y1l Annağaru, Ankara, 1977.

kuralları gibi belli bir davranışı eınretınelcrinc rağmen, bağımsız bir kimlikleri yoktur. asıl ceza normları ile bağımlı kurallardır. CK'nun genel hükümleri bu lı.11rallardan oluşmaktadır.

Bağımlı ceza normları, bir parçasını oluşturdukları ceza hukuku düzeninde yüklendikleri görevler esas olmak üzere çeşitli gruplara ayrılmaktadırlar.

a. Yönergesel (Direttive) Normlar

Bunlar, belli bir konu veya alanda, izlenmesi gereken ilkeleri belirleyen kurallardırlar. CK'nun ör., 1., 2., 3., 4., vs. maddeleri bu niteHkteki hükümlerdir.

b. Tanıma ve Yorum Normları

Bu normlar, kanunun belli ifadelerine verdiği teknik anlaıru belirten, açıklayan kuralladırlar. Bunlar, ne bir davranışı emretmekte, ne yasaklamakta, ne de kişilere belli bir davranışta bulunmayı emreden normların uygulanmasına istisna getirmekte ve uygulamasını sınırlandırmaktadırlar. Söz konusu bu normlar, sadece bir kavramı geliştirmekte veya öteki ceza normlarınca saptanmış olan kavramları açıklamaktadırlar. Bunlar kanunı tanımlardır. Kanunun, ör., 6. maddesi hükmü bu niteliktedir.

Yorum normları, başka nomıJ.ara verilmesi gereken anlamı belirleyen veya kanunun yorumunda uygulamnası gereken esasları saptayan kurallardır. Aralarında ikiye ayrılmaktadırlar. Bunlar, başka normlara verilecek anlamı belirleyen kurallar ve normun yorumunda uyulması zorunlu yöntemi gösteren kurallardır. Kanun, ör., *'213* maddesi hükmünün son cümlesi, 3/1, 2. maddesi hükmü, bu nitelikte bir yorum nonnudur.

Doktrinde, sonradan çıkan bir kanun, önceden mevcut olan bir kanunun kurallarını aydınlatıyorsa, sonraki kanunun, bir yorum kanunu olduğu ileri sürülmektedir. Öyleyse, bu bağlamda, 5252 sayılı Kanun, bir yorum kanunudur.

Bir kanunun bazı hükümleri aynı kanunun diğer hükümlerini yorumlan1ak için konulmuşsa, bunlara yorum hükümleri adı verilmektedir. Kanunun, 198, 199/4, 228/4., vs., maddeleri, bu nitelikteki hükümlerdirler.

c. **Genişletici (estensive) ve Daraltıcı (limitative) Normlar**

Genişletici ve daraltıcı ceza normları, özellikle asıl ceza normlarının kapsamını ve sınırlarını daraltan veya genişleten kurallardırlar. Bunlar, kimine göre[5]. ne emretmekte, ne yasaklamak.ta, ne de izin vennektedirler, sadece öteki ceza

---

Rocco, Su) concetto, s. 17.

normlarının, bazı fiili durumlarda, uygulanabilirliğini inkar etmekte veya sınırlandırmaktadırlar. Kanunun, ör., 20, 21, 22, 23, 31, 32, 33, 35, 65, 66, vs. maddeleri bu nitelikteki hükümlerdir.

Ancak, kim{"[0], daha farklı olarak, bu grup normlar arasına, öteki ceza normlarınca genel bir biçimde yasaklanan, ancak belli koşullarda yapılmasına izin verilen bir davranışın hukuka uygun olduğunu veya o davranışa hukukun ilgisiz kaldığını belirten izin verici veya tecviz edici ceza normlarının da girdiği kanaatindedir. Böyle olunca, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenleri, devletin cezalandırma hakkını ortadan kaldıran nedenleri düzenleyen hükümler de genişletici veya daraltıcı ceza normları olmaktadırlar.

İki karşıt düşünceyi, özüne dokunmadan, birleştirmek imkansız değildir, çünkü ceza normlarını dil-mantık yapısına bakarak ayırt etmek başka şeydir, bunları ceza hukuku düzeni içerisinde üstlendikleri işleve bakarak ayırt etmek başka şeydir. Ceza normları, burada, ceza hukuku düzeninde üstlendikleri işleve bakılarak birbirlerinden ayırt edilmeye çalışılmaktadır. O nedenle, ceza hukuku düzeni içinde üstlendikleri işlev göz önüne alındığında, sadece tecviz edici normlara değil, özellikle suç koyan ve cezasını belirleyen ceza normlarının, yani tercimi ceza normlarının kapsamını daraltan veya genişleten tüm öteki ceza normlarına da bu grup normlar arasında yer vermek zorunlu olmaktadır.

d. Gerçekleştirici (Attuazione) ve Geçici (Transitorie) Ceza normlı□ı

Bu tür normlar, kanunların yürürlüğü koşullarını düzenleyen hükümlerdirler. Bunlar, gerçekleştirici ve geçici olmak üzere iki gruba ayrılmaktadırlar. Birinciler, yürürlüğe giren bir kanunla yürürlükten kalkan diğer bir kanun arasındaki eşgüdümü sağlamayı, ikinciler yürürlükten kalkan kanundan yürürlüğe giren kanuna geçerken ortaya çıkması olası olumsuzlukları gidermeyi amaçlayan kurallardırlar. 5252 sayılı Türle Ceza Kanununun Yürürlük ve Uyulama Şekli Hakkında Kanunun hükümleri bu nitelikte hükümlerdirler.

e. Çatışına (Collisione) Normlan

Çatışma nonnları, bir ceza normu ile başka bir ceza normunun görünüşte çatışması halinde, bunlardan hangisinin uygulanacağını belirleyen kurallardır.

Çatışma, çeşitli devletlerin yürürlük.teki hukuk düzenleri arasında veya aynı devletin hukuk düzenini oluşturan ama zaman içinde biri diğeri yerine geçen kurallar arasında olabilir. Birinci halde, ceza kanununun yer ve kişi bakımından

---

m Grispigni, Diritto Penale Italiano, Milano, 1947, s. 264.

uygulanması; ikincide, zaman bakımından uygulanması söz konusu olmaktadır. O nedenle, CK'nun, zaman, yer ve kişi bakınundan sınırlarını düzenleyen hükümler, tipik çatışma nonnlarıdırlar.

Öte yandan çatışma, aynı hukuk düzenine ait olan, aynı zamanda ve aynı yerde yürürlükte bulunan ve hepsi de aynı somut olayda uygulanabilen ceza normları arasında olabilir. Bu bağlan1da, çatışma, münferit suç tiplerini düzenleyen normlar karşısında ortaya çıkabildiği kadar, konusu ister suçun genel bir şartı, ister suçu hafifleten veya ağırlaştıran bir neden olsun, genel hükümler karşısında da ortaya çıkabilmektedir. Tüm bu hallerde, hangi hükmün uygulanacağını gösteren hükümler, ör., CK. m. 42, 43, 44, vs., çatışma normlarıdırlar. "Ceza normlarının içtimaı" hakkındaki tartışmalar da esasen bu konu ile ilgilidir.

Öyleyse, bu gruba giren ceza normları, birinin uygulanması ötekinin uygulanmasının veya uygulanmamasının şartı olacak bir biçimde çeşitli ceza hükümlerini çeşitli derecelerde koordine ederek bunlar arasında olan ilişkileri düzenlemektedirler.

f. Atıf veya Gönderme Nonnları

Atıf veya gönderme normları, diğer bir hukuk normunu gerektiren veya diğer bir hukuk normuna göndermede bulunan hükümlerdirler. Bunlar, İtalyanca'da, "Norme di rinvio o eli richiamo" terimi ile ifade edilmektedirler.

"Atıfta bulunma" ceza normunun kendi kendini tamamlama, "alıntıda bulunma" işlemidir. O nedenle, doktrinde, atıf veya gönderme normlarından değil, normlara atıftan veya göndermeden söz edilmektedir.

Atıf ya kendine mal etme (recittizio), ya da kendine mal etmeme (non recittizio) şeklinde olabilir. Bu bağlamda, denmektedir ki, birincide, devletin kanunları başka bir devletin hukuk düzeninin bir normunu gerektirmekte;ikincide, bir hukuk düzeni, kendine mal etmeden, başka bir devletin hukuk düzeninin bir normuna kendine yabancı bir norm olarak önem bahşetmektedir. Kendilerinden alıntı yapılan normlar, yurtdışında işlenen bir fiilin cezalandınlabilınesini bizzat o fiilin işlendiği yerin hukukuna göre cezalandırılabilmesi şartına bağladığı veya bir fiilin cezalandınlabilmesinin karşılıklılık esasına dayandırıldığı hallerde olduğu gibi, ya uluslararası hukuk düzeninin ya da başka bir ülkenin hukuk düzeninin nonnları olabilir. CK'nun 19. madde hükmü bu nitelikte bir normdur.

Atıf aynı hukuk düzenini oluşturan kurallar arasında da olabilir. Bu halde ait olduğu hukuk düzenindeki normlardan alıntı yapan normlar geniş anlamda atıf nonnlandırlar. Bunlar, genellikle, öteki normların ya hüküm kısmına ya da

müeyyide kısmına göndennede bulunmaktadırlar. CK'nun, ör., 33, 41, 108, vs. maddeleri bu niteliktedirler.

Atıf, açık veya örtülü olabilir. Gerçekten, CK'nun ikici kitabında veya özel ceza kanunlarında yahut ceza hükmü bulunan diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak, bazen açık, an1a çoğu kez örtülü olarak kanunun birinci kitabında yer alan genel hükümlere gidilmektedir. Bunun için, söz konusu genel hükümleri uygulamak, her bir suç tipi veya figürü içinde onları yeniden canlandınnaktır[60].

Gene, CK'nun bazı maddelerinde yer alan, ör., "eğitim ve öğretimi engellemek" (m. 112), "Kanm kurumu veya kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının faaliyetini enge1lemek" (m. 113), "Siyasi hakların ku11amlmasının engellenmesi" (m. 114), "iş ve çalışına hürriyetinin ihlali (m. 117)", "kamu görevlisine hakaret (m. 125/3,a)" vs., hükümleri, hukukun diğer alanlarında yer alan kavramları, burada hep yeniden canlandırmaktadırlar. Bundan dolayı, bu normlar "şekli" atıf nonnlarıdırlar[61].

Öte yandan, ceza kanununun "hükümsüzlük" hakkındaki ilkelere gidilmesini gerektiren kurallar, ör., sahtekarlık suçlarında üzerinde tahrifat yapılan şeyin geçerli evrak olması (CK. m. 204), cinsel saldırıya uğrayan kişinin eş olınası (CK. m. 102/2) şekli anlamda atıf hükümleridir. Burada, özel hukukta yer alan hükümsüzlük hakkındaki kuralların ceza hukuku alanına yansımasının mutlaka kendiliğinden olduğu söylenemez. Gerçekten, bu kurallara göndermede bulunmak, aslında kanununun, özellikle suça teşebbüsü cezalandırırken aradığı "elverişlilik" temel koşulu bakımından büyük önem taşımaktadır.

Buradan, hukukun öteki alanlarına yapılan göndermelerle ceza hukuku düzenine sokulan hükümlerin "ceza hükmü" sayılıp sayılmayacağı tartışması ortaya çıkmaktadır. Ancak, tartışma, ceza nonnlarırun tasnifi ile ilgili değildir, ceza hukukunda bilmeme (CK m.4) ve hata (CK m. 30) ile ilgilidir.

fil. DİL-MANTIK YAPISI BAKIMINDAN CEZA NORMLARI

A. İfade Biçimleri Bakımından Ceza Normları

Ceza hukuku normları, yaptırmalı dile ait önermelerdirler. Bunlar, ifade edildikleri biçim bakımından, olumlu (müspet, pozitif) veya kuralın istisnası

---

10 **Massari,** La nonna penale, s. 4.

61 **Massari, La** nonna penale, **s. 5.**

anlamında olumsuz (menfi, negatif) ceza normları olarak, yahut bunların geçerli/sahih yoıumları anlamında bildirici veya açıklayıcı ceza normları olarak aynlına.ktadırlar.

1. Olumlu (Müspet / Pozitit) Ceza normları

Olumlu ceza normları, bir yandan emirler ve yasaklardan, öte yandan izinlerden ibaret bulunan, aynca her biri ikinci derecede başka bir emirle (cezalandırma emri) ınüeyyidelendirilmiş olan emredici veya yasaklayıcı hükümlerdirler. O nedenle, olumlu ceza nonnları denince, hem emirler ve yasaklardan, hem de izinlerden ibaret bulunan emredici veya yasaklayıcı normlar, yani birinci derecede nonnlar, yani "hükümler" ve bunları ikinci derecede başka bir emirle müeyyidelendirilen nonnlar, yani ikinci derecede nomılar, kısacası "müeyyide" anlaşılmaktadır.

a. Emredici ve Yasaklayıcı Normlar, yahut Birinci Derece Normlar veya Birinci Derecede Hükümler

Bunlar, ifade biçimleri, konuları ve kapsamları bakımından birbirinden farklı ceza nomılarıdırlar

i. **Emirler ve Yasaklar**

Birinci derece normlar veya hükümler, ifade edildikleri biçim bakımından, bir yapma (fecere, azione, commissione) veya bir yapmama (non fecere, inazione, omissione) biçiminde ortaya çıkmalarına göre, ya bir emir (ussum, comando) <lirler, ya da bir yasak (vettium, divieto) tırlar. Burada, birincide, hüküm olumlu (müsbet, pozitif), ikincide hüküm olumsuz (negatif) tir.

Gerçekten, yaptınnalı önerme olan ceza hükümleri, en yakın anlatımını "A, B'yi yükümlüdür" ifadesinde bulmaktadır. Bu ifadede, A, hükmün muhatabı, B emredilen davranış, "yükümlüdür" yüklemdir. Yaptınna işlevi, ifadede, mümkün biçimlerden biri olmaktadır. Burada, yüklem veya "B" veya her ikisi birden olumsuz yapıldığında üç değişik ifade elde edilmektedir. Bunlar, sırasıyla, "A, B olmayanı yükümlüdür", "A, B'yi yükümlü değildir", "A, B olmayanı yükümlü değildir" ifadeleridir. Bu ifadelerden, "A, B olmayanı yükümlüdür" ifadesi, "A B' yi yapmaktan kaçınmalıdır" anlamına gelmektedir. Bundan ötürü, A'nın görevi, yerine getirilecek bir fiile değil, ama yerine getirilmeyecek bir fiile yani bir yapmamaya dönüktür. İşte, bir yapmama emrine, "yasak" ve aynı şekilde, bir yapma yasağına, "emir" denmektedir. B'yi emretmek, B'nin yapılmamasını yasaklamakla ve B'yi yasaklamak, B'nin yapılmamasını emretmekle aynıdır. Kuşkusuz, olumlu ve olumsuz emirler aynı olan çeşitli hükümlerdir. Bunlar arasında eğer bir fark varsa, bu fark, sadece psikolojik veya işlevsel bir farktır.

Burada bunlardan bazılarına değinilecektir.

Emir ve yasak, güttükleri amaç bakımından, birbirinden farklıdırlar. Yasak, birlikte var olmayı, yani ortak hayatı mümkün kılmayı; buna karşılık emir, elbirliğini mümkün kılmayı amaçlamaktadır. Bundan dolayı, emir, toplumsal denetimin en ileri bir evresini ifade etmektedir.

Öte yandan, emir ve yasak, muhatabı kişi yönünden de farklılık arz etmektedir. Gerçekten, yasak, sürekli dahi olsa, kendisine uyulması bakımından, muhatabında daha az bir çabayı gerektirirken; emir, muhatabında daha fazla bir çabayı gerektirmektedir. Bu bağlamda, denmektedir ki, bir yasaktan gelen yükümlülük genel olarak süreklidir, koşulsuzdur, ama bir emirden gelen yükümlülük, geçicidir, belli koşulların gerçekleşmesini gerektirir. Bu fark, CK'nun, ör., 125. maddesi hükmü ile 98. maddesi hükmü arasında açıkça görülmektedir. Bunlardan, birincisi, sürekli bir yükümlülük yüklerken, ikincisi, belli bir şartın gerçekleşmesi ile ortaya çıkan bir yükümlülük yüklemektedir. Esasen, genel dil, yasağa uygun davranışa "riayet etme" ve emre uygun davranışa "icra etme" derken, bu temel farkı vurgulamaktadır.

Emir ve yasaklar, son olarak, etkileri bakımından birbirlerinden farklıdırlar. Gerçekten, belli bir amaca varmak için olasılık içindeki seçenekler ikiden fazla olduğu takdirde, emir, özgeleştiricidir; yasak, sadece sınırlayıcıdır. Demek ki, bu halde, seçeneğin ikiden fazla olması gerekmektedir. Seçenek sadece iki tane ise, bunlardan birinin konulması ötekinin yasağını, birinin konulmaması ötekinin emrini zorunlu kılmaktadır. Ancak, seçeneğin ikiden fazla olması halinde, emir için, "emredilmeyen seçenekler yasaktır"; yasak için, "yasaklanmayan seçenekler izindir" kuralı geçerlidir.

Ceza hükümleri, dildeki bu iki biçimden, çoğunlukla yasak biçiminde ortaya çıkmaktadırlar. Ancak, hiç de az olmayan birçok hallerde, bunlar, emir biçiminde de ortaya çıkmaktadırlar. Yasaklar, sadece yasaklananı yapmak suretiyle ihlal edilebilirler. Buna karşılık, emirler, sadece emredileni yapmamak veya emredilenden farklı bir şeyi yapmak suretiyle ihlal edilebilirler. O nedenle, ceza hukukunda, her yasağa bir icra suçu (reato di commissione) ve her emre bir ihmal suçu (reato di omissione) karşılık teşkil etmektedir.

Emirler ve yasaklar, karşılıklı olarak birbirlerine indirgenebilmektedirler. Gerçekten, her yasak bir anlamda bir emirdir, yani yapmamak emridir. Her emir, bir anlamda bir yasaktır, yani yapmamak yasağıdır.

Teknik olarak, aynca, hukuken organize olan toplumun çıkarlarına aykırı fiiller yasaklanmakta, buna karşılık, bu çıkarlara uygun fiiller emredilmektedir.

ii. İster Emir İster Yasak Olsun, Birinci Derece Ceza Hükümleri, ya Mutlak (Şartsız) Hükümlerdirler ya da Göreli (Şartlı) Hükümlerdirler.

Mutlak ceza hükümleri, fiilen uygulanmalarında, özel herhangi bir hukuki fiili gerektinneyen emirler ve yasaklardırlar. Başka bir deyişle, bunlar, vasıtasız olarak, muhatabı kişilerde yapma veya yapmama yükümlülüğü, buna karşılık, devlette, söz konusu yapma veya yapmama karşılığında hak yaratan, ama kanunun kendisinden bu hak ve yükümlülüğü çıkardığı özel veya belli bir fiilin gerçekleşmesine gereksinim duymayan hükümlerdirler. Bunlara, ör., insan öldürmeyi (CK. m. 81, 83), yaralamayı (CK. m. 85), hırsızlığı (CK. m.141), yağmayı (CK. m.148), vs. yasaklayan hükümler girmektedir.

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, hukuk düzeni bir yandan bir emirler, öte yandan bir anlamda bir şartlı hükümler bütünü olduğundan, mutlak veya şartsız hükümler, daima bazı şartlara tabi kılınmakta, böylece bir yerde şartlı hükümler olmaktadırlar. Gerçekten, bunlar, en azından ve daima, önlerinde, iradesi oldukları devletin, kendilerine iradesini yönelttiği kişilerin varlığını; aynı zamanda bu kişilerde, devletin uyruğu olma niteliğini; bu hükümleri anlama, bunlara uygun davranma ve isteme yeteneğini gerektirmektedirler. Ancak, bu duruma rağmen, bu hükümler, beşeri veya doğal belli hukuki bir fiilin gerçekleşmesini gerektiren özel bir şarta hiçbir şekilde gereksinim duymaksızın, isnat yeteneğini haiz kişilere devletin yönelttiği emirler veya yasaklar olmak anlamında şartsız hükümlerdirler.[63]

Şartlı veya göreli hükümler, fiilen uygulanmasında, belli bir hukuki ilişkinin gerçekleşmesini gerektiren emirler veya yasaklardır. Açıkçası, şartlı hükümler, doğrudan değil ama, dolaylı olarak, kendisine bir hak veya yükümlüğün hukuki netice olarak bağlandığı özel hukuki bir ilişkinin karışması sonucu olarak, kişide bir yapma veya yapmama yükümlülüğü; bunun karşılığı olarak, devlette, bir hak doğuran hükümlerdirler. Gerçekten, bunlar, uyrukluk ilişkisinden doğan koşullardan farklı olarak, kişiye ait bazı koşulların bulunmasını şart koşan, devletin kişilere yönelttiği ceza ile müeyyidelendirilmiş emirler ve yasaklardırlar. Muhatabında, ör., vatandaşlık (CK. m.303, 305, vs.), kamu görevlisi (CK. m. 102/3, b, 128,247, 250,251,252,255,256,257, vs.), babalık, oğulluk, kardeşlik, vs. (CK. m. 82/1, d, 86/2,a, 102/3,c, 103/3), karı-kocalık (CK. m.102/2) ilişkilerini veya sıfatlarını arayan hükümler bu nitelikte olan hükümlerdirler. Gene, aynı şekilde, bazı hukuki ilişkileri, ör., akit, vs. (CK. m. 155, 156) veya idarenin bel1i bir düzenleyici işlemini (CK. m. 195) şart koşan devletin uyruğuna yönelttiği

---

61 Rocco, Sul concctto, s. 12.

müeyyidelendirilmiş emirler ve yasaklar ve benzer hükümler şartlı veya göreli hükümlerdir. Şart, şartlı emir ve yasakların sadece uygulanmasını sınırlandırır, ancak onların mutlak zorunluluk niteliğini bozınaz6□.

iii. **Ceza Hükümleri, İster Emir İster Yasak Olsun, Konularının İçeriği Bakımından ya Tehlike Yasakları, Zarar Yasakları, ya da Tehlike Emirleri, Zarar Emirleridirler**

Zarar yasakları, devletin cezai himayesini gerektiren belli bir değer veya menfaatin zararına, dış dünyada zararlı belli bir değişime neden olmanın yasağı olan hükümlerdir. Gerçekten, bunlar vasıta kılınarak, iradenin dış dünyada bir değişiklik, yani bir netice doğurmaya elverişli bir tezahürü önlenmektedir. Önlenmek istenen, öyleyse sebebiyet verilmesi yasaklanan netice, bir zarardır. Bu yasaklar içine, ör., öldürme (CK. m. 81), yaralama (CK. m. 86), hırsızlık (CK. m. 141), bir kimseye zarar verme (CK. m.151) vs. girmektedir. Bunlara karşılık gelen suçlar, zarar suçlarıdırlar.

Tehlike yasakları, kendileriyle henüz hukukı bir değer veya menfaate gerçek bir zarar verilmemesine rağmen, sonuçta hukuken himayeye değer bir değeri veya menfaati tehdit eden, yani tehlikeye atan fiilleri yasaklayan hükümlerdir. Tehlike yasakları, tıpkı zarar yasaklarında olduğu gibi, sadece bir irade tezahürünü değil, ama dış dünyada belli bir değişiklik doğurabilen bir irade tezahürünü önlemektedirler. Başka bir deyişle, bunlar, yalnız hareket yasağı değil, ama netice yasağıdır. Burada, doğumu önlenmek istenen netice, elbette zarar değildir, sadece bir tehlikedir. Tehlike, gerçekten bir neticedir. Bunlara, ör., tehdit (CK. m. 106, 107), hakaret (CK. m. 125), vs. yasakları girmektedir. Bunların karşılığı suçlar tehlike suçlarıdır.

iv. Yasaklar Hakkında-Yapılan Ayırım Emirler Hakkında da Yapılabilmektedir.

Yapılmaması hukukı bir değer veya menfaatin fiilı bir zararına neden olan bir davranışın yapılmasını emreden hükümler, zarar emirleridir. Kanunun, ör., 97, 98. maddeleri hükmü bu niteliktedir.

Buna karşılık, yapılmaması hukuki bir değer veya menfaatin zarar tehlikesine neden olan bir davranışın yapılmasını emreden hükümler, tehlike emirleridir. Kanunun, ör., 278, 279, 280, vs. maddeleri hükmü, bu anlamda bir tehlike emirleridir.

1A Rocco, SuJ concetto, s. 11.

b. l\ılüeyyide Emirleri \'eya İkinci Derecede Normlar

Müeyyide hükümleri, gerekli kıldıkları bir emir veya yasağı ihlal eden bir fiilin failine, şahsi bir kötülük, yani ceza vermeye ve onu uygulamaya yönelik devletin kanunla tezahür eden iradesidir. Bu niteliğinden ötürü, müeyyide hükmü hukuki bir emirdir. Açıkçası, suçla ihlal edilen emrin, yani ceza hükmünün yerini alan yeni hukuki bir emirdir. Ancak, bir yandan bir hükmü, öte yandan bu hükmün ihlalini (suç) gerektirdiğinden, müeyyide hükmü ikinci derecede bir emirdir, yani ikinci derecede bir ceza nonnudur. Söz konusu bu hükümler, bu niteliklerinden ötürü, emredici ve yasaklayıcı ceza nonnlanndan farklı olarak, asla bir yasak biçiminde değil, ama yalnızca bir emir biçiminde ortaya çıkmaktadırlar.

Hatta, müeyyide hükmü, çifte bir ernirdir[65].

Gerçekten, bir yandan devletin organlarına, öyleyse devlete, ceza uygulama emri verirken; öte yandan, suçluya, cezaya katlanma emri vermektedir. Bunun içindir ki, söz konusu bu çifte emirden, karşılıklı iki yükümlülük doğmaktadır: devletin organlarının, öyleyse devletin, cezayı uygulama yükümlülüğü ve suçlunun cezaya katlanma yükümlülüğü. Gerçekten, devletin bir organının cezalandırma görevini, devletin diğer bir organında, öyleyse daima devlette, suçlunun cezalandırılmasını isteme hakkı karşılamaktadır. Öyleyse, suçlunun cezaya katlanma yükümlülüğüne karşılık, devlet organında, öyleyse devlette, bir mahkı1rniyet hükmüyle ceza verilen suçludan, verilen cezaya katlanmasını istemek hakkına, devletin cezalandırma hakkı denmektedir.

Böyle olunca, ceza müeyyidesini içeren normun, izin veren veya müsaade eden bir norm olduğunu söylemek; izin veren veya müsaade eden her normun, ceza müeyyidesi içeren norm bile olsa, aynı zamanda ve daima emredici veya yasaklayıcı bir norm, yani bir emir veya yasak olduğu, dolayısıyla da aynı anda haklar ve yükümlülükler doğurduğu göz önünde tutulduğunda, herhalde yanlış olmamaktadır.

2. Negatif (Olumsuz/Menfi) Ceza Normları

Kuşkusuz, ceza normları, genel olarak, ikinci derecede bir başka emirle müeyyidelendirilen emirler veya yasaklarda ifadesini bulmaktadırlar. Bununla birlikte, bazı ceza normları, belirtilen bu biçimin dışında kalmaktadırlar. Bunlar, kural karşısında, istisnanın ifadesi olan olumsuz emirler veya olumsuz ceza normlandırlar.

---

[65] Rocco, Sul concetto, s. 14.

_a. Bir İzin veya Yetki bahşeden Normlar -Tecviz Edici Normlar

İzin veren veya yetki bahşeden nonnlar, bir ceza tehdidi altında bir davranışı emretmeyen veya yasaklamayan, tersine belli bazı koşullarda, o davranışın yapılmasına izin veren veya yapılması konusunda yetki bahşeden davranış kurallarıdırlar. Kanunun, ör. 24, 25, 26. maddeleri hükmü bu nitelikteki hükümlerdir.

Aslında, tecviz edici normlar, emredici ve yasaklayıcı normlarla aynı olan nomılardırlar. Bu özelliği vurgulamak, daha önce elde edilen, ancak incelenmesi buraya bırakılan, diğer iki ifadeyi göz önüne almayı gerektirmektedir. Gerçekten, "A, B'yi yükümlü değildir" denebilir. Bunun anlamı, "A, B fiilini yapmaya mecbur değildir" olmaktadır. Gene,"A, B olmayanı yükümJü değildir" denebilir. Bunun anlamı "A, B fiilini yapmaya izinlidir" olmaktadır. Bu ikinci ifade, "A, B'yi yapmaya izinlidir" biçiminde ifade edilebilmektedir. Burada, bir kez daha yüklemden yararlanırsak, birinci ifade için, "A, B'yi yapabilir" ve ikinci ifade için, "A, B'yi yapmayabilir" diyebiliriz. Böylece, tecviz edici normları ifade eden ifadeler elde edilmiş olmaktadır. Bunlardan, birinci ifade, olumlu ızın verıcı normu, ikinci ifade olumsuz izin verici normu ifade etmektedir.

Bu demektir ki, aslında emredici ve yasaklayıcı nonnlardan çıkan tecviz edici normlar, ifadeleri bakımından onlardan farklı, ama nitelikleri bakımından onlarla aynı olan nonnlardırlar. Bunlar, bir hukuk düzeninde, emredici ve yasaklayıcı normların etkilerini tümden veya kısmen ortadan kaldırmakta, açıkçası onları tümden veya kısmen inkar etmektedirler. Olumlu tecviz edici normlar, olumsuz bir emrin, buna karşılık, olumsuz tecviz edici normlar, olumlu bir emrin tümden veya kısmen inkarında söz konusu olmaktadırlar. Bu ilişkinin tersinin de aynı şekilde geçerli olduğunu göz önüne alırsak, tecviz edici normlarla emredici ve yasaklayıcı normlar arasındaki bağıntının ne denli sıkı olduğu daha iyi açıklanmış olmaktadır. Başlangıçta, olumlu emirlerin "A, B'yi yükümlüdür" ifadesinden hareket edilmişti. Burada, olumlu tecviz edici norm "A, B yapabilir" ifadesinden, "A,B' yi yapamaz" , "A, B olmayanı yapamaz" ifadeleri elde edilebilir. Bunlardan, ilki, olumlu tecviz edici emir, ikincisi ve üçüncüsü, sırasıyla olumsuz tecviz edici emirdirler. Bu yeni seride, olumlu ve olumsuz emirler, sırasıyla olumlu ve olumsuz tecviz edici emirlerin inkarı şeklinde ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, emredici ve yasaklayıcı her hukuk normu aynı zamanda tecviz edici ve karşılığında her tecviz edici hukuk normu aynı zamanda emredici ve yasaklayıcı bir hukuk normu olduğundan, tecviz edici normlar, emredici ve yasaklayıcı normlarla birlikte bütün bir şeyi teşkil etmektedirler.

Gerçekten, her emir ve yasak aynı zamanda bir izinse, açıktır ki, bu izin, hem kendisine emredilen veya yasaklanan kişi bakımmdan, hem de lehine emredilen veya yasaklanan kişi bakımından bir müsaade olmaktadır.

b. Kendisine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden

Her emir veya yasak, kendisine emredilen ve yasaklanan kişi yönünden, onda hukuki bir yapına veya yapmama yükümlülüğü doğurmaktadır. Her yapma veya yapmama yükümlülüğü, zorunlu olarak, yükümlülüğün doğal hareket serbestisinin, hukuki bir sınırıdır. Bununla birlikte, hukuken sınırlandırılmadığı veya engellenmediği için, doğal olarak serbest olan her şey, aynı zamanda, hukuken serbest, yani meşrudur. Hukuken meşru olmak, hukuken izinli kılınmak veya hulo.ıken müsaade edilmek demektir. Hukuken emredilmeyen veya yasaklanmayan her şey, öyleyse hukuken izinli olmaktadır. Başka bir deyişle, herkes, hukuken ihmale yükümlü olunmayan şeyi hukuken yapabilir ve hukuken yapmaya yükümlü olunmayan şeyi ihmal edebilir. Bundan dolayı her emir veya yasak aynı anda emir veya yasağın muhatabı, yani bizzat yükümlü bakımından bir müsaadedir.

c. Emir veya Yasak Aynı Zamanda Lehine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden de Bir Müsaadedir

Emir ve yasak, sadece kendisine emredilen veya yasaklanan kişi yönünden değil, ama aynı zamanda lehine emredilen veya yasaklanan kişi yönünden de bir müsaade olmaktadır. Gerçekten, beşeri toplumsal birlikte var olma sürecinde, bir kişinin serbest davranışına konan her sınır, zorunlu olarak diğer bir kişinin serbest davranışının genişlemesi sonucunu doğurmaktadır. Üzerinde normların egemen olduğu ve normların yöneldiği toplumsal olarak birlikte yaşayan kişilerin çokluğundan hareket edildiğinde, bir kişinin hürriyet alanı, diğer kişinin hürriyet alanını ne kadar daraltırsa, o kadar genişlemiş olur. Öyleyse, belli bir kişiye konan her yapma veya yapmama yükümlülüğü, mantıksal ve pratik zorunluluktan ötürü, başka bir kişide, karşılık olarak, bir talepte bulunma veya bir muvafakat etmeme yetkisi karşılamaktadır. Hukuk tarafından bir kimsenin iradesine, dolayısıyla fiiline verilen bir hukuki yetki veya hukuki iktidar, bizzat o kişinin veya başka bir kişinin bir amacını, öyleyse bir değer veya menfaatini ilgilendirdiğinden, ayrıca bu değer veya menfaat emir veya yasağa eşlik eden bir müeyyide ile himaye altına al.ındığından bir "haktır" denir. O halde, bir kişiye konan emir veya yasak aynı anda başka bir kişiye verilmiş bir müsaadedir. Başka bir deyişle, bir kişinin hukuki her yükümlülüğünü diğer bir kimsenin bir hakkı karşılamaktadır[66].

---

[66] Rocco, Sul concetto, s. 19.

Sonra. her emir veya yasak nasıl aynı zamanda bir müsaadeyse, aynı şekilde, her müsaade, aynı zamanda bir emir veya yasaktır. Gerçekten, her müsaade hem izinli kılınan kimse yönünden, hem de kendisine müsaade edilen kimse karşısında bir emir veya yasaktır.

d. Her l\ılüsaade İzinli Kılınan Kimse Yönünden Bir Emir veya Yasaktır

Her müsaade, her şeyden önce, izinli kılınan kimse bakımından, aynı zamanda bir emir veya bir yasaktır. Gerçekten, her hukuki müsaade, belli bir kişiye, devlet tarafından ve hukuk vasıtasıyla belli bir hukuki hürriyet alanının ayrılmasından başka bir şey değildir. Başka bir deyişle, her müsaade, bir kimsenin hangi doğal faaliyet alanının hukuken serbest, yani meşru, öyleyse izinli veya müsaadeli olduğunu (ve dolayısıyla hangisinin böyle olmadığını) belirlemeden ibarettir. Her hukuki müsaade, aynı zamanda bir belirlemek olduğundan, zorunlu olarak, bir başka kişi karşısında, bu kişinin doğal faaliyetinin bir sınırıdır. Bir kimsenin doğal faaliyetinin bu sınırı, ancak bir yapma veya yapmama emriyle, öyleyse bir emir veya bir yasakla konulabilmektedir.Bu demektir ki, her hukuki müsaade, bizzat izinli kılınan kimse bakımından, aynı zamanda bir emir veya bir yasak olmaktadır.

e. Lehine Emredilen veya Yasaklanan Kişi Yönünden

Her hukuki müsaade, aynca kendisine veya kendilerine müsaade edilen kimse veya kimseler bakımından bir emir veya bir yasaktır. Gerçekten, hukuki her müsaade, bir kimse veya birden çok kimse karşısında bir yapma veya yapmama yetkisi vermekten ibaret bulunmaktadır. Başka bir deyişle, hukuki her müsaade, bir kişiye verilen bir başka kişinin yapması veya yapmamasını talep etmek, yahut başka kişilerin yapmasına veya yapmamasına muvafakat etmemek konusundaki hukuki bir imkandan ibarettir. Her ikisinde de, bir kişinin (izinli) yapma veya yapmama hukuki iktidarına, diğer bir kişinin (yükümlü) hukuki bir yapma veya ihmal etme yükümlülüğü, yahut bir kimsenin hakkına b□ka bir kimsenin yükümlülüğü karşılık teşkil etmektedir. Madem her yapma veya ihmalde bulunma yükümlülüğü bir emir veya bir yasağı gerektirmektedir, bir kimseye verilen hukuki her müsaade, başka bir kimse bakımından bir emir veya bir yasak olmaktadır. Buradan, her emir veya yasağın aynı zamanda bir müsaade, buna karşılık olarak, her müsaadenin bir emir veya yasak olmasından, hukuken yasaklanmamış her şeyin hukuken yapma, hukuken emredilmemiş her şeyin hukuken yapmama müsaadesi olduğu sonucu

çıkmaktadır. Öyleyse, bu durumda, ceza normunun, emredici, yasaklayıcı ve tecviz edici tezahürleri, birbirinden ayrılmaz iki yüz olarak, ceza normunu oluşturduklarından, tecviz edici ceza normlarının, emredici ve yasaklayıcı ceza nonnbrına bir karşıtlığı imkansız olmaktadır.

Her şey bir yana, tecviz edici normlar, hiç olmazsa karşısında izin verilen kimse veya kimseler bakımından, daima bir emir veya bir yasak içermekten başka, bazen kendilerinin varsaydığı diğer emir ve yasakların aynı zamanda bir reddini, yahut sınırlandırmasını, daha doğrusu, bir inkarını (negazione) içermektedirler. Demek ki, bunlar, olumsuz ceza normlarının bir türünden veya onların özel bir ifadesinden başka bir şey değildir. O nedenle, söz konusu bu normlar, olumsuz ceza normu olarak, emredici ve yasaklayıcı diğer normların zorunlu bir parçasını oluşturmaktadırlar ve kuralın istisnası olarak onlardan ayrılmamaktadırlar. Gerçekten, CK., ör., 25/1. maddesinde meşru savunmaya izin verirken, başkasına zarar verme yasaklarının, ör., CK. m. 81, 86, vs., orada belirtilen koşullarda, geçerliliklerini inkar ederek hariç bırakmakta, açıkçası onları gayri mümkün kılmaktan başka bir iş yapmamaktadır. Ceza kanunun başka yerde genel olarak açıkça yasakladığı fiiller söz konusu olmasaydı, tecviz edici normlar, ya hiçbir anlama gelmezdi, ya da sadece bir savunma hakkının tanınması olarak değil, ama bu hakla birlikte, aynı zamanda kendisini savunma zorunluluğundan gelmeyen tüm öteki durumlarda, herkese konan, beden bütünlüğüne ve hayata karşı bir zararlı fiiller işleme yasağı olarak anlaşılırdı.

Ancak, öteki emredici ve yasaklayıcı normlarının olumsuz normlarına varan tecviz edici normlar söz konusu olduğunda, kuşkusuz, bir kimseye verilen müsaade, onun bakımından değilse bile, bir başka kişi veya diğer kişiler bakımından bir emir veya bir yasaktır. Böyle olunca, bu normlar, aynı zamanda saldırgan kişi ve diğer kişiler bakımından, savunma hakkının kullanılmasına razı olma, rıza gösterme konusunda bir emir veya savunma hakkının kullanılmasına bir direnme yasağı olmaktadırlar. İşte, bu yüzden, ör., saldırıya uğrayanın meşru savunmasına karşı saldırganın savunma hareketleri; aynı şekilde saldırıya uğrayanın savunma hakkının üçüncü kişilerce engellenmesi; gayri meşruluk olmaktadır.

Öte yandan, tecviz edici normlar, aynı zamanda ör., meşru savunma halindeyken başkalarının beden bütünlüğüne veya hayatına karşı zararlı bir fiil işleyen kişinin cezalandırılmaması konusunda devletin ilgili organlarına yönelik bir emirdir.

f. Hiçbir Yetki Bahşetmeyen veya Bir İzin Vermeyen ama Sadece İnkar Eden ve Sınırlandıran Ceza Normları

Hiçbir yetki bahşetmeyen, bir izin vermeyen ceza normları, bir ceza tehdidi altında emretmeyen veya yasaklamayan, bir izin ve yetki de bahşetmeyen ama, sadece emredici veya yasaklayıcı yahut tecviz edici öteki ceza normlarının bazı fiili durumlara göre uygulanabilirliğini sınırlandıran veya bunları tümden inkar eden hükümlerdirler. Olumlu ceza normları denen emredici, yasaklayıcı veya tecviz edici normların karşıtı oldukları içindir ki, bunlara, olumsuz ceza normları denmektedir. CK'nun, ör., hiç kimsenin, kanundaki tanımına uysa bile, bilmediği ve istemediği bir fiilden cezalandırılamayacağı (m. 21), fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan kişi hakkında kovuşturma yapılamayacağını ve ceza verilemeyeceğini (m. 31), sanığın ölümünün kamu davasını ortadan kaldıracağını (m. 64), vs., emreden davranış kuralları, bir izin veya yetki bahşetmeyen ama, sadece başka davranış kurallarının uygulanabilirliğini sınırlandıran veya onları tümden inkar eden olumsuz ceza normlarıdırlar.

5. Emredici veya Yasaklayıcı Normlarla Bağıntılarında Olumsuz (Negatif) Ceza Normları

Aralarına kendine özgü bir tür oluşturan tecviz edici normlar da bulunmasına rağmen, olumsuz ceza normları, tamamen veya kısmen inkarını teşkil ettikleri emredici veya yasaklayıcı ceza normları ile olan bağıntılarmda, ya bir ceza ile müeyyidelendirilmiş olan emir veya yasağın olumsuz normları, yani ceza hükmünün olumsuz normları, ya da cezalandırma emrinin olumsuz normları, yani müeyyide hükmünün olumsuz normları olarak ortaya çıkmaktadırlar.

Emir veya yasak, ceza hükmünün, kuralın istisnası olarak, belli bir fiille tamamen veya kısmen birleştirilmemesi gerektiğini bildiren normlar, ceza hükmünün olumsuz normlarıdırlar. Bunlar arasına, ör., kural olarak yasaklanan, dolayısıyla suç sayılan bir fiili, belli bazı koşullarda istisna olarak buyuran (CK. m. 24) veya kural olarak yasaklanan, dolayısıyla suç sayılan bir fiile, belli bazı koşullarda istisna olarak izin veren **(CK.** m.25/1,2, 26, vs.) ceza normları girmektedir.

Müeyyide hükmünün olumsuz normları, en başta, cezalandırma emnnın, dolayısıyla cezalandırma hak ve yükümlülüğünün, bir ceza hükmünü ihlal eden belli bir fiile ya tümden ya da kısmen bağlanmaması gerektiğini bildiren normlardırlar. Ba□ka bir deyişle, bu normlar, kural olarak cezalandırılabilir bir fiilin cezalandırılmamasına veya farklı bir biçimde cezalandırılmasına izin veren veya

bunlan emreden nonnlardırlar. Gerçekten, ister yalnızca cezadan muaf tutsun (cezalandırılabilme şaı1ları), ister kurucu unsurların birinde suçu veya cezayı hariç bıraksın (suçu 011adan kaldıran nedenler), cezalandırma hakkını ortadan kaldıran nedenler, kuralın istisnası olarak, müeyyide hükmünün olumsuz normlandırlar.

Sonra, bu normlar, bir ceza hükmünün ihlali olan belli bir fiille bağıntılı emir ve yasağın, dolayısıyla hak ve yükümlülüğün, başka bir fiilin gerçekleşmesi ile tamamen yahut kısmen uygulanmamasını (cezalandırma hakkının ortadan kalkması veya değişmesi nedenleri) bildiren normlardır. Kanunun, ör., 64, 65, 66, vs. maddeleri bu nitelikteki hükümlerdirler. Öte yandan, Kanunun ör., 27. maddesi hükmünde olduğu gibi, belli bir fiil ile bağıntılı olması gereken bir inkarı inkar eden non11lar da, müeyyide hükmünün olumsuz hükümleridirler.

Ancak, belirtmek gerekir ki, ceza hükmünün tüm olumsuz normlan doğal olarak müeyyide hükmünün de olumsuz normlan olduklan halde, bunun tersi, yani müeyyide hükmünün olumsuz normlan, ceza hükmünün olumsuz normları değildirler.

6. Bahşeden, Malınım Eden Ceza Normları

Ceza normlarının bir yandan emreden veya yasaklayan, öte yandan cevaz veren normlar olarak iki yana açık davranış kurallan olmaları, aynca başka bir tasnifine imkan vermektedir.

İkitaraflılık (bilateralita), normun, karşılıklı olarak, iki kişiye hak vermesi ve ödev yüklemesidir. Gerçekten, hukuk normu ikitaraflıdır denirken, normun, karşılıklı bir ilişkinin aralarında birleştirdiği iki kişiyi, yani karşılıklı olarak hak ve ödev sahibi iki kişiyi, aynı anda muhatap almasıdır. Başka bir deyişle, ceza normu, genel olarak, bir kimseyi borçlu kılarken, yani bir kimseye bir yükümlülük yüklerken, bunun tersi olarak diğer bir kimseye bir iktidar, yani bir hak bahşetmektedir veya bunun tersi olmaktadır. Bu demektir ki, iktidarsız, yükümlülük olmaz. Öyleyse, yükümlülük, karşısında, kendisine nispetle, iktidarla donatılmış bir kişi bulunan bir kimsenin, kendisinin içinde bulunduğu durumdur. Hukuk düzeninin, bireylere, kendisi ile yükümlülükler yarattığı normal usul, ya özel organlara, ya da her ikisine birden iktidar bahşetmek olmaktadır. Yükümlülük ve iktidar, birinci ikinciden ve ikinci birinciden bağımsız olarak tanımlanamama anlamında, değişken iki terimdir ve biri, ötekine dönüştüıülebilmektedir. Böyle olunca, "AB' in karşısında bir yükümlülüğe sahiptir" demek, "A, B' in karşısında bir iktidara sahiptir" demeye eşit olmaktadır[61].

---

[61] Rocco, L' Oggetto, s. 166; Vannini, Filosofia del diritto, Bologna 1904, s. 67; Miceli, La nomıa giuridica, s. 170 vd.

Bu bağlamda, emredici ve yasaklayıcı ceza normları, bir yükümlülük doğuran nonnlar olurken, tecviz edici normlar, bu yükümlülüğü ortadan kaldıran normlar olmaktadırlar6s.

7. Bildirici veya Açıklayıcı Ceza Normları

Bildirici veya açıklayıcı normlar, bir davranışı ne emreden ve yasaklayan, ne o davranışa cevaz veren, ne de emredici, yasaklayıcı veya tecviz edici normların uygulanabilirliğini sınırlandıran veya inkar eden normlardırlar. Tersine, bunlar, sadece bir fikri, bir kavramı genişleten, ayrıntıları ile anlatan veya öteki ceza normlarının saptamış olduğu bir kavramı unsurları ile ortaya koyan normlardırlar. Bu demektir ki, nitelikleri bakımından olumlu veya olumsuz ceza normu sayılmayan, ama bunlarla birlikte bir bütün teşkil eden ceza normları bildirici veya açıklayıcı hükümlerdirler. Bunlar, öteki ceza normlarının sahih yorumları, açıklamaları olarak yorumladıkları, açıkladıkları olumlu ve olumsuz ceza normlarına katılmakta, açıkçası bir bütünün parçaları olarak onlarla birleşmektedirler. Öyleyse, bildirici ve açıklayıcı normlar, öteki ceza normlarının uygulanabilirlik koşullarını bildirmeyi, açıklamayı, tamamlamayı amaçlayan ceza normlardırlar. Başka bir deyişle, bunlar, salt bildirmeden ve açıklamadan ibaret olduklarından, diğer ceza normlarının, ister emredici veya yasaklayıcı, ister tecviz edici, isterse olumsuz normlar olsunlar, özel bir tür sahih yorumunu ifade etmektedirler.

Ancak, bunların dilde bildirmeli önerme olmaları, onların bir yaptırma işlevine sahip olmadıkları, yani bir tür emir olmadıkları anlamına gelmemektedir. Öteki ceza nonnları ile birlikte bir bütün teşkil ederek ceza hukuku düzeninde

---

611 Ancak, belirtmeye gerek yoktur ki, her zaman açıkça ifadesi gerekmese bile, nommn, hukuki ilişkinin öteki tarafında bulunan kişiye bir iktidar bahşetmeye veya bir iktidardan onu mahrum bırakmaya yönelen bir başka tarafı daha bulunmaktadır. Bu "korelasyondan" ötürü, belli bir davranışı iiçüncü kişiden isteme iktidarı bahşeden norm, o kimseye olumlu bir yükümlülük koyan norma, buna karşılık, bir davranıştan kaçınmayı üçüncü kişiden isteme iktidarı bahşeden norm, o kimseye olumsuz bir yükümlülük koyan norma eşittir. Yine, bu biçimde, bir davranışı isteme iktidarını bir kimseden alan norm, daha önce yükümlü kılınmış olan diğer bir kişiye bir yapmama hürriyeti (olumsuz izin) geri veren norma, buna karşılık, bir davrnnıştan kaçınmayı isteme iktidarını bir kimseden alan norm, bir başka kişiye bir yapma iktidarı (olumlu izin) geri veren norma eşittir. Bu dört tip norm, daha önce görmüş olduğumuz diğer dört tip normun, yani olumlu ve olumsuz emirler ve olumlu ve olumsuz izinlerin karşılığını teşkil etmektedirler.

Söz konusu bu normlar, halen herkesçe bilinen ve kabul edilen bir isme sahip bulunmamaktadırlar. Hukuk normunun iki taraflı olduğunu kabul eden düşünceler, bu normlara emredici-bahşedici (imperativa-attributiva) hukuk normları demektedirler. Böyle olunca, bir iktidar (başkasının belli birdavranışını tahrik eden veya engelleyen) bahşeden normlara "bahşedici nom1lar", buna karşılık, bahşedilmiş olan bir iktidarı ortadan kaldıran normlara "mahrum edici" normlar denebilmektedir (Hafızoğullan, Ceza Nom1u, s. 303 vd.).

geçerlilik k.--azanan bildirici ve açıklayıcı hükümler, bildirmeli önerme biçiminde ifade edilmelerine rağmen, yaptırmalı dil alanına girdiklerinden, bir yaptırma, emretme işlevine sahip bulunmaktadırlar. Açıkçası, bunlar, kanun koyucunun, k.-anundaki belli bir deyim.in, belli bir ifadenin belli bir biçimde anlaşılmasını sağlayan iradesin.in bir tezahürüdür. Bu yüzden, ceza hukuku düzeninde yer alan bildirici veya açıklayıcı ceza hükümleri, genel olarak, yurttaşlardan da önce, devletin organlarına, özellikle yargı organlarına, kanunda yer alan deyim ve ifadelerin, kanun tarafından muayyen kılınan sınırlar içinde ve anlamda anlaşılması ve uygulanması konusunda uyulması zorunlu bir emri içermektedir.

Bildirici veya açıklayıcı ceza normları, bazen davranış normu, yani hükümle, bazen müeyyide hükmü ile birlikte bir bütün oluşturduklarından, kanunu uygulayan organ yerindeki kişiler bakımından bir davranış kuralı veya normu olarak görev yapmaktadırlar. Bu demektir ki, söz konusu bu ceza hükümleri, kimseye bir haber, bir bilgi vermemekte, kanunun anlaşılması ve uygulanması konusunda, kanun hükmünün muhatabı kişilere, belli bir biçimde davranmalarını emretmektedirler.

Bu bağlamda, başta Ceza Kanununun genel hükümleri arasında yer alan, ancak bir ceza tehdidi altında emredilen veya yasaklanan bir davranışa cevaz vermeyen, aynı zamanda bu nitelikteki davranış kurallarının uygulanabilirliğini bazı fiili durumlar bakımından inkar etmeyen veya sınırlandırmayan hükümler, bildirici veya açıklayıcı ceza normlarıdırlar. Gerçekten, Kanunun, ör., 1, 2, 4, 6, 35, 37, 45, 46, 58, 61, vs. maddeleri hükmü, bu nitelikte ceza normlarıdırlar.

Bu tür normlara, Kanunun özel hükümleri arasında, genellikle tanım kuralları olarak rastlanmaktadır. Kanunun, ör., 126, 252/3, 4, 5, vs. hükümleri bu nitelikteki ceza hükümlerdirler.

B. Kategorik Ceza Normları - İpotetik Ceza Normları

1. İfade Edildikleri Biçim Bakımından Ceza Normları

Ceza hukuku normları, bildirmeli ve belirtmeli değil, yaptırmalı önennelerdirler[69]. Dilin, başkalarının davranışlarını değiştirmek için, onları etkilemek amacı ile kullanılmasına, dilin yaptırma işlevi denmektedir. Dil, yaptırma işlevini, yaptırmalı önermelerle, yani normatif önermelerle yerine getirmektedir.

---

[69] Dilin bildinne, belirtme ve yaptırma işlevleri hakkında bkz., Batuhan-Gnınberg, Modem Manuk, Oıtadoğu Teknik Üniversitesi, Ankara 1970, s. 10 vd.

Dilin yaptırma işlevi, emretmek, uyarmak, tembih etmek ve öğüt vermekten, dolayısıyla başkalarının davranışlarını etkilemek, onları değiştirmekten, açıkçası bir yaptınnaktan ibaret bulunmaktadır.

Ceza hukuku kuralları dilin bu alanına girmektedir. Gerçekten, ceza normu, hüküm, önenne olarak, ne bir bildirme, ne de bir belirtmedir, sadece bir yaptınna, bir buyruktur.

Böyle olunca, ceza nonnu, başkalarına kuramsal bir gerçeği öğretmek veya onların duygusal bir tepki ve tavrını dışa vunnalarını sağlamak amacı ile değil, sadece kendilerinden istenen belli bir biçimde davranmalarını sağlamak, öyle davranmadıklarında, davranışlarından ötürü, onları yargılamak amacı ile konmuş olmaktadır[70].

Kanun koyucu, bir bilgi - haber dairesi değildir, tersine toplumsal denetimin merkezi bir organıdır[71].

Bu açıdan bakıldığında, ceza nonnları, kategorik veya mutlak emirler, ipotetik veya teknik nonnlar olarak ortaya çıkmaktadırlar.

2. Kategorik Emirler

Kategorik emirler, belli bir davranışın mutlaka yerine getirilmesi gerektiğini saptayan kurallardır. Açıkçası, bunlar, hiçbir şarta bağlı olmadıklarından, yani salt ödevsel bir davranış olduklarından, hiçbir amaçla değil sadece yapılması için yapılması gereken kendinden iyi, yani mutlak anlamda iyi bir davranışı emreden nonnlardırlar.

Hukuk nonnlarının ve genelde özel olan ceza normlarının yegane ifadesinin ipotetik hükümler[72] veya teknik nonnlar olduğu[73] doktrinde ileri sürülmekle birlikte, hukuk ve ceza hukuku düzeninde müeyyidelendirilmemiş normların bulunması gerçeği74, ipotetik hukuk normları veya teknik normlar yanında, ayrıca kategorik hukuk, ceza hukuku nonnlarının varlığını kabul etmeyi gerektirmiştir.

Gerçekten, ceza hukuku düzenine bakıldığında, bazı ceza normlarına uymanın herhangi bir araçla temin edilmemiş olduğu görülür. Bunlar, genellikle, uyulması ceza müeyyidesiyle sağlanmış olan normları, yani asıl ceza normlarını tamamlayan nonnlardırlar. Bu normlara uyma, hiç olmazsa muhatapları, açıkçası

---

10 Bobbio, Teoria della norma, s.83.

71 Ross, Diritto e giustizia, Introdıızione e traduzione di G. Gavazzi,Torino 1958, s. 1O

n Kelsen, Lineamenti, s. 64, 209;Grispigni, Diritto penale, s. 258.

'1 Rava' , Diritto e stat.o nella morale idealistica, Padova 1950, s. 25, 32.

" Bobbio, Teoria della norma. s.lO

yargı organları bakımından herhangi bir şarta tabi kılınınaınışlardır, yani uymama, muhatapları bakımından herhangi bir müeyyideyi davet etmemektedir. Bunlara uymamak, sadece verilen kararın hükümsüzlüğünü doğurur. Hükümsüzlük kararın bozulmasıdır. Bozma, esasen ihlale tepki olmadığından müeyyide değildir. Öyleyse, ceza hukuku düzeninde, doğrudan veya dolaylı olarak asıl ceza normlarını tamamlayan, ancak uyulmaları herhangi bir müeyyideyle sağlanmanuş olan hükümler, ör., CK. m. 1, 2, 3, 4, 20, 45, 61, vs., en azından yargı organlarında, muhatapları kişiler, yani hakim bakımından kategorik emir biçiminde ifade edilmiş olan ceza normlandırlar.

Öte yandan, ceza hukukunda belli bir ihlale ilişkin olmakla birlikte, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ihlale bir cevap, bir tepki teşkil etmeyen, ancak sadece ihlal vesilesi ile ortaya çıkan kişideki tehlikelilik esasına dayandırılan, dolayısıyla ihlali bastırmakla değil, sadece ileride ortaya çıkabilecek olan ihlalleri şimdiden önlemekle ilgili bulunan tedbirleri içeren hükümler de, kategorik emir biçiminde ifade edilen ceza normlarıdırlar. Gerçekten, bunlar, ihlale isnat edilen, ihlalin neticesi olarak görülen hukuki sonuçlar değildirler, sadece ihlal vesilesi ile kişide ortaya çıkan tehlikeli kişilikle ilgili bulunmaktadırlar. Başka bir deyişle, söz konusu normlar, birinci derecede bir ceza normunun ihlaline hukuki netice olarak bağlanan ikinci derecede bir norm, yani bir cezalandırma emri değildirler, çünkü tehlikelilik, emredilen veya yasaklanan bir fiil değildir, emredilen veya yasaklanan bir fiilin işlenmesinden sonra kişide ortaya çıktığı düşünülen istenmeyen bir durumdur. Kuşkusuz, böyle bir durumun, tehlikeli kişiye, bir yükümlülük, bir borç olarak yüklenmesi, şeyin doğasına aykırıdır, çünkü, tehlikelilik kişinin bir davranışı değil bir durumu olduğundan, hukuk düzeni, kimseye tehlikeli olmamayı emretmemiştir. Böyle olunca, ihlal edilebilir bir ceza hükmünden yoksun olarak, salt güvenlik tedbiri emreden hükümler, ifadesini ipotetik önermelerde değil, kategorik önermelerde bulan emirler olmaktadırlar. Ciddi bir biçimde karıştırılmış olması bir yana, Kanunun, Birinci kitap, Üçüncü kısım, İkinci bölümde öngördüğü güvenlik tedbirleri, belli bir hükümden yoksun olarak salt belli tedbirleri emretmeleri **nedeni ile, kategorik ceza normlarıdırlar.**

Belirtilen bu yapılarından ötürü, muhatapları madem yargı organlarıdır, kişilerin bu kurallara uymaması söz konusu olmaz. Burada, söz konusu olan, bunların yargı organları tarafından doğru veya yanlış uygulanmalarıdır. Yanlış **uygulama, yanlış uygulayan kişi bakımından her hangi bir müeyyideyi davet** etmemektedir. Burada, sadece işlem hükümsüz kılınmaktadır. İşlemin hükümsüz

kılınması, ceza mahkemesinin hükmünün bozulmasıdır. O halde, ceza hukuku düzeninde güvenlik tedbiri öngören normlar, belirtilen bu niteliklerinden ötürü, kategorik emirlerdirler.

3. Şartlı (İpotetik) Emirler veya Teknik Normlar

Şartlı, ipotetik emirler, belli bir şartın gerçekleşmesine bağlı olarak, belli bir fiilin yapılması gerektiğini saptayan normlardır. Gerçekten, bunlar, bir amaca varmak için iyi olan bir fiili, yani kendinden iyi olmayan ama sadece belli bir amaca ulaşmak istendiği veya gerektiği için iyi olan, dolayısıyla amaca varmada şartlı olarak yerine getirilen bir fiili emreden hükümlerdirler.

Öyleyse, bir müeyyideyle kuvvetlendirilmiş bulunan tüm ceza normları kesinlikle şartlı emirlerdirler. Gerçekten, birinci derece ceza normunca konan bir yükümlülüğün gerçekleşmesi için bir şart olarak ikinci derecede normca, yani müeyyide normunca isnat edilen neticenin ret veya kabul edilmesinin göz önüne alınması anlamında, "Y cezasına çarptırılmak istemiyorsan X fiilini yapmalısın" ifadesine göre, ipotetik önermelerle ifade edilmektedirler. Bu önermeleri belirleyen özellik, netice veya amacın, tabiatçı anlamda bir "nedenin neticesi" olmaması, tersine sadece araç olarak göz önüne alınan bir fiile hukuk düzeni tarafından, açıkçası norm tarafından "isnat" edilen bir netice olmasıdır. Burada olan, araç-amaç ilişkisinin, neden-sonuç arasında bir ilişki kuralı şekline dönüşmesi değildir. Fakat, tersine, hukuk düzeni tarafından nitelendirilen bir fiil (suç) ile gene bu hukuk düzeni tarafından netice olarak nitelendirilen başka bir fiil (ceza) arasında bir ilişki kuralı şekline dönüşmesidir.

Bu durumda, bundan, bir kere serbest olan amaç seçilince, amaca ulaşmak için yerine getirilen fiilin bir doğa kanununa uygun olduğu sonucu değil, tersine bir davranış kuralına, yani bir emre uygun olduğu, dolayısıyla bizzat zorunlu bir fiilden söz edilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Herhalde, bu, ipotetik önerme biçiminde ifade edilen hukuk, ceza hukuku normlarında, fiille (suç) bu fiile bağlanan netice (ceza) arasındaki ilişkinin, tabiatçı anlamda bir "nedensellik" ilişkisi olmadığı, ama tersine, normatif anlamda bir "isnadiyet" ilişkisi olduğu anlamına gelmektedir.

Belirtilen bu yapı içinde, hukuk normları, kanun koyucunun her hukuk düzeninde kendileri ile kurala uymayı sağlamakta kullandığı tipik iki duruma göre, iki tipik biçimde ifade edilmektedir. Gerçekten, kurala uymamanın neticesi, en genel anlamında, birinci derecede normları ihlal eden kişiye, kanun koyucu tarafından isnat edilen istenmeyen bir yoksunluk olarak tanımlanırsa; söz konusu

bu kötü neticeyi o kişiye yükleme amacına, ancak iki şekilde ulaşılabilir. Bu, norm ihlal edildiğinde, ya saptanmış olan amaca erişememe, ya da o amacın karşıtı olan bir amaca erişme biçiminde olmaktadır. llk duruma örnek, hukuken geçerli bir işlemin yapılabilmesi için gerekli olan şartları belirten normlar, özellikle teknik normlar denen normlardır. Bunlarda, uyulması emredilen şarta uyulmadığı takdirde, hukuken geçerli bir işlem yapmak amacına ulaşılamamakta, dolayısıyla burada ihlalin getirdiği sonuç, istenen amaca ulaşamamaktan ibaret olmaktadır. "Y'yi istiyorsan X'e mecbursun" ifadesinde ifadesini bulan bu normlara emredilen fiilin bu amaca ulaşmak için bir araç olma sıfatını yüklenmesinden ötürü, bunlara araçsal normlar veya teknik normlar denmektedir. Bir hakkın kullanılmasını bir şarta bağlayan kurallar genellikle bu nitelikteki normlardırlar. Kanunda zamanaşımını (CK. m. 66, vs.), şikayeti (CK. m. 73), vs. düzenleyen hükümler teknik normlardırlar. İkinci duruma örnek, bir ceza hükmünün ihlal halinde, ihlal eden kişiye bir cezanın verilmesini emreden normlardır. Bütün bu hallerde, ihlal tasarlanandan farklı bir amaca götürmekte, dolayısıyla müeyyide, istenenden farklı bir amaca varmaktan ibaret olmaktadır. "Y' yi istemiyorsan X' e mecbursun" ifadesinde ifadesini bulan bu normlara amaçsal normlar da denmektedir, çünkü bunlar amaç değerini haiz fiilleri emretmektedirler.

Hükmü bir ceza müeyyidesi hükmü ile teminat altına alınmış olan ceza hukuku kuralları, bu ikinci tipte olan normlardırlar. Bunların genel ifadesi "cezalandırılmak (Y) istemiyorsan, X fiilini yapmalısın" olmaktadır. Bunlar, emirler ve yasaklar biçiminde ortaya çıkmaktadırlar. Gerçekten, CK'nun, ör., 81, 86, 125, 141, vs. maddeleri hükmü yasak, buna karşılık, 98, 257/2, 278, vs. maddeleri hükmü emirdirler.

Ceza Kanunun İkinci kitabında, özel ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren tüm öteki kanunlarda yer alan, bir yandan emirler ve yasaklardan, öte yandan aynı zamanda izinden ibaret bulunan ve her birine uymak ikinci derecede bir başka emirle sağlanan tüm ceza hukuku kuralları şartlı ceza hükümleri, yani ipotetik ceza normlardırlar

BEŞİNCİ BAŞLIK
CEZA NORMUNUN YORUMU

I. HUKUK BİLİMİ

A. Genel olarak, B. Hukuk Bilimi-Ceza hukuku bilimiuin konusu, C. *Kural ve kuralda kurallaştırılan, D. Normatif önermelerin temel niteliği, E. Hukuki fomwliznı, 1. Hukuk-ceza hukuku düzeni bir üstyapı kurumudur,* 2. *Hukukun-ceza hukuku.mm hukuk? teorisi hukukun uonnatif teorisidir, 3. Fonnel bilimler, hukuk-ceza hukuku bilimi, 4. Hukuk- ceza hukukunun genel teorisi formel bir bilim midir, F. Hukuk- ceza hukukunun deneyselliği meselesi, 1. Hukuk-ceza hukuku bilimi son tahlilde deneysel bir bilimdir,* 2. *Hukukta deneyselliğin sınırı,* G. *Pozitif hukuk-ceza Juukukımun bir teorisi olarak hukukun normatif teorisi*

A. Genel Olarak

Özünde öteki bilim dallannndan farklı olmasından ötüıü, hukukun, genelde özeli ifade eden ceza hukukunun bilimliği meselesi doktrinde hep tartışma konusu olmuştur.

"Tabii bilimler" ve "manevı bilimler" klasik ayırımında, sosyal bilimler içine itilmeye çalışılan hukuk, orada yerini bulamamış, bir yerde çıkıntı olmaktan kendini kurtaramamıştır. Kendi bilim anlayışına göre, kimi, hukukun bir bilim olduğunu ileri sürerken; kimi, hukukun bir bilim olmadığını, sadece bir bilgiler yığını veya sistemi olduğunu ileri sürmüş; hatta, kimi, uygulanırlığına bakarak, hukuk sanattır demeyi uygun bulmuştur.

Gerçekten, hukukçu kimdir, işi nedir? Bu, bizi, hukukun kimliğini sorgulamaya götürmektedir. Hukukun, buna bağlı olarak hukukçunun kimliğini sorgulamak, her halde, en başta, hukuk biliminin konusunun ne olduğunu veya neden ibaret olduğunu sorgulamaktır.

Biz, kabul edilebilir doğru bir sonuca ulaşılabileceğini umarak, tartışmayı, hukuk, ceza hukuku biliminin konusunun ne olduğundan veya neden ibaret olduğundan başlayarak. sürdürmek istiyoruz.

B. Hukuk Bilimi - Ceza Hukuku Biliminin Konusu

Hukuk, tüm beşeri faaliyetlerin içinde cereyan ettiği bir ortamdır. Toplumsal bir olgu olarak, hatta toplumsal olguların en önemlisi olarak hukuk, başlı başına bir

hayattır denmektedir. Işte, bu niteliğinden ötürü, hukuk, öteki olgular gibi, birçok açıdan ele alınıp incelenebilmektedir. O nedenle, tek bir hukuk biliminden değil, belki huk.'Uk bilimlerinden söz etmek çok daha doğru olacaktır.

Ancak, hukuk olgusu, önce de belirtildiği üzere, aynca normatif bir bakış açıdan da ele alınıp incelenebilmektedir. Normatif bakış açıdan hukukun konusu sorunu, çözümünü beşeri davranış kurallarında bulmaktadır, çünkü davranış kurallarının tümünün hukukta ifadesi, normatif önermelerdir. Bu, hukuk biliminin ve genelde özel olarak ceza hukuku biliminin konusunun denenen, gözlenen, ölçülen olay, olgu ve eylemlerin değil, tersine onlardan tamamen farklı bir varlığa sahip bulunan beşeri davranış kurallarının, yani normatif önermelerin, açıkçası salt normların olması demektir[75].

O halde, hukuk bilimi,ceza hukuku bilimi, beşeri davranışların kendilerini değil, bu davranışları düzenleyen kuralları, yani gerçekleşmesinden veya gerçekleşmemesinden bağımsız olarak, bir kısım beşeri davranışların nasıl veya ne biçimde düzenlenmiş olduklarını incelemektedir. lşte, bu temel nitelikten ötürü, hukuk bilimi, davranışların kendisini incelemeyi konu edinen bilimlerden ayrıldığı gibi, incelenenmiş davranışlardan kurallar çıkaran bilimlerden de ayrılmaktadır. Gerçekten, bu sonuncular, incelenen davranışların doğru bir teşkilini konu edindikleri halde, hukuk bilimi, salt davranış kurallarının kendilerini konu edinmektedir[76]. Bu demektir ki, hukuk bilimi, beşeri davranışları salt davranış olarak inceleyen bir bilim olmadığı gibi, doğal veya beşeri bir gerçeklikten hareket ederek uyulması zorunlu bazı davranış normları saptayan bir bilim de değildir, çünkü davranış kuralları, hukuk araştırmalarının, yani hukuk biliminin sonucu değildirler, ama sadece konusudurlar[77].

Böyle olunca, hukuk bilimi, ceza hukuku bilimi, öteki bilimlerden, onlarda olmayan işte bu özellik dolayısıyla aynlmaktadır.[78].

C. Kural ve Kuralda Kurallaştırılan

Madem hukuk biliminin konusu beşeri davranış kurallarıdır, burada bilinmesi gereken husus, b□lar karşısında hukukçunun nasıl veya ne gibi bir tavır takmdığıdır. İncelendiğinde, hukukçunun, davranış kuralları karşısında, birbirinden farklı, iki tavır takındığı görülmektedir.

ıs Bobbio, Teoria della scienı.a giuridica, Torino 1950, s. 162.

" Bunlar arasında, ör., dilbilgisi, edebiyat, sanat, siyaset, vs. gibi disiplinlerisaymakmümkündür.

n Bobbio, Teoria della scienza, s. 163.

71 Ancak, belirtelim ki, hukuk bilimiyle benzerlik gösteren diğer bir araştınna kolu "Ahlakıteoloji" denendisiplinolmaktadır.

Gerçekten, kural, sadece kural olarak, yani kendisinden hukukilik niteliği aldığı tüm davranışları içeren "tipik" bir yapı, kalıp veya kap olarak göz önüne alınabilir, ya da kuralın içeriği, yani kuralda, kalıp veya kapta kurallaştırılan davranış olarak göz önüne alınabilir. Ancak, burada, ilk husus sağlanmış olmadıkça, ikinci hususun sağlanması mümkün değildir, çünkü, ne olursa olsun, bir yapının içinin, içeriğinin bilinmesi, sıkı sıkıya, bizzat yapının ne olduğunun bilinmesi ile bağıntılıdır.

Zorunlu olarak aralarında bağıntılı olan bu iki faaliyetin ilki, "hukukun genel teorisine" ve öteki, kiminin "dogmatik hukuk" dediği, münferit hukuk bilimlerine vücut vermektedir. Bu sonuncular, geleneksel tasnifinde, kamu hukuku- özel hukuk olarak ayrılmaktadır. Ceza hukuku, kamu hukukunun bir dalını oluşturmaktadır. Ceza hukuku, kendi içinde, farklı birçok disipline ayrılmaktadır.

Gerçekten, karmaşıklıkları içinde göz önüne alındığında, davranış kurallarında, kural denen yapı, kural olmasından ötürü, "hukuksal biçimi" ve bu yapıda kurallaştırılan, yani kuralda kurallaştırılan, "hukuksal içeriği" oluşturmaktadır. Öyleyse, hukukun genel teorisi, hukukun formel, yani hukukun bir biçim teorisi iken; tüm disiplinleri ile hukuk bilimi, bir içerik incelemesidir. İki faaliyet, fiiliyatta birbirinden ayn yürütülmekle birlikte, hukukun ve genelde özel olan ceza hukukunun tam ve eksiksiz bir bilgisi, ancak bu iki disiplinin birleşimi sonunda elde edilebilir. Bir kural olarak ele alınan kuralın biçimlik öğesinden, hukuk normunun yapısı, işleyişi ve ortadan kalkışıyla ilgili araştırmalar doğarken; münferit modellerce oluşturulan maddi öğeden, kurallaştırılmış olan davranışların belirlenmesi, tasnifi ve sistemleştirilmesi ile ilgili araştırmalar doğmaktadır. Burada, birinci konu, bir hukuk düzenin nasıl oluştuğu sorusuna; ikinci konu, kendisinden bir hukuk düzeni oluşmuş olan kurallar sistemi bütününün, neleri kurallaştırdığı sorusuna cevap vermektedir. Bu, ilk hususla ilgili sorunların yapısal; ikinci ile ilgili sorunların içeriksel sorunlar olması demektir.

Ancak, hukukun genel teorisi, hukuk normunun yapısal sorunlarının çözümünü içerdiğinden, hukuk normu yapısı içinde yer alan muhtevasal sorunların çözümlenmesini zorunlu kılmamamktadır. Böyle olunca, hukukun genel teorisi, hukukun bir biçim teorisi olmaktadır. Bunun anlamı, hukukun genel teorisinin, mutlaka hukukun formel teorisi olmasıdır[79].

" Burada, hukuki formalizm, mantıki formalizm ve etik fonnalizmi birbirine karıştınnamak gerekmektedir. Hukuki formalizm, ne mantıki fonnalizm, ne de etik fonnalizmdir. Bkz. Bobbio, Studi sula teoria generale del dritto, Torino 1955.

D. Normatif Önermelerin Temel Niteliği

Kuralda kurallaştırılanın, yani içerik öğesinin ve buna bağlı sorunların incelenmesi, hukuk yorumunun konusunu oluşturmaktadır. Yorum ileride incelenecektir. Burada, konu, sadece hukuk kuralının temel niteliğini saptamak yönünden ele alınacaktır.

Her hukuk kuralı bir önermedir, çünkü kendisi ile bir şey ifade edilmektedir. Ancak, onlar herhangi bir önerme değildir, ödev kapsamlı olan birer önermedirler. Ödev kapsamlı önermeler, nonnatif önermelerdir. Hukuk biliminin konusu, bu tür önermeler arasında yer alan belli bir tür normatif önennelerdirler. Bu ifadenin zorunlu sonucu, hukuk biliminin, fiiller ile değil, münhasıran fiiller üzerine oluşturulmuş olan önermelerle ilgili olduğudur. Bu demektir ki, hukukçu; vakıaları, olguları gözlemlememekte, ama, tersine, onları, aracılıkları ile yeniden oluşturmak ile yükümlü oldukları bir kısım sözlerin anlamlarını araştırmaktadır. Bu yönünden ötürü, hukuk bilimi, doğa bilimlerinden ayrılmaktadır.

Gerçekten, doğa bilimlerinde gözlem, gözlenen bir ilişkinin önermelerini temsil eden sözlerle açıklanmaktadır. Oysa, hukuk bilimi için sözler, bu tür önenneler olmamakta, sadece hukuk araştırmasının konusunu oluşturmaktadırlar. O halde, hukuk biliminde, araştırma sonunda ortaya çıkan önermeler, araştırma konusunu oluşturan bir başka önermeler üzerine biçimlenmektedirler. Gerçekten, doğa bilimlerinde dil, belli bir gözlemler bütününü, yani inceleme konusu yapılan gerçekliği ifade eden bilimsel sistemi oluşturmaktadır. Hukukta, bu böyle olmamaktadır. Dil, açıkçası kanun koyucunun veya kanunun sözleri, hukuk biliminde, hukukçunun bilimsel sistemini değil, münhasıran hukuk biliminin konusunu oluşturmaktadır. Öyleyse, hukukçunun bilimsel sistemi, bizzat hukukun dilinden değil, ama bu dil üzerine oluşturulan bir başka dilden doğmaktadır.

Görüldüğü üzere, hukuk biliminde, gerçeklik ile araştırma arasına belli bir gerçekliği ifade eden, ancak bizzat o gerçekliğin araştırması olmayan, ama onun üzerine belli bir yargıyı ifade eden bir dil girmektedir. O nedenledir ki, hukuk biliminde gerçek, olguları bilmek değildir, ama olgusal gerçeklik üzerine oluşturulmuş olan bazı hükümlerin anlamlarını bulup çıkarmak, yani o hükümleri yorumlamaktır. Öyleyse, hukuk bilimi, doğa bilimlerinden farklı olarak, doğrudan doğruya belJi bir gerçeklik üzerine bir dil değil, ama belli bir gerçeklik üzerine oluştururulan belli bir dil üzerine bir dildir[80].

---

[80] Bobbio, Teoria deUa scienza, s. 169.

Ancak hukuk biliminin bu yonıınsallık karakteri, yani doğrudan beşeri daYranışlar üzeıine bir dil olma yerine, bir dil üzerine oluşturulan bir dil olma özelliği; sadece kendisine özgü bir nitelik değildir, çünkü insanı manevi tezahürleri içeıisinde inceleyen bütün bilimler, yani "manevi bilimler", aynı özelliğe sahip bulunmaktadırlar□'. Sembollerce ifade edilen beşeri düşüncenin anlatılan usulle bilinmesi eğer yorumsa, tüm manevi bilimler, herhalde bu anlamda yorumsaldırlar, çünk.ii bunlar da, olgulara doğnıdan doğruya değil, fakat yorumlanacak bir kısım önenneler aracılığıyla nüfuz edilmektedir. Bu nedenledir ki, tüm manevi bilimlerin dilinin, olgular üzerine oluşturulmuş önermeler üzerine oluşturulan bir önenneler bütününden doğduğu söylenebilir. Durum bu olunca, getirilen ölçüt, hukuk, ceza hukuku bilimin doğa bilimlerinden ayınnakla birlikte, onun manevi bilimler arasında bireyselleştirilmesine imkan vermemektedir, çünkü yorum, yani söz aracılığı ile fikri' işlemlerin kavranması veya simgeden simgece ifade edilene varma, hukuk bilimi ile manevı bilimlerden sayılan tüm öteki bilimler arasında ortak bir yön olmaktadır.

Yorumsallıkları bakımından aralarında herhangi bir fark bulunmamakla birlikte, hukuk, ceza hukuku, aralarında tasnif edildikleri manevı bilimlerden, inceleme konusunu oluşturan dil veya önermeler bakımından farklılaşmaktadır, çünkü hukuk biliminin konusunu oluşturan önermeler, belli bir tip önennelerdirler, açıkçası belli bir tip normatif önermelerdirler. Öyleyse, inceleme konusu olan önermelerin belli bir tip normatif önermeler olması, hukuk, ceza hukuku biliminin, manevı bilimler arasında seçilir olmasına, bireyselleşmesine imkan vennektedir. Aynca, buradan çıkarılabilecek başka bir sonuç, normatif önermelerin, gerçeklik üzerine bir gerçeklik yargısı açıklamaması, yani bir gerçeklik hükmü olmaması, tam tersine, olması gereken üzerine bir önerme, yani bir davranış kuralı formülle§tinnesi, açıkçası olgusal bir gerçeklik üzerine bir değer yargısı ifade etmesi, yani bir değer hükmü vermesidir. O halde, normatif önenneler, olan alemine veya alanına değil, ama olması gereken alemine veya alanına ait bulunmaktadırlar. Bu temel niteliklerinden ötürü, normatif önermeler, ne zaten olmuş veya olmakta olan olguların bir tespitinin, ne de olması gereken şeylerin bir tahmininin ifadesidirler; bunlar sadece belli bir kısım beşeri davranışları düzenlemektedirler, beşeri davranışların bir düzenlemesidirler. Öyleyse, araştırmalarında bu önermeleri konu edinen hukuk, açıkçası konusu söz konusu bu önenneler olan hukuk, ceza hukuku bilimi, ne gerçek, ne de olası davranışlar ile ilgilidir. Hukuku, ceza hukukunu

[11] Bobbio, Teoria della scienza, s. 170. Ayrıca, bkz., Çağıl, Hukuk Metodolojisi Dersleri, İstanbul 1952.

ilgilendiren davranışlar, yani hukukun konusunu oluşturan davranışlar, sadece farazi, açıkçası varsayımsal davranışlar olmaktadır. Bundan ötürüdür ki, beşeri davranış gerçekliği karşısında, nonn veya kural önerme, ne bir tespittir, ne de bir tahmindir, sadece bir varsayımdır.

Ancak, aralarında bazı benzerlikler olmakla birlikte, varsayımsal davranışlar, hayali, yani fantezi davranışlar değildirler. Aslında, her iki davranış da, gerçek davranış değildir; ancak varsayımsal davranışlar, daima olmuş veya olması olası olan davranışlara karşılıkken, hayali davranışların bu tür bir zorunluluğu yoktur. Başka bir deyişle, hayali davranışlar, varsayımsal davranışlardan farklı olarak, hiçbir gerçek davranışın karşılığı olmayabilirler. Zaten, bunların, bu tür bir zorunluluğu mevcut bulunmamaktadır Öyleyse, varsayımsal davranışlar, sürekli olarak ve her zaman olasılığı olan davranışlardır. Bu demektir ki, olası davranışlar, özellikle mümkün davranışlar olduklarından, zorunlu olarak, hem gerçek davranışlardan, hem de olması mümkün olmayan gerçek dışı davranışlardan, yani fantezi davranışlardan ayrılmaktadır. Böyle olunca, beşeri davranışların bir ifadesi olan normatif önennelerin, sadece imkan, olasılık alemine ait önermeler oldukları söylenebilir. Elbette, bunun zorunlu sonucu, hukuk aleminin, gerek gerçek davranışlar alanı olan zorunluluk aleminden, gerekse fantezi davranışlar alanı olan olmazlık aleminden ayrılmasıdır[82].

Görüldüğü üzere, hukuk, ceza hukuku biliminin, varolmalı önermeleri değil, fakat nonnatif önermeleri konu edinmesi; onu, kendisi gibi yorumsallık gösteren öteki manevi bilimlerden ayırmada geçerli bir ölçüt olmaktadır. Gerçekten, yorum faaliyeti, en genel anlamına, yani simgeden simgece ifade edilene götürülürse, hukuk bilimi ile öteki manevi bilimler arasındaki temel farkı saptamak, pek mümkün olmamaktadır. Ancak, daha özele inilerek gerçekliğe gitmedeki çeşitli biçim ve yollar göz önüne alınırsa, bu farkı saptamak, hiç kuşkusuz mümkün olmaktadır. Şöyle ki, manevi bilimlerin, örneğin tarih biliminin konusu, yalnızca varolmalı önermelerdir. Buna karşılık hukuk, ceza hukuku biliminin konusu normatif önermelerdir. Burada, varolmab önermeler, tasvir, betimleme alanına, buna karşılık, normatif önefll!eler, yaptırmalı dil alemine veya emirler alanına aittirler[83]. Bu nedenledir ki, manevi bilimlerde, örneğin tarih bilimlerinde, belgelerin yorumu yapılmak suretiyle bir olgu yeniden inşa edilirken; hukuk, ceza hukuku

---

12 Bobbio, Teoria della scienza, s. 171 vd.

u Dilin. bildinne, belirtme ve yaptıima işlevi , özellikle nonnaiif önenneler hakkında bkz. Copi, lntroduzione alla logica, Traduzione di da Stringa, Bologna 1964; Batuhan-Grunberg, Modem Mantık, İstanbul 1973.

biliminde, hukuk kurallarının veya normların yorumu yapılmak suretiyle belli bir fiilin veya fiillerin düzenlenmesi yeniden inşa edilmektedir. Böylece, gerçekliğe giune biçimi, bunlarda, birbirinden farklı olmaktadır. Tarih biliminin aksine, hukuk biliminin uğraştığı fiiller, gerçek fiiller, yani bir gerçeklik değeri olan fiiller değil, fakat normatif ifadelerde ifadesini bulan mümkün fiillerdir. O halde, tarihçi, yorumla, gerçek alanına; buna karşılık, hukukçu, yorumla, imkan alanına nüfuz etmeye çalışmaktadır. Gerçekten, bu iki farklı tavrın bir sonucu olarak, tarihçi olana ulaşır; hukukçu, olması gerekende kalır. Hukuk bilimini bütün içinde bireysel kılan kendine özgü işte bu niteliği, herhalde onu hem aralarında tasnif edildiği manevi bilimlerden, hem de doğa bilimlerinden ayırmada tek geçerli ölçüt olmaktadır.

Ancak, hukuk biliminin bu kendine özgülüğü, onunun, öteki bilimlerden ayrılmasını sağlamakla birlikte, gerçekte nasıl bir bilim olduğu sorusunu yeterice açıklayamamaktadır, çünkü yorumsallıkta kendisi ile ortak karaktere sahip olan manevi bilimler, aslında doğa bilimlerinden farksız olarak deneysel bilimler sayılmaktadırlar. Şu farkla ki; manevi bilimlerde, ör., tarih bilimlerinde, bilimin konusu olan şeye, doğa bilimlerinin aksine, doğrudan doğruya değil, ama belgelerin yorumu, yani işaret veya simgelerin kavranması sureti ile nüfuz edilmektedir. Ancak, burada, nesnenin doğal gerçekliği değil de insanın manevi gerçekliği olan asıl konuya bir kere girildi mi, bundan sonra, artık manevi bilimler ile, ör, tarih bilimi ile doğa bilimleri arasında esasta her hangi bir fark ortaya çıkmamaktadır, çünkü her iki grup bilimde, anlatım, ayırımsız varolmalı karakterde önermelerle sağlanmakta ve sonunda gelecek için tahminlerde bulunulmaktadır. Başka bir ifade ile, gerek manevi bilimler, ör., tarih bilimleri, gerekse doğa bilimleri, özünde "bu ve öteki gerçekleşti, öyleyse bu esasa göre, bu ve bu öteki gerçekleşecektir" demektedir[84].

Oysa, böyle bir durum, hukuk bilimi bakımından söz konusu olmamaktadır. Hukuk biliminde ne olan saptanmaktadır, ne de olacak tahmin edilir, çünkü hukuk biliminin konusu, olan değil, olması gerekendir. Bu nedenle, hukukçuyu ilgilendiren, olana (geçmiş, hal ve gelecek) ait bir şey değil, fakat yalnızca olması gerekene ait bir şeydir. Hukuk biliminde ne "A sonucu gerçekleşti" ve ne de "A sonucu gerçekleşecektir veya gerçekleşebilecektir" denmektedir. Burada, anlatım, "A gerçekleşmelidir" biçimindedir. Böyle olunca, A'nın gerçekleşeceği veya gerçekleşmeyeceği yahut gerçekleşmediği, artık hukuk biliminin değil, ama bir ba□ka bilimin, bir başka anlatımın konusu olmaktadır.

" Bobbio, Teoria della scienza, s. 174.

llk balaşta, söylenenlerden, hukuk, ceza hukuku biliminin konusunu oluşturan nonnatif önemıelerin, esasen karakterlerinden ötürü, deneysel bir bilim olmadığı; tabii, bunun bir sonucu olarak, manevi bilimler ve doğa bilimlerinden farkının, oturduğu temelin deneye dayalı olmadığı, öyleyse hukukun deneye gereksinim duyamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu görüş aldatıcıdır. Bu konuda kesin bir yargıya ulaşılmak isteniyorsa, öncelikle birbirinden farklı iki konuyu bir açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Gerçekten, hukuk bilimi özünde "formel bir bilim" midir, yoksa, böyle değil de, en son tahlilde, deneye dayanan bir bilim midir ?

Burada, incelenecek asıl konu budur.

E. Hukuki Formalizm

Hukuki formalizm ilk kez Stammler tarafından ortaya atılmış, daha sonra Yeni Kantçılar tarafından spekülatif bir temele kavuşturulmuştur.

Ancak, ortaya çıkışı bu olmakla birlikte, hukuki formalizm, günümüzde, Yeni Kantçılıkla bağımlı veya ondan bağımsız olarak, hukuk, ceza hukuku biliminin ve hiç olmazsa normatif teori açısından mümkün olan hukuk, ceza hukuku biliminin ortak malı olmuştur.

Hukuki formalizmi ayrıntılı olarak incelemek kuşkusuz bizim işimiz değildir.

Burada, bizi ilgilendiren, hukuk, ceza hukuku biliminin, iddia edildiği üzere, hukuki formalizmde "fonnel bir bilim" olmakla zorunlu olup olmadığıdır. Elbette, bunun belirlenebilmesi için, hukuki formalizmden ne anlaşıldığının, yani hukuki formalizmde hukukun ne olduğunun saptanması gerekmektedir.

1. Hukuki Formalizmde Hukuk Düzeni Bir Üst Yapı Kurumudur

Hukuk, ceza hukuku, esasında, bir beşeri davranış normları düzeninden başka bir şey değildir. Böyle olduğu içindir ki, hukuk, altında zorunlu olarak tükenmeyen hayatın yürek atışları olan toplumsal beşeri olguların bir biçimi, açıkçası onların bir üstyapısıdır.

Öyleyse bizatihi toplumsal hayat, maddeyi, buna karşılık olarak, davranış nonnları, bu hayatın birer kalıbını teşkil etmektedirler. Bu, hukuk normlarının, içeriklerinden, yani içerdikleri toplumsal hayattan bağımsız olarak incelenebilmesi demektir. İncelemenin konusu, toplumsal hayatın kalıpları olarak, sadece beşeri davranış nonnlarıdır'5.

ıs Bobbio, Teoria della scienza, s. 142; Rocco, Metodo, s. S:78; Grispigni, La dogmatica giuridica e il modemo indrizro nelle science criminali, Milano 1920, s. 12.

Acaba, burada, fon11, biçim veya kalıp terimleri ile ne ifade edilmek istenmektedir?

Felsefede birçok değişik anlama gelen form terimi, hukuk bilimi ve hukuk felsefesinde, içerisine insanın muayyen toplumsal davranışlarının ve hatta muayyen doğal fiillerin girdiği belli bir yapıyı ifade etmektedir. Gerçekten, söz konusu beşeri davranışlar ve doğal fiiller, daha önce kendiliklerinden değil, ama bu yapıya ginnekle birlikte, hukuki ilişkiler, hukuki fiiller niteliği kazanmaktadırlar.

O halde, hukuk bir formdur, bir biçimdir dendiğinde, genellikle ifade edilmek istenen, hukuk nonnunun bazı beşeri ilişkileri ve doğal fiilleri niteleyen veya nitelendiren bir yapı olduğudur. Bu anlamda, hiçbir fiil, hiçbir beşeri ilişki, varlığımn doğal gereği olarak, fıtraten yani yaradılıştan veya kendiliğinden hukuki değildir. Bunlar, ancak hukuk denen niteleyici belli bir yapıya, bir kalıba girmekle birliktedir ki hukukilik sıfatına hak kazanmaktadırlar.

Öyleyse, "hukukilik" ve "formel" sıfatları, bütün bu hallerde, aynı şeyi ifade etmektedirler, yani eş anlamlıdırlar [86].

2. Hukukun - Ceza Hukukunun Hukuki Teorisi Hukukun Nomıatif Teorisidir

Hukukun, hukuki formalizm anlamında toplumun bir üstyapısı olduğunu söylemek, hiç kuşkusuz, hukuk deneyimini, sonunda normatif açıdan gönnektir, açıkçası hukuku nom1 olarak düşünmektir. Görüldüğü üzere, bu açıdan, hukukun formel teorisi, hukukun normatif teorisi ile aynı olmaktadır. Bundan ötürü "toplumsal, ekonomik, ahlakı, vs. bir ilişki, kendisini hukuki olarak nitelendiren bir yapıya girdiği için, hukuki bir ilişkiye dönüşür" önermesi yerine, "toplumsal, ekonomik, ahlaki, vs. bir ilişki bir hukuk nonnunca düzenlendiği için hukuki bir ilişkiye dönüşür" önermesi konabilmektedir. Ancak, görünüşte esaslı gibi görünen bu tür bir yer değişimi, hukukun ne ve nasıl bir bilim olduğu sorununu nihai bir çözüme ulaştıramamaktadır, çünkü sorunu, hukuki ilişki kavramından hukuk normu kavramına taşımak, sadece onu ait olduğu alana itınektir, ama çözmek değildir. Hem hukukun normatif teorisinde, hem de hukuki fonnalizmde hukukun ne ve nasıl bir bilim olduğu sorunu, hukuk normunun tanımının hukuk kavramı üzerine ortaya çıkan her sorunu tükettiği anlamda, hukuk normunun ne olduğunun bir belirlenmesi, yani bir tanımlanması sorunudur. Bu ifade ile, hukukun tek mümkün anlayışı, hukuki fonnalizimdir, denmek istenmemektedir. Tersine, denmek istenen, hukukun bir üstyapı olmasında normatif teoriyle özdeşlik gösteren hukuki fonnalizrnin,

[116] Grispigni, La dogmatica, s. 13.

hukuku toplumsal gerçekliğin bir biçimi veya üstyapısı olarak almamazlık edememesinin, nonnatif teori doğrultusundaki hukuk, ceza hukuku bilimini, bir kısım doktrinin ileri sürdüğü gibi, "formel bir bilim" olmakla zorunlu kılıp kılmadığıdır. Böyle olunca, sorunun çözümü, bugün "formel bilimler" terimi ile kastedilenin ne olduğunun bilinmesine bağlı olmaktadır.

3. Fonnel Bilimler, Hukul, Ceza Hukuku Bilimi

"Deneysel bilim" ve "formel bilim" ayırımında, formel bilimler dendiğinde, acaba ne anlaşılması gerekmektedir. Bilindiği üzere, deneysel bilimler genel alanı içerisinde, deneysel bilimlere, "araçlık hizmeti" gören matematik ve mantık gibi "biçim bilimleri" de bulunmaktadır. Biçim bilimleri, yani matematik ve mantık, deneysel olarak gerçekleştirilebilecek olaylarla, olgularla ve fiillerle değil, ama salt sembollerle ve bunların teşkili ile ilgilidirler. Öyleyse, formel bilimler dendiğinde, deneyin içeriğiyle ilgili olmayan, ama sadece deneyin ifade edildiği dilsel-mantıksal biçimle ilgili olan bilimler anlaşılmak gerekmektedir. Bu bilimler, deneysel dünya üzerine kurulan ifadelere sahip değildirler, ama sadece deneysel dünya üzerine kurulan ifadelerin teşkili için bazı sembollerin nasıl kullanılacağını göstermektedirler. Bu yüzden, formel bilimler denen bu bilimlerin önermelerinin temel niteliği analitikliktir. Öyleyse, bu önermeler, "tautolojik"[87] karakterdedirler. Buna karşılık, deneysel dünya üzerine ifadelere sahip bulunan bilimlerin, yani deneysel bilimlerin önermelerinin temel niteliği sentetikliktir. Bunun sonucu olarak, bu önermeler tautolujik karakterde değildirler. Öyleyse, önermeler arasındaki söz konusu bu temel farktan hareketle denebilir ki, semboller üzerine çalışan ve kendilerini sadece analitik önermeler ile ifade edilen bilimler; kendilerini sentetik önermeler ile ifade eden bilimler, yani deneysel bilimler karşısında, varlıkları bakımından veya kendiliklerinden bir amaçları olmadığından, deneysel bilimlerin teşkiline dilsel-mantıksal araçlar hazırlama anlamında araçsal bilimlerdirler. Başka bir deyişle, bu bilimler; olgular, fiiller üzerine çalışan bilimlerin teşkilinde, zorunlu operasyonları güdüp kolaylaştırdıklarından, sentetik önermeler oluşturulmasında yardımcı, tipik bir sağlama, bir hesap cihazıdırlar. Açıkçası, bunlar, kendilerine özgü bir konuya sahip değildirler, yalnızca bilimin, yani araçsal olmayan her bilimin yegane konusu "deneysel konunun" hazırlanmasına yarayan bir önermeler sistemini teşkil etmektedirler.

---

ri Tautoloji, çağdaş mantıkta, gerçeklik değeri ne olursa olsun, kendisini oluşturan ilk önermelerinin mantıksal olarak doğru olan bir ifadedir (Dizionario Garzanti delle Lingua ItaJiana, Milano 1965) .

Böyle olunca, acaba, burada, hukukun genel teorisinin ve hukuk biliminin yeri neolmaktadır? Burada gerçek olan şudur: Hukukun bir biçim, bir üst yapı olarak ele alınması, yani hukukun normatif teorisi ile hukukun formel teorisinin, açıkçası hukuki fonnalizmin bu yönden özdeşlik göstennesi, hukuk bilimini, yukarıda anlatılan anlamda, formel bir bilim olmakla zorunlu kılmamaktadır; çünkü formel bilimlerden farklı olarak, hukuk biliminin, kendine özgü olsa da, bir konusu vardır; bu konu gerçeklik üzerine teşkil edilen normatif önermelerdir, yani beşeri davramş kurallarıdır. Tabii, böyle olunca, hukuk biliminin kendisine ait bir konusu olmakta, dolayısıyla tümden soyut bir bilim olmamaktadır. Ayrıca biçim veya form teriminin bir çok anlanu bulunmaktadır. Bunun için, "matematik, mantık formel bir bilimdir" demekle, "hukuku toplumun bir biçimi, bir forınudur veya bir üst yapısıdır" demek herhalde ayıu şey olmamak gerekir, çünkü bu önermenin içerdiği şeyler, birbirinin özdeşi değildirler. Gerçekten, mantık ve matematik, önermeleri, özel içerikleri hesaba katılmaksızın, sadece önermeler olarak ele alıp incelemektedir. Başka bir deyişle, mantık veya matematik, sözler veya sembollerin ifade ettikleri şeylerden bağımsız olarak, sadece önermelerin, yani "ifadenin teşkili ve değişimi operasyonunu" araştırmaktadır. O nedenle, gerek mantık, gerek matematik, sembolleri sadece sembol olarak değerlendirir ve yalnız semboller üzerinde çalışır. Her ikisi için de önemli olan, sembollerin ifade ettiği anlamlar değildir, yalnız sembollerin sembol olarak kendileridir. Oysa, hukuk, bazı beşeri ilişkileri nitelendiren bir yapıdır□ açıkçası, belli bir deney/deneyim alanının bir nitelemesidir. O yüzden, nitelediği deneyi/deneyimi, yani içeriği hesaba katmaksızın hu1nık.'ll incelemek mümkün değildir. Böyle olunca, mantığın veya matematiğin konusunu oluşturan önermeler, zorunlu olarak salt biçim önermeler olurlarken, hukuk biliminin konusunu oluşturan önermeler, yani hukuk normları belli bir içeriğin "normatif nitelemesi" olmaktadırlar. O nedenle de, hukuk önermeleri, mantığın, matematiğin aksine, anlamlarından yoksun kılınmadıkça, içeriklerinden arındınlamamaktadırlar. Görüldüğü üzere, mantık, mümkün her anlatımın geçerliliği koşullarının bir araştırması iken; hukuk, sadece ve sadece deneye ait bazı fiillerin veya ilişkilerin bir varsayımı, bir hipotezi olmaktadır, çünkü deneye ait bu ilişkiler, ancak bu varsayım, bu hipotez ile birlikte özel bir nitelik kazanmaktadırlar. Gerçekten, türü ne olursa olsun, hiçbir önermenin, mantıksal bir niteliği yoktur, onların sadece mantıksal bir geçerlilikleri vardır. Halbuki, bunun tersine, bazı toplumsal işlemlerin, hukuki bir niteliği bulunmaktadır. O halde, hukuk bir biçimdir dendiğinde, ifade edilmek istenen; hukukun, yalnızca bir nitelendirme (qualificazione) olarak, bir biçim, bir form olmasıdır. Buna karşılık, bu terim,

mantığın kendine özgü niteliğini göstermek için kullanıldığında; bununla, sadece muhakemenin geçerliliği genel koşulları ifade edilmek istenmektedir. Böyle olunca, elbette, hukuki muhakeme denen muhakeme de, kısacası kiminin dediği hukuk mantığı da, hiç kuşku yoktur ki, buraya dahil olmaktadır. Burada, görüldüğü üzere, sınırları kesinlikle belli olan iki farklı formalizm ortaya çıkmaktadır. Bunlar hukuki formalizm ve mantıkı formalizmdir. Her nedense, bu ayırıma, doktrinde, gereken önem verilmemiş; çoğu kez hukuk bilimi ile matematik veya mantık arasında yararlı bir paralelliğin kurulabileceği düşünülmüştür. Bu tür düşünceler yeni değildir, düşünce tarihinde her zaman ortaya çıkmış ve günümüze kadar da gelmiştir. Bugün, bu görüşler, genellikle Yeni Kantçı düşünürler tarafından savunulmaktadır[88]. Ancak, burada, bizi ilgilendiren, ayrıntılar değil, hukukla mantık arasında paralellik kurulabileceği düşüncesinin kökenleridir. Bunlar, köklerini, genellikle "Akılcılık" akımında bulmaktadırlar. Söz konusu paralellik, hukukta, eylemlerin bir tür mantığını görme eğiliminden çıkarılmak istenmiştir. Gerçekten, kimi, bu esastan hareketle, hukuku, "manevi bilimlerin matematiği" olarak nitelendirirken, kimi, bu tür bir kıyaslamayı daha da ileri götürerek, hukuk bilimini bir "formel bilim" saymaktadır. Hukuk önermeleri, bunlara göre, "mümkünler ideal alemine dahil matematik ilkeleri ve mantık kanunları" ile aynıdırlar. Bu nedenle de, hukuka ait bir "hukuk yöntemi" mevcut değildir[89]. Farklı bir açıdan da olsa, hukuk biliminin formel ve soyut bir bilim olduğu görüşü, bugün de ileri sürülmektedir. Bu düşünceye göre, hukuk bilimi, "tüm hukuk deneyinin geometrisidir", dolayısıyla salt hukukçu "istidlal eder, müşahade etmez"; o, sadece, mantık yardımı ile hukukun geometrisini kurar°. Bu ve benzeri görüşler doktrinde eleştirilmektedirler. Gerçekten, hukukun formel ve soyut bir bilim olduğu fikrine karşılık, aşın formalizm ve soyutçuluğun hukukun düşmanı olduğu söylenmektedir9[1]. Öte yandan, Akılcılık akımına dayandırılan formalizmin, esasen siyasi bir düşüncenin hizmetinde olduğu, dolayısıyla liberal bireyciliğin aşılması ile aşılmış olduğu ileri sürülmüştür[92]. Ancak, bu genel düşünceler, göz önüne alınabilir olsalar bile, bizi pek fazla ilgilendirmemektedir. Burada, bizi ilgilendiren, hukuk ile matematik veya mantık arasında, gerçekten bir paralelliğin kurulabilir olup olmadığı meselesidir. Hukuk ile matematik veya mantık arasında bir paralellik kurmak, herhalde kaba bir

---

" Del Vecchio, Presupposti, concetti e principio del diritto (Trilogia) Milano 1959, s. 69 vd., 83 vd., 107 vd.

19 Maggjore, Diritto penale, I, I, s. 89.

'° Grispigni, La dommatica, s. 11 vd.

91 Maggjore, Diritto penale, L I, s. 89.

Y2 Antolisei, Per un inmdrizzo rcalistico nella scienza del diritto penale, Padova 1937, s. 29

kıyaslamadır. Gerçekten, "hukuk bir mantıktır veya bir matematiktir" demek ba□ka şey: hukukla mantık veya matematik yöntemleri uygulanır demek başka bir şeydir. Böyle olunca, "Hukuk biliminin yöntemi mantıksal yöntemdir" ve "hukuk bilimi hukukun bir mantığıdır" demek bir buluş sayılmamak gerekir, çünkü öteki bilimlerin yöntemleri de acaba mantık değil midir sorusu akla gelmektedir. Gene, aynı mantık içinde kalarak, ör., fizik için doğanın, sosyoloji için toplumun mantığıdır demek acaba yanlış mı olur. Görüldüğü üzere, burada, hukuk biliminin mantıktan yararlandığı esası ortaya konulmakla birlikte, hukukla mantık veya matematik asındaki kıyaslama da bitmektedir. Hukuk bilimi, ne matematik, ne de mantık bilimidir, ancak, işlemlerinde, matematik veya mantık düşüncesinden yararlarımaktadır. Başka bir deyişle, hukuk bilimi, başına buyruk, karakteristik bir yöntem değildir; öteki bilimlerin yararlandığı ve saptadığı yöntemlerden o da yararlanmaktadır. Öyleyse, hukuk ile matematik veya mantık arasındaki ilişki, matematik veya mantıktan sadece yararlanmaktan ibaret bulunmaktadır. Öteki bilimler de matematik veya mantığı kullanmaktadırlar. Fakat, ör., fiziğin matematikle aynı şey olduğu söylenememektedir. Bu durum karşısında, sorunun çözümü, kökenini, burada değil, deneysel bilimler, formel bilimler ayırımında bulmaktadır. Bilindiği üzere, deneysel bilimler, yöntem olarak, matematik veya mantık dilini kullanmaktadırlar. Bu dilleri teşkil eden bilimler formel bilimlerdirler. O nedenledir ki, hukuk biliminin kullanılabilecek bir dil olduğunu söylemek, yani diğer araştınna alanlarında kullanılabilecek bir dil olduğunu söylemek başka şeydir, hukuk biliminin kendisini matematik veya mantık dili ile ifade ettiğini söylemek başka bir şeydir. İki şeyi birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Kuşkusuz, diğer bilimler gibi, hukuk bilimi de, kendisini matematik veya mantık dili ile ifade etmektedir.

4. Hukukun, Ceza Hukukunun Genel Teorisi Formel Bir Bilim midir?

Hukukun genel teorisinin hukukun formel teorisi olduğu söylenmekle birlikte, hukukun toplumsal, ekonomik, siyasi içeriğinden bağımsız normatif yapısının bir bilgisi olan veya normun norm olarak değerlendirilmesi ve kurucu unsurlarının bir incelemesi sayıları hukukun genel teorisi, mantık ve matematiğin formel bir bilim olması anlamında formel bir bilim değildir. Evet, mantık ve matematiğin formel bir bilim oldukları için araçsal bir değere sahip oldukları nasıl söylenebiliyorsa, aynı şekilde, hukukun genel teorisinin de, hukukun özel disiplinleri karşısında, birlikte hem formel, hem de araçsal bir değere sahip olduğu söylenebilmektedir. Çünkü, denmektedir *ki,* hukukun genel teorisinin sağladığı salt hukuk biçimlerinin teşkilinin kendinden bir amacı yoktur. O

nedenle, hukukun genel teorisi, hukukun özel disiplinleri için sadece bir inşa şeması olarak iş gönnektedir. Öte yandan, hukukun özel disiplinleri, sürekli olarak hukukun genel teorisi tarafından teşkil edilmiş olan modellere gitmek zorundadırlar. Aksi halde, araştınnalarında bir adım bile ilerlemek olanağına sahip olamazlar, çünkü söz konusu bu bağıntı tıpkı fizik, vs bilimleri ile matematik ve mantık arasındaki bağıntı gibidir. Ancak, kıyaslama, ne kadar ustaca olursa olsun, ortada kıyas koşulları bulunmadığından, geçerli değildir. Gerçekten, mantığın araçsallığı mümkün olan her tip bilimsel çalışmada geçerli iken, hukukun genel teorisinin araçsallığı, sadece hukukun özel disiplinleri için geçerlidir. Bunun bir sonucu olarak, hukukun genel teorisi, madem bir bilimdir, mantıksal bir yapıdan uzak olmamak zorundadır. Öyleyse, bu durum, hukukun genel teorisinin mantıktan bağımsız olarak var olduğunun bir kanıtı olmakta, dolayısıyla diğer bilimler mantıktan nasıl yararlanıyorsa, aynı şekilde, onlardan farksız olarak, hukukun genel teorisinin de mantıktan yararlanması sonucunu doğunnaktadır[93]. Başka bir konu, mantığın araçsallığının, her tür bilimsel araştınnaya, ilerleyebilmesi için, zorunlu araçları sağlama anlamına gelmesidir. Gerçekten, bir araştınna, eğer araştırma olarak bir sonuca varmak istiyorsa, ilerlemesi koşulları olan mantıksal formlara uymakla wrunludur. Buna karşılık, hukukun genel teorisinin, hukukun özel disiplinleri karşısındaki araçsallığı, bu türden bir araçsallık değildir. Kuşkusuz, hukukun genel teorisi, hukukun özel disiplinlerinin ilerlemesi koşullarını hazırlamamakta, bunlara sadece bir "niteleme şeması", açıkçası bazı niteleme şemaları vermektedir. O halde, hukukun genel teorisinin araçsallığı ile mantık ve matematiğin arasallıkları aynı şey değildir. Ne hukuk bilimi, ne de hukukun genel teorisi, mantık ve matematik anlamında, ne fonnel, ne de araçsal bir bilimdir[94]. Bu durumda, burada, ortaya yeni bir sorun çıkmış olmaktadır. Gerçekten, hukukun genel teorisi de dahil olmak üzere, genel olarak hukuk bilimi, eğer formel bir bilim değilse; öyleyse nedir veya nasıl bir bilimdir ? Karşımıza iki ihtimal çıkmaktadır: Hukuk bilimi ya deneysel bir bilimdir ya da değildir. Bu, çözümünü, hukuk nonnlarının, bir yerde deneye dayalı olup olmadığı sorununu çözmede bulmaktadır[95].

F. Hukuk, Ceza Hukukunun Deneyselliği Meselesi

Deneysel bilimler, deneye, gözleme dayalı olan bilimlerdirler. Başka bir deyişle, doğal veya manevi, yahut ruhsal denen olguları araştıran, dolayısıyla

---

" Bobbio, Teoria della scienza,s. **156.**

"' Bobbio, Teoria della scienza, s. 157 vd.

9S Bobbio, Teoria dclla scienza, s. 159 Copi, lntroduzionc alla logica, Trdd. Di Stringa, Bolognia 1964, s. 467 vd.

araştırılan bu olguların farkları esasına göre birbirinden ayrılan bilimlere, deneysel bilimler denmektedir.

Deneysel bilimlerin niteliği, her zaman deneysel olarak gerçekleştirilebildiklerinden, deneysel olarak geçerli oldukları söylenebilen önermeler formülleştirebilmeleridir[96].

Hukuk bilimi, konusu, dolayısıyla bu konu üzerine inşa ettiği önermeler bakımından, acaba yukarıda belirtilen anlamda deneysel midir? Açıkçası, ör., sadece fizikçiye, tıpçıya, tarihçiye, vs. ait olana benzer bir biçimde, sadece hukukçuya ait olduğu söylenebilen bir "hukuk olgusu" gerçekte var mıdır ? Yanıt olumsuzdur.

Gerçekten, toplumda, doğuştan veya doğasının gereği olarak salt hukuki olan bir olgu mevcut bulunmamaktadır. Ne suç ne de ceza doğaya ait bir kavramdır. Hatta, toplumsal yaşayışa aykırı olarak, yani "antisosyal" olarak nitelendirilen beşeri davranışlar da zorunlu olarak bir kuralın varlığını gerektirdiklerinden doğaya ait bir kavram değildir. Bizim hukuk olgusu diye nitelendirdiğimiz olgu, gerçekten belli bir türden bir norınca düzenlenmiş olmanın kendisine belli bir nitelik kazandırdığı, toplumsal, ör., ekonomik, etik-siyasi, vs., bir olgudan başka bin şey değildir. Kaldı ki, hukuk önermeleri, yani beşeri davranış kuralı olarak hukuk normları, olması gereken alemine, ideal alemine ait olduklarından, deneysel olarak da gerçekleştirilememektedirler.Hatta, bu önermeler karşısında, böyle bir sonun ortaya koymak anlamdan yoksundur, açıkçası her hangi bir anlam ifade etmemektedir. Gerçek bu olduğuna göre, acaba, hala, hukuk, daha özel olarak ceza hukuku biliminin deneyselliğinden söz edilebilecek midir? Eğer, gerçekten bundan söz etmek mümkün değilse, hukuk bilimi, "manevi bilimler" arasında yer alan ve deneysel nitelik taşımayan öteki bazı disiplinlerden, ör., teolojiden, "dogmalar" yahut "özel felsefeler" denen diğer çalışma alanlarından nasıl ve neye göre ayırt edilecektir. Gerçekten, esaslı olduğunu düşündüğümüz bu hususun, mutlaka açıklanması gerekmektedir.

1. Hukuk Bilimi, Daha Özel Olarak Ceza Hukuku Bilimi İlk Ağızda Değil, Ama Son Tahlilde, Deneysel Bir Bilimdir

Doktrinde, "hukuk dogmatiği" tarafından elde edilen bilginin "felsefi bilgi" olmadığı, tersine "amprik bilgi" olduğu söylenmektedir. Gerçekten, denmektedir ki, hukuk dogmatiği hatta çok genel kavramların tespitine ulaşıldığı zaman dahi, hukuku amprik bir olay olarak göz önüne almaktadır; çünkü bu tür kavramlar sadece

---

96 Bobbio, Teoria della scienza, s. 159; Copi, lntroduzione alla logica, Tr.ıd. Di Stringa, Bolognia 1964, s. 467 vd.

kendisinden çıkarıldıkları hulaık düzenine dayanırlar ve yine o düzen yönünden bir değer ifade ederler. Öyleyse, asli, felsefi, evrensel bir mahiyet arz etmemektedirler[97].

Aslında soruna doğru denebilecek bir tanım getiren bu düşünce, bu konuda nihai bir çözüm sağlayabilecek önemli bir noktayı, maalesef karanlıkta bırakmıştır. Karanlık.'ta kalan bu nokta, hukuk bilgisinin üzerine inşa edildiği hukuk düzenini t□kil eden önermelerin, deneysel olup olmadıkları hususudur. Gerçekten, bu önemli ayrıntı, doktrinde çoğu kez önemsenmemiş, dolayısıyla bunun bir sonucu olarak, hubıbı toplumun bir üstyapısı olarak idrak eden doktrinlerden bir kısmı, hukuk araştırmalarında mantık yöntemlerine giderken salt soyutçuluğa gitmekten kendilerini kurtaramamış, sonunda "hukukçu müşahade etmez, istidlal eder ve sadece mantık yardımıyla hukukun geometrisini kurar", demek zorunda kalmıştır[9]s.

Hukuku formel ve soyut bir bilim sayan bu tür görüşler, hukukun genel teorisi bakımından doğruluk paylan olsa bile, hukuk biliminisonunda salt formel bir bilime indirgediklerinden, geçerli olarak kabul edilemezler. Böyle olunca, hukuk bilimini, salt formel bir bilime indirgemeden; teoloji, diğer dogmalar ve özel felsefelerden ayırmak için, burada, deneyselliği acaba nasıl, ne anlamda ve hangi açıdan ele almak gerekmektedir meselesi ortaya çıkmaktadır. Bizce, bu konuyu aydınlatmada tek çıkar yol, hukukçunun faaliyetinin herhalde neden ibaret olduğunu ve ne üzerine olduğunu saptamaktan geçmektedir.

Huk.'ıkçunun faaliyeti, sadece "normatif önermeler" üzerinedir. Normatif önermeler üz.erine olan bu faaliyet, henüz bir "müessese" üzerine, bir "sistem" üz.erine bir faaliyet olmadan önce, bir "yorum" faaliyeti olarak ortaya çıkmaktadır[99].

Bu, bışk:usuz, hukuk biliminin, kendine özgü normatif bir dil üzerine, bir "dil" olmasının zorunlu bir sonucudur. Gerçekten, hukukçunun başta gelen faaliyeti, huk.'ıken geçerli normlar olarak kendisine verilen hukuk normlarının anlamlarının, kapsam ve sınırlarının bilinmesi faaliyetinden ibaret bulunmaktadır. Normatif bir önermenin anlamının, kapsamı ve sınırlarının neden ibaret olduğunun bilinmesi demek, sembollerle veya sözlerle, semboller veya sözler tarafından ifade edilen şey (davranış, fiil) arasındaki uyumun saptanması demektir. O halde, bir önermenin anlamının, kapsamı ve sınırlarının bilinebilmesi için, hukukçunun, sadece işaretler üzerinde değil, ama aynı zamanda işaretlerde ifade edilen şeyler üzerinde de çalışması ve daima işaretten işarette ifade edilen şeye giden "atıfsal bir faaliyeti"

,1 Grispigni, Dirittopenale,s.11;Toroslu, Cilrllmlerin, s. 4.

" Grispigni, La dogmatica,s.11;Toroslu, Cürümlerin,s. 5.

119 Bobbio,Teoria dellascienza, s. 168, 175; Rocco, U problcma.s. 563.

gerçekleştirmesi gerekmektedir. Bu, hukukta, "hukuk yorumu" denen faaliyettir. Öyleyse, hukuk yorumu, hukuk normunun bir anlamını bilme, normda ifadesini bul□m iradeyi bir keşfetme faaliyetinden ibarettir. Gerçekten, normun bu belirtilen biçimde anlamını bilmek, ancak normu teşkil eden ifadenin gerisinde ifade edilmiş olan şey bulwmp çıkarıldığında mümkün olabilmektedir. Hukukçu, ancak bu işlemlerden sonradır ki, genel kavramlara varabilmekte, bunlar arasındaki bağıntıları kurabilmekte ve onların tam ve tutarlı bir sistemini oluşturabilmektedir. İşte, bu sistem, hukukçunun bilimsel sistemidir, yani belli bir normatif anlatım (dil) üzerine inşa edilmiş bir başka dildir. Bu dilin anlatım araçları, artık normatif önermeler değil, ama bildirmeli önermelerdir, yani betimsel, tasvirı önennelerdir[100].

Burada, yorumda bulunulurken, normun, amacından (scopo, ratio) soyutlanarak, salt bir "biçim" olarak idrakinin mümkün olup olmadığı konusu, doktrinde tüm çekişmelerin üzerinde yoğunlaştığı, temel noktalardan birini oluşturmaktadır. Bu konuda, denmektedir ki, hukukçu, sadece bir fiilin ne zaman suç oluşturduğunu ve gerçekleşmesi halinde hangi hukuki sonuçları gerektirdiğini düzenleyen kanun hükümlerini ait oldukları toplumsal gerçekliği göz önüne almadan inceler diyen mantıki-formalist anlayış pek fazla tutarlı değildir, çünkü hukuk, hiçbir zaman, toplumsal gerçeklikten uzak, salt bir biçim, form, kalıp, yahut toplumun basit bir üstyapısı değildir. O nedenle, hukuk yorumu, dolayısıyla hukuk incelemesi, hukuk normlarının salt mantıkı-formel işlemleri ile sınırlandırılmamalıdır. Normun amacı, norma yabancı bir kavram değildir, çünkü, daha önce belirtildiği üzere, huk.7.lk düzeni, mahiyetinin bir gereği olarak, amaçsal bir yapıdır[101]. Böyle olunca, normun amacının ortaya çıkarılması normun anlamının, kapsamı ve sınırlarının doğru bir biçimde bilinmesinde zorunlu olduğundan; normun amacını bulma faaliyeti, yorum faaliyetinin içinde olmaktadır.

Ancak, bu noktada takılıp kalmak, soruna kuramsal bir çözüm getirmemektedir. Bunun için de son bir adım daha atmak gerekmektedir. Eğer, gerçekten, huJ.a.ık normunun içeriğirıi idrak etmek için "amaç" zorunluysa, amacı idrak etmek için de bizzat hukuk normunca normlaştınlan toplumsal beşeri fiilin göz önüne alınması zorunlu olmaktadır[102]. Öyleyse, hukuk bir biçimdir, ama be1li bir içeriği zorunlu kılan bir biçimdir. Elbette, hukuk kuraldır, ama içinde kurallaştırılmış bir fiil bulunmadıkça varlık kazanması mümkün olmayan bir kuraldır. Hukuk, toplumsal ilişkilerin bir düzenidir, dolayısıyla toplumsal ilişkilerle bağımlı kılınmadıkça, idrak de edilemez.

---

100 Bobbio, Tcoria della scienza, s. 201i Rocco, il problema, s. 564.

101 Antolisei, Per un indirizzo, s. 32; Jhcring, Lo scopo neldiritto, Einıudi, Torino 1972, s. 17 vd. özellikle "Lo scopo e il crcatore di tutto il diritto": Amaç, tüm hukukun yaratıcısıdır.

102 Antolisei, Per un indirizzo, s. 32.

Gerçekten, hukuk, beşeri ilişkileri yaratamaz, onları içinde bulundukları toplumsal gerçeklikte bulundukları biçimleri ile ele alır ve yine toplumsal olan amaçlara ulaşmak amacı ile onları düzenler, yani kurallaştınr[101]. Bu demektir ki, normda kurallaştırılan fiil veya ilişki, amaca eşit olarak, nonnun kurucu bir öğesi olmaktadır. Bu öğe, kanunun amacının bulunup ortaya çıkarılmasında zorunlu olduğu için, kanun hükmünün anlamının ve uygulanma sınırlarının bilinmesinde hukuk dışı bir öğe sayılmamalıdır, çünkü bu, bizatihi hukukun, içinde maddeleştiği bir özdür. O nedenledir ki, nonnun kurallaştırdığı fiili göz önüne almaksızın hukuku sadece formel bir biçimde inceleme iddiasında olan herkes, kısır bir döngüye düşmek, dolayısıyla sonunda, normun düzenlediği fiille, fiili düzenleyen nonnu birbirine karıştırmak zorunda kalır'M.

Bu durumda, yorum faaliyetinde, ifade edenden ifade edilene gitmek zorunluluğunun esası ne olmaktadır, sorusu ortaya çıkmaktadır. Sorunun cevabı, normatif önennelerin, gerçeklikle olan bağıntısında aranmalıdır. Gerçekten, normatif önermeler, varolmalı karakterde önermeler değildirler. Ancak, bu, onların toplumsal gerçeklik ile bağıntılı olmadıkları anlamına da gelmemektedir. Elbette, normatif önermeler, mümkünü ifade eden farazı davranışların önermeleridir. Ama bunların içerdikleri mümkünlük veya farazilik kavramı, salt akıldan değil, bizzat toplumsal gerçeklikten çıkarılmaktadır. O yüzden, işi, normatif önermeler üzerine olan hukukçu; kendisinden, önermelerin sadece varlık nedenlerini değil, aynca müteşekkil oldukları fikir ve kavramları da çıkarttığı toplumsal gerçekliğe gitmeksizin, onların taşıdığı anlamı bilme olanağına sahip olamaz. Aslına bakılırsa, hukukçunun işi, normun kendisinden kaynadığı ve düzenlemeyi amaçladığı toplumsal gerçekliğin irdelenmesinden başka bir şey değildir. Gerçekten, fiili gerçeklik üzerine hiçbir yargı verilmese de, normatif önermelerin belirlediği gerçek şeylerin bilgisi ne kadar iyi değerlendirilebilirse, normatif önermelerin anlamlarının bilinmesi de o kadar iyi sağlanmış olmaktadır. Bu nedenle, kanunun idrak edilmesinde ve bilinmesinde kanundan çıkan malzemeden başkasına gerek olmadığı, hukuk biliminin deneye gereksinimin bulunmadığı, onun hemen hemen kanunun salt bir istidlali olduğu göıüşü, kuşkusuz ge.çerli değildir, çünkü hukukçu, belli bir davranışı düzenleyen bir normun anlamını bilmek için matematikçi ve mantıkçıdan farklı olarak, ama tarihçi ve sosyologdan hiç de farklı olmayarak, gerçek davranışı gözler ve gözlemi sonunda elde ettiği bilgiden yorum görevini yapmak için yorumda zorunlu olan öğeleri çıkarır[105]. Değişik biçimlerde de olsa, bugün, bu, hemen herkesçe kabul edilmektedir.

,ıa Rocco Alfredo, Politica e diritto nelle vecchie e nuove concezioni dello stato, Nuova antologia. 1931, s. 364.

1111 Antolisei, Per un indrizzo, s. 33.

 Bobbio,Teoria dellascienza, s. 176, 178.

Esasen, önemli olan, gerçeğin şu veya bu biçimde ifade edilmiş olması değildir, hukuk nom1larınca "ipotezleştirilen" farazı davranışların bilinmesinde, gerçek davranışların gözlenmesinin esas olduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Bu ifade ile, fiiller üzerine etik-siyasi bir yargı olmalarına rağmen, normatif önermelerin bilinebilmelerinin, ancak fiillere gitmekle mümkün olacağı hususu kastedilmektedir. Kuşkusuz, normatif önermeler, birer gerçeklik yargısı, varolmalı yargılar değildirler. Ancak, bu yönleri, onların deney üzerine kurulmuş olmalarına bir engel oluşturmaz, çünkü normatif önermelere varolmalı bir anlam izafe edilmesinin inkarı, aynı zamanda onların deneysel temellerinin inkarı değildir. Normatiflik, yani kuralsallık ve deneysellik terimleri, birlikte bulunamayan veya birbirlerini çelen terimler değildirler. O nedenle, hukuk kuralları veya hukuk önermeleri, hem normatiftirler, hem de sonunda beşeri bir deney veya deneyimden gelmektedirler[106].

Hepsi bir yana bırakılsa bile, deneye gitmek, sadece bir hükmün anlamını bilmede değil, aynı zamanda o hükmün öngörülmeyen benzer hallere genişletilmesinde veya teşmilinde de zorunludur. Bu, hukukta, genişletici yorum yahut kıyastır. Kıyas hukukta mümkündür. Üzerinde tartışmalar olmakla birlikte, kıyas, ceza hukukunda tümden reddedilmiş değildir. Böyle olunca, ceza hukuku, kısıtlı da olsa, kıyas konusunda deneye yabancı değildir.

Görüldüğü üzere, bizzat davranışları değil, ama davranış kurallarını incelemeyi konu edinen hukuk bilimi, bu gerekliliği yerine getirebilmek için, doğrudan olmasa bile, belli bir deneye dayanmak, yani az da olsa gözleme yabancı olmamak zorundadır.

Acaba, bu durum, hukukun deneyselliğini kanıtlamaya yeterli midir?

Sorunun çözümü elbette "deneysel bilim" terimi ile neyin kastedildiğine bağlıdır. Eğer, deneysel bilim terimi ile bilginin nihaı kaynağı olarak deneyi tanımaksa, hukuk, ceza hukuku bilimi, bu anlamda, doğrudan değil, ama "son tahlilde" deneysel bir bilim sayılmak gerekir. Çünkü, hukuk, ceza hukuku biliminin konusu, yani davranış kuralları, kesinlikle deneyin dışında bir yere konaınamakta, yani "a priori" olarak ideal ilkelerden çıkanlamamakta; tersine tarih, sosyoloji, siyaset, ekonomi, vs. bilimlerin konusunu oluşturan beşeri alemin öteki şeylerinden farklı olmayarak, araştırmacının içine nüfuzunu olanaklı kılan, toplumun bazı gerçek deneyimleri, bazı gerçek ilişkiler ve bazı gerçek davranışlar üzerine oturmaktadırlar. Bu sonuç, hukuk biliminin salt mantıki araçlarla işleyen mantıki - formel bir bilim olduğu görüşü karşısında, özel bir

---

[11] Bobbio, Teoria della scienza, s. 177.

önem taşımaktadır. Çünkü, hukuk biliminin mantıkı-formel anlayışı, hukukçunun faaliyetinin bir fizikçinin veya sosyologun faaliyetinden çok, bir matematikçinin faaliyetine benzediğini kabul etmektedir[107]. Hukuk bilimini dogmalaştıran, onu belli bir "tutuculuk" içine sokan bu anlayış, karşıtı olarak doğan doktrinler tarafından eleştirilmiştir[108].

Gerçekten, huk.'Uk bilimi madem nihaı tahlilde deneyseldir ve bu deneysellik onun yorumsallık karakterinin bir sonucudur, hukukçunun faaliyeti mantıkçı veya matematikçinin faaliyetine değil, tersine fizikçinin, sosyologun, vs. faaliyetine benzemektedir. Ancak, bu benzerliğe dayanarak, hukuk nasıl matematiktir veya mantıktır denemiyorsa, ör., sosyolojidir veya tarihtir de denememektedir. Çünkü, bu iki farklı disiplinin deneysellik bakımından benzerlik göstermesi, hiçbir zaman varlıklarına vücut veren konularının da benzerlik göstermesi sonucunu doğurmamaktadır.

Bu açıklama üzerine, başta sorulan soruya tekrar dönelim.

Hukuk bilimi deneysel bir bilim midir, yok eğer değilse, teolojiden, diğer dogmalar ve kişisel felsefelerden nasıl ayrılacaktır ? Hukuk bilimi, açıklandığı üzere, doğrudan, yani ilk ağızda değil, ama son tahlilde deneyseldir. Bu temel niteliğinden ötürü, nomıatif önermelerin bir bilgisi olarak ortaya çıkan hukuk, ceza hukuku bilimi, "manevi bilimler" tasnifi içerisinde yer alan ama deneysel sayılmayan inanç, düşünce sistemlerinden, diğer dogmalardan ve kişisel felsefelerden aynlmaktadır[100].

Öyleyse, hukuk, ceza hukuku, ne bir dogmadır, ne teoloji, ne de özel bir felsefedir, yanlızca bilgisinin nihaı kaynağı olarak deneyi tanıyan bir disiplindir[110]. Son tahlilde deneye dayalı olmak, bizi, zorunlu olarak, hukukta deneyselliğin sınırının neden ibaret olduğu sorununa götürmektedir.

2. Hukukta Deneyselliğin Sınırı

Ceza nonnunun anlamını, kapsamını ve sınırlarını bilmede deneye gidilmesi demek, normun kendisinden vazgeçmek, dolayısıyla salt toplumsal deneyden yararlanmak demek değildir. Eğer tek gerçeklik verisi olarak var olan hukukun "pozitif hukuk" olduğu kabul edilirse, ceza hukukunun, bir yandan "Tabii hukuka",

---

107 Grispigni, La dommatica, s. 13.

101 Blcz. Bobbio, Teoria della scienza, s. 182 vd.

109 Bobbio, Teoria della scienza, s. 136, 175, 178.

110 Bobbio, Teoria della scienza, s. 179.

öte yandan "genel sosyolojinin uygulamalı bir dalına" veya "suç sosyolojisine" indirgenmesi kabul edilemez[111].

Burada, yegane gerçeklik verisi hukukun pozitif hukuk olduğunu kabul etmekle yapılmak istenen; sadece, ceza hukuku bilimi araştırmalarının, doğrudan konusunun kendine özgü hukuk bilimi olma niteliğine uygun olarak, salt ceza hukukunun, yani deneysel bir veri olarak var olabilen yegane ceza hukuku pozitif ceza hukukunun incelenmesi ile ve uygun biçimde onun araçları ile sınırlandırılmasıdır. Bu sınırlandım1anm doğal sonucu, ceza hukuku biliminin,suç ve cezayı, sadece hukuki açıdan, hukuk normunun düzenlediği fiiller, yani biri sebep ve öteki hukuki sonuç olan hukuki fiiller olarak ele alıp incelemesidir.

Gerçekten, ceza hukuku bilimi, bu fiillerin; birinin, toplumsal ve bireysel bir fiil olarak, yani toplumsal ve doğal, organik, psikolojik açıdan; ötekinin, toplumsal bir fiil olarak ele alınıp incelenmesi işini, başka bilimlere, açıkçası asıl konularını oluşturdukları antropolojiye, suç sosyolojisi ve kriminolojiye terk etmektedir. Terkle güdülen amaç, kiminin ileri sürdüğünün tersine, ceza hukuku araştırmalarını biçimselleştirme, kalıplaştırma, onları tamamen kuramsal bir soyutlamaya indirgemek veya konularını oluşturan fiilleri yeşerdikleri doğal ve toplumsal gerçeklikten soyutlamak değildir, tam tersine, ceza hukuku biliminin gerçek konusunu ve sınırlarını tespit etmektir. Söz konusu bu konu ve sınırlan, suç denen beşeri ve toplumsal, ceza denen siyasi ve toplumsal fiillerin sadece hukuki tanziminin, yani hukuken organize toplum için bir tehlike ortaya koyabilen ve dolaylı olarak haksızlık ve zarar meydana getirmeye elverişli isnat edilebilir beşeri fiilleri yasaklayan hukuk normlarının, öyleyse hak ve yükümlülüğün, yani normların varlığından ötürü normlardan doğan ceza hukuku ilişkilerinin incelenmesi olmaktadır[112].

Açıkça belli ki, bu doğrultuda düşünüldüğünde, ceza hukuku normunun anlamının, kapsamı ve sınırlarının bilinmesinde, deneye gitme zorunluluğu inkar edilmemekte, tersine hukuk kavramına bir sınır getirilmek sureti ile hukuk düzenini bir normlar sistemi bütünü olarak idrak eden hukukun normatif teorisine sadık kalınmak istenmektedir. Gerçekten, hukukun normatif teorisi, hukuk araştırmasının içinde cereyan ettiği ortam olarak ve hukukçunun hukukçudan başka şey, •ör. sosyolog, ahlakçı, filozof, vs., olma tehlikesine düşmeksizin terk edemeyeceği ortam olarak, sadece hukuk normunu veya belli bir hukuk normları bütününü, açıkçası

[111] Rocco,11 problema, s. 513.

[111] Rocco, 11 problema, s. 514 vd.

belli bir hukuk düzenini göz önüne almaktadır. Bu hukuk düzeni, deney veya gerçeklik verisi olarak var olabilen tek hukuk düzen olarak, pozitif hukuk düzenidir. Burada, deney verisi olmaktan maksat, beşeri iradece konulmuş olmaktır. Öyleyse, pozitif hukuk, beşeri iradece konulmuş olan geçerli bir nonnlar sistemi bütünüdür. İşte, hukuk, ceza hukuku biliminin konusu, yalnızca bu konmuş olan hukuku incelemektir. Uygulama, tatbikat denen faaliyet, sadece bu hukukun uygulanınasıdır[113].

Bu demektir ki, deney verisi olarak mevcut bulunan tek hukuk nonnu, belli bir hukuk düzeninde geçerliliği bulunan normdur. Bir davranış kuralı, ait olduğu hukuk sistemi içinde geçerli olduğunda hukuk normu olmaktadır. Öyleyse, bir davranış kuralımn, hukuk kuralı olarak var olması, o davranış kuralının geçerli olması ile eş anlamlı olmaktadır.

Önceden de belirtildiği üzere, hukuk noımunun, geçerliliği yanında, aynca adilliği ve etkinliği bakımından da değerlendirilebilir. Ancak, geçerlilik, adillik ve etkinlik, doktrinde, birbirine karıştırılmış, dolayısıyla, hukukun asli konusunun ne olduğu sorunu, uzun bir süre kesin bir sonuca ulaştırılamamıştır. Hukukun normatif teorisi ile hukukun diğer teorileri arasındaki uyuşmazlık da esasen bu noktada yoğunlaşmaktadır. Sorun, bağımsız bir disiplin olma sıfatını zedelemeden, hukuk biliminin aslı konusunu bulma sorunu olduğuna göre; herhalde, sorunu çözmeye elverişli ölçütün, hukukun kedi yapısallığı içinde aranması gerekmektedir. Bu doğruysa, hukukun kendi yapısalhğından çıkarılabilecek tek ölçüt, normun, ne adilliğidir, ne de etkinliğidir, sadece ait olduğu normatif düzende geçerli olmasıdır[114]. Görüldüğü üzere, hukukilik, geçerlilikle bağıntılıdır. Öyleyse, hukuk, ceza hukuku biliminin konusunu oluşturan norm, hukuk nonnu, sadece konulmuş olan belli bir hukuk düzeninde geçerli olan normdur[115].

Beşeri bir davranış kuralının belli bir hukuk düzeninde geçerliliği, o davranış kuralının belli bir temel normdan kaynaklanmasıdır. Burada, temel norm, normatif her sistemin geçerliliği ilkesidir[116]. O nedenle, temel norm dışında, geçerlilik ilkesi dışında, ne hukuki bir varlık, ne bir hukuk normu, ne de bir hukuk düzeni mevcut

---

m Bobbio, Teoria della Scienı.a, s. 179 vd.198.

11, Scarpelli, Cos' e' il positivismo giuridico, Milano 1965, s. 53-89; Hart, 11 conceuo del diritto, lntroduzione e traduzionc, di Mario Cattaneo, Torino 1966, s. 67-70, 105-108, 120-122; Bobbio, Tcoria della scicnza, s.195; ID, Tcoria della norma, s. 25-29; Kelsen, Lineamenti, s. 52.

ıı5 Perassi, Age., s. 32.

116 Kelsen, Lincamenti, Böl. V; Ross, Age., s. 29-68; Hart, Age., 95-145; Ago, Scienza giuridica e diritto intemazionalc, Milano 1950, s. 38; Conte, Nonna fondamentale, Novssimo digeso italiano, 1965,v.XI,s. 328

bulunmaktadır[111]. Bu, hukukun normatif teorisinde, mümkün yegane hukuk biliminin, konusu, münhasıran hukuk olan, yani sadece geçerli bir hukuk düzenine ait normatif önermeler olan hukuk bilimi olması demektir. Bu bilim, toplumdaki olgulardan, çıkarlar çatışmasından, dolayısıyla irade uyuşmazlıklarından "kanunlar" çıkaran, bunları açıklayan, sistemleştiren ve işleyen bir bilim değildir, ama, tersine, sadece pozitif hukukun, yani tek deney verisi beşeri iradece konulmuş olan hukukun bir teorisidir. Tabii, böyle olunca, pozitif hukukun bir teorisi dışında, ne bir hukuktan, ne de bir hukuk biliminden söz edilmesi mümkündür.

Bu sonuç elbette herkesçe kabul edilmiş değildir.

Pozitivist ceza hukuku okulundan başka, hukuk biliminin konusunun özellikle pozitif hukuk normları olmadığını, hukukçunun görevinin hukuku hukuk için ve gene hukuki araçlarla normatif önermeler dışında aramak olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, doktrinde farklı isimlerle anılmakla birlikte, hepsine birden hukukun sosyolojik teorileri demek mümkündür. Ancak, bu teorilerden, Kara-avrupası hukuk sistemlerinde, bu sistemin teorisi olan doktrinleri eleştirmek amacı ile ortaya çıkanlarla, Anglo-sakson ülkelerinde egemen olan hukuk sistemlerinin teorisi doktrinleri eşdeğer görmemek gerekmektedir.

Esasen, hukukun normatif teorisi ve hukukun sosyolojik teorileri, hukuk bilimi alanında, biri ötekine karşıt, iki temel düşünce akımını temsil etmektedirler. Bunların arasındaki karşıtlığın esasını, hukuk biliminin gerçek konusunun neden ibaret olduğu meselesi oluşturmaktadır. Bu, aslında, Kara-avrupası hukuk sistemlerinde hukukun normatif teorisinin eleştirisi olarak doğan teoriler bakımından da aynıdır. Gerçekten, hukukun sosyolojik teorilerinde hukukçunun görevi, doğrudan doğruya toplumsal deneye giderek, pozitif hukuku teşkil eden önermeleri, bizzat bu deneyin içinde aramaktır. Öyleyse, bu teorilerin modellediği hukukçu, bizzat hukuk normlarının mucididir. Oysa, hukukun normatif teorisinde hukukçunun görevi, toplumsal deneyden davranış kuralları, normlar çıkarmak olmayıp, kendisine hukuken geçerli normlar olarak verilen hukuk kurallarını yorumlamaktır. Hukukun normatif teorisinde hukukçu, mucit değildir, sadece kaşiftir. Hukukun sosyolojik teorilerinde hukukçunun araştırma konusu toplumsal deneyin kendisidir. Hukukçu, bir toplum bilimci, yani bir sosyologdur. Burada, hukuk bilimi, hukuk sosyolojisi ile karıştırılmaktadır. Hukukun normatif teorisinde hukukçunun araştırma konusu, hukukun, yani pozitif hukukun kendisidir. O halde,

---

117 Bobbio, Scienza, s. 196.

hukukçu, kelimenin geleneksel anlamında bir yorumcudur. Hukuk bilimi, zorunlu olarak, pozitif hukukun bir teorisidir[118].

Temelde birbirine karşıt bu iki grup teoriden Anglo-sakson ülkelerinde geçerli hukukun sosyolojik teorisi ve Kara-avrupası hukuk sistemlerinde geçerli hukukun normatif teorileri, esasları bakımından birbirinden çok farklı iki değişik hukuk sisteminin tezahürüdür. Hukukun kaynaklarının dinamik ve çoğulcu anlayışına yer veren hukukun sosyolojik teorileri, Aglo-sakson ülkelerinde geçerli hukuk sistemlerinin temel gereklerine ve niteliklerine cevap vermektedirler[119]. Buna karşılık hukukun normatif teorisi, Kara-avrupasının hukuk sistemlerinin geleneksel karakterini teşkil eden hukukun kaynağının "tekçi" anlayışına cevap vermektedir. Bu itibarla bu iki düşünce sistemi arasındaki köklü uyuşmazlık, çözümü mümkün salt teorik karakterde bir uyuşmazlık değildir, tersine kendilerini doğuran gerçek durumlardan soyutlanmaksızın değerlendirilmesi gereken birbirine karşıt hukuk ideolojilerinin ve farklı hukuk sistemlerinin karakterize ettiği tarihı kökenli bir uyuşmazlıktır. O nedenle söz konusu uyuşmazlığa, boşu boşuna kalkıp, kuramsal bir çözüm aramaya da gerek yoktur[120].

Bu durumda, diyebiliriz ki, Kara-avrupası hukuk sistemlerinde halen geçerli hukuk teorisi, geçen yüzyılın sonlarında hukukun normatif teorisinin bir eleştirisi biçiminde ortaya çıkan sosyolojik teorilerin etkin saldırısına rağmen, hukukun normatif teorisidir. Bu teorinin etkinliğinin bir sonucu olarak, Kara-avrupası hukuk düzenlerinde, "hukukçunun rolü" hala "kanunun yorumcusu" rolüdür. Gene, hukukun normatif teorisi, bu hukuk düzenlerinde, onların gerekleri göz önünde tutularak oluşturulmuş olan bir hukuk teorisidir.

Böyle olunca, hukukun normatif teorisine, kendinde olmayan mutlak, kuramsal bir değer izafe etmek mümkün olmamak gerekir. Burada, olsa olsa, hukukun sosyolojik teorilerine oranla, hatta Kara-avrupası hukuk sistemlerinden farklı hukuk sistemleri karşısında, hukukun normatif teorisinin, daha geçerli olduğu kanıtlanabilir; ancak, hiçbir zaman, mutlak, kuramsal bir değeri olduğu ileri sürülemez[121].

Buradan, son tahlilde deneye de dayalı olsa, hukukun normatif teorisinin, gerçekte bir bilim olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır.

---

111 Bobbio, Teoria della scienı.a, s. 100.

119 Bobbio, Teoria della nonna, s. 60 vd.

,ıı1 Bobbio, Teoria della scienza, s. 181

ıı1 Bobbio, Tcoria della scienı.a,s. 182

G. Pozitif Hukukun Bir Teorisi Olarak Hukukun Normatif Teorisi

Son tahlilde deneysel olmakla birlikte, hukukun normatif teorisinin gerçekte pozitif hukukun bir bilimi olup olmadığını saptamak, herhalde söz konusu teorinin esaslarının göz önüne alınmasını ve değerlendirmenin buna göre yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu esasların başlıcaları şunlar olmaktadır.

Hukukçunun, ceza hukukçusunun faaliyeti, beşeri iradenin veya beşeri düşüncenin bir ürününün incelenmesine yönelik olduğundan, konan hukukun bir teorisi olarak hukuk bilimi, "manevi bilimler" denen bilimler arasında yer almaktadır. Böyle olunca, doğa alemine ait olmayan, kültür alemine ait olan konuların niteliklerinden ötürü, hukuk araştırmasının, bu bilimlerle bazı ortak yanları bulunmaktadır.

Hukuk, ceza hukuku araştırması veya hukuk biliminin konusu olan manevi veya kültürel ürün, beşeri davranış kuralları, yani normatif önermelerdir. Bu özellik, hukuk bilimini, öteki manevi bilimlerden kesin olarak ayırt etmektedir, çünkü inceleme konusunu teşkil eden önermeler, gerçek davranışlar üzerine kurulan ifadeler değildirler, mümkün veya farazi' davranışlar üzerine kurulan ifadelerdirler.

Hukuk, ceza hukuku araştmnaları, son tahlilde deneye dayalıdırlar, çünkü normatif önermelerin anlamlarının, kapsam ve sınırlarının bilinmesi, sonunda bunların kendilerinden soyutlandığı gerçek davranışlara gitmeyi, onlara başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Bu niteliğinden ötürü, hukuk bilimi, kendine özgülüğüne rağmen, deneysel bilimler arasında yer almakta ve formel bilimler denen bilimlerden ayrılmaktadır.

Hukuk, ceza hukukunun amacı, genel kavramlar teşkil etmek, bunlar arasında bağıntıları kurm□ kavramların tutarlı tam bir sistemini inşa etmektir. Genel .kavramların inşasına münferit normatif önermelerin yorumu ile veya "teleolojik" açıklamadan yararlanılarak bunların anlamlarının, kapsam ve sınırlarının bilinmesine varılmaktadır.

Bu özellik, hukukun, ceza hukukunun, tabiatçı ve tarihçi anlayışları karşısında, kesin bir tavır almaya imkan vermektedir, çünkü hukuk, ceza hukuku araştırması, konusuna nüfuz yöntemi (yorum) nedeni ile tarihçi, ancak amacı (genelleştirme ve sistem) nedeni ile, tabiatçı tipte bir araştırma olmaktadırm.

---

122 Bobbio, Tcoria dclla scien1..a, s. 200 vd.

O halde, hukuk, ceza hukuku bilimi, normatif önennelerin, anlamının bilinmesi, kapsam ve sınırının belirlenmesi, sistemin teşkili için deneye dayalı bir araştım1asıdır. Söz konusu bu tanımda, hukuk ve ceza hukuku araştırmalannda; konu, normatif önermeler; esas, deney; yöntem, yorum; amaç, sistem olmaktadır.

Bu tür bir araştırmaya, bilimseldir denebilir mi ?

Açıkçası, bilim, nedir ?

Göıülüyor ki, sorunun çözümü, bilime verilen anlam üzerinde, yani bilimden gerçekte nenin kastedildiği üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Kimi, ceza hukukunu bir bilim saymamakta, sadece normatif bir bilgi dalı saymaktadır. "İlim müşahedelerde bulunur, tespitler yapar ve kanuniyetlerin nelerden ibaret bulunduğunu gösterir. Ceza hukuku, ise muayyen bir takım kaideler ve nonnlar vaz etmekte ve bunlara bütün fertlerin riayet etmelerini ceza tehdidi ile emreylemektedir[123]." Buna karşılık, kimi, ceza hukukunu bir bilim saymaktadır. "Bilim eğer olaylar nizamını bilgiler nizamında aksettiren nesnel gerçeğin ekonomik ve sistematik bir tasnifiyse", kuşkusuz hukuk, ceza hukuku bilimi bu anlamda tıpkı öteki bilimler gibi bir bilim sayılmak gerekir, çünkü hukuk bilimi de, pozitif hukuk düzenini teşkil eden hükümlerin içeriğini, bir bilgiler düzeni içinde aksettirmeyi amaçlamaktadır[124]. Her iki anlayış, hukukun, ceza hukukunun normatiflik karakterini kabul etmekte, ama farklı sonuçlara varmaktadır.

Bu durum karşısında, sorunun çözümünün, bilim kavramının evrırnı süreci içinde aranması gerektiğini düşünüyoruz:

Bilginin pozitif ve akılcı anlayışının egemen olduğu dönemlerde, hukuk, ceza hukuku bilimi, kendine özgülüğünden ötürü, genel olarak bilimler sınıfına sokulmamıştır. Ancak, bugün, bilime ve özellikle doğa bilimlerine verilen anlam, dünkünden, yani pozitif ve akılcı bilim anlayışının egemen olduğu dönemden tümden farklıdır. Hatta, bugün, hukuk söz konusu olduğunda, hukukun, ceza hukukunun, bir bilim şubesi olup olmadığı yolundaki tartışmalara yeni boyutlar getirilmiştir.

Günümüz.de, bilimsellik anlayışı, klasik akılcılığın savunduğu temel kavramlardan "aklın mutlaklığı" yerini "aklın yalnızca araçlığı" , "gerçeğin mutlaklığı" yerini "gerçeğin izafiliği veya itibariliğine" ve "mantığın mutlaklığı" yerini "mantığın çoğulculuğu" veya çokluğu kavramlarına bırakrnıştır[125]. Bu kavr□ar, artık, klasik

---

IZI Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, I, İstanbul 1973, s. 11.

II.I Toroslu, Cürümlerin, s. 10.

[1]□ Bobbio, Tcoria dclla scienza,s. 210.

akılcılık anlayışının tanıdığı bilim anlayışından tamamen farklı bir bilim anlayışına vücut vennektedir. Bu bilim anlayışı "Yeni akılcılık akımı" denen akımın bilim anlayışıdır[126].

Yeni akılcılık akımında, bilimle, ilk, basit veya iptidai önenneleri, önennelerinin değişim kuralları tam olarak belirlenmiş olan ve belli kurallar ve konmuş öncüllerle (preınessa) uyumlu bir biçimde işleyen bir önenneler sistemi kastedilmektedir. Böyle olunca, bir araştırmaya; artık gerçekliği içermiş olmasından ötürü değil, ama kendisi ile ilerlediği doğruluktan [çelişmezlik, tutarlılık, kesinlik, özgünlük (rigore)] ötürü bilimsel denmektedir. Öyleyse aklın farklı bir anlayışı üzerine oturan modem metodolojide bilimselliği vurgulayan öğe, bu oluşum yüzünden, "gerçeklik" kavramından "doğruluk" kavramına kaymıştır. Artık, bilimsel önenneler, farz edilen gerçeği veya ideal bir gerçekliği "tecrubı bir operasyon" (fiil) veya "idrak" (ide) ile tekrardan yapına anlamında doğru önermeler olmaları dolayısıyla bilimseldirler.

Demek ki, bir araştırmanın bilimselliği, gerçeklikte, yani ifadenin nihai ve kesin bir biçimde ortaya çıkan nesnel bir gerçekliğe karşılık teşkil etmesinde değil; tersine, dilin, anlatımın (discorso) doğruluğunda, yani bizzat anlatımda kullanılan tüm terimlerin yeterli kesinliğinde ve bir ifadenin kendisi ile birlikte sistemi teşkil eden tüın öteki ifadelerle olan uyum ve tutarlığında saklıdır[127].

Gerçekten, belli bir araştırmanın içinde oluşacağı mantık kuralları ve ilk, iptidai önennelerin saptanması eğer doğru bir anlatım yahut dilin teşkili için esaslar koymaksa, bilimsellik dilin doğruluğunda saklı olduğundan, doğru bir anlatımın teşkili dışında, bilimsel herhangi bir araştırmanın olması mümkün değildir. O nedenle, modem metodoloji, dil ve bilim arasındaki ilişki üzerinde ısrar etmektedir, çünkü bilim, gerçeğin bilinmesi veya vehminde değil, bilimsel dilin kullanılmasında saklı bulunmaktadır. Gerçekten, bir bilim teşkil etmek demek, doğru (tutarlı, kesin, özgün) bir dil teşkil etmek demektir. Teşkil olunan bu dilde, "bilimsel gerçek" olarak geçerli olan önerme, nesnel gerçekliğe adapte olan önerme değildir, fakat içine konduğu sistem dahilinde geçerli kuralları gözeten terimlerle ifade edilen önermedir.

O halde, bir anlatım veya bir dil (linguaggio);

a. Sistemi teşkil eden ilk, iptidai önermelerin tüm sözlerinin tanımlandığı veya bunların tüm kullanım kurallarının saptandığı ve o kurallara uyulmadıkça kullanmanın asla mümkün olmadığı,

---

[121] Yeni akılcılık akımı hakkında bkz. Bobbio, Teoria della scienza, s.206vd.

[IV] Bobbio, Teoria della scienza, s. 213.

b. tık önennelerden esaslarına uyularak yeni önermelerin çıkarılmasını sağlayan kuralların tespit edildiği ve tespit edilen önermeler dışında başka kuralların kullanılmadığı halde doğrudur denebilmektedir.
Kuşkusuz, bu da, bir önenneler sistemi ne kadar çok uyumlu ve çelişkisiz ise, o kadar bilimseldir demektir.

Ancak, burada söz konusu edilen şey, bilimin basit bir dil işlemine indirgemesi değildir. Tersine, yapılmak istenen, nesnel bilginin açıkçası bilimin içinde mündemiç olduğu "süjeler arası bilginin" en mükemmel biçiminin tanınıp bilinmesidir. Bu, bir araştınnanın en çok veya en az bilimsel niteliğinin,"alalade dil" ile yer değiştirerek bu dile üstün gelen dilin veya anlatımın en çok veya en az doğruluğu ile bağımlı olduğu anlamına gelmektedir. O halde, bilim, bilimsel dil denen dilin teşkili ile, yani tamamen öznel bir bilgiden yüksek düzeyde süjeler arası bir bilgiye çıkaran, yani nesnel bir bilgi yapan belli bir dille başlamakta, dolayısıyla bilim olmaları bakımından, fonnel bilimlerle deneysel bilimler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Madem bilimsellik zorunlu olarak doğru bir dilin teşkilinden ibarettir, doğru bir dilin teşkili, bilim kimliğini kazanmak isteyen her araştırmanın tamamlayacağı belli bir "operasyonu" gerektirmektedir. Bu operasyon ise, genel bir ifade ile "dilin analizi" olmaktadır. Öyleyse, her bilim, bilimsel her araştırma, dilin bir analizini zorunlu kılmaktadır[128].

Acaba, bu anlamda, ceza hukuku araştınnası, dilin bir analizini zorunlu kılmakta mıdır? Açıkçası, hukukçunun nitelikleri yukarıda belirtilen faaliyeti, acaba bilimsel bir faaliyet midir?

Kuşkusuz, sorunun çözümünü, hukuk araştırmasının veya hukukçunun faaliyetinin kanunun dilinin, yani nonnatif önennelerin bir analizini zorunlu kılıp kılmadığında aramak gerekmektedir. Hukuk araştınnası, tıpkı öteki bilimsel araştırmalar gibi, hiç kuşkusuz dilin bir analizini zorunlu kılmaktadır. Hukuk araştırmasının konusu, yani tahlil edilecek dil, pozitif bir hukuk düzenini oluşturan normatif önennelerdir. Nonnatif önenneler, niteliklerinin bir gereği olarak, belli bir dilde ifadesini bulan ve uyulması gerekli görülen belli beşeri davranışlar hakkındaki ifadelerden başka bir şey değildir. O nedenle, hukukçu, araştırmasında, araştırmanın salt bu konusundan ötürü, dilin bir analizine gitmekten kaçınamaz, çünkü hukukçunun araştırmasının başlıca konusu, bizzat kanun koyucunun dilidir. O halde, hukuk araştırması, temel bölümlerinde ve eleştirisel görünümünde, kanunun dilinin bir analizinde çözümlenmektedir. Bu demektir ki, hukuk araştırmasının amacı, her araştırma dilin bir analizi olduğundan, her bir bilimin teşkili ile birlikte gelen öteki

[121] Bobbio, Tcoria della scienza, s. 216.

dil analizleri ile aynı olmak zorundadır. Bu amaç, doğru bir dil olarak, bilimsel bir dil olarak, bir hukuk dilinin teşkil edilmesidir. Gerçekten, kanun koyucunun anlatımı, yani normatif anlatım karşısında hukuk biliminin tavrı, diğer bilimlerin, fizik, matematik, tarih vs., anlatımları karşısındaki tavrının aynıdır. O anlamdadır ki, öteki bilimlerden farksız olarak, hukuk bilimi de, kanunun veya kanun koyucunun dilini, doğru bir dile tahvile zorunludur. Her halde, bu da, kanunun dilinden doğru bir dilin teşkili başarılabildiği ve teşkil olunan dilin sınırlan içerisinde kalındığı takdirde, hukuk araştınnasının bilimsel bir araştırma, kısacası bir bilim olduğunun söylenebileceği anlamına gelmektedir[129].

Öyleyse, sonuç olarak, madem bilim dilin doğru bir teşkilidir, pozitif hukukun bir teorisi olarak hukukun ceza hukukunun normatif teorisi, normatif önermeler üzerine dilin doğru bir teşkili olduğundan, konusu ve yöntemi kendine de özgü olsa, bir bilimdir; bilim olmak bakımından öteki bilimlerden farklı değildir.

il. YORUM

A. Genel olarak yorum, B. Yapana göre yorum çeşitleri, C. Belirleyicilik niteliğine göre yorum çeşitleri, 1. Daraltıcı yorum, 2. *Genişletici yorum, 3. ilerletici yorum, D. Yorum yöntemleri, 1. Mantıksal-yapısal yorum yöntemi,* 2. *Amaçsal (gaf) yorum yöntemi, E. Yorum araçları, F. Kıyas*

A. Genel Olarak Yonun

Kanun, madem ceza normunun kaynağıdır, dilde ifadesini yaptırmalı önermelerde bulmaktadır. Kanunun koyduğu normların neler olduğunu saptamak, ancak söz konusu önermelerin anlamlarının ne olduğunu araştınlmakla mümkündür. Hukukta bu faaliyete yorum denektedir[130].

Yorum, hukuk normunun gerçek anlamını açıklamak, yani normda saklı iradeyi ortaya çıkartmak ve belli bir vakıa veya vakıalarla ilişkili olarak iradenin kapsamını ve sınırlarını belirlemek faaliyetidir. Kuşkusuz, söz konusu bu faaliyet yapılmaksızın, ceza normunun somut olaylara uygulanması mümkün olmaz. Gerçekten, yoruma ihtiyaç duymayan bir kanun henüz icat edilmiş değildir.

Kanunun iradesi, kanun koyucunun iradesidir. Ancak, bu irade, onun zati iradesi olarak değil, tersine, kanunun yapılmasına katılanlar tarafından ister öngörülmüş olsun isterse olmasın, olası tüm hallere uygulanmaya elverişli belli bir formda,

---

[119] Bobbio, Teoria della scienza, s. 218.

[1:10] Bkz., Gözler, Hukukun, s. 161 vd.

fonnülde veya kalıpta ifadesini bulan irade olarak anlaşılmalıdır. Devlette, serbesti içinde olan herkes, devletin hürriyete koyduğu sınırları, kesin bir biçimde bilmek konumuna getirilmelidir. Bu, ancak, koyan kimse kim, iradesinden bağımsız olarak, değişmez, sabit bir yasama fonnülü ile sağlanabilir.

Yorum, hukukun duruk anına aittir, çünkü hukuk normunun uygulanması hareketini hazırlar, ama başlatmaz. Madem yorumun konusu hukuk normunun gerçek anlamını araştırmaktır, bu haliyle göz önüne alındığında, söz konusu araştırma, bizzat nonnlarını konu aldığından, maddi hukukun bir parçasını oluşturmaktadır.

Yorumun niteliği tartışmalıdır. Gerçekten, yorumda bulunan kişinin faaliyeti, sadece ceza nonnunun salt tanınmasından, bilinmesinden mi ibarettir, yoksa bunun ötesinde bir şey midir? Genel olarak, yorumcu hukuk yaratmaz, çünkü bu kanunun işidir; ancak, gerektiğinde, yasamanın emirlerini tamamlayarak, hukukun yaratılmasına katkı sağlayabilir denmektedir[131].

Elbette genelde özeli ifade eden ceza normunun yorumu, özel hukuk normunun veya kamu hukuk.-unun diğer normlarının yorumundan farklı değildir. Burada, genel ve özel, birlikte değerlendirilecektir.

B. Yapana Göre Yorum Çeşitleri

Herkes, madem ceza kanununa uymakla yükümlüdür, uymakla yükümlü olduğu kanunu bilmek zorundadır. Elbette, bilmek, yorumlamayı zorunlu kılmaktadır.

Kanunu uygulamak, kanuna uymakla aynı şey değildir. Kanunu uygulamak, toplumsal, kamusal bir iştir. Erktir, kurumsal, mesleki bir faaliyettir. Böyle olunca, yorum, yapana göre, yasama yorumu, yargı yorumu, bilimsel yorum olarak ayrılmaktadır.

Yasama yorumu, kanun koyucunun kendi koyduğu kanunun gene bir kanunla anlamını, kapsamını ve sınırlarını açıklamasıdır. Anayasa, yasama yorumuna imkan ,vermemektedir. **TBMM,** kanunu kabul ettikten sonra işten elini çekmektedir.

Gerçekten, hukuk düzenimizde kanunu kim uyguluyorsa o yorumlamaktadır. Ancak, kanunu yürütmekle, kanunu uygulamak farklı şeylerdir. Bütün kanunları, Bakanlar Kurulu, hükümet yürütür. Türk Ceza Kanununu da Bakanlar Kurulu

---

111 **Antolisei, ManuaJe, PG., s. 87.**

yürütmektedir (CK. m. 345). Ancak, Ceza Kanununu Bakanlar Kurulu uygulamaz. Böyle bir erki yoktur. Anayasa, ceza kanununun uygulanmasını, erkini doğrudan ulustan alan bağımsız mahkemelere bırakmıştır.

Mahkemelerin uygularken ceza kanununu yorumlamaları yargı yorumudur. Yargı yorumu hakimin işidir. Madem yorumlamadan uygulamak mümkün değildir, hakimin her kararı uyguladığı hükmün bir yorumdur. Hakimlerin veya mahkemelerin kararları, emsal kararları, genel kurul kararları ve içtihadı birleştirme kararlarıdır. Emsal kararlarının bağlayıcılık değerleri yoktur. Bunlar sadece emsal olarak hakime yol gösterirler. Genel Kurul kararları, genel ilkesel kararlardır. Hakim bunlara uymak zorundadır. Ancak, gerekçesini koymak kaydıyla, hakim, genel kurul kararı aksine karar verebilir. İçtihadı birleştirme kararı bağlayıcıdır. Yargıtay içtihadını değiştirmedikçe, hakim, içtihadı birleştirme kararı ile bağlıdır. Açıkçası, içtihadı birleştirme kararı kanun hükmündedir.

Hukukun öğrenilmesi, öğretilmesi ve yayılması insanlık kadar eskidir. Buna doktrin, öğreti denmektedir. Bugün eğitim-öğretim sistemi içinde hukuk eğitim ve öğretimine yer venneyen, söz konusu bu beşeri faaliyeti kurumsallaştırmamış olan bir ülkeye rastlamak mümkün değildir. Hukuk eğitimi-öğretimi yapan kurumlarda çalışan kimseler de aslında bir yorum faaliyetinde bulunmaktadırlar. Buna bilimsel yorum denmektedir. Hukuk, ceza hukuku alanında yazılmış eserlerin sayısı tahmin edilemeyecek kadar çoktur. Bunun kanıtı, her ülkede birçok hukuk kütüphanesinin, hukuk ansiklopedilerinin, hukuk sözlüklerinin bulunmasıdır.

Ülkemizde henüz bir hukuk ansiklopedisi oluşturulabilmiş değildir. Bu bağışlanmaz bir eksiklik olarak devam etmektedir. Ülkemiz, kurumsal iyi bir hukuk sözlüğüne de sahip bulunmamaktadır. 1944 yıllarında Türk Hukuk Kurumunun çıkannış olduğu "Türk Hukuk Lügatı" isimli eser, tüm eskimişliğine rağmen, hala işlevini sürdürmektedir.

Bilimsel yorumun bağlayıcılık değeri yoktur. Ancak, hukukun bugün gördüğümüz mükemmelliğine kavuşması bilimsel yorum, yani doktrin sayesinde olmuştur.

C. Belirleyicilik Niteliğine Göre Yorum Çeşitleri

Bir ceza hükmünün anlamını bulup ortaya çıkarmak aynı zamanda o hükmün kapsamını ve sınırlarını belirlemeyi gerektirmektedir. Bu işlem kanun hükmünü genişletmek, daraltmak veya ilerletmek şeklinde olmaktadır. Buradan, daraltıcı, genişletici ve ilerletici yorum çeşitleri ortaya çıkmaktadır.

1. Daraltıcı Yorum

Kanun hükmü, kaleme alınışı bakımından, kanunun gerçek iradesini aşmış olabilir. Bu halde, hükmü, kanunun iradesine kadar daraltmak gerekebilir. Buna daraltıcı yorum denmektedir. Örneğin, kanun, 6/c maddesinde "kamu görevlisini" tanımlamıştır. Bir bilinmeyenle diğer bir bilinmeyeni tanımlamaya kalkışan kanun hükmünü daraltarak yorumJamazsak, "kamusal faaliyet" yapan herkes, ör. eczacılar, taksi sürücüleri, özel çalışan doktorlar, vs., kamu görevlisi sayılacaktır. Burada, kamu görevlisinden, herhalde, sadece kamusal bir erk kullanan kişiyi anlamak gerekecektir. Gene, istenmeyen sonuçlarla karşılaşılmak istenmiyorsa, kanunun 20/6.maddesi hükmünde yer alan "kişisel ve ailevı durum" ibaresi daraltılarak yorumlanmalıdır.

2. Genişletici Yorum

Kanun hükmü, yazılışı bakımından kanunun iradesini eksik yansıtabilir. Bu halde kanun hükmünün, kanunun iradesini kapsayacak şekilde genişletme işlemine genişletici yorum denmektedir. Genişletici yorum, kanunda olmayanı kanuna sokmak değildir; sadece kanunda olanı keşfetmek, açığa çıkartmaktır. Yorum ister daraltıcı isterse genişletici olsun daima hükümle sınırlıdır. Yorum yapma adına, Kimse, kendi iradesini kanunun iradesi yerine koyamaz. Örneğin, kanunun 26. maddesi hükmünde yer alan "açıkladığı nza" teriminden kişinin sadece açık rızasını değil, aynı zamanda örtülü (zımnı) rızasını da anlamak gerekmektedir.

3. İlerletici Yorum

Genişletici yorumun bir türü ilerletici yorumdur. İlerletici yorum, kanunun yapıldığı dönemde henüz mevcut olmayan bir şeyin, yorumla kanun hükmüne dahil edilmesidir. Bunun tipik örneği elektrik enerjisi olmuştur. Hırsızlık suçu tanımlanırken henüz elektrik enerjisi yaygın bir kullanım kazanmış değildir. Sonraki yıllarda elektrik enerjisi yaygın kullanım kazanmış, dolayısıyla bedelini ödemeden elektrik enerjisinden kişiler yararlanmaya başlamışlardır. Bunun üzerine, bu fiil, ilerletici yorum suretiyle hırsızlık suçu sayılmıştır. Yargıtayın geçmişteki bazı uygulamaları tartışmalar yaratmıştır. Ceı.a kanunu, bugün, benzer birçok fiili açık bir hükümle suç saymaktadır.

D. Yonun Yöntemleri

Kanun hükmünü yorumda izlenecek yol ve yöntem hep tartışma konusu olmuştur. Kimi, yorumda mantıksal- inşaı yorum (metodo logico-costruttivo) ve amaçsal yorumdan (metodo teleologico) söz ederken[132]; kimi, sırasıyla sözel yorum, mantıksal

m Antolisei, Manuale, PG., s. 90.

yonun, sistematik yoıum ve mnaçsal yorumdan söz etmekte ve bunların her birini "hukuki yoıumun anlan" olarak ifade etmektedirm.

İki düşünce arasında özde bir fark olduğunu düşünmüyoruz.

1. l\1 □tıksal-Yapısal (Sözel) Yonını Yöntemi

Geleneksel yorum yöntemi de denen mantıksal-yapısal yorum yönteminde, kanunw1 amacına (ratio) nispetle, kanwıun sözüne üstünlük tanınmaktadır. Kanun hükmünün bilinmesinde bir kuşku ortaya çıktığında, kuşkuyu gidennede belirleyici olan, kanun hükmünün amacı değildir, hükmün an1acının ifadesini içinde bulduğu sözüdür. Bu salt söz diziminden ibaret olan hükmün, açıkçası nom1atif önennenin, mantıksal-yapısal incelenmesidir.

Bu yorum yönteminde, genellikle, sözden, yani nom1atif önem1enin dilsel-mantıksal yapısından, tarihi kanun koyucunun iradesi bulunup çıkarılmaya çalışılmaktadır. Kuşkusuz, bu tür bir çalışmada, kanunun hazırlık çalışmalan, kanunun gerekçesi, kanunun yorumunda belirleyici olmaktadır. Yorumda sözün belirleyici olması, bir yerde "aksi ile kanıt" denen muhakeme yönteminin izlenmesini zorunlu kılmal1adır. Doğal olarak, bu tür bir çalışma, kanunun yorumunda, sıkı sıkıya kanunun sözüne bağlarırnak sonucunu doğurmaktadır.

Kanun hükmünün anlarm, kapsan11 ve sınırlarının belirlenmesinde izlenecek akıl yürütrnye gelince, burada, genellikle tümdengelim (logico deduttivo) egemen olmak.1adır.

Gerçekten, kanunun arılamıru bilmek, olayların büyük bir kısmında, "diyalektik çıkanın" esasına dayarıdırılmakta ve kanun koyucunun aklında olmayan, hatta aklından olması dahi mümkün olmayan meseleler, kıyasa ve soyut yapılara başvurularak çözülmeye çalışılmaktadır.

2. Amaçsal (Gai) Yonun Yöntemi

Amaçsal yorum, mantıksal-yapısal yorumdan farklı olarak, salt.sözün kalıplan içerisinde sıkışıp kalmamakta, sözde ifadesini bulan amaçtan hareketle, kanun hükmünün, yani karıunun sözünün gerçek anlamını, kapsamını ve sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır.

Gerçekten, amaçsal yorum, kanunun sözünün, kanunun yorumunda, aşılaması mümkün olmayarı bir sınır olduğunu kabul etmekle birlikte, ağırlığı kanunun amacına (scopo) vermektedir. Bu yöntemde, nihai belirleyici olan, kanunun sözü değil, karıunun amacı olmaktadır. Öyleyse, burada, artık tarihi' kanun koyucunun iradesi değil, bizzat karıunun iradesi araştınnarun konusu olmaktadır.

---

m Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, Seconda edizione, milano 1980, s. 76

Kimi, nonnun amacının ancak suçun hukuki konusu kriterinden hareketle ortaya konabileceğini ileri sünnektedir. Gerçekten, denmektedir ki, her bir ceza normu yorumlanırken, doğru sonuçlara ulaşılmak isteniyorsa, en başta suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin göz önünde tutulması gerekrnektedir[134].

Bu durumda, amaçsal yorum, zorunlu olarak, bir yandan normun üzerine oluşturulduğu, dolayısıyla düzenlediği toplumsal olguyu göz önüne alırken, öte yandan düzenlemenin amacına uygun düşmeyenleri bir tarafa bırakarak, belli bir yorumdan çıkan sonuçlan göz önüne almaktadır.

Bu demektir ki, amaçsal yorum yönteminde, yorumcunun işi, hukukun salt biçimsel, kalıpsal ifadesi içinde sıkışıp kalmamak, hukukun özüne nüfuz etmek ve gereklerini tatmine çalışmak olmaktadır.

Her iki yorum yöntemi karşılaştırıldığında,geçerli olması gereken yorum yöntemi, herhalde amaçsal yorumdur, çünkü söz, içinde sakladığı düşüncenin kendisi değildir, sadece içinde sakladığı düşüncenin sembolüdür, yani söz, normatif önermede, kanun hükmünde ifadesini bulan iradenin, açığa çıkmasını, bilinmesini sağlayan araçtır. Gerçekten, araç amaç ile bağıntılı olduğundan, gerçekte esas olanın irade olması yüzünden, içerik biçime, düşünce söze egemen olmak zorundadır. Aynca, normun amacına üstünlük veren bu yorum yöntemi, içinde yaşadığımız çağın ruhuna da uygun dtişmektedir, çünkü net olarak, gerçekçi bir iz taşımak yanında, bizzat bu çağı nitelendiren dinamizme uygun düşmektedir[135].

Amaçsal yorumun özünde bir kısır döngüyü barındırdığı iddia edilmiştir. Normun amacını bulmak için önce norm yorumlanmakta; sonra, amaç esas alınarak, normun yorumlanması yoluna gidilmektedir denmektedir[136]. Ancak, eleştiri, tutarlı bulunmamıştır. Gerçekten, normun amacını saptamak için ille de kanunun gerçek ve tam bir yorumunu yapmaya gerek yoktur. Yüzeysel olarak kanunun genel bir sözel yorumunu yapmak yeterlidir. Aynca, kanun koyucu, çoğu kez normun amacını açıkça belirtmektedir. Hatta, birçok halde, tespiti kuşkuya yer vermeyecek kadar açık olduğundan, amaç, sezgisel bir gerçeklik olarak da ortaya konabilmektedir.

Aynca, amaçsal yorumun, mutlaka keyfiliğe yol açacağı, sonunda hukukun kesinliğinin (certezza) giderilebileceği ileri süiülmüştür. Bu görüş doktrinde tutarlı bulunmamıştır, çünkü kanunun sözü, aşılması imkansız bir engel oluşturduğundan, hakimin erki sinirsiz değildir, tersine yetirce sınırlıdır.

---

134 **Pagliaro,** pirincipi, **PG., s.** 79

'" Antolisei, **Manuale, PG.,** s. 91.

136 **Nuvolone,D posseso ne) diritto penale, Milano 1942, s. *56***

Bu bir yana, denmektedir ki, gerek birçok hukuk nonnunun genelliği ve soyutluğu, gerekse hakimin çoğu kez etik, siyasal ve toplumsal etkilerden uzak kalamaması, her olayda hukukun genel ilkesi "hakkaniyeti" gözetmesi yüzünden, mutlak hukukı bir teminatın sağlanması zaten fiilen mümkün olamamaktadır.

E. Yorum Araçları

Yorum, genelde, sözel yorum, mantıksal yorum olarak ayrıt edilmek istenmektedir. Sözel yorum, kanun hükmünü oluşturan sözlerin anlamlarının dilbilgisi k'Urallan içinde kalarak ortaya konmasıdır. Mantıksal yorum, hükmün, dil-mantık yapısını esas alarak, anlamına ulaşmaktır.

Ancak, düşünce, doktrinde geçerli göıülmemiştir. Kanun, sadece kuru sözden ibaret değildir, ama aynı zamanda, sözde ifadesini bulan manevi bir içeriğe sahiptir. Yorumcu, kanunun gerçek anlamını bulmak isterken, yorumunu, ne sadece sözü güden dil kurallarına ne de sadece düşünceyi güden mantık kurallarına dayandırabilir. Yorumcu, zorunlu olarak, hem birine hem de ötekine geçerlilik tanımak zorundadır. Gerçekten, hükmü oluşturan sözlerin anlamını bilmekle iş bitmemekte, hükmün gerçek anlamına ulamak için, onun ayrıca mantıksal yapısını irdelemek gerekmektedir. Öyleyse, yorum, bir bütündür ve bir tanedir; aynı anda hem sözeldir hem de mantıksaldır[137].

Bu bağlamda, kanunun iradesi bulunmaya çalışılırken, birçok çeşit araçtan yararlanmak gerekmektedir. Bunların başında kanunun hazırlık çalışmaları gelmektedir. Kanunun hazırlık çalışmaları, kanunun kabulüne kadar olan evrede, teklifinin hazırlık çalışmalarını, tekil üzerinde yapılan tartışmaları, vs. içermektedir. Kuşkusuz, hazırlık çalışmaları, yorumcuyu bağlamaz. Üstelik, bu evrede, çoğu kez, çok farklı düşünceler ortaya atılmış olduğundan, bunlardan hareketle kabul edilebilir bir sonuca ulaşmak her zaman mümkün de değildir. O nedenle, yorumcu, hazırlık çalışmaları karşısında dikkatli olmak zorundadır.

Yorumcu, kanun hükmünü yorumlarken, hükmün ilgili olduğu hukuk kurumunun tarihi evriminden yararlanmalıdır. Bu suretle, yorumcu, kurumun özgün şeklini ve evrimini izleyebilir, dolayısıyla kanun hükmünde karanlık kalmış olan noktaların açıklığa kavuşmasını sağlamış olur.

Karşılaştırmalı hukuk, yorumun sağlıklı yapılmasında yol gösterici olmaktadır. Gerçekten Kara-avrupası hukuk düzenleri birçok yönleriyle birbirlerine benzemektedirler. O nedenle, bir hükmü yorumlarken, o hükmün diğer ülkeler kanunlarında nasıl olduğunu ve ne şekilde yorumlandığını bilmek, yorumcunun işini kolaylaştıracak ve normun gerçek anlamına ulaşmada ona yardımcı olacaktır.

---

[137] Antolisei, Manuale, PG., s. 89.

Hiçbir kanun hükmü tek başına fazla bir anlam ifade etmemektedir. Hukuk bir nonn1ar sistemi bütünüdür, kurumdur ve kişilerarası bir ilişkidir. O nedenle, yorumlanacak her kanun hükmü ait olduğu sistem içinde göz önüne alınıp değerlendirilmelidir. Sistematik yorum, münferit hükümlerin anlaımru bulmada, yorumcunun vazgeçemeyeceği en temel yardımcıdır. Sistematik yorum, hukukun genel ilkelerinin göz önüne alınmasını da içermektedir. Gerçekten, hiçbir kanun hükmü hukulam genel ilkelerine aykın düşecek bir biçimde yorumlanamaz.

Hatta, içinden geçse bile, hiçbir kanun koyucu, diktatörlüğe özenmedikçe, kanun koyarken hukukun genel ilkelerini gözardı etmek istemez.

F. Kıyas

Kıyas, genel olarak kanunun düzenlediği bir hususa nispetle, düzenlenmemiş olan benzer bir hususu düzenlemeye kavuşturmaktır. Hukukta boşluk olması kaçınılmaz bir durumdur. Kıyas, hukukta, bir boşluk doldurma yoludur. Hukuk düzeninin hukukun kaynakları arasında saydığı kıyas (TMK. m. 1), genele göre özeli ifade eden ceza hukukunda kural olarak yasaktır.

Kıyasla ne suç ne de ceza konabilir. Kıyas yorum değildir, farklı bir kimliktir. Kıyas kıyastır, yorum da yorumdur. Kanunun 2/3. maddesi hükmü aksine "kıyasa varan yorum" olmaz. Bildiğimiz kadarı ile, mantıkta, böyle bir ara kurum henüz bulunmuş değildir.

Ancak, "lehte kıyas" mümkün müdür sorusu, doktrinde tartışma konusudur. "Aksi ile kanıt" mantık yönteminden hareket edenler, yasaklanmayan her şey serbesttir esasına dayanarak, genellikle lehte kıyasın mümkün olduğunu ileri sürülmektedirler[138].

Buradan, suçu ortadan kaldıran, cezayı azaltan veya ortadan kaldıran nedenler, vs. söz konusu olduğunda, kıyasın mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu düşünce, belki hukuka aykırılığı, kusurluluğu ve isnat yeteneğini kaldıran nedenler bakımından geçerli olabilir. Gerçekten, alkol olmayan ve uyuşturucu madde kümesine girmeyen ama kişide bunların yarattığı etkiyi yaratan bir maddeyi ör., kımız, kullanan kimse, herlıalde lehte kıyas yolu ile arızi sarhoşluk hükmünden yararlandırılacaktır.

Ancak, Kanunun 6tn.maddesi karşısında, cezayı azaltan, değiştiren veya kaldıran diğer nedenlerin, kıyas yolu ile, niceliksel veya niteliksel olarak genişletilemeyeceğini düşünüyoruz.

---

131 Vassalli,Analogia nel diritto penale, NovissimoDigestoltalıano,Torino 1957, s. 607vd; ld.Limiti del divieto di analogia in materia penale, Milano 1942. Kıyas hakkında aynca bkz., Bobbio, Analogia, Novissimo Digestoltalıano,Torino 1957, s. 601 vd.

ALTINCI BAŞLIK
CEZA HUKUKU DOKTRİNLERİ
VE
TÜRK CEZA HUKUKUNUN TARİHÇESİ

I. CEZA HUKUKU DOKTRİNLERİ

A. Genel olarak ceza hukuku doktrinleri, B. Klasik Ceza Hukuku Okulu, C. *Pozitivist Ceza Hukuku Okulu, D. Teknik Ceza Hukuku Okulu* , *D. Gerçekçi Ceza Hukuku Akımı*

A. Genel Olarak Ceza Hukuku Doktrinleri

Toplum ve hukuk arasında zorunlu bir bağıntı bulunmaktadır. Elbette nerede bir toplum varsa, kuşkusuz, orada, ilkel veya gelişmiş, bir ceza hukuku düzeni vardır. Ancak, bir yerde bir ceza hukuku düzeninin olması, o yerde ceza hukuku biliminin olması demek değildir. Ceza hukuku bilimi, kaynağını Ümanizma, Rönesans ve Reformdan alan Aydınlanma çağının eseridir, çünkü ceza hukukunun şerhinden, ceza hukuku bilimine geçiş, ille kez bu çağda Klasik Ceza Hukuku Okulunun ortaya çıkması ile başlamıştır.

Çağdaş ceza hukukunun kurucusu Cesare Beccaria olmuştur. Beccaria'mn "Dei Delitti E Delle Penne" isimli eseri, insanlığın yazgısını değiştirmiştir. Gerçekten, eserde savunulan birçok düşünce, ör. ölüm cezasının kaldırılması, zinanın suç olmaktan çıkarılması, işkence yasağı, masumluk karinesi, vs., hala bugün geçerliliğini korumaktadır[139]. Beccaria'dan sonra, ltalya'da, çağdaş ceza hukukunun oluşmasına katkıda bulunan düşünürler, Gaetano Flangeri, Giandomenico Romagnosi, Pellegrino Rossi, Giovanni Carmignani olmuştur.

Ancak, çağdaş ceza hukuku, ilk ceza hukuku okulu olan Klasik Ceza Hukuku Okulunun kurucusu Francesco Carrara'nın eseridir. Carmignani'nin takipçisi olan Carrara, çağdaş ceza hukukunun temellerini, 1859 yılında yayınladığı, "Programına Di Diritto Criminale" isimli eseri ile atmıştır. Bugün, Aydınlanma düşüncesinin önemli simalarından birisi olan Carrara, günümüz ceza hukuku doktrinlerinin hala kendisinden vazgeçilemeyen ortak değeridir.

---

111 Pisani, Attualita' de Cesare Beccaria, Giuffre' F.ditore, Milano 1998.

B. Klasik Ceza Hukuku Okulu

Aydınlanmanın özünü akılcılık oluştunnaktadır. Klasik Ceza Hukuku Okulu aydınlanma düşüncesinin ürünüdür. Gerçekten, okul, özünde, aydınlanma düşüncesi ikliminde ortaya çıkmış olan Tabii hukuk doktrinine dayanmaktadır. Klasik Okulun kurcusu, hala bugün, düşünceleri geçerliliğini koruyan Carrara olmuştur. Carrara, aynca !tayan dili ve edebiyatının ustalarından biridir. Bu hukukta dilin önemine işaret etmektedir.

Klasik okul, yöntem olarak, pozitif hukuk, tabii hukuk ayırımında, madem muteber yegane hukuk tabii hukuktur, pozitif hukuk tabii hukuka uygun olmalıdır varsayımından hareket etmektedir. Bu düşüncede, adil olan hukuktur. Adalet, tabii hukuka uygunluktur. Hukukçu, pozitif hukuku açıklar, bu hukukun tabii hukuka uygunluğunu denetler.

Tabii hukuk beşeri akJa uygun olan hukuktur. Bu hukukun niteliği evrensel olmasıdır. Hukukçu, hukukun evrensel kurallarını bulup ortaya çıkarmakla yükümlüdür. Klasik okul, evrenin merkezine koyduğu insanı, etik bir değer olarak algılamaktadır.

İnsan, irade serbestisine sahiptir. Yeterli olgunluğa erişmiş, aklen sağlam her kişi, iyiyi kötüden ayırt etme, kötüyü değil de iyiyi seçme erkine sahiptir. Hiçbir özrü olmadığı halde iyiyi seçmek yerine kötüyü seçen kişi, kötüyü seçme fölini üstlenmeli ve seçiminin sonuçlarına katlanmalıdır. Suç kişinin kötüyü seçmesidir.

Öyleyse, suç bir kötülüktür. Kötüyü seçmenin sonucu ise cezadır. Suçun ve cezanın kaynağı kanundur. Kanunsuz ne suç, ne de ceza olur.

Ceza, devletin, kötülüğü, kişiye, karşılığı olan bir kötülükle ödettirilmesidir. Suçtan zarar gören kişinin güvenliğini sağlamakla yükümlü olan devlettir. Devlet cezalandırma hakkına sahiptir. Devletle suçun faili kişi arasındaki ilişki, karşılıklı, ikili bir hukuki ilişkidir.

Suç kişinin kendi d□ında somutlaşan bir iradesidir. Kişinin kendi dünyası içinde kalan bir davranışı, aslında ne kadar kötü, zararlı veya tehlikeli olursa olsun, herhangi bir suça vücut vermez. Fiilsiz suç olmaz kuralı Klasik okulun eseridir. düşünce inanç ve kanaat, ilk kez, klasik okulla birlikte, suç olmaktan çıkarılmıştır.

Suç kişinin kusurlu davranışıdır. Ancak, Klasik Okul, kuralın istisnası olarak, ceza hukukunda "objektif sorumluluk esasını" da kabul etmiştir. Ceza

hukukunun bugün temeli olarak görülen kusursuz suç olmaz ilkesi, klasik okulun armağanıdır.

Klasik okul, suçu, bir olgu olarak incelemez, hukuki bir kurum, bir kavram olarak, açıkçası fikrı bir yapı olarak inceler.

Suç, kanunun ihlalidir. Kanunu ihlal etmeyen bir fiil suç olmaz. Ceza, suçun karşılığıdır. Ceza suçla orantılı olmalı ve kişinin şahsına uymalıdır. Birden çok kez suç işleyenler daha ağır bir ceza ile cezalandırılmalıdırlar.

Kısacası, Klasik ceza hukuku okulu, buğun üzerinde tartışılan konuların hepsinde söz sahibi olmuş, bunları kuramsal bir tabana oturtmaya çalışmıştır.

Yürürlükten kalkınış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanununa kaynaklık eden 1889 tarihli İtalyan Zanardelli Kanunu, Klasik ceza hukuku okulunun baş yapıtıdır[140].

C. Pozitivist Ceza Hukuku Okulu

Akılcılık akımının karşıtı Felsefi Pozitivizm akımı olmuştur. Felsefi Poztivizm akımı, diğer alanlarda olduğu kadar ceza hukuku alanında da etkilerini göstermiştir.

İlk kez, bir hekim olan Cesare Lombroso, suçlunun, mücrimin (delinquente), daima anormal bir kişi olduğunu, belirgin psişik ve somatik özelliklerinden ötürü haricen tanınabildiğini ileri sürmüştür[141]. Lombroso, "Doğuştan suçluluk teorisinin" kurucusudur.

Rafaele Garafalo ve Enrico Feri[142],suçluluğun bu antropolojik anlayışını hukuki bir baza oturtmaya çalışmışlardır. Gerçekten, Feri, Pozitivist Ceza Hukuku okulunun görüşlerini yansıtan bir ceza kanunu projesi gerçekleştirmiş, ancak proje o günlerde pek fazla itibar görmemiştir. Grispigni[143], Yon List, okula büyük katkıda bulunmuştur.

Pozitivist ceza hukuku okul, Klasik Ceza Hukuku Okulunun getirdiği her şeye karşıdır. Pozitivist okul, irade serbestisini reddeder. Kimsenin iradesi serbest değildir. Herkes doğuşunun ve içinde bulunduğu toplumun nedensel bir sonucudur.

---

[140] Antolisei, Manuale, PG., s. 41

[141] Lombroso, L' uomo dclinquentc studiateo in rapporto al!' antropologia, alla medica legale, alle disciplina carcerarie, 1876.

[142] Feri, La sociologia criminale, Torino 1925

[143] Grispgni, Introduzionc alla sociologia criminale, Torino 1928

Nedenleri oluştuğunda suç da işlenir. Kimse ona engel olamaz. Öyleyse, ne suçun iradiliğinden, ne suçlunun kusurluluğundan, ne de isnat yeteneğinden söz etmek mümkiindür. Suç yazgısal bir fiildir; suçtan ötürü suçlunun ödeyeceği bir şey yoktur. Ceza gereksizdir; suçlunun cezalandırılmaya değil, düzeltilmeye gereksinimi vardır. Kendiliğinden ortaya çıkan kişiliğinden ötürü suçlu kişiyi düzeltme aracı, ceza değildir, güvenlik tedbiridir.

Güvenlik tedbirleri ceza değildir; suçla değil, suçlu kişilikle ilgilidir. Güvenlik tedbirinin süresini, türünü, suçlunun suçluluğunun derecesi belirler. Bu cümleden olarak, toplumsal olarak düzeltilmesi mümkün görülmeyen kişiler, toplumdan tasfiye edilebilirler.

Pozitivist okul, suçun ve suçluluğun nedenlerini aramak yanında, ayrıca bunlar baz olmak üzere, suçlunun tasnifiyle de uğraşmıştır. Bu düşüncede, hukukçu, suçu bir fikir olarak değil, doğaya ait bir olgu olarak incelemeli, suçu ve suçluluğu doğuran doğal ve toplumsal nedenleri araştırmalı, her bir suçlu, suçluluk türü için ne tür bir tedbirin ne kadar süre elverişli ve yeterli olduğunu kararlaştırmalıdır.

Küçük suçların (i reati nanı) büyük suçları doğurabileceğine inanan Pozitivist okul, elbette, cürüm suçları yanında kabahat suçlarını da önemsemiştir.

Kısacası, Pozitivist Ceza Hukuku Okulu, suç ve suçluluk konusunda ufkumuzu genişletmiş, modem Ceza Hukukuna suçlulukla mücadelede yeni görüşler kazandırmış, suçlunun tehlikeliliği ve güvenlik tedbiri kavramlarının ceza kanunlarına girmesine vesile olmuştur.

Gerçekten, İtalya doktrininde ortaya çıkan, başını Camavale, Alimena ve Manzini'nin çektiği "Üçüncü Okul" adı ile anılan ceza hukuku okulu (Terza scuola), bir yerde Klasik Ceza Hukuku Okulu ile Pozitivist Ceza Hukuku Okulunun düşüncelerinin yeni bir ceza hukuku sistemine vücut verecek bir biçimde telif e.dilmesinden başka bir şey değildir"".

Aynca, Fransa'da ortaya çıkan, ltalya'da taraftarlar bulan[145], esas olarak "sorumluluğu kişiliğin bir ifadesi" olarak gören "Yeni Toplumsal Savunma" akımı, bizce bir yerde kökünde Pozitivist okulun etkileri olan ve hukuktan çok kriminolojik yönü ağır basan bir düşünce tarzıdır.

"" Bkz., Nuvolone, Vincenzo Manzini e la scienz.a del diritto penalc, L' indice penale, Padova 1983, s. 5.

w Anccl, La nuova difesa sociale, Parigi 1966. Grammatica, Principi di difesa sociale, 1961. Konu hakkında bkz., Mantovani, Dritto Penale,s. 502 vd.

D. Teknik Ceza Hukuku Okulu

Teknik ceza hukuku okulu, İtalyan hukukçu Arturo Rocco'nun eseridir. Rocco düşüncelerini ilk kez 191O yılında yazdığı bir makaleyle ortaya koymuştur'4('.

Rocco, diğer iki okuldan farklı olarak "ceza hukuku sorununu" yani ceza hukukunun ne olduğunu ve "ceza hukukunun yöntemini" tartışmaktadır. Bu cümleden olarak, Rocco, Klasik okula karşı çıkmakta, pozitif hukuk yanında bir tabii hukukun olduğu düşüncesini kesinlikle reddetmekte Pozitivist ceza hukuku okuluna karşı çıkmakta, suçu doğal bir olgu olarak incelemenin hukukçunun işi olmadığını, dolayısıyla bti tür düşüncelerin kabul edilemeyeceğini ·ileri sürmektedir.

Hukukçunun, inceleyeceği yegane ceza hukuku, konan ceza hukuku, yürürlükteki ceza hukukudur. Olması gereken hukuk, ideal hukuk, tabii hukuk, hukukun değil, ama hukuk felsefesinin konusudur.

Hukukçu, suçu, nedensel olarak, olgusal alemin bir parçası olarak incelemez. Bu hukuk sosyolojisinin işidir. Hukuk, bir tür sosyoloji değildir. Hukuk, suçu, sadece kavram olarak, salt fıkıi bir yapı olarak inceler.

Böylece, Rocco, hukukun konusunu belirledikten sonra, hukuku inceleme yöntemini belirlemeye çalışmıştır. Bu, konan hukukun, tabii nedensel değil, salt mantıki-biçimsel bir incelemesidir. Gerçekten, hukukçu, faaliyetinin ilk basamağı olarak kanunun münferit hükümlerinin şerhinden başlayarak, o hükümlerinin anlamını bulmalı, kapsamını ve sınırlarını belirlemeli, buradan kişilerarası ilişkileri ortaya çıkarmalı, dolayısıyla hukuki müesseseleri oluşturarak, kendi içinde ve tüm hukuk düzeni içinde ceza hukukunun sistemini kurmaya çalışmalıdır. Hukukçu, işini yaparken, sistemin değerlendirilmesini ihmal etmemek zorundadır.

Kanunilik ilkesi, ceza hukukunun temelidir. Suç unsurlarına ayrıştırılarak incelenmelidir. Suç, iradi, kural olarak, kusurlu bir fiildir. Fail, işlediği iradi, kusurlu fiili üstüne alabilme yeteneğine sahiptir. Bu, failin, anlama ve isteme yeteneğine sahip olması olarak algılanmaktadır.

Suç hukukun koruduğu bir değer veya menfaatin ihlalidir. Bu suçun hukuki konusudur. Teknik Okul, suçun hukuki konusunu, hem suçların tasnifinde, hem de kanun hükmünün yorumunda kendisinden vazgeçilemez olan bir değer olarak görmektedir.

ıe1; **Rocco, 11** problema e il metodo della scienza del diritto pcnale, Rivisıa di diritto e proccdura pcnule, Milano 1910

Suçun karşılığı cezadır. Ceza suçla orantılı olmalı, suçlunun kişiliğine uydurulabilmelidir. Ceza, toplumu suçtan esirgeme anlamında toplumsal bir savunma aracıdır.

Teknik Ceza Hukuku Okulu, bir kere suç işleyen kişinin, tehlikeli olduğunu kabul etmektedir. Tehlikelilik, failin, suç nedeni ile değil, suç vesilesi ile ortaya çıkan bir niteliğidir. Tehlikeliliği gidermenin yolu güvenlik tedbirleridir.

Böylece, Teknik okul, suçlulukla mücadelede, ceza yanında, güvenlik tedbiri denen, ancak ceza olmayan tedbirlerin varlığını kabul etmiş olmaktadır.

1930 İtalyan Ceza Kanunu Teknik Ceza Hukuku Okulunun Eseridir. Kanun, Faşizm döneminde ortaya çıkmış olmakla birlikte, Cumhuriyetten sorıra, değiştirilerek veya Anayasa Mahkemesi önüne götürülerek Faşizmle ilişkili görülen tüm hükümlerinden arındırılmıştır, İtalya Cumhuriyeti Anayasasına uygun hale getirilmiştir.

Eleştirilere rağmen, kanun, bu ülkede halen yürürlüktedir.

E. Gerçekçi (Realist) Ceza Hukuku Akımı

Bir okul kimliği kazanmamış olan Gerçekçi Ceza Hukuku düşüncesi, Teknik Hukuk Okulunun eleştirisinden doğmuştur.Bu düşüncenin sahipleri, F. Antolisei[147] ve G. Bettiol[148] olmuştur.

Burada, yalın olmasından ötürü, Antolisei' in görüşüne yer vermek istiyoruz.

Antolisef[49], Teknik Hukuk Okulunun, kendisinden önceki akımların ceza hukuku konusunda ortaya koydukları tüm belirsizlikleri giderdiğini, dikkatleri sadece ceza hukuku meselelerinin salt hukukl yönüne çektiğini, böylece göz önüne alınabilir bir başarı sağladığını kabul etmektedir.

Ancak, Antolisei, Teknik okulun, o günkü düşüncelere uygun olarak benimsemiş olduğu mantıki-formalizm yöntemini gereğinden fazlaca abarttığım ileri sürmüştür. Gerçekten, Teknik Hukuk Okulu, çalışmasını, pozitif hukukun hükümlerinin salt mantıki-fonnel bir incelemesi ile smırlandınnış, konusu beşeri bakımından zengin olan ceza hukukunu çoraklaştınnıştır. İzlediği yolun sonucu olarak, okul, analitik inceleme usulünü kabul edilebilir sınırlarında bırakmamış, ayrıntılarla uğraşmaktan, bütünü ihmal etmiştir.

Öte yandan, Teknik Hukuk Okulu, genel kategorileri ve sistemi oluşturmada aşınlığa kaçmış, mükemmel mantıksal yapılar oluşturma çabasına kapılarak, hayatın gerçek gereklerini ihmal etmiştir .

---

117 Antolisei, Per un indrizzo realisticonclla scienza del diritto penale, Padova 1937

1.1 Bettiol, ll problema penale, Palenno 1948

1.1 Antolisei, Manuale, PG., s. 27 vd.

Gerçekçi Ceza Hukuku Akımı, Teknik Hukuk Okuluna yönelttiği bu eleştiriler üzerine inşa edilmiştir.

Hukukçu, çahşmasıiu, hukuk nonnlannın salt kabuğunda kalmakla sınırlı tutmamak, bizzat nonnun altında hayatın sürekli nabzının attığı toplumsal gerçekliği dikkatinden kaçınnamak zorundadır. Gerçekten, nonnun amacı göz önünde tutulmadıkça, kanwmn doğru yorumu asla mümkün olamaz, çünkü nonnun amacı, hu□-uka yabancı, hukuk dışı bir unsur olarak değerlendirilemez. Öte yandan, hukukun inceleme konusunu, kanunun kurallaştırdığı toplumsal fiil veya toplumsal ilişki oluştunnaktadır. Söz konusu toplumsal fiil veya ilişki, ceza hukuku çalışmalarının salt mantıksal bir alıştırma olmalarının önüne geçmektedir.

Gerçekçi Ceza Hukuku Akımı, kuramsallığını kabul etmekle birlikte, hukukun, bundan daha önemli olarak, her gün uygulanmakta olan bir değer olduğuna dikkatleri çekmektedir. Bundan ötüii, ceza hukuku çalışmaları, salt kuramsal, soyut sorunları çözmeye yönelik olmaktan çok, kanunun yorumunda her gün sıkça karşılaşılan karşıtlı.klan çözmeye, dolayısıyla hakimi hukuk düzeninin gereklerine uygun ve uygulanma kabiliyeti olan hukuki kriterlerle donatmaya yönelik olmalıdır.

Kısacası, Gerçekçi Ceza Hukuku akımı, teoriden pratiği ayıran alanı daraltmaya çalışırken, dinamizmin karakterize ettiği yeni zamanların ruhu ile uyumlu, içerik giderek biçime üstün gelen bir ceza hukuku bilimi ortaya koymak istemektedir.

Her zaman yeni arayışlar olmakla birlikte, bugün, Gerçekçi Ceza Hukuku Akımı, genellikle izlenmekte olan bir düşünce olmuştur.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNUN TARİHÇESİ

A *Tanzimat Dönemi ve Birinci Dönem Ceza Hukuku Düzeni, 1. Genelolarak,* 2. *Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku, 3. Türk Devleti Cezıı Hukuku, a. Türk Devletiuiu ve Devletin Hukukunun Oluşumu, b. Birinci iktisat Kongresi ve Hukuk Devrimi ihtiyacı, 4. Türkiye Cumhuriyeti Devleti Cew Hukuku, a. 1924 Anayasası ve Ceza Hukuku, b. 1926/765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1929/1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve ilgili Diğer Kanunlar, i.Türk Ceza Kanunu, ii. Ceza Muhakemeleri Usulii Kanunu, iv. ilgili Diğer Kanunlar,* 5. *Türk Toplumunun Toplumsal, Ekonomik, Siyasi ve Hukuki Değişimleri Karşısında Ceza Kanununun Uğradığı Başlıca Değişiklikler, a. 1930 Sonrası Dönemde Yapılan Değişiklikler, b. ikinci Diinya Savaşı ve Sourası Dönemde Yapılan Değişiklikler, c. 1950 Sonrası Dönem Ceza Hukuku, d. 1960 ihtilali, 1961 Anayasası ve Sonrası Dönem Ceza Hukuku, e. 1980 ihtilali ve Sonrası Dönem Cezıı Hukuku,6. Avrupa Birliğine Ginne Çabaları Karşısında Ceza Hukuku* 7. *Ceza Hukuku Doktrini, a. Ceza, Hukuku Bilimi, b. Ceza Hukuku Uygulamaları*

B. ikinci Dönem Ceza, Hukuku Düzeni, J. *Genel Olarak,* 2. *Kanunun Genel Deterlendirilmesi, a. Temel Yanlışlardan Gelen Yorum 7.orlttkları, b. Kanuuwı*

*Yotwmmda Gerekçelerden, Komisyonlarda ve **TBMM** Genel Kurulunda Yapılan Ta11ışmalardaıı, vs. Pek Fazla Yararlanmak imkanının Bulunmaması, 3. Kamımıı Yorumunda Geçerli Ceza Hukuku Biliminden ve Doktrininden ve Mahkemelerin Günümüze Kadar Gelen Uygulamalarından Yararlanılması, 4. Kanunun Yoruınında "Suçun Hukuki Konusu" eya "Nonnun Ratiosu" Kriteri, 5. Yorumda Sınır, Düzeltici Yorum Yasağı, 6. Anayasaya Aykınlık*

A. Tanzimat Dönemi ve Birinci Dönem Ceza Hukuku Düzeni

1. Genel Olarak

Türk Ceza Hukukunun tarihini incelemek[150] elbette hukuk tarihçisinin işidir. Ancak, konusu geçerli olan Türk Ceza Hukukunu incelemek olan hukukçu, tarihini bilmeden, ceza hukukunun bugününü anlayamaz, yarını hakkında bir fikir sahibi olamaz. Bu, Türk Ceza Hukukunun evrimini etkiler. Hukuk kısırlaşır, eskir, yaşayan bir organizma olarak kendisini yenileyemez. Kendisini kendi usulleri içinde kalarak yenileyemeyen bir hukuku düzeni, düzeni olduğu toplumu, ya kargaşaya sürükler, ya da geri kalmasına neden olur.

Ceza hukukunun tarihi, elbette birçok açıdan incelenebilir. Bu tür çalışmalar mevcuttur.

Türk Ceza Hukukunun geçmişini farklı bir biçimde değerlendirmek istiyoruz. Mademki hukuksuz toplum toplumsuz hukuk olmamaktadır, mademki her hukuk hukuku olduğu toplumun bir üstyapısı, bir kılıfı, bir kalıbıdır ve mademki birbirini etkilemede üstyapı ile altyapı arasında mutlak bir bağıntı bulunmaktadır, Türk Ceza Hukukunun geçmişini, onu oluşturan ve onun oluşturduğu Türk toplum düzeninin geçmişinde geçirdiği tarihi, toplumsal, ekonomik siyasi ve hukuki değişimi içerisinde ele alarak incelemenin, işi geçerli hukuku incelemek olan hukukçu bakımından, sorunlarını çözmede, çok daha yol gösterici, çok daha yararlı olduğunu düşünüyoruz.

Cei.a hukukunun kaynağı kanun olduğundan ve kanun devletin iradesini ifade ettiğinden, elbette, inceleme, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tarihi ile sınırlıdır.

Ancak, Osmanlı lmparatorluğu Devletinin öncesine ve Tanzimat dönemine bir göz atmadan, Türkiye Devletinin oluşumunu görmeden Lozan Barış Antlaşması ve 1924

ı,ıı Bkz.,Hafıroğullan, TUrlcCeza Hukukunun Seksen Yılı, Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Tilrk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, Ankara Üniversitesi Hukuk FakUltcsi Yayınlan, No: 538, 30-31 Ekim 2003 Sempozyum, s. 115 vd.

Anayasası ile oluşan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hukuk düzenini ve genelde özeli ifade eden Ceza Hukuku düzenini ve onun geçmişini anlatmak kolay olmaz. Unutmamak gerekir ki, hukuk bir kültürdür. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin hukuku, muhteşem bir kurtuluş savaşı veren bir halkın, Anadolu topraklarında filizlenen ve giderek kök salan ve eşi olmayan, özgün, yeni, çağdaş bir toplumsal yaşama biçimidir.

Öte yandan, Ceza Hukukunun geçmişi, Ceza Hukuku dar veya geniş anlamda ele alınarak değerlendirilebilir.

Dar anlamda ceza hukuku sadece maddi ceza hukukudur. Geniş anlamda ceza hukuku, maddi ceza hukuku yanında, ceza usulü hukukunu ve infaz hukukunu içine almaktadır. Hatta, geniş anlamda ceza hukuku dendiğinde, ceza hukukuna yardımcı disiplinler, örneğin kriminoloji, adli psikoloji, adli tıp, vs. de bu kavram içine sokulabilmektedir.

Burada, esas olarak maddi ceza hukukunu ele alacağız. Ancak, yeri geldikçe, usul hukuku ve infaz hukukuna, kısaca da olsa yer vermenin gerekli olduğunu düşünüyoruz.

2. Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku

Geçerli bir kritere dayanmaksızın kimi aksini iddia etmekle birlikte,[151] Osmanlı İmparatorluğu Devletinin, devletin zorunlu bir unsuru olan egemenlik erkinin ve bu

[111] Ör., Özek , Osmanlıda Siyasal İktidar Din flişkileri Düzeni, Cumhuriyetin 75. Yıl Annağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1999, s. 182 vd ., özellikle s. 185. Özek, her devlet gibi Osmanlı İmparatorluğu Devletini de oluşturan, Devletin üç zorunlu unsurdan birsi "egemenliğin" kaynağının kim olduğunu, egemenliğin kime ait bulunduğunu açıklamış değildir. Gerçekten, Osmanlı İmparatorluğunda egemenliğin kaynağı nedir veya egemenlik kime aittir. Eğer Padişahlar buyurma erkini, yani eğenliğini kimseden değil, ama kendilerinden, kendi özlerinden alıyorJarsa, bunun adı "Despotizm", "Tiranlık" olmaktadır. Yok, eğer, böyle değil de, Padişahlar "buyurma erkini", yani "egemenliği" Tanndan, açıkçası inançsal/dinsel bir kaynaktan alıyorlarsa, kıvanu ne olursa olsun, bunun adı "Teokrasi" olmaktadır. Bunun üçüncü bir şekli de yoktur. Bundan ötürü, bu ve benzeri düşüncelere itibar etmek bilimsel olarak mümkün görülmemektedir. Bırakalım başka şeyi, aşağıdaki dipnottada da belirtildiği üzere, 1876 Anayasası, Osmanlı Devletinde, devletin zorunlu unsuru olan egemenliğin kaynağının, ilahi irade olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Gerçekten "Biliyoruz ki Osmanlı Devleti saltanat-ı şahsiye ve en son beş on sene zarfında da saltanat-ı meşruta esasına müsteniden idare-i hükümet ediyordu. Saltanat-ı şahsiyede her hususta yalnız tacidarlann arzu, emel ve iradeleri hakimdir.

Milletin arzu, emel, irade ve ihtiyaçları mevzuubahis olmaktan uz.aktır. Tacidarlar kendilerini Allah tarafından gönderilmiş bir şahsiyet-i ilahiye farzederler. Etrafını alan menfaatperestan, padişahın zihniyet ve arzusunu bir lazıme-i semaviye, bir lazıme-i Kur'aniye gibi herkese telkin ederler. Bu telkinat karşısında birgün bütün halk, bu arzu ve iradelerin - bila muhakeme iradat-ı semaviye olduğuna kani olur. Bundan tecerrüde nza gösteren bir milletin akibeti felaket, musubettir" (Gazi Mustafa Kemal Paşa Hazretlerinin İlk Türkiye İktisat Kongresindeki İftitahı Nutukları, İzmir İktisat Kongresi, 17 Şubat- 4 Mart 1923, Prof. Dr. A. Afetinan, AtatUrk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Tarih Kurumu Yayınlan, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, s. 61) dUşüncesi, Osmanlı İmparatorluğunun fikri temellerini kuşkuya yer vermeyen bir biçimde ve bilimsel bir yetkinlikle açıklamış olmaktadır.

erkle biçimlenen hukukun kaynağına bakarak bir değerlendirmeye tabi tutarsak, mutlakıyet ile yönetilen, ancak 1876 Anayasasıyla meşruti yönetime geçmeye çalışan[152] "Teokratik" veya bazı "örfi hukuk" "unsurlarını ve bazı konulara ilişkin "Padişah iradelerini" göz önüne alan kimi düşünüre göre "Teosantrik" bir devlet, hukuk, toplum düzenine sahip olduğu ortaya çıkmaktadır[153].

Tanzimat, Osmanlı İmparatorluğu Devletinin, toplumsal-hukuki düzeninin devlet eliyle yenileştirilmesi, yeniden yapılandırılması hareketidir.

Tanzimat Fermanın çıkarılması ile başlayan bu hareket, Devletin hukuk düzeninde yenileştirmeyi zorunlu kılmış, bir yandan bir "Resepsiyon" hareketi başlatılırken, öte yandan dını temelli bir "Kodifikasyon" hareketi başlatılmıştır. Gerçekten, bu bağlamda olmak üzere, bazı alanlar yanında, 1853 yılında Fransız Ceza Kanunundan bazı alıntılar yapılarak yürürlüğe konmuş, bu arada esasen islimi mezheplerin telifine dayalı olarak, İslam hukukunun "Mecelle-i Ahkam-ı

---

152 I876 Anayasası, 3, 4, 7, 11, 87 maddeli hükümlerinde, Osmanlı lmparatoluğu Devletinin Teokratik bir toplum, hukuk ve Devlet düzenine sahip bulunduğunu açık bir biçimde kabul etmiş bulunmaktadır. Gerçekten, "Saltanat seniyei Osmaniye hilafeti kübrayı islamiyeyi haiz olarak sülalei ali Osmandan usulü kadimesi veçhile ekber evlada aittir" (m. 3 " ... ahkamı şeriye ve kanunuyenin icrası ve devairi idarenin muamelatina müteallik nizamnamelerin tanzimi ... hukuku mukaddesei Padişahi cümlesindender" (m.7) hükümlerin ve 11. ve 87. madde hükmü, Osmanlı İmparatorluğu Devletinde egemenliğin kaynağının ilahi olduğunu acıkça göstermektedir. Bu Anayasanın 11. maddesinde yer alan "Devleti Osmaniyenin dini dini İslamdır" hükmü ile 1924 Anayasasının 2. maddesinde yer alan ve daha sora bir kanunla kaldınlaın "Türkiye Devletinin dini, Dini İslamdır" hükmünü anlam bakımından bir tutmamak ve birini öteki ile karıştırmamak gerekmektedir. Teokratik devlette elbette Devletin dini olur. Zaten Teokratik devlet, "ilahi düzenin" aynı zamanda bir toplumun hukuk düzeni olmasıdır. Bu yapıda din düzeni ile hukuk düzeni genelde aynı şeylerdir. Egemenliğin kaynağının millet olduğu bir devlet düzeninde (Anayasa, m. 1) devletin dininden maksat, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ümmet değil ama "millet" olan insan unsurunun "inançsal niteliğine" işaret etmektir. Bu bağıntının kaynağı Lozan Antlaşmasıdır. Zira, Lozanda, Türkiye ahalisinin müslüman ahali dışında kalan ahalisine "azınlık" denmiş ve özel bir hukuki statüye tabi kılınmıştır.

153 Mosca, Storia delle dottrine politiche, Bari 1966, s. 22; Okandan, Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 194 vd.; Mumcu, Tarih Acısından TUrk Devrimlerinin Temelleri ve Gelişimi, lstanbul 1981, s. 7; ID. Age., s. 168 vd.,; Kapani, Politika Bilimine Giriş, Ankara 1983, s. 54; Arsel, Teokratik Devlet Anlayışından Demokratik Devlet Anlayışına, Ankara 1975, s. XVIII. ; Arsal, Teokratik Devlet ve Laik Devlet, Tanzimat, 1. YüzüncU YıldönümU Münasebetiyle , İstanbul 1940, s. 80 : "Osmanlı Devleti bidayette teokratik bir devlet değildi. İnhitat devrine kadar hUkUm süren sultanlar kendilerini dini reis telakki etmemişlerdir. Osmanlı Devletinin teokratikleşmesi inhitat devriyle başlayarak Kaynarca Muahedesiyle birinci Teşkilatı Esasiye Kanunu arasındaki devir zarfında (1774-1876) gittikçe kuvvetlenmiş ve Abdulhamit devrinde Osmanlı Devleti tamamıyla teokratik **şekil** almıştır."

Adliye" adı ile bir kodifikasyonu yoluna gidilmiştir[15.1]. Kırım Savaşından sonra, 1858 yılında Fransız Ceza Kanunun tümüyle "Osmanlı diline" çevrilmiş ve Padişah iradesi ile Devletin ceza kanunu olarak ülkede yürürlüğe konmuştur. Buna paralel olarak, Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu çok az değişikliklerle Osmanlı diline çevrilmiş, 1879 (1296) tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkatı adıyla yürürlüğü sağlanmıştır. Ancak, Mecelle çalışmaları hukuki bir kimlik kazanamamış, dolayısıyla o dönemde İslam hukuk,.ınun bir kodlaştınlması mümkün olamamış, İslam hukuku ülkede geleneksel geçerliliğini sürdümüştür. Böylece, Osmanlı İmparatorluğu Devletinin ülkesinde, kaynakları, gerekleri ve sonuçları birbirinden tamamen farklı iki ayrı hukuk düzeni, dolayısıyla iki ayrı yargı düzeni geçerlik kazanmıştır. Gerçekten, Devletin ülkesinde, hem kaynağı ilanı irade olan" Şer'i hukuk" ve "Şer'i mahkemeler", hem de kaynağı beşeri irade olan "Nizami hukuk" ve "Nizamı mahkemeler" yürürlük kazannuştır[155]. Böylece, devlet ile hukuku arasında birebir bir bağıntı varsa, burada, bir Devlet ve kaynağı, gerekleri ve sonuçları taban tabana zıt iki ayrı hukuk düzeni varlık kazannuş olduğundan, "devlet kavramı" ile bağdaşmayan, alışılmanuş toplumsal, hukuki bir yapı ortaya çıkmış olmaktadır.

İngiliz toplumunda hakim sekuler toplum, hukuk, devlet düzenine benzetilmek iste□mesine rağmen, Birinci Meşrutiyetin, dolayısıyla 1876 Anayasasının uzun ömürlü olmaması bir yana, bir türlü ne monarşi terk edilebilmiş ve sekuler toplum, hukuk, devlet düzenine geçilebilmiş, ne teokratik veya teosantrik toplum, hukuk, devlet yapısı ortadan kaldırılabilmiş, ne de devletin ülkesinde geçerli kılınan kaynaklan, gerekleri ve sonuçları farklı iki ayrı hukuk düzeninin birisi tercih edilerek tek bir hukuk düzeninin geçerli kılınması sağlanabilmiştir.

1908 İkinci Meşrutiyet, Devletin belirtilen bu çelişkili yapısını düzeltmede başarılı olamamıştır. Zaten, kısa bir süre sonra Balkan Savaşı ve arkasından Birinci Dünya Savaşı başlamıştır.

• Mecelle, kaynağı beşeri irade olan, genelde uyulmasının zorunlu olduğuna inanılan, toplumda geçerli "öıf ve adet kurallarının" sistematik olarak toplu bir hale getirilmesi, bir kitapta toplanması, kısacası bunların "yasalaştırılması" değildir. Tersine, Mecelle, "Fıkıh hilkümleıiyle bu konudaki türlü içtihadı bir araya getiren, Tanzimattan sonra hazırlanmış olan, yasa yerine kullanılmış olan eser" olarak tanımlanmaktadır (Türkçe Sözlük, 2, Türk Dil Kurumu, Ankara 1998). Bu demektir ki, "Mecelle hareketi" , madem kodifikasyon bir toplumda geçerli örf ve adetin bir araya getirilmesidir, bu anlamda bir "Kodifikasyon hareketi" değildir; sadece kaynağı ilahi irade olan "Fıkıh" hükümlerinin ve bu hükümlere ait içtihatların sistemli olarak bir araya getirilmesi hareketidir.

[1] 1876 Anayasası, ın. 87: Deavili Şcr'iye mahkemeleri şer'iyedc ve dcavili nizamiye mchakimi nizamiyede ıiiyet olunur . Üçok-Mumcu-Bozkurt, Agc., s. 294 vd. Aynca bkz., Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 19 vd.

Ancak, belirtilen bu kavram kargaşasına rağmen, Fransız hukukundan resepsiyon yolu ile kazanılmış olan ceza mevzuatı ülkede hep yürürlükte kalmıştır.

3. Türkiye Devleti Ceza Hukuku

a. Türkiye Devleti ve Devletin Hukukunun oluşumu

"Türkiye ahalisinin" siyasal bir ifadesi olan Türkiye Devleti, Amasya tamimi, Erzurum ve Sivas Kongreleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi ve bu meclisin yaptığı 1921 Anayasası ile ulusal ve uluslararası hukukta devlet kimliğini kazanınıştır[156].

Türkiye Devletinin temel harcı, Türkiye ahalisinin olmazsa olmaz temel ortak değeri, toplumun toplumsal, siyasal ve hukuksal düzeninin üzerinde oluştuğu temel normu "ulusal egemenlik" ve "tam bağımsızlık" tır. Gerçekten, tüm teokratik kalıntılara rağmen[157], 1921 Anayasası, "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" diyerek, devletin zorunlu bir unsuru olan "egemenlik erkininin" meşru kaynağının mutlak surette "beşeri irade" olduğunu kabul etmiştir. Böylece, Anadolu topraklarında, ilk kez, ulusal, tam bağımsızlık savaşı veren, laik bir toplum, hukuk ve Devlet düzeninin temelleri atılmış olmaktadır[158].

Türkiye Devleti ve devletin hükümeti olan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetine Osmanlı lmparatorluğu Devletinin ve bu devletin hükümetinin hukuki varisidir, ne de onunla benzeşen toplumsal, siyasi ve hukuki bir düzeni bulunmaktadır. Böyle olunca, Türkiye Devleti, Osmanlı İmparatorluğu Devletinin toplumsal, siyasi ve hukuki bir devamı olmamaktadır.

Gerçekten, Türkiye Devleti, Devletin hukuk düzeni, o günkü koşullarının elverdiği ölçüde, Teokratik devlet düzeninden, dolayısıyla "Şer'i ceza hukukundan" ve "Şer'i ceza mahkemelerinden" arındınlrnıştır. Ancak, bin bir dertle boğuşan Devletin bu oluşumu sürecinde, yeni bir hukuk düzeninin ortaya koyulmasının imkansızlığı karşısında, Tanzimat döneminde resepsiyon yoluyla laik Fransız hukuk

---

156 Gözler, Türk Anayasa Huk1lku, s. 44 vd.

m Gerçekten,1921 Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihte, nesaltanat, ne de hilafet kaldırılabilmiştir. Anayasa teokratik bazı unsurlar içermektedir (m. 7) . İstilacılardan ülke kurtarılmaya çalışılmaktadır ve doğal olara henüz ulusal toplum, ulusal yargı, ulusal eğitim, ulusal ekonomi vs.'den söz ebnek imkanı bulunmamaktadır. Bunlar ancak Cumhuriyet ve onun tezahürü olan Devrimlerle sağlanabilmiştir.

ul Gerçekten, 1922/308 sayılı TBMM'nin Hukuku Hakimiyet ve Hükümraninin Mümessili Hakikisi Olduğuna Dair Heyeti Umumiye Kararı; 1924/ 431 Hilafetin llgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti MemaHki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanunla "Saltanat" kaldırılarak "Mutlakıyet" ve "Meşrutiyet" yönetimleri gayri meşru ilan edilmiş, böylece "Cumhuriyet" yönetiminin yolu açılmış, 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu Çıkarılarak "teokratik eğitim-öğretim düzenine" son verilmiş, 431 sayılı Kanunla teokrasinin en temel dayanaklarından biri olan "Hilafet" kurumu Devletin yapısından çıkarılmış, teokrasinin diğer bir temel dayanağı olan "Şeyhülislamlık" ve dolayısıyla "Fetva" kurumu Devlet idaresinden kovulmuş, toplumun ihtiyacı olan "Diyanet işleri" bir kamu hizmeti olarak, idarenin görevleri arasına sokulmuştur.

düzeninden alınarak yürürlüğe konulmuş bulunan ve kaynağı salt beşeri irade olan ceza mevzuauna ve mevzuatla bağıntılı yargı örgütüne geçerlilik sağlanmış, kuşkusuz söz konusu mevzuat ve yargı örgütü Türk hukuk devrimine kadar Devletin ceza hukuku düzeni olarak yürürlükte kalmışur.

Ülkesini ve ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenliğini savunmak zorunda bırakılan Devlet, içte ve dışta, kendi varlığını korumak zımnında, o günkü imk--anlarla, zaruretin ve olağanüstü koşulların gereklerine uygun düzenlemeler yapmıştır. En başta, o günde tartışılan 'Takrir-i Sükun Kanunu", yakın zamanda 3713 sayılı Terörle :Mücadele Kanununun 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan 2 sayılı "Hıyanet-i Vataniye Kanunu" çıkarılmış, genel mahkemelerin yanında ülkenin muhtelif yerlerinde sıkıyönetim şartlarının zorunlu kıldığı ..İstiklal Mahkemeleri" kurulmuştur.

Bugün, o günün şartlarında yeşeren, acımasız bir savaş ortamında, adım adım, muhteşem bir ulusun ve Devletinin doğumunu sağlayan düşünceleri ve uygulamalarını, birkaç Batılı veya Dinci yazara sığınarak eleştirmek hem kolaydır, hem de bir marifet değildir. O güne, o günün gözü ile bakıldığında, tabii anlamak isteyen, "az zamanda çok işler yapuk" sözünü anlamakta zorluk çekmeyecektir.

b. Birinci İktisat Kongresi ve Hukuk Devrimi İhtiyacı

Laik "Türkiye Devleti" kurulmuş, Devlet bir kurtuluş savaşı vermiş, ancak Devletin yönetim tarzı henüz belirlenmiş değildir. Lozan Konferansında Türkiye Devletinin "kimliği" tartışılmaktadır. Bir ara toplantı kesintiye uğraillştır. Bu esnada, İzmir kentinde ilk "Türk lktisat Kongresi" toplanrnışur.

Kiminin iddia ettiğinin aksine[159] bu kongre, o günün koşullarında, bugünkü deyimiyle tam bir "sivil kitle hareketi" olmuştur. Orada Kurtuluş savaşı vermiş bir ulusun sivil temsilcileri, kendi devletinin yasama ve yürütme organlarının temsilcileri ile birlikte zaten doğmuş bir Devletin toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki düzeninin nasıl bir düzen olması gerektiğine işaret etmişlerdir.

Türkiye ahalisi artık geçmişinden değil, geleceğinden sorumludur[160]. Geleceğinden sorumlu kılınan bu ahali, "ümmet,, değildir, artık "millet"tir. 1924 Anayasası, 88. maddesinde, Devletin insan unsurunun "Türk" milleti olduğunu söylemektedir[161].

---

u, Kongar, Emre, lmparatorluktan Günilmilı.e Türkiye'nin Toplumsal Yapısı,Bilgi Yayınevi, Ankara 1976. s. 259.

"° Afet İnan, İzmir İktisat Kongresi, s. 17.

161 "Türkiye ahalisi dih ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibariyle (Tilrk) itlak olunur","...Tlirklil□ü ihtiyar eden veyahut Vatandaşlık Kanunu mucibince Türklüğe kabul edilen herkes Türktür."

Kongrede, "ulusal egemenlik" temelinde Cumhuriyete, ulusal toplum, ulusal kültür, ulusal ekonomi, ulusal hukukun oluşturulmasına, dolayısıyla devrimlere ve devrimlerin temel harcı olan Hukuk devrimine işaret edilmiş, bunların Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Hükümetinden gerçekleştirilmesi istenmiştir .

Gerçekten, daha sonra, Lozan Barışı yapılmış, dolayısıyla laik Türkiye Devleti Devletler Hukuku kurallarınca evrensel olarak "tanınmış" ve 1923 tarih ve 364 sayılı Teşkilatı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun[162] ile ülkede Cumhuriyet ilan edilmiş, sonuçta 1921 Anayasası yürürlükten kaldırılarak, 1924 Anayasası bir "kurucu iktidar" tasarrufu olarak yürürlüğe konulmuştur.

Böylece, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" kurulmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türkiye Devletinin bir devamıdır. Bu nedenle Türkiye Cumhuriyeti Devleti Türkiye Devletinin toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki tüm düzenlerini tevarüs etmiş ve varisi olduğu bu yapı üzerinde Türk Hukuk Devrimini gerçekleştirmiştir.

4. Türkiye Cumhuriyeti Ceza Hukuku

a. 1924 Anayasası ve Ceza Hukuku

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin düzeni, Anayasasına göre, laik, cumhuri, kuvvetler ayırımına dayanan parlamenter bir devlet düzenidir[163].

Devletin ülkesi, sınırlarını Lozan ve diğer uluslararası antlaşmaların çizdiği "Türkiye" topraklarıdır. Bu topraklar üzerinde kurulan Devletin insan unsuru "millet" destansı bir Kurtuluş savaşı içinde uluslaşarak, kendi öz iradesinin eseri bir Devleti kuran, ulusal ve uluslar arası hukukta "kimlik" kazanan Türkiye ahalisi "Türk Milleti" olmaktadır.

Laik bir devlet düzeninde, Devletin zorunlu kurucu unsuru olan egemenliğin kaynağı beşeri iradedir, yani Anayasamız bakımından ulusal iradedir. Ferdi-toplumsal bir değer olan Din, toplumsal-kamusal hayatı düzenleyen bir değer değildir, toplumsal-kamusal hayatta sadece düzenlenen bir değerdir. Bundan ötürü, toplum hayatının toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki düzenlenmesinde dine, ne doğrudan ne de dolaylı olarak, bir "kaynaklık değeri" tanınmamıştır.

---

161 Madde1-Hakimiyet, bila kaydil şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatınıbizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir. Türkiye Devletirun şekli Hilkümcti, Cumhuriyettir.

,61 1924 Anayasası hakkında bkz.,Gözler,Türk Anayasa Hukuku, s. 47 vd.

Cumhuriyet Anayasası, 26. maddesinin ilk şeklinde, o günün koşullarını göz önüne alarak, 1921 Anayasasının "Ahkamı şeriyenin tenfizi" hükmüne (m. 7) yer vermiş, ancak 1928/ 1222 sayıh Anayasayı değiştiren kanunla, söz konusu hükmü, bilinçli olarak, temelli toplumun gündeminden çıkarmıştır. Bu düzende, herkes kanun önünde eşit sayılmıştır.

Bunun bir sonucu olarak, herkesin düşüncesinde, inancında ve kanaatinde "mutlak" serbest olduğu esası kabul edilmiş, ibadet kamu düzeni ile sınırlandırılmıştır. Bundan, ne kadar aykırı, yanlış veya kötü olursa olsun, bir düşünce, bir inanç ve kanaatin kendisinin sınırlandırılamaması, yani suç sayılaman1ası sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anayasa, toplum için zararlı veya tehlikeli olması kaydıyla, ancak bir düşüncenin, bir inancın veya kanaatin "ifadesinin" suç sayılabileceğini kabul etmiştir.

Devletin bir niteliğini ifade etmeyen ama, sadece halkın genelinin inancına işaret eden Anayasanın "Türkiye Devletinin dini İslamdır" (m. 2), hükmü ve önce de belirtildiği üzere "ahkamı şer'iyenin tenfizi" (m. 26) hükmü, hem yanlış anlaşılmalara neden olduğundan, hem de daha önemlisi Devletin zorunlu unsuru olan egemenliğin kaynağının beşeri irade olması esası, yani ulusal egemenlik ilkesi ile bağdaşmadığından, yapılan bir değişiklikle Anayasadan çıkarılmıştır.

1924 Anayasası "Tabii hukuk" düşüncesinden esinlenmiştir.

Gerçekten, Anayasa, Türklerin doğuştan kazanılan, her zaman ve her yerde ileri sürülebilen, devri mümkün olmayan "tabii haklarının" bulunduğunu kabul etmiştir. Bundan ötürü, Anayasanın fikri temellerini oluşturan düşünce, "Devlet fert içindir" düşüncesidir. Bu düşüncede, bizzat Devlet, kendisi hukuki himayenin konusu değildir. Bir kamu tüzel kişisi olarak Devletin sadece çıkarları hukuki himayenin konusudur. Böyle olunca, Anayasa, her çeşit toplumsal örgünleşmenin, ferdin çıkarına olması esasını benimsemiş olmaktadır. Buradan, Türk hukuk düzeninde, kural olarak hürriyetin asıl, yasağın istisna olduğu sonucu çıkmaktadır. Kim ne iddia ederse etsin, 1924 Anayasası ile oluşan Türk hukuk düzeni, özü bakımından "totaliter" değil, salt "hürriyetçi" bir hukuk düzenidir.

Anayasa, Devletin diğer zorunlu bir unsuru olan insan unsurunun "ulus" olduğunu kabul etmiştir. Gerçekten, Anayasa, "Türkiye ahalisi...Türk ıtlak olunur" diyerek, ne "ümmetçilik" ne "ırkçılık" ne de "kozmopolitlik" düşüncesine itibar etmiştir. Doğrudan veya dolaylı, her çeşit kamusal erkin kaynağı, ulustur. Bundan ötürü, Anayasa, ulusu, hukuken himaye edilmesi gereken bir değer saynuştır.

Lozan Barışı üzerine "Türkiye ahalisinin" mutlak iradesinin eseri olarak ortaya çıkan 1924 Cumhuriyet Anayasası, "ulusal irade" ve "ulusal bağımsızlık" temeli üzerinde yeni bir değerler sistemi olarak ortaya çıktığından, artık 1921 Anayasası ile Kurtuluş savaşı ortamında oluşan hukuk düzenini ile birebir ötüşmemektedir. Durum, tez elden, Anayasaya uygun, yeni bir hukuk düzeninin oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Söz konusu bu zorunluluk, Devrimleri ve genelde özeli ifade eden Hukuk Devrimini yaratmıştır

O gün , Devletin Ülkesinde, temel bir ilke etrafında oluşmuş, sistemli bir kodlaştırmaya tabi tutulabilecek, yeterli gelişmişlik düzeyine ulaşmış kaynağı salt beşeri irade olan bir "Örf ve Adet Hukuku" maalesef bulunmamaktadır. Zaten, Tanzimat Döneminde de, kotlaştırmaya elverişli bir Örf ve Adet hukuku mevcut olmadığından, Osmanlı Teokratik Devlet Düzeninin elverdiği ölçüde, Ceza Hukuku yanında hukukun birçok alanında resepsiyon yoluna gidilmesi zorunlu olmuştur.

Bundan ötürüdür ki, 1924 Anayasasına uygun bir hukuk düzeni oluşturulurken, kuşkusuz yoktan var etmek mümkün olmadığından, resepsiyon yoluna gidilmiştir. Bunun için de, o gün uygar dünyada en ileriyi temsil eden ve maddi kaynağı "beşeri irade" şekli kaynağı "kanun" olan Kara Avrupa Hukuk düzenleri, toplumsal yapı gözetilerek düzenlemelerde esas alınmıştır.

"Milletin iradesi" eseri olarak, bu şekilde oluşan Türk Hukuk Düzeni, kiminin iddiasının aksine[164], katıksız bir milli hukuktur.

Bu bağlamda olmak üzere, İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu, ve Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu bazı değişikliklerle alınmış, böylece, ülkede, Anayasanın koymuş olduğu değerleri teminat altına alan, özgün bir Ceza Hukuku Düzenini yapılandırılmıştır.

b. 1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1929 tarih ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Bazı İlgili Kanunlar

i. Türk Ceza Kanunu

Türk Ceza Kanunu, en başta, laik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin ceza kanunudur. Onu muhteşem kılan temel nitelik laikliktir.

Laiklik, hukuki' anlamda, ister örf ve adet olarak, isterse yazılı metinler olarak varlık kazansın, hukukun maddi kaynağının beşeri irade, şekli kaynağının kanun olmasıdır. Bu anlamda, Türk Ceza Kanunun maddı kaynağı kayıtsız şartsız

---

11;. Artuk'un(Artuk-Gökçen-Yenidlinya, Gerekçeli Ceza Kanunları, ALKlM, İstanbul, 1999, s. 55) "Milli bir ceu kanunu yapılmasına imkan vennediği ve İtalyan Kanununu kaynak olarak kabul ettiği için devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Beyi kınamamak gerekir" düşüncesine katılmıyoruz. 765 sayılıTUrk Ceza Kanunu. madem "milli iradenin" Urilntidür, katıksız millidir.

ulusun iradesi, şeklı kaynağı sadece kanundur. Kaynakta teklik esası kabul edilmiştir. Kaynakta teklik esasının zorunlu sonucu, suçların ve cezaların kanuniliği ilkesidir.

Kanunilik ilkesi, hem kanunu koyanın, hem kanunu uygulayanın keyfi davranışlarını önlemiş, kanun önünde eşitlik ilkesinin gereği olarak, hukuku herkes içi uyulması zorunlu ortak bir değer kılmıştır. Böylece, toplumsal-beşeri davranışın normu olarak, emri nitelikli bir hukuki değerler sistemi oluşmuş; bunun bir sonucu olarak, hem suçlar ve cezalar, hem de suçların oluşturduğu "kategoriler" muayyen, belli kılınmış, açıkçası oluşan bu nonnlar sistemi bütününün tüm unsurları tanımlanmış, hukuk herkes için mutlak ve bilinir kılınmıştır. Kanun, bu yüzden, suçları "cürüm suçları" ve "kabahat suçları" olarak belirlemiş; cürümleri kendi içinde belli sayıda kategorilere, kabahatleri kendi içinde belli sayıda kategorilere ve beher kategori cürüm veya kabahat sucunu bu kez kendi içinde daha alt kategorilere ayrılmıştır.

Kanun, suçun, iradı, kusurlu bir fiil olduğunu kabul etmiştir. Suç "tabıı bir fiil" sayılmamış, failin serbest iradesinin ürünü "beşerı bir fiil" saymıştır.

Ceza kanunu, Türk toplumsal düzeninde, tek düzenleyen olan hukuk düzeninden başka, müeyyidesi dışlaşmamış, yani nesnelleşmemiş olan veya dışlaşmış, ancak müesseseleşmemiş bulunan nonnatif düzenlerin varlığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, Ceza Kanunu ile getirilen hukuk düzeni, hem müeyyidesi kurumsallaştığından, hem de herkesçe bilinir kabul edildiğinden öteki normatif düzenlerden tamamen farklılaşmıştır. Bundan ötürü, Kanun, kanunu bilmemeyi mazeret saymamıştır.

Bu durumda, diyebiliriz ki, Ceza Kanununun esasını, omurgasını, "Aydınlanma düşüncesi", açıkçası "liberal-demokratik toplum, hukuk ve devlet fikri" oluşturmaktadır. Kanun, esas olarak ferdi korumuştur. Fakat, Kanun, ferdi korurken, içinde etik varlığını kazandığı, kendisi bakımından, bir olgular sistemi bütünü olarak doğa ne kadar tabii bir ortam ise en az onun kadar tabii bir ortam olan bir normlar sistemi bütünü olarak toplumu da göz ardı etmeme çabası göstermiştir. Kısacası, Kanun, esas fert olmak üzere, toplum- fert ikileminde ustaca bir armoni gerçekleştirmiştir.

Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, kişi hürriyetlerini, bir suç kategorisi olarak her yerde, her zamarı ve herkese karşı, hatta Devletin görevlisi kişilere karşı da korunmaya değerli bulurken, kişinin içinde yetiştiği ve yaşadığı ortamda hür kalmasını, barış ve esenlik içinde olmasını sağlamak amacına matuf olmak üzere,

terbiye vasıtalarının kötüye kullanılmasını ve aile içi şiddeti, yani şefkat ve rahimle bağdaşmayan her çeşit davranışı suç saymıştır (m. 477-479). Kanun, bir terbiye vasıtası olarak "dayağı" toplumun gündeminden temel1i çıkarmış, özellikle kocanın kan üzerinde olduğu varsayılan "tedip hakkına" son vermiştir. Fakat, ne kötü bir tecellidir ki, toplumda, hala dayak bir tedip vasıtasıdır ve hala birçok çevrede kocanın karı üzerinde bir terbiye etme hakkının olduğuna inanılmaktadır.

Öte yandan, Kanun, Devletin kendisini hukukı himayenin konusu yapmamıştır. Devlet, hukukun süjesi olan tüm diğer kişiler gibi, bir kamu tüzel kişisi olarak, sadece varlığına ve varlığının devamına ilişkin menfaatleri bakımından hukuki himayenin konusu yapılmıştır. Bu yüzdendir ki, Kanun, Devletin organları ve organı kişilerin eylem ve işlemlerinin ferden veya kamusal olarak değerlendirilmesi, bizzat organa veya kişinin şahsına açık bir saldırı niteliği taşımadıkça, herhangi bir suça vücut vermemesini kabul etmiştir. Kanunda, düşünce hürriyeti mutlak kılınmış; "vasıta gayri meşru" ifadesini sağlamış olmadığı sürece, ifade hürriyetinin sınırlandırılamayacağı kabul edilmiştir. Kanun, devlet düzeninde, devlete karşı suçlar yanında, ayrıca kamunun düzenini hukuki bir değer olduğunu kabul etmiş "vasıtanın gayri meşruluğu" ölçütü esas olmak üzere, ammenin nizamı aleyhine işlenen cürümlere yer vermiştir.

Cezalar şahsidir. Herkes kendi fiilinden sorumludur. O nedenle, hukuk düzenimizde, ne toplu cezaya, ne de cezanın sirayetine yer verilmiştir. Ölüm ve sürgün cezaları hariç, cezalar, bölünebilir niteliktedir. Cezaların oranlı olmasına dikkat edilmiştir. Ayrıca, cezalar, insan onuru ile bağdaşır kılınmıştır.

Ceza mahkumiyetinin hüküm ve neticeleri düzenlenmiştir. Sistemsiz ve basit de olsa, emniyet tedbirleri göz ardı edilmemiştir.

Kanun suç işleyen kişi ile Devlet arasında bir "cezalandırma ilişkisinin" varlığını kabul etmiştir. Suskun kalmakla birlikte, Kanun, zımnen, suçlu karşısında Devletin bir "cezalandırma hakkının" olduğunu kabul etmiştir. Buradan, tüm suçların Devlete karşı işlendiği. suçların "genel mağdurunun" Devlet olduğu sonucu çıkmaktadır. Bazı suçların takibinin şikayete bağlanması bu kuralın bir istisnasını oluşturmaz.

Türk Ceza Kanunu, yürürlüğe girdiği günden bugüne dek çeşitli nedenlerle birçok kez değiştirilmiştir.Türk Ceza Hukukunun geçmişi aslında bu değişikliklerin hikayesidir.

ii. **Ceza l\1uhakemeleri Usulü Kanunu**

Ceza hukuku düzenimizin temel taşı "Kanunilik ilkesi" (TCK. m. 1), bir yandan "Kanunsuz yargılama olmaz" ilkesini zorunlu kılarken, öte yandan ·'Kanunsuz infaz olmaz" ilkesini zorunlu kılmıştır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunun kaynağı 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunudur. Ceza Kanunundan sonra, 1929 yılında ülkede yürürlüğe girmiştir. Kanun, 1924 Anayasası ve bu anayasaya dayalı olarak oluşmuş olan toplum, hukuk, devlet düzeni ile uyum içindedir.

Ceza yargılaması, basit, ucuz, hızlı ve güvenli kılınmıştır.

Gerçekten, mahkemeler kanunla kurulur ve bağımsızdır. Kimse tabii hakimden başkası önüne çıkarılamaz, hakimin tarafsızlığı sağlanmıştır. Kamu davası açma tekeli devletin elindedir. Devlet bu görevini mahsus organları eli ile yürütür. Bununla birlikte, kişilere, ayrıca, kendi sorumluluklarında dava açma hakkı tanınmıştır. Sanık esirgenmiş, savunma hakkı tanınmıştır. Tutma, nezarette tutma ve tutuklama kanunı kılınmış, usul ve esasları belirlenmiştir. İspat esaslı kurallara bağlanmıştır. Ceza mahkemesi kararlarının denetimi sağlanmış, usul ve esasları belirlenmiştir. Adlı hatalara karşı muhakemenin yenilenmesi yolu kabul edilmiştir.

Böylece, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, o günkü anlayış ve şartlarda lailc, liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninde, genelde özelin ifadesi olarak, olması gereken asgari ceza yargılaması düzenini kurmuş olmaktadır.

Medeni Kanun ve Medeni Usul Kanunu, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, tümü birlikte, birçok yıl süren bir sürecin ifadesi olan Türk Hukuk Devriminin, özünü, çekirdeğini oluşturmaktadır.

Gerçekten, Türk Hukuk Devrimi, birkaç Avrupa devletinden alınan birkaç kanunun bir araya getirilip karması yapılarak yürürlüğe konulması değildir. Bunun çok ötesinde bir şeydir. Türk Hukuk Devrimi, Kıta Avrupasında Ümanizma, Rönesans ve Reform ile yeşerip biçimlenmiş laik, liberal-demokratik bir toplum, hukuk, devlet düzeninin, çağdaş toplumların uygar yaşama biçimi olarak, devrini doldurmuş, teokratik bir toplum, hukuk ve devlet düzeninin yerine ikame edilmesidir.

Ancak Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, yürürlüğe koyulduğu tarihten günümüze kadar yirmi beşten fazla değişikliğe uğramıştır.

Toplumsal, ekonomik, siyasi hayatı geliştirme ve iyileştirme görevine kayıtsız kalarak, sıkça kanunda yapılan değişiklikler, genelde yerini bulmamış, kanunun büyük ölçüde sisteminin bozulması bir yana, yargının ucuzlamasına ve hızlanmasına, muhatapları bakımından daha teminatlı olmasına, mahkemeler önünde biriken iş yükünün azalmasına, hakimlerin görmekte oldukları davalara daha çok zaman ayırmasına katkıda bulunmamıştır.

il. İlgili Diğer Kanunlar

Hukuk devrimi, çeşitli birçok kanunu bir araya getiren bir "yığını" değil, çeşitli birçok kanundan oluşan bir "sistemi" ifade etmektedir.

Devletin gelirlerini, ülkenin ekonomisini korumak amacı ile mülga 1932/1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun çıkarılmıştır.

1924 Anayasası, önce de belirtildiği üzere, kuvvetler ayırımına dayanan, devlet şekli cumhuriyet olan, parlamenter bir hukuk düzenini kabul etmiştir. Böyle bir hukuk düzeninde, Devletin suçları takip ve yargı organı önüne götürmekle görevli organı olan Savcılığın ve Polisin hukuk düzeni içindeki konumu ve devlette "polis görevi ve yetkisi" konusu büyük önem taşımaktadır. Gerçekten, liberal- demokratik devleti liberal-polis devletinden ayıran çizgi, devlette polis görev ve yetkisinin hukuk düzeninde yeri, kapsamı ve sınırları belirlemektedir[165]. Bu yüzden, 1934/2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu çıkarılmıştır.

Kanun, gerek 61 ve gerekse 82 Anayasasına uygun olarak, "konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez, yerine getirenler sorumluluktan kurtulamaz" mutlak emrine yer vermiştir. Öyleyse, Türk Hukuk Düzeninde, "kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, kimse de yerine getiremez". Bu, devlette, "üstün emri ile suç işlemek" şeklinde bir "Polis görev ve yetkisinin" mevcut bulunmaması demektir. Buradan, "Derin Devlet" iddialarının tutarlı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Ülkede meydana geldiği ama örtbas edildiği iddia edilen bazı fiiller, rütbesi veya unvanı ne olursa olsun memur veya polis kişinin veya kişilerin, münferit veya örgütlü bir biçimde suç işlemeleri ve işledikleri suçların şu veya bu saik altında takipsiz kalmasıdır.

Hukuk düzenimizin eksikliği her halde burada toplanmaktadır.

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu birçok kez değiştirilmiş, Avrupa Birliği normlarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır.

---

[165] Hafı1..oğullan, İnsan Hakları, Polis Görevi ve Yetkisi. A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 44(1/4) 1995,s.565

5. Türk Toplumunun Toplumsal, Ekonomik, Siyasi ve Hukuki Değişimleri Karşısında Ceza Kanununun Uğradığı Başlıca Değişiklikler

a. 1930 Sonrası Dönemde Yapılan Değişiklikler

Türk Ceza Kanunu 1930 sonrası dönemde yedi kez değiştirilıniştir[166].

Kamında, 1931 yılında bir madde, 1933 yılında 79 madde, 1936 yılında 136 madde, 1937 yılında 14 madde, 1938 yılında 19 madde ve 1939 yılında bir madde olmak üzere yaklaşık 250 madde değiştirilmiştir. 1CK'nun 270, 272. maddeleri ilk kez 1936 yılında 141, 142. maddeler olarak kanunumuza girmiş, bu maddeler 1938 yılında değiştirilmiştir.

1936 yılında yapılan değişiklikte devlete karşı suçlar yeniden dizayn edilmiştir. Bunlar, daha önce "Devletin Emniyetine Karşı Cürümler, Birinci Fasıl Vatan Aleyhinde Cüıümler, İkinci Fasıl Devlet Kuvvetleri Aleyhine Cürümler" iken, bu değişiklikle "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler, Birinci Fasıl Devletin Arsıulusal Şahsiyetine Karşı Cürümler" olarak değiştirilmiş, İkinci fasıl başlığı aynen korunmuştur.

Son maddeler ve yürürlük maddesi hariç, 584 maddeden oluşan, ancak yaklaşık iki yüz elli maddesi ve bazı bap ve fasıl başlıkları değiştirilen bir kanunun; temel düşüncesini , mantığını ve sistemini koruduğunu söylemek oldukça zordur. Yapılan bu değişikliklerle, liberal-demokratik bir devletin kanunu olan Zanerdelli Kanununun kaynaklık ettiği Türk Ceza Kanununu, maalesef tamamen "otoriter" bir toplum, hukuk, Devlet düzeninin kanunu olarak hazırlanan 1930 tarihli Rocco Kanunu ile aşılanmış olmaktadır.

Böylece, Türk Ceza Kanunu, daha uygulandığı ilk yıllarda, günün koşulları, bir bakıma da modası yüzünden, kısmen otoriter bir ceza kanunu niteliği kazanmış, tabiri caizse "altı kaval üstü şişhane" olmuştur.

Ceza Kanununun kabul edildiği yıllar, ülkede ve dünyada buhran yıllarıdır. Savaş hem kazananlar hem de kaybeden devletler bakımından bir felaket olmuştur. Gerçekten, savaş sonrası, liberal-demokratik toplum, hukuk, devlet düzenleri hızla itibarını kaybederken, bir yandan Faşist ve Nazist, öte yandan Marksist -Leninist toplum, hukuk, devlet düzenleri itibar kazanmıştır.

1ta1yada liberal-demokratik devlet düzeni şiddete başvuralarak ortadan kaldırılmış, yerine faşist toplum, hukuk ve devlet düzeni konmuştur. Bu bağlamda,

---

1(6 1931/ 1840, 193111884, 1933/ 2275, 193613038, 1937/ 3112, 1938/ 3531, 1939/ 3708, Demirbaş, ÖZbek, Eker, En Son Değişikliklerle içtihatlı Ceza Kanunları, Seçkin, Ankıra.2002,s.314.

Zanardelli Kanunu yürürlükten kaldıılmış, yenı Devletin teminatı olarak 1930 tarihli Rocco Kanunu yürürlüğe konmuştur.

1929 yıllarında, Amerika Birleşik Devletlerinde, ağır bir ekonomik buhran başlanuş; buhran, giderek tüm dünyayı etkisi altına almıştır.

Bu dönemde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bir yandan Hukuk Devrimi ile teokrasinin tüm kalıntılarını gidemıeye ve ulusal egemenlik ilkesine dayalı, tam bağımsız liberal-demokratik bir toplum, hukuk, devlet düzeni oluşturmaya çalışırken, öte yandan bu düzene uygun yeni bir ekonomik düzen oluştumıak çabası içine girmiştir.

Karşılaşılan zorluklar, devletin, şekli' düzeni yanında, maddı düzeninin de korunması ihtiyacını doğunnuştur. Türk Ceza Kanununu, bu konuda yeterli değildir. Kamunun düzenini korumaya matuf olan Kanunun 312. maddesi hükmü, ihtiyacı karşılamamaktan uzaktır. 1930 Rocco Kanuna kıyasla, Kanunun teknik bakımdan eksiklikler taşıdığı, Devletin yeterince hinıaye edilmediği düşüncesine varılmıştır. Bunun üzerine, Rocco Kanunu örnek alınarak, Ceza Kanunu, esaslı surette değişikliğe uğratılmıştır. Gerçekten, Ceza Kanununun genel hükümlerinde yapılan değişiklik yanında, özel hükümlerinde de değişiklik yapılmıştır. Devletin şahsiyetine karşı cürümler hemen hemen tümden yeniden düzenlenmiş, kanuna konan hükümlerle, Devletin güçlendirilmesi yanında, 141, 142. maddeler ile Devletin toplumsal, ekonomik siyası ve hukuki temel düzenleri teminat altına alınmış, Devletin "ırkçılık" ile hiçbir ilgisi yokken "Çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri" ırkın tümlüğüne karşı suçlar olarak değerlendirilmiştir. Ancak, Rocco Kanununun etldsinde kalınarak Ceza Kanununun mevcut sistemi pek fazla bozulmamış, özellikle "Hürriyet aleyhinde işlenen cürümler" yerli yerinde bırakılmıştır. Böylece, birbiriyle bağdaşır olmayan iki farklı hukuki' yapı üst üste konmuş, kısmen de olsa Kanunun özgün yapısı zedelenmiştir.

Bu arada, Kanunun 141, 142. maddeleri hükmü yeniden değiştirilmiş, suçun özgünlüğü bozulmuş, dolayısıyla suçun zorunlu bir unsuru olarak mevcut olan "cebir" veya "ifadede şiddet" unsuru, hükümden çıkarılmıştır. Bu durum, "başkalarına zarar vennemek kaydıyla herkesin hür olduğunu" kabul eden Anayasaya ve Anayasaya uygun olan Ceza Kanunun özüne aykın düşmüş, daha kötüsü bizzat düşüncenin suç sayılması sonucunu doğurmuş ve artık düşüncenin kendisi cezalandırılır olmuştur.

Doğrusunu söylersek, söz konusu bu değişiklikle, maalesef düşünce hürriyeti ağır bir yara almış, hatta ortadan kalkmıştır. Liberal-demokratik bir toplum, hukuk

ve devlet düzeni olmanın en belirgin niteliği, olmazsa olmaz şartı, eğer "düşünce hürriyetinin mutlak olması, kayıtlanaınaması", yani hiçbir düşüncenin kendisinin suç sayılamaması, ancak belli koşullarda düşüncenin ifadenin suç sayılabilmesi ise; 1924 Anayasasına aykırı olarak düşünce hüıriyetini ortadan kaldıran böyle bir ceza kanununun, artık demokratik bir ceza kanunu olduğunu söylemek mümkün değildir. Söz konusu bu talihsiz değişiklikle birlikte, Ceza Kanunu, düşünce hürriyeti yönünden, ferdin bir teminatı olmaktan çıknuş, otoriter bir ceza kanunı.r niteliğini kazanmıştır.

Bunun sonucu olarak, bu dönemde, özellikle devlet aleyhine işlenen suçların, nitelik ve nicelik yönünden, önemli değişikliklere uğradığı gözlenmektedir.

Ferdi devlete feda etmek pahasına, Ceza Kanunu üzerine yapılan bu 1930 Rocco Kanunu aşısı, büyük ölçüde, hem kanunun niteliğini bozmuş, hem de temel harcında tabii hukuk düşüncesi olan ceza hukuku düzenini, fazlaca "faşizan unsurlar" taşıyan bir hukuk düzeni haline getirmiştir.

b. İkinci Dünya Savaşı ve Sonrası Dönem

Türk Ceza Kanunu İkinci Dünya Savaşı ve sonraki dönemde altı kez değiştirilrniştir[167]. Savaş dönemi yıllardır. Bu dönemde, doğal olarak kişi temel hak ve hürriyetleri kısıtlannuştır. Savaş ekonomisi caridir. 1940/ 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu çıkarılmıştır. İhtiyaç maddeleri karneye bağlanmıştır.

Bu dönemde, memur-mütegalibe işbirliği, devlet aleyhine işlenen suçlar ve kovuşturma usulleri, vatandaşlar arasında ayırım yapması, karaborsa, savaş zenginliği dikkat çekicidir. Kanununda yasak olmasına rağmen (m 243), jandarma baskısı ve karakollarda kişilere işkence yapılması, Devlet idaresinin alışılan bir davranışı haline gelrniştir[168].

Zaten bitmek üzere olan savaşta, Türkiye, Amerika Birleşik Devletleri ve diğer liberal-demokratik devletler yanında yer almıştır. Bulunduğu konum, Türkiye Cumhuriyeti Devletini "Çok Partili Demokratik Düzene" geçmeye zorlaımştır.

Cumhuriyet Halk Partisinden ayrılan kimseler Demokrat Partiyi Kurmuşlardır. O günlerde, birçok yerde ve özellikle küçük yerleşim yerlerinde Demokrat partili olmak çok kolay olmamıştır.

---

m 1941/ 4055, 1944 / 4683, 1946/ 4934, 1946/ 4956 , 1949/ 5435, 1994/ 4535 sayılı Kanununlıır, Demirbaş,Özbek, Eker, Age., s.315.

11ıl O günleri bırakalım bir yana, işkence ve kötü muamele iddiaları, hala bugiln, toplumumuzun gündeminden çıkanlabi]miş değildir. Bkz., ör., Ertuğrul Mavioğlu, Diyarbakır Cczn Evinde Korku Dolu Anlar, Bir Zamanlar Bir Ceza Evinde, Radikal, 10 Kasım 2003, Yıl 8, Sayı 2585, s. 1, 5.

llk seçim 1946 yılında "açık oy gizli tasnif' yöntemiyle yapılmıştır. Demokrat Parti seçimi kazanamamıştır.

Türkiye savaş sonrası kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatının üyesidir. Hukuken bağlayıcılığı olmayan "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesini" ülkede yayınlamıştır. Ancak, ülkede insan hakları bilinci, çok sonra oluşmaya başlamıştır.

Bu dönemde Ceza Kanununda yapılan önemli değişiklik, 1946 yılında 141, 142. maddelerin yeniden değiştirilmesi ve 1949 yılında Kanuna 163. maddenin eklenmesidir. Böylece, devletin şeklı düzeni yanında, özünde düşünce, inanç ve kanaatin yasağı olmasına rağmen, "devletin maddi düzeni" de önce 141, 142. maddeler ile sosyalist toplum, hukuk, Devlet düzeni ve sonra 163. madde ile teokratik toplum, hukuk, devlet düzeni kurma faaliyetlerine karşı cezaı himayenin konusu yapılmıştır

Gerçekten, "Teokratik Devlet Düzenine", kutsal dinin siyasete alet edilmesi tehlikesine karşı, laik toplum, hukuk ve devlet düzenini korumak istenmiş ve kanun□ değişik 141, 142. maddeler modelinde, 163. madde konulmuştur. Ancak, suç oluşturan beşeri fiil tanımlanırken, hükme suçun unsuru olarak "cebir" veya "ifadede şiddet" unsuru konulmamıştır. Bırakalım bir yana Amasya Tamimini, en azından 1921 Anayasasından bu yana, Laiklik ilkesinin kendisi , bir "kurucu iktidar tasarrufu" olarak, "mutlak bir kural" olarak Türk Hukuk Düzeninde mevcut olmasına , hatta tanımlanmış bulunmasına rağmen[169]; doktrinde, her nedense, hukuk düzeninden çıkarılmış nesnel bir tanımının yapılmamış olmasından, herkesin kendine göre bir tanım yapmasından, tabii hükümde cebir veya ifadede şiddet unsuruna yer verilmemiş olmasından ötürü; 163. madde, teokratik toplum, hukuk ve devlet düzeni tehlikesine karşı laik toplum, hukuk ve devlet düzenini koruyayım derken, bu düzenin olmazsa olmaz koşulu düşünce, din ve vicdan hürriyetini kısıtlamış, hatta bir bakıma ortadan kaldırmıştır.

c. 1950 Spnrası Ceza Hukuku

1950 ve sonrası dönemlerde, Dünyada ve tilkemizde acımasız bir soğuk savaş döneminin başlamıştır. Komünizm en büyük düşman ilan edilmiş, özellikle gerici dini motifler öne çıkarılmış, Şeriatı getirme düşüncesi hortlatılmıştır.[170]

---

[169] Gökalp,TUrçUIUğiln Esaslan,İstanbul 1961,s.1l7

[1111] Gazeteci Ahmet Emin Yalman 22 Kasım 1952 tarhinde Hüseyin Üzmez tarafından vurulmuştur. Yalman'ı vuran Üzmezdaha sonra **gazeteci** olmuş ve bu suikast konusunda kitaplaryazmıştır.Bkz. *Oımeı,*Çilenin Böylesi ve Malatya Suikasti,Timaş Yayınlan,

Ceza Kanunu bu dönemde dokuz kez değiştirilmiştir[171]. Kanunda en büyük değişiklik, 1953 yılında yapılmıştır. 102 madde değiştirilmiştir. Ayrıca, ceza kanunu ve "ceza hükmü" içeren birçok kanun çıkarılmıştır[172].

1950 yılında ilk kez milletvekili adaylarını siyası partiler belirlemiş, "gizli oy açık tasnif usulü" ile seçim yapılmış, CHP iktidardan düşmüş ve çoğunluk sisteminin sonucu olarak, DP mutlak bir çoğunlukla iktidara gelmiştir. Bu, ülkede, Cumhuriyet ve Devrimlerinden sonra, halkın iradesi ile gerçekleşen en büyük hukuk devrim olmuştur.

O günler, halk, en başta, "jandarma dayağından", "karakol korkusundan", "memur baskısından" kurtulacağını, "eşrafın etkisinin" azalacağını umut etmiştir. Ancak, halkın beklentisi, gerçekleşmemiş, değişen pek fazla bir şey de olmamıştır. Sadece "komünist avı" şiddetlenmiştir[123].

Bununla birlikte, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu döneriide, müttefiklerinin de isteğine uyularak, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeyi imzalamış ve yürürlüğe koymuştur[174]. Devlet, sözleşmede tanınan "insan hak ve hürriyetlerini" ayırımsız herkese tanımayı üstlenmiştir[175].

Ancak, İHAS, hiç uygulanmamış. Devlet, imzaladığı ve yürürlüğe koyduğu uluslararası sözleşmeyi görmezlikten gelmiş, tabiri caizse hasır altı etmiş, dolayısıyla ceza mevzuatında ve uygulamalarında her hangi bir değişiklik yapmamıştır.

Gerçekten, bu dönemde, İtalyanlar, 1930 Rocco Kanununu, 1945 Anayasası, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İHAS hükümlerini göz önünde tutarak, kanunun üstün teknik yapısına sadık kalmak suretiyle baştan aşağı yeniden

---

171 1950/ 5665, 1951/ 5844, 1953/ 6123, 1954/ 6329, 1954/ 6434,1955/ 6569, 195616661, 1957/ 6763, Makabline şamil olmak üzere 1957/ 6988 S. Kanunlar, Demirbaş, Özbek, Eker, Age.,s. 315.

172 1951/ 5816 S. Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun, 1953/ 6136 S. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar lle Diğer Aletler Hakkında Kanun, 1950/ 5680 S. Basın Kanunu, vs.

173 Anılan devirde bu ava örnek olan bazı olaylar şöyledir: "10 Şubat 1950-Komünistlik suçlamasıyla 18 Haziran 1948'den beri yargılanan üniversite öğretim üyeleri davası sonuçlandı; Behice Boranı ve Niyazi Berkes 3'er ay hapis cezası alırken, Pertev Naili Boratav beraat etti", "18 Haziran 1952- 17 Haziran 1952'de polisce gözaltına alınan Türkiye Sosyalist Patisi genel sekreteri Esat A. Müstecaplıoğlu ve 14 partili mahkemece tutuklandı". 75.yılında Cumhuriyet Tarihi (Almanak), Yapı ve Kredi Yayınları, 1998.

174 Avrupa İnsarı Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950'de imzaya açılmış, 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiş, 10 Mart 1954'de ise Türkiye Cumhuriyeti Devleti, sözleşmeyi imzalamış, TBMM'in onay Kanunu ile ülkede yürürlüğe sokmuştur.

175 lnsarı Haklarına Saygı Yükümlillüğü, Madde 1- Yüksek Akid Taraflar kendi yargı haklarına tabi herkese işbu sözleşmenin birinci böHlmünde tarif edilen hak ve hürriyetleri tanırlar.

düzenlerken ve İtalyan demokrasisinin ihtiyaçlarına uygun hale getirirken[116]; biz, her nedense Yasamanuz, Yargımız ve Doktrinimizle söz konusu sözleşmenin gereğini yapmamaya sanki özen göstermişiz. Gerçekten, bizim kökünden bozmak marifetini gösterdiğimiz ve maalesef her seferinde faşizmin bir ürünü olduğunu iddia ettiğimiz TCK'nun mülga 141 ve 142. maddelerinin muadili ICK'nun 270 ve 272. maddeleri, hala İtalyan Ceza Hukuku düzeninde yürürlükte bulunmaktadır.

Bu yıllarda, ülkede, 6-7 Eylül olayları cereyan etmiştir. İstanbulda kan gövdeyi götürmüş, çarşı, pazar yağmalanmıştır. Ekonomi bozuktur. Para değerini yitirmiştir. Basın susturulmaya çalışılmış, muhalefet sindirilmek istenmiştir. TCK'nun öze1likle 141, 142, 163, 158, 159, 312. maddeleri bir kıyım anlayışıyla işletilmiştir. İdarenin işlem ve eylemlerinin eleştirilmesi Anayasanın emri olduğu halde, bu konuda tahammülsüzlük gösterilmiş, TCK'nun 158 ve 159. maddeleri kendilerine en çok baş vurulan hükümler olmuştur.

Ülkede düşünce ve ifade hürriyeti kayıtlanmış; kitap, gazete ve dergilerin sıkça toplatılması günlük olaylar olarak görülmeye başlanmıştır . Bu dönemde çok sayıda gazeteci mahkum olmuştur[177].

Bu dönemde, Kanunun 312. maddesi değiştirilmiş, maddenin özgünlüğü anlaşılmaz bir biçimde bozulmuş, düşünceyi yasaklayan hükümlere bir yenisi daha eklenmiştir[178].

Maalesef, Ceza Kanunu, temelinde yatan "hürriyetçi düşünceye", ve AİHS hükümlerine uyan bir davranış gösterememiş, faşizan eğilimlere ve uygulamalara hizmetin bir vasıtası olmuştur. Esasen görevi kişi hak ve hürriyetlerini teminat altına almak olan ceza hukuku, yeni düzenlemeler ve uygulamalarla[179], kişi hak ve hürriyetlerini tehdit eden, acımasız bir müeyyide cihazına dönüştürülmüştür'[80].

---

[176] İtalyan Ceza Kanununun değişikliklerive yeni bir ceza kanunu çalışmaları hakkında bkz.Antolisei, Age., s. 23 vd.; Bettiol, Age., s. 39 vd.

m 1953 tarih ve 6187 Sayılı Vicdan veToplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun.

[171] 6123 sayılı Kanun, R.G. no. 8458,15.7.1953.

[179] Bir örnek olarak, 1956 tarih ve 6761 Sayılı Toplanu ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkında Kanunu, m. 4, *5,* 13 , 14, 15.

[110] 1881 sayılı Matbuat Kanunu kaldınlmış, 1950/ 568 sayılı Basın Kanunu basın hayaunı düzenleyen yeni bir kanun olarak yilrilrlUğe konmuştur. En çok tartışılan konu "ispat hakkı" olmuştur. Bu kanun 1950- 1960 döneminde, 1960- 1980 döneminde, 1980 ve sonraki dönemde birçok kez değişikliğe uğramış, son olarak Avrupa Birliği NonnJanna uyum sağlamak amacıyla Kanunda iyi sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır.

Bu dönemde 1953/ 6187 sayılı Vicdan ve Toplanma Hürriyetinin Korunması Hakkında Kanun çılcanlrnışur. Kanun, *din* ve vicdan özgUrlUğtinU korumamakta, aksine suçun tanımına "ifadede şiddet" unsuruna yer vermediğinden düşUnce, inanç ve kanaatin kendisiniyasaklamaktadır. Kanun 1963/ 171 sayılı Kanun ve 1965/ 648 sayılı Kanunla değişikliğe uğramıştır. Söz konusu Kanun 1991/ 3713sayılıTMK *(* m. 23) ile yUıiidtiktenkaldırtlmıştır.

Ortada esin kaynağı tabii hukuk düşüncesi olan bir Anayasa, bir Ceza Kanunu bulunduğu halde, her yerde korku vardır. Mimarı bir siyasi parti olan Vatan Cephesine[1s1] kayıtlar arttıkça, toplumda tedirginlikler ve şiddet de artmaktadır. İktidar partisinin oylarıyla, 1924 Anayasasına aykın olarak, Türkiye Büyük Millet Meclisinde "Soruştum1a Komisyonları" kurulmasının[182], muhalefetin sindirilmeye çalışılmasının[183] yarattığı tedirginlik toplumda şiddeti tırmandırmış ve bu durum bardağı taşıran son damla olmuştur.

Çözümsüzlükler ve dayatmalar sonunda ihtilali getirmiştir.

d. 1960 İhtilali, 1961 Anayasası ve Sonrası Dönem Ceza Hukuku

Bu dönemde Ceza Kanunu on kez değişm.iştir[184]. 1960 yılında CK'nun 56. maddesi yürürlükten kaldınlmış, 146. maddesine son fıkra eklenmiştir. Ceza Kanununun bazı maddelerini değiştiren veya yürürlükten kaldıran 1965/647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun Çıkarılmıştır. Kanun 20 maddeden ibarett.İr[185]. Birçok madde, "cezanın infazı" ile değil, "ceza" ve "cezanın verilmesi" ile ilgilidir. Kanun Ceza Kanununun sistem.ini bozmuştur. Bununla birlikte, "kanunsuz infaz olmaz" kuralı, özellikle mahkumun cezaevi hayatı bakımından, ilk kez bu kanunla işlerlik kazanmıştır. Ancak, Kanunun, "cezaevi idaresi" ve hükümlü arasında karşılıklı ilişkileri düzenlemede iyi hazırlanmış, infazı güvenli kılan, yeterli bir kanuı:ı olduğu söylenemez[186].

---

111 Vatan Cephesi'nin kurulması fikri 12 Ekim 1958 tarihinde Menderes tarafından Manisa il kongresinde yaptığı konuşmada dile getirilmiş. 1958 sonlarında yurdun çeşitli yerlerinde şubeler açılmaya başlanmıştır. Bu hareket 1959 tarihinde hız kazanmıştır. Bkz. Yücel, M.Serhan, "Demokrat Parti", Eylül 2001, s.137-138.

ırı 18 Nisan 1960 tarihinde verilen önerge üzerine tahkikat komisyonu Meclis İçtüzüğünün 177. maddesi uyarınca kurulmuştur. 27 Nisan 1960 tarih 7468 sayılı kanunla bu komisyona çok geniş yetkiler verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, Erdal, "Meclis Araştıması", Ankara 1977, s.70-72.

ıı1 İsmet İnönü yurt gezilerinde bazı saldırılara maruz kalmıştır. Bunlardan en önemlileri 1959 Nisan'ında Uşak olayları, ihtilalin hemen öncesinde uğrayacağı Kayseri'ye 2 Nisan 1960 tarihinde girişinin engellenmeye çalışılmasıdır.. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. Aydemir, Şevket Süreyya, "İkinci Adam", 2000, cilt. 3, s.372-399.

1 1960/ 15, 1960/ 144, 19611235, 19621121, 1964/ 501, 1965/ 557, 1965/ 647, 1971/ 1490, 1979/ 2245, 1978/ 2248, 198112370 S. Kanunlar, Demirbaş, Özbek, Eker, Age., s. 315.

m Sokul1u -Akıncı, Cumhuriyetin 75. Yılında 647 Sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda Yer Alan Cezalar ve Kanunda Yapılan Değişiklikler, Cumhuriyetin 75. Yıl Am1ağanı, İstanbul Üniversitesi 1999, s. 333 vd.

116 Ancak. Kanun aynı kalmakla birlil1e, yeni bir düzenleme (2001 tarih ve 4675 sayılı lnfaz Hakimliği Kanunu) yapılarak İnfaz Hakimliği oluşturulmuş,böylece hükümlülük, teminatlı bir hale getirilmiştir. Öte yandan 2001 tarih ve 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumlan ve Tutukcvlcri İzleme Kurul1an Kanunu ile ceza ve tutuk evlerinin işleyiş, yönetim ve uygulamaları denetlenir kılınmıştır.

İhtilal döneminin en önemli ceza hukuku olayı, bir siyasi kadronun TCK'nun 146. maddesini ihlal etmek suçundan yargılanmaları; sonunda, bir siyasi partinin kapatılması, birçok siyasetçinin mahkum edilmesi ve bir başbakan, iki bakanın idam edilmesidir. Bundan sonra, TCK'nun 146. maddesi hükmü toplumun hep gündeminde kalmıştır.

Gerçekten, sonraki yıllarda, ihtilal ile görevinden uzaklaştırılan ve yargılanarak mahkum edilen dönemin başbakanının itibarı iade edilmiş, anıt mezarı yapılmıştır.

Bugün tarih olmakla birlikte, o döneme ait en çok tartışılan konular, ihtilalin meşru olup olmadığı, sanıklara isnat edilen fiillerin gerçekten TCK'nun 146. maddesini ihlal edip etmediği, yaşa ilişkin ceza kanunu değişikliğinin geriye yürüyüp yüriimeyeceği meseleleri olmuştur.

İhtilal sonrasında çok söz söylenmesine, hatta 1961 Anayasasına Devletin "insan haklarına dayanması ilkesi" konmuş olmasına rağmen, bu dönemde de, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin imzalayarak ülkede yürürlüğe koyduğu, imzacı diğer devletlere hükümlerine uymayı üstlendiği İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini hayata geçirmekten eser yoktur. Her nedense, hiç kimse, Anayasanın "gönderme/atif' hükmü nedeni ile hukuk düzenimizin temel harcını oluşturan söz konusu bu sözleşmeyi, Devletler Genel Hukukunun "ahde vefa" ilkesine uymama pahasına görmek istememiştir.

Kuşkusuz 1961 Anayasası bir kurucu iktidar tasarrufudur. Bilindiği üzere, her kurucu iktidar, meşruiyetini kendinden, özünden alır. 1961 Anayasası, 1924 Anayasasının oluşturduğu laiklik esasına dayalı liberal-demokratik toplum, hukuk ve Devlet düzenini aynen korumuştur. Hatta "iltibasa" yer vermemesi için, 1924 Anayasasından farklı olarak, 2. maddesinde "Cumhuriyetin" niteliklerini belirtmiş bulunmaktadır. Bu nitelikler mutlaktır, değiştirilmeleri bile teklif edilemez[187].

Anayasa, belirtilen bu temel üzerinde, ferdi tek başına ve toplumun bir üyesi olarak korumuş, düşünce, inanç ve kanaat hürriyetinin mutlak olduğunu, koşullar gerektirdiğinde, özüne dokunulmaması kaydıyla, sadece ifade hürriyetinin kısıtlanabileceğini kabul etmiştir.

Ancak, bu dönemde de, Anayasaya rağmen, TCK'nun 141, 142, 163, 159, 312, vs, maddeleri ve uygulamaları sayesinde; düşünce, inanç ve kanaattin kendisi, suçun konusuolmaktan kurtulamamıştır.Söz konusu bu maddeler, Anayasa Mahkemesine götürülmüş, Yüksek Mahkeme, kaynaklarından sapmış bulunan bu hükümlerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

---

111 1961Anayasası Hakkındabkz., Gözler, Türk AnayasaHukuku, s. 64 vd.

1961 Anayasası, siyasi hayata çoğulculuk kazandırmış, Türk işçisinin sınıfsal hareketine imkan venniş, toplumda çoğulculuk sağlanmış, özellikle basın ve üniYersite siyasi etkilerden masun kılınmak istenmiştir. Ancak, uygar bir toplumun ihtiyacı olan tüm bu temel değişikliklere rağmen, toplumda kargaşa son bulmamış, askeri ayaklanmalar olınuş[1] [8] H. 1968 sonrasında masum öğrenci hareketleri[1] [9] ff görüntüsü altında acımasız bir terör saldırısı başlamış, topluma 61'de biçilen "elbisenin bünyeye uymadığı" iddia edilmiş, kargaşa had safhaya çıkmış ve sonunda 12 mart 1971 "hükümet darbesi" yapılmıştır.

Bu dönemde, Anayasa, "bünyeye uydurulmaya" çalışılmıştır. Gerçekten, temel hak ve hürriyetler kısıtlanmış, fer-devlet ilişkisinde, devlete üstünlük kazandırılnuştır. Ülkede uzun süren bir sıkıyönetim dönemi başlamıştır.

Kimsenin teminatı kalmanuştır, sokaklar güvenli değildir. Hatta, Devletin silahlı k.7.lvvetlerinden polis, birbirine düşman iki "fraksiyona" ayrılmıştır[1] [90]. Karakollarda kişilere işkence edildiği iddiaları, rahatsız edici boyuttadır. Ancak, iddiaların üzerine gidildiği konusunda, yargıya intikal etmiş bir olaya rastlanmamıştır.

Bu dönemde, bir kısım "aydın çevrenin" etkisi altında, ülkenin faşizmden ancak "silahlı devrim" ile kurtulacağına inanan ve bu yolda eylem koyan gençler ve devletin yanında yer aldıklarını iddia eden karşıtı gençler, Sıkıyönetim Mahkemelerinde yargılanmış, birçoğu çeşitli suçlardan mahkum olmuş, bunlardan üçü, TCK. 146. maddesi hükmünü ihlal etmekten idam edilmiştir.

İdam hükmü hala tartışılmaktadır[191].

Sokaklara taşan şiddet eylemlerinin hafife alınması bir yana, hukuk düzeni ile uyumlu bir terörle mücadele cihazı oluşturulmamış, okulları ve üniversiteleri açık tutmak, öğrenci hareketlerinin direncini kırmak için, TCK'nun 188. maddesinde öngörülen tehdit suçu, yapısına uygun olmayan bir biçimde değiştirilmiştir.

Kanlı olaylar bu kez de ihtilalle bitmiştir.

Ancak, terörün giderek yoğunluk kazanmasına rağmen, bu dönemde, "çocuk suçları" bakımından önem taşıyan bir düzenleme de yapılabilmiştir. Gerçekten, ilk

---

[1111] Feyizoğlu, TUrkiyede Devrimci Gençlik Hareketleri Tarihi, Cilt I, 1960-1968, Belge Uluslar.ırası Yayıncılık 1993, s. 159.

[1111] Feyzioğlu, age., Passim : 1960-1968 yılları arasındaki öğrenci hareketlerini kronolojik bir sırn ile veımiş bulunmaktadır.

[1111] Cumhuriyet Gazetesi, 6 Temmuz 1978, sayı 19376, s. 1 ve 5: Ankara Valisi Pol-Bir ve Pol-Dcr merkezlerini kapattı. Cumhuriyet Gazetesi, 17 Temmuz 1978, sayı 19387, 1ve 9. Bu ı.kmeklerin kapatılma kanın Danıştayca durdurlması haberi.

[iYi] Bkz. Çelenk, 141-142[U] zerine, Ankara 1976, s.283-284.

kez. suç işleyen çocuklar "üstün bir değer" olarak görülmüş, yetişkinlerden ayrı tutulmuş, 1979/2253 sayılı mülga Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Kanun, her halde yeterli özen gösterilmediğinden, ilke ve esasları farklı, "ceza", "emniyet tedbirleri" ve genel asayişin sağlanmasına ilişkin "polis tedbirlerini" birbirine karıştırılmıştır. Kanun, bu yönüyle, çocuk kişilerin hüniyetini sınırlar niteliktedir.

e.1980 İhtilali, 1982 Anayasası ve Sonrası Dönem Ceza Hukuku

Aksi de söylenmekle birlikte[192], 1960 ve 1980 ihtilali arasında amaçlan, nitelikleri ve sonuçlan bakımından önemli bir fark bulunmamaktadır. Ancak, 1982 Anayasasında, yürürlüğüne son verdiği 61 Anayasasına kıyasla, ferde karşı Devletin ağırlık kazandığı; temelindeki düşünceye aykırı olarak, düşünce, inanç ve kanaatin kendisinin ve ifadesinin kayıtlandığı gözlenmektedir[193].

Halbuki, 1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasasından farksız olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin düzeninin, laiklik üzerinde oluşan liberal-demokratik bir toplum, hukuk ve Devlet düzenini olduğunu kabul etmiştir. Gerçekten, Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin düzenini *"insan haklarına saygılı ... demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olarak"* belirlemiş bulunmaktadır.

Ancak, Anayasa, 2. maddede insan haklarına gönderme yapmasına rağmen, her nedense, Devletin uymayı üstlendiği lHAS' in insan haklarına ilişkin hükümlerine yeterince titizlik göstermemiş, hatta çoğu kez bunlara kayıtsız kalmıştır.

Bu dönemde, Ceza Kanunu birçok kez değişikliğe uğramıştır[194].

Köklü değişiklik, 1983 ve 1988 yıllarında yapılmıştır. 1983 yılında, Kanunun yaklaşık 186 maddesi, 1988 yılında, Kanunun yaklaşık 152 maddesi değiştirilmiştir. Böylece, Kanunun, yaklaşık 338 maddesi değiştirilmiş olmaktadır. Söz konusu bu değişikliklerle, bir yandan kanun 1930 İtalyan Ceza Kanununun etkisinden arındırılmaya çalışılırken, öte yandan "düşünce yasaklarına" son verilmek istenmiştir.

---

[192] 1961-1982 Anayasaları hakkında değerlendirmeler için bkz., Tanör, İki anayasa-: 1961 ve 1982, 1. baskı, İstanbul 1986; Gözler, Tlirk Anayasa Hukuku,s. 79 vd.

[193] Bkz., Hafizoğulları, Laiklik İnanç Dilşlince ve lfide Hürriyeti, Us-A yayıncılık, Ankara l997, s. 155 vd.

[194] 1981/ 2370, 1983/ 2787, 1983/ 2827, 1983/ 2891, 1985/ 3192, tarih sayılı Kanunlar, 1986/ TCK'nun 175,176,177 ve 178. Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, 1986/ TCK'nun 426,427 ve 428 Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, 1986/ TCK'nun 304. Maddesinin 3. Fıkrasının Değiştirilmesine Dair Kanun, 1987/ 3352, 1987/ 3354, 1987/ 3369, 1988/ 3445. 1990/ 3679, 1991/3756,1995/ 4114, 1999/ 4449, 200214771, 2002147442003/ 4782 tarih sayılıKanunlar

Bu dönemde, ayrı bir kanunla, bir terörle mticadelc cihazı oluşturulmak istenmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, önce genel yargılama usullerinden ayrılan Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun çıkanlımş[1] □s, ancak sadece yargılama usul ve esaslarında yapılan bir değişikliğin terörle mücadelede yetersiz olduğu göiiilınüş, daha sonra 1991/ 3713 sayıit Terörle Mücadele Kanunu çıkarılmış, kanun 'Terör suçu" adında, olmayan bir "cezai hima)e" alanı, olmayan bir suç kategorisi yaratılmıştır.

Toplantı ve gösteii yürüyüşleri yeniden düzenlenmiş, çıkarılan Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu[96], ifade hüITiyetini büyük ölçüde kısıtlamıştır.

DGMK ve YUHK, görevine giren işlerde, genellikle CMUK dışına çıkılmış, genel yargı kuralları yanında, sanık hakkında, savunma bakımmdan yeterli teminat sağlamayan yeni bir yargılama usul ve esası getirmiştir.

Terörle Mücadele Kanunu, TCK'nun 141, 142, 163. maddelerini ve "Hıyaneti Vataniye" kanununu yürürlükten kaldırarak bunlarla ilgili tartışmalara son venniş, yeni tartışmaları başlatmıştır[197]. Kanun, terörde tercih yapmış, "ırkçı" veya "etnikçi" terörü yasaklarken, "dinci" veya "şeriatçı" terör karşısında suskun kalmıştır. Gerçekten, ortada giderilmesi yasal olarak zorunlu (Ay. m. 14) "ağır ve muhakkak" bir tehlike bulunmasına rağmen, demokratik toplum, hukuk, Devlet düzenini, bu tür teröre karşı savunmasız bırakmıştır. Aynca, ceza hukuku düzeni, kendisini, bir türlü düşünce, inanç ve kanaati suç saymak ayıbından kurtaramamıştır[198].

Irkçı, dinci ve solcu terörün etkilerini sürdürmesi, ekonomik ve toplumsal düzenin dayanılmaz bir biçimde bozulması, küreselleşme cereyanının etkileri, 1932/1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun[199], Milli Korunma

---

[1,1] Hafızoğullan, Laiklik İnanç, Düşünce ve İfade Hürriyeti, s. 193 vd. ; Keskin, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Yapısı, Görevleri ve Yargılama Usülleri, Ankara 1967.

[111] 06.10.1983 tarih ve 2911 sayılı kanun. R.G. 08.10.1983, s.18185

[1,,] Bu konuda bkz., Acar, Hukuk Düzenimizde Düşüncenin Açıklanmasının Cczalm1dırılınası ve Cezalandırmanın Sınırı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 52,Sayı 1995/ 3, s. 37 vd. ID., Düşünceden Değil, Düşüncenin Açıklamasından Doğan Cezasal ve Hukuksal Sorumluluk, Yeni Türkiye, Yıl 4, Sayı 22, Temmuz- Ağustos 1998, İnsan Hakları Özel Sayısı 11, s . 849 vd.

[111] Gerçekten, 765 sayılı TCK döneminde, TCK'nun değişik 312/2. maddesi hükmU bir yana, TCK'nun değişik 159. maddesi hükmü, hem keyfiliğe, hem de dUşUnce yasağına yer venniştir. Gerçekten, bu madde İtalyan Ceza Kanununun 290, 291. maddeleriyle kıyaslandığında, maddenin öüü, yani düşünceyi yasaklıyor olması açıkça görUlecektir. Hiç gerekmediği halde, özellikle konan hukuka uygunluk nedeni, suçun niteliğini bozmuş, onu bir tUr dUşUnce suçu yapmıştır. **İCK'** un 290, 29I. maddeleri ürerine yapılan incelemeler (Pannaın, Manuale di diritto pcnale, II, Pıinc speci.ale, Tomo primo, Torino 1957, s. 227 vd.) bizi doğrulamaktadır.

[1,,] 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, yeni bir dUzcnlemeolan 2003 tırih ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunun 38. maddesi hükmü ile yürürlükten kalkmıştır.

Kanunu, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 1985/3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, vs., toplumsal-ekonomik hayatı korumada yeterli olmamış, dolayısıyla çekle ödemeler yeniden düzenlenrniş[200]. Bankalar Kanunu değiştirilmiş, örgütlü suçlulukla mücadele amacıyla 1999/4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu, 1996/4208 sayılı Kara paranın Aklanmasına Dair Kanun, Kamu görevlilerinin "yiyiciliğini" önleyerek kamusal hayatın düzgün gitmesini sağlamak an1acıyla, 1990/3628 Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu çıkarılmıştır.

Bu düzenlemelerin çoğu aceleye getirilmiş ve bilgisizce olmuştur. En başta 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) O1.08.1999'da yürürlüğe girmiş, bir yıl geçmeden kanunun 1. maddesi 6.12.2001/4723 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Kanun, herhalde İtalyan Ceza Kanunundan (m. 416) yanlış tercüme edilmiş, her çeşit ticari faaliyetin kanunun kapsamına sokulması tehlikesini yaratmış, toplumda bir terör havası estirmiştir. Bu bir yana, kanun, dili ve tekniği bakırnından da özürlüdür. Bu özür hala devam etmektedir. Kanunu bilmek mecburiyeti karşısında (CK. m. 44) "herkes" bir yana, hukuk eğitimi almış tecrübeli meslek adamlarının bile, Kanunun 1. maddesini kolayca anlayabileceklerini sanmıyoruz. Oysa, hukuk düzenimizde asıl olan, kanunların yalın ve kolay anlaşılır olmasıdır. Öte yandan, Kanunda, suça iştirak, çok failli suçlar, yeterince anlaşılmış değildir. Nedense, kanunda, alışılan genel yargılama usul ve esaslarından da sapılmıştır. Ne yazıktır ki, bu tür özürler, diğer bazı kanunlarda (ör., Bankalar Kanunu) da mevcut bulunmaktadır.

Bu durum, kişi temel hak ve hürriyetlerini tehdit etmekte, dolayısıyla toplumda korku yaratmakta, liberal-demokratik bir toplum, hukuk, devlet düzeninde olmaması gereken bir "hukuk terörüne" neden olmaktadır. Ceza hukukunda cezanın bir "ödetme" olması, dolayısıyla "önleme" ve "bastırma" niteliğine sahip bulunması

---

[200] 1985 / 3167 sayılı ÇekJe Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilip yürürlüğe konuncaya, dolandırıcılık suçunun unsurlan mevcut olduğu hallerde karşılıksız çek düzenleme fiili dolandırıcılık olarak kabul ediliyor,cezalandınlıyordu. Bu kanunla birlikte, dolandırıcılıktan ayn olarak karşılıksız çek keşidesi fiili suç sayılmıştır (Selçuk, Çek suçlan : öğreti-mevzuat-içtihat, Ankara, Hatiboğlu, 1993; Hafızoğullan, 3167 Sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi veÇek Hamillerinin Korunması Hakkındaki Kanunun 16. Maddesinde Öngöiiilmüş Olan Suçan Sınırlan, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, c.15. s.4, Aralık 1998.) Ülkede yoğun biçimde devam eden enflasyon, ekonomik ve mali bunalımlar, çekle ilgili davaların uzaması, vs., bir yandan "çek-senet mafyası" denen suç örgütlerinin oluşmasına neden olurken, öte yandan açılan davalar yüzünden mahkemelerin katlanılmaz biriş yükünün altında ezilmesine neden olmuştur. Bu durum, kanun bazı hlikUmlerinin .4814 sayılı sayılı Kanunla (R.G. no.25042, 08.03.2003) yeniden değişmesini zorunlu kılmıştır.

başb şey; devletin, cezayı, kişi karşısında kör bir loplumsal savunma silahı, bir işlı..-ence aracı haline getinnesi başka bir şeydir. Toplumsal olayların üstesinden gdme becerisi gösteremeyen devleli yöneten kişilerin, kendi yetersizliklerini örtmek için •'cezaya" sığınmaları, sonunda sadece yönettikleri toplumu değil, aynı zamanda k.--endilerini de zedeler. Gerçekten, "Temiz toplum" ancak cezanın, cezanın verilmesi ve yerine getirilmesi düzeninin, bir "işkence cihazına" dönüşmemiş olduğu hukuk düzenlerinde mümkündür. Unutmamak gerekir ki, hukuk oranlılıktır, ölçülülüktür. Kimden gelirse gelsin, her ölçüsüzlük, her oransızlık hakkın kötüye kullanılmasıdır CTMK. m.2), dolayısıyla zorbalıktan başka bir şey değildir. Tarihte, zorbalığın, kimseye yararı olmamıştır.

Bu düşünce doğruysa, özellikle son yıllarda çıkarılmış olan ceza kanunlarının, gözden geçirilerek, özlemi duyulan "Temiz toplumu" gerçekleştirmeye "elverişli" ve "yeterli" bir "cihaz" haline getirilmesinden, Anayasanın 2. maddesinde gerçekleştirilmesi mutlak surette emredilen demokratik, laik ve sosyal hukuk Devleti kazançlı çıkacaktır.

6. Avrupa Birliğine Girme Çabaları Karşısında Ceza Hukuku

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargısını kabul etmesiyle birlikte[201], maalesef uzun bir süredir unutulmuş olan İnsan Haklan Avrupa Sözleşmesi yeniden gündeme gelmiş, bu arada ülkede Avrupa Birliğine ginne eğilimleri artmış[202], gerek siyasi organların, gerek doktrinin gerekse uygulamanın başlıca konusu insan haklan ihlalleri olmuştur.

Ölüm cezası kaldırılmıştır (Ay. m. 38). Hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı (Ay. 38) hükmüne yer ver.ilmiştir.

Sadece ırkçı terörü yasaklayan ama, dinci terör konusunda suskun kalan, böylece terörde bir tür tercih yapan Terörle Mücadele Kanununun, bizzat düşüncenin kendisini yasaklayan hükümleri (m. 8), yürürlükten kaldırılmış, ancak düşüncenin yasağına yer vermeyen yeni bir mücadele cihazı üretme yoluna gidilmediğinden, AİHS'nin 17, Anayasanın 14. maddesine aykırı olarak, demokratik düzen terörist akımların saldırılarına açık hale getirilmiştir.

---

[201] 27 Ocak 1987'de komisyona bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. 27 Ocak 1989'da ise divanın yargı yetkisi kabul edilmiştir.

[202] Gerçekten, 2001/4979 sayılı T.C. Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla Anayasa değişikliği yapılmış, arkasından yedi paket halinde "Uyum Yasaları" çıkarılmıştır. Bunlar 20021 4744, 2002/4748, 20021 4771, 2003/ 4778, 2003/ 4793, 2003/ 4903, '11XJ3/ 4928, 2003/4963 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına llişkin Kunuılardır.

Bu konuda TCK'nun 311, 312. maddesinin ihtiyacı karşıladığı düşüncesi doğru değildir. Eğer gerçekten bu düşünce doğru olsaydı, İtalyanlar Ceza kanununda 311, 312. maddenin karşılığı 414, 415.maddeleri varken, ayrıca kaldırılan 141, 142. maddelerin karşılığı 270, 272. maddelerini hala yürürlükte tutmuş olmazdı. İtalyanlar bir yere **iki** şeyin sığmayacağını bilecek kadar akıllıdırlar. Üstelik, terörü demokratik düzenin düşmanı sayan İtalyan Ceza Hukuku, terörle mücadele cihazını oluştururken, söz konusu suçlar dışında, aynca "terör saiki ile işlenen" yeni suç türlerine de yer vermiştir.[203]

TCK' un 312. maddesi yeniden değiştirilmiştir. Değişikliğin pek fazla övgüye değer bir yanı bulunmamaktadır. Madde, yeni hali ile bile, düşüncenin kendisini yasaklar niteliktedir[204].

Ancak, bu dönemde, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku alanında çok önemli değişiklikler yapıldığı gözlenmektedir.

"Herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ilkesi" bir anayasa hükmü haline getirilmiştir (Ay. m. 36). Gerçekten, tutma, gözaltına alma, tutuklama sanığı güvence altına alacak bir biçimde yeniden düzenlenmiştir. Sanığın hakları ve en önemlisi savunma hakkı teminat altına alınmıştır. Bu bağlamda, "amaç gayri meşru-araç gayri meşru", "amaç meşru-araç gayri meşru" ifadesini sağlayan her çeşit delil elde etme, toplama ve değerlendirme yöntemi yasaklanmış, özellikle zaten var olan işkence ve kötü muamelede bulunarak sanıktan veya davaya katılan diğer kişilerden delil elde etme suçu yeniden düzenlenmiş ve cezası ağırlaştırılmıştır.

Devlet Güvenlik Mahkemesinin teşkili değiştirilmiş, ancak yargılama usulündeki özür giderilememiştir. Aslında doğru olan, "Özel Mahkeme" görünümü

:wı örneğin,1CK. m. 270- bis, 280, 289- bis; 23 novembre 1998, n. 407- Nuove nonne in favore dcllc vittime del terrorismo e delle eriminalita' organizzata, In Codici e leggi Per 1'udienza penale (Chiavaro-Manzione- Padovani) Zanichelli, Bologna 2000, s. 1189 vd .

:wı Zanardelli Kanununda 3121247 madde"Her kim, alenen, kanunun cüıürn olarak öngördüğü birfiili savunursa, veya kanuna uymamayı tahrik ederse, veyahut k□munun esenliğini bakımından tehlikeli olacak bir biçimde toplumun muhtelif sınıfları arasında (fra) kin veya düşmanlık (oddio) uyandınrsa (incitare).....cezalandınlır" biçiminde düzenlenmiştir. Aynı konu., 19301CK' nun 443 maddesinde "Her kim alenen kamunun düzenine ilişkin kanunlara uymamayı veya toplumun sınıfları arasında (fra) kin veya düşmanlığı (oddio) tahrik ederse (incitare) ... cezalandırılır" biçiminde düzenlemiştir. Bizim yaptığımız düzenleme bu düzenlemelere hiç benzememektedir. Dikkatlice bakıldığında göriilür ki, her iki düzenleme de, bir düşünceyi yasaklamamaktadır. Gerek 1930 Rocco Kanununun 415. ve gerekse Zanardelli kanunun 247. maddesi hükmünden farklı olan, Kanunumuzun 312. maddesi hükmü, yapılan değişikliğe rağmen, hala düşüncenin kendisini yasaklamaktadır. Kanun koyucular, Anayasanın 2. maddesi hükmü ve bu hükmün göndenncde bulunduğu AlHS hükümleri (m. 9,10) karşısında, başkalarına şirin görünmek yerine, Anayasanın kendilerine yllklediği görevleri (m. 14, 24/3) yapmak, dolayısıyla Türk Ceza Hukuku Düzeninden "dilşUnceyisuçsaymak" alışkanlığını değiştinnek zorundadırlar.

Yeren bu mahkemelerin kaldırılmasıdır. Zaten daha sonra, düzgün bir iş yapılarak, Devlet Güvenlik Mahkemeleri kaldırılınıştır[20].

Her derece mahkeme kararlarınm lHAS hükümlerine aykırı olmaması sağlanmış, aykırılığın AlHM tarafından tespiti halinde "iadeyi muhakeme" yolu mümkün k.ılıumştır.

7. Ceza Hukuku Doktrini

a. Ceza Hukuku Bilimi

Ceza hukuku bilimi ve doktıini, maddi kaynağı beşeri irade, şekli kaynağı Kanun yahut örf ve adet olan hukukun bir teorisidir. Esasen deney verisi yegane ceza hukuku bilimi de budur.

Tanzimat döneminden önce, tabii o dönemin gereklerinin bir sonucu olarak kaynağı beşeri irade olan bir ceza hukuku düzeni mevcut bulunmadığından, bu anlamda ne bir ceza hukuku bilimi, ne de bir ceza hukuku doktrini vardır.

Tanzimat döneminde kaynağı beşeri irade olan bir ceza hukuku düzeni kurulmuştur. Kuşkusuz, bu, ilerideki gelişmeler için, çok önemli bir adım olmuştur. Bununla birlikte, bu dönemde, bir ceza hukuku bilimi, bir ceza hukuku doktrini o1uşmamıştır[J(6]-.

Ceza hukuku bilimi ve doktrini, Cumhuriyetin eseridir.

Resepsiyon olayının doğal sonucu, ceza hukuku biliminin ve doktrininin, bilimi ve doktrini olduğu hukuk düzeniyle birlikte gelmiş olmasıdır. Bundan ötürü, bilim yapmak, bilimsel faaliyette bulunmak, başka bir iklimde oluşmuş olan ceza hukuku bilimi ve doktrinini "aktarına faaliyeti" olmuştur.

Gerçekten, "Cumhuriyetin müeyyidesi" olarak, Ankara Hukuk Mektebi açılmıştı[7]. Kaynak Kara-avrupası hukuk düzenlerinin bilimi ve doktrini, tüm düşünce biçimleri, inceleme ve araştırma yöntemleri, değerleri, kavram ve müesseseleri ve doktrinleri ivedilikle telif ve tercüme olarak dilimize kazandırılmış. böylece toplumda, tepeden tırnağa, her niteliği ile yeni bir "hukuk mesleği" ve meslek erbabı "hukukçu kitlesi" oluşturulmaya çalışılmıştır.

:ıuı 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kaldınlmasma Dair Kanunun 3. maddesi ile 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldınlmıştır.

" 1J kez 1865 yıllarında bir ceza hukuku kitabı yayınlanmış,eser pek fazla özgünolmamış, o günkü Fransız doktrininin bir tekrarından ibaret olmuştur. Dönmezer -Ennan, Nazarive Tatbiki Ceza Hukuku, Ondrdüncü Baskı, İstanbul 2000, Cilt.I, s. 127, dp. 23

I/ı Atatürk ve Hukuk, Der. Ender Tiftikçi Mehmet Tiftikçi, Ankara 1999, AtıtUrk Un Ankara Hukuk Fakültesini Açarken Yapağı Konuşma, s. 137 vd.

Bu bağlamda olmak üzere, en başta, hukukun temel eserlerinin sistemli bir biçimde dilimize çevrilmesine başlanmıştır[2]0.□_ Bu yolla, dil bilen sayısının zaten az olduğu ülkede, herkesin hukukun temel eserlerine ulaşması istenmiştir. Bir hukuk sözlüğü çıkarılnuştır[209]. Bu çabanın amacı, hukukçu kişinin serbest, bağımsız düşünmesini sağlamaktır. Hukukçu kişinin Devletin resmi kurumlarına bağlı olmadan bilgiye ulaşması ve serbestçe düşünmesi sağlanmak istenmiştir. Maalesef, bu güzel düşünce, her nedense, kazınıp silinmiş, bu yol bir daha açılmamak üzere kapatılmıştır.

Hukuk biliminin düzeyi ile hukuk ansiklopedisi arasında bir bağıntı varsa[210], hala, bugün, ülkemizde, bir hukuk ansiklopedisi çıkarılamarruştır. Bugün, bir hukuk ansiklopedisine sahip olmayan ulusların, hukuk biliminde iddiası olamaz.

Bu dönemde birçok telif eser yayınlanmıştır. Bu eserler, bugünkü Türk Hulaık Bilimi ve Doktrininin temellerini atmış, gelişip günümüze gelmesinde en büyük katkıyı sağlamış ve Türk hukukunun "Klasikleri" olmuştur. Baha Kantar, Faruk Erem, Tahir Taner, Sahir Erman, Sulhi Dönmezer, Nurullah Kunter, vs. ilk ve ikinci kuşak Türk Ceza Hukuku bilimine hizmet etmiş değeli hukukçulardır.

Ancak, böyle bir geçmişe rağmen, hala, "aktarmanın" ötesine geçilerek, ceza hukukunda önemli bir farklılaşma, bir "okullaşma" sağlanamamıştır. Erem, "Ümanist Doktrin" adıyla yeni bir sistematik, yeni bir kurgulama, yeni bir düşünce akımı yaratmak istemiş, ancak düşünceleri, hukukçunun yüreğini yumuşatmakla birlikte, yeni bir ceza hukuku okulu olma başarısını yakalayamarruştır2". Dönmezer-Erman, nedensellik bağı konusunda mevcutlardan farklı bir nedensellik kuramı ortaya koymuş

ıuu Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. I, II, m, Yargıtay Yayınları, No. 3, Ankara, 1997.11 kez İstanbul Vatan Matbaası 1927 yılında basılmıştır.

ım Türk Hukuk Lügatı,Türk Hukuk Kurumu, 3.Bası,Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991. Eser il kez 1943 yılında basılmıştır.

210 Gerçekten, Aydınlanma döneminden sonra ortaya çıkan hukuk ansiklopedileri, hem bir ülkedeki hukuk biliminin gelişmişlik düzeyinin, hem de o ülke ahalisinin uluslaşma sürecindeki başarısını göstennektedir. Belli bir yerde bulunan bir ahalinin uluslaşma süreci ile ulusal hukuk arasında bir bağıntının bulunduğu konusunda her halde kimsede bir kuşku yoktur. Gerçekten, hukwaınu yaradan uluslar, o hukukun hukuk ansiklopedilerini de yanıtmış bulunmaktadırlar. Bugün, ör., İtalyan ulusunun yeniden yayınlanmış binlerce sayfadan oluşan iki büyük hukuk ansiklopedisi bulunmaktadır. Bunlar, yinni büyük boy ve büyük ciltten oluşan Novissimo Digesto ltaliana , ve küçük boy kırkbir ciltten oluşan Enciclopedia del Diritto'dur. Eğer ulusal birliğini tamamJanuş, uygar bir ulus olmak istiyorsak, en kısa zamanda, Türk hukukun ansikJopedisi çalışmalarına başlamamız gerelcmektedir. Bu iş ivedi olarak başanlmağı sürece, uygar dünyanın bir parçası olmak iddiası,sadece bir hayal olur.Küreselleşmenin tekrar gündemde olduğu günümüzde,evrenin ve evrende insanınnakli veya akli ılgılanışı dışında bunlardan tamamen farkJı bir aJg1lanış biçimi bulunamadığısürece,karşıtları aksini de iddia etse, ulusdevletinin, dolayısıyla ulus ve/veya ulusal ceu hukukunun Lüm değerlerininortadan kalkacağına inanmak oldukça zordur.

211 Bkz., Brem, Ümanist Doktrin AçısındanTürk Ceı.aHu}mku,C.1, Genel Hükümler, Dokuzuncu Baskı, Ankara 1971, s.1vd.,ö:zellikle,s. 11, 15 vd.

olduktan iddiasında olınuşlardırrn. Kunter'in suçun unsurlarına ilişkin göıiişlcri2" doktrinde izlenmemiştir. Ancak, Kunter'in, Ceza Muhakemesi Hukukuna katkıları unutulmayacak kadar büyüktür[14].

Ceza hukuku bilimi ve doktrininde, yazarlar, genel olarak "Teknik Ceza Hukuku Okulu" ve "Gerçekçi Ceza Hukuku Okulu" görüşlerine itibar etmişlerdir. Özellikle, Manzini, Antolisei, Bettiol ve Mezger, Türk hukuk doktrinin oluşmasında etkili olmuşlardır. Ancak, son zamanlarda, Alman Ceza Hukuku Bilimi ve Doktrininin, Türk Hukuk Bilimi ve Doktrini üzerinde fazlaca etkili olduğu gözlenmektedir[215].

Thtilfillerin ceza hukuku bilimine ve doktrinine katkısı olmamıştır. Uzun süren sıkıyönetim dönemleri, "sıkı rejimler" ceza hukuku biliminin ve doktrininin gelişmesini engellemiştir. Terör, ceza hukuku bilimine ve doktrinine ne olduğu belirsiz "sloganlar" dışında, hiçbir fikir, düşünce ve yenilik kazandırmamış, mevcut olanı alabildiğine çok tahrip etmiştir. Eğer bu doğruysa, 1968 yılında başlayan ve halen devam etmekte olan terör, her halde Cumhuriyet tarihinin en karanlık bir dönemidir. Bu durum, toplumsal, siyasi, ekonomik, hukuki her faaliyeti etkilemek yanında, tabii ceza hukuku bilimini ve doktrinini de etkilemiş, bu alanda bir farklılaşmanın, bir okullaşmanın oluşması engellenmiş ve bir türlü, yeterli düzeyde, aktarmacılıktan özgünlüğe geçilememiştir.

b. Ceza Hukuku Uygulamaları

765 sayılı Kanun döneminde birçok kez af kanunu çıkarılmıştır[16]. Affın toplumsal barışa katkıda bulunmadığı aksine suçluluğu artırdığı ileri sürülmüştür. Hatta son

---

uu Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hu.Jnı.ku,Genel Kısım, Cilt l, 12. Baskı 1999, s. 469 vd. ve özellikle s. 515 vd.

713 Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1949;ID.Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955.

nı Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukul"U Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukul.11, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. Bası, İstanbul, 1986.

215 ör.,İçel - Donay, Ceza **Hukuku:** Genel Kısım (1.Kitap), İstanbul 1999.

ılh 1- Cumhuriyetin 10. yılı nedeniyle 1933'te yürürlüğe giren 2330 sayılı af kanunu
2- 1938 tarih ve 3527 sayılı "Siyasi Suçlardan Hüküm Giyenlerle, İstiklal Mahkemesi Kararıyla Mahkum Olanlar Hakkındaki Af Kanunu".
3- 14.07.1950 tarih ve 5677 sayılı Af Kanunu.
4- 28.10.1960 tarih ve 113 sayılı kanun
5- 23.02.1960 tarih ve 218 sayılı kanun
6- Q<J.08.1966 tarih ve 780 sayılı af kanunu
7- 15.05.1974 tarih ve 1803 sayılı kanun
8- 1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici maddeleriyle iyi hal şartı aranmaksızın şartla salıvenneye ilişkin hükümler vasıtasıyla ortaya çıkan dolayısıyla af kanunu
9- 28.08.1999 tarih ve 4454 sayılı "Basın ve Yayın Yoluyla işlenen Suçlam llişkin Dava veCezaların Fıtelenmesine Dair Kanun".
10- 21.12.2000 tarih ve 4616 sayılı "23 Nisan1999 Tarihine Kadar işlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun".
11- 29.07.2003 tarihinde kabul edilen 4959 sayılı kanun 06.08.2003 tarihinde 25191 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

yıllarda "şaıtlı tahliye" adı altında çıkaıılan örtülü af kanununuıl'7,bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi bir yaım, teröiü ve suçluluğu azaltmada etkili olmadığı söylenmiştir. Son günlerde 'Topluma Kazandırma" iddiası ile çıkarılaı1 af kaı1wmnun terörü önlemede, dolayısıyla toplumsal barışı sağlamada, göz önüne alınabilir bir etkisi olmamıştır.

Anayasa Mahkemesi defi yoluyla önüne gelen davalarda Ceza Kanununun Anayasaya uygunluğu konusunda titizlik göstermiş, Anayasaya aykın birçok ceza hükmünü iptal etmiştir. Bu bağlamda olmak üzere, Anayasa Mahkemesi, ör., zinayı suç olmaktan çıkarmıştır[18]. Öte yandan, dava yoluyla önüne gelen "ceza hükmü" taşıyan bir çok kanunu Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş, böylece hem "hukukun üstünlüğünü"sağlaımş, hem de kişi temel hak ve hürriyetlerini teminat altına almıştır.

Ceza Muhkemeleri Usulü Kanunu döneminde büyük bir içtihat külliyatının oluşması başarılmıştır. Mahkemelerimiz, kararlarıyla, Hukuk Devrimi ile oluşaı1 laik Türk Ceza Hukuku düzenini ete kemiğe büründürmeyi başarımşlardır. Gerçekten, Cumhuriyetin ilanından günümüze kadar geçen süre içinde, ülkede, demokratik bir ceza hukuku düzeni oluşturmaya hem elverişli hem de yeterli bir "içtihat külliyatı" oluşmuş bulunmaktadır.

Bugün, Cumhuriyetin armağanı olan laik, demokratik Türk Ceza hukukunu başarı ile uygulayan iyi bir hakim kadrosu yetişmiştir.

B. İkinci Dönem Ceza Hukuku Düzeni

1. Genel Olarak

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, yürürlükten kaldırdığı 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun sadece madde numaralarını değiştirmekle kalmamış, birçok ceza hukuku . kurumunu kaldırmış, birçoğunu değiştirmiş, yeni birçok ceza hukuku kunımuna yer vermiş, birçok s_uçun tanımını yani kalıpsal yapısını, tipikliğini bozmuş, yeni birçok suç koymuştur.

Gerçekten, bu yeni durum, kanunu oluşturan önermelerin, anlan11, kapsamı ve sınırlarının bilinmesi, ceza hukuku kurumlarının yeniden oluşturulması, ceza hukuku yeni düzeninin niteliklerinin belirlenmesi ve bu yeni ceza hukuku düzeninin Türk Hukuk Düzeninde yerinin ne olduğunun belirlenmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Bu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "yorumu" meselesidir.

Burada kısaca Kanunun yorumu yöntemi üzerinde durulacaktır. •

---

217 Gerekçeli iptal kararı 27 Ekim 2001 tarih 24566 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

211 An. Mah . 1998 t. 3/28 s . Karar

2. Kanunun Genel Değerlendirilmesi

a. Temel Yanlışlardan Gelen Yonun Zorlukları

Türk Ceza Kanunu, sisteminden, önermelerinin dil-mantık yapısına, madde numaralarına, suçlann tanıımna kadar, sayılamayacak bir çok konuda, yürürlükten kaldırdığı Türk Ceza Kanunundan farklıdır.

Gerçekten, kanw1; cüüm ve kabahat ayırunıiu kaldınnış; ceza hukukunun genel hülümlerini geçerli bir kritere uymadan kafasına göre biçimlendirmiş; alışılagelen birçok kavraım ve tanımı değiştirmiş; ceza hukuku özel hükümleri, yani suçlan alışılandaı1 farklı bir tasnife tabi tutmuş; birçok suçun herkesçe bilinen tanımını değiştirmiş; böylece, Türkiye Cumhuriyeti ile birlikte doğan ve oluşan ceza hukuku dok1rinini ve uygulaınasını, hiçbir geçerli neden göstermeden, bilinçli bir biçimde göz ardı etmiştir.

Kanun, iddialı olmasına rağmen, başından sonuna kadar ciddi hatalarla doludur. Bunun açık kaıutı, ör., 1, 2, 3, 22, 23, 28, 31, 32, 34, 36, 40, 42, 53, 61, 92 (ve 91), 102, 127 (ve 125), 147, 219/4, 267, 302, 309, vs. maddeleri hükümleridir.

Üstelik, kaı1un, 3. maddesi hükmüne rağmen, tek başına, genel yapısı bakımından, "demokratik, laik sosyal bir hukuk devletinin" değil, totaliter bir devletin ceza kanunu göıünümündedir. Kaımnun hakimin takdirine fazlaca yer vermesi, faal nedametin çoğu kez cezasızlık nedeni sayılması, cezayı azaltan ve kaldıran nedenlerin bolluğu, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların başka tedbirlere tahvili vs. hususları aldatıcıdır. Gerçekten, geçerli bir esasa dayanmayan bu tür bir düzenleme, hukukta istikrar ilkesini, ciddi bir biçimde tehlikeye sokmaktadır.

Gerekçesinde belirttiği gibi, birçok ülkenin ceza kanundan birçok hüküm almış olmakla birlikte, Kanun., ne bir "kodifikasyon", ne de bir "resepsiyon" olarak nitelendirilebilir.Kodifikasyon değildir, çünkü ülkemizdeki hukuk uygulaması vedoktrini ciddi bir biçimde göz ardı edilmiştir, hiçesayılmıştır. Resepsiyon değildir, çünkü kanunun bu çağı kavrayan bir felsefesi yoktur.

Kısacası güzel bazı hükümlere seyrek de olsa rastlanmakla birlikte, Kanun, uygar uluslarda görülmeyen, yalın olmaktan uzak, alabildiğine çok dil yanlışı içeren, aklilikten yoksun, fazlaca "irrasyonel" unsurlar taşıyan sistemsiz, kendini basitlikten kurtaramamış bir ceza kanunudur. Gerçekten, kanun, yürürlüğe ginneden önce ve sonra, 2008 tarihi itibarıyla birçok kez değiştirilmiş, yaklaşık yetmiş madde ciddi değişikliklere uğratılmıştır.

Kabul tarihi olan Eylül/ 2004'den Nisan/2008 tarihine kadar geçen sürede, Kanunda bu kadar çok değişiklik yapılması, Tarihi Kanun Koyucunun özensizliğini göstermektedir.

Ancak, bugün, Kanun yüıürlüktedir. Böyle olunca, artık Kanuna kötü demek şansımız yoktur. Bugün, kanuna kötü demek, yanlışlarını ortaya koymak, fazla bir marifet değildir, Kanun, bu anda karakollarda, Cumhuriyet savcılıklarında, avukatlık bürolarında, mahkemelerde uygulanmaktadır. Kanun, ülkede, ülke dışında, her yerde ve herkese uygulanmaktadır. Kısacası cezalandırma hakkının hamili Devlet yanında herkes bu kanunun muhatabıdır.

Öyleyse, bugün, marifet, olabildiğince geçmişi bir tarafa atmadan, kanunu anlamak, uygulama yol ve yöntemlerini ortaya koymak; kısacası, bir benzetmeyle, "kötü suyu" içilecek hale getirmektir. Kiminin dediği özdeyiş bugün gerçekleşmiştir: Kötü kanunlar iyi uygulamacılar elinde iyi kanunlar olurlar. Bizce, şimdi, ceza hukukçusuna düşen ödev budur.

Bu cümleden olarak, kanunu anlamak demek, tarihi kanun koyucunun, kanunun hazırlık çalışmalarında ve gerekçesinde yer alan ne olduğu belirsiz iradesinden bağımsız olarak, ceza kanunun iradesini ortaya çıkarmak, onun kapsamını ve sınırlarını belirlemek demektir. Kanunun iradesini bulup ortaya çıkarmak, kapsamını ve sınırlarını belirlemek, hukukçunun işi olarak, hukukçuya kimliğini kazandıran yorum faaliyetinde, yorumda ifadesini bulunmaktır.

Gerçekten, önce de belirtildiği üzere, hukukçuluk, ister kuramcılık, isterse uygulamacılık biçiminde olsun, hukuk kurallarını yorumlamak, hukuk kurumlarını oluşturmak, içinde bulunulan tarihi kesitte bunları topluca kabul edilebilir akli bir sisteme kavuşturmak ve böylece içinde yaşanan normatif düzenin bir "künhüne varmak" sanatıdır. Bu durumda, madem kanunları yorumlamadan uygulamak mümkün değildir, ceza hukukçuları, iyi veya kötü, kanunu yorumlamak zorundadır. 2.aten, hukukçu kimliğini korumak istiyorsak, salt yanlışı görmek dışında, tarihi kanun koyucunun iradesine bakmaksızın, mesleğin gereğini yerine getirmekten başka bir seçenek de bulunmamaktadır.

Öyleyse, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yorumlarken, açıkçası kanun uygulanabilir kılınırken, izlenebilecek yol ve yöntem ne olmalıdır? Artık, tartışılacak mesele budur.

b. Kanunun Yorumunda Gerekçelerden, Komisyonlarda ve TBMM Genel Kurulunda Yapılan Tartışmalardan Yararlanmak İmkanının Bulunmaması

Ceza Kanununun bir genel gerekçesi yoktur. Kanunun 1. maddesi hükınü ve gerekçesi genel gerekçe yerine geçmez. Üstelik, söz konusu gerekçe, belli bir anlamdan da yoksundur. Bu durumda, kanunun bir "varlık felsefesi" bulunmamaktadır. Kanunun bütününden de kanunun "ana fikrini" ortaya çıkarmak mümkün bulunmamaktadır. Kısacası, kanunun, muteber ceza hukuku okullarını yansıtan bir kimliği bulunmamaktadır. Kimliksizlik, kanunu yorumlamada, ciddi bir özür olu. turmaktadır.

Ancak, kanunlar Anayasaya uygun olmak zorunda olduğundan, sistematik yorumun gereği olarak, Ceza Kanununun yorumunda vazgeçilmesi mümkün olmayan temel ilke, zorunlu yorum kuralı, Anayasanın 1.,2. ve 3. maddeleri hükmü ve Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu, 1954 yılından buyana ülkede yürürlükte bulunan, AİHS'nin temel insmı haklru·ına ilişkin hükümleridir. Böyle olwıca, Ceza Kanununun var oluş felsefesi, ana fikri, Anayasmın ve göndermede bulw1duğu A1HS'nin belirtilen hükümlerinin "açılımı" olmaktadır. Bu demektir ki, Ceza Kanunu, kimsenin sözüne ve maksadına göre değil, ama, son tahlilde, Anayasanın ve AİHS' nin sözüne ve özüne uygun bir biçimde yorumlanmak zorundadır.

Kanunun münferit maddelerinin yorumunda, çoğu kez madde gerekçelerinden yararlanmak imkanı bulunmamaktadır, çünkü birçok maddenin gerekçesi, ya yanlıştır, ya da yetersizdir. Örnek verecek olursak: 1., 3., 22., 23., 87., 99., vs. maddelerin kendileri ve gerekçeleri muteber ceza hukuku doktrinleri karşısında yanlıştır. 28. maddesi hükmü "cebri" ifade etmede hataya düşmüştür, gerekçesi eksiktir, yetersizdir; hükmü açıklamak konusunda anlamdan yoksundur. 24. madde gerekçesinde "...emri yerine getiren açısından bir hukuka uygunluk nedeni değil bir sorumsuzluk nedeni söz konusudur" ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade yanlıştır. Ceza hukukunda, hukuka uygunluk nedenleri, mazeret nedenleri, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler ve cezalandırılabilme şartları adında kurumlar vardır ama, "sorumsuzluk nedeni" biçiminde ceza sorumluluğunu etkileyen bir ceza hukuku kurwnu mevcut bulunmamaktadır.

Gene, Kanun, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlere 31. ve devamındaki maddelerde yer vermiş, 37. maddede doktrinde ve uygulamada uzwı bir süreden bu yana kullanılan "isnat yeteneği" terimi, "kusur yeteneği" terimiyle değiştirmiş ve kusur yeteneğini "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama... **veya...** davranışlarını yönlendirme yeteneği" olarak tanımlmnıştır. Kusur yeteneği gerekçelerde de bu biçimde tanımlanmıştır. Terim tartışması bir yana, isnat yeteneğinin tanımı yanlıştır, çünkü geçerli doktrinde isnat yeteneği genel olarak "anlama ve isteme yeteneği" olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda, ötekinden farlı olarak, bir seçeneklilik yoktur.

Öte yandan, "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesi" tanımı da yanlıştır. Doktrinde, bu, failin fiilinin antisosyal, yani başkaları bakımından zararlı veya tehlikeli olduğunu bilmesi olarak anlaşılmaktadır.

Gene, 92. ve 147. maddelerde·yer alaıı "zorunluluk hali" hem cezayı azaltan bir neden, hem de hukuka uygunluk nedenidir ve buna hakim karar verecektir. Bir şeyin aynı anda iki şey olması mümkün değildir. Bir neden, ya hukuka uygunluk nedenidir, ya da cezayı azaltan bir nedendir, dolayısıyla aynı anda hem hukuka

uygunluk nedeni hem de cezayı azaltan bir neden olamaz. Aynca, bir nedenin, hakimin takdirine bağlı olarak, yerinde cezayı azaltan bir neden sayılması, yerinde hukuka uygunluk veya mazeret nedeni olarak suçu ortadan kaldıran bir neden sayılınası, açıkça kanunilik ilkesi ile çelişmektedir.

Örnekler, tahınin edilenden çoktur, çoğaltılabilir. Aynı hastalık kanunun özel hüh.iimlerinde de vardır.* Tespitler doğruysa, bundan çıkan sonuç, geçerli başka bir kaynağa gidilmediğinde, kanunun bizzat birçok maddesi hükmünün ve madde gerekçelerinin, yorumda, "yorum vasıtası" olarak hiçbir işe yaramadığıdır.

O halde, kanunun yorumunda, madem yorum vasıtası olarak hazırlık ve komisyon çalışmalarından, genel kurul görüşmelerinden yararlanmak imkanı yoktur, bunların dışında kalan geçerli başka bir yol ve yöntem bulmak zorunlu olmaktadır.

Bizce, bu yol ve yöntem, Cumhuriyetle başlayarak bugüne kadar oluşmuş olan muteber ceza hukuku bilimi ve mahkemelerin bu bilim doğrultusunda biçimlendirmiş olduğu uygulamalardır.

3. Kanunun Yorumunda Geçerli Ceza Hukuku Biliminden ve Mahkemelerin Günümüze Kadar Gelen Uygulamalarından Yararlanmak

Belirtilen olumsuzluklar karşısında, Ceza Kanununun yorumunda, dil yanlışlarının, bilgi eksiklikleri ve yanlışlarının giderilmesinin, Aydınlanma çağı sonrasında oluşan ceza hukuku kurumlarının niteliklerine uymayan düzenlemelerin düzeltilmesinin, dolayısıyla kanunun iradesinin doğru olarak algılanmasının, kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinin tek bir yolu kalmaktadır. Bu, Türk Hukuk Devriminden bu yana ülkemizde oluşmuş bulunan hukuk bilimine, Kanunla açıkça çatışmadığı ve karşılığı olduğu sürece (ör. m. 23, 40, 36, 96,278, 302, vs.) 765 sayılı Türk Ceza Kanunu temelinde oluşmuş bulunan mahkeme kararlarına, uygulamaya gitmektir.

Ülkemizde hukuk bilimi ve uygulaması Cumhuriyetin eseridir. Bunun somut kanıtı, Ankara Hukuk Mektebidir. Bu kurum "Cumhuriyetin müeyyidesi olmak için" kurulmuştur. Hfila bugün, Cumhuriyetin müeyyidesi, Cumhuriyetle birlikte oluşan hukuk bilimi ve onun oluşturduğu içtihat külliyatıdır. Böyle olunca, 5237 sayılı Ceza Kanununun yorumunda başvurulabilecek geçerli yorum vasıtası, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu esas olmak üzere biçimlenıniş olan Türk Ceza Hukuku Bilimi ve bunun doğrultusunda oluşmuş bulunan Yargıtay içtihatlarıdır. Aksini düşünmek, ülkenin görkemli hukuk geçmişini, tarihin çöplüğüne atmak olur.

• Örneğiniz bkz., Hafızoğullan-Kurşun, Malvarlığına karşı Suçların Ortak Genel Yapısı, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağanı, Beta,İstanbul 2008, s. 145 vd.

Aydınlanma çağının bize özgü, özgün Cumhuriyet hukuku, herhalde tarihin çöplüğüne atılacak kadar değersiz değildfr.

Gerçekten, kanunun yorumu bağlaımnda, ör., suça iştiraki düzenleyen hükümlere ve gerekçelerine bakıldığında, vardığımız bu sonucun çok doğru olduğu görülür. Elbette, kaı1w1 koyucular tercih yapabilirler; Tarihi Kanun Koyucu bir tercih yapmış, suça iştiraki, yeni kanunda eski kanundaı1 farklı bir biçimde düzenlemiştir. Bunda bir çelişki yoktur. Rocco Kanununun suça iştiraki düzenlemesi de, Zanardelli Kanununun düzenlemesinden farklıdır.

Ancak, burada, ortaya çıkan çelişki, "tercihte" değil, "düzenlemede"dir. Düzenleme yanlış, gerekçe tümden geçersizdir. Suça iştirakin sorunları dün de bugün de hep aynı olmuştur; temelde değişen bir şey yoktur. Bunlar, kısaca, iştirak iradesi, h.'Usur, teşebbüs derecesinde kastedilen suçun işlenmesi, nedensel katkı, vazgeçme ve iştirak iradesinden sapma olması halinde ne yapılacağı meselesi olmaktadır. Gerçekten, suça iştirak düzenlenirken, esas alınacak olan değer, failin iştirak iradesi ve suç kastı mıdır, failin suça nedensel katkısı mı, yoksa her ikisi midir ? Yeni ceza kanunları, ör., Rocco Kanunu, iştirak iradesi ve failin kastını esas almakta, ama nedensel katkıyı tümden göz ardı etmemektedir. Bu kanunun yaptığı tercih ve düzenleme özünde doğrudur.

Oysa, Kanun, 37. maddesinde, iştirake ilişkin sorunları çözmemiş, tersine anlaşılması zor sorunlar yaratmıştır. Kanun "suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştirmekten" söz etmektedir. Bir kere, Kanun, birçok suçta, fiilin ne olduğunu söylememiş, bunun yerine fiili, içini yorumcunun dolduracağı *bir* "durum" veya bir "neticenin meydana gelmesi" olarak ifade etmiştir. Örneğin. 96. maddede öngörülen suçta "...eziyet çekmesine yol açan davranış..." *bir* durumu, 86. maddede öngörülen suçta "...vücuduna acı verme veya sağlığını ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma..." bir neticeyi ifade etmektedir. Böyle olunca, 37. maddede yer alan "fiil" terimi yanlış olmaktadır. Bunun doğrusu, "suç" tur, çünkü fiile değil, suça iştirak edilmektedir2[19]. İtalyan Ceza Kanunun çözümü (m. 110) bizi doğıulamaktadır22°.

---

[219] Bilindiği üzere, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu , bunu, .. "bir cürüm veya kabahatin icrasına iştirak etmek.." olarak tanımlamış ve "fiili irtikap eden "ile" doğrudan doğruya beraber işleyeni "suça nedensel katkılan bakımından eş değerde gönnüştilr. YCK"nunda kabahatler yoktur. Ancak, suça iştiraki ifade eden kalıbın, yani "bir cürmün icrasına iştirak etmek" doğru ifadesinin niçin terkedilmiş olduğunu gerekçeden çıkarmak mümkün olamamaktadır. Bu, tek kelimeyle, kımun koyucunun keyfi davrandığını göstennektedir.

[:1:111] Quando piu persone concorrono nel medesiino reato, ciascuna di essa soggiace alla pena stabilita, salve le disposizioni delgi articoli seguenti (Birçok kişi aynı suça iştirak ettiğinde, bunlardan her biri, aşağıdaki maddelerde yer alan hükümler saklı kalmak kaydı ile, o suç için öngörillmüş olan ce1.aya çaıptınlır).

Yaralama suçunda, bir kişi tutar öteki kişi döverse veya ırza geçme suçunda bir kişi tutar öteki kişi ırza geçerse , tutma fiili bu suçların kanuni tanımında yer alan bir fiil değildir. Bu dwumda, mağduru tutan ortağın, iştirak ettiği suçta sorumluluğu ne olacak'tır? Kanundaki mevcut düzenleme karşısında, bu kişi her halde "yardım etmekten" sorumlu olacaktır. Gerçekten, inatla "ceza adaletinden" söz eden gerekçe karşısında, acaba bu çözüm adil sayılacak mıdır, buna evet demek, pek mümkün değildir. Zaten gerekçenin kendisi de bu durumu adil saymamaktadır, çünkü "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurmaktan" söz etmektedir. Acaba, burada, suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet yoktur mu diyeceğiz? Eğer böyle diyeceksek, bu kişilerin tutma fiili, "...suçun kanuni tanımında yer alan fiil..." ile nasıl bağdaştınlabilecektir ? Gerçekten, neresinden bakılırsa bakılsın, ne kadar iyi niyetli olunursa olunsun, kanunun suça iştiraki düzenlemesinin doğurduğu sorular cevapsız kalmaktadır.

Öte yandan, "ortak hakimiyet" ifadesi, suça iştirakte, nedensel katkıyı değil de, başka neyi ifade etmiş olabilir? Böyle olunca, birden çok iradenin ve birden çok nedenin katılması ile oluşan iştirak halinde işlenmiş olan bir suçta, nedensel katkıyı "ortak hakimiyet" sözüyle ifade etmek, herhalde bir marifet olmamaktadır. Gerçekten, buradaki tartışma, suça iştirakte, nedensel katkının, bir derecelendirilmenin konusu olup olmaması sorunudur. Hala, bugün, suça iştirakte "sebep", "vesile" tartışması ortadan kalkmış değildir. Zanardelli Kanunu iştirakte nedensel katkının derecelendirilebileceğini kabul etmiş, suça iştiraki buna göre düzenlemiştir. Buna karşılık, Rocco Kanunu, suça iştiraki düzenlerken, nedensel katkıyı göz önüne alarak bir derecelendirme yapmamış, kusur esas olmak üzere iştiraki düzenlemiş, ancak nedensel katkının "suçun hazırlanmasında veya işlenıiıesinde çok az önem ifade ettiği hallerde" cezanın hakim tarafından azaltılabileceğini hükme bağlarruştır[1]. Oysa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, aslında, faillik, azmettirme, yardım etme biçiminde bir ayırım yaparak, ismini söylemeden, nedensel katkıyı göz önüne almış olmasına rağmen, "ortak hakimiyet" gibi kesin ne anlama geldiği belli olmayan bir kavrama sığınarak, suça iştirakte nedensel katkının değeri konusunda temel bir hataya düşmüş, dolayısıyla iddiasının aksine, hiç de adil olmayan bir çözüme neden olmuştur.

Kanun, 40. maddesinde, "bağlılık kurab" adında bir kural icat etmiştir. Maddenin 1. fıkrasının I. cümlesini anlayana aşk olsun !.. Bununla, herhalde, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığına işaret edilmek istenmiştir222.Aynca, kanunun bu hükmü,

[221] Madde 114. Circostanzeattenuanti-l1 giudice qualorıl ritenga ehe l'opera prestatada talune dele persone ehesono concorse nel reato a nonna del articoli 110 e 113 abbiaavuto minima importanza nella preparazioneo nell' esecuzione del reato, puo' diminuire lapena.

[m] Taksirli suçlarda iştirakin mümkün olup olmadı□ı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bkz. ör., Antolisei, Manuale, PG.,s.585 vd.;Manzini, lstituzioni di diritto penale italiano, Padova 1958, s. 151;Mantovani, Age.,s. 474 vd. lCK., 113. maddesinde "coperazione ncl delittocolposo" madde başlığıaltında, birçok kimsenin birliktetaksirli bir suç işlemesi halini düzenlemektedir.

3. fıkra hükmüyle çelişmekterur. Bu fık..Ta hükmü varken, ötekine gerek olmadığını sanıyoruz. Kanun, bizce, "bağlılık kw-alı" kavramı ile, kötü bir biçimde, suça iştirakin bir kısun şaıtlannı düzenlemek istemiş, ancak başanlı olamamıştır.

Sadece bir örnek olarak sunulan suça iştirakte oıtaya çıkaıı söz konusu bu çıkmazlar karşısında, çözümler için, keyfilik batağına düşülmek istenmiyorsa, bugüne kadar oluşmuş bulunan geçerli doktrine ve uygulamaya gitmekten başka bir çare bulunmamaktadır. Gerçekten, Kanunun salt "sözüne" ve gerekçesine itibar edildiğinde, büyük hatalara düşillebileceğinden kuşku duymamak elde değildir. O nedenledir ki, burada, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun doğurduğu doktrin ve uygulama esas alınarak "amaçsal yoruma" gitmek bir zorunluluktur.

Ancak, kamın, suça iştirakte, eski doktrin ve uygulama ile tüm ilişkilerini koparmış bulunmaktadır. Bu, sıkıntılar yaratacaktır, çünkü kim olursa olsun, Kanunu yorumlayanın normda ifadesini bulan iradeye aykırı bir biçiminde davranma erki yok.'tllr. Böyle olunca, burada, eski doktrinden ve uygulamadan, ancak kanun izin verdiği kadar yararlanmak imkanı bulunmaktadır.

Geçmişte kökü olmayan yeni düzenlemelere gelince, bunlar bakımından, kuşkusuz geçmiş doktrinlere ve uygulamalara gitmek imkanı mevcut bulunmamaktadır. Bunların yorumunda, halkın özdeyişi ile, göç yolda düzelecektir.

İster geçmişte kökü bulunsun, ister bulunmasın, belirtilen çıkmazları karşısında, Kanunu yorumlarken, doğru yolu gösterecek kılavuz, üzerinde tartışmalar sürmekle birlikte yerinde "suçun hukuki konusu", yerinde "normun ratiosu" kriteri olacaktır.

4. Kanunun Yorumunda "Suçun Hukuki Konusu" veya "Normun Ratio"su Kriteri

Doğada ne suç, ne de ceza vardır. Suç ve ceza topluma hastır. Hukuk düzenimizde, suç ve ce□ kanunun eseridir. Suçun ve cezanın belirlenmesi, kapsamının ve sınırlarının ortaya konması, ancak ona vücut veren kanunun yorumu ile mümkün olur.

Kanunun yorumu, yoruma esas olacak geçerli bir başlangıç noktasının bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Doktrinde, söz konusu bu geçerli başlangıç noktasının, "suçun hukuki konusu" veya "normun ratiosu" kriterinin olduğu ileri sürülmüştür.

Suçun hukuki konusu, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaattir. Gerçekten, her suç hukuki bir değer veya menfaatin ihlalidir. Bu anlamda, hukuki konusu olmayan suç yoktur. Böyle olunca, suç ve ceza koyan münferit her bir normun yorumunda mutlaka suçun hukuki konusunu tespitle işe başlamak gerekmektedir. Esasen, suçun hukuki konusu, sadece suç ve ceza koyan normların

yorumunda değil, aynı zamanda suçların tasnifinde de işe yaramaktadır. Tasnif, yorum kolaylığı sağlar.

Ceza Kanunu, birçok yeni suç yaratmış (ör. m. 83, 90, 96, 184, 278, vs.), bir kısım suçlan başka bir kısım suçlarla birleştirmiş (ör., m.125, vs.), birçok suçun alışılagelen tanımları değiştirilmiştir (ör. m. 94, 95, 98, 141, vs.).

Bu durum, özellikle yeni konulan suçlarda, iç içe geçen ve tanımları değiştirilen suçlarda, kanunun suç saydığı beşeri fiilin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde, yani kanunun yorumunda, önce suçun hukuki konusunun bulunmasını ve yoruma buradan başlanmasını zorunlu kılmıştır.

Kuşkusuz kanunun hazırlık çalışmalarının ve madde gerekçelerin işe yaramadığı hallerde, her suç bakımından, suç ileihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, bizzat kanunun hükmünden ve hükmün kanunun sistemi içindeki yerinden çıkarılacaktır. Örneğin, önceden, din hürriyetine karşı suçlardan olan birçok suç, bu kez şerefe karşı suçlar ve mala karşı suçlar arasında yer almış bulunmaktadır. Memura hakaret suçu hakaret suçunu ağırlatan bir neden haline getirilmiştir. Organ ve doku ticareti suçunda, suçun faili ile mağduru birleştirilmiştir.Tabii, örnekler çoğaltılabilir.

Tüm bu suçlarda, keyfilikten kaçınmak isteniyorsa, Kanunun yorumu, suç ile ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin bulunması ile mümkün olabilir. Bu, bir yandan "şerhi" aşmamızı sağlarken, öte yandan "sistemi" anlamamızı sağlayarak, kanun hükmünde ifadesini bulan iradenin kapsamını ve sınırlarını belirlememize, dolayısıyla kanunu doğru anlamamıza yardım eder.

Öte yandan, Ceza Kanununun genel hükümleri söz konusu olduğunda, Kanunun yorumunda göz önüne alınabilecek olan esas, herhalde normun ratiosu kriteridir.

Normun ratiosundan maksat, bir fiili suç sayarken kanunun veya kanun koyucunun gütmüş olduğu amaç veya hükmün konuluş amacı anlaşılmaktadır. Daha önce belirtildiği üzere, madem her norm bir irade tezahürüdür, iradenin, dolayısıyla normun kendisi ile belirlendiği bir amacı bulunmaktadır. Amaçtan yoksun bir norm düşünülemez.

Böyle olunca, kim olursa olsun, yorum yapanın görevi, en başta kanun koyucunun normda ifadesini bulan o normu koymadaki amacını saptamaktır. Ancak nonnun amacı saptandığındadırki, kanunu yorumlarken, keyfi olmayan bir taban tespit edilmiş olacaktır. Gerçekten, ör., suç ve cei.arun kanuniliği, suça teşebbüs, iştirak, vs'nin niçin konulduğu bilmezse, bunları düz.enleyen hükümlerin amacı keşfedilemezse, yapılacak yorum keyfi olur. Bu, hukukta istikrar ilkesini zedeler.

Öyleyse, Ceza hukukunun genel hükümlerini yorumlarken, normun amacına ulaşmada, açıkça aykırı olmadıkça, geçmişte oluşmuş bulunan doktrin ve içtihattan yararlanmak, birçok hükümde ve gerekçesinde yer alan yanlışlıklardan ve

eksikliklerden k.-uıtulmaya yardımcı olacak, dolayısıyla tutarlı yeni bir doktrin ve u□•gulaırnmın oluşmasına katkıda bulunacaktJr. Gerçekten, bu bakış açısından, Kanunun, ör., 1., 3. maddeleıi değerlendirildiğinde, bu maddeler hükmünün, yerinin bur.ı olmadığı, Anayasa olduğu, zaten orada da mevcut bulunduğu, dolayısıyla 'kanunun uygulanması ile hiçbir ilişkisinin bulunmadığı, hükmün muhatabınm hakim değil k.--aı1uı1 koyucu olduğu kolayca anlaşılacaktır. Gene, bu yol izlendiğinde, k.-usurluluk, isnat yeteneği, teşebbüs, iştirak, vs., tüm ceza hukuku kurumlarında göze ç.arpaı1 yanlışların, çarpıklıkların, uyumsuzlukların giderilmesi mümkün olacaktır. Aynca, ör., tecil, cezalar, emniyet tedbirleri, vs. gibi yeni düzenlemeleri anlamamızda ve sorunlarım çözmemizde bu yolu izlemek, bizi keyfilikten uzak, doğru algılamalara götürecektir.

Böyle olunca, Kanunun yorumunda, suçun hukuki konusu ve nonnun ratiosu kriterlerini, ülkemizde Cumhuriyet ile birlikte oluşan hukuk biliminin gerekleri ile banşık, keyfilikten uzak, istikrarlı bir yeni içtihat külliyatının oluşmasına; içinde bulunduğumuz toplumsal-tarihi kesitte, geçmişle olan bağların kopanlmarnasına katkıda bulunacaktır.

5. Yorumda Sınır, Düzeltici Yorum Yasağı

İster daraltıcı ister genişletici isterse ilerletici yorumda bulunulsun, yorum, dalına yorumlanmakta olan hükümle sınırlıdır. Kanun, kıyası yasaklamıştır. Böyle olunca, düşünce, dil ve mantık hataları taşıyan hükümlerin yorumunda, yorumun sınırı, hükmün kendisidir.

Ceza hukukunda düzeltici yorum mümkün değildir. Bu, kaımnu uygulanmaz kılan veya kanunun iradesi yerine yorumcu kişinin iradesini koyan bir yorumun imkansız olması demektir. Kanunda rastlanan yanlışlar, çelişkiler ve eksiklikler elbette giderilmelidir. Ancak, düzeltme, sadece kanun hükmünün uygulanmasını sağlamaya matuf olmalıdır. İster akademisyen isterse uygulamacı olsun, yorumcunun kanunu düzeltmek şeklinde bir yetkisi bulunmamaktadır. Yorumcu kişi, sadece eksiklikleri, yanlışlıkları ve çelişkileri göstermekle yükümlüdür.

Böyle olunca, ör., 2. maddede yer alan "milliyet", "milli köken", 6. maddede "suçun temel şekli", 22.maddede taksirin tanımı, gene bu maddede yer alan "failin ki□isel ...durumu" , 23, 87/4, 99/2 ve 3. maddeleri hükmünün birlikte nasıl uygulanacağı meselesi, 37. maddede "kanuni tanımda yer alan fiili birlikte işlemek" vs. yanlışları, kanunun uygulanmasını sağlayacak bir biçimde yorumlanmalıdır.

Hukuk düzenimizde, düzeltici yorum, mümkün değildir. Hakim yanlışı ortaya koyar, düzeltemez. Düzeltme erki kanun koyucunundur. Kanun koyucu, bunu, kanunu kaldırarak veya değiştirerek yapar.

Burada sadece birkaç örnek verilmiştir. Kanun, yanlışlar ve eksiklikJer ile doludur. Hakimin görevi bunları ortaya çıkarmak, kanun koyucunun dikkatini çekmektir. Kanun koyucu uygulanıaya kayıtsız kalamaz.

6. Anayasaya Aykırılık

Kanunun bazı hükümleri Anayasaya aykırıdır. Özellikle uygulanıacılar, önlerine gelen meselelerde, anayasaya aykırılık durumunu göz ardı etmemelidirler. Kanunu uygulanabilir kılmak uygulamacının görevidir.

Bu bağlamda olmak üzere, biz, Kanunun ör., 1., 20/2., 83., 127., 128., 166., 276., 278., 284., 285/4., 288, 302., 309., 311/2. vs. maddeleri hükmünün, Anayasanın 2, 36, 38, vs. maddeleri hükmüne, çeşitli yönlerden aykırı olduğunu düşünüyoruz.

Gerçekten, Kanunda, ne ceza kanununun amacı, ne de kalkışma suçları (302/2, 309/2, 311/2, 312/2) doğru algılanmıştır.

Kanunun "ceza kanununun amacı" hükmü, "polis veya jandarma devleti" ceza hukukunu akla getirmektedir. Demokratik-liberal devlet ceza hukukları sadece "kurulu düzeni" korumakla kalmaz, ayrıca o düzenin değişmesini ve gelişmesini sağlamaya çalışır. Kaldı ki, Kanun, kurulu düzeni yeterince korumuş da değildir.

Kalkışma suçlarında, suçu oluşturan fiiller, iki kez cezalandırılmaktadır. Bu suçların özelliği, kanunun suç saydığı başka fiillerin, ör., adam öldürme, yol kesme, banka soyma, vs. fiillerinin bu suçların maddi unsurunu oluşturmasıdır. Böyle olunca, düzenleme, cezanın oranlılığı ilkesini ihlal etmiş olmaktadır. Eğer söz konusu düzenlemelerden kalkışma suçlarının maddi unsurunu oluşturan suçların dışında kalan diğer suçlar anlaşılırsa, zaten bu durumda, böyle bir hükme, mantıksal olarak gerek bulunmamaktadır. Tabii, söz konusu hükmü bu biçimde anlarsak, elbette hüküm anayasaya ay.kın olmaz ama, gene yanlış olur, çünkü kanun, bir yurttaşlık bilgisi kitabı değildir.

Öte yandan, ör., daha önce istisna olarak getirilen bazı suçları ihbar yükümlülüğü, Kanunda (m. 278) istisna olmaktan çıkarılmış, kural haline getirilmiştir. Herkese böyle bir görev yüklemek, Anayasaya (m. 38) aykırıdır. Bu hüküm, herkesi herkesin muhbiri kılar. Kaldı ki ahlaki de değildir.

Kim ne derse desin, kuşkusuz, yeni dönem Türk Ceza Hukuku Düzeninin başarısını zaman gösterecektir.

En iyisinin olmasını diliyoruz

İKİNCİ BÖLÜM
SUÇ

BİRİNCİ BAŞLIK
GENEL OLARAK SUÇ

I. Suç kavramı, A. Suçun şekli tammı, B. Suçuu maddi taıımu, il.. Suç ve hukuka aykırı diğerfiil/er, III. Suçun ciirünı ve kabahat olarak ayrılması, A. Genel olarak suçlarm ayrılması. konusu, B. Suçların ağırlıkları esas olmak üzere ayrılması, IV. Suçun ayrıştırılması, V. Suçun wısurlarmın ikili ve üçlii ayırımı, VI. Suçıın öıışartı, fiilin öıışartı, VII. Cezalandırılabilme şartı

I. SUÇ KAVRAMI

Suç nedir diye sorulduğunda, bu kavramın ceza hukuku düzeninden, yani ceza kanunundan kaynaklandığı görülmektedir. Bu, tüm olgusallığına rağmen, suçun, doğal olgular alemine değil, normatif olgular alemine ait bir kavram olması demektir. Gerçekten, suç, olgusal anlamda deneye dayalı bir doğrulamanın değil, beşeri bir davranış üzerine verilen bir değer hükmünün ürünüdür. Bundan dolayı her suç, kendine vücut veren bir kuralı, yani bir kanun hükmünü zorunlu kılmaktadır. Ortada bir değerlendirme, açıkçası bir kanun hükmü yoksa, suç da yoktur, sadece zararlı veya yararlı, ya da haz veya acı veren fiiller vardır. Suçun belirtilen bu karakteri, onun şekli ve maddi tanımına yer vermektedir.

A. Suçun Şekli Tanımı

Suçun şekli tanımında, kanun koyucuyu bir fiili suç saymaya iten nedenlere bakılmamakta, belli bir hukuk düzeninde suç olan fiiller belirlenmek istenmektedir. Bu yaklaşımda, suç, hukuk düzeninin kendisine bir ceza müeyyidesi bağladığı beşeri her fiildir. Başka bir deyişle, suç, insanın ceza hukukunca yasaklanan fiilleridir. Hatta, çoğu kez, suç, ceza kanununun ihlali olarak tanımlanmaktadır.

Suç, burada, soyut bir yapı olarak, yani kanun koyucunun belirlediği 'tipik' ipotezler olarak (ör. öldürme, hakaret, hırsızlık, vs.) göz önüne alınmaktadır. "Kavramsal" dediğimiz bu görünümünde suç, kuşkusuz kanunun bir ceza tehdidiyle yasaklamış olduğu beşeri fiildir. Ancak suç, somut bir yapı olarak, yani hayatta gerçekleşen bir fiil olarak da göz önüne alınabilir. "olgusal" dediğimiz bu görünümünde suç, kanunca biçimlendirilmiş olan tipik ipotezi gerçekleştiren fiildir. Açıkçası, bu anlamda suç, kanunun işleyenini bir ceza tehdidi altına sokarak soyut

düzeyde öngördüğü beşeri bir fiildir. Bu halde, bir fiilin suç olup olmadığını belirlemede, sadece fiilin kuralla benzeşiminin tespiti yetmemekte, aynca hukuka uygunluk nedenlerinin de bulunmaması gerekmektedir.

Öte yandan, suçun bu tanımı, onun hukukun genel teorisindeki yerini de belirlemektedir. Hukukun genel teorisinde, suç, "hukuki fiiller" arasında ifadesini bulmaktadır. Ancak, suç, "tabii fiiller" kümesine değil, "iradi fiiller" kümesine girmektedir. Suç, bu küme içerisinde "hukuka uygun fiiller" arasında değil, doğal olarak "hukuka aykırı fiiller" arasında yer almaktadır.

B. Suçun Maddi Tanımı

Kanunun cezalandırdığı fiiller olarak algılanmasının filozof, sosyolog ve antropolog tarafından "gereksiz yineleme" biçiminde değerlendirilmesi reddedilerek suçun yegane tanımının onun şekli tanımı olduğu ileri sürülmüş olmasına rağmen[223], tek başına şekli tanımı suçu tanımada yeterli bulunmamakta, suçun özünde ne olduğu araştınlmak istenmektedir. Gerçekten, suç eğer beşeri fiiller üzerine kanun koyucularca oluşturulan bir değer hükmüyse, yani hepsi değil de birçoğu içinden seçilen bazı beşeri fiiller suç sayılıyorsa, salt şekli bir tanımla yetinmek olmaz, aynca bu fiillerin suç sayılmasını zorunlu kılan özün neden ibaret olduğunun araştınlması da gerekir.

Suçun maddi ayırıcı niteliğinin zaten şekli tanımında yer aldığı düşüncesine rağmen[224], bu konudaki düşüncelerin temelde iki kümeye ayrıldığı görülmektedir. Kimi suçu tanımlarken tanımda hareket noktasını hukuk düzeninin dışından seçmekte, kimi hukuk düzeninin içinde kalarak buradan elde ettiği verilerle suçu tarumlamaya çalışmaktadır.

Hukukun dışındaki bir değerden hareketle suçu tanımlamaya kalkan felsefi-etik kökenli bir düşüncede suç, etik düzeni ağır bir biçimde ihlal eden, o nedenle de devletçe hoş görülmeyecek olan bir fiildıı-225. Ancak, söz konusu düşüncenin hukuki gerçeklikle bağdaşmadığı, çünkü yaşayan hukuk düzenlerinin etik değerlere aykırı olarak nitelendirilmesine imkan olmayan birçok fiili suç saydığının gözlendiği söylenmektedir. Bu bir yana, ör. taksirli suçlar, kabahatler söz konusu olduğunda, etik düzenin ağır bir biçimde ihlal edildiğini söylemek, mantıksal soyut bir düşünce şemasına sadık kalmak uğruna, gerçeği tahrif etmektir. "Tabii suç" kavramından hareket eden benzer nitelikteki diğer bir düşüncede suç, uygar toplumlardaki

---

223 Manzini, Trattato di diritıo penale ltaliano, v.I,Torino, 1933, s. 497.

n• Pagliaro, Principi di diritto penale, Parte generale, Seconda cdizione, Milano 1980, s.21O

m Maggiore, Diritto penale, v.ı, PO.,TP., Bologna 1961, s. 189, 193.

ortalama değer hükümlerine göre topluma zararlı fiillerle doğruluk ve merhamet duygularının esasını oluşturan özgecil duyguların ihlal edilmesi olarak tanımlanmaktadır[6]. Bu düşünce eleştirilmiştir. Gerçekten, denmektedir ki, suçlar sadece doğruluk ve merhamet duygularını değil, diğer duygulan (ör. ar, haya, din duygusu, vatana bağlılık, vs.) da ihlal etmektedirler. Aynca, ortalama ahlaki değerlerle çatışmadıkları halde, günümüz hukuk düzenlerinde suç sayılmakta olan fiillere sıkça rastlandığı görülmektedir. Elbette, bu eleştiriler, suçların belli bir dönemde ulusun ortalan1a ahlaki duygularını ihlal eden, hayat koşullarını bozan, antisosyal (bencil) fercli saiklerden kaynaklanan fiiller olarak algılayan sosyolojik kökenli bazı düşüncelerm hakkında da geçerlidir.Bir başka düşünce, suçu, hukuk nonnunu koyan yetkili kimselerin takdirine göre toplumun varlığını ve muhafazasını imkansız kılan veya ağır tehlikeye sokan beşeri fiiller olarak tanımlamaktadır[228]. Bu düşünce de kabul edilmemiştir, çünkü tanım sadece çok ağır suçlara uymakta, hafif suçların varlığını açıklayamamaktadır. Gerçekten, kim diyebilir ki, ör. hakaret ve sövme suçlan (CK. m. 125), düşman devletten nişan veya aylık alına suçu (CK. m. 325) ve aynca kabahat suçlarının büyük bir bölümü toplumun varlığını ve muhafazasını imkansız kılmaktadır veya ağır tehlikeye koymaktadır? Kaldı ki, suçlan sadece toplumun varlığını ve muhafazasını tehlikeye sokan bir tehdit olarak algılamak da doğru değildir, çünkü bugünkü hukuk düzenlerinde, muhafaza edici işlevi yanında, toplumda ilerlemeyi sağlamak istediğinden, evrimci işlevi olan ceza normlarına da rastlanmaktadır.

Hukukun dışındaki değerlerden hareketle yapılan bu tanımların çıkmazları karşısında, suçun hukuki gerçekliğe uygun maddi bir tanımı, hukukun içinde kalınarak yapılmak istenmiştir. Gerçekten, denmektedir ki, suçun hukuki gerçekliğe uygun maddi bir tanımı, ancak kişileri kurallarına uydurmada devletin ne zaman cezaya baş vurduğunu belirlemekle mümkündür: ceza en ağır bir müeyyidedir. O sadece kendisine çarptırılan bakımından değil, aynı zamanda devlet bakımından da katlanılması zor bir kötülüktür. Bundan ötürü devletin kurallarına uyulmasının sağlanmasında ceza, kendisine ilk ağızda değil, en sonunda başvurulabilecek hukuki bir tedbirdir. Bu demektir ki, ceza, öteki müeyyideler karşısında "yardımcı" konumundadır. Ancak, bu ifadeden, toplumu en çok ilgilendiren kurallara riayeti teminde kanun koyucunun mutlaka cezaya başvurmaya zorunlu olduğu sonucunu çıkarmamak gerekir, çünkü ceza, düşünülenin tersine, her zaman hukuka aykırı fiilin ağırlığının bir göstergesi değildir. Elbette, kanun koyucu, konulan ödeve pek çok

---

2h6 Garafalo, Criminologia, Torino 1891, 8, 9, 19, 36.

??1 Ferri, Principi di diritto criminalc, Torino 1928, s.383.

zz1 Grispigni, Dimitto penale italiano, v.LMilano 1947, s.144.

değer verdiğinde ve ihlali önleme teşebbüsünde en etkin enerjiyi kullanmak istediğinde cezaya başvurmaktadır. Ancak öteki müeyyideler yeterli ya da pratikte mümliin olmadığı için de bu müeyyidenin zorunlu olabildiği birçok hal mevcut bulunmaktadır. Özellikle zararın tazmini gerek suça özgü zararın sadece bir kısmını karşılaması, gerekse imkanları olan veya böyle gözüken kimse karşısında tarnamen etkisiz olması dolayısıyla yeterli olmamaktadır. Öte yandan, birçok halde, ortada ödetilebilecek bir zarar olmadığından, bu tür bir müeyyidenin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır. Sonuç olarak, öteki müeyyidelerin "yetersizliği" veya "imkansızlığı", devleti, önemsiz fiilleri yasaklamada da, ceza müeyyidelerinin kolayca derecelendirilebilir ve hafif biçimler kazanabilir olması dolayısıyla, cezaya başvurmaya zorlamaktadır. Tüm uygar ülkelerde, hukuka aykırı fiiller arasında toplumsal açıdan en az önemi olan kabahatlere doğal olarak sadece cezanın uygulanması, böylece açıklanmış olmaktadır. Demek ki, bu düşüncede, maddi anlamda suç, kanun koyucunun değerlendinnesine göre, devletin amaçlarıyla çatışan ve müeyyide olarak cezayı gerektiren beşeri davranışlar olmaktadır[229].

Suç, tanımında ölçü olarak ceza alındığından, hukukun içinde kalınarak tanımlanmış olmamaktadır. Kim ne denirse densin, suç, belirtilen ölçü içerisinde kalındığında sonunda kanun koyucunun bir takdiri işlemi olmaktadır. Gerçekten, hangi açıdan bakılırsa bakılsın, suç, hukuki bir kavramdır, yani özünde beşeri fiiller üzerine oluşturulan bir değer hükmüdür. Elbette, nerede bir değer hükmü, dolayısıyla bir değerlendirme olayı varsa, orada işin icabı olarak devletin bir takdir olayı da vardır. Bunun tersi kanıtlanmış değildir. Evrensel olarak her halde kendiliğinden suç olan tek bir fiile bile rastlanmış olmadığına bakılırsa, tarihi deneyim, "devletin amaçları", "bu amaçlarla çatışan beşeri fiiller" ve "cezanın zorunluluğu" göz önüne alınarak verilen değer hükümlerinin yerden yere, devirden devire farklı olduğunu göstermektedir. Böyle olduğu içindir ki, uygarlığın bugünkü kesitinde, evrensel bir tek ceza hukuku düzenine değil, aralarında ilkesel köklü benzerlikler de bulunsa, farklı birçok ceza hukuku düzenine rastlanmaktadır[230].

Özetlersek, suç, bizce, beşeri davranışlar üzerine hukuk kuralları oluşturmaya yetkili kimsenin değerlendirmelerine göre devletin amaçlarıyla çatışan, etkin bir biçimde yasaklanmaları ancak bir ceza müeyyidesiyle sağlanabilen fiillerdir. Tabii, burada, Devletin amaçlarıyla çatışan fiillerden maksat, değerlendirmeye yetkili kimsenin kanaatine göre toplumun var olması şartlarına zarar veren veya toplumun ilerlemesini engelleyen beşeri davranışlardır.

---

229 Antolisei, Maruıale, PG., s. 137.

210 Antolisei, Manuale, PG., s. 138

il. SUÇ ve HUKUKA AYKIRI DİĞER FİİLLER

Suç hukuka aykırı fiiller arasında yer alımş olmakla birlikte, suçla hukuka aykırı diğer fiiller aynı şey olmadıklarından, suçu hukuka aykırı diğer fiillerden, özellikle haksız fiillerden ayınnak bir zorunluluktur. Tabii, bu, ancak suçu tanımlamakla mümkündür, çünkü suçu tanımlamak demek, aynı zamanda onu benzerlerinden ayırmak demektir. Kuşkusuz, suç tanımlanmış olunca, hukuka aykırı diğer fiillerden de aynlmış olacaktır.

Doktrinde, suçu hukuka aykırı diğer fiillerden ayırma konusunda ileri sürülmüş olan fikirler hem çoktur hem de çeşitlidir. Ancak, belirtelim ki, bunların suçu hukuka aykırı diğer fiillerden, özellikle haksız fiillerden ayırmada, suça özgü maddi bir nitelik arama çabalan, başarılı olamamıştır. Bundan ötürü, burada, sadece bir fikir vermek amacıyla, bu düşüncelerin bazılarına değinilmekle yetinilecektir.

Haksız fiilin bir "hakkı" suçun bir "hukuku" ihlal ettiği ileri sürülmüştür . Bu düşünce tutarlı bulunmamıştır, çünkü hukuk ihlal edilmeden hak nasıl ihlal edilebilir, anlaşılamamaktadır. Suç bir kamu hukuku normunun, haksız fiil bir özel hukuk normunun ihlalidir denmektedir. Özel hukuk-kamu hukuku ayınmının yapaylığı iddiası bir yana, kamu hukuku ihlallerinin bir çoğu cezayla karşılanmazken, tamamen özel bir değer veya menfaatin ihlalinin suç olduğu (ör. mala karşı cürümler) gözlenmektedir. Haksiz fiilin devletin iradesini dolaylı, suçun dolaysız yoldan ihlal ettiği söylenmektedir. Bu düşünce yukarıdaki ikinci düşüncenin farklı bir ifadesidir, onun için söylenenler bunun için de geçerlidir. Suç korku veya alarm doğurmakta, dolayısıyla kamusal huzuru bozmakta, buna karşılık haksız fiil sadece kişisel huzuru bozmaktadır denmektedir. Gene bu doğrultuda olmak üzere, giderilebilen kişisel bir zarar haksız fiile, giderilemeyen toplumsal bir zarar suça vücut verir denmektedir23'. Ancak, tehlike suçlarında, toplmsal bir zararın varlığının tartışmasız kabul edilmesi bir yana, zararı tamamen giderilebilen suçlar yanında (ör. mala karşı suçlar) zararın çok az veya önemsiz olduğu suçlara (ör., CK. m. 196) da rastlanmaktadır. Buna karşılık, özel hukuka aykırı bazı fiillerde, ör. evlenme engeli olanların bir şekilde evlenmelerinde, zararın giderilemezliği yanında kamusallığı ortadadır. Denmektedir ki, haksız fiil sadece toplumsal zarar, suç toplumsal tehlike yaratmaktadır. Bundan ötürü, zararın giderilmesini amaçladıklarından hukuki müeyyide onarıcı karakteri haizken, bir tehlikeyi, açıkçası suçtan gelen dolaylı toplumsal tehlikeyi önlemeyi amaçladıklarından cezai müeyyideler önleyici ve savunucu karakteri haizdirler. Kuşku yoktur ki, adam

---

Di Carrara, Programına, v. I, Lucca 1877, p. 14

öldürme, hırsızlık, vs., bir tehlike oluştururken, borcunu süresinde yerine getirmeyen borçlunun davranışı her hangi bir tehlike oluştunnamaktadır232. Bu düşünce tutarsızdır. Öyle özel hukuk yükümlülükleri vardır ki, bunların ihlali, ör. önemli bir sözleşmenin kasten yerine getirilmemesi, önemsiz bir kabahat suçundan çok daha fazla toplum vicdanını zedeler, halkı tedirgin eder, kişiler arasında korku yaratır. Öte yandan, herkesin vecibelerini yerine getinneyebileceği ilkesi kabul edilmiş olsaydı toplum dağılmış olurdu233. Tabii, böyle bir durum, toplumu ör. hırsızlık, dolandırıcılık vs. suçlarının soktuğu tehlikeden çok daha ağır bir tehlikeye sokabilmektedir. Aynca, bu düşüncenin, sonunda cezaya yalnızca bir önleme ve savunma işlevi verdiği, böylece onun esasını oluşturan ödetme karakterini ihmal ettiği ileri sürülmektedir.

Özünü esas alarak suçu hukuka aykırı diğer fiillerden ayırmaya çalışan bu düşüncelerin başarısızlığından, suçla hukuka aykırı diğer fiiller arasında bunların özüne özgü bir niteliğin bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu, suçun hukuka aykırı diğer fiillerden, özellikle haksız fiillerden özü itibariyle değil, sadece biçimi itibariyle ayrılması dernektir. Hukuka aykırı fiiller arasında kanun koyucunun sadece "ceza" ile rnüeyyidelendirdiği fiiller suçtur. Bunun dışında, özel hukuk müeyyideleriyle (zararın tazmini, eski hale getirme, vs.) müeyyidelendirilen hukuka aykırı fiiller haksız fiildi.?".

Öte yandan, burada, "idari ceza" ile rnüeyyidelendirilmiş olan hukuka aykırı fiillerle, yani "idari suçlar" ile ceza ile müeyyidelendirilrniş olan hukuka aykırı fiilleri, yani "suçlan" aynı tutmamak gerekmektedir. Bunlar, yukarıda belirtildiği üzere, özde aynı olan, ama biçimde farklı olan fiillerdir. Kısacası, müeyyidenin türü, hukuka aykırı fiilin türünü de belirlemektedir. Böyle olunca, kanun koyucunun, hukuka aykırı fiillerden "ceza müeyyidesi" ile cezalandırdığı fiiller suç, buna karşılık "idari ceza müeyyidesi" ile cezalandırdığı fiiller "idari suç" olmaktadır235.

III. SUÇLARIN CÜRÜM ve KABARAT OLARAK AYRILMASI

A. Genel Olarak

Suçlar, bazı hukuk düzenlerinde, ör. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununda, cüıüm, cünha ve kabahat olarak, bazı hukuk düzenlerinde, ör. 1889 tarihli İtalyan Ceı.a Kanununda, cürüm ve kabahat olarak ayrılmaktadır.

:m Rocco, L'oggetto, s. 416 vd

"' Jhering'tcn, Maggiore, Diritto penale, L s. 196.

▷4 Maggiore, Diritto penale, I, s.197.

:w Maggiore, Diritto penale, 1, s.198

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununda suçlar cüıümler ve kabahatlerdir. Geçen yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan kanunun suç saydığı bazı fiilleri suç olmak.'tan çıkarma (Depenalizzazione) akmunın etkisi ile en başta "mağduru gayri muayyen suçlar" suç olmaktan çıkarılarak kanunda belli bir rahatlama sağlanmış olmakla birlikte, cürüm ve kabahat ayırımına dokunulmamıştır.

Kanun, kabahat suçlarına, "üçüncü kitabında", seksen dört maddeden ibaret olarak yer verilmiştir. Bu ülkede, hukukçu, bazı moda akımların etkisinde kalarak, kanunun insicanuru bozma yoluna gitmemiştir.

Yüıürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, suçları, cürüm veya kabahat (m. 1) olarak ayınnıştır. Kanunun suç saydığı bazı fiilleri suç olmaktan çıkarma düşüncesi ülkemizde de izlenmiş, bu bağlamda olmak üzere, mahkemelerin iş yükünü azaltmak için, bir yandan yürürlükten kaldırılmış bulunan CMUK'nun "şahsi dava", "Sulh Ceza Hakiminin Ceza Kararnamesi" kurumlanm kapsamı ve sınırları genişletilirken, öte yandan Kanunun 119. maddesi tamamen değiştirilerek özellikle kabahat suçlarında "kamu davası" açılması yoluna gidilmeden uyuşmazlığın Cumhuriyet savcılığında çözülmesi imkanları artınlmıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, suçların cürümler ve kabahatler olarak bir ayırımına yer vermemiştir. Gerçekten, Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde, Cumhuriyetin kurulmasından bugüne kadar ceza kanununun bir parçası olarak varlığını sürdüren kabahatleri niçin "suç" saymadığının nedenini açıklanmamış, sadece, suçlar arasında cürüm ve kabahat ayınını kaldırıldığı için, Tasarının."Suçlar, cürüm ve kabahattir" şeklindeki ikinci fıkrası metinden çıkarılmıştır" demekle yetinmiştir.

Daha sonra, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun, 2. maddesinde kabahatleri, *"Kabahat deyiminden, kanunun, karşılığında idari yaptınmlar öngördüğü haksızlık anlaşılır"* biçiminde tanımlamıştır.[236]

2.16 Kamın bu tanımı yanlışbr. Kanun, 33. maddede "Dilenciliği" 34. maddede "Kuman" kabahat saymıştır. Gerçekten, kumar oynamakta veya dilencilikte haksızlık nedir ve bu fiillerle kime karşı bir haksızlık oluşnınnaktadır ? Bu sorunun cevabı yoktur . Hak, haklılık, haksızlık, sadece hukul-un "kişi" dediği kimselere izafeten kullanılan terimlerdir. Haksızlık, başkasının bir fiilinden, kişinin bir değer veya menfaatinin tehlikeye uğraması veya zarar görmesidir. Kumar oynayan veya dilenen kişi, kimin bir değer veya menfaatine zarar vermektedir veya kimin bir değer veya menfaatini tehlikeye sokmaktadır? Tabii, sorunun cevabı, "hiç kimsenin" olmaktadır. Eğer bu fiillerle topluma zarar veriliyor deniyorsa, toplum, hukukta kişi değildir. Bir öı.deyiş "zırva tevil götünnez" demektedir. Kuşkusuz,bu tanım, böyle bir şeydir.Kanun koyucular yanlış yapabilirler. Ancak kanun yanlışolmaz. Hukukçu kanunu doğru yorumlamak ronındadır. Böyle olunca, Kanunun 2. maddesinin tanımında yer alaı "haksızlı_kt"erimi, "hukuka aykırılık" anlamındadır. Ancak, htiküm böyle anlaşıldığında, kuman ve dilenciliği açıklamak milmkün olmaktadır. Kumar ve dilencilik, kuşkusuz hukuka aykınlıktır, ama haksızlık değildir. Her haksızlık hukuka aykırılıktır, ama her hukuka aykınlık haksızlık değildir. Tarihi kanun koyucu, maalesef bu inceliğin farkında olamamışbr. Kanunun maddelerinin sistematik yorumundan, kabahatin doğru tanımı, herhalde "Kabahat deyiminden; kanunun karşılığında idariyaptırım uygulanmasını öngördUğü fiiller anlaşılu" olmaktadır.

B. Suçların Ağırlıkları Esas Olmak Üzere Ayrılması

Suçların ağırlıkları esas olmak üzere ayrılması eskiden beri mevcuttur. Gerçekten, suçların, cürüm, cünha ve kabahat olarak ayrılması ile birlikte doktrinde tartışmalar da başlamıştır. Ancak, suçların hafif, ağır, en ağır olarak ayınını, akla uygun gelmekle birlikte, ikili veya üçlü ayırımdan birinin kabulü, tüm tartışmalara rağmen, esasen suçların özünden gelen bir zorunluluk değildir. Bu, sadece kanun koyucunun bir tercihidir.

Uzun bir süre, doktrin, cürüm ve kabahatleri ayırt etmeye yarayan maddi bir ölçüt bulma çabası içerisinde olmuştur. Gerçekten, tabii hukukçu düşünürler, Beccaria, Carrnignani, Carrara, cürümlerin kişinin veya toplumun güvenliğini ihlal ettiğini, dolayısıyla bunların özünde kınanır fiiller olduğunu, buna karşılık kabahatlerin sadece kamusal iyiliği geliştirmeyi amaçlayan kanunların ihlalini oluşturduğunu ileri sürmektedirler. Tabii hukuk düşüncesini reddeden görüşler bir yana, denmektedir ki, bu dü§ünce, hukuki gerçekliğe cevap vermemektedir. Gerçekten, kabahatlerin tersine olarak, cürümlerin sadece özünde kınanır fiiller olduğunu söylemek (mala in se) mümkün değildir, çünkü devletin toplumsal ve siyasi buyruklarıyla bağımlı öyle bazı cürümler bulunmaktadır ki, bunların salt siyasi oluşumlar oldukları (mala quia prohibita) gözlenmektedir. lmpallomeni, Zerboglio, vs.'nin savunduğu başka bir düşünce, cürümlerin uygarca yaşamın asli, kalıcı ve temel şartlarını, kabahatlerin sadece arizı, tali şartlarını ihlal ettiğini ileri sünnektedir. Ortaya konan ölçütün belirsizliği bir yana, cürümlerden farksız olarak kabahatler de, toplumsal hayatın temel şartlarını ihlal edebilirler. Tek bir farkla ki, kabahatlerde ortak hayatın temel şartlarını ihlalin derecesi, cürümlerde olana oranla çok daha az olmaktadır. Rocco'nun ileri sürdüğü oldukça önemli görülen bir düşünce, kabahatleri, gerek idari/güvenlik polisinin faaliyetinde, gerekse uygarca yaşamın iyileştirilmesi amacına matuf sosyal, idari faaliyette ifadesini bulan devletin idari menfaatine aykın icra veya ihmal fiili olarak algılamaktadır. Bu düşünce de cürümlerle kabahatleri ayırt etmeye elverişli güvenilir bir ölçüt ortaya koyabilmiş değildir. Bu konuda, bugün, bir yandan devletin dayanışmacı düşünceden mülhem müdahaleci işlevi giderek artarken, öte yandan bununla paralel olarak devletin geniş anlamda idari faaliyetlerinin himayesi zımnında konan cürmı ipotezler de giderek artmaktadır denmektedir. Son olarak, Zanardelli Kanununun gerekçesinde yer alan düşüncede, hukuki bir zarar doğuran fiiller cürüm, özünde zararsız olmalarına rağmen, başkalarının haklan veya kamunun huzuru bakımından bir tehlike doğuran fiiller kabahatt:ıı'37. Bir yerde gerçeği ifade etmekle

---

m Relazione Ministriale al Codice Zanardelli, 1887, n. XIV.

birlikte bu düşüncenin cürüm ve kabahatleri ayırt etmede doğru bir ölçüt ortaya koyduğu söylenemez, çünkü kabahat suçları arasında da, ferdi veya kamusal zarar doğuran fiillere rastlanınaktadır[238].

Görüldüğü üzere, tüm çabalara rağmen, suçları cürüm ve kabahat olarak ayınnada işe yarar maddi veya niteliksel bir ölçüt bulunabilmiş değildir. Böyle olunca, suçların cürüm ve kabahat olarak ayrılması, ancak niceliksel bir ölçüte dayanılarak açıklanabilir. Kuşkusuz, kabahatler cürümlere nazaran "cüce suçlar"dır[239]. Bu nedenle, eğer cürüm ve kabahat ayırımı yapılacaksa, kabahatlerin, aynı kanunda, ama cürümlerden ayrı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, öncede belirtildiği üzere, cürüm-kabahat ayırımını görünüşte kaldırmıştır. Kabahatler "Kabahatler Kanunu" adı ile ayrı bir kanunda düzenlenmiştir. Kanun, kabahatler, ihlalinde idari yaptırım öngörülen haksızlık anlaşılır demesine rağmen, kabahatlerin idare hukukunun konusunu değil, düzenlenişleri bakımından adlı işlemler olduklarından, hala ceza hukukunun konusunu oluşturduğunu düşünüyoruz.

Bugün, kendisini oldukça çok hissettiren bir eğilim, kabahat suçlarını ceza hukukundan, pek tabii ceza kanunlarından çıkararak idare hukuku alanına sokmak, yani "idari suçlar" haline getirmek istemektedir. Eğilim kuramsal değil, daha çok pratik nedenlere, özellikle hafif suçları yargılamanın ceza hakiminin ışını ağırlaştırdığı, ayrıca hantallaştırdığı düşüncesine dayanmaktadır. Hatta, bu konuda çok daha ileriye gidildiği gözlenmektedir: Kendisini Avrupa Konseyinde hissettiren ve bugünkü tarihi - toplumsal deneyimlerimize göre hayalden öte pek fazla bir değer ifade etmeyen diğer bir eğilim, sadece kabahat suçlarını değil, cürüm suçlarının da, suç olmaktan çıkarılmasını, hatta giderek ceza hukukuna ihtiyaç olmayan bir toplumun yaratılmasını istemektedir2[40].

Bu akımın ülkemizde etkisini göstermesinden değil, daha çok başka bir ceza hukuku sistemine öykünüldüğünden, kabahat suçları, aynca çıkarılan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile "idari suçlar" haline getirilmek istenmiştir. Kanun, cürüm-kabahat ayırımını sözde kaldırmıştır. Gerçekten, kabahatler idare hukukunun değil, hala ceza hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Kanunun düzenlemesine bakılırsa, kabahatler, Tarihi Kanun Koyucunun

---

231 Bkz. Antolisei, Manuale, PG., s. 190;_Mantovani, Diritto penale, s. 51; Pagliaro, Principi, s. 232.

239 Feri, La c.d. volontarieta' nelle contravenzioni, Sc. Pos., 1891.

2AO Bettiol, Diritto penale, s.229.

iradesinin aksine, idari suçlar olmamışlar, bu kez "adlı suçlar" olmuşlardır2'[11]. Yapılan yenilik (!), yargının işini azaltmayacaktır, tersine artıracaktır. Bunun bireyi teminatsız kılmanın ötesinde başka bir işe yarayabileceğini düşünmüyoruz.

IV. SUÇLARINA YRIŞTIRILMASI

Böylece, suç, tanımlanmış olmaktadır. Suçu tanımlamak, suçu bir bütün olarak algılamaktır. Ancak suçun tam bir bilgisine ulaşılmak istendiğinde suçu tek başına tanımlama yetmemekte, aynca tanımı ayrıştırmak da gerekmektedir, çünkü tanımlamak, sonunda bir ayrıştırmaktır, yani bir kavramı kendisini oluşturan unsurlara ayırmaktır.

Böyle olunca, suçun ayrıştırılması, suçun tanımının zorunlu bir sonucu olmaktadır. Suçun kanundaki tanımını oluşturan unsurların neden ibaret olduğu bilinirse, doğal olarak kanunun fiilen yasaklamış olduğu şeyin neden ibaret olduğu da bilinecek, böylece somut fiilin tanıma uygunluğu, öyleyse cezalandırılabilir olduğu tespit edilmiş olacaktır. Bu düşünceden hareket eden doktrin, suçu tıpkı bir "madde" gibi algılamış, maddenin ayrıştırılmasına benzer olarak, suçu oluşturan ayrışmaz unsurlara/elementlere ulaşmaya çalışmış, bu biçimde elde ettiği her bir unsuru bir diğeriyle birleşerek oluşturduğu bütünden ayn, bağımsız bir şey olarak incelemek istemiştir. Gerçekten, doktrin, suçun analitik incelemesini çok fazla derinleştirmiş, ancak bağlı olduğu metodolojinin bir sonucu olarak düşüncenin

---

2Ai Gerçekten, Kabahatler Kanunu,kabahat fiillerini hakkında idareye kısmi takip yetkisi verilmesi hali hariç (m. 22) idare hukuku alanına giren hiçbir düzenlemeye yer vermiş değildir. Kabahat fiillerini kovuşturma ve karar venne yetkisi esas olarak Cumhuriyet savcısına aittir (m. 23). İdari makamların veya Cumhuriyet Savcısının kararlarına itiraz mercii, ceza mahkemesidir(m. 27). İtirazın ceza mahkemesinde nasıl incelenebileceğinin usulünü Kanun göstermiştir. Bu usul idari bir usul değil, tamamen adli bir usuldur. Bu usulün, idari suçların, ör. disiplin suçlan, vergi suçlan, belediye zabıta suçlan, vs., kovuşturulması, karara bağlanması, uyuşmazlığın idari yargı yerlerine götürülmesi ile uzaktan yakından bir ilişkisi bulunmamaktadır. Öte yandan, Kanun, suçlara uygulanan genel kuralların kabahatler hakkında da uygulanmasını öngönnüş bulunmaktadır. Gerçekten, suçlar hakkında geçerli olan kanunilik ilkesi, kanunun yer zaman bakımından uygulanması esaslan, kabahatler bakımından da geçerli kılınmıştır (m. 4, *5,* 6). Kanunda, kusurluluk (m. 9) , kusurluluğu kaldıran nedenler (m. 10), isnat yeteneği (m. 11), hukuka uygunluk nedenleri (m. 12), teşebbüs (m. 13), iştirak (m. 14), vs., büyük ölçüde suçların tabi olduğu esaslara benı.er bir biçimde düzenlenmiştir. Bu dilı.enleme, idari suçların ve cezaların düzenlenmesinde ve takibi usullerinde, Ceza ve Ceza muhakemesi hukukunun genel kurallarını göı.etmesinin istenmesinden,ör. disiplin suçu sanığının haklan, çok farklı bir dtizenlemedir. Böyle olunca, Kanun söı.el olarak ve tarihi kanun koyucu açıkladığı iradesi ile, kabahat fiillerine "idari suç" ve bunların karşılığı yaptırımı "idari yaptırım" olarak nitelendirse bile; Kanunun amacına bakıldığında, kabahat fiillerinin "adli suçlar" oldukları açıkça görülmektedir. Kabahat filleri karşılığı verilen para cezalannın 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilmesi (m. 17) bizce varılan bu sonucu değiştinnemektedir.

berraklığına yaramayan soyutlamalara gitmiş, ayrıntılara saplanarak sonunda karışık, abartmalı açıklamalara ulaşmıştır. Hepsi bir yana, söz konusu doktrin sadece suçu birçok parçaya ayırmakla kalmanuş, an1a her bir parçayı kendinden hayatiyeti olan bir varlık olarak görınüş, böylece suçu birbirinden tümden farklı unsurların toplaımndan oluşan bir bütüne indirgemiştir.

Salt mekaniksel bir anlayışın ürünü olan bu düşünce, en başt□, suçun bütüncü anlayışı yanında çözümcü anlayışını da zorunlu gören, ama bu biçimdeki bir çözümcülüğü suçun gerçekliğine aykırı bulan düşüncelerce eleştirilmiştir. Kısaca denmektedir ki, suç tümden organik bir yapıdır, farklı görünümleri olmakla birlikte, hiçbir biçimde bölünebilir olmayan yekpare bir bütündür. Böyle olunca, suçun özü, gerçekliği ne onu oluşturan münferit parçalardadır, ne de bunların toplamındadır, ama bunların her birinde ve öz birliğindedir. Öte yandan, madem suç bölünmez bir bütün/birlik oluşturmaktadır, temel nitelikleri, aralarında ayrılmaz bir biçimde, bağıntılı olmak zorundadırlar. Öyle ki, bunların hiçbiri, bir diğeriyle bir bağıntı içinde olmadıkça, tam olarak kavranmış olmamalıdır.

Hemen hemen aynı gerekçelerle, suçun maddi bir anlayışından har□ket eden diğer bir düşünce, suçun ayrıştırılması fikrine tümden karşı çıkmakta, suçun ancak "sentetik" olarak incelenebileceğini ileri sünnektedir. Bu düşüncede, suç, çeşitli görünümleri olmakla birlikte, münferit unsurlarına ayrışmasına izin vermeyen, tek bir parçadan oluşmuş, bölünmez bir bütündür. Temelini "usdışıcılık" anlayışında bulan bu düşünce, suçun esasını kavramanın, her bir unsurunda suçu, suçta her bir unsurunu duymanın, ancak "sezgisel" bir usulle mümkün olabileceği kanaatindedir. Kuşkusuz, ayrıştırmak tanımlamak kavramının zorunlu bir sonucu olduğundan, suçu ayrıştırmayı tümden reddeden bu düşünce tutarlı değildir. Zaten suçun bu biçimde bütüncü bir anlayışının, sonunda sezgisel ve akıldışı kuruntular alanında bittiği söylenmektedir[42].

Bu durum karşısında, suçu incelemenin tek yolu, suçu ayrıştınnak olmaktadır. Ancak suçu aynştıruken, genelin dendiği gibi, "doğru yol" kaybedilmemeli, suçu oluşturan unsurlar arasındaki sıkı ve köklü ilişki gözden uzak tutulmamalıdır. Unutmamak gerekir ki, suç, esası itibariyle bütüncül, organik bakımdan homojen bir kurum teşkil etmektedir. Öyleyse suçu ayrıştırmak başlı başına bir amaç o1mamalıdır, ama suç denen kendine özgü bütünü iyi anlayabilmede sadece bir araç olmalıdır.

ıa Suçun bütüncü (sentetik) ve aynştınnacı (analitilc) anlayıştan hakJcında ayrıntılı bilgi için bkz..,Bcttiol, Diritto penale, s. 204 vd.; Mantovani, Diritto penale, s. 129 vd.

Suçu aynştınrken esaslı/asli unsurları tali/ek unsurlardan ayınnak gerekmektedir. Suçun esasını, aslını teşkil eden, yani olmadıklarında bir suçun veya belli bir suçun oluşmasına imkan venneyen unsurlar asli unsurlardır. Bu unsurlara kurucu unsurlar da denmektedir.Buna karşılık, varlığı veya yokluğu bir suçun veya belli bir suçun varlığı üzerine etkili olmayan, ama suçun ağırlığı üzerine ve daha genel olarak ceza üzerine etkili unsurlar tali unsurlardır. Bu nitelikteki unsurlara genelde "suçun halleri" (circostanza del reato veya reato circostanziato) denmektedir.

Suçun asli unsurları kendi içerisinde genel asli unsurlar ve özel asli unsurlar olarak aynlmaktadırlar. Suçların tümüne özgü unsurlar, yani her suçta bulunması gereken unsurlar genel asli unsurlar, buna karşılık kanun koyucunun tanımlayarak tek tek belirlediği her bir suçu (öldünne, hakaret, hırsızlık, vs.) oluşturan unsurlar özel asli unsurlardır. Suçun genel asli unsurları CK'nun birinci kitabında yer almıştır. Suçların özel asli unsurları, CK'nun ikinci kitabında ve ceza hükmünü haiz diğer kanunlarda yer almaktadır.

V. SUÇUN UNSURLARINA GÖRE İKİLİ VE ÜÇLÜ AYIRIMI

Tanımının aynştınlmasını zorunlu kılması, suçun nasıl ayrıştırılabileceği meselesini ortaya çıkarmıştır.Bu husus, kullanılan terim de dahil, doktrinde tartışma konusu olmuştur2[43]. Ancak, çok farklı çözümlere rastlanmakla birlikte, suç, genelde ya iki ya da üç unsura ayrıştırılmaktadır.

Üçlü ayınında suç, hukuka aykırı, kusurlu bir fiildir[244]. Burada, fiilden, objektif ve sübjektif bütünlüğünde geniş anlamda fiil değil, sadece maddi fiil, yani objektif unsurlar (hareket, illiyet bağı, netice); hukuka aykınlıktan, fiili objektif ve sübjektif olarak tümden kapsayan, dolayısıyla suçun esasını/özünü oluşturan "ihlal" değil, ama sadece maddi fiilin hukuk düzeniyle çatışması, yani fiilin "objektif haksızlığı"; kusurluluktan, kasıt veya taksir biçiminde tezahür eden kınanabilir irade anlaşılmaktadır. Ancak, hukuka uygunluk nedenlerinin sistemli bir açıklamasına ulaşmak amacıyla maddi fiil ve kusurluluk yanında "hukuka objektif aykırılığı" unsur sayan bu düşünce eleştirilmiştir. Denmektedir ki, unsurlar arasında bir homojenlik bulunmamaktadır, yani algılama ile değerlendirme bir tutulmuştur, çünkü fiil ve kusurluluk unsurları maddi bir muhtevaya sahipken, yani algılanabilir şeylerken, "hukuka objektif aykırılık" ve "iradenin kınanabilirliği" yalnızca maddi

---

2> **Maggfore,** Diritto **penale,** I, s. 203 vd.

™ Bettol. Diritto penale, s. 217; Maggiore,Diritto penale, 1, s. 204; Delitala, D fatto nella teoria generale del reaıo, Padova 1930,s.13 vd.;Petrocelli,Principi di diritto penale, Napoli 1955,s.237.

bir olgu üzerine verilen bir değer hükmüdürler, yani bir değerlcndirmedirlcr. Bunu k.-anıtlaınak zor değildir. Gerçekten, cünnı bir fiil ayrıştınldığında, beşeri maddi bir fiil ve failin psişik bir davranışı oıtaya çıkmakta, ama hukuka aykırılık denen algılanabilir bir değer ortaya çıkmamaktadır, çünkü hukuka aykırılık, diğer iki unsurdan aynlabilen, bunlann dışında varlığı olan bir şey değildir, ama bunların birlikte bir niteliğidir.

ikili ayınında suç, kusurlu iradeyle işlenmiş beşeri bir fiildir[245]. Buradan suçun iki unsuru ortaya çıkmaktadır. Bunlar, maddi unsur, yani tüm kurucu unsurlarla birfil.'te "maddi fiil" ve manevi unsur, yani kast veya taksir biçiminde ortaya çıkan k.'USurlu iradedir. Bu düşüncede, hukuka aykırılık, hukuka salt objektif aykırılık anlamında değil, ama suç hukuka aykın bir fiil olduğundan, daha kapsayıcı, daha bütüncü bir anlamda anlaşılmaktadır. Açıkçası, burada, hukuka aykırılık, maddi ve manevi tüm unsurlarında fiili bütünü itibariyle içine alan bir nitelendirmedir. Bu yüzden, hukuka aykırılık, suçun maddi ve manevi unsuruyla aynı düzeye konabilecek bir unsur değildir, tersine, ünlü bir deyişle, suçun özü, suçun kendisidir[246]. Hukuka aykırılıkla maddi - manevi unsur arasındaki ilişki, değerlendirmeyle değerlendirilen arasındaki ilişkidir. Bu demektir ki, maddi - manevi unsur, suçun doğal/tabiatçı yönünü ifade ederken, hukuka aykırılık, suçun değerlendirme yönünü ifade etmektedir. Elbette, böyle olunca, hukuka aykırılık, özü bakımından, ceza normuyla tüm fiil arasındaki bir ilişki, bir karşıtlık hükmünü ifade etmektedir.

Geçmişte farklı olmalarına rağmen, bugün her ilci düşünce, suçu ayrıştırmanın genelde bir amaç olmadığı, ama sadece suçu tanımanın bir vasıtası olduğu, suç üzerinde yapılan işlemlerin onun bütüncü karakterini, yani "tek parçadan ibaret olma" özelliğini bozmaması gerektiği noktasında birleşmektedir. Gerçekten, bugünkü düşüncede suç, ne tek başına beşeri fiil, ne hukuka aykırılık, nedekusurluluktur. Hatta, suç, bunların sayısal bir toplamı da değildir. Her unsur tabiatçı bir görünüme sahip olduğu kadar, normatif bir görünüme de sahip bulunmaktadır. Böyle olunca, suç, hem beşeri bir davranışı, hem hukuka aykırılığı, hem de kusurluluğu içeren bir fiil olmaktadır. Kuşkusuz, suç bu biçimde algılandığında, tartışmalann üzerinde yoğunlaştığı nokta, hukuka aykırılığın yeri olmaktadır. Ancak, bu konuda, "katı analizci bir zihniyete" saplanıp kalınmamalıdır. Aksi takdirde, objektif sorumluluk, isnat edilebilir olmayanların sorumluluk hallerinin yer aldığı bir hukuk düzeninde,

---

245 Can-ara. Programa. p. 53; Florian, Parte generale del diritto penale, Milano 1934, v.l, s.398; Manzini, Trattato, I, s. 527; Antolisei, Manuale, PG., s. 213

246 Rocco, L' Oggetto, s. 475.

kusurluluğu da, suçun kurucu unsurları arasında saymamak gerekecektir. Bu, suçun ikili veya üçlü ayınmırun, mutlak bir değer değil, itibari bir değer olınası demektir. Tabii, böyle olunca, bunlardan birini veya ötekini seçmek, mantıksal bir esastan çok, takdire ve güdülen amaca bağlı olarak değişmektedir.

Belirtilen bu yaklaşımlar dışında, suçun fiil, kusurluluk ve cezalandırılabilirlik olarak[247] veya diğer birçok biçimde ayrıştırıldığı görülmektedir. Ancak, bu düşünceler, doktrinde genelde itibar görmediklerinden, burada, sadece zikretmenin, yeterli olduğunu düşünüyoruz.

Ülkemizde, suçu iki[248] veya üç unsura ayırt ederek inceleyenler yanında, suçu yasallık/tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık ve kusurluluk olarak dört unsura ayırarak inceleyenlere[249] de rastlanmaktadır. Kunter, suçu, maddi unsurlarına ve kanuni unsurlarına bölmekte, bunları da kendi içinde tekrar aynştınnaktaclır[250].

1kili ayırımın kuramsal olarak daha tutarlı olduğu iddia edilmekle birlikte[251]; biz, suçu; hukuka aykırı, kusurlu beşeri bir fiil olarak algılaclığımızdan, "didaktik" ve "pratik" gereksinimleri daha iyi karşıladığını düşünerek, üç unsura ayrıştırarak inceleyeceğiz.

Bunlar şunlardır: Fiilsiz suç olmaz, ihlalsiz suç olmaz, kusursuz suç olmaz.

VI. SUÇUN ÖNŞARTI, FİİLİN ÖNŞARTI

Bir kısım doktrinde, yokluğunda suçun varlığını imkansız kılan, bu niteliğiyle suça takaddüm eden bazı şartların bulunduğu iddia edilmiştir. Kurucu unsurları dışında varlığına işaret edilen suçun bu olmazsa olmaz şartlarına, "suçun önşartı" denmektedir. Ancak, bugün, doktrinde genel kanaat, suça takaddüm eden bu tür bir "kategorinin" bulunmadığı yolundadır.

Öte yandan, doktrinde "fiilin önşartı" kavramından söz edilmektedir. Bundan maksat, bazı suçların işlenebilmesi için gerekli olan cürmi fiilden önceki ve ondan

---

247 Battaglini, Diritto Penale, PG., Padova 1949, s.122; Marunucci e Dolcini, Corso eli diritto penale, Milano, 1999, s. 467 vd.

,... Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2005, s. 106 vd; Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türle Ceza Hukuku, Ankara 1995, s. 247 vd.

249 Centel-Zafer-Çakrnut, TUrlc Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul 206, s. 227, 228 vd., 230 vd., 280 vd., 342 vd.; Demirbaş, Ceza Hukuku, OH.,Seçkin, Ankara 2006, s.205 vd., 207 vd., 247 vd., 312 vd.; Dönmezer-F.nnan, Ceza Hukuku,1, s. 310 vd; Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 29vd.

;1,0 Kunter, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, s. 171 vd.

251 Mantovani, Diritto penale, s. 134,

bağımsız tabii veya hukuki unsurlardır. Örneğin, çocuk düşüıine ve düşürtme suçlarında kadının hamile olması, zina suçunda evli olmak, hırsızlık suçunda şeyin başk'1lSına ait bulunması vs., fiilin önşartı sayılmaktadır.

Fiilin önşartlan kategorisi doktrinde kabul görmüş, ancak bu terim yerinde göıiilrneyerek yerine "hareketin önşartı" teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı ileri süıiilmüştür. Zira, denmektedir ki, söz konusu bu şartlar, failin hareketinden bağımsız olmakla birlikte, kanunun suç olarak öngördüğü fiilin dışında değildir, fiilin içindedir. Düşünce doğrudur.

Fiilin veya hareketin önşartları kategorisi, özellikle "kast teorisi" bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte, bir hususu gözden kaçırmamak gerekmektedir: Kendine özgülüğüne rağmen, söz konusu bu unsur, diğer unsurlar gibi, ait oldukları suçların yapısına dahildirler. Tabii, böyle olunca, bunlar, madem bulunmadıklarında norm ihlal edilmiş sayılmamaktadır, suçun asli unsuru olmaktadırlar.

VII. CEZALANDIRABİLMEŞARTLARI

Yukarıda belirtildiği üzere bir kısım doktrin, suçu ayrıştırırken, fiilin cezalandırılabilmesini suçun unsuru saymaktadır. Bu doktrin, cezalandırılabilrnenin, suçun hukuken tamamlanması için gerekli olduğundan, cünru fiilin bir unsurunu oluşturduğu kanaatindedir. Ancak, cezalandırılabilme kavramını bu biçimde algılamak yanlıştır, çünkü suçun oluşup ortaya çıkması başka şeydir, ortaya çıkmış olan bir suçun cezalandırılabilir olması, başka bir şeydir. Cezalandınlabilmenin söz konusu olabilmesi için mutlaka tüm unsurlanyla tamamlanmış bir suçun varlığı gerekmektedir. Bundan ötürü, cezalandırılabilme şartları, suçla değil, ama cezayla ilgilidirler. Açıkçası, bunlar cezanın verilebilirliğiyle bağıntılıdırlar, dolayısıyla tasnifteki yerleri, suç olmamakta, ceza olmaktadır.

İKİNCİ BAŞLIK
SUÇUN UNSURLARI

I. FİİLSİZ SUÇ OLMAZ

A. Fiil kavramı, niteliği,uıısurlan, B.Hareket,].icra hareketi 2.l!ıuıal hareketi, C Netice, 1. Bir Olgu Olarak Netice 2. *Neticeuiu tabiatçı anlayışı,].Neticenin lıuJ..1ıki/uom1atif anlayışı, D. Nedeıısellik , 1. Genel olarak, 2.Nedeııselliği açıklayan düşiiuceler, a.Tabii nedensellik düşüncesi, b. Uygun nedensellik düşüncesi,* c. *Beşeri nedensellik düşüücesi, 3.Hukukumuzda nedensellik meselesi, E. ihmalin nedenselliği, 1. llunaliu gerçekliği tartışması,* 2. *ihmalin nedenselliği, F. Neticeyi önleme yükümlülüğü,* G. *Maddi unsur esas olmak üzere suçlann tasnifi, 1 Hareket Esas Obnak Üzere Suçların Tasnifi a. Ani suçlar, b. Kesintisiz suçlar, c. itiyadı suçlar,* 2. *Netice esas olmak üzere suçların tasnifi*

A. Fiil Kavramı, Niteliği, Unsurları

Suç, öncelikle, kaynağını insanda bulmak anlamında, beşeri bir fiildir. Bu, kaynağını insanın dışında bulan fiillerin, yani tabiat ve hayvan fiillerinin suçu oluşturmaması demektir. İnsanın dışında canlı veya cansız tabiata ait fiiller, ancak insana izafe edilebildikleri takdirde suç olarak ortaya çıkmaktadır. Liberal-demokratik bir ceza hukuku düzeninde kuralın istisnası yoktur. Kural, bir ceza hukuku düzeninin niteliğini belirlemede mihenk taşıdır. Böyle olunca, salt düşünce, inanç ve kanaati yasaklayan bir hukuku düzeni, liberal-demokratik bir hukuk düzeni değildir2, ya teokratik ya da totaliter bir hukuk düzenidir.

m **Gerçekten, AIHS.,** 9, 10. maddeleri hükmünde salt düşünce, inanç ve kanaatin mutlak olduğunu, sınırlandınna konusu yapılamayacağını,dolayısıyla kim nekadar tehlikeli sayarsa saysın, düşünce, ınanç **vekanaatin kendisinin** hiçbir ı.aman suç sayılamayacağını, ancak, sözleşmede konan kurallara uyulması koşuluyla, sadece düşünce, inanç ve kanaatin bir biçimde ifade edilmesine sınır konulabileceğini, **dofayısıyla suç** sayılabileceğini kabul etmiştir.

Cezahukuku söz konusu olduğunda, devle **her ifadeyi değil,sadece** demokratik bir toplum bakımından **yakın tehlike doğuran fiilleri suç sayabilir. Aksine** bir**davranış, hakkın** kötüye kullanılmasıdır.Ancak, bir fiili **suç saymak başka şeydir, suç sayılan** fiilin unsurlannı **belirlemek,** yani tanımlan1ak başka bir şeydir. **Bu bağlamda, devlet, sadece amaç gayri meşru- araç gayri meşru ve amaç meşru- araç gayri** mt¾ı;ru ifadelerini **sağlayan beşeri davranışları suç sayar, dolayısıyla amaç** gayri meşru- araç **meşru ifadesini sağlayan davranıştan suç sayamaz.** Bu **ifade, teokratik, totaliter devletlerle, liberal-demokratik**devletler **arasındaki sının oluşturmaktadır.**

Gerçekten, liberal.<Jemokratik devletleıde, bir düşUnce, inanç **ve kanaa ne kadar** tehlikeli veya ı.amrlı **görülürse göriilsün; ifadesi, söz, yazı, çizgi, ses, işaret vs., "ifadede şiddeti" içennediği sUrece;** fiil, runaç gayri meşru- araç meşru ifadesini sağladığından, yakın tehlike bile doğw'sa, herhangi bir suça vücut vennez. Aksine bir davranış, dUşUnce inanç ve kanaatin kendisinin suç sayılması sonucunu doğurur. K.uşJaısuz, bu baJde, artık neAnayasanın 1 nwkbi hillanliniln emrettiğiliberal-demokratikbirdevfenen. **nededemokratik** bir hukuk-ceza hukuku dUzeninden sözedilebilir.

Bugün hemen tilin devlcderin ceza kanunlarında yer alan hakaret ve sövme, kamu dllı.enini kw-an bnwı1ara itaatsizliği, halle arasında kin ve dUşmanlığı, kanunun suç saydığı bir fiili işlemeyitahrik etme, devletin eridaini kullanan organ]anru, devletin ınsan unswunun kültürünü tahkir etme fiilleri, müstehcenlik, niteliği neolursaolsun, herhukuk dilı.enincle, amaç*IP.Y"*-anıç gayri meşru ifadesini doğıu]ayan davranışlardır. Bu yüzdendir Jci, unsurları insanlık tarihi sUrecinde bUyük emekler karşılığı olarak oluşturulan bu fiiller, evrensel olaralcsuçsayılmaktadırlar.Bunlarda. araçta gayri meşruluk, hakaret ve sövme.de, '|'yüzekarşılık" veya "ihtilat" unswu; öeekilerindc, "aleniyet" unswudur. Hafıroğullan, übezaJ Demokratik Topfwn, Hukuk veDevlet Düzeninde İfadeHUıriyeti'nin Sınırı, TBB.,Kasırn-Amlık 2004, S.*55,*s.*85* vd.

Anayasa, 38. maddesinde, kanunun suç saymadığı bir fiilden söz ederken, açıkça fiilsiz suç olmaz kuralına vurgu yapmış olmaktadır. Aynı şekilde, CK'nunu, 2. maddesinde, kanunun suç saymadığı bir "fiil"den söz edilmektedir. Bu demektir ki, suçun maddesini, fiil oluştunnaktadır.

Bugün, fiilsiz suç olmaz kuralı, uygar bir ceza hukukunun, kendisinden vazgeçmesi imkansız olan bir temel taşıdır. Ancak, Ceza Kanunu, 2. maddesi hükmüne rağmen, bazı hükümlerinde, bu temel kuralı maalesef ihmal etmiştir. Gerçekten, Kanun, ör., 216. maddesinde düşünce, inanç ve kanaatin kendisini suç saymakla, 267. maddesinde "basın ve yayın yoluyla" iftira suçunun işlenebileceğini kabul etmekle, fiilsiz suç olmaz kuralını açıkça ihlal etmiş olmaktadır.

Fiil, genelde, hareket, netice ve bu iki terim arasında neden-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağından ibaret bulunmaktadır. Ancak, hukukta, hareketten, mutlaka hukuki' değeri haiz bir neticenin hasıl olması zorunlu kılınmış değildir. Bazı suçlar hareketten ayrıca hukukun değer izafe ettiği bir neticenin meydana gelmesini zorunlu kılarken, bazı suçlar hukukun değer izafe ettiği bir netice aramaksızın, salt hareketten ibaret bulunmaktadırlar. Gerçekten, en başta teşebbüs derecesinde kalan suçlarda, bunların niteliklerinden ötürü, bir neticeden söz etmek mümkün olamamaktadır. Aynca, Kanunun,ör., 215, 219, 220, 225, 227,230, 275, 280, 292. maddelerinde öngörülen suçlar salt hareketin oluşturduğu suçlardırlar.

Bu demektir ki, netice, tabii buna bağlı olarak nedensellik bağı, fiilin zorunlu bir unsuru değildir, ama hareket, fiilin zorunlu bir unsurudur. Bir hareket yoksa, ortada, ne bir fiil, ne de bir suç vardır.

B. Hareket

Hareket, vücudun nesnel, yani algılanabilir bir devinimi, bir kınıldanmasıdır. Tanım hareketi mekanik bir olgu olarak ifade etmekle birlikte, hukukun gerçeklerine uygun düşmemektedir, çünkü hukukta hareket, her zaman vücudun tek bir devinimi veya kımıldanışı olarak ortaya çıkmamakta, ama çoğu kez vücudun bir çok devinimi veya kımıldanışı birlikte bir bütün oluşturarak ortaya çıkmaktadır. Tabii, böyle olunca, mekanik alemde vücudun her bir devinimi bir hareket sayılırken, hukuk aleminde vücudun bir tek devinimi kadar birden çok devinimi de, bir hareket sayılabilmektedir. Bu durum, "hareketin mekanik anlayışı" yanında "hareketin bütüncü anlayışına" vücut vemiiştir.

Bütüncü anlayışında hareket, sadece mekanik aleme ait salt fiziki bir olgu değildir, aynı zamanda psişik bir olgudur. Bunun içindir ki, ceza hukukunda hareket, "vücudun şuurlu ve iradi devinimi" olarak tanımlanmaktadır. Ancak, bu tanım,

kasıtlı ve taksirli hareketleri kapsamakla birlikte, münfeıit devinimleri birleştirerek hulaıkun hareket dediği bir bütünü oluşturmaya imkan vennemektedir. Bir düşünce, bu eksikliği gidermek amacıyla, hareketi, davranmak toplumsal alemde bilinçli amaçlar için uğraşmak olduğundan, "vücudun toplumsal değeri haiz bir amacı bilinçli olarak gerçekleştinneye matuf iradi bir devinimi" olarak tanımlamaktadırm. Bu düşüncenin taksirli hareketi açıklamada yeterli olmadığı iddia edilmiştir. Hukuki gerçeklikte ereksel varlığıyla aralarında beşeri davranışın da yer aldığı kanun koyucuyu bağlayan ontolojik yapıların bulunduğu felsefi önermesine dayanan "Hareketin ereksel teorisi" adında başka bir düşünce, ceza hukuku bakımından değer ifade eden hareketi, "ereksel olarak tipik neticenin gerçekleşmesine yönelmiş bulunan bir faaliyet" biçiminde algılamaktadır[254]. Bu düşünce de tutarlı bulunmamıştır. Gerçekten, taksirli hareketleri yeterince açıklayamaması bir yana, düşüncenin kastı ve taksiri içeriğinden soyutlayıp kusurluluktan koparark bunları hareketin, dolayısıyla hukuka objektif aykırılığın sübjektif unsuruna dönüştürmesi, temel hata olarak değerlendirilmiştir.

Beşeri hareketin, vücudun şuurlu ve iradi bir devinimi olarak, psişik-fizik bir bütün teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Ancak, bu, hareketin bütünlüğü bozulmadan farklı açılardan ele alınıp incelenmesine bir engel teşkil etmemektedir. Böyle olunca, hareketin nesnel ve öznel açıdan farklı yerlerde, farklı biçimlerde incelenmesi bir özür değil, tersine bir zorunluluktur. Ama, bu, beşeri hareketi salt "mekanik bir veri" olarak algılamak hakkı bahşetmez. Şuur ve irade sahibi bir varlık olarak insan, ait olduğu toplumun dışında, bizzat hayatının akışına yön veren toplumsal kurumlarla çatışan veya uyuşan davranış modelleri oluşturabilmektedir. Oluşturulan bu davranış modelleri, kişinin davranışının kurallarıdır. Kişi, bu yapı içerisinde kendisine varılacak amaçlar koyabilmekte ve kendisine göre bu amaçlara götürebilecek en elverişli araçları belirleyebilmektedir. Elbette, böyle olunca, mekanik alemden farklı olarak, hukuk aleminde hareketi vurgulayan özellik, amaçsallık olmaktadır. Gerçekten, vücudun birbirini izleyen şuurlu ve iradi birçok devinimi, amaçsallık sayesindedir ki, mekanik alemin tersine birçok harekete değil, ama hep birlikte bir bütün teşkil ederek tek_bir harekete vücut vermektedir.

Hareket olumlu veya olumsuz bir biçimde ortaya çıkabilir.Olumlu bir biçimde ortaya çıkan hareket bir yapmak, olumsuz bir biçimde ortaya çıkan hareket bir yapmamaktan ibaret bulunmaktadır. Yapmak biçiminde ortaya çıktığında harekete

---

[1!] Bettiol, Dirin.o penale, s. 248; 10., Rilievi metodologici sul concetto deli' azione, Scritti giurid.ici Padova 1966, v.l, s. 465.

[254] Welzel' den Mantovani, Diritto penale, s. 151

"icra hareketi", yapmamak biçiminde ortaya çıktığında harekete "ihmal hareketi" denmektedir. Elbette, ihmal hareketi, icra hareketinin "antitezi"dir. Ancak, ihmal hareketi de insanın nesnel, yani harici bir davranışıdır. Kuşkusuz, bu da, failin kişiliğinin bir tezahürünü oluşturmaktadır.

Doktrinde 765 sayılı TCK'nun 135/2, 578, vs. maddeleri hükmüne bakılarak, icra veya ihmal hareketi yanında, bir "durumun" da suçu oluşturabileceği ileri sürülmüştür. Bu çeşit suçlara "durum suçları" veya "salt şüphe suçları" denrnektedir[255]. Ancak, bu düşünce, genelde kabul görmüş değildir. Denmektedir ki, iddia edilenin tersine, bu çeşit suçlarda cezalandırılan şey, salt bir "durum" değildir, ama bir "harekettir". Bu çeşit suçları vurgulayan özellik, bir şeye zilyet olmaktır. Bir şeye zilyet olmak ise, kuşkusuz bir harekettir. Ancak bir şeye zilyet olmak iradi değilse, ortada failin bir fiili olmadığından, o şeyi salt bulundurmuş olma, tabii suç sayılmayacaktır. Bu, ortada bir icra veya ihmal hareketi olmadıkça, bir suçun da bulunmaması demektir25[6].

Bu konuda TCK'nun, ör. 191/1, 226/3,4 maddeleri hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçekten, Kanun, suç konusu şeyi salt üzerinde bulundurmuş olmayı suç saymaktadır. Burada bir şeye sahip olmak söz konusu olmaktadır. Bir şeye sahip olmak, açıkçası suçun maddi konusu olan şeye sahip olmak, kuşkusuz bir harekettir. Şeye sahip olmak iradi değilse, elbette ortada bir suç yoktur.

1. İcra Hareketi

Ceza hukuku düzenini oluşturan normların büyük bir kesimi, bir şeyi yapmanın emrinden ibarettirler. Bir yapmamanın, yani bir yasağın emri olan normlar (ör., CK. m. 81), ihlal edilebilmeleri için bir icra hareketini gerektirmekte, dolayısıyla bunlara, hareketten ötürü "icra suçları" denmektedir. Ancak, bu suçların bazıları, özünde bir icra hareketini gerektirmesine rağmen, bir ihmal hareketiyle de işlenebilmektedirler. Bunlara, ihmal suretiyle icra suçu denmektedir. Adam öldürme, müessir fiil suçlan, bu türün tipik örnekleridir. Kanun, 83 ve 88. maddelerinde bu suçları düzenlemiştir. Gerçekten, öldürme ve yaralama suçları, bir icra hareketi ile işlenebildiği gibi, bir ihmal hareketi ile de işlenebilmektedir.

İcra hareketi, kişinin yapmak biçiminde nesnelleşen davranışıdır. Doktrinde, icra hareketi, normca korunan menfaati veya kanun koyucunun cezalandırmak

---

[25]j Manzini, Tranato, Trattato, v.I, s. 561 ; ID., lstituzioni, s. 63; Bellevista, I reati senza azione, Napoli 1937

[256] Antolisei, Manuale, PG., s. 219; Bettiol, Diritto penale, s. 250.

suretiyle ulaşmak istediği kamusal menfaati ihlale elverişli bedensel devinimolarak tanımlaınalı.."tadır. Bu, en başta dış organların, yani genelde el, kol ve bacakların bir devinimi olmakla birlikte, bir sözle (ör. sözle hakaret) veya vücudun bir kımıldanışı ve hatta, kişinin iradesinin nesnelleşmesi olmak kaydıyla, her çeşit yüz ifadesiyle de ortaya çıkabilir. Ancak, vücudun belirtilen bu biçimlerdeki bir deviniminin hukuken bir değer ifade edebilmesi için, bunların nomıca korunan bir değeri veya menfaati ihlale elverişli olmaları gerekmektedir.

Vücudun bir tek devinimi (ör. bir bıçak darbesiyle bir kimseyi yaralamak) nonnca korunan değer veya menfaati ihlale elverişli olabileceği gibi, birden çok devinimi de (ör. birçok bıçak darbesiyle bir kimseyi yaralamak) birlikte ihlale elverişli olabilir veya ihlali gerçekleştirebilir. Bu halde, hareketin, tabii buna bağlı olarak suçun, tekliği veya çokluğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Meselenin çözümünde, genelde, beşeri davranışın niteliğinden hareket edilmektedir:

Şuur ve irade sahibi bir varlık olarak insaıı, belli amaçları elde etmek için, davranışta bulunur. Davranışta bulunmak, esasında, bilinçli aınaçlar için hareket etmek demektir. Böyle olunca, hareket, insanın bir aınaca matuf bir davranışı olmaktadır. O halde, bütüncül karakteri itibariyle hareketi vurgulayaıı özellik, "bilinçli bir amaca yönelme"dir. İcraları esnasında aralarında ayrılabilen münferit devinimler, ırısanın kendisirıe koyduğu anıaç sayesinde birbiriyle birleşmekte ve bir birlik arz etmektedir. Örneğin, öldürmek maksadıyla bir kimsede birden çok yara açıldığında, yara sayısınca harekette bulunulmuş olmamakta, ama bir tek harekette bulunulmuş olmaktadır. Ancak, hareketi belirlemede, bir başına amaç yetmemektedir, aynca vücudun muhtelif devinimleri arasında bir zaınaıı birliği"nirı, yani hem zanıanlığın bulunması da gerekmektedir. Amaçta birliğe rağmen, vücudun muhtelif devinimleri arasında bir zanıan birliği yoksa, hareket bir tane değildir, birden çoktur. Tabii, bu halde, suç da birden fazla olmaktadır[257].

Bu düşünce taksirli suçlarda icra hareketini açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Denmektedir ki, bu ölçü kabul edildiğinde, ör. taksirli bir davraıışla ateş alan otomatik bir silahla aynı kişiyi birden çok yaralama halinde, bir tek taksirli fiilden değil, birden çok taksirli fiilden söz edilecektir.Bu, kabul edilebilir bir durum değildir. Öyleyse hareketin tekliğini tayinde amaca değil, muhtelif tipik davranışların himaye edilen aynı menfaati ihlale elverişli olup olmadığına ve muhtelif davranışlar arasında bir zanıan birliğinin bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Bu iki unsur birlikte varsa, hareket tektir. Eğer bu unsurlardan biri yoksa,

---

257 Anto]isei, Manuale, PG., s.222; ID., L'Azione el' evento ne] reto, Milano 1928.

hareket, dolayısıyla suç birden çokturı.ıs_ İleride suçların içtimai ile ilgili bazı meseleleri çözmekte yararlı gözükse bile, bu düşünce meseleye yaklaşımında tutarlı değildir. Gerçekten, verilen örnekte, amaç kavramından hareket edilmesi halinde bile, hareket çok değildir, tektir, çünkü ileri sürülenin tersine, burada amaç sadece otomatik silahla oynamak olduğundan, silahın birden çok ateş alması sonucunda bir kimsenin yaralanmasında ortada birden çok taksirli yaralama suçu bulunmamakta, sadece bir tek taksirli yaralama suçu bulunmaktadır.

Özetlersek, hareketin tekliğini veya çokluğunu tayinde, "amaçta" ve "zamanda" birlik yeterlidir, başka bir ölçü aramaya gerek bulunmamaktadır.

2. İhmal Hareketi

Sayıları pek fazla olmamakla birlikte, ceza hukuku düzenini oluşturan diğer bir kısım normlar, bir şeyi yapmanın emri, yani bir emirin emri (ör. CK.m. 278, 279, 280, 284, vs.) olan normlardır. Bir şeyi yapmanın emri olan bu normlar, ihlal edilebilmeleri için, bir ihmal hareketini gerektirmekte, dolayısıyla bunlara "ihmal suçları" denmektedir. Bununla birlikte, yukarıda belirtildiği üzere, bazı icra suçlarının ihmal hareketiyle işlenmesi imkansız değildir. Bu durum, ihmal suçlarını, salt ihmal suçları, ihmal suretiyle icra suçları olarak ayırmayı zorunlu kılmıştır.

İhmal hareketi, icra hareketinin karşıtı/antitezi olarak, vücudun şuurlu ve iradi bir devinimde, bir kımıldanmada bulunmamasıdır. Bu durum, ihmal hareketinin mahiyetini tartışmalı kılmıştır. Oldukça etkili bir düşünce, ihmalin nesnelliğinin, ifadesini, failin kendisinden beklenen davranışı yapmayarak yaptığı başka bir icra hareketinde bulduğu kanaatindedir. Gerçekten, kişinin bir davranışı olarak ihmal, bu düşüncede, bir boşluk veya bir yokluk değildir. İhmalde bulunan kimse hareketsiz kalmamakta, ama başka bir şey yapmakta; kendisinden beklenen hareketi yapmamakla birlikte, başka bir hareketi yapmaktadır. Bu ikinci hareket ihmalle bir bütün oluşturmakta ve onun nesnel yüzünü ifade etmektedir[59]. Bu düşünce, sadece anlaşılmaz olduğundan dolayı değil, ama aynı zamanda tutarsız olduğundan dolayı eleştirilmiştir. Bir kere bir harekette bulunmak zorunda olan bir kimse, her zaman mutlaka başka bir hareketi yapmamaktadır. Örneğin, kişinin hareketsiz kalmaya devam etmesi veya uyuyakalması halinde durum budur. Sonra öyle yükümlülükler vardır ki, bunların belli bir anda yerine getirilmesi gerekmemekte, ama uzun veya kısa, belli bir süre içerisinde yerine getirilmesi

---

ı,ı Mantovaru, Diritto penale, s.153.

[259] Düşünce 19. yüzyılda yaşamış olan Alman cezacı Luden' e aittir. İtalyada Massari ve Grispigni bu düşünceden yana olmuşlardır (Mantovani, Diritto penale, s.156, dn. 29).

istenmektedir. Bu halde, ihmalin nesnel yüzünü ifade eden " başka bir hareketin" neden ibaret olduğunun tespiti mümkün olmamaktadır. Kaldı ki, failin kendisinden beklenenden başka bir harekette bulunması, hukuki bir değeri haiz bulunmamaktadır. Hatta bunun tespitine de gerek yoktur, çünkü ör. kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçunda (CK.m. 279) hak.im, suçu bildirme yükiimlülüğünü yerine getirmediği esnada kamu görevlisinin ne yaptığını tespitle yükümlü değildir. Burada, hakimin yükümlülüğü, sadece kamu görevlisinin suçu bildim1e görevini yapıp yapmadığını tespit etmekten ibarettir[260].

Bir başka düşünce, ihmal hareketinin algılanabilir bir gerçekliğinin bulunmadığı, bunun insan aklının ortaya koyduğu sadece basit bir değer hükmü olduğu kanaatindedir[261]. Ancak bu düşünce de tutarlı bulunmamıştır. Bir kere ihmal hareketini algılanabilir bir gerçeklik saymamak, en başta "beşeri bir fiil olmadıkça suç da olmaz" ilkesiyle çatışmakta, böylece ceza kanunlarında yer alan ve hiç de azımsanmayacak bir sayıda olan ihmal suçlarını açıklamak mümkün olmamaktadır. Sonra, denmektedir ki, ihmali açıklamada, ille de "evrende yegane geçeklik maddi, algılanabilen ve dokunulabilen gerçekliktir" denmedikçe, ihmalin nesnelliği inkar edilemez. Gerçekten, felsefi kavramlara gitmeden, içinde yaşadığımız toplumlara bakıldığında, kimsenin çocuğunu boğarak öldüren anne ile ona süt vermemek suretiyle öldüren anne arasında bir fark gördüğü gözlenmiş değildir. Her halde, bu durum, başka bir şeye gerek kalmadan, ihlalin nesnelliğini açıklamaya yeterlidir[262].

Bugün, doktrinde, ihmalin esasının "kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması" olduğu düşünülmektedir. Tabii her ihmal hareketi hukukla ilgili değildir. Hukuku ilgilendiren ihmal hareketi, bir hukuk kuralıyla çatışan, yani hukuk düzenince emredilen davranışların yapılmamasından ibaret olan ihmal hareketleridir. Ancak, burada, salt ihmal suçlarıyla ihmal suretiyle icra suçlarının özelliklerini gözden uzak tutmamak gerekmektedir, çünkü salt ihmal suçları (ör. CK. m. 278, 279 vs.), emredilen davranışın yapılmaması ile işlenirken, ihmal sureti ile icra suçları, ihmalin maddi bir netice meydana getirmesi ile (ör. annenin yeni doğmuş olan çocuğuna meme vermeyerek onu öldürmesi, makasçının makası değiştirmeyi ihmal ederek bir tren kazasına neden olması) iş]enebilmektedirler.

JBJ Antolisei, Manuale, PG., s. 224; Mantovani, Diritto penale, s. 156.

161 Vannini, I rati comi.ssivi rnediante omissione, Roma 1916, s. 17.

161 Antolisei, Manuale, PG., s. 225.

C. Netice

1. Bir Olgu Olarak Netice

Beşeri davranış, nonnatif bir değerlendirmenin de konusu olmakla birlikte, esasında olgusal aleme ait bulunmaktadır. Olgusal alemde, olgular arasında, birinin diğerinden hasıl olması anlamında, bir bağıntının bulunduğu gözlenmektedir. Nedensellik denen kavramın da esasını oluşturan bu bağıntıda, hasıl eden karşısında hasıl olana genelde "netice" denmektedir. Ancak, olgusal bu yapının bir sonucu olarak, asıl olan, bir yerde hasıl eden konumunda bulunmakta, tabii bu süreç sonsuza kadar sürüp gitmektedir. Burada, suç söz konusu olduğunda, suçta neticenin, açıkçası hareketin sonucunun neden ibaret olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda doktrinde iki görüş bulunmaktadır.

2. Neticenin Tabiatçı Anlayışı

Netice, hareketin doğal sonucudur, yani zaman itibariyle hareketten sonra gelen, dolayısıyla onunla nedensel olan ve algılanabilen dış dünyadaki bir değişikliktir. Bundan ötürü, netice, harekete eklenen, ama mantıksal ve zamansal olarak hareketten farklı, onun dışında algılanabilen bir gerçekliktir. Hareketin bu doğal sonucu, yani netice, fiziki (ör. başkasına zarar vennede, yıkma, tahrip etme, vs.), fizyolojik (adam öldürmede, ölüm), mameleki (ör. hırsızlıkta maldan mahrum kılına) ve hatta psikolojik (ör. hakarette, tahkir edici sözü idrak etmek) olabilir. Ancak, hukuku ilgilendiren netice, hareketten hasıl olan dış dünyadaki her değişiklik değildir, sadece suçun basit veya ağırlatılmış halinin varlığı için ceza normunca istenen "tipik" değişikliktii[63]. Gerçekten, tipik netice, ya suçun unsurunu (ör. adam öldünne suçunda, CK.m. 81, ölüm neticesi), ya da ağırlatıcı nedenini (ör. silahlı isyan suçunda, CK.m. 313, isyanın gerçekleşmesi) oluşturmaktadır. Hatta, bazen, birden çok suç birleşerek bir suçu oluşturduklarında, oluşturulan bu suçta, birden çok neticeye rastlanabilmektedir.

Ancak, netice, her zaman suçun zorunlu bir unsuru değildir. Hukuk düz.enlerinde, bu anlamda olmak üzere, neticeli suçlar yanında neticesiz suçlara da rastlanmaktadır. Belli bir neticenin gerçekleşmesi aranmadan yalnızca belli bir hareketin yapılmasıyla tamamlanan suçlara "neticesiz suçlar"veya "salt hareket suçlan" yahut "şekli suçlar" , ama buna karşılık bir hareketin belli bir neticeyi doğurmasıyla tamamlanan suçlara "neticeli suçlar" veya "maddi suçlar" denmektedir.

---

261 Antolisei, Manuale, PG., s. 226.

Birinci grubu, Kanunun, ör., 102, 103, 104, 105, 106, 107, 318, 319, 332, vs. maddelerinde öngördüğü suçlar oluştunnaktadır. Hatta, salt ihmal suçları (ör. CK., ın. 98, 257/2, 278, 279, vs.) da bu gruba giren suçlardırlar. Bunlar dışında kalan suçlar (ör. CK. ın. 81, 86, 91, 99, 100, vs.), ikinci gruba giren suçları oluştunnaktadırlar. Suçların bu tür bir ayırımı, özellikle teşebbüsle ilişkili olarak suçların tamamlanması anını tespit, suça iştirak, suçun işlendiği yer ve zamanı belirlemek, vs. bakımından büyük önem taşımaktadır.

Öte yandan, netice daima nedeni olan hareketi izleyerek ondan daha sonra ortaya çık.'tığından, hareketle netice arasında zamansal bir farkın bulunması doğaldır. Ancak, hareketle netice arasında geçen zaman, hukuken her hangi bir önemi haiz bulunmamaktadır. Böyle olunca, ör.,adam öldürme suçunda, ölüm neticesi hareketten ister hemen sonra, isterse çok sonra gerçekleşmiş olsun suç oluşmuş olmaktadır. Bu özellikten ötürü, neticenin hareketin yapıldığı yerden bir başka yerde gerçekleşmesi de imkansız değildir. Bu biçimde gerçekleşen suçlara, doktrinde "mesafe suçlan" denmektedir.

3. Neticenin Hukuki/Normatif Anlayışı

Netice, bu anlamda, zarar vermek veya tehlikeye sokmak suretiyle, hukukça korunan menfaatin ihlalidir. Bu açıdan bakıldığında, neticesiz suç yoktur, bütün suçlar neticeli suçlardır ve ihlal olarak ortaya çıkan netice, mantıksal olarak hareketle nedenseldir. Tabii, böyle olunca, suçların neticeli suçlar, neticesiz suçlar olarak aynlmasına da gerek yoktur[264].

İhlalin hareketin neticesi olarak algılanması, eleştirileri de birlikte getirmektedir. Bir kere, ihlal, hareketin olgusal, yani doğal bir sonucu değildir, tabiri caizse hukuki bir sonucudur, yani bir olgu üzerine verilen bir değer hükmüdür. Açıkçası, ihlal, hareketin neticesi değildir, suçun kendisidir, çünkü beşeri bir davranış, hukuki bir değer veya menfaatin ihlali değilse, pek tabii suç da değildir. Sonra, neticeyi ihlalle aynı saymak, zorunlu olarak, bir suçtan sorumlu olmak için ihlalin, yani hukuki bir menfaate zarar verilmesinin yahut tehlikeye sokulmasının istenmesini veya en azından öngörülmesini gerektirmektedir. Kuşkusuz, bu durum "normu" bilmeyi, öyleyse ihlalin veya hukuka aykırılığın, davranışın ve sonuçlarının farkında olmayı zorunlu kılmaktadır. Ancak, hiç olmazsa yürürlükteki hukukta, kanunu bilmek yükümlülüğü getirilmiş, dolayısıyla kanunu bilmemek kural olarak mazeret

---

lif-' Delitaıa. il fatto, s.163; Pannain, Manuale di diritto penale, Paıte generale, Torino 1967, s. 324; Dönrnezer- E.cman, Ceza Hukuku, I, s. 384.

sayılmamıştır. Böyle olunca, ihlal olarak anlaşıldığında, neticenin öngörülmemiş olması, hukuki bir değeri haiz olmayacaktır. Tabii, bu da, mevcut hukuk düzeninin temel ilkeleriyle çelişmektedir. Hepsi bir yana, ihlalin netice olarak anlaşılması, genelde 1CK'nun 6, 40, 43, 56, 116. maddelerinde yer alan "netice" (evento) terimi üzerindeki tartışmalara dayanmaktadır. Ceza Kanunu, ör., 8, 22, 23, maddelerinde "netice" terimine yer vermiş, ancak önemli olduğu yer olan suça teşebbüste bu terime yer vermemiştir. Kanunun neticeden söz ettiği hükümlerinde, netice, ihlal anlamında, normatif anlamda netice değildir, ama salt maddi anlamda neticedir.

Böyle olunca, Kanunda neticenin normatif anlayışını çağrıştıran açık veya örtülü bir hüküm bulunmadığından, bizde, ceza hukukunda, neticeden, hareketten hasıl olan, kanunun göz önüne aldığı, dış dünyadaki değişikliği anlamak gerekecektir.

Kanunun bu açıklığı karşısında, ihlali hareketin neticesi olarak algılamak, üzerinde çok tartışılacak bir konu olarak kalacaktır.

D. Nedensellik

1. Genel Olarak

Neticenin hareketten hasıl olması, hareket-netice arasında olgusal bir bağıntının kurulmasını zorunlu kılmıştır. Bu, nedensellik bağıdır. Gerçekten, hareket-netice arasında nedensellik bağının varlığı, yeterli olmasa bile, cürmı fiilin failine isnat edilebilmesinin ilk ve göz ardı edilmesi mümkün olmayan bir şartıdır. Neden olduğu bir neticeye bağlanmış olmadıkça, bir kimse hakkında, hiçbir sorumluluk veya tehlikelilik yargısı verilmesi imkanı bulunmamaktadır.

Nedensellik, doktrinde çok tartışmalı bir konudur. Bundan ötürü, nedensellik, sadece ceza hukukunun değil, hukukun tümünün, açıkçası hukukun genel teorisinin bir meselesidir .

Bir kimsenin işlediği bir fiille bağıntılı olarak sorumlu veya tehlikeli olduğunu söyleyebilmek, ancak, o kimsenin, suç teşkil eden bir fiili işlemiş olması halinde mümkündür. Böyle olunca, nedensellik bağı, ceza hukukunun incelemek zorunda olduğu bir konu olmaktadır.

Ceza Kanunu, İCK'nundan (m. 40) farklı olarak, hareket ve netice arasındaki olgusal bağı düzenleyen bir hükme genel hükümleri arasında yer vermiş değildir. Ancak, Kanun, taksiri düzenlediği 22. maddede neticeden söz etmektedir. Suça teşebbüsü düzenleyen 35. maddede, zarar veya tehlikenin ağırlığından söz

Gdilmektedir. Ayrıca, Kanun, oluşmasında doğal bir zararın veya tehlikenin meydana gelmesini aradığı birçok suçta (ör.m. 81, 83, 86, 87, 89, 94, 95, 185, l87, vs.), açıkça belirtmese bile, işin icabı olarak nedensellik bağına yer vermiş bulunmaktadır. Bütün buniar, nedenselliğin, ceza hukuku düzeninin olmazsa olmazlarından biri olduğunun kanıtıdır.

Ancak, ceza hukukunda, ceza hukukunun ihtiyaç duyduğu nedensellikten ne anlaşılması gerektiği hususu, halen çözümlenebilmiş bir mesele değildir. Bu konudaki düşünceler hem çoktur, hem de çeşitlidir. En azından didaktik bakımdan, bu düşüncelerin tek tek incelenmesinin gerekeli olduğunu düşünmüyoruz[265]. Burada, sadece, doktrinde ve uygulamada genellikle izlenmekte olan temel bazı düşünceler incelenecektir. Ayrıca, ihmalde nedensellik ve ihmalden sorumluluk meseleleri tartışılacaktır.

2. Nedenselliği Açıklayan Düşünceler

a. Tabü Nedensellik Düşüncesi

Tabii nedensellik düşüncesi (Von Buri), nedenselliği mantıksal-tabii bir veri olarak algılamaktadır. Bu düşüncede, nedensellik bağıntısı kurulurken, neticenin her münferit şartı, yani neticeden önce gelen ve bulunmadığında gerçekleşmesine imkan vermeyen her şart, neden kabul edilmiştir. O halde, burada, hareketin nedenselliğinden söz edilebilmesi için, kişinin neticenin her hangi bir şartını gerçekleştirmiş olması, yani sonucun meydana gelmesinde zorunlu olan önceki bir şartı sağlamış bulunması yeterlidir. Tabii, böyle düşünüldüğünde, failin hareketinin dışında kalan, hareketten önce, hareketle birlikte veya hareketten sonra ortaya çıkan her hangi bir şart harekete katıldığında, nedensellik bağı kesilmemektedir. Bu özelliğinden ötürü, tabii nedensellik düşüncesine, doktrinde, neticeyi meydana getiren her şart neticenin "olmazsa olmaz bir şartı" niteliğini taşıdığından veya neticeyi meydana getirmede her şart diğeriyle e§it bir değere sahip olduğundan, "şart" veya "şartların eşitliği" kuramı da denmektedir.

Bu düşünce ceza sorumluluğunun sınırını belirsiz bir biçimde genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçekten, denmektedir ki, söz konusu düşünceye itibar edildiğinde, ör., nekahet döneminde sokağa çıkan ve bir sürücü tarafından

---

11ıS Ranieri, Lacausalita' nel diritto penale, Milanao 1936; Battaglini, L' intemıı.ione del nessocausale, Milano 1954; Azı.ali, Contributo alla teoria della causalita' nel diritto penale, Milano 1954; Siniscalco, Causalita' (Rapporto di), Enciclopedia del dirtto, v. VI, 1960, s. 639 vd. Genel olarak Sorumluluk hukukunda nedensellik hakkında, Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun llliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

çiğnenen bir kimsenin ölümünden, sürücü kadar, sokağa çıkmasına izin veren doktor, yolda rastlayarak lafa tutan tanıdık, güzergahı kararlaştıran eşi, yol sorarak alıkoyan yabancı vs., sorumlu olacaklardır. Ancak, bu eleştiri, suçun manevi unsurundan yararlanılarak giderilmeye çalışılmıştır. Madem cezadan sorumluluk için nedensellik yeterli değildir, ayrıca kast veya taksirin katılması gerekmektedir, öyleyse bu unsur vasıtasıyla söz konusu sorumluluk doğru sınırlar içine çekilebilecektir. Yukarıdaki örnek ele alındığında cezadan ne doktor, ne yolda rastlanan tanıdık, ne hastanın eşi ne de yol soran yabancı sorumlu olacaktır.Burada, cezadan sorumlu kişi, sadece kusurlu hareketiyle ölüme neden olan sürücüdür.

Çözüm yeterli görülmemiştir. Hukuk düzenimizde kusurlu sorumluluk yanında, kanunun gerekçesinde aksi iddia edilmekle birlikte, ileride belirtileceği üzere, taksir karinesine dayalı bir tür bir objektif sorumluluğa da yer verilmiştir (CK. m. 23). Bu tür sorumlulukta, fiilin sadece iradi olmasına bakılmakta, mahiyeti gereği kusur aranmamaktadır. O halde, objektif sorumluluk hallerinde, doğal olarak kast veya taksirin sorumluluğu belirlemede sınırlandırıcı bir etkisi olamayacağından, sorumluluğun belirsizliği giderilemeyecek, hatta, çoğu kez, saçma sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Gerçekten, A B'yi hafif yaralasa, B hastaneye giderken bir otomobilin altında kalarak ölse, bu düşüncede A, yaralamadan değil, ama kastı aşan adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Bu bir yana, söz konusu düşünceye itibar edildiğinde, sorumluluk için kast veya taksirin katılımının arandığı bazı hallerde bile, saçma sonuçlara ulaşılabilmektedir. Bir kimse, hatta öldürme kastıyla yaralandıktan sonra hastaneye kaldırılsa, burada çıkan bir yangın veya başka bir felaket sonucunda ölse, yaralayan kişi, ölüm sonucu onun kusurlu davranışı olmadan gerçekleşemeyeceğinden, tamamlanmış adam öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. Tabii, bu, kabul edilebilir bir sonuç değildir.

b. Uygun Nedensellik Düşüncesi

Uygun nedensellik düşüncesi (Yon Kries), nedensellik bağından, beşeri davranışın neticenin olmazsa olmaz bir şartı olması yanında, ayrıca onun neticeyi meydana getirmeye uygun, oranlı olmasını anlamaktadır. Gerçekten, hukukta bir nedenselliğin mevcut olabilmesi için, kişinin neticeyi belirleyen hareketinin, onu meydana getirmeye uygun, oranlı olması gereklidir. Genelde neticeyi meydana getirmeye, yani hayatın alışılan akışı içerisinde neticeyi belirlemeye elverişli hareket, uygun harekettir. Başka bir deyişle, burada, uygunluk, ortak beşeri

deneyimden çıkarılan soyut uygunluktur. Esasen, bu uygunluk, olasılıktan ba§ka bir şey değildir.Söz konusu düşüncenin zorunlu sonucu, hareketin yapıldığı esnada olası olmayan, yani hareketin "atipik" veya olağandışı sonuçlarının, insan tarafından neden olunmuş sayılmamasıdır.

Uygun nedensellik, maddi nedensellik alanında temel çelişkiler içerdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Neden ya uygun olur, ya da neden olmaz. Bunun başka bir açıklaması yoktur. Esasen, uygunluk, tabii netice hasıl olabileceği için değil, ama olgusal bazda zaten meydana gelmiş olduğu için somut olarak göz önüne alınmaktadır. Uygun nedensellik yargısı, ancak hareket nedensel bir etkiyi haiz olabildiğinde, ama, nedenselliği kesen dış etkilerin karışması nedeniyle, hareketin doğal sonucu olarak gerçekleşmek zorunda olan netice henüz gerçekleşmemiş olduğunda kabul edilebilir. Artık, bu durumda, uygun nedensellik düşüncesinin esas aldığı tamamlanmış suç alanında değil, tam tersine suça teşebbüs alanında bulunulmaktadır. Burada, olağan olmayan şartlardan ötürü olsa bile, hareketten dolayı netice gerçekleştiğinde, tanım gereği nedenin uygun olup olmaması, tüm kavramların gerçekte altüst edilmesidir.

Öte yandan, hareketin elverişliliğinin ortaya çıktıkça belirlenir olması, kararsızlıklara yer verebilen oldukça nazik bir hüküm söz konusu olduğundan, hukukun pratik ihtiyaçlarına cevap vermemektedir. Gerçekten, bir neticeyi doğurmuş olan hareketin genel ve soyut olarak onu doğurmaya elverişli olmadığının savunulması imkanı, adaletin elinden kaçmasında suçluya rahat bir kaçış yolu sunabilmektedir.

Hepsinden öte, doktrinde, hareketin olağandışı veya atipik neticelerinden ötürü sorumsuzluk genel ifadesine ulaşılması aşırı bulunmuştur. Gerçekten, herhangi bir olağan dışılığın nedensellik bağını ortadan kaldırmaya yeterli olduğu kabul edildiğinde, bu örnekte olduğu gibi, neticenin bir kimseye isnadı mümkün olamamaktadır: A B'yi yaralar. B yaranın verdiği sıkıntıdan ötürü yarasını ağırlaştıracak bir biçimde sargılarını çözer. Bu durum, B'nin zaten beklenen ölümünü çabuklaştırır. Bu düşünceye itibar edildiğinde, A, muhtemelen ölümden sorumlu olmayacaktır. Bu demektir ki, uygun nedensellik düşüncesi, abartılı bir biçimde sorumluluk alanını daraltmaktadır.

Kısacası, temelini özel hukukta bulan elverişlilik düşüncesi, nedensellik bağının tespitinde değil, ama teşebbüsü açıklamada yararlı olmaktadır.

c. Beşeri Nedensellik Düşüncesi

Beşeri nedensellik düşüncesi, ünlü ceza hukukçusu Antolisei' e aittir[266]. Bu düşünce, insanın irade ve şuur sahibi bir varlık olmasına, bu temel niteliğinin onunla dışındaki alem arasında kurulan ilişkilerde nihai bir değeri haiz bulunmasına dayanmaktadır: İnsan şuuru sayesinde, hareketini engelleyen veya kolaylaştıran şartları göz önüne almak ve beşeri deneyimden yararlanarak belli nedenlerden kaynaklanan neticeleri önceden hesaplayabilmek yeteneğine sahip bulunmaktadır. İradeye gelince, insan, iradesi vasıtasıyla, faal olmayan harici hareketleri tahrik ederek, faal olanları durdurarak nedensel olguya katılabilir ve onu istediği bir yöne sevk edebilir. Bu demektir ki, insan, şuur ve irade erkiyle, az-çok egemen olduğu bir alana sahip olmakta, yani olgusal alemde insanın bir tür bir egemenlik alanı bulunmaktadır.

Sadece belirtilen bu alana giren neticeler, insanın neden olduğu neticelerdir. Zira, insan, istememiş olsa bile, bunları önleyecek durumdadır. Tabii, insan tarafından hükmedilebildiklerinden, söz konusu neticeler, insana izafe edilebileceklerdir: İnsan, bunların nedenidir, yani failidir. Buna karşılık, öteki neticeler, yani insanın egemen olduğu alanın dışında cereyan eden, bundan dolayı insan tarafından denetlenemeyen neticeler, "doğanın kör kuvvetleri" sayılacaklarından, insan eseri sayılmayacaklardır.

Ancak, bu düşüncede, tüm "atipik" veya "olağandışı" neticeler, insanın egemen olduğu alanın dışında cereyan eden neticeler olarak kabul edilmekte, beşeri hayatın genel akışında kural olarak gerçekleşmeyen birçok neticenin de, önceden hesaplanabilir, öyleyse önlenebilir olduğu düşünülmektedir.Bu durumda, insanın egemenlik alanına girmeyen haller, gerçekleşme ihtimali esasında en düşük olan, yani sadece ender olarak gerçekleşebilen haller, kısacası "istisnai" hallerdir. Kuşkusuz, bu niteliği haiz olaylar, beşeri imkanların dışındadırlar.Şimdi, burada, beşeri davranışın istisnai neticelerinin gerçekleşmesinin mantığı arandığında, bunun, aynı niteliği gösteren "nedenlerin içtimaı" hallerinde bulunması zor değildir. Sadece istisnai hallerin katılması, istisnai neticelerin meydana gelmesini açıklayabilir. Bundan, insanın egemen olmadığı neticeler insana izafe edilemez demek, istisnai ha11erin

---

[266] Antolisei, Manuale,PG., s. 243 vd.; ID., rapportodi causalita' net diritto penale, Padova 1934.

nlm ·ı sonucu ortaya çıkan neticelerin insana yüklenmemesi demektir, ucu ıkmaktadır.

Bu tarz muhakemenin bir sonucu olarak, söz konusu düşünce, huln.ıkta **ııedemdliğin** varlığı için, biri olumlu öteki olumsuz olmak üzere, iki şartın birlikte gerçekleşmesini aramaktadır. Olwnlu şan. insanın hareketiyle neticenin bir şartını gerçekleşri.mıiş olmasıdır. Olumsuz şart. neticenin istisnai hallerin karılması smwcunda gerçekleşmiş olmamasıdır. Tabii, bu durumda, hareketle netice arasında ir bağı:nn bulunmakta, ancak belirtilen nedenlerle (istisnai hallerin katılması) netice insana izafe edilmemekte, hareketle netice arasındaki bağınu rastlanusaldır <bıi.hnektedir. Elbette, burada, hul'llki nedensellik bağı kesilmiştir de denebilir.

Beşeri nedensellik düşüncesi, ilkelerini uygularken, ör., şu hallerde nedensellik Mğınm bulunmadığı sonucuna ulaşmak.'tad.ır.

Hafifçe yaralanan bir kimsenin, hastanede, düşman saldınsında aulan bir bombayla ölmesi.

Taşla yaralanan bir hemofili hastasının hayaum kaybetmesi. Kolu kınlan bir kimsenin tedavi edildiği saJık kurumunun gösterdiği büyük ihmal sonucunda ölmesi Bir kimse herkesin uğradığı bir yere muhafazasız olarak dolu silahını bırakır.O esnada aralannda tartışmal'ta olan iki kişiden biri, silahı bulunduğu yerden kapar, ötekini vurarak öldürür.

Nedensellik bağı. örneklerde görüldüğü üzere, sadece istisnai halin insanın hareketinden sonra ortaya çıkması halinde değil ama aynı z.amanda, hemofili örneğinde olduğu gibi, insanın hareketinden önce mevcut olması halinde de kesılmiş ohnaktadır. Öte yandan, örneklerde görüldüğü üzere, nedensellik bağı doğal bir olay sonucunda kesilebileceği gibi, hukuka uygun veya aykırı olsun, başka bir inm fiili sonucunda da kesilebilir.

Bu düşünce, doktrinde, uygun nedensellik diişüncesinin bir türevi olduğu, suçun maddi unsuruna manevi unsurunun bulaştırıldığı, nedenselliği ı.aten yeterince belirsiz olan "önleyebilme" kavramıyla açıklarken kusurluluk alanına girdiği, **dolayısıyla nedensellik** meselesini halledemediği gerekçesiyle eleştirilmiş olmakla birlikte, bizce, bir yandan sorumluluğun sınırlarını daraltıp suçluluğa ödün vemıeyerek, öte yandan sorumluluğun sınırlarını genişletip mantıksız sonuçlara ulaşmay hukukta nedensellik meselesine, insani boyut1ar içerisinde, kabul edilebilir bir çözüm getirmeyi başarmıştır.

3. Hukukumuzda Nedensellik Meselesi

765 sayılı Kanun, çeşitli hükümlerinde işaret etmiş olmakla birlikte, genel hükümler arasında nedenselliği düzenlemiş değildir. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, nedensellikten ne anlaşıldığı konusunda, doktrinde bir fikir birliği yoktur. Kanun, 451. maddesinde *"ölümfailinfiilinden evvel mevcut olup failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimelhuz esbabın inzimamı yüzünden vuka gelmişse", 452/2.ınaddesinde "telefinefs failin fiilinden evvel mevcut olup da failce bilinmeyen ahvalin birleşmesi veyahut failin iradesinden hariç ve gayrimel/ıuz esbabın inzimamı ile vukua gelmişse"* faile hafifletilmiş ceza hükmolunur demekteydi. Düzenleme, ceza azaltılmakla birlikte, en azından adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, failin fiiline katılan, ama tek başına neticeyi meydana getirmeye elverişli ve/veya yeterli olmayan "istisnai hallerin" nedensellik bağını kesmediğini göstermektedir. Bu düzenleme karşısında, gerek İtalya'da, gerekse bizde, kimi[267], Ceza Kanununda "tabii nedensellik" düşüncesinin, kimi[268], "hafifletilmiş tabii nedensellik" düşüncesinin ve kimi[269], "uygun nedensellik" düşüncesinin kabul edildiğini ileri sürmüştür. Hatta, kimi[270], kanunun beşeri nedensellik düşüncesini kabul ettiğini düşünmektedir. Bu konuda, Yargıtay kararları da istikrarlı olmamıştır. Yargıtay, olayına göre, kimi zaman tabii nedensellik, kimi zaman uygun nedensellik düşüncesini uygulamıştır.

Öngördüğü birçok suçta nedenselliğe işaret etmiş olmakla birlikte, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, ne nedenselliği tanımlamış, ne nedenselliğin kesilmesini, ne de bir çok arızi nedenin failin hareketi ile birleşerek birlikte neticeyi meydana getirmesini düzenlemiştir. Failin icra veya ihmal hareketi yanında onun tarafından bilinmeyen arızı başka nedenler katılarak öngörülen netice meydana geldiğinde, failin sorumluluğunun ne olduğu hususunun belirgin olmaması bir yana, Kanun; gerek genel gerekse özel hükümlerinde, nedensellikte öne çıkardığı bir nedensellik düşüncesine yer vermiş değildir. Bu demektir ki, suçta nedenselliği açıklayan düşünceler, Ceza Kanunu bakımından aynı değerdedirler. Ancak, bununla birlikte, suç insanın bir davranışı

---

161 Kunter, Suçun Maddi Unsurları Narasiyesi, İUHFY., Yayın no. 130, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 179 vd.

u„ Erem, Ceza Hukuku. I, s. 307 vd.

ıuı Dönmezer-F.nnan, Ceza Hukuku. I, s. 516 vd.

z10 Toroslu, Ceza Hukuku, s. 130 vd.

olduğundan, esasen olgular arası ilişkinin ifadesi olan nedensellikle, beşerı iktidarın göz ardı edilemeyeceğini düşünüyoruz[271]. Kuşkusuz, insan ancak hükmedebildiğinden sorumlu tutulabilir. Böyle olunca, beşeri' nedensellik düşüncesinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa yakıştığını, en azından onunla çatışmadığını iddia etmek yanlış olmaz.

:n 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tasarısı 1/593 Esas 1/60 Karar sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporunda, "... hareketin" nedensellik değerini göz önünde bulundurarak açıklamaya çalışan on dokuzuncu yüzyıl ceza hukuku anlayışının tasan metnine konulmuş olan "Bilinmeyen veya beklenilmeyen haller ve nedenler ... çıkarılmıştır denmektedir. Bu durumda, Ceza Kanunu, 765 sayılı Kanunu 451. maddesinde yer verdiği failin fiili ile birleşerek neticenin meydana gelmesini sağlayan nedenlere ilişkin 451 maddede öngördüğü ipoteze yer vermemiş olmaktadır. Buradan, Kanunun, fiilin unsurlarından olan hareketle hareketin neticesi arasındaki bağıntıyı göz ardı ettiği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Söz konusu bu izlenimi, Kanunun suça iştirake ilişkin 37. maddesinin gerekçesinde yer alan "... fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir" hükmü de J...'Uvvetlendirmektedir.

Bu düşüncenin geçerli olduğu kanaatinde değiliz.

Zanardelli Kanunundan sonra, 1930 İtalyan Ceza Kanunu, bu kanundan farklı olarak, genel hükümlerinde, 40. maddesinde nedensellik ilişkisini tanımlamış, 41. maddesinde failin icra veya jhmal hareketinden önce mevcut olan veya onunla birlikte veya sonradan ortaya çıkan nedenlerin içtimamın nedensellik bağını kesmediğini, ancak sonradan ortaya çıkan ve tek başına neticeyi meydana getirebilecek olan nedenin nedensellik bağını kestiğini kabul etmiştir. Gerçek-ten, suçun maddesini oluşturan fiil, eğer hareket, netice ve nedensellik bağından ibaretse, hareketle netice arasındaki bağıntı, dün de bugün de, nedensellik bağıntısıdır ve ceza sorumluluğunu belirlemede önem arz etmektedir. Bugün, ceza hukuku doktrininde, hala, nedenselliğin, yani hareket ile hareketten hasıl olan arasındaki bağıntının niteliğinin hararetle tartışıldığı gözlenmektedir (Pagliaro, principi, s. 356 vd.; Fiandaca-Musco, Diritto penale, s. 176 vd.; Fornasari, I pricipi, 143 vd.).Tartışmalardan çıkardığımız sonuç, Tarihi kanun koyucunun iddiasının, yerinin olmadığının çok açık olduğudur. Gerçekten, ".... fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet", aslında nedensellik ilişkisine işaret etmekten başka bir şey değildir. Kuşkusuz "söz" değiştirmekle, olgu değişmez. Bir kimse bir fiil üzerinde hakimiyet kurmuşsa, herhalde o kimse o fiilin nedenidir. Aksinin düşünülemeyeceğini düşünüyoruz.

Kanunun nedenlerin içtimaını düzenlememiş olması, özellikle öldürme ve yaralama suçlarında, icra veya ihmal hareketinden önce, onunla birlikte veya ondan sonra ortaya çıkan ve birleşerek birlikte neticeyi hasıl eden nedenlerin, suçtan sorumluluk üzerine herhangi bir etkisi olmayacak mıdır, sorusunu akla gelmektedir. Tabii, soru, bu kez, Kanunun 61/1. madde hükmünün ihtiyacı karşılamada yeterli olup olmadığı sorusunu tetiklemektedir. Dikkatle irdelendiğinde, Kanunun 61/1. maddesinin sorunu çözmede yetersiz olduğu gözlenmektedir. Diyelim ki, A, öldürme kastı ile ateş etti, B öldü. A, "müebbet hapis cezası" ile cezalandırılacaktır (CK. m. 81). Gene, diyelim ki, A, öldürme kastı ile ateş etti; B,ölümcül olmayacak bir biçimde yaralandı. Ancak, yaralama, önceden mevcut bulunan bir arazla birleşti, B öldü. Bu durumda, A, gene "müebbet hapis cezası" ile cezalandırılacaktır, çünkü 61/1. madde hükmü uygulanmamaktadır. Bunun, Anayasanın 2. maddesinin öngördüğü "adalet anlayışına" yani "hakkaniyet ilkesine" (TMK. m. 4) uygun olduğunu düşünmüyoruz.

Birçok maddesi hükmünde "hareketin nedenselliği" düşüncesini esas almış bulunan Kanunun, yetersiz düzenlemesi karşısında, 37. maddenin gerekçesinde ve Adalet komisyonu Raporunda, "doktrin icadına" kalkışılması, inandırıcı bir davranış olmamıştır. Beşeri deneyimin gösterdiği, kasten hareket etmiş olsa bile, kimsenin, az veya çok nedeni olmadığı bir neticeden ve/veya neden olduğundan fazla olan bir neticeden sorumlu tutulmamamsıdır.

E. İhmalin Nedenselliği

1. İhmalin Gerçekliği Tartışması

Bir neticenin gerçekleşmesinin unsur (ihmal suretiyle icra suçlan, ör., CK. m.83) veya ağırlaştırıcı neden (neticesi nedeniyle ağırlaşan ihmal suçları, ör., CK. m.98) olarak ortaya çıkan ihmal suçlarında nedensellik meselesi her zaman tartışma konusu olmuştur.

İhmale maddi bir gerçeklik tanımayan, bir hiçten ibaret olduğunu söyleyen düşünce, ona nedensel her hangi bir etki tanımamaktadır: İhmal, "neden" olamaz, çünkü bir netice ihmali izleyerek gerçekleştiğinde, neticeye neden olan, hareket etmekle yükümlü olan kimsenin karşı durmadığı veya duramadığı doğal kuvvetlerdir. Bundan ötürü, ihmalin cezalandırılması, neticeyle nedensel olmaktan kaynaklanmamaktadır. Kanun, neticeyi hasıl eden davranışla, neticeyi önlememe davranışını aynı esaslar içinde göz önüne almaktadır. İhmalin cezalandırılmasının kaynağı da bu olmaktadır. Ancak, bu düşünce, sadece hukuk alanında değil, ama aynı zamanda günlük hayatın akışı içindeki değerlendirmelerde de, neticenin belli şartlarda önlenmemesinin niçin neticeyi gerçekleştirmeye eş tutulduğunu açıklayamamaktadır. Gerçekten, kim nasıl düşünürse düşünsün, sokaktaki adam, çocuğunu suya atarak boğulmasına neden olan anneyle, yemek vermeyerek çocuğunun ölümüne neden olan anne arasında her hangi bir fark gözetmemektedir. Söz konusu bu iki durumun eş/eşit sayılması genelin bir düşünce tarzıysa, bu demektir ki ihmal, salt hukukun yarattığı bir kavram değildir, tersine bunun da ötesinde kendine özgü gerçekliği olan bir kavramdır.[272]

2. İhmalin Nedenselliği

Bugün, genelde, ihmalin nedensel olduğu; ihmal suçlarında da nedenselliğin icra suçlarından farksız olarak çözümlendiği düşünülmektedir. Bunlardan, beşeri nedensellik düşüncesi, bir ihmalin failine yüklenebilmesi için, neticenin bir şartının gerçekleşmesini ve olağandışı hallerin müdahalesinin bulunmamasını gerekli görmektedir.

Gerçekten, ihmalde, bir neticenin gerçekleşebilmesi için bazı fiillerin varlığı yeterli değildir, başka fiillerin de varlığı gerekmektedir, yani mevcut bu fiillerin etkinliklerini engelleyebilen başka fiillerin bulunmaması zorunludur. Bunlar, neticenin hasıl olmasında olumlu şartlar kadar zorunlu olumsuz şartlardır. Bu konuda mantıkçıların da böyle düşündüğü gözlenmektedir. Bunlar, ör.,

---

m Anlolisei, Manuale, PE., s. 223 vd., 225.

nöbetçinin nöbet yerinde bulunmamasından ötürü bir askeri birliğin baskına uğraması ömeğinde olduğu gibi, olumsuz bir davranışın da, neticenin şartı olabileceğini kabul etmektedirler[273].

Ancak ihmalde neticenin faile yüklenebilmesi için belirtilen bu şart yeterli değildir, aynca neticeyi hasıl eden kuvvetlere beşeri müdahale imkanı bulunmalıdır. Açıkçası, burada, insanın bilme ve isteme erkleriyle belli bir neticeyi belirleyen lnıvvetlere egemen olma imkanına sahip bulunması gerekmektedir. Bu demektir ki, neticenin olağandışı hallerin katılmasıyla gerçekleşmesi halinde, nedensellik bağı kesilmiş olmaktadır. Ör., yeterli aydınlatmanın yapılmadığı bir apartmanda apartman sakinlerinden birisi düşüp ayağını kırsa, sonra hastaneye götürülürken bir otomobil kazasında ölse, apartman sahibi veya yönetici, nedensellik bağının yokluğu nedeniyle ölümden sorumlu olmayacaktır.

Nedensellik bakımından ihmalde özellik gösteren husus, ihmal hareketiyle netice arasında nedensel bir ilişkinin varlığı veya yokluğu tespit edilirken izlenen mantıksal usuldür. Gerçekten, ihmalde nedenselliğin varlığının veya yokluğunun tespiti söz konusu olduğunda, ihmal kavramıyla sıkı sıkıya bağıntılı olan failden beklenen hareketin yapılıp yapılmadığı hususunun göz önünde tutulması gerekmektedir, çünkü ihmal etmek demek, bir şey yapmamak demek değildir, ama yapılması beklenen hareketi, istenen hareketi yapmamak demektir. O halde, buradan, mantıksal olarak, "yapılması beklenen hareket, istenen hareket yapılmış olsaydı netice önlenebilir miydi" sorusu ortaya çıkmaktadır. Her somut olayda, soruya, eğer olumlu cevap verilebiliyorsa ihmal ortaya çıkan neticeyle nedenseldir denecek; yok eğer olumsuz cevap verilirse, beklenen hareket yapılmamış olsa bile, ihmal neticeyle nedensel değildir denecektir.Ör., bir demiryolu görevlisi yapmak zorunda olduğu manevrayı yapmamış, dolayısıyla bir tren kazası meydana gelmiş olsun. Bu olayda, görevli manevra da yapmış olsaydı kaza gene meydana gelirdi denirse, ihmalle netice arasında nedensellik bağı bulunmayacak; ama görevli manevra yapmış olsaydı kaza da meydana gelmemiş olurdu denirse, ihmalle netice arasında nedensellik bağı bulunacaktır.

F. Neticeyi Önleme Yükümlülüğü

Bir neticeyi meydana getirmekle, bir neticenin meydana gelmesine engel olmamak, sonuçta o neticenin meydana gelmesinin nedeni olmaktır. Ancak, bir neticenin meydana gelmesini önlemek, doğal olarak o neticeyi önleme konusunda bir yükümlülüğün bulunması halinde mümkündür. Elbette, ortada her hangi bir

271 J.Stuart Mili' den Antolisei, Manuale, PG., s. 244 ve dn., 71.

yükümlülük yoksa, neticenin meydana gelmesini önlememek biçiminde bir davranış da yoktur.

İCK, nedenselliği düzenleyen 40. maddesinde, "önleme hukuki yükümlülüğü bulunan bir neticeyi önlememek ona neden olmaya denktir" demekle bu noktayı vurgulamış olmaktadır.

Ceza Kanununda, genel hükümler arasında buna benzeyen bir hüküm yoktur. Ancak, Kanun, 83. maddede yer alan "Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunda "ihmalinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi" için kişinin, ortaya çıkacak neticeyi önlemek konusunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunmasının veya önceden gerçekleştirdiği davranışının doğurduğu tehlikenin meydana getirebileceği neticeyi önlemek yükümü altında olduğuna işaret etmektedir. Böylece, Kanun, tamamen eşyanın tabiatından kaynaklanan bir neticenin meydana gelmesini önlememenin o neticeyi meydana getirmeye denk sayılması kuralını kabul etmiş olmaktadır.

Gerçekten, ihmalde sorumluluktan söz edilebilmesi için, ihmalin, gerçekleşen neticenin nedeni olması yeterli değildir; ihmalde bulunmamak, yani emredilen belli bir davranışta bulunmak, açıkçası neticenin gerçekleşmesini engellemek biçiminde bir yükümlülüğün bulunması da gerekmektedir. Tabii, söz konusu yükümlülük, kaynağı itibariyle ahlaki değil, salt hukuki bir yükümlülük olmak zorundadır, çünkü ahlaki bir yükümlülüğün ihlali, toplumsal bir duyarsızlığı da ifade etse, hukuka aykınlık oluştunnamaktadır.

Hukuki yükümlülük, ceza hukukundan, kamu hukukunun diğer dallarından, hatta idari bir emirden yahut bir yargı kararından doğabilir. Hukuki yükümlülük, özel hukuktan da kaynaklanabilir. Bunun belirgin örneklerine özellikle aile hukukunda rastlanmaktadır. Yükümlülük akitten de doğabilir: özel hasta bakıcı, bekçi, rehber, eğitmen vs., tutmakta yükümlülük akitten doğmaktadır. Öte yandan, ihmal etmeme, yani bir davranışta bulunma yükümlülüğü, kişinin önceki bir faaliyetinden de kaynaklanabilmektedir. Üçüncü kişinin hukuki menfaatine zarar verebilecek bir faaliyette bulunan kimse, ör., yola bir çukur açmak gibi, muhtemel kazaları önlemek amacıyla gerekli önlemleri almaya yükümlüdür. Gene, aynı şekilde, davranışı ile bir zarar tehlikesine neden olan kimse (ör., yanıcı maddelerin bulunduğu bir yerde yanmakta olan bir kibriti atmak), neden olduğu zarar tehlikesini gidermek için gerekeni yapmak zorundadır.

Önceden yaptığı bir hareketin neticesini önlemek yükümlülüğü altında da olsa, kuşkusuz, kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü sınırsız değildir. Yükümlülük, en

ba□ta. "hareket edebilme imkmu" ile sınırlıdır. Hareket etme imkanı yoksa elbette .·ükümlülük d yoktur. Bu duıum, bir cezasızlık nedeni olan "mücbir sebebe" eşitt.ir. Tabii. böyle olunca. ör., ailevi yükümlülüklerini (CK. m. 233) maddeten yerine getinnek imkanına sahip ohnaym1 bir kimse, ihmalinden doğacak neticelerden sonımlu olm:ıy:ıcaktır. Ancak. ihmalden sonunluluk için sadece beklenen hareketi yapmak imkfuunın buhınm:ısı yetmez, ayıu zamanda bu hm·eketin neticeyi önlemeye cl,erişli olması da gerekir. Tabii. böyle bir elverişlilik yoksa oıtada ihmalden sorumluluk d:ı yoktur.

Huk.-uki yükümlülük, genel, yani herkes için olabilir, yahut özel, yani belli meslek veya görev mensupları ve yahut tek bir kişi için olabilir. Yükümlülüğün mutlaka açıkça düzenlenmiş olmasına gerek yoktur, düzenleme örtülü de olabilir. Ancak, hukuki yüküınlülük, ister açık isterse örtülü olsun, hukuk düzenince, gerçekleşen neticeye benzer neticeleri genelde önlemek amacına matuf olarak konulmuş olmalıdır. Açıkçası, kişi, burada, zararlı belli bir neticenin önlenmesinin teminatını oluştunnak.'tadır. Kişinin bu durwnu, dolayısıyla kişinin belli bir hukuki değerin himayesini temirı ödevi, ihmalinden hasıl olan neticeden sorumluluğu haklı kılmaktadır. Bununla birlikte, somut olayların çokluğu, çeşitliliği ve kannaşıklığı karşısında, bu kadar hassas bir konuda yegane rehber, elbette hakimin sağduyusu olmaktadır.

G. Maddi Unsur Esas Olmak Üzere Suçların Tasnifi

Suçlar hareket ve netice esas olmak üzere bir tasnife tabi tutulabilirler. Suçun maddi unsuru esas olmak üzere suçların tasnifi, onların daha iyi anlaşılmalarına hinnet eder.

1. Hareket Esas Olmak Üzere Suçlann Tasnifi

Suçun işlenmesini sağlayan hareke4 ya icra hareketi ya da ihmal hareketi olur. Bu durumda, suçlar, icra suçlan, ihmal suçlan ve ihmal suretiyle icra suçlan olarak ayrılmaktadırlar. Kanunun, ör., 81, 86, 90, 94, 141, 148, vs. maddelerinde öngördüğü suçlar icra suçları; 98, 233, 278, 279, 280, vs. maddelerinde öngördüğü suçlar ihmal suçlan; 83. maddesinde öngördüğü suç ihmal suretiyle icra suçlarıdır.

Bazı suçlar belli bir hareketin yapılmasını gerektirirken, suçu meydana getirmeye elverişli her çeşit hareketle işlenebilirler. Buna göre suçlar, serbest hareketli suçlar, bağlı hareketli suçlar ve seçimlik hareketli suçlar olarak aynlmaktadır. Kamımın, ör. 81, 86, 90, vs. maddelerinde öngördüğü suçlar serbest hareketli suçlardırlar. Bu suçlar, elverişli olmak kaydı ile her çeşit hareketle ve her çeşit araç kullanılarak işlenebilirler. Kanunun ör., 157. maddesinde öngördüğü

dolandıncılık suçu, bağlı hareketli bir suçtur. Bağlı hareketli bir suçun işlenebilmesi için mutlaka kanunun işaret etmiş olduğu hareket yapılmalıdır. Gerçekten, kanunun tanımını sağlamayan bir hareketle bağlı hareketli bir suç işlenemez. Kanunun ör., 155/1.maddesinde öngördüğü güveni kötüye kullanma suçu ve 76, 77. maddelerinde öngördüğü suçlar seçimlik hareketli bir suçturlar. Seçimlik hareketli suçlarda, sadece seçimlik olarak sunulan hareketlerden birinin veya birkaçının yapılması ile suç oluşur. Seçimlik olarak gösterilen hareketler dışında bir hareketle bu suçların işlenmesi mümkün olmaz.

Suçlar, suçu meydana getiren hareketin ani, sürekli veya tekrarlanan hareketler olmasına bakılarak da tasnif edilebilir. Bu açıdan suçlar, ani suçlar, mütemadi suçlar, itiyadı suçlar olarak ayrılmaktadır.

Öneminden ötürü, bu suçlan, ayn ayn incelemek gerekmektedir.

a. Ani Suçlar

Anı suçlar, niteliklerinin gereği olarak, işlenmekle birlikte tüketilen suçlardırlar. Bu anlamda, ör., öldürme, yaralama, hırsızlık, vs. suçlan ani suçtur. Bu suçların özelliği ihlalin sürekliliğinin olmamasıdır.

Bazen, anı suçlarda, hareket hemen kanunun suçun unsuru saydığı bir neticeyi doğurmayabilir. Kısacası, araya bir zaman fasılası girebilir. Gerçekten, ör., adam öldürme suçunda, ölüm, hareketten hemen sonra gerçekleşmemiş, ama daha sonra gerçekleşmiş olabilir. Ancak, bu durum, bu suçların, ani suç olma niteliğini bozmaz. Öte yandan, suçun tamamlanmasından □onra, suçtan kalan eser de, ör., yaralama suçundan sonra yüzde kalıcı iz kalması, ani suça, süreklilik kazandırmaz.

Ancak, bazı durumlarda, ani suçların, süreklilik kazanması imkansız değildir. Gerçekten, örneğin bedelini ödemeden, sürekli bir biçimde, su, enerji (CK. m. 141), vs. kullanmak, bedelsiz olarak bazı hizmetlerden yararlanmak suçlan (CK. m. 163/2), mahiyetleri bakımından ani suçlar olmalarına rağmen, genellikle kesintisiz bir biçimde işlenmektedirler.

Ani suçların belirtilen bu niteliği, zamanaşımı (CK. m. 66/6), Ceza Kanununun zaman bakımından uygulanması (CK. m. 7), meşru savunma (CK. m. 25), suça iştirak (CK. m. 37), af (CK m. 65), şikayet (CK. m. 73), vs., bakımından önem ta□ımaktadır.

b. **Kesintisiz** Suçlar

Kesintisiz (mütemadi) suçlar, ani suçlardan farklı olarak, aniden olan ve tükenen suçlar değildirler. Bunlar, suç oluşturan fiilin, failin davranışının sürekliliği yüzünden, zararlı veya tehlikeli durumu, kesintisiz olarak devam ettiren suçlardırlar.

Gerçek.'1:en, bu suçlarda, ihlal, bir anda olup bitmemekte, zaman içinde, failin iradesi veya başka bir neden ile kesintiye uğrayıncaya kadar devam etmektedir.

Buradan, kesintisiz suçun varlığı için, iki şartın bulunması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır:

a Failin davranışından gelen zararlı veya tehlikeli durum sürekli olma niteliği arz etmeli; yani bir anda olup bitmemeli, ama belli bir süre devam etmelidir.

b. Hukuka aykırı durumun her an yeniden kendini yenilemesi failin iradi davranışının eseri olmalıdır. Açıkçası, hukuka aykırılık, suç oluşturan fiilin yapılması ile birlikte kesintisiz olarak devam etmelidir. Bu demektir ki, fail, kendisinin yarattığı durumu, normal olarak, ortadan kaldırmak kudretine sahip bulunmaktadır.

Kanunda, birçok suç, kesintisiz suçtur. Bunların başında hürriyetten yoksun bırakma (CK. m. 109), insanlığa karşı suçların bazıları (CK. m. 77/ 1, c, d), hakkı olmayan yere tecavüz (CK. m. 154), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (CK. m. 220), kanuna aykırı eğitim kurumu işletmek (CK. m. 263), düşmanla işbirliği yapmak (CK m. 303), silahlı örgüt (CK. m. 314), vs. suçları gelmektedir.

Bir düşünce, kesintisiz suçların, sadece maddi bir değerin ihlali olmayan suçlarda mümkün olduğunu ileri sürmektedii-2[74]. Ancak, hakkı olmayan yere tecavüz suçu göz önüne alındığında, söz konusu düşüncenin, salt doğru olmadığı görülmektedir, çünkü hakkı olmayan yere tecavüzde bulunmak, maddi bir değeri ihlal etmektir.

Diğer bir düşünce, kesintisiz suçların, birlikte, birbirini izleyen bir biçimde, bir icra ve bir ihmal hareketinin yapılması ile oluştuğu kanaatindedir. Denmektedir ki, ör., kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunda, önce bir "yapma" hareketi ile kişi hürriyetinden yoksun bırakılmakta, arkasından bir ihmal hareketi ile hürriyetten yoksunluk devam ettirilmektedir. Bu düşüncenin hukukı gerçekliği karşılamadığından tutarlı olmadığı, çünkü birçok kesintisiz suçun sadece ihmal hareketi ile işlendiği, dolayısıyla bunun, acele verilmiş bir yargı olduğu ileri sürülmüştür. Gerçekten, iddia edildiği gibi, kesintisizlik durumunun mutlaka ihmali bir hareketle sağlanmasına gerek bulunmamaktadır. Hürriyetinden yoksun kılınan kişinin kaçmasını engellemek, bir icra, yani bir yapma hareketidir. Öyleyse, kesintisiz suçların "karma hareketli" suçlar olduğu görüşü tutarsızdır.

ıu Campus, Snıdio sul reato pennamente, Sassari 1902; Giuliani, La stnıttura del reato pennanente, Padova 1967; Rampioni, Reato pennamente, Endopedia del diritto, v. XXXVIII, 1987, s. 856 vd.

Kesintisiz suç, failin iradi davranışının kesintiye uğradığı anda kesintiye uğramakta, yani suç işlenmiş olmaktadır. Kural olarak, hukuka aykırı duruma son verilmesi anı, kesintinin gerçekleştiği, yani suçun işlenmiş olduğu andır. Örneğin hürriyetten yoksun kılma suçu, hürriyetinden yoksun kılınan kimsenin serbest bırakılması; yasak silah bulundurma suçu, yasak silah bulunduran kişinin silahı teslim etmesi ile, kesintiye uğramış, tüketilmiş olmaktadırlar. Failin iradi hareketi, ör. tutuklanması, ölmesi, mağdurun kaçması, ölmesi, vs. gibi harici bir neden ile de kesintiye uğrayabilir.

Bu cümleden olarak, birden çok evlilik (CK. m. 230/(1), (2), (3)) suçunun, ani suç mu yoksa kesintisiz suç mu olduğu konusu tartışılmaktadır. Genel kanaat, bu suçu, kesintisiz bir suç saymamaktadır. Gerçekten, denmektedir ki, bu suçta, hukuka aykırı duruma son vermek, yani evli olma durumunu ortadan kaldırmak failin elinde değildir. Öyleyse, suç, kesintisiz bir suç olarak değerlendirilemez.

Kesintisizlik, hürriyetten yoksun kılma suçunda olduğu gibi, suçun salt kendisinden gelebilir. Bunlar, zorunlu olarak kesintisiz işlenen suçlardır. Esasen ani suç olan bir suçun, kesintisiz olarak işlenmesi imkansız değildir. Bunlara kesintisizlik etkisi doğuran ani suçlar denmektedir. Gerçekten, ör., hırsızlık, yukanda belirttik, niteliği bakımından ani suçtur. Ancak, bu suç, şebekeden elektrik, su, gaz, vs. çalmak; başkasının telefon hattından bedelsiz yararlanmak, vs. olarak işlendiğinde, arızi olarak kesintisiz suç olmaktadır.

Kesintisiz suçlara teşebbüs mümkün değildir. Aynca, kesintisizlik, zarnanaşımı, af, şikayet, ceza kanununun zaman bakımından uygulanması, meşru savunına, suça iştirak, vs. konularında önem taşımaktadır.

c. İtiyadı Suçlar

Suçlar, kural olarak tek bir icra veya ihmal hareketiyle işlenmektedirler. Suçların hemen hepsi, ör., öldürme, yaralama, hırsızlık, vs., bu nitelikte suçlardırlar.

Ancak, bazı suçlar vardır ki, bunların işlenmesi için tek bir icra veya ihmal hareketinin yapılması yetmez, aynca alışkanlık kazandıracak yeterli sayıda bir icra veya ihmal hareketinin yapılması gerekir. Bu suçlara, itiyadı suçlar[275] adı verilmektedir.

İtiyadı suçlar, ister alışkanlık kazanına, isterse yasaklanan bir mesleği yapmak biçiminde ortaya çıkmış olsun, bir kişilik özelliği olarak ortaya çıkan suç işlemeyi meslek edinmekten farklıdır.

:m Petrone, Reato .abituale, Padova 1999; ID., Reato abituale, Novissimo digesto italiano, v. XIV, 1967, s. 941; Manzini, Trattato, Ls. 573;

765 sayılı Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde, 1933 tarih ve 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu, 14 ve 17. maddelerinde tefecilik fiilini yasaklıyordu. Doktrinde, tefecilik ve sarhoşluğun ağırlatıcı nedeni olarak itiyadı sarhoşluk (765 s.Kanun m. 572/2), itiyadı suçlara örnek gösteriliyordu. Bu kanun, 1983 tarih ve 90 sayılı Ödünç Para Venne İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak, Kararname, 9. maddesinde, "tefecilik sayılan işlemleri" tanımlamış, 17. maddesinde kanunlaşma şartına bağlı olarak, 15. maddesinde ihlalin müeyyidesini göstermiştir. Kararname, bu düzenlemeyle, hukuk düzenimizde "itiyadı suç" türünü korumuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, bir kısım kabahatleri suç saymış, ancak, bir suç olarak sarhoşluğa, dolayısıyla sarhoşluk suçunu ağırlaştıran bir neden olarak itiyadı sarhoşluğa yer vermemiştir. Kanun, 241. maddede "tefecilik" adı altında bir suça yer venniş olmakla birlikte, suçu "kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para vermek" olarak tanımlamaktadır. Bu durumda, bir kere faize para vennek, bu suçu oluşturmaktadır, çünkü, bir kere faize para verilmekle de kazanç elde etme amacı gerçekleşebilmektedir. Öyleyse, Ceza Kanunu, hükümleri arasında, itiyadı suç türüne yer vermemiş bulunmaktadır.

Ancak, 1983/90 sayılı Ödünç Para Venne İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname halen yüıiirlüktedir. Kararnamenin KHK/545-1994 tarih vesayı iledeğişik 9. maddesi hükmü, tefecilik sayılan işlemleri itiyadı suç türü olarak korumaktadır. Söz konusu bu düzenleme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 maddesinde yer alan düzenleme ile çelişmektedir. 5237 sayılı Kanunun 5. maddesi hükmü, Kararnamenin 9. maddesi hükmü karşısında geçerli değildir, çünkü 5237 sayılı kanunun 241. maddesi hükmü, genel hüküm değildir, özel hükümdür. Ortada, ne açık ne de örtülü bir yürürlükten kaldırma işlemi bulunmaktadır,çünkü yerine geçen açık bir düzenleme olmadıkça, genel kanun özel kanunu yürürlükten kaldırmaz. Bu durum karşısında, itiyadı suç tartışmasını bir yana bıraksak bile, 5237 sayılı Kanunun 241. maddesinin, kime, ne zaman ve nasıl uygulanabileceğini belirlemek mümkün bulunmamaktadır.

2. Netice &as Ohnak Üı-ere Suçlann Tasnifi

Netice esas olmak üzere suçlar, en başta neticeli suçlar neticesiz suçlar olarak aynlınaktadırlar. Hareket bir zarar veya zarar tehlikesine neden olmuyorsa, doktrinde, bu suçlara, şekli' suçlar denmektedir.

Bu kez, neticenin zarar veya zarar tehlikesi olmasına göre, suçlar, zarar suçları, zarar tehlikesi suçlan olarak aynlmaktadırlar. Bunlara, doktrinde maddi suçlar denmektedir. Bu konu ileride tekrar irdelenecektir.

Kimi zaman, neticeyi meydana getiren hareket, öldünne ve yaralama suçunda olduğu gibi, farklı iki netice bakımından ortak olabilir. Gerçekten, Bu tür suçlarda daha hafif netice gerçekleşmiş olmadıkça daha ağır neticenin gerçekleşmesi mümkün olmaz. Bu suçlara geçitli suçlar denmektedir.

Bu doğrultuda, geçitli suçların özelliği, hafif bir neticeden ağır bir neticeye geçilmesidir. Hafif bir neticeden ağır bir neticeye geçilirken, suçun hukuki konusu değişebilir, ama bu kural değildir. Gerçekten, yaralama suçu ile öldürme suçunun hukuki konuları farklıdır. Buna karşılık, cinsel saldırı suçunda, "cinsel bir davranışla" bir kimsenin vücut bütünlüğünü ihlal etmek (m. 102/1) ile "vücuda bir organ veya sair bir şey sokarak" bir kimsenin vücut bütünlüğünü ihlal etmek (m. 102/2) suçlarında, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat aynıdır, yani her ikisinde de cinsel özgürlüktür.

Özellikle teşebbüs söz konusu olduğunda, bu suçlar, birbirinden, failin kusuru esas olmak üzere aynlmaktadırlar.

il. İHLALSİZ SUÇ OLMAZ

A lhlal Suçun Hukuki Konusu, Mağdur, 1. Genel olarak ihlal, a. Hukuka ay/anlık, b. Hukuka aylanlığm tespiti işlemi, hukuka ay/anlığın niteliği, c. *Hukuka maıldi ay/anlık, hukuka şekli ay/anlık,* 2. *Suçun hukuki,konusu, a.Hukuki konwıun siyasal-teminatçı işlevi, b. Hukuku konunun dogmasal-yorumsal işlevi,* c. *Hukuki değerin ihlali ve ihlal esasobnak □re suçlann tasnifi, 3. ihlalin siyasal-teminatçı değeri ve muayyen bir hukuki değeri ihlal,etmeyen suçlar meselesi, a. Muayyen, belli bir hukuki değerin ihlali olan suçlar, b. Muayyen, belli bir hukuki,değerin ihlali olmayan suçlar. 4. Mağdur*

B. Hukuka *Uygunluk Nedenleri, 1.Genel olarak,* 2. *Kanun emrinin yerine getirilmesi, 3. Yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi, 4. Meşru savunma, a. Meşru savwımanm esası, b. Saklınya ilişkin şartlar, i. Ortada bir saldın olmalıdır, ii. Saldın bir hakka yönelmiş olmalulır, iii. Saldın haksız olmalıdır, iv. Saldın savunma anında mevcut olmalıdır, c. Savunmaya ilişkin şartlar, i. Savunma zorunlu olmalıdır, ii. Savunma saldın ile oranlı olmalıdır, 5. Zorunluluk Hal□ a. Esası, b. Tehlikeye ilişkin şartlar, i. Ortada mevcut birtehlike olmalıdır, il TehJ.ike ağır ve muhakkak olmalıdcr,* c. *Korunmaya ilişkin şartlar, L Tehlikeye bilerek neden olmama, iLTehJ.ikeden başka türlü korunma olanağı buJunmamalulır, üi. Kişinin tehJ.ikeye karşı dunna ödevi olmamalıdır, iv. Tehlike ile konmma fiili arasında oran bulunmalıdJr, 6. Haklan kullanılması ve ilgilinin nzası,* 7. *Özel kanunlarda yer alan hukuka uygunluk nedenleri, a. Hekim/.ik mesleğinin icrası, b. Sportif faaliyetler, c. Basın hürriyeti, d Bankacılık faaliyeti, 8. Hukuka uygunluk nedenJ.erinde suunn aşılması*

A. İhlal, Suçun Hukuki Konusu, l\1ağdur

1. Genel Olarak İhlal

Her hangi bir fiil değil, sadece ceza hukukuna aykırı olan, yani bir ceza hukuku nonnu ile çatışan veya ceza kanununu ihlal eden fül suçtur. Ortada ceza hukukuna aykırı, yani ceza hukuku normu ile çatışan veya ceza kanununu ihlal eden bir fiil yoksa elbette suç da yoktur. Suç, her zaman, belli bir ceza hukuku düzeninde geçerli bir davranış kuralına veya bir davranış nonnuna aykırılık oluşturan beşeri bir davranıştır. Kısacası, suç ceza kanununun ihlalidir.

Buradan, ihlalsiz suç olmaz ilkesi ortaya çıkmaktadır. İlke, istisna tanımaz, mutlaktır. Madem Ceza kanununun ihlalidir, suç, hukuka aykırı bir fiildir.

Öyleyse hukuka aykırılık nedir?

a. Hukuka Aykınlık

Hukuka aykırılık kavramı, yakın geçmişte, aslında hukuka uygunluk nedenleri üzerine çıkan tartışmaları açıklamak ihtiyacından doğmuştur[216]. Ancak, bu konuda tartışmalar ortaya çıkmasından çok önce, Carraram, suçu hukuki bir müessese olarak, hukukla çatışma kavramı üzerine oturtmakla, zaten hukuka aykırılığa işaret e□ olmaktadır. Ünlü hukukçuya göre, hukuk fikri, bir ilişki fikridir, yani kanunla insan fiili arasındaki çelişiklik ilişkisi fikridir. Hukuki müessese salt bu çelişiklikten ibaret bulunmaktadır. Elbette, hukuki bir müessese, varlık kazanabilmek için, bazı maddi ve manevi unsurlara sahip olmak zorundadır, ama onun asıl varlığını tamamlayan, bu öncekilerin kanunla çelişmesi ilişkisidir

Demek oluyor ki, suç, özünde bir ilişkiden ibaret bulunmaktadır. İlişki cürmi fiille hukuk düzeni arasındadır ve mahiyeti bakımından bir inkar, bir çatışma, bir karşıtlık ilişkisidir. Bu biçimde algılandığında, suçu belirleyen özellik, suç ceza hukukunun ihlali olduğundan, hukuk düzeniyle çatışma olmaktadır. İşte, söz konusu bu çatışmaya, doktrinde, "hukuka aykırılık" denmektedir2[18].

Ancak, beşeri fiille hukuk arasındaki ilişki; kimilerince fiilin nonnu ihlali ve buna karşılık hukuka verilen zararı normun cezayla karşılaması, dolayısıyla eskinin iadesi biçiminde bir etki-tepki anlamında muhtevadan yoksun bir çatışma ilişkisi

---

776 Deli'Andro, Antigiuridicita', Enclopedia del diritto, v.11, Milano, 1959, s.543.

rn Carrara, Programa, p. 53 vd.

:m Messina,L'antigiuridicita' nella teoria del reato,Spoleto 1942;Petrocelli, Antigiuridicita', Padova 1966; Moro, L'antigiuricita' penale, Palenno 1974; Valetta, L'antigiuridicita' penale in relazione allo SCOJX) della nonna, Napoli 1951; Vassalli,La dottrina italianadell'antigiurigita', Festchriftfilr Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburutag, Dıincker & Humbolt- Berlin, 1985, s. 427; Spasari, Fatto e reato nella dogmatica del codice e della costituzione, Studi in onore Giuliano Vassalli, Evoluzione e riforma del diritto e procedura penale, Milano 1991, s. *5* vd.

olarak algılanırken· kimilerince, bir değer çatışması anlamında, fiille nonnda ifadesini bulan huk.ı.ıki değer arasındaki içeriği olan bir çatışma ilişkisi olarak algılanmal1adır. Elbette, bu ikinci düşüncede, huk.'Uka aykınlık, beşeri bir davranışın zararlılığı üzerine yapılan bir değerlendirme olmal'tadır.

Bu iki düşünce, esasında birbirinin karşıtı değildir, tersine birbirini tamamlamal1adır, çünkü, norm içeril.'ten yoksun bir ifade olmadığından, fiilin normla çatışma içerisinde olması demek, fiilin normda ifadesini bulan hul.ı.ıki değerle çatışma içerisinde olması demektir.Böyle olunca, biçimsel olarak, normla çatışma içerisinde olsa bile, nomıda ifadesini bulan hukuki değerin ihlaline yol açmayan bir fiil suç olmayacaktır. Bu bağlamda olmak üzere, ör., hırsızlıktan söz edilebilmesi için, rızası olmadan başkasının bir malının yararlanmak amacıyla alınması yetmemekte, alınan şeyin aynca değersiz olmaması da gerekmektedir. Alınan şey eğer değersizse, biçim gerçekleşmiş olsa bile, ortada göz önüne alınabilir bir zarar veya tehlike, buna bağlı olarak huk.'Uk:i bir değerin ihlali yoktur, öyleyse suç da yoktur.O halde, bu, suçun bünyesinde yer alan, ancak suç ayrıştırılırken unsur sayılmayan, hukuki değer veya menfaat, zarar veya tehlike gibi hususların, zorunlu olarak hukuka aykırılık kavramı etrafında kutuplaşması demektir.

Öte yandan, doktrinde, bazı ceza normlarında (ör., CK. m.l 09,112, 117, 120, 124. 154,243,250,257,263, vs.) özel olarak yer alan "hukuka aykırı olarak", "hakkı olmaksızın"•o"aörevin sa ladı□ nüfuzu kötüye kullanarak"•o"örevinin ıa ereklerine aykırı hareket etmek", "kanuna aykırı olarak", vs. biçimindeki ifadelere bakılarak hukuka genel aykınlık yanında, bir de hukuka özel aykınlığın bulunduğu iddia edilmiştir. Ancak, bu düşünce, hukuka aykınlığı ortadan kaldıran özel nedenlerle, yani hukuka özel uygunluk nedenleriyle suçun özü, kendisi olan hukuka aykırılığı birbirine karıştırmaktadır. Bunlar, ileride görüleceği üzere, hukuka özel uygunluk nedenleridir. Böyle olunca, suçun esasını teşkil eden hukuka aykırılık yanında, aynca hukuka özel aykınlıktan söz etmek bir çelişki olmaktadır. Hukuka aykırılık, esasen beşeri fiille hukuk normu arasında bir çatışma ilişkisinin ifadesi olduğundan, mahiyetinin bir gereği olarak, çokluk kabul ettnez; tektir. Öyleyse geneldir, ayrıca bir öz.elinin olmaması gerekir.

b. Hukuka Aykınlığıı Tespiti İşlemi ve Hukuka Aykınhğın Niteliği

Beşeri bir fiilin suç olabilmesi için bu fiilin sadece kanundaki bir suç tanımına uygun, yani "tipik" olması yetmemekte, aynca fiilin hukuka aykın olması, yani hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunması da gerekmektedir. Ortada hukuk düzeni ile bir çatışma yoksa, elbette bir suç da yoktur.

Gerçekten, hukuk düzeni, toplumsal hayatın kam1aşıklığı karşısında, bir yandan beşeri bir fiilin yapılmasıiu veya yapılrnamasıiu yasaklarken; öte yandan, belli koşullarda, yasakladığı bu fiilin yapılmasına izin vennektedir. Kuşkusuz, bir fiilin aynı anda hem yasak hem de serbest olması mümkün değildir.Tersi, hukuk düzeninin kendi içinde çelişik olması demektir. Oysa hukuk düzeninin temel özelliği, olabildiğince kendi içinde çelişkili olmamasıdır. Bu cümleden olarak, eğer hukuk düzeni, yasakladığı bir fiilin yapılmasına başka bir yerde izin vermişse; yasaklanan fiil, izin verildiği koşullarda hukuka aykın olmayacaktır.

Öyleyse, hukuka aykınlığın tespiti, suç tanımına, tipe uygun bir fiilin bir izinle, yani bir hukuka uygunluk nedeniyle örtüşüp örtüşmediğinin tespitidir. Açıkçası, işlendiği koşullarda, fiili hukuka uygun kılan bir nedenin olup olmadığının belirlenmesidir. Ortada fiili örten bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, fiil hukuk düzenine aykırıdır, yani suçtur.Böyle olunca, ör., kanunun hem adam öldürme fiilini yasaklaması (CK. m. 81) hem de belli şartlarda bu fiilin işlenmesine izin verilmesi (CK. m. 24, 25) karşısında, hukuk düzeni kendi içinde çelişkili olamayacağından, izin verilen koşullarda işlenmediği tespit edildiğinde, fiil, hukuka aykırı, dolayısıyla suç sayılacaktır. Demek ki, hukuka aykınlık hükmünün verilmesi, yani hukuka aykırılığın belirlenmesi, biri olumlu, öteki olumsuz olmak üzere, iki ayn şartın varlığının tespitini gerektirmektedir. Bunlar, beşeri fiilin suçun tanımına, yani tipik fiile uyması ve tipik fiili örten bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır.

Ancak, hukuka aykırılığın bu biçimde ortaya çıkması, niteliğini tartışılır kılmaktadır. Belirtilen biçimde anlaşılan hukuka aykırılık, suçun üçlü ayırımında objektif bir karakteri haiz bulunmakta, yani tipikfiilin nesnel bir niteliğini oluşturmakta, dolayısıyla böyle algılandığı için de, k:usurluluğun dışında veondan ayrık tutulmaktadır. Buradan, hukuka objektif aykınlığın, fiil ve kusurluluk yanında, suçun bağımsız bir unsurunu oluşturduğu, dolayısıyla kusurlu olmayan bir fiilin de hukuka aykın olabileceği sonucu çıkmakta; bu da, ceza hukukunun bir çok meselesini çözmede, özellikle, kaldınldığı ileri sürülmesine rağmen, başka bir ad altında hala varlığını sürdüren objektif sorumluluk hallerini ve isnat edilebilir olmayanların fiillerini açıklamada kolaylıklar sağlamaktadır. Buna karşılık, suçun ikili ayırımında hukuka aykırılık suçun kendisi, özü olarak algılandığından,öyleyse bir şey hem oşeyin kendisi hem de unsuru olamayacağından, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru olmadığı, dolayısıyla kendisine bir sıfatın izafe edilemeyeceği, tabii bu bağlamda olmak üzere, hukuka uygunluk nedenlerinin "fiilin menfi şartını" oluşturduğu kabul edilmektedir.

Hukuka aykırılığa bir nitelik izafe etmeyerek hukuka uygunluk nedenlerini fiilin menfi şartı sayan görüş, en başta, Alınan eski doktrininden kaynaklandığı

düşüncesiyle eleştirilmiştir. Almanya'da hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hatayı açıklamaya zorunlu olan doktrin, kanunda bir hükmün bulunmaması karşısında, bu nedenleri fiilin menfi şartı saymış, dolayısıyla bunlar hakkındaki yanılgıyı fiili hata olarak değerlendinniştir.

Oysa özel bir hükümle hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hatayı düzenleyen hukuk düzenlerinde, ör., İCK.m.59, hata halinde yapılacak işlem belli olduğundan, bu tür bir açıklamaya artık gerek yoktur. Burada, hukuk düzenimizin durumuna gelince, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, artık bizde de, lCK.un 59. maddesine benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun, 30/3. maddesinde, *"ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda"* hataya düşülmesi halinde, hatadan yararlanılacağını emretmiş bulunmaktadır. Gerekçeye bakıldığında, ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden, diğer nedenler yanında, ayrıca hukuka uygunluk nedenlerinin anlaşılması gerektiği görülmektedir. Öyleyse hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hatayı açıklamak için bu nedenleri fiilin menfi şartı saymak, ne bir zorunluluk, ne de bir gerekliliktir.

Öte yandan, fiille hukuka uygunluk nedenlerini aynı düzlem üzerinde gönnek, yani hukuka uygunluk nedenlerini fiilin menfi şartı saymak, soyut-mantıksal bir bakış açısından kabul edilebilir olmakla birlikte; ceza hukuku sisteminde hukuka uygunluk nedenlerini ve fiili kendilerine özgü işlevleri içerisinde göz önüne almak isteyen amaçsal bir bakış açısından yerinde görülmemektedir, çünkü kanunilik ilkesinin sonucu olarak, fiilin işlevi, ceza müeyyidesini gerektiren ihlal biçimlerini belli ennektir. Tabii, böyle olunca, fiilin belirgin niteliği, salt ceza hukukuna aidiyet olmaktadır. Gerçekten, tüm hukuk düzeninin gerekleri göz önünde tutularak oluşturulduklarından, hukuka uygunluk nedenlerinin, salt cezasal bir işlevi bulunmamakta; bunlar, ceza hukuku düzeninin hukuk düzeniyle bütünleşmesini temine yaramaktadırlar. Ancak böyle düşünüldüğünde Ceza Kanununda öngöıülmemiş olan hukuka uygunluk nedenlerinin fiili suç olmaktan çıkarması, yani bir normun bir ceza normunu etkisiz kılması açıklanabilmekte; aksi halde, bu nedenlerin, nasıl olup da fiili suç olmaktan çıkardıkları açıklanamamaktadır.

Bu kendine özgü yapıdan, yeni hukuka uygunluk nedenlerini biçimlendiren normların özellikle cezasal (tercimi) olmayan niteliğinden, önemli sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bir kere, hukuka uygunluk nedenlerini tamamlayan durumlar, cezalandırıcı normlardan farklı olarak, kanunilik ilkesine sıkı sıkıya tabi değildirler. Bu yüzden, bir hukuka uygunluk nedeni olarak ,ör., bir h□ kullanımının kaynağı, yazılı hukuk yanında, örfi hukuk da olabilmektedir. Sonra, hukuka uygunluk

nedenlerini düzenleyen nonnlar, tüm hukuk düzeninden çıkarılabilen, suç ve ceza koyan norn1lar dışında kalabilen bağımsız nonnlar olduklarından, suç ve ceza koyan nonnlarından farklı olarak, bu normların kıyasen uygulanmaları mümkün olabilmektedir.

Bu durum karşısında, hukuka uygunluk nedenlerini artık fiilin menfi şartı olarak gönneye imkfuı yoktur. Öyleyse, hukuka objektif aykırılığı reddeden düşünce, mantıksal bir bakış açısından, bir yönüyle tutarlı da olsa, hukuka uygunluk nedenlerinin kendilerine özgü işlevlerini göz ardı ettiğinden, kabul edilebilir nitelikte göiiilmemektedir.

c. Hukuka Maddi Aykırılık, Hukuka Şekli Aykırılık

Hulnıka aykırılığın suçta unsurla özdeşleştirilmesi, doktrini, hukuka maddi aykırılık, hukuka şekli aykınlık ayınmına götürmüştür. Esasen, bunun da ötesinde, hukuka aykınlık meselesi, ceza hukukunun, dolayısıyla suçun kaynağına ilişkin bir meseledir. Suç ceza hukukuna aykırı bir fiil olduğundan, hukuka aykırılık, ceza hukukunun kaynağının yalnızca kanun olup olmamasına bakılarak, hulruka ya şekli aykırılık, yada maddi aykırılık olarak değerlendirilmektedir.

Hukuka şekli aykırılıktan, beşeri bir fiille kanun arasındaki çatışma anlaşılmaktadır.Bu bağlamda, ceza hukukunun yegane kaynağının kanun olduğu kabul edilirse, elbette hukuka tek bir aykırılık kabul edilecektir. Kuşkusuz, bu da, kanuni hukuka aykırılık olmaktadır. Ancak, hukuka aykırılığın bu biçimde anlaşılır olınası, hukuka aykırılığın, hukuka şekli aykırılık ve hulruka maddi aykırılık olarak ayrılmasına engel görülmemiştir. Burada, hukuka aykırılıktan, hukukça korunan değerin ihlali anl□ılmaktadır.

Böyle olunca, beşeri bir fiil, kanunun hükmünü ihlal ettiğinde şekli olarak, buna karşılık hükmün korudı.ığu değeri ihlal ettiğinde maddi olarak hukuka aykırı olmaktadır. Tabii, bu biçimde algılansa bile, münhasıran kanunun değerlendinnesi esas alındığından, hukuka aykınlık özünde kanuna aykırılık olarak kalmaktadır. Bundan ötürü, doktrinde, hukuka aykırılığın biri ötekinden ayrılmayan, biri öteki ile çatışmayan ilci yüzünden söz edilmektedir.

Hukuka maddi aykırılıktan, fiille belli bir toplumda hukuki himayeye layık görülen çıkarların çatışması anlaşılmaktadır. Açıkçası, hukuka maddi aykırılık, fiille, ister kanuni isterse örfi veya içtihadi olsun, hukukça korunan toplumsal çıkarların çatışmasıdır. Esasen, hukuka bu tür bir aykırılık, fiilin toplumsal tehlikeliliği ile çakışmakta, yani toplumsal olarak tehlikeli olan fiil maddeten hukuka aykırı olmaktadır.

Buradan, temelde, suçun, öyleyse ceza hukukunun, kaynağı meselesi ortaya çıkmak-ta; dolayısıyla suçun yegane kaynağının kanun olmadığı, aynı zamanda örfi ve içtihadı hukukun, hatta kıyasın da ceza hukukunda kaynak olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Elbette, böyle düşünülürse, sadece ceza kanununda boşluk olduğunun kabulü ile yetinilmeyecek, aynca diğer kaynaklara, kanunu yüıürlükten kaldırma etkisi de tanınacaktır.Bu konuda, ılımlı bir düşünce, kanunilik ilkesini zedelememekte, yalnızca toplumsal bakımdan yararlı olan veya tehlikeli olmayan davranışların suç sayılmamasını, dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarının genişletilmesini istemektedir.

Ancak, ceza hukukunun kaynağına çoğulculuk getiren hukuka aykırılığın bu anlayışı, kanunilik ilkesiyle çelişmekte, böylece ceza hukukunun "teminatçı karakterini" gidermekte, dolayısıyla hukuktan beklenen "kesinlik" özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Oysa, teminatçı bir hukuk düzeninde, hukuka aykırılık kavramı, hukuka maddi-şekli aykırılık biçiminde bir ikiciliğe yer vermeyen tek bir bütünü ifade etmektedir. Böyle olunca, hukuka aykırı fiil, esasen hukuki bir çıkara, açıkçası himayesine amaçsal olarak ceza normu koşulan bir değere dokunan bir fiil olmaktadır. Burada, amaç, ceza hukukunun teminatçı karakterini gidermek değil de hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını genişletmekse, bunları ille de fiilin menfi şartı sayarak, çözümü kanunilik ilkesinin tahrip edilmesinde aramaya gerek yoktur. Ceza hukukunda, kanunilik ilkesiyle getirilen kaynak tekeli; aslında "tecviz eden norm", yani fiili hukuka uygun kılan normla değil, ama "tecrim eden norm" , yani fiili suç sayarak cezalandıran normla bağıntılıdır. Bundan ötürü, suç ve ceza koyan normların kaynağının sadece kanun olması zorunlu olmakta, ama hukuka uygunluk nedenlerine vücut veren tecviz eden normların kaynağının mutlaka kanun olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Özünde, bu, hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, kanunda açık bir hüküm bulunmayan hallerde, kanunilik ilkesinin hukukun diğer kaynaklarına gitmeye bir engel oluşturmaması demektir.

Öte yandan, değer veya menfaat, suçun hukuki konusu olarak, zaten normun bünyesinde mevcutsa; normun ihlalinin, doğal olarak, bu hukuki değer veya menfaatin de ihlali olması gerekmektedir. Elbette, böyle olunca, beşeri bir fiil, normun konusu olan değeri veya menfaati ihlal etmiş olmadıkça, suç da olmayacaktır. O halde, bu bağlamda, maksat ceza hukukunun kaynağındaki tekçiliği gidererek hukukun bu teminatçı karakterini ortadan kaldırmak değilse; hukuka aykırılığa getirilen, hukuka şekli-maddi aykırılık biçimindeki ikicilik, mantıksal bir çelişkidir.

Bütün bunlar bir yana, Türk Ceza Hukuku düzeninde, Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunduğu, 90/son maddesi hükmünün üstünlük tanıdığı AİHS'nin. 7., Anayasanın 38., CK'nun 2. ve 61/7. maddeleri karşısında, maksadı ceza hukukunun kaynağındaki tekeli gidermek olan hukuka maddi aykırılık biçiminde bir hukuka aykırılığın kabulü zaten mümkün olmamak gerekir.

2. Suçun Hukuki Konusu

Doktrinde, her suçun, hukuki bir değerin veya menfaatin ihlali olduğu; öyleyse, her suçun hukuki bir konusunun bulunduğu kabul edilmektedir .

Suçun hukuki konusundan[279], hukukça korunan, tabii bundan ötürü, kendisine "hukuki değer" veya "hukuki menfaat" denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı "şey" anlaşılmaktadır.

Değer, bize yaradığı kabul edilen her şeydir. Açıkçası, beşeri bir ihtiyacı gidermeye yarayan veya en azından böyle kabul edilen bireysel, kamusal ve toplumsal her çeşit şeydir. Bu, dış dünyaya ait bir şey (ör.edinilebilen bir varlık) olabileceği gibi, kişinirı bir niteliği (ör.fiziki veya ruhi bütünlük) de olabilir. Hatta, bu şey, maddi bir değer olduğu kadar, manevi bir değer (ör. şeref, onur, adap, vs.) de olabilmektedir.

Aslında, değer kavramı, menfaat kavramından farklıdır. Değer beşeri bir ihtiyacı tatmine yarayan her şeyi ifade ederken; menfaat, ihtiyaç sahibi süje ile diğer süjeler arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Ancak, aynı gerçeği iki farklı açıdan ifade ettiğinden; sonuç olarak, biri himaye edilmediğinde öteki de himaye edilemediğinden; iki terim, eş anlamlı olarak kullanılmaktadır.

Ceza hukuku biliminde, suçun hukuki konusu düşüncesi, bir yandan kanun koyucuyu sınırlandırarak, kişi hak ve hürriyetlerini teminat altına almak; öte yandan kendisine yabancı unsurlardan arındırarak ceza hukuku bilimine katkıda bulunmak amacına matuf olarak ortaya atılmıştır.

Gerçekten, suçun hukuki konusu, bir kısım doktrinde, suç genel teorisinde yüklendiği siyasal-teminatçı ve dogmatik-yorumcu işlevinden ötürü, ceza hukuku biliminin temel taşlarından, açıkçası olmazsa olmazlarından biri sayılmıştır.

---

[179] Rocco, L'Ogqetto del reato e della tutela guisidico genela, Torino 1913; Antolisei, Manuale, PG, s. 173 vd; Bettiol, Bene giuridico e reato, Riv. it., 1938; Bettiol, Diritto penale, s.; Mantovani, Dritto penale, s. 190 vd.; Gregori, saggio sull'ogqetto giuridico del reato, padova 1978; Pagliaro, Bene giuridico e inler pretarione della legge penale, Studi Antolisei, Milano, II, 1965, s. 392 vd.; Toroslu, CUrUmlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konsusu, AÜHFY., Yayın no. 273, Ankara 1970.

a. Hukuki Konunun Siyasal-Teminatçı İşlevi

Hukuki konunun özgün siyasal-teminatçı işlevini anlayabilmek, açıkçası bu konudaki tüm kuşkuları ve uyumsuzlukları giderebilmek için, suçun hukuki konusunu ve beşeri bir davranışı suç sayan normun amacını bir tutmamak, mutlaka bunları birbirinden ayırt etmek gerekmektedir.

Suçun hukuki konusu, normdan önce mevcut bulunmakta ve bir suçun tanımında açık veya örtülü olarak yer almakta, dolayısıyla o suçun kurucu bir unsurunu oluşturmaktadır. Gerçekten, ör., kişi hürriyeti (m. 109), şeref (m. 125), adap/ahlak (m. 225, vd., 230 vd), kamunun esenliği (m. 213), sır (m. 132 vd., 326 vd.), vs., açıkça bir suçun tanımında yer alırken; ör., hayat (m. 81, vd.), fiziki bütünlük (m. 86 vd.), mal ilişkileri (m. 141 vd.), vs., örtülü olarak bir suçun tanımında yer almaktadır.

Buna karşılık, normun amacı, kanun koyucunun, bir davranış normu koyarak fiili suçsaymada gütmüş olduğu amaçtır. Kuşkusuz, normun amacı, suçun unsuru değildir, ama bir fiili suç sayarak failini cezalandırmanın mantığını (ratio) oluşturmaktadır. Böyle olunca, normun amacı, yoruma temel alınan hükmün kendisi ile çakışmaktadır. Elbette, bunun sonucu olarak, hukuk düzenimizde, bazı suçların hukuki konusu yokken; tüm suç ve ceza koyan normlarda, cezalandırma amacı bizzat nonnun içinde mevcut bulunmaktadır. Gerçekten, ör., 6136 sayılı Kanunun silah taşımayı, CK'nun hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılmasını (m. 177), işaret ve engel koymamayı (m. 178), usulsüz ölü gömmeyi (m. 196), Şapka lktisası Hakkında Kanunun ihlalini (m. 222), kumarı (m. 228), vs. yasaklamış, yani suç saymış bulunmaktadır. Bu suçlara bakıldığında, bunlarda, suçtan doğrudan doğruya zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşı karşıya kalan belli bir kimse, yani suçun belli bir mağduru bulunmamaktadır.

Burada, fiilin suç sayılmasının nedeni sadece toplumun, açıkçası devletin çıkandır. Gerçekten, devletin çıkarı, kimsenin, ör., silah taşınmaması, tehlike yaratacak bir biçimde hayvanları serbest bırakmaması, usulsüz ölü gömmemesi, kumar oynanmamasıdır. Ancak, bunlar, cezai himayenin konusu değildirler, sadece cezalandınnanın amacıdırlar. Hükümle aynı şey olduğu içindir ki, normun amacı, suçun hukuki konusundan, mevcut olduğu suçlarda bile, sadece hükmün bir unsurunu oluşturduğundan, farklı olmaktadır. Gerçekten, bir örnek olarak, ör., dolandırıcılığı alırsak, bu suçta, hukuki konu bir kimsenin mal varlığına ilişkin çıkarıyken; fiili cezalandınnakla güdülen amaç, bir kimse zararına başka bir kimsenin hileli bir biçimde zenginleşmesini önlemektir.

Suçun hukuki konusu, geçen yüzyılda, liberal hukuk anlayışı ikliminde ortaya çıkmıştır. Bununla güdülen amaç,suçu hakkın ihlali sayarak, kanunilik.ilkesiyle kişiye

sağlanan teminatın sınırlannı genişletmektir. Gerçekten, toplumu salt akti bir veri olarak algılayan bu düşünce, kanunilik ilkesi yanında, suçun hukuki konusuile, bizzat kanun koyucunun iktidarına sınır getinnek istemiştir. Kanun koyucu, istediği her beşeri davranışı değil ama sadece toplumsal ortak yaşam için fiilen zararlı veya tehlikeli olan, yani dış dünyada maddi olarak varlık gösteren, bu yüzden mutlaka ceza gerek-tiren beşeri davranışları suç saymalıdır. Böylece pozitif hukuktan önce zaten mevcut bulunan maddi bir değer elde edilmekte, dolayısıyla ceza nonnu onu yaratmamakta, sadece bulmuş olmaktadır. Bu, suçun hukuk1 konusunun, yasama faaliyetinin bir sınırını oluştunnası demektir.

Ancak, doktrinde, sanılanın aksine, suçun hukuki konusu kriterinden beklenen teminatın gerçekleşmemiş olduğu ileri sürülmüştür. Denmiştir ki, hukuk devletinın krizi ile birlikte, suçta hukuki konu kriteri sürekli aşınmaya uğramış, giderek içi boşaltılmış ve her çeşit keyfiliğe açık, güne göre değişen salt biçimsel bir kalıba, bir kategoriye dönüştüiülmüştür. Gerçekten, suçun hukuk1 konusu olan değerin, kimi hukuki pozitivizm yanlılarınca, "kanun koyucunun gözünde, yurttaşların ortak esenlikli yaşan11I11 teminde gerekli olan her şey" olarak algılanır olması; artık suçla ihlal edilen ve cezayla korunan değerin, normdan önce zaten var olmadığı, tersine normla birlikte yaratıldığı sonuçunu doğurmuştur.

Bu bir yana, burada, ereksellik düşüncesi, normun amacı ile suçun hukuki konusunu bir tuttuğundan; "ratio legis", üst üste bindirilmiş iki kavramlı bir hale getirilmiş, dolayısıyla normun yorumu için, salt amaçsal bir yöntemle yetinmek zorunda kalınmıştır. Gerçekten, bu düşüncede, madem her normun bir amacı bulunmaktadır, öyleyse, buna bağlı olarak, her suçun hukukı bir konusu olmaktadır. Ancak, söz konusu bu düşünce, hukuki değerle normun aynı anda birlikte olduğunu kabul ettiğinden, hukukı değerin hfila kanun koyucunun faaliyetim sınırlandırabilen bir araç olarak algılanması, içinden çıkılmaz terimsel bir kargaşa yaratmaktan öte, kendisinden beklenen işlevden de vazgeçilmesi sonucunu doğurmuştur

Suçun hukuki konusunu, Nazi hukukçular da eleştirmiştir. Naziler, hukuki değer kavramını atmış, yerine, Führerin sezgisine dayandırılan "halkınduygusu" kavramını koymuşlardır. Becerileri bundan ibaret olmuştur.

Tüm eleştirilere rağmen, suçun hukuki konusu, nıteliği ne olursa olsun, bugünün ceza hukuklarında, hala kendisinden vazgeçilemeyen bir değer olma özelliğini korumaktadır. Gerçekten, bugün, her çeşit devletin, kendisi ile, şunları değil de bunları değerli görerek himaye ettiği değerler, bir fonna, bir biçime veya kalıba indirgenmiş olduğundan, hukuki değer, demokratik ceza hukuklarından, totaliter her çeşit ceza hukuklarına kadar, tüın ceza hukuku sistemlerinde kabul gören çok amaçlı bir değere

dönüşmüş bulunmaktadır. İşte, bu sayededir ki, söz konusu bu biçim, bu form altında, hem temel haklar, insan hakları, her çeşit inançsal değerler, hem de kentsoylunun, emekçinin, her çeşit cemaatin ekonomik- toplumsal çıkarları cezai himayenin konusu yapılabilmektedir. Artık, bugün, genel olarak herkes, modem bir ceza hukukunun ödevinin, kendilerine teminatçı bir işlev yüklemeksizin, hukuki değerleri himaye etmek olduğunu ve her ceza normunun beşeri bir çıkarı koruduğunu kabul etmektedi?°.

b. Hukuki Konunun Dogmasal-Yonıncu İşlevi

Kimileri abartılmış olduğunu söylemesine rağmen, suçun hukuki konusu düşüncesi, bir yandan hukukçunun işi olan ceza normunun yorumunda nesnel bir temel bulmaya çalışırken, öte yandan ceza hukukunu bir sisteme kavuşturmada zorunlu olduğunu düşündüğü suçların tasnifinde.bu iş için elverişli ve yeterli bir kriter oluşturmak istemektedir.

Gerçekten, denmektedir ki, her bir ceza normu, bir diğerinden farklı olara, kendine özgü bir hukuki konuya sahip bulunmaktadır.Söz konusu bu özge hukuki konu, osuçu başka suçlardan ayırt etmede, yani suçu bireyselleştirmede görev üstlenmekte, dolayısıyla tek tek ceza normlarının yorumunda ve tasnifinde başvurulması zorunlu temel bir kriter olmaktadır. Burada, önce suçun kanundaki tanımından suçun hukuki konusu çıkarılmakta, sonra, normun tümünü aydınlatan bir ilke olarak, ondan, bu kez, normu yorumda ortaya çıkan sorunları çözmede yararlanılmak istenmektedir.

Bu düşünce doktrinde üç temel noktada eleştirilmiştir.

Bir kere, hukuki konunu, bir yandan her bir suçun belirleyici özellikleri kendi nesnel ve öznel unsurlarından kaynaklandığından, öte yandan ceza normları her zaman farklı değerleri değil de, ör., adam öldürme, hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, vs. suçlarında olduğu gibi, çoğu kez aynı değerleri himaye ettiklerinden, tek tek suçlan belirlemede, kesin bir biçimde birini ötekinden ayırt etmede ve suçun cezasının ağırlığını tayinde yetersiz kalmaktadır. Öte yandan, yorum aracı olarak hukuki konu, maalesef fasit bir daireye vücut vermektedir, çünkü norm hukuki konuyu bulmak için yorumlanırken, hukuki konu da, normun yorumu için aranmaktadır. Son olarak, ör. çok ihlalli suçlarda olduğu gibi, hukuki konuyu kesin bir biçimde belirlemek her zaman kolay olmamakta, hatta çoğu kez, ör., hırsızlıkta olduğu gibi, belirsiz ve zıt göıüşler ortaya çıkmakta, dolayısıyla suçun hukuki konusundan yorumda umulan yarar sağlanamamaktadır. Aynca, bugün başka bir adla ceza hukukunun dışına çıkarılmış olmakla birlikte, kabahatlerde korunan hukuki değerin tespiti nercle ise imkansız bulunmaktadır.

• Mantovani, Diritto pcnale, s. 192.

Ancak, bu el□tirilere rağmen, suçun hukuki konusu kriteri, suçun mağdurunun, yani pasif sujesinin kim olduğunu belirlemede ve bununla bağıntılı olarak, takibi şil..-ayete bağlı suçlarda şikayete hakkı olan kişiyi, mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk nedeni sayıldığı hallerde nza göstenneye hakkı olanı, takibi izine bağlı suçlarda izin venneye kimin yetkili bulunduğunu tespitte hala işlevini sürdürmektedir.

c. Hukuki Değer İhlali, İhlal &as Olmak Üzere Suçların Tasnifi

Günümüz ceza hukukları, geçmişten farklı olarak, beşeri bir davranışı cezalandırırken, onun, sadece bir zarar doğurmuş olmasını göz önüne almakla kalmamakta, aynı zamanda bir zarar tehlikesi doğurmuş olmasını da göz önüne almaktadırlar.

Hukuki bir değerin ihlali, o değerin kıymetinin azalması veya tamamen yahut kısmen yok olınası biçiminde olabileceği gibi, o değer veya menfaatin varlığının olası bir tehlikeye konulması biçiminde de olabilmektedir. Böyle olunca, suçlar, ihlalle bağıntılı olarak, ya zarar suçlan, ya da tehlike suçlan olmaktadırlar. Bilimde ve teknolojide meydana gelen ve gelmekte olan gelişmeler, giderek tehlike suçlarının artmasına neden olınuştur. Bugün, enerji, ulaşım, sağlık vs., alanlarında ortaya çıkmış olan ilerlemeler korkutucu boyutlara ulaşmış; bu da tehlike suçlarının en az zarar suçlan kadar önemsenmesi sonucunu doğurmuştur.

Tipik, genel tehlike suçu, en başta "suça teşebbüs" olmaktadır. Kanun, aynca, birçok tehlike suçuna yer vermiş bulunmaktadır. Kanunun, ör., m. 170, 173, 175, 177, 179, 180, 183, 185, vs. maddelerinde öngörmüş olduğu suçlar tipik tehlike suçlandırlar. Bugün ceza hukukunun temel kurallarına tabi kılınmış olmalarına rağmen, "suç" sayılınayarak 5326 sayılı Kanunla ceza hukuku dışına atıldığı iddia edilen ve ihlali "idari yaptırım" ile karşılanan "kabahatler", niteliklerinin bir gereği olarak, tipik tehlike suçlarıdırlar.

Tehlike, eskiden, nesnel bir gerçeklik, yani bir neticenin gerçekleşmesi ve gerçekleşmemesi arasındaki belirsiz, şüpheli bir fiili durum olarak algılanmıştır. "nedensellik kanunu" karşısında bu düşüncenin bir değeri yoktur, çünkü tehlike kavramı olgular dünyasına yabancıdır. Bugün, doktrinde, tehlikeden; insanın bilgisi sınırlan içinde cereyan eden, egemen olduğu olumlu ve olumsuz nedensel etkenlerin tümüne bağlı olarak, bir neticenin gerçekleşmesi ihtimali yargısı anlaşılmaktadır.

Ancak, tehlike, istenmeyen bir netice fikrini deiçerdiğinden vesadece bir neticenin gerçekleşmesi ihtimali olmadığından, genelde gerçekleşmesinden korkulan bir neticenin, hukuk söz konusu olduğunda, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesi ihtimali olarak tanımlanabilii8[1].

[211] Antolisei, Manuale, PG., s. 232.

O halde, en azından bile bir gerçekleşme imkanı bulunmadığında, tehlikeyi basit bir imkandan ibaret saymak, hukuka aykırı bir neticeye yönelik her davranışı, tehlikeli saymak mantıksızlığına götürür. Gerçekten, bazı istisnai hallerde, ör., beddua, büyü, vs. ile hasmının ölümünü gerçekleştirmeyi amaçlayan bir kimsenin davranışı da, o kimsenin çok fazla duygusal olması veya bozuk sağlık durumu yüzünden ölüm sonucunu sağlayabilir.

Öte yandan, tehlike basit bir imkandan ibaret değilse, bu, hukukta, lehe olan veriler aleyhe olanlardan fazla olduğunda, fiilin ihtimal dahilinde olduğu esasına dayanan matematiksel veya istatistiksel bir kriterin kabul edilmesi anlamına alınmamalıdır. Hukuku ilgilendiren, ihtimalin asla rakamsal olarak saptanamayacağı düşüncesi bir yana, belli bir düzeyde olmak kaydıyla, tehlikenin varlığı için her dereceden ihtimalin yeterli sayılmasıdır. Buradan, tehlikenin nesnel bir şey olduğu, belli bir kişinin korkulan veya heyecanları gibi psişik faktörlerden bağımsız, deney verilerine dayandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Tehlikenin varlığını tespit etmek konusuna gelince, tahmin hükmünün fiili bir durumdan doğabilecek neticelerin bir öngörüsünü gerektirdiği kabul edildiğinde, ortada ciddi bir kuşku kalmamaktadır. Gerçekten, etkilerini zaten yaratmış bulunan bir davranış karşısında söz konusu bu tahmin hükmünde bulunmak zorunlu olduğundan, kuşkusuz bizzat davranışın yapılmış olduğu ana gitmek ve etkilerinin şimdi nasıl ortaya çıkabileceği hakkında bir yargıda bulunmak gerekmektedir.

Hakim, fiilden sonra fiile gidilerek verilen yargıda, davranışın tehlikeli olup olmadığını tespit ederken, en başta ortalama bir kimse tarafından bilinebilecek olan tüm etkenleri göz önüne alacaktır. Hakim, ayrıca, failin kullanabilecek olduğu muhtemel özel bilgilerini de değerlendirmelidir. Genelde failin arızı bilgisi ile bütünleştirilen ortalama insanın bilmesi temeline dayalı bu mantıksal yolla elde edilen yargının, failin yerinde olmuş olsalardı insanların çoğunun aynı şekilde davranacağı düşüncesini temsil ettiğinden, doktrinde, rahatlıkla halkın yargısı olarak göz önüne alınabileceği ifade edilmiştir8[2].

Tehlike suçlan, zarar neticesi ile bağlantılı olarak, maddi' veya gerçek tehlike suçlan, yani diğer bir ifade ile zarar tehlikesi suçlan ve şekli' veya farazı tehlike suçlan, yani salt hareketin kendisi tehlikeli sayılan suçlar olarak ayrılmaktadırlar. Gerçekten, maddi tehlike suçlarında, ör-.,170, 173, 177, 179, vs. maddelerde öngörülmüş olan suçlarda, 31O. maddede öngörülmüş olan Cumhurbaşkanına suikast suçunda, suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukuki değer, her zaman gerçekleşmesi olası bir zarar tehdidi veya bir zarar tehlikesi altındadır. Buna karşılık, şekli tehlike suçlarında, kanun koyucu, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki

212 **Antolisei, Manuale, PG., s.234**

değer için gerçekte bir zarar tehlikesi yaratıp yaratmamasına bakmaksızın, salt o davranışın kendisinin yapılmasıiu tehlikeli saymaktadır. Bu niteliğinden ötürü, maddi tehlike suçlarının aksine, bu suçlarda, ör. 214, 215, 216, 217, 220, vs. maddelerinde öngöıülen suçlar, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki bir değere karşı gerçekte bir tehlike var mıdır yok mudur, bunun ispatı gerekmemektedir, çünkü kanunun yapılmasını veya yapılmamasını emrettiği davranışın, salt yapılması veya yapılmaması ile birlikte tehHkenin doğduğu kabul edilmekte, dolayısıyla başka hiçbir şey gerekmeden suç da oluşmaktadır.

Aynca, suçlar, ihlal edilen değerlerin sayısı esas olmak üzere, tek ihlalli suçlar ve çok ihlalli suçlar olarak da ayrılmaktadırlar. Gerçekten, ör., öldürme , yaralama, hırsızlık, dolandırıcılık, vs., suçlan tek ihlalli suçlardırlar. Bunlarda, fail, fiili ile tek bir hukuki değeri ihlal etmektedir. Buna karşılık, ör., yağma, konutta hırsızlık, iftira, vs., suçlan çok ihlalli suçlardırlar. Bunlarda, fail, fiili ile birden çok değeri ihlal etmektedir. Kanunda farklı düzenlemeler rastlanmakla birlikte, ör., m. 142/son çok ihlalli suçlar genelde bileşik suç (CK., m. 42) olarak anılan suçlardırlar.

3. İhlalin Siyasal-Teminatçı Değeri ve Muayyen Bir Hukuki Değeri İhlal Etmeyen Suçlar

Her suçun mutlaka hukuki bir değerin ihlali olduğu düşüncesi, suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukuki değerin zaten suçun tanımının içinde mevcut bulunduğunu, dolayısıyla her suçun mutlaka hukuki bir değerin veya menfaatin ihlali olduğunu, öyleyse ihlalsiz suçun olamayacağı, bu kuralın bir istisnasının da bulunmadığı ileri sürülmektedir.

Ancak, ihlal, sadece suçla ihlal edilen ve cezayla korunan muayyen, belli bir hukuki değerin zarara uğratılması veya tehlikeye konulması olarak algılandığında, ceza hukuk düzeninde belli, muayyen bir hukuki değerin ihlali olmayan bazı suçların bulunması zihinleri karıştırmaktadır.

Buradan, doktrinde, "salt amaç suçları" ve "mağduru gayrı muayyen suçlar" meselesi ortaya çıkannaktadır.

a. Muayyen, Belirli Bir Hukuki Değerin İhlali Olan Suçlar

Suçların büyük çoğunluğunda, muayyen, belli bir hukuki değer veya menfaatin ihlali açık veya örtülü olarak suçun kurucu bir unsurunu oluşturmaktadır. Kuşkusuz, bu suçlarda, böyle açık veya örtülü olarak belli, muayyen bir hukuki değerin zarar görmesi veya tehlikeye konulması yoksa, kurucu bir unsurunun yokluğundan ötüıü suç da yok olmaktadır. Gerçekten, ör, öldürme suçunda, kişinin hayat hakkı, yaralama suçunda kişinin beden bütünlüğü, hırsızlıkta kişinin zilyetliği, vs. ihlal edilmiş olmadıkça, bu suçların oluşması mümkün değildir.

b. Muayyen, Belirli Bir Hukuki Değerin İhlali Olmayan Suçlar

Sayılan az da olsa, bir kısım suçlar, muayyen, belli bir hukuki değer veya menfaatin ihlali olmayan suçlardırlar. Doktrinde, bunlara, salt amaç suçlan denmektedir. Bunların özelliği, belli, muayyen bir hukuki değer veya menfaatin ihlalinin değil, ama gerçekleştirilmemesinde toplumun veya devletin çıkarı bulunan belli bazı davranışların, fiillerin suç sayılmış olmasıdır.

Gerçekten, devletin belli bazı davranışların gerçekleşmemesinde çıkarının olması, suçun hukuki konusunu değil, ama cezalandırmanın, yani belli bir davranışı suç saymanın amacını oluştunnaktadır. Burada, çıkarın ihlali, bizzat suç olan fiille çakışmakta, dolayısıyla hükmün kendisinin amaçsallık açısından görülmesinden başka bir şey olmamaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, bugün, suç olmaktan çıkarılmış bulunan birçok kabahat fiilleri, ruhsatsız silah bulundurmak ve silah taşımak (bkz., 6136 sayılı Kanun) kendi ihtiyacı için uyuşturucu bulundurmak ve kullanmak (CK. m. 191), kumar, (CK. m. 228), dilencilik (CK. m. 229) vs. suçlan, muayyen, belli bir hukuki değer veya menfaatin ihlali olmadıklarından, bu nitelikteki suçlardırlaı-28[3].

Son zamanlarda, doktrinde, ihlal ve bununla birlikte hukuki değer veya menfaat kavramının, ister kaba isterse rafine olsun, Nedenci veya Savunmacı her çeşit ceza hukuku anlayışı .karşısında, kendi özgün teıninatçı işlevinin yeniden canlandınlınası anlamında, gündeme geldiği gözlemlenmektedir. Bu düşünce, kanun koyucuya, ceza kanunu koyarken, sadece gerçekte gerçek olan şeyin ihlalini suç saymakla zorunlu olduğunu söylemekte ve onun, her kez varlığının kanıtlanmasına yer verecek bir biçimde kurucu unsur olarak suçun tanımına dahil edilmesini istemekte, dolayısıyla hukuki değer veya menfaatin zaten her suçun tanımı içinde olduğu varsayımı artık bir tarafa bırakmalıdır demektedir. Böyle olunca, kanun koyucunun, özellikle ceza hukuku biliminin, temel görevi, çağdaş ceza hukuklarının vazgeçemediği kanunilik ilkesi karşısında, ihlalsiz suç olmaz kuralının gerçekleşmesini sağlayacak en işlevsel kanun yapma tekniğini bulup ortaya koymak olmaktadır.

Ancak, bu konuda, doktrin, ör., İCK'nun 49. maddesi hükmünde yer alan normca korunan değer veya menfaati ihlal etmeyen fiilin cezalandırılamaz olması hükmünü™ yeterli bulmamaktadır. Gerçekten, söz konusu hüküm, ne her bir

---

.w Nuvolone, Il sistema, s. 227

[214] Madde 49. işlenemez suç ve hata sonucu olarak bir fiili suç sayma - Esasen suç olmayan bir fiili hataya düşmesi yüzünden suç sanarak işleyen kimse cezalandınlmaz. Aynca, aynı biçimde, suçun maddi konusunun bulunmaması veya davranışın elverişli olmaması halinde kimseye ceza verilmez.... Belirtilen bu hallerde, hakim, aklanmasına hUkmedilen sanığın güvenlik tedbiri altına konmasına karar verebilir.

nonnun özel olarak koruduğu mahsus değer veya menfaate işaret etmekte, ne de ihlalsiz suçlar veya amaç suçlan denen suçlara bir hukuki konu ve bir ihlal yükleyebilmektedir. Tüm bu durumlarda, ya ihlalsiz suç olmaz ilkesinin içi boşaltılarak suçun tanımıyla ihlal çakıştırılmak istenmekte veya kanunilik ilkesi çiğnenerek ihlal nommn dışında bir yerde aranmaya çalışılmaktadır. Doktrinde, belirtilen çıkmazdan kurtulmanın, her iki ilkenin gereklerini sağlayan uygun bir çözümü bulmanın, ancak "ihlalin tipik kılınması" ile mümkün olabileceği ileri sürülmüştür[285].

4. Mağdur, Suçun Maddi Konusu, Suçtan Zarar Gören

Suçun hukuki bir değer veya menfaatin ihlali olması, zorunlu olarak, suçun bir mağdurunun olmasını, suçtan bir zarar göreninin bulunmasını çağrıştırmaktadır. Doktrinde, suçun, genel ve özel veya mahsus mağduru ayırımı yapılmaktadır.

Bütün suçların mağduru, suç ve ceza koyma erkinin sahibi devlettir. 1leride görülecek; kimi devletin "cezalandırma yetkisinden", kimi "cezalandırma hakkından" söz etmektedir.

Suçun özel veya mahsus mağduru, suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukuki değer veya menfaatin hamili konumunda olan kimsedir. O halde, mağdur, suçtan bir şekilde zarar görmüş olan kimse değildir, normun koruduğu değer veya menfaatin hamili olan ve suçun var olması için zorunlu olan ihlalin doğrudan doğruya muhatabı bulunan kimsedir. Gerçekten, ör., adam öldürme suçunda, kuşkusuz öldürülen kimsenin yakınları, maddi ve manevi olarak suçtan etkilenmektedirler. Ancak, bu suçta, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değerin hamili, o kimseler değildir, sadece öldürülen kişidir. Gene, hırsızlıkta, alacaklısı değil, malı çalınan kişi suçun mağdurudur.

Suçun mağduru ile suçun maddi konusu karıştırılmamalıdır. Suçun maddi konusu, suçun maddeten etkilerini üzerinde gösterdiği varlıktır. Bu varlık, bir kimse olabileceği gibi, bir şey de olabilir. Çoğu kez, suçun maddi konusu ile suçun mağduru, aynı kimse olmaktadır. Öldürme, yaralama, vs. suçlarında suçun mağduru ile maddi konusu aynı kimsedir. Ancak, birçok suçta, ör., kendisini askerliğe yarayışsız hale getirme, hileli usullerle kendisine zarar vererek sigorta şirketini dolandırmak vs. suçlarında, suçun mağduru başka kimse, maddi konusu başka kimse olabilmektedir. Gene, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda (CK. m. 234, 109/2, f) suçun maddi konusu çocuk, suçun mağduru velayet yetkisine sahip kişidir. Çocukların cinsel dokunulmazlığını ihlal eden suçlarda (CK. m. 103, 104,

215 Mantovani, Diritto penale, s. 203

105) özellikle çocukların karşılıklı cinsel davranışlarda bulunlamaları halinde, şuçun mağdurunun ve maddi konusunun kim olduğu konusu tartışmalıdır. Gerçekten, Kanun, bu suçları, 657 sayılı Kanundan farklı olarak, kişilere karşı suçlar arasında düzenlemiştir. Böyle olunca, bu suçlarda, fiilin işteşliğinden ötürü, çocuklar, biri ötekine nispetle, hem suçun faili, hem maddi konusu, hem de mağduru olmaktadır.

Bazı suçlarda çakışmakla birlikte, suçun mağduru ile suçtan zarar gören de kanştınlmamalıdır. Gerçekten, ör., yaralama, suçun mağduru ve suçtan zarar gören aynı kişidir. Ancak, bazı suçlarda, ör., öldürme, suçun mağduru ile suçtan zarar görenler farklı kişilerdir. Bu suçta suçun mağduru öldürülen kişi, suçtan zarar gören öldürülen kişinin destekten yoksun kalan yakınlarıdır. Öyleyse, suçtan zarar gören, suçtan ötürü, tazminat isteme hakkına sahip olan kimse veya kimselerdir.

Bazı suçların mağduru belli, belirli değildir, gayrimuayyendir. Bunlara, mağduru belirsiz veya mağduru gayrimuayyen suçlar denmektedir. Gerçekten, bu tür suçlarda, ör. uyuşturucu kullanma, hayasız hareketler, müstehcenlik, kumar oynatma, vs., suçun mağdurunun kamu veya daha genel olarak toplum olduğu söylenmektedir.

Kiminin suçun mağdurunun sadece kişiler olabileceğini ileri sürmesine rağmen, doktrinde, suçun mağdurunun, kişi olmayan varlıklar , ör., aile, bazı heyetler, vs., de olabileceği kabul edilmektedir. Kanun, aileyi (CK. m. 230, 231, vs.) suçun mağduru saymaktadır. 765 sayılı Kanun, bazı heyetleri (m. 488/3) suçun mağduru sayıyordu.

Bir kısım suçlarda, mağdurun niteliği, suçun unsuru olara, ör., mağdurun rızası, vs., veya ağırlaştırıcı nedeni olarak, ör. adam öldürme suçlarında yakın akrabalık, küçüklük, vs.,önem taşımaktadır.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda, uzlaşmada (CK. m. 73) şikayet hakkı, şikayetten vazgeçme, uzlaşma, vs., sadece suçun mağduruna tanınmıştır (aynca, bkz. CMK. m. 233-236; 253-255). Ancak, hakaret suçunda, mağdur ölmüşse, şikayet hakkının, suçtan zarar gördüğü kabul edilen mirasçılara da tanındığı (CK.m. 131/2) görülmektedir.

Günümüzde, mağdur, gerek kriminoloji, gerek ceza hukuku ve gerekse ceza siyaseti bakımından giderek önem kazanmaktadır. Bugün, mağdurla ilgili olarak, birçok ülkede "vittimologia[0] adında bir bilimden söz edilmektedir.

B. Hukuka Uygunluk Nedenleri

1. □nel Olarak

Toplwnsal hayat sanılandan çok karmaşıktır. Toplumda çıkar çatışmaları ve irade uyuşmazlıklarını düzenleme, çoğu kez yasaklanan veya emredilen bir davranışa belli koşullarda izin verilmesi ile sağlanmaktadır. Hukuk düzeni, kimi zaman, yasaklanan bir davranışın, belli bazı koşullar oluştuğunda yapılmasına izin verilmektedir[286]. Buradan hukuka uygunluk nedenleri denen nedenler ortaya çıkınaktadır[287].

Gerçekten, ceza hukuku düzeni, bir yandan bazı beşeri davranışların yapılmasını veya yapılmamasını emreden veya yasaklayan normlardan oluşurken, öte yandan belli bazı koşullarda o davranışların yapılmasına veya yapılmamasına izin veren normlardan oluşmaktadır. Böyle olunca, hukukun yasaklanan veya emredilen bir davranışın belli bazı koşullarda yapılmasına veya yapılmamasına aynı değerdeki diğer bir hükmü ile izin vermesinden veya o fiili emretmesinden ötürü, yasaklanan veya emredilen davranışın yapılması, hukukı her hangi bir değer veya menfaatin ihlali sayılmamakta, dolayısıyla fiil her hangi bir suça vücut vermemektedir.

Toplumsal hayatın karmaşıklığından kaynaklanan bu durumlarda, fiille hukuk düzeni arasında bir çatışmanın olmamasının, fiilin hukuka uygun sayılmasının, dolayısıyla bir .suça vücut vermemesinin nedeni, genelde ya hukuki menfaatin yokluğu, ya hukuki menfaatin üstünlüğü ya da hukuki menfaatin eşitliği esasına dayandırılmaktadır. Gerçekten, mağdurun rızası söz konusu olduğunda, rızanın geçerli olması kaydıyla, ortada hukuken korunacak bir değer veya menfaat bulunmamaktadır. Bunun dışındaki durumlarda, hukuki değerler veya menfaatler arasında zorunlu olarak ortaya çıkan bir çatışma ile karşı karşıya bulunulduğu gözlenmektedir. Kanunun emrinin veya yetkili merciinin emrinin yerine getirilmesinde ve meşru savunmada fiilin hukuka uygun bulunmasının, dolayısıyla suç sayılmamasının nedeni, bu halde korunan değer veya menfaatin, çatışma içinde bulunan değer veya menfaate göre daha üstün sayılmasıdır.

---

216 Hafızoğullan, Ceza Nonnu, s. 109 vd.

m Agioni, Le cause ehe escludono l'iliceita' penale, Milano 1930; Corsonello, Teoria delle cause oggettive di cessazione del reato, Padova 1941; Dolce,Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale, Milano 1975; Santamaria, Lineamenti di una dottrina dell' esimenti, Napoli 1961; Concas, Scriminanti, Novissimo digesto italiana, v. XVI, 1969, s. 793; Nuvolone, I limiti taciti della nonna penale,Padova l972;Spagnolo, Gli elementi soggettivi nellastrutturadelle scriminanti, Padova 1981; Fıore, Cause di giustificazione e fatti colposi, Padova 1966.

Zorunluluk halinde ise, fiilin hukuka uygun görülmesinin, dolayısıyla suç sayılmamasın nedeni, bu halde çatışan değer veya menfaatlerin karşılıklı olarak eşit görülmesidir. Kısacası, esasen suç sayılan bir fiil, hukuka uygunluk hallerinde işlendiğinde, ortada toplum bakımından cezalandırılması gereken bir zarar bulunmadığından artık suç da sayılmamaktadır

Doktrinde, fiilin hukuka uygun sayılmasının, yani suç sayılmamasının hukuk düzenindeki etkileri de tartışılmaktadır. Kimi, fiilin hukuka uygun sayılmasının, yani meşru olmasının etkilerinin, ayırımsız tüm hukuk düzeni bakımından etkili olduğunu, yani hukuka uygun olduğu için ceza hukukunda suç sayılmayan bir fiilin, ör., özel hukukta da hukuka uygun olduğunu, dolayısıyla bir haksız fiil oluşturmadığını kabul etmektedir. Buna karşılık, kimi, hukuka uygunluk hallerinde işlenen fiilin etkisinin sadece ceza hukukunda söz konusu olduğunu ama, ceza hukuku dışında, ör. özel hukukta, fiilin hukuka aykırılık niteliğini koruduğunu, dolayısıyla haksız fiil olma niteliğinin devam ettiğini düşünmektedir. Ceza Kanununa baktığımızda kanun koyucunun bu konuda kafasının karışık olduğu görülmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri koyan hükümler, hem kanun tekniği bakımından eksiklikler arz etmektedirler, hem de sonradan yazıldığı ileri sürülen kendi gerekçeleriyle çelişmektedirler. Gerçekten, gerekçelerde, bilinçli olarak uygulama göz ardı edilmiş, ayrıca doktrinde yer etmiş bulunan bize uygun genel anlayışlar yansıtılmaktan kaçınılmış, maalesef esinlenildiği iddia edilen Alman Ceza Kanununa egemen olan düşüncelerin anlaşılması, kavranması ve doğru aktarılması becerisi de gösterilememiştir. Böyle olunca, ceza hukuku düzeninin hukuk düzeni içindeki yerinden, hukuk düzeninin genel sisteminden ve ceza kanununun sistematik yorumundan hareket edersek, CMK'un 223. maddesi hükmüne rağmen, kanunun emrinin yerine getirilmesi, yetkili merciden verilen emrin yerine getirilmesi, mağdurun rızası ve meşru savunmanın hala katıksız birer hukuka uygunluk nedeni oldukları görülür. Zorunluluk haine gelince, Kanun, zaruretin çok çeşitli tezahürlerini, bir hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali ile karıştırmış, esinlendiği Alman Ceza hukukundaki çeşitliliği kavrama becerisini gösterememiş, dolayısıyla bu hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görmek istemiştir. Oysa Alman Ceza Hukukunda, tehlikeden kurtarılacak olan değer, zarara uğratılan değere üstünse veya en azından ona eşitse, bu halde, esasen suç oluşturan fiilin kusurlu olmadığı değil, hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir[288]. Madem Alman Ceza

[111] Fomarasi, I Principi Del Diritto Penale, Tedesco, CEDAM, Padova 1993, s. 276 vd.

Kanunundan esinlenmiştir, Kanun, zaruret halinde, çatışına konumunda bulunan değer veya menfaatten, tehlikeye konmuş olan değer veya menfaatin zarara uğratılan değer veya menfaatin üstün veya en azından ona eşit olmasını istemiştir. Böyle olunca, belirtilen kayıtlar içinde, zaruret halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek, kanunun amacına (ratio legis) en uygun yorum olacaktır.

Ancak esası bu olmakla birlikte, bir "buyruk" ile doktrini susturma yolunu seçen tarihi kanun koyucu, 5271 sayılı CMK, değişik 223/3, b maddeleri hükmünde,emrin yerine getirilmesini, zorunluluk halini, meşru savunmada sınırın aşılmasını, "k.'l.lSurun bulunmaması" nedeni sayarak, kusurluluğu kaldıran neden saymış; tartışmaları bitirmiştir.

Hukuka uygunluk nedenleri, suçun unsurlarının üçlü ayırımından yana olanlarda, genelde suçun fiilde'n veya maddi unsurdan sonra gelen bir unsurunu oluşturduğu; oysa ikili ayırımdan yana olanlarda, fiilin "menfi şartını" oluşturduğu, yani fiilin suçun olması için olmaması gereken bir şey olduğu kabul edilmektedir. İster öyle isterse böyle düşünülsün, hukuka uygunluk nedenleri, var olduklarında, failin onu bilip bilmemesinden tamamen bağımsız olarak, fiili suç olmaktan çıkaran objektif/nesnel nedenlerdir. Bu nedenler olduğunda, fiil ta başından itibaren suç olmaz.

Hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hataya düşüldüğünde, hatadan failin yararlanacağı kabul edilmektedir. Gerçekten, fail, aslında olmayan bir hukuka uygunluk nedenini, ör. meşru savunma, var sayarak hareket etmişse, varlığı konusunda hataya düşmüş olduğu bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanacaktır. Kanun, hukuka uygunluk nedenlerini her halde fiilin menfi şartı olarak görmüş olduğundan, hukuka uygunluk nedeni üzerindeki hatayı, fiili hata olarak değerlendirmiş ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri üzerinde hataya düşme halini, kusurluluğu kaldıran bir neden olarak görmüştür (m. 30/3). Eğer hukuka uygunluk nedenleri suçu ortadan kaldıran objektif/nesnel nedenlerse, Kanunun bu düzenlemesinin çelişkili olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Hukuka uygunluk nedenleri, hem "mazeret nedenleri" de denen kusurluluğu kaldıran nedenlerle, hem de ceza vermeye engel olan cezalandırılabilme şartı denen nedenlerle kanştınlmarnalıdır. İster suçun bir unsuru, isterse fiilin menfi şartı sayılsın, hukuka uygunluk nedenleri, araştırılmaları kuramsal olarak kusurluluğa takaddüm eden nedenlerdir. Fiil hukuka uygunsa, artık suç da olmadığından, elbette o fiilin kusurlu olup olmadığına bakılamayacaktır. Böyle olunca, hukuka aykırılığı

kaldıran nedenlerinin kusurluluğu kaldıran nedenlerle hiçbir benzerliği ve ilişkisi bulunmamaktadır. Cezalandırılabilme şartı, diğer iki kategori nedenden farklı olarak, suç ortaya çıktıktan, oluştuktan sonra söz konusu olan, sadece belli koşullarda devletin ceza verme hakkından vazgeçmesini ifade eden nedenlerdir.

Kanun, aralarında hukuksal ve mantıksal bir bağıntı olmamasına rağmen, İkinci Kısım, İkinci Bölüm "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı altında ve 30/3. maddesinde, aynı sözleri tekrar ederek, kavramsal hiç bir değeri olmayan, kanun tekniğine aylan, toptancı bir düzenlemeye gitmiştir. Bu tür benzer bir düzenlemenin, başka bir kanunda da yer almış olması, (ör., İCK. m. 59) kuşkusuz yanlışı doğru yapınaz[289].

Hukuka uygunluk nedenleri genel hukuka uygunluk nedenleri, özel hukuka uygunluk nedenleri olarak da ayrılmaktadırlar. Genel hukuka uygunluk nedenleri, Kanunun 24, 25, 26. maddelerinde öngörülmüş olan nedenlerdir. Bunlar bünyesine uygun olmak kaydı ile her suç bakımından söz konusu olabilen nedenlerdir. Özel hukuka uygunluk nedenleri, ör., savunma dokunulmazlığı (CK. m. 128), milletvekili sorumsuzluğu (Ay. m. 83) , vs., nitelikleri tartışmalı olmakla birlikte, sadece bazı suçlar veya bazı durumlar için öngörülmüş bulunan hukuka uygunluk nedenleridir.

2. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi

Kanun emrini yerine getirme[290], kamu görelisinin (CK m. 6/1-c) görevidir. Herhalde, burada, karrıu görevlisi deyince, Yargıtay içtihatlarına da uygun olarak, kamu hizmeti gören kimseyi değil ama, kamu erkini kullanan kişiyi, yani eskiden olduğu gibi "memuru" anlamak gerekmektedir.

Kanun, 24/1. maddede, "Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" demektedir. Örneğin, savaşta adam öldüren asker, ölüm cezasını yerine getiren cellat, başkasının onuruna dokunan beyanda bulunan tanık, zanlıyı yakalayan, tutan veya kanunun emrine uyarak (PVSK., m. 16, Ek. m. 5) silah kullanan kolluk görevlisi, vs., kanunun hükmünü yerine getirmektedirler, dolayısıyla fiilleri hukuka uygundur, öyleyse bir suç oluştunnamaktadırlar.

Kanunun hükmünü yerine getirmenin hukuka uygun sayılabilmesi için, hükmü yerine getiren kimsenin o hükmün muhatabı olması gerekmektedir, çünkü hiç kimse, kendisine kanunda tanınmamış olan bir yetkiyi kullanamaz.

---

219 Mantovani, Dinitto **penale,** s. 221.

m Delitala, Adempimento di un dovere, Enciclopedia del diritto, I, Milano 1958, s.567; Santoro, Eserciiio di un diritto, adempimento di un dovere, Novissimo digesto italiano, IV, Torino 1960, s.825.

Kanun hükmünden ne anlaşılması gerektiği de taıtışılabilir. Kuşkusuz hüküm dar yorumlandığında, kanun hükmü ifadesinden, sadece Anayasanın "kanun" olarak nitelendirdiği yasama işlemleri anlaşılacaktır. Ancak, kaımn hükmünden, genelde kamın yanında, idarenin düzenleyici işlemlerinden olan tüzük ve yönetmelik de anlaşılmak-tadır. Böyle olunca, tüzük ve yönetmelik hükümlerine uymak da kanun hükmünü yerine getirmek sayılacaktır. Burada, Genelge, tartışma yaratmaktadır. Gerçekten, genelge yetkili merciden verilen bir emir mi, yoksa tüzük ve yönetmelik gibi kanun hükmü mü sayılacaktır. Bunun bilinmesi gerekmektedir, çünkü "konusu suç teşkil eden emir" yerine getirilemez (CK. m.24/3).

Gerekçede kanun hükmünü yerine getirmek konusunda hiçbir açıklama bulunmamaktadır. Kanun koyucu bilinmeyeni bilinir saymıştır. Hem hukuka uygunluk nedenleri kural olarak geniş yorumlandığından, hem de emirden farklı olarak genel ve soyut bir hukuk kuralı olduğundan, genelgenin kanun hükmü kavramı içinde olduğunu düşünüyoruz.

Yabancı ülke mevzuatı kanun hükmü içinde değildir. Kanunun 19. maddesi hükmü ile 24/1. hükmü arasında bu bağlamda her hangi bir bağıntı bulunmamaktadır. Ancak, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler söz konusu olduğunda, bunlar, Anayasa (m. 90/son) imkan verdiği ölçüde, kanun hükmünde sayılacaktır.

3. Yetkili Mercün Emrinin Yerine Getirilmesi

Yürütme erkinin esası ernirdİf[291]. Emirsiz bir yürütme erkinin tasavvuru mümkün değildir. Emir amirin memura yönelttiği bir irade açıklamasıdır. Emri alan memurun emri yerine getirmesi zorunludur. Aksi davranış suç olur (m. 257/2). Kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrin konusu olamaz (Ay. m. 137). Tabii, emrin hukuka uygun olması kuraldır. Bununla birlikte, amirin emiri hukuka aykırı olduğunda, memur emri yerine getirmekten sorumlu tutulmamaktadır.

Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz (24/2) diyerek, memur lehine bir hukuka uygunluk nedeni yaratmıştır. Amir de kamu görevlisi olduğundan, burada geneli ifade eden "kanıu görevlisi" terimini değil, daha çok anlaşılır olmak için, genelde özeli ifade eden "amir" ve "memur" terimlerini kullanmanın daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

---

[291] Bettiol, L'ordine dell' autorita' nel diritto penale, Milano 1934; Messina, L'ordine insindacabilc, deli' autorita' come causa di esclusione del reato,Roma, 1942; Santoro, L' ordine del superiore nel diritto penale, Torino 1957; Pellegrino, Nuovi profili in temadi obbedienza gerarchica, Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milano 1978, s. 150.

Kanun metni dışında kalmakla ve bağlayıcı olmamakla birlikte, herhangi bir karışıklığa yer vermemek için, madde gerekçesinin temel yanlış içerdiğini belirtmek gerekmektedir. Gerekçe, amirin emrinin bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını, "yerine getirme zorunluluğu esasen hukuka aykırı olan emri hukuka uygun hale getirmez" düşüncesiyle, bir "sorumsuzluk nedeni" olduğunu ileri sürmektedir. Bir kere ceza hukukunda, daha özel olarak suç genel teorisinde "sorumsuzluk nedenleri" adında suçu veya cezayı ortadan kaldıran kendine özgü, kimlik kazanmış bir ceza hukuku kurumu mevcut bulunmamaktadır. Suç genel teorisinde sorumsuzluk nedenleri dendiğinde, genelde kastedilen, nedensellik bağını kesen, hukuka aykırılığı, kusurluluğu, isnat yeteneğini kaldıran ve bazı koşullarda Devletin cezalandırma hakkından vazgeçmesini ifade eden nedenlerdir. Bunlardan her biri diğerinden bağımsız, kendilerine özgü özellikleri bulunan, her biri ayn bir kimlik olan, dolayısıyla kendilerine bağlanan hüküm ve neticeler farklılık arz eden ceza hukuku kurumlandır. Genel ile özel açıklanamaz kuralı doğruysa, amirin emrini, bir "sorumsuzluk nedeni" olarak nitelendirerek, suç genel teorisi içindeki yerini, konumunu, hüküm ve neticelerini açıklamak mümkün değildir. Gerçekten, Kanunun kullandığı "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" başlığı, ne mantıkta geneli, ne de suç genel teorisi de kendine özgü özel bir kavramı ifade temektedir. Böyle olunca, Kanunun kullandığı başlık, suç genel teorisinde kendisine bazı hüküm ve neticenin bağlandığı bir kavram olmamakta, sadece günlük dilde değeri olan bir "konu başlığı" olmaktadır. Öte yandan, gerekçede, amirin konusu hukuka aykırı emri verme fiili ile memurun konusu hukuka aykırı emri yerine getirme, yani memurun emre uyması fiili birbirine karıştırılmıştır. Elbette memurun emre uyma fiili hukuka aykırı emri hukuka uygun hale getirmez. Zaten aksini iddia etmek çok büyük bir bilgisizlik olur. Burada hukuka uygun olan kanunun koyduğu koşullara uyarak memurun emri yerine getirme fiilidir. Kanuna aykırı emri verme fiili hukuka aykırı olarak varlığını sürdürmektedir. Kimse faili olmadığı bir fiilden sorumlu tutulamayacağından, amirin bu fiilinden, kuşkusuz memur değil, sadece amir sorumlu olacaktır. O halde, ortada, iddia edilenin tersine, amirin emrini "yerine getirme zorunluluğu" nedeniyle, esasen hukuka aykırı bir emrin hukuka uygun hale gelmesi diye bir mesele bulunmamakta, emir hukuka aykırı olarak kalmaktadır. Burada hukuka uygun olan, amirin emiri değildir, memurun emri yerine getirme fiilidir. Öyleyse "amirin emri" katıksız bir hukuka uygunluk nedenidir.

Amirin emri hukuka uygunluk nedeninin şartlarına gelince, Anayasanın 137. maddesi hükmü karşısında, önce her kamu görevlisinin uymak zorunda olduğu

temel kuralı, sonra da söz konusu bu hukuka uygunluk nedenin mevcut olabilmesi için emre ait uyulması zorunlu öteki kuralları incelemek gerekmektedir.

Kanunda suç sayılan bir fiilin işlenmesi emrini kimse veremez, bu tür bir emri kimse yerine getiremez. Elbette, bu halde, hem emri veren, hem de emri yerine getiren, kendi fiilinden sorumlu olur.

Anayasanın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin bir "hukuk devleti" olduğu mutlak emrine yer vermiştir. Hukuk devleti olmanın zorunlu sonuçlarından biri, kanmda yeri ve sıfatı ne olursa olsun, hiç kimsenin, hiçbir adla, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini verme erkine sahip bulunmamasıdır. Devletin erkleri arasında suç işleme erki yoktur. Bu tür bir erk devlet kavramıyla çelişir. Böyle olunca, hiç kimse, devletin hiçbir kurum ve kuruluşu ve bunları işgal eden kimseler, kendilerinde bir erk olduğu düşüncesine kapılarak, Devletin yapamadığını yapmaya kalkışamaz. Bu, demektir ki, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi isteği, hiç bir zaman hukuki bir işlem olan emrin konusu olamaz.

Gerçekten, 2. madde hükmünün gereği olarak, Anayasa 137. maddesinde "konusu suç olan emir hiçbir surette yerine getirilmez" hükmüne yer vermiştir. Bu durumda, ne amir konusu suç olan bir emir verebilir, ne de memur böyle bir emri yerine getirebilir. Hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olduğu hallerde (CK. m. 24/3) de, konusu suç olan emir verilemez, böyle bir emir yerine getirilemez. Bu kuralın hukuk düzenimizde bir istisnası yoktur. Gerçekten, hukuka uygunluk denetiminin kanun tarafından yasaklanmış olması demek, kanunun suç işlemeye kılıf hazırlanması demek değildir. Kanunun bir hükmünde yasakladığı bir fiile, bazı koşullar altında başka bir hükmünde izin vermesini, dolayısıyla özel bir hukuka uygunluk nedeni yaratmasını, denetimini yasaklayarak kanunla kamu görevlisinin suç işlemesine kılıf hazırlanmasını birbirine karıştırmamak gerekir. İki şey birbirinden farklıdır. Bu hüküm, kanunun suç saydığı fiillerle değil, sadece bunlar dışında kalan hukuka aykırı eylem ve işlemlerle ilgili bulunmaktadır. Bu demektir ki, memur, kendisine verilen görevi gereği uygulamaya zorunlu olduğu emrin kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emri olup olmadığını koşullar ne olursa olsun her zaman denetlemek ve kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini kimden gelirse gelsin yerine getirmemek zorundadır.

Emir geçerli olmalıdır.

Emir kanuna uygun bir irade açıklamasıdır. Kanunun aradığı şartlan taşımayan bir irade açıklaması, emir değildir. Kimden kaynaklanırsa kaynaklansın, emir olmayan bir irade beyanı, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu bir emir değildir.

Yetkili merciinin yazı ile tekrarlanması hali hariç , geçerli olmayan bir emir yerine getirilmez, emri yerine getiren memur fiilinden sorumlu olur.

Emir şu şartlarda geçerlidir :

Emir yetkili merciden kaynaklanmış olmalıdır. Emir emri vermeye yetkili merciden kaynaklanmalıdır. Emri veren mercii, yani amir kanunen o emri vermeye yetkili bir mercii, yani amir değilse, hlç kuşkusuz, böyle bir emir, görev gereği yerine getirilmesi zorunlu bir emir değildir, çünkü hukuk düzenimizde hlç kimse kanundan doğmayan bir yetkiyi kullanamaz.

Eınir vermeye yetkili olmak, ille de"sicil amiri" olmayı gerektirmez, yetkinin bir kanuna dayanmış olması yeterlidir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı kolluk memurunun sicil amiri değildir. Ancak, Cumhuriyet savcısı, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince (m. 164, vd.) kolluğun amiridir ve emir verme yetkisine sahip bulunmaktadır.

Memur amirin emir vermeye yetkili amir olup olmadığını denetlemek zorundadır. Yetkili olmayan amınn emrini yerine getiren memur hukuka uygunluk nedenlıiden yararlanamaz.

Emri yerine getirilmesi görev gereği olmalıdır. Emrin yerine getirilmesi memur bakımından kanundan kaynağını alan bir görev olmalıdır. Açıkçası "görev gereği yerine getirilmesi zorunlu emir", "kanun 'hükmünün" yerine getirilmesi emridir. Emri kanun hükmünün yerine getirilmesi emri değilse, yani memurun, kaynağını kanunda bulan böyle bir görevi yoksa, emir y□tkili bir merciden de verilmiş olsa, memur emri yerine getiremez. Elbette böyl·eolunca, görevi gereği zorunlu olmadığı halde, yetkili merciden de verilmiş olsa, emri yerine getiren memur sorumluluktan kurtulmaz. Açıkçası, memur, bu halde, amirin emrini yerine getirmek hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz.

Memur hukuka uygunluk, yani hukukilik denetimi yapabilir ama yerindelik denetimi yapamaz. Memur emrin yerindeliğini denetleyemez. Böyle bir yetkisi yoktur. Memur emri aynen uygulamakla yükümlüdür. Emrin yerindeliğıitin takdiri sadece amire aittir.

Ancak, Anayasa, memura emri hukuka uygunluk bakımdan denetleme yetkisi tanımıştır. Gerçekten, memur yetkili merciden verilen ve yerine getirilmesi görevi gereği zorunlu olan bir emri hukuka aykırı bulursa, emri yerine getirmez, aykırılığı gecikmeksizin emri verene bildirir. Bu kez, emri veren, emir ister sözlü isterse yazılı olsun, emrini bir yazıyla yenilerse, memur emri yerine getirir.

Bu halde, memurun emri yerine getinnesi fiili esasen bir suç bile oluştururs a, fiil hulı.ıka uygun olduğundan, kuşkusuz memur suç işlemiş olmaz. Burada emrin yapılmasından doğan sorumluluk, artık emıi veren amire ait buluıunaktadır. Örneğin, hul'Uka aykırı gördüğü bir tutuklama müzekkeresini infaz etmeyerek durumu amirine bildiren kolluk memuru, emir yazıyla yenilediğinde, emri yeıine getirmekle, yani tutuklan1ada bulunmakla yükümlüdür. tutuklama müzekkerenin muhatabı kişinin bul'Uka aykırı surette tutuklandığı ortaya çıktığında, kolluk memurunun fiili kişiyi hürriyetinden yoksun kılma veya başka bir suça vücut vem1ez. Kolluk memurunun fiili hul'Uka uygundur. Tabii, bu halde, kişiyi hüıriyetinden yoksun kılmaktan, bizzat hukuka aykırı olarak tutuklama müzekkeresi düzenleyen amir sorumludur.

4. Meşru Savunma

a. Meşru Savunmanın Esası

Kanun 25/1. maddesinde meşru savunma[292] kurumunu düzenlemiştir. Kanunda sadece kişinin kendi lehine değil aynca üçüncü kişi lehine meşru savunma mümkün görüldüğünden, kurumun esası, kişinin kendini koruma içgüdüsü düşüncesi ile açıklanamaz, ancak saldırıya uğrayan hakkın diğerinden üstün olduğu düşüncesi ile açıklanabilir.

765 sayılı Kanun meşru savunmayı bir kimsenin canına, beden bütünlüğüne ve hürriyetine kaşı yapılacak olan bir saldırıyla sınırlamış bulunduğu halde 5237 sayılı Kanun meşru savunmanın sınırını genişletmiş, bir "hakka" yapılan saldırı halinde meşru savunmayı mümkün görmüştür.

Meşru savunmaya, kanunda, genel bir ifade olmaktan öte "teknik" her hangi bir değeri bulunmayan "Ceza sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" arasında yer verilmiş, ancak madde gerekçesinde, bu *tarihi* kurumun, doğru olarak bir "hukuka uygunluk nedeni" olduğu belirtilmiştir.

Meşru savunmanın şartlarına gelince, bunlar, saldırıya ilişkin şartlar ve savunmaya ilişkin şartlar olarak incelenebilirler.

b. Saldınya İlişkin Şartlar

i. Ortada Bir Saldın Olmalıdır

Ortada bir kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye karşı bir saldırı olmalıdır.

---

m Penso, la legittima difesa nel nuovo codice penale, Messina 1936; Peverati, Considerazioni sula legittima difesa, Torino 1942; Altavilla, Difesa legittima, Novissimo digesto italiano, V, Torino 1960, s. 61; Grosso, Diffesa legittimae stato di necessita', Milano 1964; ID., Legittima diffesa (dir. pen.), Enclopedia del diritto, XXIV, Milano 1974, s. 27. Özen, Türk Ceza Hukukunda Meşru MUdafaa, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.

"Kendisi" ve "başkası" terimlerinden her halde gerçek kişilerin anlaşılması gerekmektedir. Kanun tüzel kişilerin suçun mağduru olabileceğini kabul etmiş, ancak bunların, suçun faili olabileceğini kabul etmemiştir. Meşru savunmada esasen suç olan bir fiil suç sayılmamaktadır. Böyle olunca, saldırı karşında kalan kimsenin meşru savunmadan yararlanabilmesi için mutlaka suçun faili olması gerekmektedir. Kanun Tüzel kişinin suçun faili olamayacağını kabul etmiştir.

Kuşkusuz, meşru savunmadan yararlanmak için, saldırıya uğrayan kişinin, isnat yeteneğine sahip olması gerekmez. İsnat yeteneğine sahip olmayanlar suç işleyebilirler, ancak kendilerine ceza verilmez.

il. Saldın Bir Hakka Yönelmiş Olmalıdır

Saldırı bir hakka yönelmiş olmalıdır. "Bir haktan" maksat, belli bir hak değildir, her hangi bir haktır. Bu demektir ki, Kanun, hak konusunda her hangi bir kayıt getirmemiştir.

Hak, hukuk kuralının, hukukça korunan bir değer veya menfaat üzerinde kişiye tanımış olduğu her çeşit tasarruf yetkisidir. Bu tasarruf yetkisi hukukça korunan maddi değerler üzerinde olabileceği gibi manevi değerler üzerinde de olur. Bundan ötürü, ör., komşusu tarafından kendi bahçesindeki ağaçtan sürekli evi gözetlenen, dolayısıyla özel hayatının gizliliği ihlal edilen kimse, saldırıyı defetmek için, ağacı kestiğinde, diğer şartlarda varsa, fiili her hangi bir suçu oluşturmayacaktır.

ili.Saldırı Haksız Olmalıdır.

Saldın fiili haksız olmalıdır. Haklı bir davranışa karşı, ör., başkalarının huzurunda borçludan kira alacağını istemek, meşru savunma olmaz. Davranışın muhatabı haklı davranışa katlanmak zorundadır. Alacaklısının eksik bir borcu, ör., kumar borcu, zamanaşımına uğrayan alacak, vs., borçludan istemesi halinde davranışın haksız olup olmadığı düşünülebilir. Bir alacağın eksik borç olarak talep hakkı vermemesi başka bir şey, onun haksız olması başka bir şeydir. Böyle olunca, bir alacağın talep hakkı vennemesi, her zaman o alacağın haksız olduğu anlamına gelmez. Eksile borç halinde ortada bir haksızlık bulunmamaktadır.

Haksızlıktan maksat, saldırının hukuka aykırı olmasıdır. Kanun saldırı fiilinin mutlaka bir suç olmasını istememiş, hukuka aykırı olmasını yeterli görmüştür. Hukuka aykırılık, bir özel hukuk kuralına aykırılık olabileceği gibi, bir kaınu hukuku kuralına aykırılık da olabilir.

iv. Saldırı Mevcut Olmahdır

Saldırı filhal mevcut olmalıdır. Henüz gerçekleşmemiş bulunan veya gerçekleşmesi muhal olan bir saldırı mevcut bir saldırı değildir. Geçmiş bir saldın da mevcut bir saldırı sayılamaz. Ancak geçmiş olmasına rağmen, tekrarı muhakkak olan bir saldırı, mevcut bir saldırıdır.

Kanun, bu durumu, "gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak" bir saldırı biçiminde tanımlanmıştır.

lIeride, saldırının tekrarı muhakkak olmalıdır. Tekrarın sadece tahmin edilmiş olması yeterli değildir. Elbette, hakim, saldırının tekrarının muhakkak olup olmadığını her halde beşeri genel deney kurallarına ve oluşa göre belirleyecektir.

c. Savunmaya İlişkin Şartlar

i. **Savunma Zorunlu Olmalıdır**

Saldırı karşısında savunma zorunlu olmalıdır. Zorunluluktan maksat, savunma fiilinin saldın fiilini karşılar olmasıdır. Gerçekten, ör., evlilikte sadakat yükümlülüğünün ihlal edilmemesini isteme hakkına sahip bulunan bir kadının, kocasının başka bir kadınla cinsel ilişkisinin olduğunu fark ettiğinde, ör., kocasını veya ilişkide olduğu kadını yaralaması, kocasına nispet olsun diye hayasızca hareketlerde bulunması, vs., hallerinde, saldırı ile savunma arasında zorunlu bir bağ bulunmamaktadır. Savunma, burada, ne saldırının karşılığıdır, ne de saldırıyı gidermeye elverişlidir. Dolayısıyla, meşru savunmanın varlığından söz edilemez.

il. **Savunma Saldırı İle Orantılı Olmalıdır**

Meşru savunma haksız saldırıya uğrayan kişinin intikam duygularını tatmin aracı değildir. Bundan ötürüdür ki, Kanun, üçüncü kişi lehine meşru savunmada bulunulmasını mümkün kılmıştır.

Meşru savunmanın bu niteliği, savunma ile saldırı fiilleri arasında bir oranlılık bulunmasını gerektirmiştir. Kanun, bunu, saldırıyı "orantılı biçimde defetmek" biçiminde ifade etmiştir.

Kanun, saldırı ve savunma fiilleri arasında olmasını zorunlu gördüğü oranlılığın soyut olarak değil, o anda mevcut bulunan "hal ve koşullara göre" belirlenmesini emretmiştir. O anda mevcut bulunan hal ve koşulların içerisine, kuşkusuz o anda saldırı ve savunmada kullanılan araçlar yanında o araçların kullanılmasının gerektirdiği maharet de girmektedir.

Kanun, kast olmaksızın sınırın aşılmasıiu, taksirle işlenen bir suç olarak değerlendirmiştir. Bu demektir ki, sınırın kastla aşılması halinde fail, fiili hangi suç oluyorsa, o suçtan sorumludur.

Failin savunma sınırını taksirle aşması halinde, fiilinden sorumlu tutulabilmesi için, fiilinin karşılığı olan suçun taksirli biçiminin bulunması gerekmektedir. Elbette, suçun taksirli biçimi yoksa, fail cezasız kalacaktır (CK. m. 27/1).

Kanun, işlenen fiilin karşılığı taksirli bir suç bile olsa, sınırın aşması "mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelmiş ise" faile ceza verilmemesini emretmiştir (CK. m. 27/2). Her halde, burada, "faile ceza verilmez" ifadesinin anlamı, sınır aşılmış olsa bile, belirtilen durumda olan failin, meşru savunmadan yararlandınlmasıdır.

5. Zorunluluk Hali

a. Zorunluluk Halinin Esası

Zorunluluk hali[293] ceza hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. Hatta, kimi, zorunluluk halinin ceza hukukundan çıkarılması gerektiğine inanmaktadır. Bunun nedeni, zorunluluk halinde, kişinin, kendi katlanmak yerine, üçüncü bir kimseye zarar vermesidir. Gerçekten, deniz kazasına uğrayan İngiliz denizcilerin, açlıktan ölmemek için, içlerinden birini yiyerek hayatlarını kurtarmaları, büyük tartışmalara neden olmuştur. Alpçı dağcıların bazı arkadaşlarını feda ederek hayatlarını kurtarmaları veya açlıktan ölmemek için bir kimsenin ekmek çalması, donma tehlikesi geçiren bir kimsenin zorla başka bir kimsenin evine girmesi zorunluluk halinin klasik örnekleridirler.

Zorunluluk hallerinde fiilinden dolayı failinin cezalandırılmaması nedeni, beşeri zayıflığa, doğasından ötüii insanın naifliği, dayanıksızlığı, kırılganlığı düşüncesine bağlanmak istemiştir. Herkesin kahraman olmadığı göz önüne alındığında, sıradan insana izafe edilen bu nitelikler elbette doğrudur. Ancak, Kanun, aynca üçüncü kişi lehine zorunluluk halinin mümkün olduğu kabul edilmekle, bu haldeyken esasen suç sayılan bir fiili işleyen kimseye ceza verilmemesinin nedenini, beşeri zayıfük düşüncesinde değil, her halde değerler çatışması düşüncesinde aramış bulunmaktadır. lnandıncı bir temele dayandırılmadan aksi de söylenmekle birlikte,

---

m Contieri. Lo stato di necessita',Milano 1939;Molari, Profili dello stato di necessita' Padova l 964; Azı.ali, Stato di necessita', Novissimo digestoitaliano XVIII, Torino 1971; Giuliani, Dovere di sccooo estatodi necessita',Milano 1970;Ascheri,Note per la storiadello statodi necessita',Studi Senesi 1975, s. 7; Grosso, Neccssita' (statodi), Bnclopedia del diritto, XXVII, Milano 1977, s. 882; De Francesco, La poroporzione nello stato di necessita', Napoli 1978. Toroslu, Ceza Hukukunda Zaruret Hali, AÜHFY., Yayın no.234,Sevinç Matbaası, Ankara l%8.

bu demektir ki, Kanun, 25 / 2. maddesi hükmünde, zorunluluktan ötürü özel hill..'timlerinde düzenlediği zorunluluk durumlarında, çatışma durumunda kalan değerlerden üstün olan değeri korumaktadır.

Böyle olunca, Kanunun 25. maddesinde genel hüküm olarak "zorunluluk hali" adında düzenlemiş olduğu Ceza sorumluluğunu kaldıran neden, özel hükümlerde yer alan cezayı azaltan veya yerine göre kaldıran zorunluluk hallerinden tamamen farklı olduğundan, söz konusu neden, iddia edilenin tersine, kusurluluğu değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olmaktadır.

Bağlayıcı olmamakla birlikte, gerekçede, olmaması gerekirken, Tarihi kanun koyucunun kafası karışmış, kanun hükmünü yerine getirmeyi, meşru savunmayı, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasını "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenler" genel başlığı altında hukuka aykınlığı ortadan kaldıran bir neden sayarken, her nedense aynı genel başlık altında, zorunluluk halinin hukuki niteliğini belirtmemiş, sorunu, suç genel teorisinde hiçbir anlamı olmayan " ... davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur" açıklamasıyla geçiştirnıiştir. Gerçekten, kanun koyucunun, 25. maddenin 1. fıkrasında yer verdiği "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedeni" bir hukuka uygunluk nedeni sayarken, aynı maddenin 2. fıkrasında aynı biçimde modellediği "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedeni" suç genel teorisinde bir yere koyamamasını anlamak hiç de kolay değildir. Burada, kiminin iddiasının tersine, kanun koyucunun Alınan Ceza Kanunundan etkilendiği düşüncesi de yanlıştır, çünkü söz konusu kanun, olgular alemine ait bulunan zorunluluk denen durumu, kendi mantığı içinde hem doğru hem de farklı bir düzenlemeye kavuşturmuştur. Kısacası, Tarihi kanun koyucunun, düzenlemelerini yaparken, Alman Ceza Kanununu anlamaya özen göstermemesi, anlaşılır bulunmamıştır.

Zorunluluk halinin şartlarına gelince, bunlar, tehlikeye ilişkin şartlar, savunmaya ilişkin şartlardır.

b. Tehlikeye İlişkin Şartlar

i. Ortada Mevcut Bir Tehlike Olmalıdır

Ortada bir tehlike olmalıdır. Tehlike doğadan kaynaklanmış olabileceği gibi beşeri bir davranıştan da kaynaklanmış olabilir. Örneğin, sel, yıldırım düşmesinden meydana gelen yangın, azgın bir hayvanın saldırısına uğramak vs., doğadan kaynaklanan tehlikelerdir. Buna karşılık, ör., yangın, su baskını, hayvan saldırısına neden olma, vs., beşeri davranışlardan kaynaklanan tehlikelerdir.

Akıl hastalarının saldırılarının meşru savunma hali mi yoksa zorunluluk halı mi sayılacağı konusu tartışmalıdır. Sorunun çözümü, isnat yeteneğine verilen anlama

bağlı bulunmaktadır. Bizce isnat yeteneği kusurluluğun önşartı değildir, failin bir niteliğidir. Böyle olunca, akıl hastaları da haksız davranışta bulunabilecekleri içindir ki, bunlara karşı, zorunluluk hali değil meşru savunma mümkün olabilmektedir.

Hayvanların sahipleri tarafından bir silah olarak kullanılması halinde, ör., zarar vermek için bir kimsenin köpeğini hasmının üzerine salmasında zorunluluk halinden değil, kuşkusuz meşru savunmadan söz edilmelidir.

il. Tehlike Ağır ve Muhakkak Olmalıdır

Kanun her hangi bir tehlike zorunluluk hali için yeterli görmemiş, tehlikenin hem "ağır" olmasını hem de "muhakkak" olmasını istemiştir.

Meşru savunmada saldırının muhakkak olması hakkında söylenenler, kuşkusuz, burada, tehlikenin muhakkak olması konusunda da geçerlidir.

Tehlikenin ağırlığından ne anlaşılması gerektiği tartışılacak bir konudur. Gerçekten, tehlikenin ağırlığı, tehlikede kalan hukuki değerin önemine göre mi belirlenecektir, yoksa tehlikenin büyüklüğüne göre mi belirlenecektir ? Kanun tehlikede kalan her hak bakımından zorunluluk halini kabul ettiğinden, tehlikenin □oırlığından maksat, artık tehlikenin büyüklüğüdür. Açıkçası, tehlike ne kadar büyükse, o kadar ağırdır. Tehlikenin büyüklüğü, her halde beşeri deney kuralları göz önüne alınarak yapılacaktır.

Tehlike kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olmalıdır

Tehlike kişinin kendisine veya üçüncü kişiye ait bir hakka yönelik olmalıdır. Bir haktan maksat, yalnızca ör., hayat, beden bütünlüğü, şeref, vs. üzerindeki belli değerdeki bir hak değil, hukuk bakımından hüküm ifade eden her çeşit haktır. Bu konuda meşru savunmada söylenenler kuşkusuz burada da geçerlidir.

c. Korunmaya İlişkin Şartlar

i. Tehlikeye Bilerek Neden Olmama

Bilerek tehlikeye neden olmama, bile bile tehlikeye neden olmamaktır. Bile bile tehlikeye neden olmamak, hem doğrudan kastla, hem de olası kastla bir tehlikeye neden olmamaktır. Bilerek ve isteyerek bir tehlikenin doğmasına neden olan kişi nedeni olduğu tehlikeye kendi katlanmak zorundadır. Burada, kuşkusuz hukukun genel ilkesi "kimse kendi kusuruna dayanarak bir hak iddiasında bulunamaz" ilkesi geçerlidir.

"Bilerek tehlikeye neden olmamak" terimsel/kavramsal bir değer ifade etmediğinden, Kişinin taksirli bir fiiliyle tehlikeye neden olması halinde zorunluluk

halinden yararlanıp yararlanamayacağı konusu ciddi kuşkulara yer vennektedir. Gerçekten, bir an için kanunun kullandığı "bilerek" sözünün taksiri ifade ettiğini k-abul etsek bile, bu taksir basit taksir midir, yoksa nitelikli taksir, yani bilinçli taksir midir sorusu ortaya çıkmaktadır. Biz öyle sanıyoruz ki, kanunun kullandığı "bilerek" sözü sadece basit taksiri ifade etmektedir.

Böyle olunca, bilerek tehlikeye neden olmanıak, kişinin, dikkatli olmak, özenli davranmak yükümlülüğüne aykırı bir fiilinden, önlenemeyecek bir tehlikenin doğabileceğini öngörememiş olmasıdır. Bu, tehlikenin varlığı konusunda en ufak bir öngörüsünün bulunması halinde, kişinin zorunluluk halinden yararlanamaması demektir. Gerçekten, uğrayacağı zarar büyük de olsa, fiilinin sonuçlarına artık kişi kendi katlanmak zorundadır.

ü. Tehlikeden Başka Türlü Korunmak Olanağı Bulunmamalıdır

Kanunun suç saydığı bir fiili işlemeden tehlikeden korunma olanağı varsa, ör., kaçarak kurtulma mümkünse, bu yola baş vurmayarak suç işleyen kimse, zorunluluk halinden yararlanamaz. Kanun tehlike karşısında kalan kişinin, mümkün olduğunca özenli hareket etmesini, dolayısıyla olabildiğince kanunun suç saydığı bir fiili işlemeden tehlikeyi savuşturmasını istemiştir.

ili. Kişinin Tehlikeye Karşı Durma Ödevi Olmamalıdır

Kişi tehlikeye göğüs germekle yükümlü olmamalıdır. Bu bağlamda olmak üzere, ör., kolluk memurları, askerler, vs., tehlikeye göğüs germekle yükümlü kimselerdir.Bunlar, görevleri olduğu sürece, ne tehlikeden kaçabilirler, ne de kanunun suç saydığı bir fiili işleyerek tehlikeden korunabilirler. Bunlar tehlikenin üzerine gitmekle yükümlüdürler. Ancak, burada, kişinin görevinin neden ibaret olduğunu iyi belirlemek gerekmektedir. Aksi halde yanlışlıklara düşülebilir. Gerçekten, ör., zorlu bir çatışmadan sonra birliklerine geri dönerken açlık tehlikesi geçiren askerler, açlıklarını gidermek için, başkalarının yiyeceklerini aldıklarında, hırsızlık suçunu işlemiş olmazlar.

iv. Tehlike İle Korunma Filli Arasında Oran Bulunmalıdır

Korunma fiili, üçüncü kişiye karşı işlenen, kanunun suç saydığı bir fiildir. Bundan ötürü, tehlikenin kişiye vermesi muhakkak olan zarar ile, korunma fiilinin üçüncü kişiye verdiği zarar, oranlı olmak zorundadır. Kanun, bunu, "tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması" şeklinde ifade etmiştir. Tehlikenin ağırlığından maksat, her halde tehlikenin tehdit ettiği hakkın hukuk düzeninde arz ettiği önemdir. Böyle olunca, ör., meyvelerini hırsızlardan

veya mahallenin çocuklarından korumak isteyen bir kimsenin, bahçesinin etrafına başkaları bakımından hayati tehlike yaratacak olan koruma düzeneği tesis etmesi halinde, tehlike ile koruma fiili arasında bir oran olduğu söylenemez.

Kanun "tehlikenin ağırlığı" ile "konu" ve "kullanılan araç" arasında "orantı" kurmuştur. Burada "konu" sözünün anlamının neden ibaret olduğu pek belli değildir. Biz, kanunun, "konu" sözü ile tehlikeye maruz kalan hukuki değer karşısında, esasen suç olan korunma fiilinin ihlal ettiği hukuki değeri kastetmek istediğini düşünüyoruz. Gerçekten, Kanun "gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik" bir tehlikeden kurtulmadan veya başkasını kurtannaktan söz ettiğinden, her halde hakların çatışması, dolayısıyla üstün hakkın korunması düşüncesine dayanmaktadır. Tabii, bu da bizi doğrulamaktadır.

Ancak, Kanun, sadece çatışan değerler arasındaki orana bakmamış, aynı zamanda konu yanında "kullanılan aracın" da orantılı olmasını istemiştir. Kanun oranlılığın belirlenmesinde **"ve"** bağlacını kullanarak iki değerin, yani konunun ve araçların birlikte bulunmasını istemiştir. Kanun bu iki şey birlikte tehlike ile "orantılı" olmasını zorunlu kılmıştır. Kanunun "araçlar" sözü ile kastettiği, her halde, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, korunma zımnında kurulan düzenekler, kullanılan araç ve gereçlerdir.

Kanun, oransızlık halinde, yani sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, korunma fiili taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, zorunluluk halinde bulunan kişinin, bu taksirli suçtan sorumlu olmasını öngörmüştür. Kuşkusuz, sınınn kastla aşılması halinde, öteki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, zorunluluk hali söz konusu olmaz, fiil hangi suçu oluşturuyorsa, fail o suçtan sorumlu olur (CK. m. 27).

Kanun, zorunluluk halinde, meşru savunmanın aksine, her nedense sınırın aşılmasının "mazur görülebilecek bir heyecan, korku ve telaştan ileri gelmesi" halini cezayı azaltan veya kaldıran bir neden saymamıştır. Heyecan, korku, telaş gibi psişik faktörler öncelikle zorunluluk halinde de mevcut bulunmaktadır. Böylesi psişik bir durumun aynı maddede düzenlenen söz konusu iki kurum bakımından farklı görülmesi anlaşılır bir esasa dayanmamaktadır. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde zarar görenin üçüncü kışı olması da, gözetilen bu farkı açıklamamaktadır. O nedenledir ki, madde gerekçesinde yer alan "heyecan, korku veya telaş ancak meşru savunmada söz konusu olur" açıklaması, bilimsel bir temele dayanmayan bir peşin hükümden başka bir şey değildir, çünkü ör., bir sel, yangın felaketi, vahşi bir hayvanın saldırısı, vs. karşısında, insanların telaşa kapılmadığını, korkmadığını, heyecanlanmadığınıileri sürmek, her halde tutarlı bir düşünce olarak **değerlendirilemez.**

Heyecanlar cezayı azaltan veya kaldıran bir neden olmalı mıdır konusu doktrinde tartışılnuştır. lCK., m. 90 heyecanların isnat yeteneği üzerine etkili olmadığını kabul etmiştir[294].

6. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

Kişinin bir hakkını kullanması veya fiile ilgilinin rıza göstermesi bir hukuka uygunluk nedeni sayılmaktadır[295].

Kanun, "hakkını kullanan kimseye ceza verilmez" demektedir (CK. m. 26 /l) Hak hukukun kişiye tanıdığı bir yetki ise, bir kimsenin hakkını kullanması hukuka aykırı olmaz. Ancak, hakkın kötüye kullanılmasını hukuk korumaz **(TMK.** m. 2). Bu cümleden olarak, 765 sayılı Kanun, "Adliye Aleyhine Cürümler" arasında kendiliğinden hak almayı (ihkak-ı hak) suç saynuştır. 5237 sayılı Kanun, "Adliyeye Karşı Suçlar" arasında benzer bir suça yer vermemiştir. lCK. yargının yönetimine, yani adliyeye karşı suçlar ar□ında kendiliğinden hak alma fiillerini ayn bir alt başlık altında iki madde olarak düzenlemiştir (m. 392, 393). Kanunun, kendiliğinden hak almayı adliyeye karşı suçlar arasında yer vermemesinin nedeni anlaşılamamıştır. Kanun hazırlık çalışmalarında ve gerekçesinde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır.

Hak kanundan doğar. Gerçekten, gerekçede, hakkın, kanun, tüzük, yönetmelik, genelgeye dayanabileceği, hatta hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla, bir mesleğin icrasından da doğabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, haber verme, eleştirme, bilimsel araştırmalar yapma, bir meslek ve sanatı yapma, bir kimse hakkında bilgi toplama, vs. hakları birhakkın kullanılması olarak değerlendirilebilir.

Rıza ceza hukukunda bazen suçun unsuru (CK. m. 116, 141), bazen suçu hafifleten bir neden **(CK.** m. 104), bazen de şikayete bağlı suçlardaki gibi suçu kovuşturulabilme şartıdır. Kanunun 26/2. maddesi hükmünde "ilgilinin rızası" adıyla düzenlemiş olduğu rıza bulunduğunda fiili suç olmaktan çıkaran bir hukuka uygunluk nedenidir. Gerçekten, bir unsur olarak rızanın yokluğunu arayan suçlarda, rızanın varlığı fiili suç olmaktan çıkarmakta, onu hukuka uygun kılmaktadır.

---

[294] Madde 90. tutku ve heyecan halleri - Aşın istek, tutku ve heyecan halleri isnat yeteneğini ne azaltır ne de kaldınr.

[295] Cavallo, L'esercizio del dirino nella teoria generale del reato, Napoli 1939;Grispigni, il consenso deli' offesa, Roma 1924; Delogu, Teoria del consesso deli' evente diritto, Milano 1936; Marini, Consenso dell' avnte diritto, Novissimo digesto italiano, v.Il, 1980, s. 402; Albeggiani, Profili problematici del consenso dell'avente diritto, Milano 1995.

Kamın, bir hüküm ifade edebilmesi için, rızanın geçerli olmasını, yani kanunun suç saydığı fiile rıza gösteren kişinin rızasının muteber olmasını aramaktadır. En başta rızanın muteber olması için kişinin suçun mağduru olması gerekmektedir. Suçun mağduru olmayan bir kimsenin suçun mağduruna tanınan bir hakkı kullanması mümkün değildir. Mağdurluk sıfatı kanundan doğmaktadır.

Ancak, gerekçede "bu durumda herhangi bir 'mağduriyet' söz konusu olmadığı için 'mağdur'" teriminin kullanılmadığına işaret edilmiştir. Her nedense, kanun koyucu, suç genel teorisinde önemli bir yeri olan mağdur ile mağdura ait bir hakkın onun tarafından kullanılması sonucunda hukuken bir zarara uğramamış olmasını, yani hukukça göz önüne alınması gereken bir zararın doğmamış olmasını anlamamış, kavramları birbirine karıştırmıştır. Burada, doğru olan terim, terimsel hiçbir değeri olmayan "ilgilinin rızası" sözü değil ama, suç -genel teorisinde terimsel değeri olan "mağdurun rızası" veya madde başlığı ile tutarlı olınası isteniyorsa "hak sahibinin rızası" terimleridir.

Rıza geçerli olmalıdır. Gerekçede bu şart "ehil olmak" olarak ifade edilmiştir.

Burada, en başta tartışılacak konu, isnat yeteneğine sahip olmayanların veya kısıtlı olanların rızalarının geçerli olup olmadığı, yani bunların rıza göstermeye ehil olup olmadıkları sorunudur. Gerçekten, ör., on iki yaşındaki bir çocuk okul kitabının veya diğer bir eşyasının arkadaşı tarafından alınmasına rıza gösterirse, anne-babanın fiili kovuşturmaya yetkili mercie ihbarda bulunması halinde acaba sorun nasıl çözülecektir. Tabii, küçüğün rızası geçerli sayılırsa fiil hırsızlık suçunu oluşturmayacak, geçerli sayılmazsa fiil hırsızlık suçunu oluşturacaktır. Kanunun isnat yeteneğine sahip olmayanların veya kısıtlı bulunanların iradelerine geçerlilik tanımadığını açıkça hükme bağladığı hallerde, bu kişilerin rızası kuşkusuz geçerli bir rıza değildir. Hırsızlık suçunda böyle bir kayıt yoktur, öyleyse çocuğun rızası geçerlidir, dolayısıyla fiil hırsızlık suçunu oluşturmamaktadır. Ancak, ör., 103 ve 104. maddede yer alan suçlarda, Kanun, çocuğun rızasını geçerli saymamıştır, dolayısıyla çocuk cinsel ilişkiye rıza göstermiş olsa bile, rızası geçerli olmadığından, fiil suç olmakta devam eder.

Rıza kanunun suç saydığı fiilin işlenmesinden önce veya fiilin işlenmesi esnasında gösterilmiş olmalıdır. Fiil işlenip bitirildikten, yani suç tamamlanmış olduktan sonra, suça rıza gösterilmesi halinde, rıza geçerli bir rıza değildir. Gerçekten, ör., nzası olmadan malı alınan kimse, şikayetçi olmasa bile, fail hırsızlık suçunu işlemiş olmaktan kurtulamaz.

Rıza açık olabileceği gibi örtillü de olabilir. Rızanın örtülü olması halinde, *hakim,* fiile nza gösterilip gösterilmediğini oluşa göre belirleyecektir.

7. Özel Kanunlarda Yer Alan Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bir hakkın kullanılmasına ilişkin bazı özel düzenlemeleri, özelliklerinden ve önemlerinden ötüıü aynca incelemek gerekmektedir.

a. Hekiıulik l\ıfesleğinin İcrası

Hekimlik mesleği insanlık tarihi kadar eskidir. Hekimler belli risk koşullarında çalışan meslek insanıdırlar. Hekimlik mesleğinin kuralları, uygar dünyada, nerdeyse evrensellik kazanmış, tekniklerden ve davranış kurallarından oluşmaktadır. Hekimler, kararlarında, vicdani kanaatlerine göre hareket ederler.

Hekimlik mesleğinin teknikleri tıp biliminin konusudur. Hekim, mesleğini yaparken tıp biliminin kurallarına uymak zorundadır.

Hekim, Hipokrat yeminine bağlı kişi olarak meslek etiğine ve hekimlik mesleğini düzenleyen diğer kurallara uymak zorundadır. Hekimin uymak zorunda olduğu kurallar, sağlık kuruluşları işletmeciliği kuralları, sağlık mevzuatında gösterilmiştir. Hekimlik kamusal bir faaliyettir. Bundan ötürü hekimin hekimlik yapmak hakkı bulunmaktadır.

Hekim, hekimlik mesleğinin kurallarına uyduğunda, mesleğini icra ettiği esnada meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan sorumlu değildir, çünkü tıp mesleğinin icrası, bir hukuka uygunluk nedenidir. Gerçekten, tıp mesleğinin kurallarına uygun olarak icrası, kamusal bir hakkın kullanımı olduğundan, hukuken korunan bir değer veya menfaatin ihlali sayılmamaktadır.

Öyleyse, mesleğini, mesleğin insani, teknik ve örgütsel gereklerine uygun olarak yapan hekimin davrarıışı, her hangi bir suç oluşturmaz. Ancak, mesleğinin kurallarına uymayan, aykın davranan hekim, kuşkusuz teşhis ve tedavi zımnında, işlediği her fiilinden sorumludur.

b. Sportif Faaliyetler

Spor insanla birlikte vardır. Spor, toplumların uygarlık düzeyini gösteren örgün beşeri faaliyetlerdir. Uygar toplumlar, kişinin kendisinin ve başkasının hukuken korunan değer veya menfaatlerini tehlikeye sokmasını veya zarar vennesini önlemek için, sportif faaliyetleri, ayrıntılı bir biçimde düzenlemişlerdir.

Kurallarına uygun olarak yapılan bir spor faaliyetinden ortaya çıkan ölüm, sakatlık ve yaralanmalar her hangi bir suça vücut vennez. Bu haller, ör. kurallarına uygun olarak yapılan bir boks macında sporcunun ölmesi, "kaza" olarak değerlendirilmektedir.

c. Basın Hürriyeti

Basın hürriyeti, niteliği Anayasasının 2. maddesinde mutlak bir biçimde ifade edilen Türkiye Cumhuriyetini oluşturan temel değerlerden birisidir (Ay. m. 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 133). Basın hürriyeti, temel hak olarak, Aydınlanma düşüncesinin eseridir. Basın hürriyeti, Aydınlanma çağından bu yana, ulusal ve uluslar arası metinlerde düzenleme konusu yapılmıştır. Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi, basın hürriyetini insan hakkı saymıştır.

Basın, yazılı, görsel-işitsel basındır. Bu, ortak bir adla "Medya" olarak ifade edilmektedir. Bu alanı düzenleyen mevzuatın başında 5187 sayılı Basın Kanunu gelmektedir. İşitsel görsel basını düzenleyen mevzuat, Basın Kanunu yanında, 13.4.1994 tarih ve 3984 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Kanunu ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu' dur.[296]

Basın hürdür, sansür edilemez. Başkalarının onur, şeref ve saygınlığına dokunsa bile, "doğru haber" olmak kaydı ile haber verme hakkının kullanılması her hangi bir suça vücut vermez. Basın aracılığı ile düşünce, inanç ve kanaatlerin açıklanması, başkasının şerefini, onurunu ve saygınlığını zedelese bile, "eleştiri" olmak kaydı ile, hukuki her hangi bir sorumluluk doğurmaz. Herkes, doğru haber alma, bilgilendirilme, değerlendirme ve değerlendirmelerini başkaları ile paylaşma temel hakkına sahip bulunmaktadır. O nedenle, ifadesi şiddeti içermemek, hakaret, tahkir ve tezyif, düşmanlık oluşturmamak, salt haber vermek, eleştiride bulunmak kaydı ile, düşünce, inanç ve kanaatin her çeşit tezahürü serbesttir (AlHS m. 9, 10).

d. Bankacılık Faaliyeti

Bankalar, mevduatları değerlendiren, kredi sisteminin etkin bir biçimde çalışmasını sağlayan kuruluşlardır.Bankacılık faaliyetleri 1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile düzenlenmiştir.

Bankalar, kendilerinden kredi isteyen kimselerin, mali tahlil ve istihbarat raporlarının oluşturulması ile ilgili olarak, özel ve ticari hayatları hakkında bilgi toplamak hakkına sahip bulunmaktadırlar. Bankalar, kara para aklamanın suç olduğu ülkemizde, kendilerine mevduat olarak yatırılan değerlerin kaynağını sorgulamak hakkına sahiptirler.

Bu cümleden olarak, Bankaların, müşterileri kişilerin özel ve ticari hayatları konusunda bilgi toplamaları, özel hayatın gizliliğini (Ay. m. 20) ihlal etmez. Bankalann bu tür faaliyetleri, ör. özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134), kişisel verilerin kaydedilmesi (m. 135) suçlarına vücut vennez.

---

[2] Kanunun 'lIXJS/5767 sayılı Kanunla bazı maddeleri de!iştirilmiştir.

8. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

Kanun, 27. maddede "sınırın aşılması" madde başlığı altında "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılmasını" düzenlemiş bulunmaktadır. Bu demektir ki, kanun, hukuka uygunluk nedenleri yanında, ayrıca kusurluluğu kaldıran nedenlerde; isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerde ve cezalandırılabilme şartında da, nasıl oluyorsa, sınırın aşılmasını mümkün görmüştür. Oysa sınırın aşılması, bazı zorunluluklardan ötürü çatışına konumunda kalan iki değerin varlığını gerektirmektedir. Böyle olunca, kusurluluğu kaldıran (CK. m.30) ve azaltan (CK. m.29) nedenlerde, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerde (CK. m. 31, 32, 33, vs.) ve özellikle suçun cezalandırılabilmesinin bir şartın gerçekleşmesine bağlanmış olduğu hallerde (CK. m. 12/1) hangi sınırın nasıl aşılabilir olduğunu anlamak kolay değildir. Böyle olunca, gerekçenin aksine, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" arasında, sınırın aşılması, bunların istisnasız hepsinde değil, ama sadece hukuka uygunluk nedenlerinde mümkün olabilmektedir. Kanun maksadını aşmıştır. Ciddi bir mantıksızlığa düşülmek istenmiyorsa, kanun hükmü daraltılarak yorumlanmalıdır.

Öte yandan, Kanun, 256. maddede, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi hakkında, genel hüküm olan 27. maddeye bir istisna getirmiş, "Zor kullanma _yetkisine ilişkin sınırın aşılması" halinde kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür. Bu düzenleme hukuka aykırıdır. Bir kere kamu görevlisinin zor kullanma yetkisi kanundan doğmaktadır. Demek ki, zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, bu yetkisini kullanırken "Kanun hükmünü" yerine getirmektedir. Zaten kamu görevlisi yetkisinin sınırını kasten aştığında, fiili hangi suçu oluşturuyorsa, kuşkusuz o suçtan cezalandırılacaktır. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisi, yetkisinin sınırını dikkatsizlik veya özensizlik sonucunda, yani taksirle aştığında, hangi hukuki esasa ve ilke göz önünde tutularak, kendisine "kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin" uygulanması yoluna gidildiği belirsizdir, üstelik ciddi hiçbir hukuki temele dayanmamaktadır. Kanun, istemese de, bir kast karinesi getirmiş, dolayısıyla ceza hukukundan kovduğunu iddia et□iği objektif sorumluluk halini emsali olmayan bir biçimde kabul etmiş olmaktadır. Gerekçe, hükümle çelişmektedir. Gerçekten, Kanun, tabiri caizse, karakolda şaşmış, mahkemede doğru söylemiştir. Ancak, gerekçe, kimseyi bağlamaz. Madde hükmü açıktır. Kanun bu haliyle ayrıca Anayasanın eşitlik ilkesini ihlal etmiştir. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunun 16 ve Ek. m. 6. hükmü incelendiğinde çelişki açıkça görülecektir.

Kısacası, 3. maddesinde fiyakalı bir biçimde "kanun önünde eşitlik" ilkesini kabul eden ve "ayırımcılık yasağı" getiren Kanun, koyduğu yasağı, 256. madde hükmü ile kendi çiğnemiştir.

ID. KUSURSUZ SUÇ OLMAZ

A *Kusurluluk, Anlamı Kapsamı ve Sınırları, 1. Suçta irade,* 2. *Kusurluluğuu esası, 3. Kusurluluk ve isnat edilebilirlik, 4. Kusurluluk, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, 5. Hukuk düzenimizde kusurluluk*

B.Fiiliıı Şuurlu ve iradi Olması, 1. Genel olarak, 2. *Geleneksel düşünce, 3. Farklı düşünce*

C. *Kast, 1. Genel olarak,* 2. *Kastın isteme unsuru, 3. Kastın bilme unsuru, a. Fiilin hukuka aykınlığının bilinmesi, b. Fiilin antisosyal niteliğinin bilinmesi, 4. Kastın türleri, 5. Kastın yoğwıluğu*

Ç. Taksir, l.Taksiriıı esası, 2. *Ceza Kanununda taksir, 3. Taksirin tespiti, 4. Taksirin çeşitleri, 5. Taksirli.fiile katılmada sorumluluk, 6. Umulmayan/ beklenmeyen hal*

D. Takisir Karinesine Dayandın/an Kusurlu Sorumluluk, 1. Kusursuz sorumluluk, 2. *Cezı:ı Kanwıunun çözümü, a. Kastı aşan suçlar, b. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar, c. Basın yoluyla işlenen suçlar*

E. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler, 1. Genel olarak,2. Fiille faili arasındaki psişik/manevi bağı ortanda kaldıran nedenler, a. Kendinde olmama, b. Mücbir sebep, c. Maddi cebir, 3. Hata, a. Hukuki hata, i. Kanunun bilinmesi zorunluluğu, ii. Hükmün kapsamı ve sınırlan, b. Fiili hata, c. isabette hata veya sapma, 4. Manevi cebir ve bu temelde ***Kişiden*** *beklenenin bulunduğu koşullarda kendisinden isteıienıemesi veya kısaca istenemezlik ilkesi*

A. Kusurluluk, Anlam Kapsamı ve Sınırlan

1. Suçta İrade

Bir suçun oluşması için sadece maddi unsurun, yani fiilin bulunmuş olması yetmez, aynca fiiIIe birlikte iradenin de bulunması, yani kısaca fiilin iradi olması da gereldl97. Fiilin iradiliği esası insanlığın bilyilk bir buluşunu ifade etmektedir, çünkü

---

m Antolisei, La volonta' ne) reato, Laiivista penale, Roma 1932, s. 233; ID. Manuale, PG.,s. 3I9 vd; Bettiol, Diritıo Penale, s. 367; Maggiore, Diritto penale, I, s. 239 vd; ID, La volonta' nella teoria del reato omissivo, Serini in memoria di P. Rossi, 1932.

ilkel toplumlarda ceza sorumluluğu için zararlı netice ile insan fiili arasında sadece maddi nedensellik ilişkisinin bulunması yeterli görülmüştür. Kısacası, bu toplumlarda, sadece zarara neden olmak, cezalandınlmak için yeterli sayılmıştır.

Fiile iradenin katılması, yani fiilin iradi olma zorunluluğu, geleneksel olarak suçun manevi (= psikolojik veya sübjektif) unsu denen yönünü oluşturmaktadır. Suçun manevi unsuru son zanıanlarda genellikle "kusurluluk" terimi ile de ifade edilmektedir.

Hukuk düzenimizde, suçun manevi unsuru, icra veya ihmal hareketinin şuurlu ve iradi olmasını gerektinnekte; bu da, kast ve taksir olmak üzere iki biçimde ortaya çıkmaktadır.

Suçun manevi unsuru, esasında doğal bir davranıştır, açıkçası psikolojik bir olgudur. Bu niteliğinden ötürü, manevi unsur, suçun maddi (=objektif) unsuruna, yani fiile eklenmektedir. Bu demektir ki, suçun manevi unsuru, her durumda psişik bir davranıştan, failin iradesinin bir tezahüründen ibaret bulunmaktadır.

Buradan, suçun, iradiliği sonucu ortaya çıkmaktadır.

İradesiz suç olmaz; suç, mutlaka, bir kimsenin iradi bir fiilidir.

Kuralın istisnası yoktur.

2. Kusurluluğun Esası

Kusurluluğun veya manevi unsurun esası hakkındaki tartışmalar bugün de hala sürüp gitmektedir. Genelde kusurluluğun iki anlayışından söz edilmektedir. Bunlar kusurluluğun psikolojik (tabiatçı) anlayışı ve kusurluluğun normatif (kuralcı) anlayışıdıı-29[8] [299].

---

[291] Musotto, Colpavolezza, dolo e copla, 1, Palenno 1939; Bellavista, Il problcma della colpevolezza, Palermo 1942; Petrocelli, Colpevolezza, Padova 1955; Gallo, Il concetto unitario di colpevolezza. Milano 1951; Venditti, Colpevolezza, Novissimo digesto italiano, II,Torino 1959, s.554; Santamaria. Colpevolezza, Enclopedia del diritto, VII,1961,s. 646; Del Re, Colpevolezza e colpevolizzazione, Napoli 1976; Nuvolone, La concezione giuridica italiana della colpevolezza, Rivista italiana di diritto e procedira penale, Milano I976, s. 3 vd.

[299] Kıısurluluğun geleneksel bu iki anlayışı yanında, Alman doktrininde, lı.'Usurluluğu failin varlığını ortaya koyduğu biçim olarak [colpa Per il modo di essere deli' agentc (Tuterschuld: colpa d' uutore)) anlayan başka bir dilşünceden ve davranışın amaçsallığı kuramı (la tcoria finalistica dell'uzione) adında diğer bir kusurluluk düşUncesinden de söz edilmektedir.

a. Fail kusuru teorisi (colpa d'autore)

Bu dUşUnce kusurluluğun ve/veya kusurun geleneksel anlayışından tUnıden farklıdır . Gerçekten, bu dilşUncede kusurun konusu, işlenmiş olan mUnferit fiil değildir ama, failin kamktcristik psişiği, onun ömel durumudur. Söz konusu dtişUnce, farklı bir psişik kişilik geliştinne iktidarı içinde olmasına rağmen, suçaeğilimi olduğu için, kendinde bir kötUIUk taşıdığı için, kişiye bir kınama yöneltmektedir. .Bu konuda Mezger "hayat tarzı yüzünden kusur" kavramından söz ederken, Wel7.el psikanalist bir

yaklaşımla "içsel hayatı üzerinde üstbenin denetiminin eksikliği" kavramından söz etmektedir. Bu türden bir lı.'Usur, cezanın, salt ödetme anlamında, özel bir ağırlığının olmasını haklı kılmaktadır.

Alman nazizmi döneminde ceza hulı.'Ulı.'ll düzenlemelerinde ve özellikle itiyadı suçlarda cezanın ağırlaştırılması hususunda etkili olan bu düşünce eleştirilmiştir. İrade serbestisi konusunda ortaya çıkan tartışmalar bir yana, söz konusu düşünce, anladığı kusuru ya tamamen salt bir lı..'Usur karinesine indirgemelı.1e, ya da her durumda aşılaması imkansız zorluklar karşısında kırılganlık olarak algılamalı.1adır. Madem bu anlamda lı.'Usur failin kendinde farklı bir psişik fizyonomi oluşturabilmesi imkanı varsayımına dayanmalı.1adır, kusurun varlığının tespiti, insanın karakterinin doğuştan getirdiği, tevarüs ettiği, biyolojik-psişik olarak bozuk olan yönlerini aşabilme irrıkanına sahip olduğu halleri, böyle bir ilı.1idara sahip olmadığı hallerden ayırmayı zorunlu kılmaktadır. Böyle olunca, hakimin söz konusu tespiti nasıl yapabileceği, yani hangi sınırlar içinde kendisine verilen insanüstü ödevi failin olduğundan farklı olmak imkanına sahip olduğunun tespitini nasıl başarabileceği anlaşılamamaktadır.

Bu bir yana, bir an için kişinin kendi varoluş biçimi olarak özel bir kusurun olabileceği ve bunun sınırlarının belirlenebileceği düşünülebilse bile, böyle bir kusurun hukuk bakımından hiçbir ilgi çekici yönü olmaz. Gerçek.1en, sadece az veya çok tehlikeli (malvagio) görüldüğü için devletin kişi aleyhine kısıtlayıcı önlemler alabilmesini haklı görmüyoruz. Hatta daha kötüsü, çoğu kez totaliter ideolojilere bir kapı açtığından, biz, bu tür düşünceleri tehlikeli buluyoruz.

Gerçek-ten. devletin ceza müeyyidesine başvurması, ancak iki halde haklı sayılabilir. Kişi ceza kanununu ihlal ettiğinde, müeyyideye başvurulması, ya toplumun varlığını güvence altına almak veya toplumun ilerlemesini sağlamak için zorunlu olmalıdır, yahut cürmı fiiller işleyen kişiye karşı kamu güvenliği bir kötülük tehdidini gerektirmelidir. Böyle olunca, belirtilen bu iki n□den hariç, salt bir kötülük tehlikesi bir müeyyidenin verilmesini haklı kılmaz. Salt içsel kötülük, hukuk düzeninin bir hükmünün ihlaline vücut vermediğinden, ortada Devletin otoritesini yeniden sağlamak zorunluluğu yok.'tur. Aynca, kamusal güvenlik bakımından da böyle bir zorunluluk yoktur, çünk.ii aynı zamanda kişinin kötülüğü anlamında değil de, ileride suç işleyebileceğinin az veya çok olası olması anlamında, sadece suç işleyebilme yeteneği, toplum bakımından bir tehlike doğurabilir. Ayrıntılar ve eleştiri için, bkz., Mantovani, Diritto penale, s. 257vd.

b. Davranışın amaçsallığı teorisi (Teoria finalistica dell' azione)

Ceza kanununun düzenlenmesinde ve özellikle isnat yeteneği olmayan kişiler üzerinde uygulanacak bazı tedbirlerin konulmasında etkili olan değişiklikler, Almanyada, davranışın amaçsallığı adında, bir ı.amanlar yaygın olan bir düşünce akımını ortaya çıkarmıştır.

Welzel tarafından ortaya atılan bu düşünce, temelinde salt felsefi niteliktedir. Öz olarak, bu düşünce, gerçekte, ontolojik yapıların, yani kanun koyucunun değil vazgeçmesi, değiştirmesi bile mümkün olmayan hukuk öncesi verilerin mevcut olduğu fikrine dayanmaktadır. Böyle olunca, ceza hukukunda normatif her çeşit değişimde karşımıza çıkan birincil ontolojik veri, önceden belirli bir plana göre gerçekleşmek isteyen bir amacı hedef aldığı içindir ki, herhalde kendi amaçsal özünden ötürü, beşeri davranıştır. Burada, davranışın amaçsal ve/veya amaçsallık anı, kendi doğal ifadesini, kastta bulmaktadır.

Bundan, her çeşit etik içeriğinden tümden arındırılmış bulunan kastın, kusurluluğa ait bir unsur olmadığı ama, fiile ve hukuka aykınlığa ait bir unsur olduğu sonucu çıkmaktadır.

Taksirli davranışlar, yani tedbirsizlik veya dikkatsizlik sonucunda oluşan fiiller söz konusu olduğunda, düşüncenin kimi takipçileri taksirli davranışları kasıtlı davranışlardan tamamen ayırt ederken; Welz.el bunları, neden olunan neticenin, yapılan hareketin özenli ödevsel ve amaçsal denetiminin mümkün olmasından ötüii, amaçsal davranışın içinde düşünmektedir. Böylece, kast ve taksir dışına anldıktan sonra, kusurluluk, bizı.at erkin (facolta') kötü kullanımından ötürü, kınama olarak nitelendirilmekte; isnat yeteneğinin de, fiilin hukuka aykırılığının bilmesi imkanında ve iradeyi ortadan kaldıran nedenlerin bulunmamasında ifadesini bulduğu kabul edilmektedir.

Kanun koyucunun esaslarını doğru anladığını söyleırıek pek mümkün olmamakla birlikte, Yeni Türk Ceza Kanununu üzerinde etkili olan ve ülkemiz.de Özgenç (fürk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Seçkin. Ankara 2006, s. 139 vd, 143 vd., 312 vd.) tarafından izlenmekte olan davranışın an1açsallığı teorisi doktrinde eleştirilmiştir. Kuşkusuz, ceza hukukunu farklı bir biçimde sistemleştiren bu düşünce, bir kısım yönleriyle, geleneksel diişUncelere oranla, modern ceza hukukunun gereksinimlerini daha iyi karşılamaktadır.Gerçekten. bu dilşilncede, küçükler ve akıl hastalarının kast ve taksirle hareket edebilecekleri kabul edilmiş, dolayısıyla örttilil olarak, isnat yeteneği kusurluluktan ayırt edilmiştir. Ancak, olumlu bu yönilne rağmen, doktrinde (Antolisei, Manuale, 330) söz konusu

"Kusurluluğun psikolojik anlayışı" denen geleneksel teoride, kusurluluk, fail ile fiil arasındaki psikolojik bir bağdır.

Kusurluluğun bu anlayışı, hem kusw-Iudur, hem de eksiktir, çünkü kusurluluk için gerçekte zorunlu, gerekli olan bir unsur, yani iradenin tezahüründen ortaya çıkması zorunlu olan "ödeve karşı gelme" karakterini, açıkçası iradenin kurala itaatsizlik niteliğini ihmal etmektedir. Kuşkusuz, faile yüklenen bir ödevle çatışmayan bir davranış ne kasıtlı ne de taksirli sayılabilir. Böyle olunca, kusurluluk yalnızca faille fiil arasındaki psikolojik bağdan ibaret olmamakta, ama kusurlulukta ödeve karşı gelme de bulunmaktadır. O halde, kusurluluk denince faille fiil arasındaki psişik bağ yanında, ayrıca ödeve itaatsizlik de anlaşılmalıdır.

---

akımın, Almanya'da çıkmış bulunan son moda bir düşünce olduğu, her moda düşüncenin değeri ne ise bunun da o kadar olabileceği ileri sürülmekte, dolayısıyla kabul edilebilir olmadığına işaret edilmek'tedir.

Gerçek'ten, hemen belirtelim ki, davranışın an1açsallığı teorisi, temelinde, hukuk biliminin daha önce deortaya atılan ve kısa bir süre sonra değerini yitiren kendisinden önceki bir çok felsefi düşüncelerden daha fazla bir değer vennediği özel felsefi bir düşünceye bağlı bulunmaktadır . Pozitif hukuktan daha önce mevcut bulunan ontolojik yapıların zaten var olduğu düşüncesi, bazılarınca, sadece salt inançla, "aprioristik" olarak değerli olduğu kabul edilen metafizik bir düşünce olmaktan ileriye bir anlam ifade ennernektedir. Her ne ise, bir kere pozitif nonndan bağımsız olarak, suç, fiil, kast, taksir, teşebbüs, iştirak, içtima, vs. gibi huk'1.Iki kavramların tanınu, kapsam ve sınırlarının belirlenmesi istendiğinde, sadece büyük bir belirsizlik ortaya çıkmakla kalmaz, aynı zamanda önlenemez bir keyfiliğe de yol açılmış olur, çünkü bunların hemen hepsinin tanımlarının, kapsam ve sınırlarının belirlenmesi, kişinin kendi salt öznel görüşüne bağlı bulunmaktadır.

"Amaçsal" davranış söz konusu olduğunda, bu kavram içerisine, ancak mantıksal bir akrobasi yapıldığında, taksirli davranışın sokulabilmesi münlkün olabilmektedir.

Öte yandan kastı ve taksiri kusurluluğun unsuru olmaktan çıkararak fiilin ve huk'llka aykırılığın unsuru haline getirmek tam bir çarpıklık oluştunnak.'tadır. Böyle bir aynştırma, aynı zamanda, sucun maddi ve manevi yönlerini net bir biçimde birbirinden ayırt etmeyi imkansız kılmaktadır. Bu düşüncenin yapaylığını, bizzat düşüncenin mensuplarının, münferit suçları açıklarken, tipik fiilin maddi ve manevi unsurlarını geleneksel düşünceler doğrultusunda ortaya koyma çabaları doğrulamaktadır.

Davranışın amaçsallığı teorisinin en tutarsız ve zayıf yönü, kusurluluk kavramını açıklamasında görülmektedir. Gerçekten, kast ve taksir unsurlarından arındırılması, kusurluluk kavramının içini boşaltma, onu özünden arındınna anlamına gelir, çünkü kusurluluk, ödeve aykırı psişik bir davranıştır ve bundan başka bir şey de değildir. Esas çekirdeğini oluşturan bu iki unsurdan kusurluluğun anndınlınası, sonunda kusurluluğu isnat yeteneğine indirgemek olmaktadır. Gerçek'ten iradeyi zorlayıcı nedenlerin yokluğu zaten kasbn ve taksirin varlığı için aranırken, davranışın gayri meşruluğunun farkında olmak, anlama ve isteme yeteneğinden çıkarılan unsurlardan birisi olmalı.1an başka bir şey olmaktadır. Böyle olunca, kusurluluğun, esasını, kişinin bir var olma durumunu, bir halini ifade eden, hatta iradesine bile bağlanamayan isnat yeteneğinde bulduğu düşüncesi, gerçekten anlaşılamamaktadır.

Doktrinde, davranışın amaçsallığı teorisinin kannaşık mimarisinin, Alman cezacılannın, ancak "Vergeltung" ilkesine, yani cezanın salt ödetme ve bir moral ceza (castigo morale) olar.ık algılanmasına, nerdeyse fetişist bir biçimde saldınnalan ile açıklanabileceği ifade edilmiştir. Gerçekten, denmektedir .ki, yöntemlerin ve kavramların temelsiz bir yenileştirmeye tabi tutulması bir yana. bu teori, telafisi imkansız şeyleri, yapay olarak ve boşuna, telif etmeye, yani belli ideolojik ve felsefi varsayımlarla, bunları çoktan geride bırakmış bir hukuku, uyuşturmaya çalışmak1ndır. Aynntılan ve eleştiri için, bkz., Siegeıt, La dottrina attuale delin scienza genncnica del diritto penale e della criminologia, Rivista italiana di diritto penale, Padova-Milano, seric I. s. 753: Pettoello Mantovani, II concetto ontologico del reato, Milano 1954, s. 21 vd.; Santamaria, Prospettive del concetto finalistico dell' azione, Napoli 1955.

Kusurluluğun belirtilen bu niteliği yakın zamanda ortaya çıkarılmıştır. Bu niteliğe dayalı olarak oluşturulan görüşe kusurluluğun nom1atif veya kuralcı anlayışı denmektedir.

Kusurluluk, bu anlayışta, bir nom1la failin iradesi arasındaki bir çatışma ilişkisinden ibaret bulunmaktadır. Ancak, söz konusu düşünce, çatışma zorunluluğunu ortaya koyarken ileri gitmiştir, çünkü bu düşüncede kusurluluk, bir değer hükmünden, açıkçası gerekenden veya yükümlü olunandan farklı bir davranışta bulunulmuş olmaktan ötürü verilen bir kınama, bir takbih veya bir ayıplama hükmünden başka bir şey değildir. Öyleyse, kusurluluk, kınanabilirliktir, yani fiilinden ötürü failin kınanabilir olmasıdır.

Kusurluluğun normatif anlayışı kabul edilemez. Bir kere, kusurluluğu açıklamada, kusurlu iradenin psişik içeriği ihmal edilemeyecek veya ikinci plana itilmeyecek kadar önemlidir. Öte yandan, söz konusu değer hükmü, yani kınanabilirlik, failin psişiğinde, failde değil, ama hükmü verenin, yani hakimin kafasında aranmaktadır. Elbette, bu, kabul edilebilir bir sonuç değildir.

Doktrinde, kusurluluğun psikolojik anlayışının normatif anlayışını veya normatif anlayışının psikolojik anlayışını gidermediği, çünkü bu iki düşüncenin her birinin, kusurluluk denen olgunun zorunlu bir yönünü ifade ettiğini ileri sürülmüştür: Kusurluluğun, psikolojik anlayışı, kusurlu iradede, psişik bir davranışın tezahürünü görmekte haklıdır. Öte yandan, bu anlayış, söz konusu psişik davranışın, harici davranışın, yani maddi fiilin nedeni olmak zorunda olduğunu ortaya koymuştur. Öyle ki, maddi fiil, psişik davranışla ilişkili olmalıdır, açıkçası maddi fiilin gerçekleşmesi psişik davranışa isnat edilmelidir. Kuşkusuz, kusurluluğun normatif anlayışı da haklıdır, çünkü söz konusu psişik davranışı, failin yükümlü olduğundan farklı bir iradenin tezahürü olarak görmektedir. Gerçekten, faile hiç bir kınama, takbih yöneltilemiyorsa, kusurlu bir iradeden söz etmek de mümkün değildir. Özellikle kasıtlı suçlarda fail, hukukça yasaklanan fiili istemiş olduğu için, bilerek ve isteyerek bu fiili gerçekleştirdiği için kınanmaktadır. Taksirli suçlarda fail, hafiflikle hareket ettiği, yani tedbirli ve dikkatli olmak yükümlülüğüne uymadığı, dolayısıyla bir zararı tahrik ettiği için kınanmaktadır. O halde, "kusurluluk", suçun mevcut olması için aranan maddi fiile neden olan iradenin, ödeve aykırı davranışı olarak tanımlanabilir[oo].

Kusurluluk, bu şekli anlamından başka, maddi anlamda da göz önüne alınabilir.

Maddi anlamda kusurluluk, toplumsal disiplinsizliğin bir tür tezahürü olarak görülebilir. Gerçekten bir yükümlülüğün ihlali; her zaman, ferdin, hukuk düzeninin

:100 Antolisei, Manuale, PG., s. 323.

kurallarına uymaya, kanunun emirlerini yerine getirmeye isteksizliğini gösterir. O halde. kusurlu irade, maddi fiilin nedeni olarak, şekli anlamda ödeve aykırı bir davranışken, maddi anlamda toplumsal disiplinsizliğin bir ifadesidir. Hukuki gerçeklik alanında kalınmak isteniyorsa, daha fazlasını söylemek mümkün değildir. Özellikle, kusurlu iradenin, her zaman, toplumsal bakımdan tehlikeli bir kişiliğin ifadesi olduğu söylenemez. Aslına bakılırsa, toplumsal tehlikelilik, vahim suçlarda bile bulunmayabilir. Elbette, bu doğruysa, toplumsal tehlikeliliğe, hafif suçlarda da her zaman rastlanmadığı doğrudur.

Kusurluluk, hukuk düzenimizde (Ay. m. 38, CK. m. 2,3, 7, 20, 22, 37, 42, vs.) somut fiille ilişkili olarak göz önüne alınmıştır. Gerçekten, kusurluluk, işlenmiş olan bir fiille ilişkili olan psişik bir durumdur. Oysa, doktrinde bir akım, kusurluluğun failin karakterinde, kişisel antisosyalliğinde aranması gerektiği kanaatindedir. Söz konusu bu akıma, "kusurluluğun karakterolojik anlayışı" denmektedir[301]. Akım belki geleceğin hukukları için bir temenni olabilir, ama bugün bir değer ifade etmemektedir. Gerçekten, bugün, devletin amaçlarına aykırı bir fiil olsa, dolayısıyla cezaya layık görülse bile, suç, kişinin antisosyal bir arazı olarak göz önüne alınmamaktadır. Ceza belirlenirken, yasama ve yargı bakımından temel dayanak, suçun ağırlığıdır. Ancak, esas bu olmamakla birlikte, bir kere suç işleyerek tehlikelilik göstermek, yani mükerrirlik de göz önüne alınmıştır.

3. Kusurluluk ve İsnat Edilebilirlik

Geleneksel doktrin, kusurluluğun olabilmesi için, failin isnat edilebilir olmasını, yani fiilinin sorumluluğunu üstlenebilme erkine sahip olmasını gerekli görmektedir. İsnat edilebilir olmakla kastedilen, esasında, suçlunun, yani failin akli yeterliliği ve akıl sağlığıdır. Fail henüz akli yeterliliğe erişmemişse veya akıl hastasıysa, ne kasttan ne de taksirden söz edilebilir. Böyle olunca, bu düşüncede, isnat edilebilir olmak, kusurluluğun önşartını oluşturmaktadır.

Kısaca, bu doktrinin dayandığı esas, kusur üzerine verilen hükmün, niteliğinden ötürü, süjenin ahlaken kınamasını gerektirdiği düşüncesidir. Gerçekten, denmektedir *ki,* çocukların ve akıl hastalarının davranışları etik bir değerlendirmeye elverişli olmadığından, bunlarda kusurlu bir irade görmek mümkün değildir.

Bu doğrultuda düşünenler, açıkçası hukuki kusurun ahlaki kusurla çakıştığını varsaymaktadırlar. Ancak, bu varsayım, gerçeğe cevap vermemektedir, çünkü hukukun hiç olmazsa bugünkü gelişmişlik düzeyinde, ahlaki kusurla hukuki

---

xıı Bkz. Ranieri, Manuale di diritto penale, Parte generale, Padova 1968, s. 285; ID. Colpevolczza c personalita' del reo, Milano 1933; 1D. 11 problema della colpevolezza e l' avvenire del diritto penale, La scuola positiva, Milano-Roma 1964, s. 169 vd.

kusur farklı şeyler sayılmaktadır. Bunu bir yana bırakalım, günümüz hukuk düzenlerinin kanunun bilinmemesini kural olarak mazeret saymamaları, hukuki kusurla ahlakı kusuru bir tutmaya engeldir. TCK'nun, 4. maddesinde, "Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmüne yer vermiştir. Bu demektir ki, hukuki kusur, kural olarak, kanun bilinmemiş olsa da, mevcut olmaktadır. Tabii, bu yüzden, ahlakı kusurla hukuki kusuru bir tutmak mümkün değildir.

Öte yandan, kast ve taksiri oluşturan psişik yapıya küçüklerin veya akıl hastalarının davranışlarında bile rastlanabileceği düşünülürse, tartışılan bu düşüncenin açıkça yapay olduğu ortaya çıkar. Gerçekten, doktrinde de belirtildiği üzere, on yaşındaki bir çocuk, bilerek ve isteyerek, okul arkadaşını yaralayabilir. Elbette, bu çocuk, eline geçirdiği babasının silahıyla oynarken, dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu olarak bir kimseyi yaralayabilir. Aramızda dolaşan bir paranoyağın kendisini öldürmek için takip ettiğini zannettiği içimizden birini öldüremeyeceği nasıl söylenebilir. Acaba, o, otomobilini dikkatsiz ve tedbirsiz kullanarak bir kimsenin ölümüne sebep olamaz mı?

Bu gerçek karşısında, isnat yeteneğinin artık kusurluluğun bir ön şartı olduğu söylenemez. Gerçekten, İCK, Zannardelli Kanundan farklı olarak, isnat yeteneğini kusurlulukla birlikte veya kusurluluk içinde düzenlememiş, tamamen farklı bir yerde, yani faile ait hükümler arasında düzenlemiştir (m. 85, vd.). Düzenlemenin mutlaka bir anlamının olması gerekmektedir. Özellikle güvenlik tedbirlerinin ceza hukukuna girmesi, kusurluluktan isnat yeteneğinin ayrılmasını zorunlu kılmıştır, çünkü kusurluluk, akli yetkinlik, akıl sağlığı olmadan da mevcut olabilmektedir.

Öyleyse, belirtmeye gerek yoktur ki, psişik olarak fiilin failine bağlanabilmesi meselesi, isnat yeteneğini haiz olmayan kimse karşısında da söz konusu olabilmektedir, çünkü, ör., maddi cebir altında hırsızlık yapmış olan bir akıl hastasını veya küçüğü, yahut mücbir sebep dolayısıyla bir kimsenin ölümüne neden olan bir deliyi akıl hastanesine, ıslah evine koymak her halde mümkün olmamak gerekir. Böyle olunca, kusurluluğun çeşidi olan kast ve taksir, isnat yeteneğini haiz olmayan kimseler bakımından da mevcut olabilir ve dolayısıyla hukuki bir değeri bulunabilir.

Özetlersek, kast ve taksir, var olmaları için, failin mutlaka isnat edilebilir olmasını zorunlu kılmamaktadırlar. Bundan ötürü, isnat edilebilir olma veya isnat yeteneği kusurluluğun bir unsurunu veya bir ön şartını oluşturmamakta, ama kişinin bir niteliğini, bir durumunu ifade etmektedir. Böyle olunca, isnat yeteneği, suçla bağıntılı olarak değil, faille bağıntılı olarak incelenmelidir[302].

XII Antolise, Manuale, PG., s.326.

Doktrinde, genellikle kanunun düzenlemesine bakarak tersini düşünenler olmakla birlikte, biz, kamın farklı da yorumlanabileceği içindir ki, isnat yeteneğini kusurluluğun ön şartı olarak değil, failin bir niteliği olarak algılanmasının daha uygun ve işlevsel olduğu kanaatindeyiz.

4. Kusurluluk, İsnat Yeteneğini Kaldıran ve Azaltan Nedenler

Kusurluluğu kaldıran nedenler, mutlak olarak kastla ilgili bulunmaktadır.

Kast, failin fiilini bilmesi ve istemesi iradesidir. Bu anlamda, çocuklar, akıl hastaları, vs., herkesten farksız olarak, kastla hareket edebilmektedirler. Gerçekten, okulda, rızası olmadan arkadaşının bir şeyini alan onbir yaşında bir çocuğun, faili olduğu fiili bilmediği, istemediği her halde ileri sürülemez. Çocuğun isnat yeteneği yoktur ama, kusurlu hareket etmiştir, çünkü işlediği fiili, bilmekte ve istemektedir. Bu demektir ki, isnat yeteneği, kusurluluğun önşartı değildir, failin bir niteliğidir. Fail, kanunun suç saydığı fiili işleyendir. Fiilin faili, faili olduğu fiilin unsuru olamaz. Gerçekten, isnat yeteneğini kusurluluğun önşartı saymak, madem kusurluluk suçun unsurudur, faili fiilinin unsuru yapmaktır. Bu kabul edilebilir bir çelişki değildir.

Böyle olunca, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, kusurluluğu ne kaldıran, ne de azaltan nedenlerdir. İsnat yeteneği olmayan kişiler, elbette suç işleyebilirler; suçun faili olabilirler. Ancak, ileride görüleceği üzere, bunlara bir ceza verilemez, hakkında sadece güvenlik tedbirleri uygulanabilir

5. Hukuk Düzenimizde Kusurluluk

Kanun, kusurluluğu, Birinci Kitabinin, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlığını taşıyan İkinci Kısmının "Ceza sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir" başlığı altında düzenlenmiştir.

Kanun, 20. maddesinde, "Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden sorumlu tutulamaz" derken, bir yandan "kolektif ceza sorumluluğunun"olmadığına işaret ederken, öte yandan zımnen "kusursuz suç olmaz" ilkesine işaret etmektedir. Gerçekten, aşağıda, kast incelenirken belirtileceği üzere, 21. maddenin 1. fıkrasında yer alan "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır" ifadesi, "suçun oluşması kusurun varlığına bağlıdır" şeklinde anlaşılmalıdır. Böyle olunca, Kanunun, diğer iki unsur yanında, suçun unsuru olarak, "kusursuz suç olmaz" ilkesine yer verdiği kabul edilmiş olur. Gerçekten, kim ne derse desin, "objektif sorumluluğu" Türk Ceza Hukukundan kovduğu iddiasında olan tarihi Kanun koyucunün 21, 22, 23. maddelerin madde gerekçelerinde yer alan düşünceleri bizi doğrulamaktadır.

Kanun, suçun maddesini oluşturan fiilin, yani kanunun suç saydığı fiilin, şuurlu ve iradi olmasını emretmektedir.

Şuurlu ve iradi fiil ya kusurlu olur, ya da ceza sorumluluğu için, şuurlu ve iradi olmak kaydıyla, hasıl olan zararlı veya tehlikeli neticeyle fiil arasında nedensel bir b□oın bulunması yeterli görülebilir.

Kanun, 23. maddesinde, bu son halin, kaldınldığını ifade etmektedir.

Kusurlu fiil, ya kasıt ya da taksir ile işlenebilir. Bu, ceza sorumluluğunun, fiilin şuurlu ve iradi olması esas olmak üzere, kural olarak kast ve istisna olarak taksir türünde ortaya çıkan kusurlu sorumluluk olması demektir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu, 9. maddesinde, kabahatlerin "kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebilir" hükmüne yer vermiştir. Bundan da anlaşıldığı üzere, kanunun kabahat saydığı fiilin şuurlu ve iradi olması kabahatler bakımından da zorunlu bir unsurdur.

B. Fiilin Şuurlu ve İradi Olması

1. Genel Olarak

İster kusurlu sorumluluk isterse kusur karinesine dayalı sorumluluk söz konusu olsun, failin fiilinden sorumlu tutulabilmesi için, başta gelen koşul failin fiilinin şuurlu ve iradi olmasıdır.

İradesinin eseri olmayan bir fijlden, fail, sorumlu tutulamaz. Kuralın istisnası yoktur.

Failin iradesinin eseri fiil, sadece failin şuurlu ve iradi fiilidir.

2. Geleneksel Düşünce

Gelişmiş hukuk düzenlerinde, kimse, vücudundan hasıl olmasına rağmen, şuur ve iradesinin ürünü olmayan bir davranıştan sorumlu tutulamaz. Böyle bir davranış, kuşkusuz fizik alemde değerli olabilir ama, normatif alemde, özellikle ceza sorumluluğu söz konusu olduğunda, her hangi bir değer ifade etmemektedir. Gerçekten, lCK'nun kusurluluğu düzenleyen 42. maddesi "hiç kimse, şuur ve irade ile işlememişse, bir icra veya ihmal hareketinden cezalandırılmaz" diyerek, meseleye açıklık getinniştir.

Benzer bir hüküm kanunda yer almamıştır. Ancak, bu durum, hukuk düzenimizde fiilin şuurlu ve iradi olması esasının göz ardı edildiği anlamına gelmez, çünkü failin fiili şuurlu ve iradi değilse, o fiil faile ait değildir, dolayısıyla böyle bir

fiilin kasıtlı veya taksirli olması da mümkün değildir. Öyleyse, kast veya taksirden söz edilebilmesi için, öncelikle fiilin şuur ve irade ile işlenmiş olması gerekir. Böyle olunca, kuralın kanunda açıkça yer almamış ohnası, bir eksiklik olarak değerlendirilemez.

Fiilin şuurlu ve iradi olması, acaba ne anlama gelmektedir?

Bir kimse hakkında ceza sorumluluğunun doğması, ancak o kimsenin fiilinin şuurlu ve iradi olması halinde mümkündür. Bundan çıkan sonuç, fiilin iradiliği ilkesinin istisnasının mevcut olmaması ve ilkenin ceza hukukunun tüm alanlarında geçerli olmasıdır. Gerçekten, bir irade olmadıkça, ne kasıtlı, ne taksirli bir suç ve ne de bir kabahat suçu mevcuttur. Öyleyse, varlığı için doğal olarak şuuru zorunlu kılan irade, hukuk düzenimizde, suç olan ile suç olmayan arasındaki sının çizmektedir.

Şuur ve iradenin kapsamının ve sınırlarının neden ibaret bulunduğu, yani kişinin vücudundan hasıl olan devinimin ne zaman şuurlu ve iradi olduğu doktrinde tartışma konusudur.

Genellikle denmektedir ki, hukukun aradığı, fiilin iradi olmasıdır. Gerçekten, suçun tabanım oluşturması, açıkçası suçun meydana gelmesi için ceza hukukunun aradığı şart, failin icra veya ihmal hareketinin iradi olmasıdır. Ancak, fiilin iradi olması için, fiilin bizzat istenmiş olması zorunlu değildir; sadece iradi, yani istenmiş olan bir dürtüden doğmuş olması, kısacası failin isteyerek hareket eder durumunda veya hareketsiz durumda olması yeterlidir. Bu demektir ki, fiilin iradiliğinden söz edebilmek için, fiilin sadece şuurlu bir dürtüden kaynaklanmış olması yeterlidir; başka bir şeye de gerek yoktur.

Bu düşüncenin ceza hukukunun gereklerine cevap vermediği ileri sürülmüştür: Fiilin iradiliğini bu biçimde anlamak, ona çok dar bir anlam vermektir, çünkü önceden oluşmuş açık bir karan gerektinneyen tüm davranışları, açıkçası otomatik hareketler denen refleks, içgüdüsel ve alışılan hareketleri bir ayırım yapmaksızın iradi saymamaktadır.

Oysa bu nitelikteki hareketlerin çoğu kez hukuk bakımından bir değer ifade ettiği ve bir suçun maddesini oluşturduğu gözlenmiştir. Gerçekten, kendisini bir düşünceye kaptıran sigara tiryakisi bir kimse, sigarasını yaktıktan sonra, yanmakta olan kibriti dürtüsel olarak kurmuş otların üzerine atarak orman yangını çıkarabilir. Dolu silahla oynamakta olan bir kimse, dürtüsel bir hareketle silahı ateşleyebilir. Bu ve benzeri hallerde failde şuurlu bir içtepi mevcut değildir, çünkü bedenin söz konusu bu devinimleri, kişiliğin en derin noktalarında cereyan ederek, bir düşünce ve karar aşamasına uğramadan ortaya çıkmaktadırlar.

Tümü bir yana, ihmalde bulunmak ve özellikle yapılması gereken bir hareketi yapmayı unutmak hali söz konusu olduğunda, düşüncenin yetersizliği, daha da belirgin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, hatta aralarında ünlüler de bulunan birçok cezacı, geleneksel bu düşünceyi reddetmek zorunda kalmıştır. Onlar, düşüncelerinin kanıtı olarak, ör., ameliyat ettiği hastanın içinde dalgınlıkla gazlı bez unutan doktorun hastanın ölümüne neden olmasını, tren yolu görevlisinin yapmak zorunda olduğu manevrayı unutup yapmayarak bir tren kazasına neden olmasını göstermektedirler.

Zorluğu aşmaya çalışanlar, belirtilen hallerde, olumlu veya olumsuz davranışın şuurlu bir içtepiden geldiğini, çünkü bu hallerde akıl yetisinin iyi yönetimine iradi bir şekilde uyulmadığını ileri sürmektedirler. Ancak, sadece çok ender rastlanan ihmal hallerinde, aklın ataletine yöneltilmiş şuurlu bir çabaya rastlanabildiği göz önüne alındığında, açıklamanın pek tatminkar olmadığı gözenmektedir. Çoğu kez, söz konusu atalet, münhasıran, failin yapmak zorunda olduğu hareketi düşünmemesine bağlı bulunmaktadır. Özellikle unutkanlık hallerinde, hiç bir şekilde, ihmali hedef alan en küçük bir itişe rastlanması mümkün değildir. Burada ruh tamamen pasiftir; kiminin ifadesiyle, söz konusu hareketsizliğin harekete dönüşmesi amacına yönelik her tür mantıksal çaba, bu çerçeve içinde kaybolup gitmeye mahkfundu?)3.

3. Farklı Düşünce

Geleneksel düşüncenin fiilin iradiliğini açıklamada yetersiz kalması karşısında, bir kısım doktrin, yeni bir arayış içine girmiştir°4.

Söz konusu bu nazik sorunun çözümünde, psikolojinin şuurun berrak bölgelerinin altında cereyan eden davranışların tümünün iradeden bağımsız olmadığı saptamasının göz önüne alınması gerekmektedir. Gerçekten, bunların büyük bir kısmı, içsel bir enerjinin müdahalesi, şuurlu bir itki etkisi ile engellenebilmektedirler. Hatta, refleks hareketler (ör., öksürmek, aksırmak, iğne yapılırken bir organın kasılması vs.), belli bir ölçüde iradenin etkisi altında kalabilir. Kuşkusuz, bu sözler, içgüdüsel davranışlar hakkında da geçerlidir. Öğrenme sonunda otomatik hale gelen hareketler (ör., bir alet çalmak, bilgisayarda yazı yazmak, vs.) söz konusu olduğunda, bunların, ötekilerden çok daha fazla iradenin etkisi altında olduğunda kuşku yoktur.

Ancak iradenin otomatik hareketler ürerinde etkisi sınırsız değildir. Gerçekten, şuur dışı öyle hareketler vardır ki, bunları her hangi bir şekilde düzenlemek ve

---

Antolisei, Manuale, PG., s. 340

* Antolisei, Manuale, PG., s.341

iradenin yasaklama kudretinin etkisi altına almak mümkün değildir. Bunu kanıtlamak için, hastanın yüksek ateşten ötüıü hezeyan haline düşmesine, kusturucu bir ilaç almak.1an ötüıü bazı davranışlarda bulunmasına, vs. bakmak her halde yeterJidir.

Otomatik hareketler hakkında söylediklerimiz, bilinçsizce gerçekleşen ihmal hareketleri bakımından da geçerlidir. Bunlar da, günlük hayatın deneyiminin açık bir biçimde gösterdiği üzere, çoğu kez iradenin bir çabası ile engellenebilmektedirler.

Buradan, olumlu ve olumsuz, otomatik hareketlerin iki gruba ayrıldığı ortaya çıkmak.'tadır.Bunlar, iradenin engelleme kudreti ile engellenebilen davranışlar ve iradenin mümkün her çeşit muhtemel denetiminin dışında cereyan eden davranışlardır.

Bu durumda, sadece ikinci grup hareketler failin iradesine yabancıdır, çünkü fail bunlan gütme iktidarına sahip bulunmamaktadır, gerçekleşmeleri veya gerçekleşmemeleri konusunda onun her hangi bir etkisi yoktur. Söz konusu bu hareketler, fail tarafından engellenemedikleri için, insanın ruhsal varlığına değil, sadece fiziksel/mekanik varlığına ait bulunmaktadır. Buna karşılık, birinci grup hareketleri, şuurun ve iradenin denetimi dışında saymak mümkün değildir. Ruhsal enerjinin yok veya eksik bir müdahalesini gerektirdiğinden, bu davranışların gerçekleşmesi, iradenin olması gerektiği biçimde açıklanamamasını göstermektedir. İradenin bir eksiğini, olumsuz bir görüntüsünü ortaya koyduğundan, bir davranışı yansıtan bunlar da , bizzat irade ile ilintilidirler.

Açıklamalardan haklı olarak anlaşılmaktadır ki, sadece şuurlu bir çabadan kaynaklanan hareketler değil, aynı zamanda iradenin ataletinden kaynaklanan hareketler de iradeye bağlanabilmektedirler. Kuşkusuz, irade, engelleme ve harekete geçirme kudretinin egemen olduğu bir alana sahip bulunmaktadır. Öyleyse, hareketin iradeye bağlanabilirliği, bizzat iradenin egemen olduğu alana kadar genişletilebilmekte, yani iradenin iktidarının gittiği yere kadar gitmektedir.

Böyle olunca, bir fiilin hukuk bakımından önemi haiz olması, dolayısıyla ceza sorumluluğuna yer verebilmesi için, o fiilin, mutlaka şuurlu bir çabadan kaynaklanmasına gerek yoktur, sadece iradeye bir biçimde bağlanabilir olması yeterlidir. Bu, iki nedene dayanmaktadır. Bir kere, ceza normu, kişiyi muhatap alırken, ona, yasak bir fiilin kendisinde gerçekleşmemesi için yapmada bulunmayı ve öyleyse, aynı zamanda, o amaca yönelik tüm ruhi enerjisini, mümkün olduğu kadar açıklamayı, yönlendirmeyi emretmektedir. Öte yandan, hukuk, davranış kuralı olarak, insana, sadece yaptığı şeyi değil, aynı zamanda yapmadığı ve yapmak zorunda olduğu şeyi de emretmektedir.

Fiilin iradeye bağlanabilirliği, kusurluluğun temel değeri, "psişik bağdan" ibaret bulunmaktadır. Açıkçası, maddi fiil, sadece şuurlu bir itlciyi gerektirdiği halde değil, ama aynı zamanda iradenin bir çabası ile engellenebilir olduğu halde de, fiille failin iradesi arasında psişik bağ mevcut olmaktadır. Fakat, buna karşılık, şuurun uyarmadığı, hatta dikkatli bir çabaya rağmen, uyarmasının mümkün olmadığı hallerde, fiille irade arasında psişik bağ mevcut bulunmamaktadır. Kuşkusuz, aynca, şuurun uyanda bulunmasına rağmen, iradenin gücünü aşan fizik, fizyolojik, psişik bir gücün etlcisiyle oluşan fiillerde, fiille irade arasında psişik bağ bulunmamaktadır.

C. Kast

1. Genel Olarak

Kast[305], kusurlu, ödeve aykırı iradenin en tipik bir biçimini ifade etmektedir. Bir anlamda, kast, kusurluluğun gerçek şeklidir. Suç kanunun bir hükmünün ihlali olduğundan, itaatsizlik, isyan; kanunun yasaklamış olduğu fiil sadece istenmiş olduğu zaman tam ve eksiksizdir.

765 sayılı Kanun, 45. maddesinde "cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldınr" demektedir. 1CK., 43.maddesinde, kastı daha açık bir biçimde tanımlamıştır. Kanun, "icra yahut ihmalin neticesi olan ve kanunun suçun varlığını bağladığı zararlı veya tehlikeli netice, bizzat icra veya ihmalinin sonucu olarak fail tarafından istenmiş veya öngörülmüş olduğu zaman suç kasıtlıdır" tanımına yer venniştir.

5237 sayılı Kanun, 21. maddesinin 1. fıkrasında kastı, 2. fıkrasında olası kastı tanımlamıştır. Kanun *"suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır"* dedikten sonra, kastı, *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir"* şeklinde tanımlamaktadır.

Burada "suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır" ifadesi yanlıştır. Kanun taksirli suçlara da yer vermiş bulunmaktadır. Böyle olunca, sadece kastın bulunmasına bağlı olarak değil, taksirin bulunmasına bağlı olarak da suç oluşmaktadır. Herhalde, doğru ifade, "suçun oluşması kusurun varlığına bağlıdır" ifadesidir. Bizce, söz konusu ifade, kast ile ilgili değildir, kusurlulukla ilgilidir. Kanun koyucu, her halde, kusursuz suç olmaz demek istemektedir.

 De Marsico, Coscienza e volonta' nella nozione di dolo, Napoli 1930; Gallo, il dolo. Oggetto e accertamento, Milano 1953;ID., Dolo (dir. pen.),Enclopedia del diritto, XIII, Milano 1964, s. 750; Pecoraro Albani, il dolo, Napoli 1961.

Gerek 765 sayılı Kanunun ifadesinden, gerek İCK'nun, gerekse 5237 sayılı Ceza Kanunun tanımmdan, kastın iki unsurunun bulunduğu ortaya çıkmaktadır:

a. Suç sayılan fiile takaddüm eden bilme, tasvir etme anı. Bu, kastın, bilme veya fikri unsurudur.

b. Bilinen, tasvir edilen fiili, gerçekleşmesine yönelik bir istemenin izlemesi anı. Bu, kastın, isteme unsurudur.

Kastın isteme unsuru oldukça karmaşık bir gorunum arz etmektedir. Gerçekten, istemekten söz edilebilmesi için, tamamen içsel/dahili bir fiil olduğundan, tek başına karar yetmez, ayrıca kararı, gerçekleştirilmesine yönelik şuurlu bir itkinin izlemesi gerekir.

Kast, suçların tümünde hep aynı biçimde ortaya çıkmaz.

Madem suç oluşturan fiil kural olarak hareket ve buna eklenen netice denen bir sonuçtan oluşmaktadır; kast, normal olarak, hareketin olduğu kadar, neticenin de istenmesini gerektirir. Böyle olunca, isteme, sadece bir icra ve ihmal hareketinin yapılmasına değil, aynı zamanda, gerçekleşen hareketin sonucu olarak istenen neticenin, gerçekleşmesine yönelmiş olmalıdır.

Ancak, birçok suçun, en azından tabiatçı anlamda, bir neticesi bulunmamaktadır. Bunlar, salt hareket suçlarıdırlar. Tabii, bunların, hukukun değer verdiği, dış dünyada değişikliği ifade eden bir neticeleri olmadığından, kasttan söz edilebilmesi için, kuşkusuz neticenin tasavvur edilmesine ve istenmesine imkan yoktur. Öyleyse, tabiatçı anlamda, neticesiz suçlarda, kasttın varlığından söz edilebilmesi için, failin, suç olan salt icra veya ihmal hareketini, bilmiş ve istemiş olması yeterlidir.

Burada, bu suçlarda, kusurluluk için, sadece fiilin iradı olmasının yeterli olduğu düşüncesine kapılmak yanlıştır. Fiilin iradı olması başka şeydir; iradi fiilin, kusurlu olması b□ka şeydir. Böyle olunca, salt hareketten oluşan suçlarda, kasttan söz edilebilmesi için; fiilin, sadece şuurlu ve iradi olması yetmez, aynı zamanda bilinmesi ve istenmesi gereklidir.

Bilme, Kanuna göre, "suçun kanuni tanımındaki unsurların" bilinmesidir. Bu ifade yanlıştır, düzeltilmeye ihtiyacı vardır. Suçun kanuni tanımındaki unsurlar içinde kast da vardır. Böyle olunca, kastın bilinmesi şeklinde bir ifade anlamdan yoksun olmaktadır. Burada, doğru ifade "kanunun suç saydığı fiilin bilinmesi" olmalıdır. Gerçekten, ancak kanunun suç saydığı fiili bilmesi halinde, failin kastının olduğu söylenebilmektedir.

2. Kastın İsteme Unsuru

Kastın bilme unsuru, mantıken, elbette isteme unswundan önce gelmektedir. Ancak, kusurluluğun bu türiine, yani kasta niteliğini veren özellik , hiç kuşkusuz isteme olmaktadır. Bunun içindir ki, önce istemeyi incelemek, bir çelişki oluşturmamak.1a, tersine kurumun daha iyi anlaşılmasına hizmet etmektedir.

İstemek söz konusu olduğunda, en başta incelenecek konu, fiilin hangi halde failce istenmiş sayılacağıdır. Bu konuda doktrinde bir birlik yoktur. "Tasavvur" ve "İrade" teorileri arasında süregelen karşıtlık halen devam etmektedir.

Tasavvur teorisine göre, kastın var olabilmesi için, sadece neticenin tasavvur edilmesi yeterlidir, çünkü iradenin konusu, failin maddi faaliyetlerinin neticeleri olamaz. Gerçekten, irade, sinir sistemini harekete geçirmek ve öyleyse bedenin bir hareketini belirlemekle birlikte biterken; failin dışındaki şartlarla da bağıntılı olan netice, ancak tasavvur edilebilir.

İrade teorisine göre, hareket ve netice arasında bir araç-amaç ilişkisi bulunmaktadır. Gerçekten, hareket, genelde, bir amaç için bir araçtan başka bir şey değildir ve iradenin gerçek hedef noktası, harici bir olaydır, yani tabiatçı anlamda neticedir. Böyle olunca, kastın esası, ifadesini, neticenin istenmesinde bulmaktadır.

Günümüzde, salt psikolojik açıdan, tasavvur teorisinin dediklerinin doğru olduğu kabul edilmekte, bedensel davranışların neticelerine bakarak istemeden söz edilemeyeceğine, çünkü söz konusu neticelere yönelen öznenin zihinsel durumunun, sadece tasavvur veya duygular (istek, nefret, vs.) olarak biçimlendiğine işaret edilmektedir. Ancak, denmektedir ki, günlük hayatın yargılarında, günlük dilde, irade çok geniş bir biçimde anlaşılmakta; hatta, beşeri davranışın sonuçlan da, irade kavramı içine sokulmaktadır. Elbette, hukuk, günlük hayata, günlük dile ilgisiz kalamaz. Böyle olunca, psikolojik gerçeklere tam uymasa bile, kasttan söz edilebilmesi için, tasavvurunun ötesinde, neticenin istenmesi gerekmektedir.

Burada, istemek madem neticeyi istemektir, bir netice, hukuk bakımından, fail tarafından ne zaman itenmiş sayılacaktır?

Bir kere, failin iradesinin, gerçekleştinnek için yönelmiş olduğu sonuçlar, yani failin hareketinin de amacını veya amaçlarından birini oluşturan neticeler, kuşkusuz failce istenmiş sayılırlar. Ancak, birçok halde, fail belli bir neticeyi öngörebilir ama, bizzat o neticeyi gerçekleştinnek amacıyla hareket etmeyebilir. Gerçekten, ör., amacı sadece kargaşa yaratmak olan A, bir meydana bomba koymakla, oradan geçen birçok kişinin, patlama sonunda ölebileceğini tasavvur etmiş, öngörmüş olabilir. Aynı şekilde, ör., B, bir kimsenin yaralanabileceğini de tasavvur etmesine, öngörmesine rağmen, bir mağazanın sadece vitrinini kırmak isteyebilir. Burada,

failin, birinci halde ölüm, ikinci halde yaralama neticesini istediği acaba söylenebilir mi?

Kamıaşık ve çeşitli tartışmalara neden olan bu sorunun çözümünde, gerçekleşmesi umut edilen veya arzu edilen neticelerin istendiği düşünülerek, kimi "neticeyi ummuş olma" , kimi "sonucu arzu etmiş olma" ölçütüne başvurmaktadır. Çözümler yeterli değildir, çünkü umulan ve arzu edilen her neticenin her zaman istenmiş olduğunun düşünülmesi mümkün olmazken, umulmayan veya arzu edilmeyen bir neticenin sadece bu nedenle istenmemiş olduğunun düşünülmesi de mümkün olmaz. ,

Ancak, söz konusu bu düşünce aynlıkları, genelde gerçekleşmeleri muhtemel neticelerin gerçekleşmelerine "nza gösterme" veya onları "kabul etme" ölçütüyle çözümlenmiş bulunmaktadır. Bu düşüncede, muhtemelen gerçekleşebilir olan neticelerin gerçekleşmesine nza gösterilmesi, ilgisiz kalınması veya gerçekleşmeleri riskinin kabul edilmesi, ona katlanılması halinde, o neticeler istenmiş sayılırlar. Böyle olunca, yukarıdaki örnekte olduğu gibi, sadece korku yaratmak için bir meydana bomba koyan fail, patlama sonunda meydana gelen yaralanma ve ölüm neticelerini istemiş sayılmaktadır, dolayısıyla onlardan sorumludur, çünkü söz konusu bu neticelerin gerçekleşmesine önceden rıza göstermiş, kabul etmiş ve gerçekleşmeleri riskini üstlenmiştir. Kuşkusuz, aynı sözler, öteki örnek için de geçerlidir.

Hareketinin muhtemel neticelerinin gerçekleşmesinefailin önceden nza göstermiş olması ölçütü genelde kabul edilmekte, ancak ölçüte bazı açıklamalar getirilmektedir.

Bu gruba giren neticeler, her şeyden önce, hareketin yapıldığı anda, gerçekleşmesi muhakkak görünen veya muhakkak olan neticelerdir, çünkü bunlar, gerçekleşmesi failce amaçlanan netice ile zorunlu bir biçimde bağıntılıdırlar. Kuşkusuz, hareketten gerçekleşmesi muhtemel öteki neticeler de bu gruba girmektedirler. Gerçekten, genel deney kuralları karşısında gerçekleşmeleri tahmin edilebilir neticeler olmalarına rağmen, bunlar, failin hareketini yaparken, gerçekleşmelerine ilgisiz kaldığı, gerçekleşmeleri riskini kabul ettiği neticelerdir.

Yalruz.ca imkan dahilinde olduğu düşünülen, yani ender olarak muhtemel olan neticelerin istenmiş olup olmadığı hususu söz konusu olduğunda, her halde bir ayının yapmak gerekmektedir. Fail, neticenin gerçekleşmesinin imkan dahilinde olduğunu düşünebilir, ancak gerçekleşmesi imkan dahilinde olan bu neticenin gerçekleşemeyeceği inancı ile hareket etmiş olabilir. Örneğin, bir sirk cambazı, karşısına hedef olarak diletiği insan üzerine bıçak atmakta ve onun resmini çıkarmaya çalışmaktadır. Elbette, cambaz, hedefin yaralanabileceğinin veya ölebileceğinin imkan dahilinde olduğunu öngörmekte, ancak ehliyetine güvenerek neticenin gerçekleşmesine ihtimal vermemektedir. Bu ve benzeri durumlarda,

gerçekleştiği takdirde, neticenin istenmiş olduğu söylenemez. Burada, artık, kasttan değil, ama ileride görüleceği üzere, taksirin bir türü olan bilinçli taksirden söz edilmektedir. Buna karşılık, imkan dahilinde olduğu düşünülen neticeden kaçınma inancı, kanaati failde mevcut değilse, yani gerçekleşmesi riskine daha başında katlanmışsa, fail, gerçekleştiğinde, imkan dahilinde olan neticeleri de istemiş sayılır.

Özetlersek, hukuk, her şeyden önce, failin iradesinin yönelmiş olduğu neticeleri istenmiş kabul etmektedir. Buna "doğrudan kast" veya "düşünce kastı" denmektedir. Öte yandan, gerçekleşmesi muhakkak veya muhtemel veya imkan dahilinde görülen neticeler, gerçekleşmesine kayıtsız kalmak, razı olmak veya riskine katlanmak kaydıyla, fail tarafından istenmiş sayılmaktadırlar. Buna dolaylı veya muhtemel yahut olası kast denmektedir.

Kanun, 21/2. maddesi hükmünde olası kastı tanımlamıştır: *"Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır".* Ancak, yukarıda belirtildiği üzere *"suçun kanuni tanımındaki unsurlar"* ibaresi yanlış olduğu gibi, tanım da yanlıştır. Olası kastın var olabilmesi için, tanımda olduğu gibi neticenin sadece öngörülmüş olması yetmez, aynca neticenin gerçekleşmesine kayıtsız kalınması da gerekmektedir.

Açıklamalardan, kanunu uygularken, asla göz ardı edilmemesi gereken, temel önemi haiz bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Birçok kez olduğu üzere, ceza koyan norm, failin belli bir amaçla hareket etmiş olmasını açıkça gerekli görmediğinden; neticenin iradiliğinden ve açıkçası belli bir sonucun istenmiş olduğundan söz edilebilmesi için, failin o neticeyi cümii faaliyetin hedefi veya hedeflerinden biri olarak seçmesine gerek yoktur; gerçeklemesi riskini yüklenerek, neticenin gerçekleşmesini mümkün görmesi, başka bir deyişle, ne pahasına olursa olsun, gerçekleştirmek üzere hareket etmiş olması yeterlidir. Buna karşılık, neticeyi öngörmüş olmasına rağmen, fail gerçekleşemeyeceği kesin inancı ile hareket etmişse, artık neticenin istenmediği, dolayısıyla kastın bulunmadığı sonucuna vanlmalıdır.

Kuşkusuz, netice, belirtilen anlamda istendiğinde; çok azı da içerdiğinden, icra veya ihmal hareketi şuurlu ve iradidir.

3. Kastın Biline Unsuru

Kimse bilmediği bir şeyi isteyemez. Bundan ötürü, bilme, istemeden önce gelmektedir. isteme, kastın esasını, çekirdeğini teşkil etmekle birlikte, kastın içeriğinin tümünü kapsamamaktadır. Suç teşkil eden fiilin, istenmesi yanında, bilinmesi de gerekir. Gerçekten, kasttan söz edilebilmesi için, istemeden de önce, suç olan fiilin fail tarafından bilinmiş olması zorunludur.

Bu durumda, madem suç teşkil eden fiil, kendisini nitelendiren özelliklerle, bir yandan diğer hukuka aykırılıklardan, öte yandan diğer suçlardan ayırmaktadır; J...--astm varlığı için, söz konusu tüm bu özelliklerin fail tarafından bilinmiş olması gerekmektedir. Bu tür bir bilme, iradenin kapsadığı alanın dışında kalmaktadır, çünkü iradenin konusu, neticeleri değil, ancak hareket olabilir. Gerçekten, öyle unsurlar vardır ki, iradenin dışında kaldıklarından, istenmeleri mümkün değildir, ama bilinmeleri zorunludur.

Teke tek suçların tanımlaıından çıkan bu unsurlar nelerdir? Bu konuda, tek tek suçları birbirinden farklılaştıran özellikleri ifade eden kanun koyucunun koyduğu tipik model, yani tipleştirilmiş veya tipikleştirilmiş olan davranış, nihai belirleyicidir. Böyle olunca, ör., öldürme suçunda kastın olabilmesi için, failin, hareketinin hedefinin insan olduğunu bilmiş olınası gerekmektedir, çünkü bu suçu nitelendiren özellik, Kanunun 81. maddesinin tanımına göre, bir insanın öldürülınesidir. O halde, fail, ör., bir insana değil de bir korkuluğa veya bir ölüye ateş ettiği inancı içinde hareket ettiğinde, kastın varlığından söz edilemez.

Kuşkusuz, bilinmesi zorunlu unsurlar, sadece hareketle eşzamanlı olarak gerçekleşen unsurlar değildirler. Suçun varlığı için zorunlu olmak kaydıyla, bunlar, ör., kanunun 225, 307/4, vs. maddelerde öngörülen suçlarda olduğu gibi, hareketten önce de, hareketten sonra da olabilirler.

Kısacası, kasttan söz edilebilmesi için, cezalandırıcı çeşitli normlardan çıkan tanımlarına göre, teke tek suçları oluşturan tüm unsurların, failce bilinmeleri gerekmektedir. Bilmeme, ileride görüleceği üzere, "hata teorisine" vücut vermektedir. Hata kastı kaldım.

a. Fiilin Hukuka Akırılığımn Bilinmesi

Kastın varlığı için teke tek suçları oluşturan unsurlarının bilinmesi zorunluluğu, ister suçun unsuru isterse suçun özü, kendisi sayılsın fiilin hukuka aykırılığının bilinmesini de zorunlu kılmakta mıdır sorusunu akla getirmektedir.

Eskiden, ceza hukukçuları, fail ceza kanununa aykırı bir fiil işlediğinin bilincinde değilse, yani fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmiyorsa, kastının bulunmadığını düşünüyorlardı.

Bu düşünceye bugün de katılan yazalar mevcuttur. Ancak, Kanunun 4. maddesi hükmü karşısında, söz konusu bu düşüncenin kabulü mümkün göıülmemektedir.

Sorunun çözümüne katkıda bulunmak amacı ile kimi, hukuka aykırılığın bilinmesi zorunluluğundan değil, failin fiilinin gayri meşruluğunun bilincinde

olmasından söz etmektedir: Failin, fiilinin nasıl ve kanunun hangi hükmüne aykırı olduğunu veya hangi kanunda suç olarak öngörüldüğünü bilmesine gerek yoktur. Kısacası, kastın varlığından söz edilebilmesi için, failin, fiilinin hukukla çatışma içinde bulunduğunu bilmesi yeterlidir.

Bu düşünce de tutarlı değildir, çünkü "fiilin gayri meşruluğunu bilınek" ile "fiilin hul□a aykırı olduğunu bilmek" özde aynı şeyler. Böyle olunca, fail, Kanunun 4. maddesi hükmü karşısında, fiilinin gayri meşru olduğunu bilmediğini ileri süremez.

O halde, fiilin hukuka aykırılığının veya gayri meşruluğunun bilinmesi, hukuk düzenimizde, kastın varlığı için aranan bir koşul değildir. Kanunun bilinmesi zorunluluğunun katılığı üzerine yapılan tartışmaların burada yeri yoktur. Bu, başka bir konudur.

Ancak, hul'Uka aykınlığa suçun tanımında özel olarak işaret edilen hallerde, fiilin hukuka aykırılığının/gayri meşruluğunun bilinmesi zorunludur. Bilmeme, ileride göiiileceği üzere, sonunda fiili hata oluşturduğundan, kastı kaldırır. Gerçekten, Kanun, ör., 135. maddede "hukuka aykırı olarak" kişisel verileri kayıt etmekten, 151/2. maddede "haklıbir neden olmaksızın" sahipli bir hayvanı öldürmekten, 154. maddede "bir hakka dayanmaksızın" başkasına ait taşınmaz mal ve eklentileri işgal etmekten, 181. maddede" ilgili kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak" çevreye zarar vermekten, 257. maddede "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek" veya "görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermek" suretiyle görevini kötüye ku11anmaktan veya ihmalden vs. söz etmektedir. Doktrinde "özel hukuka aykırılık nedenleri" denen bütün bu hallerde, fiilin hukuka aykırılığı, özel olarak bu suçların tanımı içinde yer almış unsurlardır. Onedenle, bu tür suçlarda kasttan söz edilebilmesi için, suçun tanımında özel olarak yer verilmiş olan ve hukuka aykırılığa veya gayri meşruluğa işaret eden unsurların bilinmesi zorunludur. Bilmeme halinde, kastın varlığındansöz edilemez.

b. Fiilin Antisosyal Niteliğinin Bilinmemesi

Genelde, denmektedir ki, hukuk düzeninin kastı belirlerken fiilin hukuka aykınlığının bilinmesini zorunlu gönneınesi, kastta, sadece harici fiili bilme ve istemenin yeterli olduğu anlamına gelmez. Kast kavramının tarihi gelişimini tamamlarken gösterilen tüm çabalar, kusurluluğun bu biçimini, salt dikkatsizlik ve tedbirsizlikten oluşan dar anlamda taksirden ayınnak için de artı bir unsurun veya özelliğin mutlaka gerekli olduğunu göstermektedir. Söz konusu bu gereklilik, gerçek olarak bir neticesi olmayan, yani sadece bir yapma veya yapmama ile oluşan salt tehlike suçlarında da kendisini göstennektedir.

Böyle olunca, varlığı için aranan ek unsuıun, ortak hayatın gerekleri ile çatıştığı ve özünde başkalarına zarar verdiği bilincinde olarak hareket etmeyi gerektiren kastın, kendi öz niteliğinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Kast, aslında, bir "kötü irade" olarak ortaya çıkmakta; tabii bu niteliğinden ötürü de, dikkatsizlik ve tedbirsizlik olarak sadece bir hafifliği ifade eden taksirden ayrılmaktadır. Bu nedenledir ki, kastın varlığı için, fiilin antisosyal niteliğinin, yani kendine ait olmayan menfaatleri tehlikeye koyduğu veya onlara zarar verdiği bilincinde olmanın zorunlu olduğuna işaret edilmektedir.

Bu noktada, meseleye bir açıklık getirmek gerekmektedir. Madem faaliyetinin olumsuz değerinin bilincinde olmak sonunda bizzat bir değer hükmü vermektir, failin, bizzat toplum bireylerinin çoğunluğunun kanaatinden farklı bir ruhsal yönlendirme esas olmak üzere, kanunun yasakladığı fiilin ortak hayatın gerekleriyle çatışmadığı kanaatinde olması hiç de imkansız değildir: Örneğin, dininin gereklerine aykırı olduğunu ileri sürerek, tanığın yemin etmekten kaçınması; kanunca konulmuş bir yükümlülük olduğunu bilmesine rağmen, vicdani kanaatine aykırı olduğunu ileri sürerek, kişinin askere gitmek istememesi... Kurallarına açık itaatsizliği kanun asla bağışlayamayacağından, kastın varlığı için; failin, davranışını antisosyal olarak değerlendirmesine gerek yoktur, sadece davranışının toplumun çoğunluğunca ve dolayısıyla toplumun değerlendiımesini yansıtan hukuk düzenince antısosyal olarak değerlendirildiğini bilinesi yeterlidir. Bu demektir ki, fail, fiilinin kanun tarafından yasaklandığını biliyorsa, her zaman kasıtlı hareket etmiştir; çünkü fiilini yaparken, onu, bilinçli olarak hukuka karşı yaptığını bilmektedir.

Öyleyse, kastın varlığı için, kural olarak, antisosyal bir davranışın yapıldığının bilinmesi gerekli olmakla birlikte; kanunun koyduğu yasağı bilmesine rağmen, davranışının toplumsal bakımdan zararlı ve tehlikeli olmadığına, hatta yararlı olduğuna inansa bile, failin kastla hareket etmiş olduğu kabul edilmektedir.

4. Kastın Türleri

Kast, tek bir tür olarak değil, birçok tür olarak ortaya çıkmaktadır. Elbette, bu durum, kastın türlerini incelemeyi gerektirmektedir.

Kast, ya "doğrudan kast", ya da "dolaylı kast" olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun, 20/2. maddesi hükmünde, doğrudan kasta nazaran dolaylı kastta, faili daha az bir ceza ile cezalandırmaktadır. Failin fiili doğrudan istemesi ile fiilin gerçekleşmesine kayıtsız kalarak istemesi arasındaki farkı Kanunun neye dayandırdığını anlamakta zorluk çekilmektedir. Gerçekten, kusurluluk ister fiil ile fail arasındaki psişik bağ olar.ık, isterse ödeve aykırılık dolayısıyla kınarulabilirlik olarak algılansın, sonuçta failin

kötülüğü arasındaki fark nedir ki, birinde daha fazla, ötekinde daha az ceza verilmektedir ? Kamu vicdaıu bu ikisi arasında bir fark gözetmemektedir.

Kast, "genel kast" ve, ayrıca buna ekli olarak, "özel kast" olarak ortaya çıkabilir. Kanunun suç olarak taıumladığı maddi fiilin salt bilinmiş ve istenmiş olması halinde; kast, genel kasttır. Buna karşılık, kanunun, genel kast yanında, suçun oluşması için, aynca failin belli bir aınaç uğruna hareket etmesini emretmesi halinde; kast, özel kasttır. Örneğin, öldürme suçunda (m.81), suçun oluşması için, sadece bir kimsenin öldürüldüğünün bilinmesi ve istenmesi yeterli görülmüş ve başka diğer bir şey aranmamıştır. Buna karşılık, hırsızlık suçunda (m. 141), suçun oluşması için, sadece alma yeterli görülmemiş; aynca, buna ek olarak, almaıun "yarar sağlamak maksadı" ile olması istenmiştir. Burada, yararlanmak amacı, özel kasttır. Ancak, amaç, her zaman suçun unsuru olmayabilir, bazen suçu ağırlaştıran bir neden olarak ortaya çıkabilir.

İhlal edilen hukuki değer veya menfaat esas olmak üzere, kast; "zarar kastı", "tehlike kastı" olarak ayrılabilir. Gerçekten, fail hukuki bir değer veya menfaate zarar (yok etmek, tahrip etmek, değerini azaltmak, vs.) vermeyi isterse, kast, zarar kastı; buna karşılık, sadece tehlikeye koymayı isterse, kast, tehlike kastıdır. Söz konusu bu ayırınun pratik pek fazla bir değerinin olınadığına işaret edilmiştir. Bununla birlikte, aynca, "zarar kasıtlı tehlike suçlan (ör., suça teşebbüs, esasen zarar görmesi istenirken, bir kimsenin sadece şerefinin tehlikeye konulınasıyla oluşan hakaret ve sövme suçlan) ve "tehlike kastlı zarar" suçlan (ör., kastı aşan suçlar) ayırımının yapıldığı da gözlenmektedir.

Fail, fiilini aniden, birdenbire gerçekleştirebileceği gibi, düşünüp taşındıktan, bir hesap yaptıktan, düşüncesini zaman içinde yeterince pekiştirdikten sonra da gerçekleştirebilir. İlk halde ani kast, ikinci halde tasarlanmış kast vardır. Örneğin, adam öldürme suçu ani kastla işlenebileceği gibi, tasarlanmış kastla da işlenebilir. Bu suçun tasarlanarak işlenmesi (m.450/4), cezayı ağırlaştıran bin neden sayılmıştır.

Öte yandan, oluştuğu zaman göz önüne alınarak kast, "başlangıçta oluşan kast", "eş zamanlı olarak oluşan kast", "sonradan oluşan kast" olarak ayrılmaktadır. Başlangıçta oluşan kast, suç olan davranışın yapıldığı esnada ortaya çıkan kasttır. Örneğin, gayri meşru çocuğunu ınnağa atan annenin, pişmanlık duyması ve neticeyi önlemeye çalışması. Neticeyi meydana getiren nedensel sürecin devamı esnasında bu sürece katılan kast, eş zamanlı olarak oluşan kasttır. Davranışın tamamlanıp bitirilmesinden sonra ortaya çıkan kast, sonradan oluşan kasttır: Örneğin, talihsiz bir hata sonucunda hastasına zehir karışımlı ilaç veren hemşirenin, daha sonra hatalı hareketinin farkına vannasına rağmen, bilinçli olarak, zehrin etkisini göstermesini enge11ememesi.

Kuşkusuz, kast, hareket yapıldığı esnada mevcut olmalıdır. Bir kere nedensel süreç harekete geçtikten sonra, ortaya çıkan pişmanlık, hukuki bir değer taşısa bile, zaten ortaya çıkmış olan kastın varlığını etkilemez. Buna karşılık, istenmeyen önceki bir davranışın neticesinin istenmesi, davranış yapıldığı esnada mevcut olmayan bir kastın doğmasını sağlaması mümkün değildir. Bu halde, kuşkusuz, fail, sorumlu olacaktır. Ancak daha önceki zararlı veya tehlikeli bir davranışta bulunmuş olmaktan ötürü değil, tehlikeli davranışının zararlı veya tehlikeli sonuçlarını giderme yükümlülüğünü yerine getirmemekten ötürü sorumlu olacaktır. Böyle olunca, ör., hemşire, davranışının zararlı veya tehlikeli sonuçlarını önlemeye yükümlü olduğu halde, bilerek bu yükümlülüğü ihmal ettiğinde ve hasta öldüğünde, kasıtlı insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır.

5. Kastın Yoğunluğu

Kast, biçim bakımından olduğu kadar, yoğunluk bakımından da farklılıklar göstermektedir. Kastın yoğunluğu demek, niceliksel olarak, az ve çok arasında derecelendirilebilir olması demektir.

Kast, mahiyetinden ötürü, niceliksel olarak, bir derecelendirmenin konusu olamayacağı, dolayısıyla azının-çoğunun olmadığı ileri sürülmüş; varsa tam vardır, yoksa hiç yoktur denmiştir.

Bu düşünce basit görülerek eleştirilmiştir: Bir kere ortak beşeri davranışı temsil etmemektedir, çünkü günlük hayatta, suç işleyen kimsenin kastının yoğunluğunun az veya çok olabileceği düşünülmektedir. Kaldı ki, Kanun, 61/1,f maddesi hükmü ile kastın yoğunluğunu, yani niceliksel olarak derecelendirilebileceğini kabul etmiş, dolayısıyla bu konudaki tartışmaları bitirmiştir.

Kastın yoğunluğunu belirlemede, genelde, suç olan fiilin kendisi ile gerçekleşmiş olduğu şuurun derecesi esas alınmaktadır. Gerçekten, iradı süreçlerin, çoğu kez basit olduğu gözlenmiştir, çünkü şuurda bazen sadece bir saik mevcut olurken, genelde birden çok saikin en az veya en çok olarak ifade edilebilen bir çatışması mevcut olabilmektedir. Kuşkusuz, buradan, muhakeme, yani saikleri değerlendirme süreci ne kadar karmaşıksa, karara götüren seçimin o kadar hesaplı olduğu ve fiile ve neticelerine bilinçli olmanın o kadar çok canlılık gösterdiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Sorun bu bağlamda algılandığında, saiklerin çatışması süresinin, kastın yoğunluğunu tespitte belirleyici olduğu gözlenmektedir. Öyleyse, kastın yoğunluğu, suç tasarlanarak işlendiğinde en fazla, ama ani bir kararla işlendiğinde en az olmak üzere, iki sınır arasında değişmektedir.

Elbette, kastın yoğunluğunun tespitte, kararın oluşmasını sağlayan hesaplama süresinin, öneminin büyük olduğunda kuşku yoktur. Ancak, bu, tek ölçü de değildir. Unutmamak gerekir ki, kast, ödeve aykırı psişik bir davranıştır; kanuna isyanın tipik bir biçimini ifade etmektedir. Söz konusu bu isyanın belirlenmesinde, sadece fiile ve neticelerine ilişkin bilincin derecesi yeterli değildir, aynca davranışın toplumsal değerinin veya kanunun emri ile çatıştığının az veya çok bilincinde olmak da önemli bir ağırlık taşımaktadır. Gerçekten, davranışının olumsuz toplumsal değerinin tam olarak bilincinde olan bir kimsenin itaatsizliği, o bilinci taşımayan bir kimsenin itaatsizliğinden çok daha ağırdır. Elbette, fiilinin kanunca yasaklandığını bilen ve buna rağmen onu yapmaktan kaçınmayan kimsenin isyanı çok daha fazladır.

Öte yandan, kast, sadece fiile bilinçli olmak değildir, aynı zamanda fiili istemektir. Fiilini işlerken failin doğrudan kastla, yani düşünce kastıyla hareket etmesi halinde kastı daha çok yoğun; buna karşılık, dolaylı kastla, yani olası kastla hareket etmesi halinde kastı daha az yoğundur. Ancak, bu, cezalandırmada fark yaratılmasını haklı kılmaz. Bunun doğrusu, olası kastın, her somut olayda, temel ceza belirlenirken göz önüne alınmasıdır.

Ç. Taksir

1. Taksirin Esası

Taksir[306], genel olarak, istenen bir davranışın istenmeyen neticesinden sorumluluktur.

Mahiyetinin gereği olarak, toplumsal hayat, tehlikelerle doludur. Herkes, her gün, bireysel-toplumsal hayatın icabı olarak, birçok davranışta, tehlikeli çok ve çeşitli etkinliklerde bulunmaktadır. Bu durum, bireylerin, davranışlarında, özenli olmalarını zorunlu kılmıştır. Davranışında özenli olmak demek, tedbirli, dikkatli olmak, meslek ve sanatta acemi olmamak, emirlere ve nizamlara uymak demektir.

K□kusuz, özensiz davranarak başkalarının çıkarlarına istemeden zarar veren kimse, özensizliğinin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Hiç kimse, kendi kusurlu davranışının zararlı veya tehlikeli sonuçlarına bir başkasının katlanmasını bekleyemez.

)06* Alimena, La copla nella teoria generale del reato, Milano 1947; Cecchi,ll delitto colposo, S.Maria C.V. 1950; Altavilla, La copla, Torino 1957; Pioletti, Contributo allo studio del delitto colposo, Padova 1990.

Btmw1la birlikte. taksirli bir dn\'nmıştan bir cezasonımlulu□unun do□nbilnı ·i için, sad □irli ir d ı,mnışta bulwmlmuş olması yetmez. kanunilik ilkesinin bir gereği olumk. davranışın kammdnaynca bir suç sayılmış alınası gerekmektedir. Gerçekten, failin fiili. bir su tanıımna u *1sa* bile, ör.. bir kimsenin özensizliği sonucu elinden fırla tıll bir taşla komşwnın canunı kımmsı, osuçw1 kanunda taksirli biçimi yoksa, fail fiilinden sorumlu olmayacaktır. Bu demektir ki, kaı1w1, sadece kasıtlı bir davraı1ışla □□ralannın malına zarar, enne fiilini suç saynuş, nı1cak bu suçun taksirli bir biçimine yer vermemiştir. Dolayısıyla, özensizlik gösterilerek başkasının malına zarar venne fiili. zarar ne kadar büyük olursa olsw1, her hnı1gi bir suça vücut vem1emekte. ancak :zru:arın tannini istenebilınek1edir (BK. m. 41, 49, 55).

Taksirin esası tartışmalıdır.

Geçmişte çok tutulan. bugün de üstünlük kazannuş olan bir düşünce, taksirin esasını, istenmeyen neticenin öngörülebilir (prevedibilita') olmasında·aramaktadır. Carrara, taksiri, fiilinin münlkiin ve muhtemel neticelerini hesaplamada isteyerek dikkatli davranmamak olarak tanımlamakta, dolayısıyla taksirin esasını öngörülebilirlikte bulmak1adır. Bu düşünce eleştirilmiştir. Gerçekten, denınektedir ki, tahmin edilebilen, öngörülebilen bir neticenin, tahmin edilememiş, öngörülememiş olması, birçok durumda ceza sorumluluğunun sınırlaruu belirlemede işe yaran1ak'1a, dolayısıyla kusur teorisinde büyük önem taşımaktadır. Ancak, söz konusu düşünce, taksirin bir türii olan bilinçli taksiri açıklayamamal.'tadır,çünkü taksirin bu türünde, fail neticeyi öngörmektedir ama, gerçekleşeceğirıe ihtimal vennemektedir. Öte yandan, emir ve nizamlara uymamak hallerinde, neticenin tahmini, taksiri belirlemede nihaı bir değeri haiz bulunmamaktadır, çünkü bu hallerde, önemli olan şey, failin fiilinin neticesini tahmin edip etmemesi değildir, sadece davranışlaru1da uyulması zofWllu emir ve nizamlara uymuş olup olmamasıdır".

Başka bir düşünce, öngörülebilirlik kriterini, özel hukukta savunulagelen önlenebilirlik (prevenibilita') kriteri ile tamamlamak istemiştir. Elbette, neticenin hem öngörülebilirliği, hem de önlenebilirliği taksirin varlığı için önem arz etmektedir. Bunda kuşku yoktur, çünkü genel, basit bir tahmin, tek başına taksirin varlığı için yeterli sayılmamalıdır. Ancak, taksirin bu anlayışında bile, yukarıda ileri sürülen kuşkular giderilmiş olmamaktadır.

Birçok kimse, taksirin esasını, dikkat yükümlülüğünün, yani dikkatli olmak ödevinin ihlaline dayandırmaktadır3°8. Gerçekten, denmektedir ki, taksirin esası,

---

ıaı **Antolisei. Manuale, PG., s.** 369.

• Bettiol, Diritto penale, s. 453 ; Mantovani, Diritto penalc, s. 293.

ifadesini, kural olarak kendisinden beklenen özenle önlemesi mümkünken, failin istemeden gerçekleştirdiği suç olan fiille, ödev kurallarını ihlal etmenin kınanabilir olmasında bulmaktadır. Esasen, taksirin esası, her zaman, failin uyması mümkün görünen ve istenmeyen zararlı neticeleri önlemeye yönelik bulunan zorunlu bir davranış kuralına uymamaktır. Kanunlann, kararların, emir ve nizamların ihlali, taksir bakımından, zorunlu davranış kurallarının ihlalidir. Öte yandan, dikkatli tedbirli, kısacası özenli olmak, zaten kanunun yüklediği yükümlülüklerdir. Gerçekten, kast doğal-psikolojik bir gerçeklik üzerine otururken, her zaman kişiliğin bir niteliği olan dikkatli olmak veya ihmal etmek psikolojik gerçeğine dayansa bile, taksir ipotetik-normatif bir kavramdır[309]. Bu düşünce, ör., gerekli teknik donanımlara sahip olmadığından, yeterli deneyimi olmayan bir hekimin, ağır bir cerrahi müdahalede bulunması durumunda, nasıl ve ne şekilde dikkatsiz olduğunu açıklayamamaktadır. Burada, doktor, cerrahi müdahalede özen göstermiş, tüm dikkatini vermiş olsa bile, fiilinden doğmuş olan zararlı neticelerden sorumlu olur. Gerçekten, kim tedbirli ise dikkatlidir de, ancak kim dikkatli ise aynı zamanda tedbirli olmayabilir3[10].

Katıldığımız bir düşünce, taksirin esasını toplumsal hayatın karmaşıklığında aramaktadır. Gerçekten, toplumsal hayatta, belli bir amaca matuf bulunan bir faaliyet, çoğu kez üçüncü kişiler bakımından zararlı ve tehlikeli neticeler doğurabilecek durumlar yaratabilmektedir.Beşeri genel deneyim veya teknik, bütün insanların veya özel bir faaliyette bulunan bir kısım insanların, bu hallerde, başkalarının çıkarlanna bir zarar verilmemesi için, belli bazı tedbirleri almalarını gerekli kılmaktadır. Böylece, uyulması zorunlu tedbir kuralları ortaya çıkmaktadır. Bunlar, ör, bir iş için çukur açan bir kimsenin açtığı çukuru kapatması gibi adet kuralları olabileceği gibi, devletin veya diğer bir özel veya kamu kurum veya kuruluşunun başkalarının zarar görmemesini sağlamaya matuf olmak üzere koyduğu uyulması zorunlu genel tedbir kuralları da olabilir. Taksir, her zaman, söz konusu bu kurallara uymamaktan doğmakta ve kurala uymamak, cezalandırmayı haklı kılmaktadır. Hakim, sanığa, sen davranmaya yükümlü olduğun biçimde dikkatli (cauto) ve tedbirli (diligente) davranmadın demektedir. Böylece belirlenmiş olan kınama, taksirli suçun karakteristik sonucu olmaktadır, çünkü kusursuz fiilde (ör., mücbir sebep) faile hiçbir kınama yöneltilemezken, hakim, kasıtlı suçta, yasak olan fiili istemiş olmasından ötürü faili kınamaktadır. Bunun içindir ki, taksir, esasını, zararlı neticeleri önlemek amacına matuf olarak devlet veya bir kurum yahut

---

m Mantovani, Diritto penale, s. 293.

[110] Antolisei, Manuale, PG., s. 371.

laıuluş tarafından açıkça konmuş olan yasaklara ve toplumda kendiliğinden oluşan davranış nonnlanna uymamakta bulmaktadır[111].

Sonuç olarak, denebilir ki, taksiri vurgulayan özellik, tedbirsizlik veya özensizliktir. Başka bir deyişle, taksirin esası, tedbirler almak ödevini ihlalden ibaret bulunmaktadır. Hatta, doğal olarak uyulması zoıunlu tedbirlere, kabul edilebilir risk hallerinde de uyulması gerekmektedir.

2. Ceza Kanununda Taksir

Ceza Kanunu taksiri 22. maddesinde düzenlemiştir.

Kanun, taksirin esasını, "dik.kat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmak" olarak belirlemiştir.

Bu durumda, Kanun, bir yandan "dikkatli olmak yükümlülüğüne aykırı davranmayı" taksirin esası sayarak taksirin esasını ödeve aykırılıkta bulan düşünceyi izlerken, öte yandan "özen yükümlülüğüne aykırı davranmayı" taksirin esası sayarak taksirin esasını zorunlu tedbir kurallarına aykırı davranmakta bulan düşünceyi izlemiş olmaktadır.

Bununla birlikte, Kanun, taksirli sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı" yeterli görmemiş, aynca failin fiili ile, "suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini" öngörmeyerek gerçekleştirmiş olmasını da aramış bulunmaktadır.

Tanımın eksikliği bir yana, Kanun kendi içinde çelişkilidir. Gerçekten, Kanun, 22. maddenin 2. fıkrası hükmünün tersine, 3. fıkrası hükmünde, bilinçli taksiri düzenlerken, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesinden" söz ederek çelişkiye düşmüş olmaktadır. Basit taksirin ve bilinçli taksirin kökü aynıdır. Öyleyse, uygun olanı, iki taksir türünü bir tanım altında birleştirmek, özelliğine göre her bir taksiri aynca tanımlamak gerekmektedir. Taksirli sorumlulukta hem netice öngöıiilmeyerek gerçekleştirilecek, hem de netice öngörülecek ama gerçekleşmesi istenmeyecektir. Bu ciddi bir kavramsal çelişkidir. Bundan ötürü, 22. maddenin 2. fıkrası hükmü "neticenin öngöıiilememiş olması veya öngörülmüş olsa bile istenmiş olmaması" biçiminde anlaşılmalıdır. Ancak, böylece, kavramsal yanlış giderilmiş, taksirin bütünlüğü sağlanmış olur.

Ceza sorumluluğunda, asıl sorumluluk kastan sorumluluktur, taksirden sorumluluk istisnadır. Kanunilik ilkesinin gereği olarak, Kanun, 22/1. maddesi hükmünde, *"taksirle işlenen fiillerin"* ancak *"kanunun açıkça belirttiği hallerde*

m Antolisei, Manuale, PG., s. 372.

cezalandırılabileceğini" hükme bağlamış bulunmaktadır. Böyle olunca, üçüncü kişiler bakımından ne kadar zararlı neticeler doğurmuş olursa olsun, kanun açıkça suç saymış olmadıkça, hiç kimse, özensiz davranışlarından ötürü cezalandırılamaz.

3. Taksirin Tespiti

Taksir, her suçta, ispat edilmek zorundadır. Taksir karinesi yoktur. Kural istisna kabul etmez. Gerçekten, Taksirin her somut olayda ispatı zorunlu olmazsa, taksirden sorumluluk için, sadece maddi nedensellik yeterli sayılır, aynca faille fiili arasında psişik bağın varlığını aramaya gerek kalmaz. Tabii, bu, kusurlu sorumluluğun sonu olur. Ancak, bu konuda doğru bir sonuca ulaşılmak isteniyorsa, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, "en azından taksirle hareket etme" hükmünün (CK. m.23), ne anlama geldiğinin aynca tartışılması gerekir.

O halde, her somut olayda, taksirin olup olmadığı nasıl tespit edilmelidir ?

Burada, en başta, toplum hayatının zorunlu kıldığı tedbir kurallarına aykırı davranmak, yani "genel özensizlik" hali genel tedbirsizlik ve dikkatsizlikten, emirlere ve nizamlara karşı gelmekten kaynaklanan "özel özensizlik" hali özel tedbirsizlik ve dikkatsizliği ayırmak gerekmektedir.

Genel özensizlik halleri söz konusu olduğunda, taksiri tespitinde en geçerli kriter, zararlı neticenin doğabileceğinin tahmin edilebilirliğidir, yani öngöıülebilirliktir. Gerçekten, genel tedbirsizlik ve dikkatsizlikten, ancak failin fiilinden zararlı neticenin doğabileceği tahmin edilebildiğinde söz edilebilir, çünkü netice tahmin edilemediğinde, elbette fail de davranışından ötürü kınanamaz. Hukuk hayatında çağlardır uygulana gelen bu kriterin, sürekli eleştiri konusu olmasına rağmen, doktrinde, hala emsalsizliğini ve geçerliliğini koruduğu ileri süıülmektedir[12].

Öte yandan, kimi, neticenin tahmin edilebilirliği, öngöıülebilirliği taksirin mevcut olması için zorunludur, ancak yeterli değildir demektedir. Bu düşüncede olanlar, taksirden söz edilebilmesi için, ayrıca neticenin önlenebilir veya engellenebilir olması gerektiğini iddia etmektedirler. Gerçekten, neden olduğu neticeyi engelleme güçü yoksa, bu demektir ki fail, boyun eğilmez doğa güçleriyle karşı karşıyadır. Tabii, bu halde, artık failin taksiri de olmaz.

Kuşkusuz bu görüş de değerlidir. Ancak; failin bakış açısından değerlendirildiğinde, mevcut olmadığında taksirin de mevcut olmaması anlamında, öngörülebilirlik, genel tedbirsizlik ve dikkatsizliğin nihai sınırını oluşturmaktadır.

---

m Antolisei, Manuale, PG., s. 374.

Kuşkusuz, bu, hakimin, suçlunw1 değerlendirmesini kendi kafasında aynen tekrar etmesi demek değildir. Hakim, en başta, toplumdaki dunımuna, yapmış olduğu işe bakarak, somut olayda o failin sahip olmak zonında olduğu bilgisini ve becerisini göz önüne almak zoıundadır. Aynca, hakim, yaptığı işin veya yürüttüğü faaliyetin tedbir kurallanndan olmamak kaydıyla, failin miyopluk, sağırlık, sakatlık, hastalık, vs. gibi özel hallerini göz önüne alarak takdiıini kullanmalıdır. Bu demektir ki, hakimin neticenin öngörülebilirliği üzerine vereceği yargı mutlak değildir, görecelidir. Gerçekten, bu bağlamda, doktrinde, ör., bir binanın çökmesi ve bazı kimselerin ölmesi olayında, şantiye şefi inşaat mühendisi ile inşaatta görevli kalfanın fiillerinden doğabilecek neticeler konusundaki öngöıülerinin kuşkusuz aynı olamadığı, tedbirli ve dikkatli olma yükümlülüklerinin de farklı olduğu, dolayısıyla sorumluluklarının eşit olamayacağı ifade edilmektedir.

Öte yandan, emirlere, nizamlara uymamak şeklinde özel özensizlik halleri söz konusu olduğunda, öngöıülebilirlik kriteri, bu hallerde tedbirsizlik ve dikkatsizliği tespitte artık işimize yaramamaktadır. Burada önemli olan şey, artık failin fiilinin neticelerini öngörmüş olup olmadığı değildir; ama, sadece, failin davranışında, zorunlu tedbir kurallarına, yani bir tehlikeyi ortaya çıkmadan önce gidermek için konulmuş olan emirlere, nizamlara uymuş olup olmadığıdır. Tabii, böyle olunca, neticenin meydana gelmesinde failin özel özensiz bir davranışının olup olmadığını tespitte, sadece, hukuka uygun olarak ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından konulmuş bulunan uyulması zorunlu tedbir kuralının, yani emir ve nizamın ihlal edilmiş olup olmadığına bakılacaktır. Öyleyse, hakim, bir takdirde bulunmayacak, sadece, failin fiilinin, uyulması zorunlu tedbir kuralını, ihlal edip etmediğini tespit edecektir. örneğin, kırmızı ışıkta geçerek bir yayayı çiğneyen otomobil sürücüsünün, taksirden sorumluluk için, artık dikkatli ve tedbirli bir sürücü olup olmadığına bakılmayacak, sadece ışık ihlali yapıp yapmadığı tespit edilecektir. Işık ihlali yapan sürücü kusurludur, taksirli suçtan sorumlu olacaktır. Gene, ör., bir maden, bir havayolu, bir tiren kazasında, fiilinin sonuçlarını ister bilsin isterse bilmesin, sadece, işletmecinin, işletmesinde, olası tehlikeleri önlemek için konulmuş bulunan zorunlu tedbir kurallarına uyup uymadığına bakılacaktır. İşletmeci bu kurallara işletmesinde aynen uymuşsa, artık ortada "kaz.a" vardır; bu halde, işletmeci, işinde dikkatli ve tedbirli olmamıştır denemez; dolayısıyla kınanılabilir bir davranış olmadığından, doğmuş olan neticeden de sorumlu olmaz.

Ancak, emirlere ve nizamlara uymamaktan doğan taksirli sorumlulukta, sorumluluk için ihlalin tespiti yeterli olmakla birlikte, sorumluluğun ihlalinden doğan bütün neticeleri kapsayacak bir biçimde genişletilmemesine özen gösterilmesi gerekmektedir. Doktrin, burada, ölçüniln "nonnun konuluş amacı" olduğunu

kanaatindedir. Böyle olunca. taksirli sorumluluğun sınırı, ihlalin olası tüm neticeleri değ.it bizzat ihlal edilen normun olmasını önlemek amacında olduğu belli neticeleri olmaktadır. Başka bir deyişle., emir v nizamlara uymamaktan sonımlu olmak için, failce ihlal edilmiş olan nonnun önlemeyi hedeflediği neticelerden biiinin mutlaka gerçekl□□miş olması gerek.ınektedir. Gerçekten, ör., Trafik K,munwl yol kurallaına aykırı olarak) oloo ortasından veya solundan giden bir süıiicü, eğer bir bisikletliyi çiğnerse., elbette ki neticeden sorW11lu olacaktır. Bwrn karşılık, sağdan gitıneyen, taşa çarparak fırlatan, dolayısıyla bir yayayı yaralayım sürücü, elbette yol kurallarını ihlalden sofW1ılu olmayacak, pek tabii netice öngöıülebiliyor ve önlenebiliyorsa, sadece tedbirsiz veya dikkatsiz davranmaktm1 sorumlu tutulacaktır-[1].

Madde gerekçesinde yer almı sorumluluğun tespitine ilişkin düşüncelere, tutarlı bulmadığınuz için katılmmmz mümkün olmmmştır.

Kamın, taksirli suçlarda faile verilecek cezanın, failin kusuruna göre belirlenmesini öngöm1üştür (CK. m. 22/4). Bu kusllflli1 ağılığı sorunudur. Kusuıun ağırlığı, ne bir bilirkişi işidir, ne de sayısal bir ifadesi vardır; elbette genel kurallara bakm·ak (CK. m. 61) hakıın belirleyecek.1ir.

4. Taksirin Çeşitleri

Taksir neticenin öngörülememesineveya öngöıiilmesine rağmen istenmemesi esas olmak üzere "basit taksir" ve "bilinçli taksir" olarak ayrılmaktadır (CK. m. 22/2,3).

Kanun, aynca, 2V6. madde hükmünde, belirtilen koşullar olduğunda cezasız bırakılan veya daha az ceza gerektiren, kanun koyucooun icadı, dünyada herhalde sadece bizde olan bir taksir türüne de yer vermiş bulunmaktadır. Doktrinde yeri olmayın bu taksir türünün, "ceza verilmesini gereksiz kılan" veya "daha az ceza verilmesinigerektiren" taksir olarak isimlendirilebileceğini düşünüyoruz.

Bu genel taksir çeşitleri yanında, kanun özel taksir hallerine de yer vemuş bulunmaktadır. Bunlar, hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran nedenler üzerinde taksirle hataya düşmek, hukuka uygunluk nedenlerinde taksirle sinirin aşılması halleridir.

Failin fiili istemesi ama, neticesini öngörememesi halinde basit taksir vardır. Kanun, bunu, *"bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngöriilmeyerek gerçekleştirilmesi"* olarak ifade etmiştir. Örneğin., kapalı, sağanak olan bir havada, çitlerin arasında gördüğü bir tavşana ateş eden, ama, o esnada, sağnaktan korunmak için orada olan bir çiftçiyi yaralayan avcı, basit taksirden sorumlu olacaktır, çünkü avcı nesnel olarak o koşullarda neticeyi öngörmüş olamaz.

Failin fiilinin neticesini öngönnesi, ancak istememesi, yani kendi kişisel veya mesleki özgüveninden ötüıü gerçekleşmesine hiç ihtimal vermemesi halinde bilinçli

m **Antolisei, Manuale, PG., s.** 377

,\k:,ir·nniır. D ktrindc. bilinçli taksire. hedefe diktigi yıırdımı.:ısı kızu bıı_:ak ııtanık n.-.smini çıkaran sirk sanntçısımn. hedef şaşırarak yan.lımcısıiıı yar:ılamıı□ı veya u-st,lh□m·ı \'Ok QÜYcnen sürücünün, hiç ihtiırnıl vermediği halde, lm.1111 kunlrol □em') k bir yayaya çmpnmsı Vı.! onu yaralaması örnek vcrilınckıcdir.

Kanun. bilinçli taksiri. *"kişinin öıugördi(□ii neticeyi isteıueıuesiue kw;rnı ueıice11iu m _, lana gelmesi ..* olarak tanımlamıştır. Olası knslm *"suçuı kamuui ıw11111111do ki uısurlarm gerçekleş111esiui öıugöruuesiue rağıueu, .fiili işlemesi lıali11de"* şeklindeki tamım **(CK.** rn.::!1/2) kmşısında, bilinçli taksirin bu lmmrn, hem fikri karışıklığa, hem de temel bir hataya neden olmal.1adır. Bir kere ifadesinde küçük bir farklılık da bulw1 a. anlamlan itibaııyla her ik.i tanım aynıdır. Gerçekten, "kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın neticenin meydana gelmesi" ifadesi ile "...unsurların ()ani bunlardan biri olan neticenin) gerçekleşmesini öngörmesine rağmen fiili işlemek" ifadesi arasında, sözel ve mantıksal anlam bakımından belli hiçbir fark bulunman1ak-tadır. Öte yandan, daha önce belirtildiği üzere, olası kastın tanımı yanlıştır. Bu nedenle, gerek bilinçli taksiri, gerekse olası kastı tanımlarken, itibar edilecek kaynak, geçmiş uygulama ve geçerli doktıindir.

Bilinçli taksir kast ile taksiri ayınıada sınır oluşturmaktadır.

Böyle olunca, Kanunilik ilkesinin gereği olarak (CK. m. 2, 61, 61 / 2, 7), her iki kusurluluk tüıünün, kesin çizgilerle birbirinden aynlınası gerekmektedir. Bu demektir ki, gerek olası kastın, gerekse bilinçli taksirin, doğru, eksiksiz, anlaşılır bir biçimde t3rumlanması zorunludur. Kanun, her nedense bu zorunluluğu göz ardı etmiştir.

Kanun, bilinçli taksiri, ayn bir suç saymamış, cezayı artıran bir neden saymıştır. 'Taksirli suça ilişkin ceza üçtebirden yarıya kadar artırılır". Bilinçli taksirde ceza, Kanunun 61/1. maddesi hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

Öte yandan, kanun, *"Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir ceza hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza .... indirilebilir"* diyerek[314], üçüncü bir taksirli suç türü yaratnuştır. Esasen ceza ferdileştirilirken (CK. m. 61/1) temel cezanın tayininde hakimin zaten

---

)u Hükmün gerekçesi: "Ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde rastlandığı üzere, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve ailesi bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları göıülmektedir. Sözgelimi, köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan ktiçtik çocuklarına gerekli dikkati ve itinayı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rılStlanmaktadır. Bu gibi hlillerde ananın taksitli suçtan dolayı kovuştunnaya uğraması ve cezaya mahkum edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ıstırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, aynca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır". Böylece, taksiv kummına kuramsal olarak açıklanması mümktin olmayan bir düşünce taşınmış olmaktadır.

göz önüne almak zorunda olduğu bir durumun, kuramsal temelden yoksun bu tür bir düzenlemenin konusu yapılması, çok ciddi tartışmalara yol açmış bulunmaktadır.

En başta, burada, taksirli suçta, "ceza verilmezlik", kuşkusuz isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan bir neden sayılamayacağına göre, bir hukuka uygunluk nedeni mi, kusurluluğu kaldıran bir neden mi, yoksa bir cezalandırılabilme şartı mıdır, belli değildir. Söz konusu "ceza verilmezlik" nedeninin, ne hukuka uygunluk nedenleri, ne de kusurluluğu kaldıran nedenler arasında yeri vardır. Failin özel, bilinen, önceden mevcut olan bir durumuna ilişkin olarak Kanunun göz önüne aldığı bu ceza veıilmezlik nedeni, olsa olsa basit taksirde kendine özgü bir cezalandırılabilme şartı ve bilinçli taksirde cezayı azaltan bir neden olabilir. Böyle olunca, suç, bu nedene dayalı olarak faile ceza verilmediğinde, ortadan kalkmamaktadır; ceza dışında, gerek ceza hukukunda, gerekse özel hukukta tüm hüküm ve neticelerini sürdünnektedir.

Öte yandan, söz konusu cezasızlık nedeninin varlığı için aranan şartları da kafa kanştırmaktadır. Bir kere "kişisel ve ailevi durum" terimi, bilinen, kapsamı ve sınırlan belli, belirgin bir söz değildir. Gerçekten, kişisel ve ailevi durum içinde kimler bulunmaktadır, arkadaşlık, akrabalık, cinsel yakınlık, fiili evlilikler, vs. ailevi durum içerisine sokulacak mıdır, belli değildir. Biz, kişisel ve ailevi durumdan, daralucı yoruma giderek, Medeni Kanun anlamında sadece usul ve füru ve evliliği anlıyoruz. Sonra, taksirli fiil etkilerini hem failin yakınlan hem de üçüncü kişiler üzerinde gösterdiğinde, ör., bir trafik kazasında otomobilde failin çocuğu yanında komşunun çocuğu da varsa ve suçtan o da zarar görmüşse, taksirden sorumluluğun ne şekilde biçimlendirilebileceği hususu her halde tartışılacak bir konudur. Böyle bir durumda, fiil suç olarak varlığını sürdürdüğünden, fail kendisi ile kişisel ve ailevi yakınlığı olmayan kimselere verdiği zarardan sorumlu olacak, yani taksirli fiilinden ötürü cezalandırılacaktır. Ancak, bu halde bile, kanunun 85/2., 89/4.maddeleri karşısında herhalde kuşkular tümden giderilmiş olmamaktadır.

Kanun, taksirli fiilden doğan neticenin, failin kişisel ve ailevi durumu üzerinde ceza verilmesini gereksiz kılacak derecede etkili olmasını istemiştir. Burada, neticenin "kişisel ve ailevi durum" üzerine etkili olmasından maksat, her halde, taksirli davranışın doğurduğu maddi ve manevi zararın, ör., bir trafik kazası sonucunda çocuklarının ölümüne neden olmak, hem failin şahsı, hem de ailesi bakımından bir yıkım doğurmasıdır. Kanun, bu durumu, *"cezanın hükmedilmesini gereksiz kılmak"* biçiminde ifade etmiştir. Tabii, yıkımı, koşullara göre, hakim takdir edecektir.

5. Taksirli Fiile Katılmada Sorumluluk

Taksirli suçlarda iştirak tartışma konusudur.

Taksirli suçlarda iştirak ister kabul edilsin isterse edilmesin, birdençok kimsenin fiilinin katılması sonucunda taksirli bir suç işlenmiş olabilir. Katılına, kusurlu davranışlann eklenmesi (ör., ölümle sonuçlanan bir ameliyatta işleme katılan doktorların kusw-lanndan sorumlulukları) biçiminde olabileceği gibi, kar□ılıklı gelmeleri (ör., trafik kazası) biçinunde de olabilir.

Kanun, 22/5. maddesi hükmünde, taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığım, ancak bu suçlara birden çok kimsenin fiilinin katılabileceğini kabul etmiştir: *"Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes keıidi kusuruıidaıı dolayı sorumlu olur. Herfailin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir".*

Her fail kendi kusurundan sorumlu olduğunda ve her failin sorumluluğu kendi kusuruna göre belirleneceğine göre, burada, kusurlarının tespitinde, aynca faillerin fiillerinin neticeye nedensel katkılan da göz önüne alınacak mıdır meselesi ortaya çıkmaktadır.

Bu konuda kanun hükmünde ve gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Gerekçede, herkesin bildiği şeyler söylenmiş, "ameliyatta işlenen taksirli suçlarda iştirak kurallan uygulanmaz" denmiş, ama, her nedense, en önemli mesele olan faillerin fiillerinin neticeye nedensel katkılarının her bir failin kusurunun takdirinde göz önüne alınıp alınamayacağı hususuna yer verilmemiştir.

Bir kısım doktrin, aralarında bağıntı bulunmayan birden çok taksirli davranışın birlikte bulunması halinde, sadece neticeyi meydana getiren doğrudan nedenin, yani neticenin meydana gelmesini sağlayan son nedenin cezadan sorumlu olduğu, bu nitelikte olmayan diğer nedenlerin sorumluluğunun ise özel hukuk sorumluluğu olduğu kanaatindedir. İCK'nun 40 ve 41. maddelerinde bu sorunu çözmüştür. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle olunca, ya bu doktrin doğrultusunda hareket edilerek taksirli sorumlulukta ceza sorumluluğunun sınırları daraltılacak, ya da suçta nedensellik düşünceleri karşısında, neticeyi meydana getiren doğrudan neden - doğrudan olmayan neden ayırımı yapılanıaz düşüncesi kabul edilecek, dolayısıyla neticenin gerçekleşmesine katılan her neden cezadan sorumlu tutularak, ceza sorumluluğunun sınırları genişletilecektir. Tabii, bu iki düşünceden hangisine geçerlilik tanınacağını ileride uygulama belirleyecektir. Özellikle taksirli suçlarda, biz, ceza sorumluluğunun sınırlarının dar tutulması gerektiği .kanaatindeyiz.

Öte yandan. Kmnm. ör.. ameliyatlarda, iş kazalarında, vs., olduğu gibi :.u·alarıncla bağımlı bird n çok kusurlu davrmuşın katılınuyla oluş:.u1 taksirli suçlarda. her bir katılanın k-endi kusurundm1 sorumlu olacağı belli de bu hallerde kusurun nasıl ve neye göre belirleneceği belli değildir. Her halde, belirtilen bu durumlarda, ceza sorurnluluğmmn, dolayısıyla kusurun belirlenmesinde neticenin meydana gelmesini sağla an her neden göz önüne a.lınmak zorundaclır. Böyle olunca, suçta nedenselliğe ilişkin tartışmalar burada da söz konusu olacaktır. Her halde, beşeri nedensellik düşüncesi. burada da geçerlidir.

Son olarak, kanunda, herkesin kendi kusurundan sorumlu olacağı belirtilmesine rağmen, neticenin meydana gelmesinde, mağdurun kusurlu davranışı failin kusurlu davranışına katıldığında, failin kusurunun ne şekilde belirleneceği konusu belirsiz kalmıştır. Kanunda açıklık olmayan bu konuda, kuşk'Usuz ya doktrine, ya daha önceki uygulamalara bakılacaktır. Kimi, bu halde, mağdurun kusurunun failin kusurunu telafi ettiği, mağdurun kusurunun failin l'llsurundan çıkarılması gerektiği, açıkçası kusurların takas edilebileceği düşüncesindedir. Böyle olunca, ör., trafik kazasında yayanın da kusurlu bir davranışının bulunması halinde, kusurlu davranışta bulunan sürücü, bu davranışından sorumlu olmayacaktır. Bu düşünce eleştirilmiştir. Denmektedir ki, özel hukukta zararın hesaplanmasında geçerli olan, karşılıklı kusurun göz önüne alınması ilkesi ceza hukukuna yabancıdır. Burada, cezalandırma, kamusal bir menfaatin ihla.line dayanmaktadır. Bu da, niteliği gereği, takasa konu olmaz. Böyle olunca, her halde mağdurun kusurlu davranışının suçtaki nedensel katkısını göz önünde tutarak, hakim, somut cezayı belirlerken, failin kusurunu, kendi takdir yetkisi içerisinde değerlendirecektir.

6. Umulmayan/ Beklenmeyen Hal

Taksirin ötesi, hiç umulmayanın meydana gelmesidir. Bu, beklenmeyen hal (caso fortuito) olarak ifade edilmektedir.

Beklenmeyen hal, fiil ile meydana gelen netice arasında nedensel bağı kesen mücbir sebepten farklı görülmüştür. Bundan ötürüdür ki, aksi de iddia edilmekle birlikte, beklenmeyen hal, nedensellik bağını kesen bir neden olarak değil, kusurlu iradeyi ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilmelidir.

Kanun, beklenmeyen hali düzenleyen bir hükme yer vermemiştir.

İCK'nun 45. maddesinde, fiilini beklenmeyen hal şartlarında işleyen kimse cezalandırılamaz demektedir. Ancak kanunun böyle açık bir düzenleme yapmamış olması bir eksiklik değildir.

O halde ne zaman beklenmeyen hal vardır ?

Neticeyi istememiş olduğunda, dikkatsizlik ve tedbirsizlikle neden olmuş olmadığında, failin davranışı, ne kasıtlı ne de taksirlidir. Kısacası, fiilin failine, hafiflik olara bile, hiç bir kınama yöneltilemiyorsa, ortada beklenmeyen hal vardır.

Bu konuda doktrinde verilen örnekler şunlardır:

Trafik mevzuatında ve uygulamasında uyulması zorunlu tedbir kuralı olarak konulmuş bulunan tüm kurallara uyan ve ayrıca tedbirli ve dikkatli olan bir sürücü, yola aniden fırlayan sarhoş bir bisikletliye, tüm gayretlerine rağmen çarpmamayı başaramaz ve ölümüne neden olur.

Bir atış poligonunda, hedeften bilgi veren askerin, bir yanlış anlama sonucu siperden çıkması ve kurşunlara hedef olarak ölmesi.

Bir tren makinisti, atmosferik bir olaydan ötürü, aslında kırmızı olan işaret ışığını yeşil görür, dolayısıyla bu hata yüzünden yoluna devam eder ve bir tren kazasına neden olur.

Kuşkusuz, beklenmeyen hal olarak ortaya çıkan tüm bu durumlarda, maddeten neticenin nedeni de olmuş olsa, artık failin kusurlu bir davranışı vardır denememektedir. Kusur yokluğu nedeniyle fail fiilinden sorumlu olmayacaktır.

D. Takisir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk

1. Kusursuz Sonımluluk

Cez.a hukukunda sorumluluk, kusurlu sorumluluktur.

Bununla birlikte, failin fiilinden kastını aşan bir netice meydana geldiğinde veya kastettiği netice yanında ayrıca kastının dışında kalan diğer bir netice meydana geldiğinde sorumluluğun ne olduğu; basında sorumlulukta, yazar yanında suçtan başka kimseler de sorumlu tutulacaksa sorumluluklarının esasının neden ibaret bulunduğu hususu hep tartışılan bir konu olmuş, çözüm yolları aranmıştır. Sonunda, fiilin iradi olması, fiille netice arasında nedensel bir bağın bulunması koşuluna bağlı olarak, kusurlu olmayan fiilinden, failin sorumlu olması kabul edilmiştir.

Bu sorumluluk türüne "objektif sorumluluk"[315] denmektedir.

Kusurlu sorumluluğun bir istisnası olarak ortaya çıkan objektif sorumluluk, sadece şiddetli tartışmalara konu olmakla kalmamış, aynı zamanda, ortaçağ ceza

,ıs Öz.en, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk. US-A Yayıncılık. Ankara 1998.

hukukunun kalıntısı olduğu ileri sürülerek, ceza sorumluluğunun bir türü olmaktan çıkarılmak isteımıiştir.

Ancak, objektif sorumluluk, hala bugün, bir çok ceza kanununda, kusurlu sorumluluk yanında istisnai bir sorumluluk türü olarak yerini korumaktadır. Yürürlükte olmamasına rağmen, halen bir başyapıt olma niteliğini koruyan Zanardelli Kanunu, zorunluluk sınırları içinde kalarak, belirtilen üç halde, kusursuz sorumluluğa yer vermiştir.

Gerçekten, sadece yaralama kastı ile hareket eden bir kimse, diğer bir kimseyi yaraladıktan sonra, kastı da taksiri de olmadan, iradi olan fiili ile o kimsenin ölümüne neden olursa, neden ve neye göre sorumlu olacaktır. Yaralama kastı ile hareket etmiş olmasına rağmen, her halde, fail, yaralama suçundan sorumlu tutulamaz, çünkü iradi fiilinden ölüm neticesi meydana gelmiştir. Ancak, fail adam öldürme suçundan da sorumlu tutulamaz, çünkü fiili iradi olmakla birlikte failin öldürme kastı yoktur. Zaten ölüm neticesini meydana getirmede failin taksirli bir davranışı olmuş olsaydı, bu kez kasttan söz edilmesi mümkün olmadığından kastın aşılması söz konusu olmayacak, fail taksirli adam öldürmeden sorumlu olacaktır. İşte bu karmaşık sorunlar yumağı kurala bir istisna getirilerek çözülebilmiştir. Fail kastını aşan iradi fiili ile neden olduğu ölüm neticesinden sorumlu tutulmuş, suç artık yaralama olarak değil, ölüm meydana geldiğinden adam öldürme suçu olarak değerlendirilmiş, dolayısıyla iradi fiilin failine, kasıtlı adam öldürme suçuna verilen cezadan daha az, ancak yaralama suçuna verilen cezadan daha çok ceza verilmesi yolu seçilmiştir. Kuşkusuz, burada taksirli adam öldürmeyi düşünmek mümkün değildir, çünkü fail ölüm neticesini doğuran iradi fiilini yaralama kastı ile işlemiştir.

Öte yandan, olgusal alemde, failin bir davranışı sonunda, hem kastettiği bir neticenin, hem de hiç kastetmediği, hatta öngörmediği diğer bir neticenin meydana gelmesi mümkündür. Failin kastının veya taksirinin ürünü olmadan meydana gelen diğer netice, eğer kaza olarak değerlendirilemiyorsa, söz konusu neticenin sorumluluğunun bir şekilde fiilin failine yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, fail sadece kasıtlı veya taksirli fiili ile neden olduğu bir neticeden sorumlu olacak, iradi fiilinin nedensel sonucu olan, ama bir "kaza" da olmayan öteki neticeden sorumlu olmayacaktır. Örneğin, çocuk düşürtme suçunda, hekim, kadının çocuğunu düşürtürken, bir de kastı veya taksiri olmadan kadının ölümüne neden olursa, sadece çocuk düşürmeden sorumlu olacak ama, kadının ölümünden sorumlu olmayacak mıdır? Yani, açıkçası, göz göre göre kadın ölüp gidecek, ceza hukuku buna seyirci mi kalacaktır ? Tabii, ortada bir kaza olmadıkça, böyle bir saçmalığın olması

mümkün olmamak gerekir, çünkü kusursuz suç olmaz ilkesi ne kadar c.leğerli ise herkesin istisnasız "cezai hünayeden yararlanımı hakkı" da o kadar değerlidir. Böyle olunca, herkesin cezai himayeden yararlanma hakkına istisna getirilememesi, □aısurlu sorumluluk yanında, istisna olarak, iradi bir fiilin istenen neticesi yanında aynca istenmeyen neticesinden de sorumluluk esası getirilmiştir. Zaten. fail, k--astettiği netice yanında, tedbirsizliği ve dikkatsizlik sonucu olarak başka bir netice de meydana getinnişse, hem kasten meydana getirdiği neticeden, hem de taksirle meydana getirdiği neticeden sorumlu olacaktır. Burada tartışılan bu değildir. Tartışılan konu, failin bildiği ve neticesini istediği bir fiille, istediği netice yanında, istemediği, hatta öngörmediği diğer bir neticenin gerçekleşmesi halidir. İşte bu halde, kaza olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığı sürece, fail, istemediği, hatta öngörmediği neticeden de sorumlu olacak, işlemeyi kastettiği suçun cezası, kastının veya taksirinin ürünü olmayan diğer neticeden ötürü artırılacaktır. Böylece, istenmeyen neticenin mağduru, cezai himayeden yoksun bırakılmamış olacaktır. İradi fiilin istenen neticesi yanında, istenmemesine, hatta öngörülememesine rağmen meydana gelmiş olan diğer neticeden de zorunlu olarak sorumlu olmak, ceza hukukunda, "neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar" kategorisine vücut venniştir.

Son olarak, basın yolu ile işlenen suçlarda sorumluk, ciddi sıkıntılar yaratmaktadır. Yayın yolu ile işlenen suçları vurgulayan temel özellik "yayın şartı" olmaktadır. Bu şarttan ötürüdür ki, yayın yoluyla işlenen suçlarda, yazarın yanında sorumlu yazı işleri müdürünün veya diğer bir kimsenin sorumluluğunun esasının ne olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki tartışmalar sanıldığından çok fazladır. Bununla birlikte, genel olarak, yazar yanında yazı işleri müdürünün veya diğer kimselerin yazarın fiilinden sorumluluğunun, yayının iradi olarak gerçekleştirilmiş olmasına bağlı olarak, bir tür kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir.

Bugün çağdaş ceza hukuklarında kusursuz suç olmaz kuralının istisnası olarak yer alan kusursuz sorumluluk halleri genel olarak bu belirtilenlerle sınırlıdır. Elbette bir yolu bulunduğunda, bunların ceza hukukundan çıkarılması, sorumluluğun etik değerine katkıda bulunacaktır. Ancak, tüm temennilere rağmen, kusursuz sorumluluğu ceza hukuku bünyesinden tümden çıkarmayı başaran herkesin kabul ettiği bir çözüm hfila bulunabilmiş değildir.

2. Ceza Kanununun Çözümü

Kanun, "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlığını taşıyan ikinci Kitabın, "Ceza sorumluluğunun Şahsiliği, Kast ve Taksir" başlığını taşıyan Birinci Bölümün 23.

maddesinde "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" madde başlığı altında, hem "kastı aşan suçu" hem de "neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu" düzenlemiş bulunmaktadır. Kuşkusuz, hükmün "fikri içtima" ve "sapma" ile herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Kanun, basın yoluyla işlenen suçlarda sorumluluğu düzenlememiş, düzenlemeyi Basın Kanununa bırakmıştır.

23. maddenin gerekçesinde, bu madde hükmü ile, kusursuz sorumluluğun Ceza Kanunundan kovulduğu iddia edilmiştir.

Gerçekten, madde *"Bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticeiiii oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir"* hükmüne yer vermiş bulunmaktadır.

Hüküm dil bakımından yeterli değildir. Bir kere "oluşum" kelimesinin doğru seçildiğini sanmıyoruz. Öte yandan "en azından taksirle" ibaresi çoğu da hatırlatmaktadır. Çoğu, her halde "kast" olmaktadır. "bir fiilden" kastedilen netice yanında, kasten veya taksirle, başka bir netice de oluşması halinde, ortada neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç bulunmamakta, her ikisi de kasıtlı veya biri kasıtlı öteki taksirli iki ayrı suç bulunmaktadır. Örneğin, çocuk düşürtme fiili sonunda, hem kastedilen çocuğun düşmesi neticesi, hem de kasıtlı veya taksirli olarak kadının ölmesi neticesi meydana gelirse, madde hükmünün sözü karşısında, fail hem ağırlatılmış çocuk düşürtme suçundan, hem de kusurunun türüne göre kasıtlı veya taksirli adam öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Bu, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun inkarı anlamına gelir. Kanunun bunu istemediği de gerekçeden çıkmaktadır. O zaman "en azından taksirle hareket etmek" ibaresi ne anlama gelmektedir ? Biz sanıyoruz ki, Kanun, bu ibare ile, kastı aşan ve neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, genellikle kabul edilen kusursuz sorumluluk yerine, çağdaş ceza hukuku anlayışına (!) uyarak, ceza hukukuna yabancı, bir tür "taksir karinesi" kabul etmiştir. Gerçekten, Kanun, sorumluluğun bir türü olan kusursuz sorumluluğun, "kusursuz ceza olmaz ilkesiyle açıkça çeliştiğini" kabul ettiği içindir ki, ceza hukukuna tümden yabancı, kanuni bir karine kabul etme yolunu seçmiştir. Ceza hukukunda kusurlu sorumluluk asıl, kusursuz sorumluluk istisnadır. İstisna, bir şeyi benzerinden ayrı tutma, genelden ayrı olma, kural dışı olma, ayrıklık anlamına gelmektedir. Bu demektir ki, istisna, Kanunun kabulünün aksine, kuralla çelişen değildir, kuraldan ayrık olandır. Böyle olunca, Kanun, taksir karinesi getirmekle kusursuz sorumluluğu ortadan kaldırmış olmamakta, sadece ismini değiştirmiş olmaktadır.

Kanunda ·'hikmet" arayarak aksini söyleyenler olmakla birlikte, gerek kastı aşan suçun, gerekse neticesi sebebiyle ağırlaşan suçun Kanunun özel hükümlerinde yer alan örnekleri bizi doğrulamaktadır.

a. Kastı Aşan Suç

Kanun, 87/4. maddesi hükmünde "Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" başlığı altında, hem gerçekleşen neticeye göre cezası ağırlaştırılan yaralama suçlarını, hem de kastı aşan adam öldürme suçunu düzenlemiştir.

Nitelikleri bakımından birbirinden tamamen farklı olan bu iki tür suçu, sanki binniş gibi sayarak, bu tür bir başlık altında birlikte düzenlemek yanlıştır.

Aynca 87/ 1, 2 ve 3. maddesi hükmünde yer alan yaralama suçları, doktrinde herkesçe bilinen "neticesi sebebiyle ağırlaşan suç" türünde suçlar değildirler, bunlar suçun hallerini ifade eden neticeye bakılarak cezası ağırlaştırılan suçlar türünde suçlardırlar. Maalesef, birbirinden farklı iki kurum, ciddi bir biçimde karıştırılmıştır. Gerçekten, 87/1,2. maddesi hükmünde yer alan suçlarda failin işlemeyi kastettiği yaralama fiilinden bir tek netice doğmakta, dolayısıyla bu ağır neticeden ötürü ceza artırılmaktadır. Oysa, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta, failin işlemeyi kastettiği fiilden, hem kastettiği netice, hem de başka bir netice, yani farklı iki netice ortaya çıkmaktadır.

Kanun "kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse" diyerek, istese de istemese de "kastı aşan adam öldürme suçuna" işaret etmiş, ama her nedense, bu suça adam öldürme suçları arasında yer vermemiş, ölüm neticesi meydana gelmiş olmasına rağmen yaralama suçları arasında yer vermiştir. Bu, açıklanması zor bir yanlıştır.

Öte yandan, kanun, kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmesinin cezalandırılmasını, iki kademeli olarak "yukarıdaki maddeye" gönderme yaparak ağırlaştırılmış nedenli kasten yaralama suçlarından birinin işlenmesi şartına bağlamış bulunmaktadır. Burada "yukarıdaki madde" ibaresinden 86. madde hükmü anlaşılırsa başka bir çözüme, 87. madde hükmü anlaşılırsa başka bir çözüme ulaşılacaktır. Bu maddelerden hangisinin anlaşılması gerektiği konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Ortada çözümü zor bir çok durum bulunmaktadır.

Gerçekten, Kanun, kastı aşan suçu 23. maddede düzenlemişse, 87/4.maddede düzenlemiş olduğu suç ne tür bir suçtur ? Kanunun 87/4. maddede düzenlediği

suç kastı aşan bir suçsa, 23. madde hükmünün bu madde hükmü karşısındaki geçerliliği ne olmaktadır? Yani, failin, 87/4. madde hükmüne göre, "kasten yaralama" fiilinin sonunda ortaya çıkan "ölüm" neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, 23. maddenin aradığı "en azından taksirle hareket etmiş olması" mi gerekmektedir? Eğer böyleyse, bir fiilin aynı zaman kesinlikle hem kasıtlı hem de taksirli olmasının mümkün olmaması karşısında, Kanun, kastı aşan suçta, ceza sorumluluğunun esasının "kanuni taksir karinesi" olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu, Kanunun, kaldırdığını iddia ettiği objektif sorumluluğu, bir başka adla koymuş olması demektir.

Kanun, 23. maddenin gerekçesinde, kastı aşan suça, failin kasıtlı basit yaralama fiili sonunda ölüm sonucunun doğması halini örnek venniştir. Gerçekten, kasıtlı basit yaralama suçunu düzenleyen 86/1. madde hükmünü ihlal eden failin fiilinden ölüm neticesi doğduğunda, "yukarıdaki madde" ibaresinden 87/ 1,2. madde hükmü anlaşılırsa, bu halde 87/4.madde hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Böyle olunca, failin fiilden neden, neye göre ve nasıl sorumlu tutulacağı belli olmamaktadır, çünkü 23. madde genel hükümdür, bir müeyyidesi yoktur, yani müeyyidesi olan bir hüküm değildir. Buna karşılık, 86/1.madde hükmünün, hem hükmü hem de müeyyidesi bulunmaktadır. Ama, ne var ki, hükümde "yaralama kastının aşılması sonunda adam ölmesi" halinin tanımına yer verilmemiştir. Kanunilik ilkesi karşısında, failin sorumluluğu, nasıl ve neye göre belirlenecektir, belli değildir. Basit yaralamadan ceza verilemez, ortada ölüm vardır. Adam öldürmeden ceza verilemez, fail yaralama kastı ile hareket etmiştir. 23. madde, ceza verilebilmesi için, failin, en azından taksirle hareket etmesini şart koşmuştur. Böyle olunca, 86/1. madde hükmünün ihlalinden ölüm sonucu doğduğunda, örneğin, "canının biraz yanması için mağdurun karın boşluğuna hafif bir biçimde vurulması halinde mağdur inhibisyon sonucu ölebilir", fail, her halde 23. maddenin aradığı "en azından taksirle hareket etme" şartından ötürü, taksirli adam öldürmeden sorumlu olacaktır.

"Yukarıdaki madde" göndermesinden 86. madde hükmü anlaşılırsa sorunun çözümü kolaylaşmaktadır. Hem 87/1,2. maddedeki neticelerin hem de ölüm neticesinin gerçekleşmesi "muhal" olduğundan, "yukarıdaki madde" göndermesinden 86. madde hükmünü anlamak gerekmektedir. Esasen, doğru olan, yaralama sonucunda adam ölmesi halinin adam öldürme suçları arasında yer almasıdır. Bu yapılmamıştır. O zaman, bu halin, 87. maddede değil, çok özel bir durum olarak, 86. maddede yer alması gerekirdi.

Tarihi kanun koyucu müthiş bir icatta bulunmuştur: Fail, yaralama kastı ile hareket etmiş ama ölüm meydana gelmiştir. Fail öldürme suçu değil, yaralama suçu işlemiştir. Kanun koyucular, zorunluluk olmadıkça, gerçeği bozmamaya özen göstermelidirler.

b. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Bu suçların Kanununda örnekleri çoktur (ör., .m. 95, 99, vs.). Ancak, kanun koyucu, ağırlatılınış nedenli suçlarla, ör. m. 87, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçu karıştırmıştır. Ağırlatılmış nedenli suçlarda, ör. Kanunun 87. maddede düzenlediği nitelikli yaralama sucunda failin fiilinden bir tek netice ortaya çıkmaktadır. Bu netice ya failin kastettiği neticedir, ya da kastettiğinden daha ağır olarak ortaya çıkan neticedir. Her iki durumda da failin sorumlu olduğu kasıtlı fiilinden doğan netice tektir. Buna karşılık, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta, failin kasıtlı davranışının sonucu olarak iki netice ortaya çıkmaktadır. Bu neticelerden birini fail bilmekte ve istemektedir. Öteki neticeyi ne bilmekte ve istemekte ne de öngörmektedir; ama bir kere failin iradi fiilinden doğmuş bulunmaktadır. Böyle bir durumda, fail, hem bildiği ve istediği neticeden (ör. kasten çocuk düşürtme), hem de kastına ve taksirine dayanmayan ama iradi fiilinin sonucu olan öteki neticeden (ör. kadının ölümü) sorumlu tutulmaktadır.

Kanun, 23. maddede, "en azından taksirle hareket etmesi gerekir" hükmü ile kastı aşan suçta olduğu gibi netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda da sorumluluğun esasını taksir karinesine bağlamış bulunmaktadır. Gerçekten, fail gerçekleştirmeyi kastettiği netice yanında başka bir neticenin de gerçekleşmesirıi istemişse veya ihtimal vermiş ancak gerçekleşmesine kayıtsız kalmışsa, netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, iki ayrı suçtan, ör. çocuk düşürtmeden ve insan öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Fail gerçekleştirmeyi kastettiği netice yanında dikkatsiz veya tedbirsiz davranarak başka bir neticenin daha doğmasını sağlam1şsa, gene netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan değil, biri kasıtlı öteki taksirli olmak üzere iki ayrı suçtan, ör. çocuk düşürtmeden, ayrıca taksirli insan öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Böyle olunca, Kanunun 23. maddesinde yer verilen failin "... en azından taksirle hareket etmesi gerekir" hükmü, bu tür suçlarda, sorumluluğun esasının kusurlu sorumluluk olmadığına, tam tersine kanun tarafından salt taksir karinesine dayandırılan bir sorumluluk olduğuna işaret ettiği sonucu çıkmaktadır.

Burada, karinenin aksinin ispat edilip edilemeyeceği meselesi akla gelmektedir. Tersini söyleyenler olmakla birlikte, bizce beklenilmeyen hal,

mücbir sebep halleri hariç, failin fiilini işlerken dikkatli ve tedbirli olduğunu ispat etmesi, dolayısıyla sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

Kanun, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, aksi ispat edilemeyen bir karine koymuştur.

c. Basın Yoluyla İşlenen Suç

Basın Kanunu 11. maddesinde cezai sorumluluğu düzenlemiştir. Kanun basılmış eser yolu ile işlenen suçun yayım anında oluştuğunu kabul etmiştir. Gerek süreli yayınlar gerekse süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Ancak, eser sahibinin, bilinememesi, bulunamaması veya cezai ehliyetinin yokluğu halinde, kanun suçtan başka kimselerin sorumlu olacağını hükme bağlamış bulunmaktadır.

Bu durum, basında, cezadan sorumluluğun esasının ne olduğu tartışmasını da birlikte getirmektedir.

Basında yazar dışındaki kimselerin suçtan sorumluluğunun bir tür objektif sorumluluk olduğu kabul edilmektedir, çünkü bu suçlarda, yazar dışındaki kimselerin suçtan sorumlulukları için, süreli veya süresiz yayını "yayınlamak" "dağıtmak" veya "satışa sunmak" fiilinin iradi olması yeterli görülmekte, ayrıca fiilini kusurlu olması aranmamaktadır.

Ceza Kanununun 5. ve 23. maddesi karşısında, Basın Kanunun 11. maddesinin değerinin tartışılması gerekmektedir. Basın Kanunu özel kanundur, üstelik önceki kanundur. Ceza Kanunu genel ve sonradan yürürlüğe giren kanundur. CK'nun 5. maddesi özel kanunların Ceza Kanununa aykırı olan hükümlerini ilga etmiş bulunmaktadır. Kanun, 23. maddesinin gerekçesinde, objektif sorumluluğu Ceza hukukundan kovduğu iddiasındadır. Gerçekten, kanun, yegane ceza sorumluluğunun kusurlu sorumluluk olduğunu kabul etmiş, objektif sorumluluk olarak bilinen hallerde sorumluluğun esasını taksir karinesine bağlamıştır.

Bu durumda, Kanun, basın yoluyla işlenen suçlarda, yazar yanında diğer kimselerinin sorumluluğunun esasının "taksir karinesi" olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Böyle olunca, beklenmeyen hal, mücbir sebep halleri hariç, basın suçlarında sorumluluk için, yayınlamak, dağıtmak veya satışa sunmak fiilinin iradi olması yeterlidir, kusur karine olarak kabul edildiğinden, ayrıca failin kusurunun araştırılmasına gerek bulunmamaktadır.

E. Kusurluluğu Kaldıran Nedenler

1. Genel Olarak

Kusurluluğu oıtadan kaldıran nedenler veya mazeret nedenleri yahut suçu ortadan kaldıran öznel nedenler[316] genellikle kusurluluğa verilen anlama göre değişmektedir. Kusurluluk nonnatif anlamda anlaşıldığında, isnat yeteneği, genellikle kusurluluğun önşartı sayılmaktadır. Böyle olw1ca, isnat yeteneğini etkileyen nedenler, ör., yaş kiiçüklüğü, akıl hastalığı, vs., kusurluluğu da etkileyen nedenlerdir.

Ancak, kusurluluğun tabiatçı anlayışında veya karma anlayışında, isnat yeteneği genellikle kusurluluğun önşartı sayılmamakta, ama failin bir durumu (stato) olarak algılanmaktadır. Bu halde, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan ne.denler, kusurluluğun dışında düşünülmekte ve dolayısıyla isnat yeteneği içinde değerlendirilmektedir.

Ceza Kanunu, İkinci Kısmında, Ceza sorumluluğunun esaslarını; İkinci Kısmın Birinci Bölümünde, Ceza sorumluluğunun şahsiliği, kast ve taksiri; İkinci Kısmın İkinci Bölümünde Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenleri düzenlemiş bulunmaktadır.

Kanun "Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" başlığı altında, hukuka uygunluk nedenlerine, kusurluluğu kaldıran nedenlere, cezalandırılabilme şartına, isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlere yer vermiştir. Görüldüğü üzere, kusurluluğu kaldıran nedenler konusunda, Kanunun kabul edilebilir bir sistemi mevcut bulunmamaktadır. Kanun, ceza hukukunu, tıpkı "öksüz kızın çeyizine" benzetmiştir. Suç üzerine etki eden tüm haller, Kanundaki sıraya uyularak anlatılabilir. Bu ceza hukuku bilimi olmaz, Ceza Kanununun şerhi olur. Oysa ceza hukuku bilimi, Ceza kanunlannın şerhirıi aşan bir faaliyettir.

Tabii, böyle olunca, biz, kuramsal bir tabanı olmayan kanundaki düzenlemenin bir tarafa bırakılmasının, suç genel teorisinin herkesçe kabul edilen esaslarının göz önüne alınmasının, dolayısıyla bu bakış açısı esas olmak üzere, kusurluluğu kaldıran nedenlerin tespit edilerek incelenmesinin hem en uygun hem de en geçerli bir yol olduğunu düşünüyoruz.

Kusurluluğu kaldıran nedenler, kastta "bilme" unsuru ile ilgili bulunmaktadır.

Kast, failin fiilini bilmesi ve istemesi iradesidir. Çocuklar, akıl hastaları, vs., herkesten farksız olarak, kastla hareket edebilmektedirler. Okulda, rızası

---

316 Dolce, Delle sicusanti nel diritto pcnale, Milano 1975.

olmadan arkadaşının bir şeyini alan onbir yaşında bir çocuğun, faili olduğu fiili bilmediği, istemediği her halde ileri sürülemez. Çocuğun isnat yeteneği yoktur, ama kusurlu hareket etmiştir, çünkü işlediği fiili, bilmekte ve istemektedir. Bu demektir ki, isnat yeteneği, kusurluluğun önşartı değildir, failin bir niteliğidir. Fail, kanunun suç saydığı fiili işleyendir. Fiilin faili, faili olduğu fiilin unsuru olamaz. İsnat yeteneğini kusurluluğun önşartı saymak, madem kusurluluk suçun unsurudur, faili fiilinin unsuru yapmaktır. Bu kabul edilebilir bir durum değildir. Öyleyse isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, kusurluluğu ne kaldıran, ne de azaltan nedenlerdir.

Böyle olunca, kusurluluğu kaldıran nedenler, fiilin iradiliğini gideren nedenlerle fiilin bilinmemesinden ileri gelen nedenler olmaktadır. Bu sonuncu nedenler, bilmeme veya hatadan kaynaklanan nedenlerdir.

Hata ya hukuku bilmemek, ya da fiili bilmemek olarak ortaya çıkmaktadır. Fiilde hata ya irade oluşurken olur, ya da irade edilen fiil gerçekleştirilirken olur. Bu sonuncu hale isabette hata, kısaca sapma denmektedir.

2. Fiille Faili Arasındaki Psişik/ Manevi Bağı Ortadan Kaldıran Nedenler

Failin fiilinin iradi olması kuraldır. Kuralın istisnası yoktur.

Failin fiilinin iradi olması demek, faille fiili arasında psişik/manevi bir bağın bulunması demektir. Bu bağın yokluğu halinde fiilin iradi olduğu söylenemez. Fiil iradi değilse, açıkçası faille fiili arasında manevi bir bağ yoksa, kast da taksir de yoktur.

Öyleyse, faille fiili arasında bulunması gereken manevi bağı ortadan kaldıran nedenler, fiilin iradiliğini ortadan kaldıran nedenlerdir. Bunlar, kendinde olmama, yani bilincini kaybetme, mücbir sebep ve maddi cebir halleridir. Bunlardan birinin bulunması halinde, fiil, artık doğaya aittir, bir suç oluşturmaz.

a. Kendinde Olmama

Fail tarafından yapılan hareket, ister icra isterse ihmal hareketi olsun, iradesinin eseri olmaksızın, tam bir bilinç yokluğunda, ör., hezeyan, felç, ipnoz, uyurgezerlik vs. ortaya çıktığında, bir ceza sorumluluğunu doğurmaz. Gerçekten, yüksek derecede ateşle yatan bir hastanın ateşin etkisiyle bir şey kırması; bir an kendinden geçen bir tren memurunun, manevra yapamayarak bir tren kazasına neden olması[317], her hangi bir suça vücut vermez.

:m Antolisei, Manuale, PG., s. 407.

Bu hallerde kişi akıl hastası değildir. Bundan ötürü, hakkmc.la, güvenlik tedbirlerinin uygulanması da söz konusu olmaz.

b. l\1ücbir Sebep

Mücbir sebeptenm, genellikle, başa çıkılması imkansız bir güç olarak, kişiyi zorunlu ve önlenemez bir icra veya ihmal hareketinde bulunmaya götüren harici her çeşit zorlama anlaşılmaktadır. Kısacası, mücbir sebep, kendisine direnmek imkansız olan zor, şiddet, cebirdir. Bu halde, kişi, hareket etmemekte, hareket ettirilmektedir. Carrara şunu örnek vermektedir: Çatı onarım mevsiminde, aniden ortaya çıkan bir hortum, bir evin çatısında çalışmakta olan çatı ustasını, yola, geçmekte olan bir kimsenin üstüne fırlatır. Usta düşmek istemez ama, tüm çabalarına rağmen düşmesine engel olamaz. Üstüne düştüğü kişi ölür. Fiil iradi değildir. Fail ölümden sorumlu olmaz.

Mücbir sebebin kaynağı sadece doğal olgular mıdır, yoksa insan davranışlarından da kaynaklanmakta mıdır konusunda bir fikir birliği yoktur. Mücbir sebepten genellikle doğa güçleri anlaşılmaktadır.

Kanun, 28. maddesinde "karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddetten" söz etmekte, ancak açıkça mücbir sebepten söz etmemektedir. Maddi cebri fiilin iradiliğini gideren bir neden sayan Kanun koyucu, niteliği aynı olan mücbir sebebi düzenlememiştir diyemeyiz. Kanunun suskun kalmasından olumsuz bir sonuç çıkarılamaz. Kanunun "...karşı koyamayacağı cebir ve şiddetten" ifadesinden, mantıksal olarak öncelikle mücbir sebebe işaret edilmiş olduğu sonucunu çıkarmak gerekir.

c. Maddi Cebir

Maddi cebir[319] fiille faili arasındaki manevi bağı kaldıran nedenlerden biridir.

Maddi cebir mücbir sebepten farklıdır. Gerçekten, mücbir sebep doğa kuvvetlerinden kaynaklanırken, maddi cebrin kaynağı daima bir insanın fiilidir. Cebre muhatap olan kişi, hareket etmemekte hareket ettirilmektedir. Zorlanan, zorlayanın basit bir aracı konumundadır. Zorlanan kişinin fiili, iradesinin eseri değildir. Kimse iradesinin eseri olmayan bir fiilden sorumlu tutulamaz. Bu halde, fiilden sorumlu olan, zorlanan kişi değil, zorlayan kişidir.

---

111 Cavallo, La forza maggiore nel diritto penale, Napoli 1945.

31, Pecoraro-Albani, 11 concetto di violenza nel diritto penale, Milano 1962; ID. Costrincgimcnto fisico, Enclopedia del diritto, XI, 1962, s. 242; Viaro, Violenza e minaccia, Novissimo digcsto italiano, XX, 1976, s.967.

Kanun, Maddi cebri 28. maddesinde düzenJeıniştir. Kanun, *" ...kurıulamayacağı cebir ve şiddet ...sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez"* , bu halde *"cebir ve şiddet J...1,Uaıaıı kişi suçwıfaili sayılır"* demektedir.

Kanun, "cebir ve şiddet" terimlerinden maddi cebri anlamaktadır. Cebir ve şiddet kişinin iradesini tümden ortadan kaldıracak nitelikte olmalıdır. Kanun bunu "lautulaman1ak" terimi ile ifade etmiştir. Gerçekten, kişinin, üzerinde zor kullanan kişinin elinden kendisini kurtanna imkanı varsa, ortada cebir ve şiddet de yoktur. Kurtulamayacağı cebir ve şiddeti, failin içinde bulunduğu koşullan göz önünde tutarak hakin1 takdir edecektir.

3. Hata

Hata[320] kastı da taksiri de ortadan kaldırır.

Hata, yanlış, yanlışlık, yanıJgı anlamındadır. Açıkçası, istemeyerek ve bilmeyerek yapıJan yanlış, yanılma, yanılgıdır. Gerçekten, deneysel olarak bakıldığında hata, dış aleme ait bir şeyi, gerçekte olduğu gibi değil de farklı tanımak veya gerçekte olanı yanlış algıJamaktır.

Katı anlamında alındığında, hata, bilgisizlik veya bilmemek değildir. Bilmeme, bilgi yokluğu, bir şey hakkında mutlak bilgi eksikliğidir. Böyle olunca, mutlaka bir kanaatin varlığını gerektirdiğinden, hata, olumlu bir şeyken; bilmeme, olumsuz niteliktedir. Kuşkusuz, her hata, aynı zamanda bir şey hakkında bilgisizliği gerektirir, çünkü, aksi halde, hatayı açıklamak mümkün olmaz. Buna karşılık, herhangi bir kanaat katılmadığında, hata olmadan, bilgisizlik olabilir. Bununla birlikte, hukukun ilgilendiği bilgisizlik, sadece bir hataya sebep olan bilmemedir. Doktrinde, genel olarak, bu iki terim, eş anlamda kullanılmaktadır.

Hata kuşku ile de karıştırılmamalıdır. Kuşku, bir olgu ile ilgili gerçeğin ne olduğunu kestirememekten doğan kararsızlıktır, işkildir. Böyle olunca, kuşku, bir kanaatin oluşmasına engel olan fikirlerin veya tasavvurların çatışması halinde mevcut olmaktadır. Söz konusu çatışma ortadan kalkmış olmadıkça, açıkçası, kişinin bir şeyi gerçekte olduğundan tamamen veya kısmen farklı bildiği, dolayısıyla hataya düşmüş olduğu söylenemez. Buna karşılık, unutma, bilmeme ile, öyleyse hata ile eşdeğer olmaktadır, çünkü, sonuç olarak, bir şeyi bilmemiş olmak, onu unutmuş olmaktır[2].

Jıo Frosali, L'errore nella teoria del diritto penale, Roma 1933; ID., Errore (dir. pcn.), Novissimo digesto italiano, VI, Torino 1960, s. 672; Penso, Ignoranza ed errore nel diritto penale, Messina 1936; Galli, L' errore eli fatto nel diritto penale, Milano 1948; Santucci, Errore (dir. pen), Enclopedia del diritto, XV, Milano 1966,s. 280 vd; Ersoy, lgnoranza ed errore nel diritto penalc, Ankara 1968; Güngör; Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınlan, Ankara 2007

m Antolisei, Manuale, PG., s. 409.

Hata, kural olarak, iradenin oluşması üzerine el.kilidir. Ancak, hata, suçun icrası üzerine de etkili olabilir. Buna yeteneği olmamaktan kaynaklanan hata[12]2,kısaca sapma denmektedir.

İradeyi sakatlayan hata, hem suçu oluşturan fiilin bir unsuru üzerinde olabileceği gibi, bir davramş nonnu, hukuki bir kural üzerinde de olabilir. Böyle olunca, hata, fiili hata ve hukuki hata veya hukuku bilmeme olarak ayrılmaktadır

a. Hukuki Hata

Ceza Kanunu, 4. maddesinde, *"Kanımuıı bağlayıcılığı"* madde başlığı altında *"ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz"* kuralını koymuştur.

Kanun, 5377 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce, kuralın istisnası olarak, aynca *"sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşm sanarak suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz"* hükmüne yer vermiş bulunuyordu.

5377 sayılı Kanunla konulan hüküm 5237 sayılı Kanunun 30. maddesinin son fıkrası hükmü yapılmıştır. Söz konusu hüküm, kaldırılan hükümden farklıdır. Kanun "meşru sanmak" yerine "haksızlık oluşturmak" ve "suç işlemek" yerine "işlediği fiil" terimlerini kullanmıştır. Esasen, kanunun, kanunu bilmek zorunluluğunu, doktrine ve uygulamaya uygun olarak, kurala istisna getirerek esnetme niyeti yanlış değildir. Burada, yanlış olan, kuralın istisnası olan hükümde "fiilin haksızlık oluşturduğu" ibaresinin yer verilmiş olması ve hükmün "fiili hata" içinde düzenlenmiş olmasıdır.

Gerçekten hukuki bilmeme mazeret sayıldığında, fiili hataya vücut vererek kastı mı kaldırır, yoksa hukuki bilgisizlik kınanır olmadığından kusurluluğu mu kaldırır tartışması yapılmadan, hukuki bilgisizliğin, hiçbir gerekçe gösterilmeden fiili hata biçiminde algılanması ve fiili hata içinde düzenlenmesi yanlış olmuştur. Eğer hukuki bilgisizlik, istisna olarak mazeret sayılacaksa, düzenlemenin yeri, fiili hatayı düzenleyen 30. madde değil, kanunu bilmek zorunluluğu koyan 4. maddesi hükmünün ikinci cümlesi veya ikinci fıkrası hükmü olmalıdır.

i. **Kanunun Bilinmesi Zorunluluğu**

Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi, Roma hukukundan bu yana, tüm uygar hukuk düzenlerinde yer işkal etmiştir. Bugün, gerek doktrin gerekse uygulama, söz konusu ilkenin temelini "ceza kanunun bilinmesinin zorunluluğu" esasında bulmaktadır. Bu zorunluluktan, kanunun muhatabı kimseler bakımından kanunu bilme veya öğrenme yükümlülüğü doğmaktadır. Belli bir yerde yaşayan,

---

m Camelutti, Teoria generale del reato, Padova 1933, s. 168

belli bir faaliyette bulunan herkes, o yerin veya o faaliyetin kanunlarının koyduğu koşu1ların sınırlarını öğrenmek yükümlülüğü altındadır[23]. Gerçekten, kanunu bilmek herkesin ödevidir. Kanunun bilinmesi, uygun araçlarla ilan edilerek, yürürlüğe konması ile sağlanmaktadır. Ödevini savsayan kimse, bilgisizliğinin riskine katlanmak, dolayısıyla onu bir mazeret olarak ileri sürmemek zorundadır.

Ancak, kanunun bilinmesi zorunluluğunun herkes için "mutlak bir zorunluluk" olup olmadığı hususu tartışmalı bir konudur. Bugün, niteliği ne olursa olsun, bir kimsenin, bulunduğu yerin, yaptığı mesleğin tüm kararlarını bilmesi sadece bir varsayımdan ibaret bulunmaktadır. Gerçekten, hukuk mesleğini yapan kişilerin bile, kanunları bilmesi, günümüz toplumlarının karmaşıklığı karşısında olası değildir. Bunun içindir ki, genel kanaat, içinde bulundukları durum bakımından, kişilerin kanunu bilmelerinin imkansız olması halinde, bilmemenin mazeret sayılabileceğidir.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, yakın bir zamanda, bu bağlamda olmak üzere, ICK'nun 5. maddesi hükmünü İtalyan Anayasasının 3, 25 ve 27. maddeleri hükmüne aykırı bulmuş ve söz konusu hükmün, ortada "önüne geçilemez (veya önlenemez) bir bilgisizlik" olmadıkça ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz biçiminde anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Bu demektir ki, içinde bulunulan koşullar bakımından, sadece "önlenmesi beşeri olarak imkansız olan bir bilgisizlik olması" halinde, kanunu bilmemek mazeret sayılacak, dolayısıyla fail fiilinde kusurlu görülmeyecektir. İtalyan Yargıtayı, zaten eskiden beri, kişinin kanunu bilmesinin beşeri olarak imkansız olduğu hallerde kanunu bilmemesini mazeret saymıştır.

Bize gelince, Yargıtay, önüne gelen bir olayda öğrenme imkansızlığı içinde bulunan kişinin kanunun bilmemesini mazeret saymış, failin fiilinde "kusurlu" olmadığına karar vermiş ve fiili suç saymamıştır.

Bugün gelinen bu çizgi karşısında, artık ilkenin mutlak olmadığı, mutlaka beşeri imkansızlıkla sınırlı kılınmasının gerektiği kabul edilmiş, ancak İtalyan Anayasa Mahkemesinin koyduğu "önüne geçilmez veya önlenemez bilgisizlik" kriterinin muğlak olduğu, ihtiyacı karşılamada yeterli açıklıkta olmadığı ileri sürülmüştür.

Alman Ceza Kanununda da yer alan benzer bir hükmün, belirgin olmadığı, yorumunda sıkıntılar yarattığı, bunun hukuki güvenliği sarstığı eleştirileri[324] bizde de

---

m Manzini, Trattato, II, s. 29

ız- C-entel - Zafer - Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 3. B., s. 393;Timurbaş, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, *5.* B. s. 369.

yapılmış, kuralın mutlaklığının giderilmesinde geçerli ölçünün öğrenmede beşeri imkansızlık olduğuna işaret edilmiştir.

ii. Hiikmün Kapsamı ve Sınırları

Kanun, ceza kanunun bilinmesini eınretmışlır. Kanununu bilmcım:k, kural olarak mazeret sayılınaınışur. Kanun, "ecza kanunu" terimi yerine çoğul olan "ceza kanunlan" terimini tercih etmiştir. Bizce doğrusu ceza kanunudur.

Kanunun ne olduğu Anayasada bellidir. Ceza kanunu "suç ve ecza" koyan kanunlardır. Kanun, bunlaın bilinmemesini mazeret saymamıştır. Bu demektir ki, ceza kanunu dışında kalan kanunlar, bilinıneyebilirler. Ancak, bunları bilmeme, hukuki hata değil, fiili hata olur.

Kaımnu bilmemek, hukuka ait bilgisizliktir. Ceza normunu hiç bilmemek, **eksik** veya yaıllış bilmektir.

Bu bağlamda olmak üzere, tartışılacak konu, idarenin açık ceza normlarını dolduraı1 düzenleyici işlemlerinin bilinmemesinin, mazeret sayılıp sayılmayacağı meselesidir. Genel ka11aat, açık ceza normlarını dolduran idarenin düzenleyici işlemlerinin (ör. CK. m. 186, 195, vs.), ceza kanunu hükmünde olduğudur. Bunların bilinmemesi, mazeret sayılmamaktadır[325].

Kuralın istisnası olarak, Kanun, kaçınılamaz bir hataya düşmek yüzünden kanunun bilinmemesini, mazeret sayılmıştır. Bu, içinde bulunduğu koşullarda hataya düşmekten kaçınması mümkünken, kaçınmayan kişinin, hukuki bilgisizliğini mazeret olarak ileri sürememesi demektir. Burada, kaçınılmaz hata, her halde önüne geçilemez, engel olunamaz hata anlamındadır. Beşeri imkanlar içinde, hatanın önüne geçilebiliyor, hata engellenebiliyorsa, artık kaçınılamaz bir hatadan söz edilemez. Elbette, bu halde, ka11unu bilmemek mazeret sayılmaz.

Hatanın kaçınılmaz nitelikte olup olması, kuşkusuz failin kişisel durumuna, içinde hareket ettiği somut koşu11ara bakılarak belirlenecektir.

Fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş olmalıdır. Hukuk düzenimizde "haklılık" termninin karşıtı olarak kullanılan "haksızlık" terimi, haklı, meşru olmamak, hukuka aykırı olmak anlamındadır. Fail, işlediği fiili, bu anlamda, meşru sanmalı, yani esasen suç olan fiili, yani gayri meşnı olan, hukuka aykırılık oluşturan fili, suç oluşturuyor sanmamalı, açıkçası fiili başka kimseler bakımından bir zarar veya tehlike doğurmuyor sanmalıdır. Kısacası, fail.

---

m Antolisei, Manuale, PG., s. 424.

içinde bulunduğu koşullarda, bir yanlış yapmadığına inanmalı, fiilinin doğru olduğunu kabul etmelidir. Fail, fiilini işlerken, başkalarına bir zarar vermediği, onlar bakımından bir teh]jke yaratmadığı inancı ile hareket etmiş olmalıdır. Bu halde, fail, hatasında mazur görülecektir.

Ancak, failde böyle bir sanı yoksa, ortada sakınılamayan bir hata dahi olsa, fiil kınanabilir olduğundan, kanunu bilmeme mazeret sayılmamalı, hukuki hata mazur görülmemelidir.

b. Fiiü Hata

Kusurluluk, ister kast ister taksir olarak ortaya çıksın, kanunun suç saydığı fiilin brnnmesini gerektirir. Böyle olunca, suç oluşturan fiil üzerinde hatadan maksat, fiile ilişkin olan hata, açıkçası suçun var olması için aranan unsurların biii veya birkaçına ilişkin hatadır. Buna "esaslı hata" denmektedir. Buna, ör., hırsızlıkta başkasına ait bir şeyi fail kendisinin sanarak aldığında, çok evlilikte daha önce mevcut olan evliliği bilmeden fail ikinci bir evlilik yaptığında, vs. rastlanmaktadır.

Esaslı hata, suçu oluşturan zorunlu unsurlarından birinin bilinmemesi sonucunu doğurduğundan, kastı ortadan kaldırır, çünkü kusurun bu türü, hareketin ve neticenin iradiliği yanında, suçu oluşturan öteki unsurların tümünün bilinmesini gerektirmektedir.

Bununla birlikte, kastın ortadan kalkmış olması, her zaman her sorumluluktan kurtulmuş olma anlanuna gelmez. Ceza hukuku hatanın nedenine kayıtsız kalamaz. Hata, bu açıdan bakıldığında, kusurlu olan yahut kusurlu olmayan hata olarak ayrılmaktadır. Dikkatsizlik ve tedbirsizlikten kaynaklanan hata, yani dikkatli ve tedbirli olunduğunda önlenmesi mümkün olan hata, kusurludur, mazur görülemez. Ancak, bunlar dışında kalan nedenlerden kaynaklanırsa, yani faile en hafif bir kınama bile yöneltilemiyorsa, hata, kusursuzdur. Sadece bu halde, hata esaslı sayılır ve ceza sorumluluğu kalkar. Bu bağlamda olmak üzere, ör., başkasına ait isim benzerliği taşıyan bir mektubu posta kutusunda bulan ve yanlışlıkla açan kimse, kendisine isnat edilen haberleşmenin gizliliğini ihlal (CK. m.132) suçundan sorumlu olmaz.

Fiile ilişkin hata mazur görülebilecek nitelikte değilse, yani fail hataya düşmekte kusurluysa, kanunun fiili taksirli suç olarak öngördüğü hallerde, taksirli davranışından sorumlu olur. Böyle olunca, ör., hafiflikle hareket eden veya özensiz davranan bir kimse, bir gölgeye ateş ettiğini sanırken, bir insanı ölümüne neden olursa, taksirle öldürme suçundan sorumlu olur. Gene, aynı şekilde, bir ölü üzerinde otopsi yaptığını zannederken, hatalı olarak bir canlı insanı öldüren hekim de aynı

suçtan sorumludur. Gerçekten, Kanun, kasten öldürme suçu yanında, taksirle öldünue suçuna da yer ven11iş bulunmaktadır. Buna karşılık, trenden inerken yanlışlıkla kendininki yerine başkasının valizini alan yolcu, taksirli biçimi olmadığından, lursızlık suçunu işlemiş olmaz. Burada ancak hukuki sorumluluk söz konusu olabilir.

Kanunen suç teşkil eden fiil üzerinde hata, Kanunda, 30/ l. maddede düzenlenmiştir.

Kanun, *"Fiilin icrası sırasında suçun kaıuwıi taıuınındaki maddi uıısurları bilmeyen bir kimse kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır".* demektedir. Başka ceza kanunlarına bakıldığında, fiil üzerinde hatanın, kötü ifade edildiği görülmektedir. Bir kere, belli bir suçu oluşturan fiil üzerinde hatanın, koşullarının olması halinde, başka bir suçtan sorumlu olmaya engel teşkil etmemesi hali açıkça düzenlenmiş değildir. Gerçekten, ör. hataya düşerek, kamu görevlisi sandığı kimseye karşı, cebir veya tehdit kullanan (CK. m.265/1) kişi, kuşkusuz bu suçtan sorumlu tutulamaz, ama koşullarının olması halinde başka bir suçtan (ör. CK. m. 106, 108) sorumlu tutulabilir. Öte yandan, Kanun, suç oluşturan fiil üzerinde başkası tarafından hataya düşürülmüş olma halini gözden kaçınnıştır. Böyle bir halde, kuşkusuz, yeter ki hataya düşmekte bir kusuru olmasın, suç teşkil eden fiil üzerinde hataya düşürülen kişi değil, hataya düşüren kişi sorumlu olur. Ancak, bu çözüm, Kanunun 37/2. maddesi hükmüne rağmen Anayasanın 38., Kanunun 2. maddesi karşısında, tartışmalara açıktır. Kanunun "cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit" ile ilgili olarak 28. maddede izlemiş olduğu yolu, "hata" ile ilgili olarak 30. maddede izlememiş olması ciddi bir eksikliktir. İCK, sorunu, açık bir hüküm (m.48) koyarak çözmüştür.

Kanun, 30/2. maddesinde, suçun halleri (circostanza del reato) üzerinde hataya düşme halini düzenlemiştir. Hükme göre, *"Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşeıı kişi, bu lıutasmdan yararlanır".* Kötü ifade edilmiş olmakla birlikte hükümle getirilen, failin, kastettiğindin daha ağır bir netice meydana gelmişse gerçekleşen ağır neticeden değil, kastettiği gerçekleşmeyen neticeden; kastettiğinden daha hafif bir netice meydana gelmişse, bu kez kastettiği neticeden değil, gerçekleşen neticeden sorumlu olmasıdır. Örneğin, gümüş bir vazo çalmak isteyen fail hatası sonucu altın bir vazo çalmışsa, altın vazo çalmaktan değil gümüş vazo çalmaktan sorumlu olacaktır. Buna karşılık altın vazo çalmak isterken yanlışlıkla gümüş vazo çalan fail, bu kez kastettiği neticeden değil, gerçekleşen netice olan gümüş vazo çalmaktan sorumlu olacaktır. Gene anasını öldürmek isterken babasını öldüren fail, ne anasını

ne de babasını öldünnekten soıumlu tutulacaktır. Fail sadece insan öldürmeden sorumlu olacaktır, çünkü anasını öldürmemiştir, babasını da öldürmeyi kastetmemiştir ama, bir insan ölmüştür. Öyleyse, fail, hatasından yararlanacak, sadece insan öldünnekten sorumlu olacaktır.

Kanun 30/3. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler üzerinde hataya düşmeyi ve bilmemeyi düzenlemiştir. Buna göre, *"ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır".* Diğer hata hallerinde ·"kaçınılmaz bir hataya düşmekten" söz edilmemiştir. Burada kaçınılmaz hataya düşmekten maksat, her halde hataya düşmesinin failin kendi kusurundan ileri gelmemesidir. Hataya düşmesinde bir kusuru varsa, yani davranışında gerekli özeni göstennemişse, fail, filinden sorumlu olacaktır. Örneğin, fail biraz dikkat etmiş, özen göstenniş olsaydı canına veya malına karşı her hangi bir saldınnın olmadığını anlayabilecekken, dikkatsizliği ve özensizliği yüzünden hataya düşerek, canına veya malına karşı bir saldırının olduğunu zanneden, dolayısıyla gerçekte olmayan bir saldınrun failini kendini savunmak için öldürürse fiilinden sorumlu olur. Her halde buradaki sorumluluk taksirli sorumluluktur.

Kanun "ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenlerden" söz etmektedir. Kanunun İkinci Bölümünün başlığı, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler"dir. Bu nedenler, hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartlarıdır. Eğer hükmü kanunda olduğu biçiminde alırsak, sıkıntılarla karşı karşıya kalırız. Örneğin, yaş küçüklüğü isnat yeteneğini kaldıran veya azaltaı1 bir nedendir. Fail; rızasıyla cinsel ilişkide bulunan kızın görkemli ve gösterişli olduğunu, kendisini yinni yaşından büyük gösterdiğini, ilişkide bulunduğu kimsenin nüfus cüzdanını gönnek biçiminde bir yükümlülüğünün olmadığını ileri sürerek, yaşının küçük olduğunu bilmediğini, hataya düştüğünü söylerse, acaba hatasından yararlanacak mıdır sorusu ortaya çıkmaktadır. lCK, 609-sexies maddesinde mağdurun yaşı üzerinde hataya düşmeyi mazeret saymamaktadır[26]. Kanunun iradesinin farklı olmadığını düşünüyoruz. Bizce hükmün anlamını daraltmak gerekmektedir. İsnat yeteneği ve cei.alandınlabilme şartlan konusunda düşülen hata veya bilmeme, ister kaçınılabilir olsun isterse olmasın, fail lehine değerlendirilemez. Bu demektir ki, söz konusu hüküm, hukuka uygunluk nedenleri ve fiili hata hariç, kusurluluğu kaldıran diğer ne.denler üzerinde hataya düşmekle veya bilmemekle sınırlıdır.

---

[2] Aynca, bkz., İCK., m. 60/3, 47, 59/2.

1CK, başkasının hileli davranışı soncu olarak halaya düşmeyi de dilzenlcmiş bulunmaktadır (m.48). Kanunda bu konuda bir açıklık bulunınnmaktadır, Burada lehte kıyasın mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak, bu halde, kanunilik ilkesi gereğince. hataya düşen yerine hataya düşürenin cezalandırılmasının ınlimkün olabileceğini sanmıyoıuz.

c. İsabette Hata veya Sapma

İsabette hata veya hedefte sapma, iradenin sağlıklı tezahürü ile ilgili bir husus değildir. Bu nedenle sapma, doktrinde hataya düşmek veya bilmemek olarak değerlendirilmemektedir. Burada olan, failin fiilini icrada yeterli beceriye (abilita') sahip olmamasıdır. Dolayısıyla, irade sağlıklı tezahür etmekte, ancak yapılan hareket, ya kastedilen neticeyi değil de başka bir neticeyi gerçekleşmekte, ya da kastedilen bir netice yanında ayrıca başka bir nece daha gerçekleştirmektedir. Örneğin, fail, belli bir kimseyi öldürmek isterken, beceriksizliği yüzünden hiç tanımadığı, bilmediği bir kimseyi öldürmesi halinde isabette hata vardır. 765 s. Kanun, bunu "şahısta hata" olarak 52. maddesinde düzenlemişti. Buna karşılık, fail, hareketi ile bir kimseyi öldürmüş, diğer bir kimseyi yaralamışsa veya bir kimsenin malına zarar vermişse, bu halde çift neticeli sapma söz konusu olmaktadır. 765 s. Kanun bu durumu düzenlememiştir. Doktrinde, bu halde, kast kuralı geçerlidir denmektedir.

Kanun koyucu, Kanunda, hata ile ilgili olmadığı, şahısta hatanın zaten 30. maddenin kapsamı içerisinde olduğu, çok neticeli sapmanın ise suçların içtimai kurallarına göre çözümlenebileceği gerekçesi ile, bir beceri hatası olan hedefte sapmaya yer vermemiştir. Bu durumda, isabette veya hedefte hata hallerine ilişkin sorunlar, kast kuralına göre çözümlenecektir. Kanun koyucunun düşüncesinin aksine, şahısta hata halinde, 30/ 1 ve 2. madde hükmünün uygulanamayacağını düşünüyoruz. Bu halde de, kast.kuralı geçerli olacaktır.

4. Manevi Cebir ve Bu Temelde Kişiden Beklenenin Bulunduğu Koşullarda Kendisinden İstenememesi veya Kısaca İstenemezlik İlkesi (L'inesigibiJita' veya La non esigibilita' yahut Nichtzumutbarkeit)

Kanun, 28. madde hükmünde *"...muhakkak ve ağır bir korkutma ve tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilnıeı,...korkutma ve tehdidi kullanan kişi sıuçwı faili sayılır"* diyerek manevi cebre[327] işaret etmiştir.

---

127 Paliaro, Diritto penale, s. 443; Mantovani, Diriıto pcnalc, s. 244.

1addi ·bir , ırnmcvi cebir birbirind'il fm'kh ohnnsınu nı□ıncn, Kmuın her iki:ini a. m ş"Y □myımşur. crç•kten. mım"'\i □bir. maddi cebirden fm·klı olarak, fiill" faili nmsındn bulmum psişik/num vi bafü kesmez. fiilin im liliği dt!vnın eder. un m1 'tfüii. mn.n□,·i cebir. imdilik Uz-rine dedl, kusurluluk üzerine etkilidir, 'Ünkü bu hnld . orlanınış olmasına rağmen, gene de bir irade vm-dır. Gerçekten, fail. su' işkmt'.k yetine. h•r zaman, ztmmım da olsa. korku ve tı.:.:hdidc direnmek imk□1nma :uhip bulunnmktndır, Açıkçası. fail, kendisini korkutan, tehdit eden kişinin muthık güdüınünd□ dedluir. çok sınırh da olsa bir scı;ıın imkfmına sahiptir. Göz.u-dı t.: iikmeye □bu ·zellik, ımmevi C<.!bri ınn idi cebirden fm·klı tutmayı zorunlu kılmıştır.

Bu badumda olmak üzeı'ı!,1CK. zonmlulukhalini düze.nley n 54/3. maddesinde, man vi cebir söz konusu olduğunda, zımıret halinin şmtltmm.mmmktadır. 765 sayılı TCK'nunda a·ık bir hüküm bulunmuyordu. Doktıin, manevi cebirde, zmuret halinin ·artltmnı anyordu[\·:□•].

Tarihi kanun koyucu belli ki bu taıtışınaların farkında olmaınıştır.

G >rçekten, Kanun, mücbir sebep, beklenmeyen hal, maddi ve manevi cebri, birbirine k3llŞUmuştır. Kanunun gerekçesinde, özellikle maddi ve manevi cebrin, ni in aynı şey s..'lyılarnk aym düzenlemeye tabi tutulması konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kmnm koyucu zaıuret halini düzenlerken, aynca manevi cebri de düzenlemiş değildir. Böyle olunca, kanunun sözüne rağmen, özünde aynı olmayan iki şey, aynı sayılamayacağı içindir ki. manevi cebri, maddi cebirden farklı düşünmek, şartlarım aynca ortaya koymak zorunlu olmaktadır. Kanun koyucu, manevi cebiri, lCK'nund:ın farklı olarak zaruret hali içinde yer vermeyerek ve 765 sayılı Kanundan da farklı olarak, ayn bir hfil.'ümde düzenleyerek, fiili hata yanında kusurluluğu kaldıran yeni bir neden saymıştır.

Gerçekten kanunun kullandığı "muhakkak ve ağır" ifadesine bakarsak, cezayı azn.ltan eya kaldıran özel hük.iiınleri (CK. m. 92, 147, vs.,) de göz önüne alırsak, bu tür bir düzenlemeden, ister beğenelim istese beğenmeyelim, kanun koyucunun," beşeri kırılganlık" esas olmak üzere , "kişiden beklenenin içinde bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesinin" mümkün olduğunu kabul etmiş olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu, Almanların **Nichtzunıutbarkeit** ve İtalyanların **l'inesigibilita'** veya **la non esigibilita'** dedikleri kusurluluğu kaldıran nedenin[329],

,,. Dönmczcr-Ennıın,Ceza Hul-uk'U, ll, s. 312.

)3 Fomasnri, Il principio di inesigibilita' nel diritto penale, Padovn 1990; Scamno, La non esigibilta' nel diriao penale,. Nnpoli 1948; Dok□, Dclle scusanti, s. 130 vd.

ceza hukukunda, manevi cebir temelinde (ratio della norma), artık açıkça yer aldığı anlanuna gelmektedir.

Fiili hata yanında kusurluluğu kaldıran bu yeni nedeni, biz, dilimizde "istenemezlik" veya "kjşiden beklenenin bulunduğu koşullarda kendisinden istenememesi" veyahut "içinde bulunduğu durumda yapmış olduğu davranı□tan başka bir davranışta bulunmasının kişiden beklenemnemesi veya istenemcmcsi" olarak çevrilebileceğini sanıyoruz. Biz, bundan böyle, bu nedene, kısa olması bakmundan "istenemezlik ilkesi" demeyi düşünüyoruz.

Ceza hukukunda istenemezlik ilkesi, Alınan doktrininde, kusurluluğun normcu anlayışıyla bağıntılı olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten, failden içinde hareket ettiği koşullarda yapnuş olduğu davranıştan başka bir davranışta bulunmasının beşeri/insani olarak istenmesinin mümkün olup olmadığı konusunun tartışılması, istenemezlik ilkesinin kaynağı olmuştur. Kusurluluğun bu anlayışında, anlama ve isteme yeteneği, gerek kast ve gerekse taksir halinde, fiilin iradiliği ve iradenın normal bir oluşumu imkanı, failin fiilinden ötürü kınanabilir olmasının temelini oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, ötekiler yanında, iradenin oluşum sürecini bozan, hukuka uygun bir davranışta bulunulmasının istenebilir olmamasını (nan esigibile) doğuran istisnai belli dış koşulların bulunması halinde, kusurluluğun ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bu demektir ki, istenemezlik ilkesi, sadece kanunun 28. maddesinde öngöriilen biçimde bir kişiden kaynaklanan manevi cebirle sllllflı değildir, failin fiilinin oluşumu üzerine etki eden olağan dışı her şey (ör., CK. m. 147, 283, 284/4) istenemezlik kapsanundadır.

Kanun koyucu, her nedense "zaruretin" farklı tezahürlerini "zorunluluk hali" terimi ile ifade etmiş, o yüzden 25/2. maddesinde öngörülen "zorunluluk hali" ile istenemezlik ilkesinin esasım oluşturan çeşitli "zorlama halleri"ni birbirine karıştırmıştır. Üçüncü kişi lehine de olabildiği içindir ki, zorunluluk halinin esası değerler çatışması (collisione dei beni) düşüncesidir. Bundan ötürü, zorunluluk hali, CMK'un 223/3,b. maddesi hükmüne rağmen, hukuk düzenimizde hukuka uygunluk nedenıdır, nesnel olarak göz önüne alınır. Buna karşılık, istenemezlik hali, esasını, beşeri kırılganlıkta bulmaktadır. Bu neden kusurluluğu ortadan kaldırmaktadır, dolayısıyla öznel bir nedendir.

Özel düzenlemelerin (CK. m. 283, 284/4, vs.) dışında, istenemezlik hali, kusurluluğu kaldıran genel bir nedendir. Esasen genel bir hükümde düzenlenmemiş olmasına rağmen, kanunun manevi cebri düzenleyen 28. maddesi hükmüne kıyasen, hakim, kusurunu araştırırken, failden beklenenin, bulunduğu koşullarda,

kendisinden istenebilirliğini de göz önüne almak zorundadır. Gerçekten, içinde bulunduğu koşullarda, davrandığından, daha farklı bir biçimde davranması, kendisinden insani olarak istenemiyorsa, fail, fiilinde kusurlu sayılmayacaktır. 28. maddede yer verilen korkunun ve tehdidin ağırlığının ve muhakkaklığırun ölçüsü beşeri kmlganlık, insani zayıflıktır (fragilita' umana). Bu bağlamda olmak üzere, ör., beşeri zayıflık yüzünden, kimseden kendisini ve yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunması beklenemez (Any. 38/5). Böyle olunca, bir yakını cezadan kurtarmak için yalan tanıklık yapmak zorunda kalan kimse, 272. maddede yer alan suçu; görevini yaptığı sırada bir yakınının suç işlediğini öğrenen hekim, 280. maddede yer alan suçu işlemiş olmaz. Gene, çarptığı kimseye linç edilmek korktuğu için yardım etmeyerek kaçan sürücü; ücra bir maden kasabasında, gün boyu birçok hastayı ziyaretten yorgun düşen ve hava koşullarının da iyi olmadığı gecede çağrıldığı hastaya gitmeyen doktor, içinde bulundukları koşullarda, yaptıkları davranıştan farklı bir davranışta bulunmaları, kendilerinden insani olarak istenemez.

lstenemezlik ilkesi, geçerli bir kritere dayanmadığı, dolayısıyla hukukta güvenilirliği zedelediği gerekçesiyle eleştirilıniştir[330]. Ancak, Kanunun manevi cebri düzenleyen 28. maddesi hükmü karşısında eleştirinin yerinde olmadığını düşünüyoruz. llke diğer mazeret nedenleri yanında kusurluluğu kaldıran bir neden olarak manevi cebir esas olmak üzere Kanunda yerini almıştır. Kuşkusuz, ilke uygulandıkça hayat kazanacak; hayat kazandıkça ceza hukukunun çok daha fazla "insanileşmesine" katkıda bulunacaktır.

---

[330] **Antolisei, Manoale, PG., s. 432 vd.**

ÜÇÜNÜ BAŞLIK
SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ
VE SUÇU ETKİLEYEN HALLER

I. SUÇA TEŞEBBÜS

A. Suçun tamamlanması süreci, B. Genel olarak suça teşebbüs, C. *Teşebbiisiiu wısurları, 1. Bir suçu işleme kastı,* 2. *Suçun icrasıua başlanması, 3. Suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanması, 4. Elde olmayan nedenlerle icranm tamamlanaınanwsı, D. Ceza, E. işlenemez suç, F. Varsayımsal (mefruz) suç,* G. *Gönüllü vazgeçme, H. Çeşitli suçlarda teşebbüs*

A. Suçun Tamamlanması Süreci

Dinamik, olgusal bir açıdan, yani oluşu, işlenişi bakımından ele alındığında, suçun, birdenbire ortaya çıkmadığı, zaman içinde, birbirini izleyen farklı evrelerden geçerek oluştuğu gözlenmektedir. Zaman süreci içinde oluşurken suçun izlediği bu yolda, iki temel evreyi birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Geniş anlamda, bunlar, suçun icrası ve suçun tamamlanması evreleridir.

Suçun icrası evresi, zorunlu olarak, en başta, suçun tasavvuru, düşüncesi evresini gerektirmektedir. Bu evrede, suç, failin içinde cereyan etmektedir, henüz dış dünyada nesnelleşmiş değildir, salt düşünceden ibaret bulunmaktadır.

Düşünce, cezalandırmanın konusunu oluşturmaz.

Önce, genelde, tasavvur, düşünce veya karar olarak ifadesini bulan suç, icra veya ihmal biçiminde ortaya çıkan bir hareketle dış dünyaya intikal ettiğinde, icrasına başlanmış olmaktadır. Ancak, suçun dış dünyada nesnelleşmeye başladığı bu evre, genelde hazırlık hareketleri ve icra hareketleri olmak üzere, gerekleri birbirinden tamamen farklı iki ayn evreye ayrılmaktadır. Ayırım, özellikle hazırlık hareketlerine verilen anlam bakımından önem taşımaktadır. Hazırlık hareketleri alanı kişinin hürriyet alanıdır.

Kanunun, kural olarak, hazırlık hareketlerini cezalandırmamaktadır. Hazırlık hareketleri, hukuk düzenimizde, kişiye tanınan hürriyet alanını oluşturmaktadır. Öyleyse, hazırlık hareketleri serbest alanla yasak alanın sınırını belirlemektedir.

Suçun icrası evresini suçun tamamlanması evresi izlemektedir. Kanunda gösterilen tüm unsurları gerçekleşmiş olduğunda, suç, tamamlanmış olmaktadır.

Açıkçası, suç, varlığı için öngörülmüş olan zorunlu en son unsurun gerçekleştiği anda tamamlanmış olur. Buradan, ortaya, tamamlanmış suç kavramı çıkmaktadır.

Bu kavrama, ilk kez, 1853 Toscano kanununda yer verilmiştir. Tamamlanmış suç kavramı, fail tarafından yapılmış olan fiilin, kanun koyucunun kavram olarak tanımını verdiği suç tipini sağlamasını, suç tipine tümden uymasını, tümüyle benzeşmesini ifade etmektedir. Ancak, kimi, tamamlanmış suçtan söz edilebilmesi için; aynca, failin fiilinin, korunan hukuki değer veya menfaati maddeten de ihlal etmesi gerektirdiğini ileri sürınektedir[331]. Bu düşüncenin kabul edilemez olduğu iddia edilmiştir. Denmektedir ki, tamamlanmış bir suçun varlığı için kanun koyucunun tanımladığı suç figürünün tümden gerçekleşmiş olduğunun tespiti yeterlidir, dolayısıyla ek başka bir şartın gerçekleşmesini aranmaya gerek yoktur. Aynca, kanunun öngördüğünün dışında başka bir şey aramak, sadece gereksiz değildir, aynca bizi yanlış sonuçlara da götürebilir, çünkü korunan değer veya menfaatin maddeten ihlalinin tespiti, uygulamada ciddi kuşku ve kararsızlıklara yer verebilir.

Öyleyse, suçun tamamlanması kavramı, sadece biçimsel (=forme]) bir kavramdır. Böyle olunca, suç; beşeri bir fiil, bir ceza nonnunda ifadesini bulan soyut suç_tipine tümden uyduğu anda tamamlanmış olmaktadır. Suç tamamlanınca, suçu oluşturan evreler de kapanmış olur. Ancak, bu durum, daha sonra gerçekleşmiş olan bir şeyin, ör., 97/2. maddede öngörülmüş olan terk edilen kimsenin yaralanması veya ölmesinde olduğu gibi, cünru fiilin hukuki değerlendirmesi üzerine etki etmesine engel değildir.

Burada, tamamen farklı olan, suçun tamamlanması ve suçun cezalandırılabilmesi kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Suçun cezalandırılabilmesi şartı, daha öncede belirtildiği üzere, suçun bir unsuru değildir; suç tüm unsurlarıyla birlikte oluştuktan sonra, suçun cezalandırılabilmesi için, kanunun unsurlardan ayn olarak gerçekleşmesini aradığı, onlardan bağımsız, hukuki veya fiili bir olaydır (CK. m. 11, 12, 167, vs.).

Bazı suçlarda, suç, belli bir icra veya ihmal hareketinin yapıldığı anda tamamlanır **(CK.** m.102, 103, 106,125, vs.) Öteki bazı suçlarda, suç, beHi bir neticenin doğduğu anda tamamlanmış olur **(CK.** m.81, 86, 99, vs.). Öte yandan, suç, mütemadi suçlarda, temadinin bittiği veya kesildiği anda; müteselsil suçlarda, teselsülün bittiği anda tamamlanır **(CK.** m. 66/6).

---

m Bettiol, Diritto penale, s.545.

Bazen, suç, ortaya çıkan arızi bir nedenin engellemesi sonucu olarak tamamlanmamış olabilir. Fail kendi serbest iradesi ile de suçu tamamlamaktan vazgeçebilir. Bu halde, teşebbüs aşamasında kalımş suçtan söz edilmektedir.

Kanunun, sadece işlenmiş olan suçu değil, "suça teşebbüs" adı altında işlenmesine kalkışılan suçu, yani suça teşebbüsü de cezalandırmaktadır.

B. Genel Olarak Suça T□ebbüs

Suça le§ebbüs[3,2] Ortaçağdan bu yana, hukuk aleminde bilinen bir kurumudur. 765 sayılı Kanun, Zanardelli Kanununa paralel olarak, 61 ve 62. maddelerinde, "cürüme" teşebbüsü, 63. maddesinde "gönüllü vazgeçme"yi düzenlemiştir. Kanun "Eksik Teşebbüs" ve "Tam Teşebbüs" ayırımına yer vermiştir.

5237 sayılı Kanunun, teşebbüsü, Birinci Kitabının İkinci Kısmın Üçüncü Bölümünde "Suça_Teşebbüs" başlığı altında, 35 ve 36. maddelerinde düzenlemiştir. Kanun 35. maddesinde suça teşebbüsü, 36. maddesinde gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Kanun, Tam teşebbüs ve Eksik teşebbüs ayırımına yer vermemiştir. Kanun bu yönü 1930 İtalyan Ceza Kanunu ile benze§mektedir. Suça teşebbüsü düzenleyen normlar, daha önce belirtildiği üzere, Kanunun 2. maddesi karşısında, nitelikleri bakımından, suçun sınırlarını genişleten norrnlardırlar. Bundan ötürü kanun, ör., sadece hırsızlık, öldüm1e, yaralama, vs. suçlarını işleyen kimseyi değil, aynı zamanda bu suçları işlemeye teşebbüs eden kimseyi de cezalandırmaktadır. Kanun, teşebbüsü, *"Kişi işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur"* biçiminde tanımlamıştır. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, teşebbüs derecesinde kalan suç, suça vücut veren irade bakımından tamamlanmış suçla tamamen aynıdır. Gerçekten, teşebbüs, bir suçu işleme iradesini, yani bir suçu işleme kastını gerekli kılmaktadır, çünkü fiilin amacını veya amaçlarından birini oluşturan neticeyi gerçekleştirmeye yönelik ruhsal bir çaba, teşebbüs düşüncesinin zorunlu unsurunu oluşturmaktadır. Söz konusu bu unsur, tam bir bağımsızlık arz etmektedir ve uygulamada sıkça görülenin tersine, asla suç diğer unsurlarıyla karıştırılmamalıdır. Teşebbüs evresinde kalan suç, öznel bakımdan tamamlanmış suç olmakla birlikte, nesnel bakımdan eksiktir, tamamlanmış değildir, çünkü teşebbüste, kanun koyucu tarafından ceza normunda tanımlanan suç fiilinin sadece bir kısmı gerçekleşmektedir.

---

m Pctrocelli, Il delitto tentato, Padova 1955; Scarano, il tentativo, Napoli 1952; Cavallo, il dclitto tentato, Napoli 1934; Vannini,11 problema giuridico del tentativo, Milano 1952; Santoro,Tentativo, (diritto penale), Novissimo digesto italiano, XVM,1971, s. 1133; Montanurn, Tentativo (diritto vigente), Enclopedia del diritto, XLIV, 1992, s. 117; Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınları, Ankara 1994.

Suç tipik fiilinin eksikliği iki biçimde oıtaya çıkabilir. Bazen, fail, icrasına başladığı bir suçun icrasına devam edemez. Örneğin, bir eve girmek üzereyken göiiilen fail, faaliyetini yanda keserek kaçar. Bazen, fail, icra hareketlerini bitirir; ancak suçun tamamlanması için aranaıı netice gerçekleşmemiş olabilir. Örneğin, öldünnek için hasmına ateş eden fail, hedefi tutturamaz, atışları boşa gider. Burada, birinci halde, teşebbüs tamaınlanmaınış, eksik kalmıştır; ikinci halde, teşebbüs tanıaınlaımuştır. Kanunumuz, bu iki halden birine eksik teşebbüs, ötekine tam teşebbüs demektedir.

Kimi, teşebbüsü, gerçekleşmeyen neticenin belirlediğini; böyle olunca, "Teşebbüs, eşittir, tüketilmiş suç; eksi, netice" formülünün geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Düşünce tutarlı değildir. Bir kere, salt hareket suçlarında, suçun unsuru olan bir netice mevcut bulunmamaktadır. Kuşkusuz, bu suçlarda, teşebbüs, icra hareketinin bir kısmının veya son kısmının gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, neticeden, hukuki bir değer veya menfaatin zarara sokulması veya tehlikeye konmasının anlaşılması halinde bile; ifade doğru değildir, çünkü teşebbüs, aslında, her zaman hukuki bir değer veya menfaatin tehlikeye konulmasıdır. Teşebbüs derecesinde kalan suç, esasen iki farklı normun birleşmesi sonucunda olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlardan, ilki, Kanunun, ör., 81, 86, 141, vs., maddelerinde ifadesini bulan asıl ceza normlarıdır, yani tecrim edici ceza normlarıdır; öteki, Kanunun 35. maddelerinde ifadesini bulan genişletici ceza normudur. Bundan çıkan sonuç, teşebbüs derecesinde kalan suçun, tamamlanmış suça nispetle, o suçun hafifletilmişi veya hafifletilmiş bir biçimi olmadığıdır; çünkü suçu hafifleten veya ağırlatan nedenler, suçun tipik figüii karşısında, daima fazla olan bir şeyi, bir ilaveyi ifade etmekteyken; suça teşebbüs, tam tersine, eksik olan bir şeyi ifade etmektedir. Çoğu kez, belirtilen bu eksiklik, teşebbüs derecesinde kalan suçun, tam olmayan suç veya eksik suç sayılmasına neden olmuştur. Bu düşünce, sadece teşebbüs derecesinde kalan suç, tamamlanmış suçla karşılaştınldığında doğru olabilir. Ancak, teşebbüs derecesinde kalan suça, kendi niteliği ve bütünlüğü içerisinde kalınarak bakıldığında; kendine özgü olmakla birlikte, eksile bir yanının olmadığı, tersine tüm unsurlarıyla birlikte tam olduğu gözlenmektedir, çünkü teşebbüs derecesinde kalan suç da, tamamlanmış suça benzer olarak, kanunun kendisine ceza müeyyidesi bağladığı beşeri bir fiildir. Tanımından da anlaşıldığı üzere, Kanun, teşebbüsün unsurlarını;

- bir suçu işleme kastının bulunması,
- işlenmesi kastedilen bu suçun icrasına başlanması,
- suçun icrasına elverişli hareketlerle başlanması,
- arızı bir nedenle, yani kişinin elinde olmayan bir nedenle işlenmesi kastedilen suçun tamamlanamaması, olarak belirlemiştir.

C. Teşebbüsün Unsurları

1. Bir Suçu İşleme Kastı

Teşebbüsün olması için, ortada, failin "...işlemeyi kastettiği bir suç" mevcut olmalıdır.

Kuraldan, en başta, taksirli suçlarda suça teşebbüsün mümkün olmadığı sonucu çıkmaktadır. 5326 sayılı Kanunun, kabahatlerin hem kasten hem de taksirle işlenebileceğini kabul etmiştir (m.9). Bu durum kabahatlerde teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmasını ortaya çıkannaktadır. 5326 sayılı Kanun, 13. maddesinde *"Kabahate teşebbüs cezalandmlınaz. Ancak teşebbüsün de cezalaıdırılabileceğine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır. Bu durumda Türk Ceza Kanuıuıuıı suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri kabahatler bakmmıdaıı da uygulanır"* hükmüne yer venniş bulunmaktadır. Hükümden, kabahatlerde teşebbüsün cezalandırılmamasının kural, "ilgili kanunda hüküm bulunması halinde" kabahate teşebbüsün cezalandırılmasının istisna olduğu ortaya çıkmaktadır..

Kast, kanunun suç saydığı fiili bilmek ve istemek iradesidir. Kastın varlığı bakımından, teşebbüs derecesinde kalan bir suç ile tan1amlanmış bir suç arasında her hangi bir fark mevcut bulunmanıaktadır. O halde, tamamlanmış suç hangi kastla işleniyorsa, teşebbüs derecesinde kalan suç da aynı kastla işlenmelidir. Tabii, genel kast yanında ayrıca özel kastın arandığı suçlarda, ör., hırsızlık, suça teşebbüsün olması için; genel kast yanında ayrıca özel kastın da mevcut olması gerekmektedir.

Burada, kasttan maksat, sadece muayyen/doğrudan kasttır.

Gayri muayyen/dolaylı/olası kastla, suça teşebbüs mümkün değildir, çünkü suçun unsuru olarak kanunun öngördüğü netice meydana gelmiş olmadıkça, bu tür bir kastla işlenmiş bir suç da mevcut bulunmamaktadır. Gerçekten, olası kastla işlenen suçlarda, madem netice kastı belirlemektedir, neticenin gerçekleştiği bir yerde, artık o suça teşebbüs yoktur; ortada tamamlanmış bir suç vardır.

2. Suçun İcrasına Başlanması

Kanun, "...icraya başlayıp da..." ifadesi ile suça teşebbüsten söz edilebilmesi için, işlenmesi kastedilen suçun icrasına başlanmasını zorunlu kılmıştır.

Göıüldüğü üzere, kanun, suçun izlediği yolda, düşünsel eylemden maddi eyleme dönüşen sonuca götüıücü davranışları bir ayırıma tabi tutmakta; bunlardan sadece

suçun icrasına başlama biçiminde oıtaya çıkan hareketleri suça teşebbüste zoıunlu gönnek.1e, dolayısıyla cezalandırmakta; ama ötekilerini kişinin hün-iyet alanı saymakta. dolayısıyla cezalandım1amak1adır.

Buradan, suça teşebbüste, "hazırlık hareketleri" ve "icra hareketleri" kavramları orta) a çıkmakta ve bunların birbirinden ayırt edilmesi zorunlu olmaktadır.

Kanun. ilke olarak, hazırlık hareketlerini cezalandımıamaktadır.

Serbestle yasağın sınınıu çizerek kişi hürriyeti bakımından büyük önem kazanan söz konusu bu ayırım, hazırlık hareketlerinin hangi anda tüketildiği, dolayısıyla suçun icrasına hangi anda başlandığı temel sorununu birlikte getim1ektedir. Kuşkusuz, sorun, suçun izlediği yolda, failin dış dünyada algılanabilir olan hangi hareketlerinin hazırlık hareketleri, hangilerinin icra hareketleri olduğu sorunuyla bağlantılı bulunmaktadır.

Sorunun, doktrinde, farklı biçimlerde çözümlenmiştir.

Klasik yazarlar, failin hareketlerinin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğunu tayin ederken hareketin yönüne bakmaktadırlar. Failin hareketleri, iltibasa yer veriyorsa, yani suça mı yoksa meşru bir fiile mi yönelik olduğu bilinemiyorsa, hazırlık hareketidir. Buna karşılık, failin hareketleri, iltibasa yer vermiyorsa, yani açıkça bir suça yönelikse, icra hareketidirler, dolayısıyla cezalandmlabilirler.

İltibasa yer vermeme ölçütünü, Cınara[333] da benimsemiştir. Ancak, daha sonra, Can-ara, hazırlık hareketlerini icra hareketlerinden ayırt etmede bundan farklı bir ölçüt getirmiştir. Carrara, sorunu, "faaliyet alanı" kavramı ile açıklamaya çalışmaktadır. Fail kendi faaliyet alanı içinde kaldığı takdirde, hareketleri hazırlık hareketidir. Buna karşılık, fail kendi faaliyet alanında kalmaz, mağdurun faaliyet alanına geçerse, o takdirde hareketleri icra hareketidir. Bu düşünce eleştirilmiştir. Bir kere filin faaliyet alanı kavramı belirsizdir, dolayısıyla bizi kabulü mümkün olmayan sonuçlara götürebilir. Örneğin, patlayıcı madde içeren bir paket henüz alıcısının eline geçmeden fark edilir ve imha edilirse, bu düşünceye göre hazırlık hareketi sayılacak, dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Öte yandan, maddi değer veya menfaatleri ihlal etmeyen suçlarda, mağdurun alanının saptanması her halde kolay değildir, hatta imkansızdır.

Hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımının sınırını belirlemede, nedensellikten yararlanılmaya çalışılmakta; kimi, şart- neden ayırımına; kimi, "belirli olmayan

[333] **Carrara. Programa, p. 358.**

neden", "hareket halinde olan neden" ayırımına başvurmaktadır[11]. Suçta nedenselliği açıklamada ışe yaramayan bu tür ayırımlar, burada da işe yaramamaktadır.

Kimi, failin hareketleri bir ceza hükmünü ihlal ettiği anda icra hareketidir demektedir[1]. Bu düşünce de tutarlı değildir. Hükmtin ihlalinin başladığı an nasıl tespit edilecektir, bu düşüncede zaten bu bilinmemektedir. Bir bilinmeye ile diğer bir bilinmeyen açıklanamaz.

Özellikle kimi Alınan yazarları, sorunun çözümünü, suçun kanuni tipinde aramak.'ladır. Bu düşüncede, failin hareketleri suçun kanundaki tanımına giren hareketlerden birisini sağlarsa, yani fail hareketiyle kanuni tanımda yer alan bir hareketi gerçekleştirirse, suçun icrasına başlanmış sayılır. Düşünce eleştirilmiştir. Gerçekten, kanun , bazı suçları, sadece neticeyi esas alarak tanımlamıştır. Öldürme, yaralama suçları, örneğin bu tür suçlardır. Bu suçlarda, fail, acaba hangi hareketi yapınca veya ne zan1an öldürme veya yaralama suçunun icrasına başlanuş olacaktır. Bu açıklananıaınaktadır. Öte yandan, getirilen ölçüt çok dardır, çünkü esaslı bir nedene dayanmaksızın, ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltmaktadır. Gerçekten, ör., hırsızlık yapmak için merdiven kuran, bir kapıyı söken, bilmeyerek sahte anahtar kullandığından girmek istediği evin kapısını açamayan hırsız; kanuni tipte ifadesini bulan fiil başkasının malını almaktan ibaret olduğundan, söz konusu bu hareketleri yapmaktan cezalandırılamayacaktır.

Açıklamalar yeterli yararı sağlayamadığına göre, suçun icrasına ne zaman başlanmış sayılacaktır sorusunun cevabı halen verilmiş olmamaktadır.

Kanunun "doğrudan doğruya icraya başlamaktan" söz etmesine rağmen, bu ifadenin, suçun icrasına başlama anını belirlemede, işe yarar bir ölçüte işaret ettiği sonucu çıkmamaktadır. "doğrudan doğruya" ifadesinin pek belirgin olduğu söylenemez. Dilde, doğrudan doğruya, "dolaysız, araçsız, araya başka bir şey girmeden, resen" anlamlarına gelmektedir. Kuşkuları yenmek istiyorsak, İtalyan Ceza Kanununa bakmanın yararlı olduğunu düşünüyoruz. İCK, 56. maddesinde, "iltibasa yer vermeyecek surette doğrudan bir suçu işlemeye yönelik davranışlar" diyerek, belli bir anlam ifade eden, işe yarar bir ölçüte işaret etmiştir. Biz, Kanunun kullandığı "doğrudan doğruya" zarfından yukarıdaki ifadenin anlaşılması gerektiği **kanaatindeyiz.**

1:w lmpallomeni, Istituzioni di diritto penale, Torino 1908, s. 348

m Manzini, Istituzioni, s. 138.

Ku□J...-usuz, klasik yazarların da kabul ettiği failin hareketlerinin iltibasa yer vem1emesi, açıkçası bir tek anlama gelmesi ölçütü,suçun icrasına ne zaman başlanmış sayılacağı konusunda kuşkuları kökten gidermemektedir. Ancak, öteki ölçütlere kıyasla, sorunw1 çözümünde yegane muteber vasıta olma niteliğini korumaktadır. Üstelik, söz konusu bu ölçüt, Kanunun ifadesine de, maksadına da aykm düşmemektedir.

Doktrinde, fiilin iltibasa yer vermemesi ile failin kastının ispatının birbirine karıştırılmaması, birinin diğerine indirgenmemesi, bunların aynk tutulması gereğine işaret edilmektedir:

Gerçekten, teşebbüsten söz edilebilmesi için, en başta, failde bir suçu işleme kastının bulunması zorunludur. Kast, psişik bir davranış olduğundan, tüm öteki psişik davranışlar gibi, varlığının veya yokluğunun doğrudan doğruya tespiti mümkün değildir. Kast, en başta, genel deney kurallarına gidilerek, failin dışa vurmuş davranışlarından çıkarılabilir. Bunun yanında, kastın varlığı veya yokluğu, münferit cümıı fillerin dışında, failin itirafı, suçtan sonraki davranışları, kişisel nitelikleri, vs. durumlarından da çıkarılabilir. KJsacası, kastın tespitinde, hakim, her çeşit vasıtadan yararlanabilir; teşebbüs, herhangi bir özellik arz etmez.

Burada, iltibasa yer vermeme, eğer failin hareketinin nesnel bir niteliğini oluşturuyorsa, anlamı, bizzat hareketin kendisi, ne ise o olarak ve yapıldığı biçimi ile, failin kastını ifade etmek olmalıdır. Bu demektir ki, hareket, nesnel görünümünde, bize, failin suç işlemeye koyulduğunu göstermelidir. Kısacası, iltibasa yer vennemeden söz edilebilmesi için, öyle bir hareket yapılmış olmalıdır ki, bu hareket, oluşa göre, sadece belli bir suçu işlemek için yapılmış olsun.

Elbette, iltibasa yer vermemenin tespitinde, ör., silah doğrultmakta olduğu gibi, hareketin sadece bir tek işlemine bakmak yetmez, çünkü tek bir işlem, birçok anlama gelebilir. Bundan ötürü, iltibasa yer verip vennediğini tespitte, işlendiği yer ve zamanın tüm değerleri hesaba katılarak, hareketin tümünün birden göz önüne alınması gerekmektedir.

Ancak bir hususu unutmamakta yarar bulunmaktadır: Suç işlemek kararından vazgeçerek, hareketine asla son vermesi ihtimalinin olmadığı bir yakınlığa gelmiş olmadıkça; failin hareketinin, iltibasa yer vermeyecek bir biçimde, bir suç işlemeye yönelmi□ olduğu söylenemez. Zaten, 1CK "doğrudan" ve Kanunumuz "doğrudan doğruya" zarfını kullanarak bu hususa işaret etmiş olmaktadır. Böyle olunca, cürmı planın son a□arnası ile tamamlanan hareket arasında belirgin bir zaman kopukluğu bulunduğunda, hareketin iltibasa yer verdiği kabul edilmelidir.

Özetlersek, hareketin iltibasa yer vennemiş sayılması için;

- hareket öyle bir aşamada olmalıdır ki, bulunduğu yer itibarıyla failin yönelmiş olduğu cürmi amacı açıkça ifade etmelidir,
- hareket öyle bir noktaya ulaşmış olmalıdır ki, artık failin hareketini sonuçlandım1aktan vazgeçmesi ihtimali bulunmamalıdır.

Ancak, doktrinde denmektedir ki, genel .olarak kabul gören bu ölçüt, tüm sorunları çözebilecek sihirli özelliklere sahjp bulunmamaktadır. Ölçüt, sağ duyu sahibi bir hakimjn[3,6] elinde, ihtiyaçtan doğan salt itibari bir vasıtadır, dolayısıyla sadece anıl olmayan, kanunun gerekleriyle bağdaşmayan kararlann verilmesini önleyebilir[337].

3. Suçun İcrasına Elverişli Hareketlerle Başlanması

Kanw1 suçun icrasına "elverişli hareketlerle" başlanmasından söz etmektedir. Kanun, 765 sayılı Kanundan farklıdır. 765. sayılı Kanun, 61.maddesinde "vesaiti mahsusa" ifadesini kullannuştır. Doktrinde, "vesaiti mahsusa" hükmünün maksada uygun olmadığı, bunun doğrusunun "hareket" veya "davranış" olduğu ifade edilmiştir.

Kanun "elverişli vasıtalar" yerine "elverişli hareketler" ifadesini kullanması yerinde olmuştur denebilir. Ancak, hareketin elverişli olması, zorunlu olarak vasıtanın elverişli olmasını da içennektedir. Vasıta ne zaman elverişlidir tartışması, yeni düzenleme karşısında da varlığını sürdünnektedir.

Kimi, vasıtanın elverişli sayılabilmesi için, kendinden, mutlak olarak belli bir sonucu meydana getirmeye elverişli olmasını yeterli saymamakta, aynca o sonucu meydana getirmeye elverişli bir biçimde kullanılmış olmasıiu aramaktadır. Bu düşüncede, ör., dolu bir silah adam öldünneye elverişlidir, ancak kullanan onu kullanmaya ehil değilse, nesnel olarak adam öldürmeye elverişli olan vasıta, öznel olarak elverişli değildir.

Kimi, tam tersine, vasıtanın suçun icrasına elverişli sayılabilmesi için, nesnel olarak neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasını yeterli görmekte, aynca failin elverişli biçimde kullanılıp kullanılmadığını araştırmayı gerekli görmemektedir. Bu düşüncede, yukarıdaki örneği ele alırsak, failin hiç silah kullanma becerisinin olmaması, vasıtanın elverişli sayılmasına engel değildir.

Bu tartışmalar, konuya ilişkin daha güvenilir bir açıklama bulma gereğini ortaya çıkanruştır. Bunun içindir ki, elverişli vasıta kavramı yerine bir üst kavram olarak

---

"' Fcyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2002..

m Antolisei, Manuale, PG., s. 491.

elverişli hareket kavramının daha doğru olduğu düşünülmüştür. Bu durumda, hareketin, dolayısıyla vasıtanın suçun icrasına elverişli olup olmadığını tespitte, sadece kullanılan vasıtaya bakılmamalı, aynı zamanda failin tüm faaliyetleri, hatta içinde hareket ettiği şaıtlar değerlendirmeye alınmalıdır.

765 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde, Yargıtay, kanundaki ifadeye rağmen, ortalama bir yol izlemiş, elverişli vasıtayı elverişli hareket bağlamında değerlendirmiştir. Gerçekten, Yargıtay, kararlarında, vasıtanın elverişliliğini tayin ederken, sadece vasıtanın kendisine bakılmasını yeterli görmemekte, vasıtanın kullanılmasına eklenen diğer dış şartlara da itibar etmektedir. Yargıtay, ör., bir kararında "maznun tarafından suçta kullanılan tüfeğin atış mesafesi tespit edildikten sonra, raporda gösterilen eserler de nazara alınarak, tüfekte bulunan saçmaların öldürmeye elverişli olup olmadığının bilirkişiye tespit ettirilmesi lazım gelir" diyerek, hem nesnel olarak vasıtanın kendisini; hem de kullanılma tarzını değerlendirme konusu yapmıştır.

Hareketin elverişliliği zorunlu olarak vasıtanın elverişliliğini de zorunlu kıldığından, vasıtanın elverişliliği, "vasıtanın mutlak elverişliliği", "vasıtanın nispı elverişliliği" sorununu ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, klasik ceza hukukçuları, elverişliliği mutlak ve nispı elverişlilik olarak ayırmaktadırlar. Bunlara göre, vasıta, hiçbir şarta, hiç bir zaman neticeyi meydana getiremeyecek nitelikteyse, elverişsizlik mutlaktır. Öldünnek amacı ile hareket eden kimse, ör., arsenik zehri yerine, şekerli su kullandığında elveıişsizlik mutlaktır. Buna karşılık, vasıta, ancak belli bazı şartların neticenin meydana gelmesini engellemesi halinde, nispi olarak elverişlidir. Fail bir kimseye ateş ediyor, ancak bu kimse, ör., çelik yelek giymiş olduğu için yaralanmıyor veya ölmüyor. Öyleyse, vasıta mutlak olarak elverişsizse, suç işlenememekte, dolayısıyla suça teşebbüs cezalandırılmamakta, ancak vasıta nispi olarak elverişsizse, suç işlenebilir olmakta, dolayısıyla suça teşebbüs cezalandırılmaktadır.

Vasıtanın mutlak olarak ve nispi olarak elverişsizliği ayırımının, bilimsel olarak tutarlı olmadığı da ileri sürülmüştür. Bu konuda, denmektedir ki, bir vasıtanın veya bir hareketin mutlak olarak elverişli olup olmadığını saptamak mümkün değildir, çünkü vasıtanın veya hareketin etkileri, sıkı sıkıya somut olayın içinde cereyan ettiği şartlarla bağıntılıdır. Gerçekten, adam öldürmeye kural olarak elverişli bir el silah atımı, eğer kişi silahın menzili dışında kalmışsa, hiçbir zaman ölüm sonucunu doğuramaz. Gene, basit bir şiddet hareketi, nonnalde ölüm sonucunu doğurmazken, bazı kan hastalarının ölümüne neden olabilmektedir. Öyleyse, ister vasıtanın, ister hareketin elverişliliği söz konusu olsun, elverişsizliğin mutlak ve nispı elverişsizlik

olarak ayırt edilmesi. bilimsel hiçbir esasa dayanmamaktadır. Gerçeklen, ister vasıla ister hareket olsun, elveıişlilik veya elverişsizlik, soyut olarak, yani "oluştan" bağımsız olarak belirlenemez, soyut olarak, vasıla veya hareket, elverişlidir veya elverişsizdir denemez. Hareketin ve vasıtanın elverişliliğine, ancak her somut olayda, olayın tüm şaıtları değerlendirildikten sonra karar verilebilir.

Böyle olunca, hakim, fiilin işlendiği aıia gidecek, o andaki bilinen tüm şartları göz önüne alarak hareketin elverişli olup olmadığını tayin edecektir. Eğer, hakim, cereyan ettikleri o şaıtlarda, failin hareketlerini suçu meydana getirmeye uygun görüyorsa, hareketler suçu işlemeye elverişlidir diyecek; uygun görülmüyorsa, hareketler suçu meydana getirmeye uygun değildir diyecektir.

Öyleyse, özetlersek, hakim, kastedilen suçu işlemeye hareketlerin elverişliğini belirlerken, genel ve soyut olarak değil; tam tersine, somut olarak, failin tüm davranışlarını, mağdurun durumunu, suçun işlendiği yeri ve zamanı, failin cürmı faaliyetine ilişkin bilinen tüm diğer şartlan göz önünde tutarak, oluşa göre bir değerlendin11e yapacaktır.

Ancak, burada, yeterlilikle elverişlilik kavramlarını ayrık tutmak, birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Gerçekten, neticeyi meydana getirmeye elverişli olmak kaydıyla, vasıta neticeyi meydana getirmede yetersiz bile olsa, teşebbüs mümkündür. Öldürme suçunda, ör., hasmına zehirli bir pasta gönderen kimse; içindeki malzemenin etkisinden ötürü, zehir ölüm neticesini meydana getirmede etkisiz kalsa bile, öldürme suçunun icrasına elverişli hareket/vasıta ile başlamış sayılır. Gene, içindeki barutun kötü cinsten olması yüzünden, merminin, öldürme neticesini sağlamaması halinde de, hareket/vasıta öldürmeye elverişlidir. Kanun suça teşebbüste hareketin sadece elverişli olmasını yeterli gördüğünden, hareketin yetersiz kalması halinde de, suça teşebbüs vardır.

Doktrinde, vasıtadan sadece "alet" anlaşılmamaktadır. Bazı hallerde, insanın organları da vasıta olabilir. Gerçekten, yaralama, cinsel saldın, vs., suçlarında, ör., el, kol, yumruk, ayak, vs., elverişli vasıtadır.

4. Elde Olmayan Nedenlerle İcrasının Tamamlanamaması

Kanun, teşebbüs için, failin, kastettiği suçun icrasına başlaması, ama elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasını aramak.tadır.

Elinde olmayan nedenlerden maksat, failin iradesi dışında gerçekleşen ve icranın tamamlanmasını engelleyen nedenlerdir. Ne amaçla olursa olsun, fail, suçun icrasını, kendi serbest iradesi ile tamamlamadığında, ortada engel neden yoktur. Bu suçu işlemekten gönüllü vazgeçmedir.

Engel neden, maddi bir neden olabileceği gibi, manevi bir neden de olabilir. Engel neden üçüncü bir lcişinin fiilinden, yahut maddi bir enerjinin katılması sonucunda da meydana gelebilir. Ancak, engel neden, kökeni ve türü ne olursa olsun, her zaman failin iradesi dışında ortaya çıkan ve failde etkilerini meydana getiren bir nedendir.

Engel nedenin ortaya çıktığı an, suçun tamamlanmasından önceki bir an olmalıdır. Kanun, engel nedenin, icra hareketlerinin bitirilmesinden veya neticenin meydana gelmesinden önce ortaya çıkması arasında bir fark gözetmemektedir. Kanun, eksik teşebbüs, tam teşebbüs ayırımına itibar etmemektedir.

Ancak, Kanun, suça teşebbüsün cezasını asgari ve azami hadler arasında göstermiş olduğundan (m. 35/2), ceza belirlenirken, madem "zarar veya tehlikenin ağırlığı" göz önüne alınmak zorundadır, engel neden yüzünden icra hareketlerinin tamamlanmaması ile icra hareketlerinin tamamlanması ama neticenin meydana gelmemesi arasında bir fark gözetilmesini de zımnen istemiş olmaktadır. Böyle olunca, Kanun inkar bile etse, özellikle neticeli suçlarda, hala eksik teşebbüs , tam teşebbüs ayırımı örtülü olarak devam etmektedir. Gerçekten, hakim; kişinin işlemeyi kastettiği suçu elverişli hareketlerle icraya başladıktan sonra, işlemekte olduğu suçta icra hareketlerini tamamlamış olup olmadığını belirlemedikçe; Kanunun iki had arasında öngördüğü cezayı somut olaya uygulamak imkanına sahip bulunmamaktadır. Eğer, hakim, "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını" göz önüne almak zorundaysa, icranın tamamlanmaması ile icranın tamamlanması ama neticenin meydana gelmemesini birbirinden ayırt etmek ve cezayı buna göre belirlemek zorundadır. Bu, kapıdan kovulan tam teşebbüs, eksik teşebbüs ayırımının, bacadan içeri alınmasıdır.

D. Ceza

Kanun, 35/2. maddesi hükmünde, teşebbüs derecesinde kalan suça tamam1anan suçtan daha az ceza vermektedir.

Ceza miktarları iki had arasında gösterilmiştir. Hakim, cezanın asgari ve azami hadleri arasında temel cezayı belirlerken kuşkusuz Kanunun 61. maddesi hükmü ile bağlıdır. Bu madde hükmü, göz önüne alınacaklar arasında, "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını" (f. 1,e) da saymış bulunmaktadır. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı 35/2. madde

hükmünde de yer almaktadır. Kanun. "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre" diyerek cezanın tayininde zarar veya tehlikenin ağırlığının gli1. önüne alınmasını emretmiş olmaktadır. Suça teşebbüste kamusal veya bircy!-.cl "zararın" değil sadece kamusal veya bireysel "tehlikenin" mümkün olması bir yana. Kanunun 61/1. e hükmü karşısında temel cezanın tayininde nasıl bir yol izlenmesi gerektiği hususu belirsizdir. Gerçekten, Kanun, 61/ 3. madde, *"Birinci maddede belirtilen lwsuslarıı suçun ımsurı,ıı oluşturduğu lıallerde temel ce::aımı tayininde ayrıca göz öıiinde bulımdırılmaz"* hükmüne yer vermiştir.

Zarar veya tehlike "suça teşebbüsün" unsurları veya şartları arasında sayılmamaktadır. Eğer böyle düşünülürse, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, hem 35/2. madde hükmü, hem de 61/1,e maddesi hükmü uygularınken göz önüne alınacaktır. Bu, bir koyundan iki post çıkartmak olur. Buna karşılık, zarar veya tehlike, teşebbüs edilen suçun unsuru olarak alındığında, 61/1,e maddesi hükmü gereğince, suça teşebbüste, temel ceza tayin edilirken ayrıca göz önünde bulundurulmayacaktır. Bu durumda, zarar veya tehlikenin ağırlığı, teşebbüs aşamasında kalan bir kısım suçlarda temel cezanın tayininde ayrıca göz önüne alınmayacak, teşebbüs aşamasında kalan diğer bir kısım suçlarda, hem 35/2. madde hükmü, hem de 61/1,e maddesi hükmü karşısında, iki kez göz önüne alınacaktır. Bu da, suça teşebbüs eden iki kişiden birini, kanun önünde ötekine nazaran daha imtiyazlı kılmaktır. Sorunun aşılmasının, tabii olabilirse, ancak 35. veya 61.madde hükmünden birinin ihmal edilmesiyle mümkün olabileceği düşünülebilir. Ancak, hakimin, herhalde geçerli iki hükümden birini ihmal etmek biçiminde bir yetkisi yoktur.

Bu açık durum karşısında, Kanunun 35/ 2. maddesinin "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre" hükmünden maksat, herhalde eskinin "eksileteşebbüs" ve "tam teşebbüs" ayırımıdır. Burada, "meydana gelen zarar" tam teşebbüsü, bunun karşılığı olarak, "meydana gelen tehlike" eksik teşebbüsü karşılamaktadır. Zarar ve tehlikeyi bu şekilde anlamak, normun maksadına uygundur, çünkü kanun, bu hükmü ile, suça teşebbüs fiilinin tehlike meydana getirmesi halini, zarar meydana gelmesi halinden daha az bir ceza ile cezalandırmak istemektedir. Bizce, tarihi kanun koyucu, farkında olmadan 765 sayılı Kanunun eksik teşebbüs-tam teşebbüs ayırımını kabul etmiş olmaktadır. Tek çıkar yol, 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu döneminde oluşmuş olan içtihat ve doktrinin, sorunun çözümünde, hala geçerliliğini koruduğunu kabul etmektir.

E. İşlenemez Suç

Vasıtanın suçun işlenmesine elverişli olmaması, yahut suçun maddi konusunun bulunmaması halinde, geleneksel doktrinin "elverişli olmayan teşebbüs" ve İtalyan Ceza Kanununun (m.49/2) işlenemez suç[338] dediği durum oıtaya çıkmaktadır.

Kanun bu durumu düzenlemiş değildir. Doktrin, vasıtanın elverişli olmaması veya maddi konunun bulunmaması halini, "işlenemez suç" sözü ile ifade etmektedir. Kanunumuzda konuya ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması bir eksiklik değildir, çünkü, suça teşebbüs başlı başına bir suç olduğundan, unsurlarından birinin gerçekleşmemiş olması halinde, suça teşebbüs, dolayısıyla kanunun cezalandırdığı bir fiil mevcut bulunmamaktadır.

Madem işlenemez suç vasıtanın bir suçu işlemeye elverişli olmaması veya maddi konunun bulunmaması düşüncesine dayanmaktadır, vasıtanın/hareketin bir suçun işlenmesine elverişliliği durumunun, somut olarak, yani oluşa göre saptanması gerekmektedir. Açıkçası, vasıtanın elverişliliği saptanırken, önce de belirtildiği üzere, failin hareketinin cereyan ettiği tüm şartlar göz önüne alınacak, o somut şartlarda neticenin meydana gelebilirliği tahmin edilmeye çalışılacaktır. Gerçekten, örneğin, mağdurun bulunduğu tespit edilen yerde ateş edildiği esnada bulunmaması yahut mağdurun silahın menzili dışında kalması halinde, vasıta neticeyi meydana getirmeye elverişli sayılamayacağından, burada artık suça teşebbüsten değil, işlenemez suçtan söz edilecektir.

Ancak, maddi konunun yokluğu söz konusu olduğunda, geleneksel doktrini izleyen birçok yazar, cürıru davranışın yöneldiği kimsenin veya şeyin "mutlak yokluğu" ile "arızı yokluğunu" birbirinden ayırt etmekte, sadece mutlak yokluk halinde işlenemez suçun varlığını kabul etmektedir. Böyle olunca, ör., gece, az önce yatağından kalkarak mutfağa su içmeye giden mağdurun yatağına, orada olduğu düşünülerek ateş edilmesi halinde, işlenemez suç değil, teşebbüs derecesinde kalan suç söz konusu olmaktadıı-3[39]. Buna karşılık, kimi yazar, işlenemez suçtan söz edilebilmesi için maddi konunun cürmı faaliyetin başladığı esnada bulunmaması gerektiği; bizzat bu faaliyetin sürdüğü esnada maddi konunun bulunmaması halinde ise suça teşebbüsün söz konusu olduğu düşüncesindedir[340].

---

1 Conci, il reato putativo e il reato impossibile, Messina 1940; Fiore, Il reato iınpossibile, Napoli 1959; Neppi Modona, ll reato impossibile, Milano 1965;ID., Reato impossibile, Novissimo digesto italiano, XIV, 1967, s.974; Alacakaptan, İşlenemez Suç, AÜHFY., Yayın no. 223, Ajans-Türk Matbaası, Ankara.

m Manzini, Istituzioni, s. 139; Maggiore, Diritto penale, I, s. 547.

L Vannini, Manuale di diritto penale, Parte generale., Firenze 1948, s. 197.

Getirilen her iki ölçüt de yetersiz bulunmuştur. Gerçekten, ilkinde, maddi konunun arızi yokluğunu mutlak yokluğundan mantıksal olarak belirgin bir biçimde ayırt etmek mümkün olmadığından, kuramsal bir esasa değil, daha çok pratik gereklere dayanmaktadu-. İkincisi, keyfidir; çünkü maddi konunun cürmi faaliyetin başlamasından önce veya soma, yok olma anı, gerek nesnel, fiilin tehlikeliliği, gerekse öznel bakış açısından, bizzat fiilin semptomatik değeri, anlamdan yoksundur.

Bu durum karşısında, çözümün, cürmi fiilin işlenmeye başladığı ana gidilerek maddi konunun varlığını tespitte aranması gerektiği düşünülmektedir. Bu demektir ki, failin suç işleme planını gerçekleştirmeye koyulduğu anda ortaya çıkmış gözükse bile, fiilen mevcut olan, yani fiilin cereyanından oıtaya çıkan durum göz önüne alınmamalıdır. Belirtilen bu anda maddi konunun mevcudiyeti eğer şüpheli gözüküyorsa, işlenemez suç söz konusudur. Kuşkusuz, bunun dışındaki hallerde, fiil cezalandırılacaktır. Gerçekten, ör., otobüste, para cüzdanını çıkarken evinde unutan bir yolcunun cebine elini sokarken yakalanan yankesicinin fiili, işlenemez suç değil, hırsızlık suçuna teşebbüstür.

Kanunumuz, işlenemez suça, hukuki herhangi bir hüküm ve netice bağlamamıştır. İCK, bu halde, işlenemez suçun failine, emniyet tedbiri uygulanabileceğini öngörmüştür (m. 49).

F. Varsayımsal (mefnız) Suç

Varsayımsal suç[341], aslında hata teorisiyle ilgili olmakla birlikte, genelde, salt didaktik amaçlarla, suça teşebbüs içinde incelenmektedir.

Görünüşte, işlenemez suç ve varsayımsal suç, birbirine benzemektedir, ancak işlenemez suç, varsayımsal suçtan tümden farklıdır.

Varsayımsal suç, failin, aslında her hangi bir suçu oluşturmadığı halde, fiilinin bir suçu oluşturduğunu sanmasıdır. Görüldüğü üzere, bu hata, kusurluluğu kaldıran hatadan farklıdır. Burada, fail, kanunun suç saydığı bir fiili suç saymama şeklinde bir hataya düşmüş değildir, tersine kanunun suç saymadığı bir fiili suç saymak hatasına düşmüştür.

Failin fiili kanunun bir hükmünü ihlal etmediği için, ortada bir suç da yoktur. Öyleyse, varsayımsal suç, failin kendi yarattığı suçtur, suçun bir türü değildir.

Varsayımsal suç, hukuki bir hata nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi, fiili bir hata nedeniyle de ortaya çıkabilir.

---

[341] Piecenza. Reato putativo, Novissimo digesto iıaliano, XIV, 1967, s. 1003.

Bir kimsenin yazıda sahtecilik yaparak veya sahihini değiştirerek özel evrakta sahtekarlık suçunu işlediğini sanmasında hata hukukidir, çünkü özel evrakta sahtekarlık suçunda, sadece evrak üzerinde sahtecilik yapmak yetmemekte, aynca üzerinde sahtecilik yapılan evrakın kullanılması gerekmektedir (CK. m. 207).

Fiili hata nedeniyle varsayımsal suçun ortaya çıkması çeşitli biçimlerde olabilir. Gerçekten, suçun zorunlu unsurlarından birinin bilinmemesi halinde varsayımsal suç söz konusu olabilir. Örneğin, kendisinin olan bir şeyi başkasının sanarak alması halinde, fail, hırsızlık suçunu işlemiş olmaz . Doğru söylediği halde yalan söylediğini sanan fail, yalan şahitliği suçunu işlemiş olmaz.

Aslında bir hukuka uygunluk nedeni varken, failin suç işlediğini sanması halinde de varsayımsal suç vardır.

Son olarak, varsayımsal suç, oluşması için failin bir sıfatını gerektiren suçlarda, failin bu sıfatının var sayılması halinde ortaya çıkabilir. Örneğin, aslında memur olmadığı halde kendini memur sayan kimse, görevi ihmal suçunu işleyemez.

1CK, varsayımsal suç (Reato supposto) halinde faile ceza verilemeyeceğini, ancak fiili başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan ceza verilebileceğini hükme bağlamıştır (m.49/son). Kanunun, bu konuda bir düzenleme yapmamıştır. Bu, bir eksiklik değildir. Esasen, böyle bir hükme gerek yoktur.

G. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme[342]; failin, ıcrasına başladığı SU'52U işlemekten, isteyerek vazgeçmesidir. Kanun, 36. maddede, *"Fail, suçun icra hareketinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabaları ile suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır"* hükmüne yer venniştir.

Göıüldüğü üzere, Kanun, "gönüllü vazgeçme" ile "etkin pişmanlığı" aynı şey saymış, dolayısıyla aynı hükümlere tabi kılmıştır[343]. İCK, her iki kurumu ayırt

---

[342] Tolomei, il pentimento nel diritto penale, Torino 1926; Latagliata, desistenza volontaria, Napoli 1963; Serianni, La desistenza volontaria e il ravvedimento attivo, Milano 1966; Rossi, Natura giurudica e struttura della desistanza volontaria, Cosenza 1968; Flora, ll ravvedimento del concorrente, Padova 1984; Ravvedimento operoso, Enclopedia del diritto, XXXVIII, 1987, s. 750 vd.

[343] Kanun koyucu, Gönüllü vazgeçme ve Etkin pişmanlık kurumlarını düzenlerken, her nedense yerleşik doktrin ve uygulamaya itibar etmemiş, inandırıcı bir gerekçe göstermeksizin, Alman Ceza .Kanununu (§ 24 StGB) esas almıştır. Alman Ceza Kanundaki düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. Fomasari,I pricipi, s. 413 vd.

etmekte, etkin pişmanlık halini sadece cezayı azaltan bir neden saymaktadır (ın. 56/son) . 765 sayılı Kanun, gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiş (m. 62/2), etkin pişmanlığa yer vermemiş, bu halde cezayı azaltıp azaltmamayı hakimin takdirine bırakmıştır (m. 59).

Bizce 5237 sayılı Kanunun yaptığı düzenleme, suçluluğa prim vermekle kalmamakta, aynca, özellikle geçitli suçlarda içinden çıkılmaz sorunları da beraberinde getirmektedir. Gerçekten, ör., öldürmeye teşebbüste, fail ağır bir biçimde yaraladığı ınağdmu hastaneye götürerek ölüm sonucunu engellemiş olsa, Kanuna göre, öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, ancak tamamlanan kısım başka bir suç oluşturuyorsa o suçtan ceza verilecektir. Burada, tamamlanan kısım, yaralamadır. Öyleyse, faile hangi esasa dayanılarak yaralama suçundan ceza verilecektir? Bu konu açık değildir. Failin kastı öldürmedir, yaralama kastı yoktur. Tabii, cezasız kalmasının düşünülmesi mümkün olmadığından, faile, yaralamadan ceza verilirse; yaralama kastının olmadığı göz önünde tutulduğunda, bu; herhalde, tarihi kanun koyucunun kanun gerekçesinde "fiyakalı bir biçimde reddettiği" objektif sorumluluk esasına göre ceza vermekten başka bir şey olmaz. Aynı sorun cinsel saldın suçunda (CK. m.102) da mevcut bulunmaktadır. Fail cinsel saldın fiilini "vücuda bir organ sokarak" işlemeye kalkışsa (CK. m.l02/2), mağdurun yalvarması üzerine fail vücuda organ sokmaktan vazgeçse, durum ne olacaktır? Kuşkusuz, burada, failin icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiği ana kadar olan hareketleri dolayısıyla kendisine "vücuda organ veya sair bir cisim sokına" suçuna teşebbüsten ceza verilmeyecektir. Ancak, failin o ana kadarki hareketlerinin maddeten cinsel saldın suçunu (CK. m.102/1) oluşturduğunda kuşku yoktur. Failin kastı, mağdurun vücuduna bilerek ve isteyerek organ sokmaktır. Kast yönünden yukarıdaki örnekle birebir benzeşir olmamakla birlikte, böyle bir durumda, fail, Kanunun 102/1. maddede öngördüğü suçtan hangi esasa göre sorumlu olacaktır? Herhalde, sorumluluğun esası, burada da, çok azı da kapsar desek de, kusurlu sorumluluk olmayacaktır, çünkü failin kastı, 765 sayılı Kanunun ifadesiyle, sarkıntılık etmek veya ırza tasaddide bulunmak değildir, ama açıkça ırza geçmedir.

Gönüllü vazgeçme, failin, icrasına başladıktan sonra, suçu işleme kararını değiştinnesi ve isteyerek cünru faaliyetine son vermesidir. Örneğin, hırsız, soymak istediği evin kapısını anahtar uydurarak açtıktan sonra, faaliyetini kesip oradan uzaklaştığında, suçun icrasından gönüllü vazgeçmiş olmaktadır.

Kanun vazgeçmenin saikine bakmamıştır. Önemli olan, failin, suçun icrasından vazgeçmiş olmasıdır. Suçun icrasında failin istediği veya korktuğu yahut ilerde daha

iyi bir fırsat yakahunak için vazg '. miş olmasının önemi bulunmamaktadır. K'"mm, v□u.. menin nihai olmasını da nrammnıştır.. sad· e o somut olayda suçu islem •kten vuz□ ilmiş olması cterlidir.

An . k. bu konuda, ·oğu kez zorluklarla karşılaşılmaktadır. Burada, bir engel neden çılmrnsı yüzünden su un i rnsma devam edilememesi ile suçun icrasından □'nülfü vazge ilme□ini birbirine karıştırmama) a özen göstermek gerekmektedir. t teyerek/g'nüllü Yazgeçme. iki davnmıştm1 birini seçme ınkfınını zorunlu kılmaktadır.. Gerçekten, söz konusu imkan, ör.. mağdurun inatla direnmesinde ldu□u gi i. sade·e iki davranıştan birinin imkfinsız olması halinde değil, aynı znmanda furklı davranışın hiçbir makul kimsenin göze alamayacağı bir riski taşıması halinde de mevcut değildir. Bu bağlamda olmak üzere, ör., suçüsti.inde _ ak-ulanmak tehlikesinin ortaya çıkması üzerine faaliyetine son veren fail, i□lemekte oldugu su·un icrasından gönüllü vazgeçmiş sayılmaz.

Gönüllü vazgeçmenin esasına gelince, kimi vazgeçmeyle birlikte kusurlu iradenin ortadan kaBnnış olduğu düşüncesine dayandırırken, kimi suç politikasına, açık\ası suç işleme kararından vazgeçen suçluya "altın bir köprü" sunma toplumsal çıkarına dayandırmaktadır[3].1.1. Gerçekten, burada, devam ederek bitinne imk.·fuu varken bu yola giuneyen, dolayısıyla icrasına başladığı cürümden vazgeçmek isteyen suçluya, işlemekte olduğu suça cezası verilmemekle, bir "ödül" sunulmuş olmaktadır. Kanun koyucu, sadece cezayla değil, bu yolla da, l-ı.ırallanna uymayı sağlamak istemiş, dolayısıyla son bir kez suça bulaşmış kişiyi l-azanmaya çalışnuştır.

Eylemli pişmanlığa gelince, fail, icra hareketlerini bitim1iştir. Kararını değiştirmesi mümkün değildir. Artık yapacağı bir şey yoktur. Fail sadece neticenin meydana gelmemesini önlemeye çalışmaktadır. Bundan ötürü, etkin pişmanlıkla gönüllü vazgeçmeyi hüküm ve neticeleri bakımından bir tutmak, benzer olmayanları benzer saymal'tlr. Bu, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olarak, eylemli pişmanlık gösteren faili, gönüllü vazgeçen fail karşısında daha imtiyazlı kılmal-ur.

H. Çeşitli Suçlarda Teşebbüs

Hangi tür suçlara teşebbüsün mümkün olduğu konusu tartışmalıdır. Konu, soyut olarak değil. her somut olayda değerlendirilmelidir. Ancak bazı suçlarda teşebbüs mümkün değildir.

- Anıolisei. **Manuale, PG.,** s.507.

765 sayılı Kanun kabahat suçlarına teşebbüs mümkün görmezken, 5326 sayılı Kanun, istisna da olsa, 13. maddesi hükmünde kabahatlere teşebbüsü mümkün gönnektedir.

Salt hareketin cezalandmldığı "kalkışma suçlanna" (CK. m. 302, 309, 3I 1, 312, vs.) gelince, niteliklerinden ötüıü, zaten bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Gerçekten, kiminin iddiasının tersine, bunlar ne teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırılan suçlardırlar, ne de bu suçlarda hazırlık hareketleıi cezalandırılmamaktadır. Bu suçlarda cezalandınlan hareket kalkışmadır. Kanunun cezalandırdığı hareketin yapılmasıyla birlikte bu suçlar oluşmaktadırlar. Bunlarda, hareketin parçalara bölünmesi imkanı yoktur. Böyle olunca, bunlara teşebbüs mümkün olamamaktadır.

Taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir. Kanun, kişinin "...işlemeyi kastettiği suç..." hükmü ile sadece kasıtlı suçlarda teşebbüsü mümkün gönnüştür.

llı.ınal suçlan söz konusu olduğunda, salt ihmal suçlarından, ihmal suretiyle icra suçlarını ayırt etmek gerekmektedir. Salt ihmal suçlarında teşebbüs mümkün değildir, çünkü suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman henüz geçmiş değilse, o fiili yapmamış olmak, normun ihlali sonucunu doğunnaz . Buna karşılık, suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman geçmişse, suç artık tamamlanmıştır.Tamamlannuş suça teşebbüs olmaz. İhmal suretiyle icra suçlarına gelince, ör., kasten öldünne fiili ihmali bir davranışla işlenmişse, bunlar aslında icra suçları olduğundan, bu suçlara teşebbüs mümkündür.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda, genelde teşebbüsün mümkün olmadığı ileri süıülmüştür. Ancak, kimi, bu suçlarda da teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedirler. Örneğin, çocuk düşürmeye teşebbüs edildiğinde, korkudan kadın da ölmüşse, çocuk düşürtme suçuna teşebbüsün olmadığı söylenemez[3. 5]

Neticesiz suçlarda, ör. tehdit, hakaret, vs., kural olarak teşebbüs mümkün değildir. Ancak, bu suçlarda, hareket parçalara bölünebildiğinde teşebbüs mümkün olabilir. Örneğin, mektupla tehdit, mektupla hakaret suçlarında, hareket parçalara bölünebildiği içindir ki teşebbüs mümkün olabilmektedir.

il. SUÇA İŞTİRAK

A. Genel olarak, B. lştirakiı esasını açıklayan •düşünceler, C. *Kaıuwıwı düzenlemesi, D. iştirakin şartları, 1. Birden çok failin katılımı,* 2. *Suç en azmdmı*

341 Antolisei, Manuale,PG., s. 510.

teşebbüs derecesinde gerçekleştirilmiş olmalıdır, 3. Nedensel katkı, 4. iştirak iradesi, E. Suçu ağırlatıcı ve hafifletici nedenleriıı ortaklara geçmesi, 1. J□ı;tirak halinde işleıieıı suçu ağırlatan ve hafifleten genel nedenler, 2. *Kanunun 37. maddesinin* 2. *fikrası, 38. maddesinüı* 2. *ve 3. fıkmsı hükmünde yer alan suçu ağırlatan ve hafifleten nedenler, 3. Oı1aklaşarak işlendiğinde suçu ağırlatan ve lıafifleten nedenlerin suç ortaklarına sirayeti, a. Kişiye bağlı ağırlatan nedenler, b. Fiile bağlı ağırlatan nedenler, F. lşleıieıı suçun kararlaştırılan suçtaıfarklı alınası, kararlaştırılan suç yamıda başka bir suçun dalıa işleımıiş olması,* G. *Suça iştirakten gönüllü vazgeçme, H. Ceza Kanununda iştirakin türleıi, 1. Faillik,* 2. *A.vnettinne, 3. Yardım etme, a. Suç işlemeyi teşvik etmek, suç karanm kuvvetlendimıek veya fiilin işlenınesiıuieıı sonra yardımda bulunacağım vaat etmek, b. Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstennek veya.fiilin işlenmesinde kullaıuılaıı araçları sağlamak,* c. *Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardmuia bulunarak icrasını kolaylaştımak*

A. Genel Olarak

Suçlar tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden çok kişi tarafından da işlenebilmektedir. Kanunun suç saydığı bir fiili birden çok kişinin birlikte işlemesine suça iştirak denmektedir[346].

Suça iştirak, ya arızi iştirak, ya da zorunlu iştirak biçiminde olur. Kanun, Birinci Kısım, Dördüncü Bölüm, 37-41. maddelerinde arızi iştiraki düzenlemiştir. Zorunlu iştirakte birden çok kişinin birlikte suç işlemesi suçun bir unsurunu oluşturduğundan, bu tür iştirakin genel bir düzenlemesi bulunmamaktadır. Zorunlu iştirak halinde işlenen suçlara çok failli suçlar da denmektedir. Bunlar tek tek kanunun özel hükümleri arasında yer almaktadırlar. Bu nedenle, suça iştirak dendiğinde, genel olarak arızi iştirak anlaşılmaktadır.

Kanunilik ilkesi karşısında, iştiraki düzenleyen kurallar, ceza sorumluluğunu ge□leten ceza normlarıdırlar. İştiraki düzenleyen hükümler olmasaydı, birlikte suç işleyen birçok kişiyi cezalanclırmak mümkün olmazdı. Bu özellikten ötürü, söz konusu hükümler, tercim edici normlara nispetle tamamlayıcı ceza normlandırlar. Böyle olunca, kiminin düşüncesinin aksine, birlikte suç işlemeye "iştirak suçu" demek yanlış olur, doğrusu, suça katılma veya suça iştiraktir.

)46 Pedrazzi. Il concorso di persone nel reato, Palermo 1952; Deli' Andro, La fattispecie plrisoggetiva in diritto penale, Milano l956; Gallo, Lineamenti di una teoria del concorso di persone nel reato, Milano 1957; Boscorelli, Conributo alla teoria del concorso di persone nel reato, Padova 1958; Frosali, Concorso di persone net reato, Novissimo digesto italiano, III, Torino, 1959, s. 1018; Latagliata, Concorso di persone nel reato (dir. pen.), Enclopediia del diritto, VIII, Milano 1961, s. 568; ID., I principi del concorso di persone nel reato,Napoli 1964.

Kanunun gerekçesinde ileri sürülenin tersine, suça iştirakin sorunları pek fazla değişmiş değildir; bunlar, dün ne iseler, hemen hemen bugün de odurlar. Kanun koyucu yeni bir şey icat etmiş değildir. Gerçekten, temel sonmlar, iştirakin esası, suça kaulma iradesi, nedensel katkı, karnrlaştırılmayandan sorumluluk, suç ortaklığından çekilme ve suçu etkileyen nedenlerin sirayetidir. Kuşkusuz, farklı çözümler, farklı sistemlere vücut vemiiştir. Örneğin, Rocco Kanununun koyduğu sistem, Zanardelli Kanununun koyduğu sistemden farklıdır. Alman doktrininde konu daha farklı düşünülmektedir. Geçmişin kazanımları bir tarafa atılarak, tabiri caizse "deve mi kuş mu olduğu" belli olmayan bir şeyin, bir "icat" olarak takdimi yanlış olmuştur.

B. İştirakin Esasını Açıklayan Düşünceler

Birçok kişi katılarak birlikte bir suçu işlediklerinde, kanunun suç olarak tanımladığı fiili işleyen kimse/kimseler yanında, aynı zamanda aslında yasak olmayan davranışlarla cürmi fiilin işlenmesine katılan kimselerin cezalandırılmasının esasının ne olduğu konusu tartışmalıdır.

Geleneksel anlayışta, birden çok kimse tarafından işlendiğinde bile, suç bir bütündür, bölünemez. Bundan ötürü, suça iştirak, çok faille işlenen tek bir suç olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu düşünce eleştirilmiştir: Faillerin çokluğu yanında her faile ait hareketlerin de çokluğu söz konusu olduğundan burada tek bir suçtan değil, ama birçok suçtan söz edilebilir. Böyle olunca, birden çok kimse birlikte suç işlediklerinde, "suça iştirakten" değil, "iştirak suçundan" söz etmek gerekmektedir. Eleştiri tutarlı değildir. Gerçekten, iştirak halinde suç işleyen kimselerin hareketleri birbirlerinden bağımsız değildir, tersine hepsi birlikte tek bir işe, tek bir faaliyete, açıkçası kanunun suç saydığı bir fiili birlikte işlemeye yöneltilrnişlerdir. Kuşkusuz doğada suç yoktur, suç hukukun yarattığı bir kavramdır. Bu yüzden, olgusallığın esas olduğu fizik alemde bağımsızlık gösteren bir şeyin, amaçsallığın esas olduğu normatif alemde, gereksininilerinin sonucu olarak farklı algılanması imkansız değildir. Suç ortaklarının hareketleri fizik alemde esasen birbirlerinden bağımsız da olsalar, faillerinin amaçlarını göz önünde tutarak, hukuk, onları iştirakte bir bütün olarak görmektedir. Böyle olunca, suç çokluğundan değil, ama tek bir suçtan; dolayısıyla iştirak suçundan değil, ama suça iştirakten söz etmek doğru olmaktadır.

Alman doktrininde ortaya konan ve halen de o ülkede geçerli olan bir düşünce, birden çok kimsenin faaliyetlerinin sonucu olarak gerçekleşen bir suçta, yani iştirak halinde işlenen suçlarda, kendisinden fer'i hareketlerin ayrılabildiği asli bir hareketin olduğunu kabul etmekte, dolayısıyla sadece asli hareketi gerçekleştiren

kişi veya kişileri "fail" saymakta, diğerlerini "suça katılan" olarak nitelendirmektedir. Bu ikinciler, yani suça katılanlar, bir başına hukuka aykırı fiilin nedeni değildirler, failin gerçekleştirdiği suçla ilişkili kılındıklarında ancak davranışları bir anlam kazanmaktadır. Gerçekten, kanunun suç saydığı fiilin işlenmesine katılanların hareketleri kendiliklerinden cezalandırılabilen hareketler değildirler, çünkü kanunun suç olarak tanımladığı bir fiili gerçekleştirmemektedirler. Bunlar, cezalandırmanın konusu yapılıyorsa, bu, iştiraki düzenleyen hükümlerden gelmektedir. Öyleyse, kanunilik ilkesi karşısında, iştiraki düzenleyen hükümler, ceza sorumluluğunu genişleten ceza normlarıdırlar. Esasen ceza konusu olmayan hareketler, bu yolla, ceza konusu yapılmaktadır. Bu düşüncenin zorunlu sonucu, iştirak halinde işlenen suçlarda, asıl fiil gerçekleşmiş olmadıkça, gerçekleşmiş olan fer'ı davranışların tek başlarına cezalandırılamayacakları esasıdır. Burada, asıl fiilin gerçekleşmiş oınıası, suça iştirakin zorunlu şartı olmaktadır. Ancak, bu düşünce doktrinde eleştirilmiştir. Bir kere, suça katılanların hareketleri münferiden, yani bir ötekinden bağımsız olarak göz önüne alınamaz, çünkü suçu gerçekleştiren hareketler, gerek öznel gerekse nesnel olarak belli bir amaca yönelmiş olan bir bütün teşkil etmektedirler. Suçun işlenmesine katılan çeşitli hareketleri birbirine bağlayan bağ, yani hep birlikte bir suçu işleme iradesi, fail denen kişinin fiilini suça katılan kişilerin hareketlerinden ayrı saymaya imkan vermemektedir. İştirak eden kimsenin işlenmesine katıldığı fiil, başkasına ait bir fiil değildir, kendi fiili gibi sorumlu tutulduğu bir fiildir. Öte yandan, cürmı fiile iştirakin birçok hallerinde, açıkçası suçu birden çok fail birlikte işlediğinde, yani fer'ı hareketlerin katılımı söz konusu olmadığında, iştirak.in varlığı inkar edilmektedir ki, bu, kabul edilebilir bir sonuç değildir.

Bir düşüncede, iştirakin esası nedenselliktir. Suça katılan kimseler hukuka aykın fiile birlikte neden olduklarından, o fiilin doğmasına neden olan herkes, fiilden sorumlu olmalıdır. Yapısından ötürü netice tektir ve bölünemez. Bunun sonucu olarak, neticenin meydana gelmesini sağlayan şartlar eşittirler. O halde suçun meydana gelmesine katılan herkes, suçun bütününü gerçekleştirmektedir, dolayısıyla ortaklaşa işlenen suç bir bütün olarak her ortağa yükletilmelidir. Düşünce eleştirilmiştir. Bir kere nedenlerin eşitliği, yani neticeyi meydana getiren her şartın neden sayılması çok tartışmalı bir konudur. Ayrıca, somut olarak, nedenlerin eşitliğini kanıtlamak olanağı da yoktur. Öte yandan, bu düşünce salt nedenselliği esas aldığından, iştirakte kusuru görmezlikten gelmektedir. Her halde, iştirakte, suça katılan kişilerin kusurları göz önüne alınmak zorundadır.

Başka bir düşünce, iştirakin esasını "cemiyet" veya "örgüt" denen be□cri olguda aramaktadır. Gerçekten, insanlara vergi bir özellik, cemiyetleşebilmeleri, örgüt ı..l1rabilmeleri, yani örgünleşebilmeleridir. Örgünleşme, birçok şeyi yapmada tek tek fenlerin güçlerinin yetmemesi, belli amaçlara ulaşmada güçlerini birleştirmelerinin gerekli olduğu olgusuna dayanmaktadır. Gerçekten, birleşme, örgün olma, imkansız olan *bir* işi mümkün kılabilir. "Birlikten kuvvet doğar". Çoğu kez kuvvetleri birleştirmek başarıyı kolaylaştırır. Örgünleşme, yapısı bakımından aynı amacıgüden birçok kişinin varlığını ve birbiriyle ilişkili olarak birlikte bir iş yapmalarını gerektirmektedir. Örgünleşme iş bölümünde bulunmayı gerektirir. Bir amaçlara ulaşmak için aralarında örgüt kuran, yani örgünleşen fertler, zorunlu olarak, yeteneklerine ve güçlerine göre, aralarında işbölümü yapmaktadırlar. Bunun sonucu olarak, örgünleşme olgusunda, tek tek kişilerin davranışları karşılıklı olarak birbirini tamamlamakta, birlikte tek bir iş meydana getirmektedirler. O halde, suça iştirak, örgünleşme olgusunun, ceza hukukundaki belirtisinden başka bir şey değildir. Gerçekten, cürrru bir fiile iştirak etmede, birçok kişi, belli bir amaca ulaşmak için, güçlerini birleştirmekte ve aralarında işbölümü yapmaktadırlar. Her bir ortak, öteki ortaklarca istenmiş olan neticenin gerçekleştirilmesine, onların da katıldığını bilerek katkıda bulunmaktadır. Katılanlar arasında, burada da, bir işbölümü gerçekleşmektedir. İşte bu işbölüınü sayesinde, çeşitli birçok davranış birbirleri ile ilişkili olmakta ve tümü birlikte bir bütünü oluşturmaktadır[347].

Biz bu düşünceyi bölüşüyoruz.

Düşünceden iki önemli sonuç çıkmaktadır:

- Suça iştirakte her münferit hareket bağımsızlığını yitirir. Hareketler tek bir amaca yönelmiş olduklarından ve karşılıklı olarak birbirlerini tamamladıklarından tek bir faaliyetin, tek bir işin, açıkçası tek bir fiilin unsurlarını oluşturmaktadırlar.
- Çeşitli hareketler, her bir ortağa ve birlikte hepsine ait olarak, tümü bir blok teşkil etmektedir.

Suça katılanlar arasında amaç nasıl ortaksa, ortakların gerçekleştirmek istedikleri amacı sağlamak için yaptıkları hareketler de aynı şekilde ortaktır. Böyle düşünmek hukukun gerçeklerine de uymaktadır, çünkü hukuk, faile sadece kendi davranışının sonuçlarını yüklememekte, aynca davranışında göz önüne aldığı kendi davranışı dışında kalan diğer davranışların sonuçlarını da yüklemektedir. Gerçekten, hukukta,

---

w1 Antolisei, Manuale, PG., s. 551.

insan fiilinden kaynaklanmayan, ancak onun tarafından amaçlarını gerçekleştimıede hesaba katılan güçler bizzat faile ait sayılmaktadır. Bir hayvan veya bir aygıt vasıtası ile başkasının bir şeyini o kişinin rızası hilafına alan kimse hrrsızlık suçunu işlemiş sayılmayacak mıdır? Aynı şekilde batmakta olan bir gemiye hasmını bağlamış olan kişi onu öldüm1ekten sorumlu tutulmayacak mıdır? Hiç kuşku yoktur ki fail, bu hallerde fiilinden sorumlu olacaktır. O halde, bu doğruysa, suça iştirakte ortakların hareketleıinin birbirinden bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir, çünkü hareketlerin her biri, bir tek işin, açıkçası bir tek fiilin ona vücut veren bir parçasını oluştunnak.1adır. Eğer söz konusu hareketler sadece kendilerini doğrudan meydana getirenlere ait değil de suça katılanların her birine aitseler, buradan, sadece asıl denen, yani kanunda tanımlanmış olan fiili yapan kimsenin değil, ama ortaklardan tümünün suçun faili oldukları sonucu çıkmaktadır. Öyleyse, suça katılan her bir ortağın sorumluluğu, katıldığı suçun faili olmasından ileri gelmektedir, çünkü her bir ortağın hareketi, birlikte bir bütün olarak, işlemesi kastedilen suça vücut vermektedir.

C. Kanunun Düzenlemesi

Kanun, gerekçesinde 765 sayılı Kanunun "aslı" ve "fer'ı iştirak", "aslı maddı" ve "asli manevı iştirak", "fiili irtikap eden" ve "doğrudan doğruya beraber işleyen", "zorunlu fer'i iştirak" vs. ayırımlarını, kişinin suçun işlenişine katkısının gerçekleştirilen suç içerisinde değil de ondan bağımsız olarak ele aldığı için sakıncalı bulmuş, dolayısıyla o sistemden vazgeçtiğini belirterek, suça iştirak konusunda yeni bir sistem getirdiğini ileri sürmektedir. Kanun, getirdiği sistemin temeline ne anlama geldiği doktrinde belli olmayan, anlamı kendinden menkul "suçun işlenişi üzerine ortak hakimiyet" kavramını koymuştur.Kanunun iştiraki düzenlemesine bakıldığında, asli-fer'i iştirak ayırımının isim değiştirdiği ama kalkmadığı gözlenmektedir. Kanun 37. maddede "faillik" madde başlığı altında asli iştiraki, 39. maddede "yardım etme" başlığı altında fer'i iştiraki düzenlemiş olmaktadır. Gene, Kanun, 38. maddede "azmettinne" madde başlığı altında v39/2 a maddesinde asli manevi iştiraki düzenlemiş bulunmaktadır. Bu demektir ki, Kanun, gerekçenin aksine olarak, suça katılanların suça nedensel katkılarını göz önüne almış, dolayısıyla faillerini, asli ve talı failler olarak bir ayırıma tabi tutmuştur. Öyleyse, Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, sadece cürmı fiili "doğrudan doğruya beraber işlemek" ve "zorunlu feri iştirak" halini kaldırmıştır. Gerekçeden, zorunlu feri failin asli faillik içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Ancak, gerekçede zorunlu feri faillik için verilen "bir iş yerinde işlenen silahlı yağma suçunda dışarıda gözcülük yapan kişi" örneği doğru, açıklaması yanlıştır. Zira 765 sayılı Kanun, suça katılan kişinin davranışının suçtaki değerini, hiçbir

unan "suçun bütününden bağımsız olarak" değerlendinnemiş, her zaman suçun bütünü içerisinde göz önüne alnuştır. Zaten, doktrin ve uygulama, belirtilen biçimde oluşmuştur. Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, düzenlemesinde, doktrinde tartışmalı olan "dolayısıyla faillik" kavramına yer venniş, 40. maddede "bağlılık kuralı" başlığı altında kendisine göre "suça iştirakin şartlarını" belirlemeye çalışmıştır. Görüldüğü üzere, Kanun, iştirakin esasını açıklayan düşüncelerin her birinden bir parça alarak, "ne kuş ne deve misali" karma bir sistem meydana getinniştir. Biz sanıyoruz ki, 41. maddenin gerekçesinde yer alan "gerçekleştirilen suçun bütünlüğü" , "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" , "birlikte suç işleme kararı"," iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlaması", "birlikte suç işleme kararının varlığı" vs. kavramlarından, Kanunun, bizim de katıldığımız sonuncu düşünceyi, yani iştirakin esasını "cemiyet" veya "örgüt" denen beşeri olguda bulan görüşü benimsemiş olduğu sonucuna varabiliriz. 39. maddede "yardım etme" madde başlığı altında ayrıca fer'i failliğe yer verilmiş olması, Kanun koyucunun özellikle Alman doktrini benimsediği anlamına gelmez, çünkü yapılan bu düzenleme, sadece suça daha az nedensel katkıda bulunan kimsenin daha az ceza ile cezalandırılması anlamına gelmektedir.

D. İştirakin Şartlan

Kanun, 40. maddede "bağlılık kuralı" adı altında kısmen suça iştirakin şartlarını düzenlemiştir. Bu maddede, hangi şartlar oluştuğunda, birden çok kimsenin birlikte hareketi sonucunda ortaya çıkan suçun, iştirak halinde işlenmiş suç olduğu hususu düzenlenmiştir. Suça iştirakin şartları, genel olarak, suçun işlenmesine birden çok failin katılımı, suçun en azından teşebbüs derecesinde gerçekleştirilmiş olması, suça katılanların davranışlarının suçun gerçekleşmesine nedensel katkısının bulunması, suça katılanların ortaklık iradesidir

1. Birden Çok Failin Katılımı

Suça iştirak, en başta, birden çok kimsenin, niteliği gereği olarak tek bir faille işlenebilen bir suçun icrasına katılmış olmasını gerektirmektedir. Bu demektir ki,· birden çok kişinin cürıru fiilin icrasına katılmış olması, suça iştirakin temel şartıdır. Ancak, buradan, bir suçun icrasına maddi olarak katılmış olan herkes, acaba o suçun faili sayılacak midir sorusu ortaya çıkmaktadır.

Gerçekten, isnat yeteneği olmayan, kanunun kullandığı terimle kusur ehliyeti bulunmayan bir kimsenin, bir tüzel kişinin maddeten cürmi fiile katılmış olması suça iştirak için yeterli midir sorusunu akla getirmektedir. Kanun, 20. maddede, suçun failinin sadece gerçek kişi olduğunu, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, tüzel kişinin

ancak güvenlik tedbirlerine muhatap olabileceğini kabul etmiştir. Böyle olunca, akla gelen ilk soru, suça iştirakte, tüzel kişilerin fail olup olamayacakları meselesidir. Kanun "Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırıum uygulanmaz" diyerek tüzel kişiyi cezaya ehil gönnemiştir. Buradan, bir gerçek kişi yanında bir de bir tüzel kişi suça katıldığında, suçun, suça iştirak halinde işleyip işlenmediği tartışması ortaya çıkınal'tadır. Biz, kanunun düzenlemesi karşısında, tüzel kişinin, iştirak halinde suç işlemesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla fail olamayacağını düşünüyoruz.

Gerçek kişilere gelince, birçok yazar, suça iştirak eden sıfatını kazanabilmesi için suça maddeten katılan kimsenin isnat edilebilir olması, yani akıl hastası olmaması, yeterli zihinsel olgunlukta bulunması ve ayrıca kast ile hareket etmiş olması gerektiği kanaatindedir. Böyle olunca, isnat edilebilir olmaktan çıkarılan, isnat yeteneğini haiz olmayan, başkası tarafından hataya düşürülen ve maddi cebir altında hareket etmek zorunda kalan bir kimse, maddeten cürmi bir fiilin icrasına katılmış olsa bile, suç ortağı, yani suça iştirak etmiş sayılmayacaktır. Bütün bu hallerde, ancak cezadan sorumlu olabilen kişi suçun faili olabilir. Burada, cünru fiilin maddeten icrasına katılan kişi "araç" kabul edilirken, cezadan sorumlu olabilen kişi "dolayısıyla fail" sıfatını kazanmaktadır: İsnat yeteneğinin yokluğu halinde kişi, "pasif araç", diğer hallerde "kusurlu araç" olarak nitelendirilmektedir.

Dolayısıyla faillik düşüncesi eleştirilmiştir:

İsnat yeteneğine sahip bulunmayan kimseler, kural olarak, bir kimsenin elinde pasif vasıta olacak kadar şuur ve iradeden yoksun değildirler. Kusurlu vasıta nitelemesi de bir çelişkidir. Bir kimse kusurlu ise vasıta değildir. Bu durum karşısında, bir suçun işlemesine maddeten katılan herkes, o suça iştirak etmiş sayılır, yani osuçun failidir. Suça katılan bazı kimselerin isnat yeteneğinden yoksun olması, bazı kimselerin suçun işlenmesine zorlanmış bulunması, o kimselerin cezaya muhatap olmamalarını sağlar, ancak faillik sıfatını etkilemez. Böyle olunca, suça iştirakten söz edilebilmek için, suça katılan kişilerin her birinin ceza sorumluluğunun olmasına gerek yoktur, sadece tek bir kişinin ceza sorumluluğunun olması yeterlidir. Bununla birlikte, Kanun, tartışmayı doktrine bırakmamış, 37/2.madde hükmünde, açıkça dolayısıyla failliği düzenlemiştir: "Suçun işlenmesinde bir ba.□kasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası üçtebirden yansına kadar artırılır". Dolayısıyla faillik, gerekçede, "Kişi suçu bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. Bu durumda arka plandaki kişi, suçun icra hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hakimiyet kunnaktadır ve bu hakimiyet nedeniyle fail olarak sorumlu tutulmaktadır"

biçiminde tanımlanmıştır. Öte yandan, isnat yeteneği olmayan kişinin suçun icrasında araç olarak kullanılması, sadece bir suç işlcnınenıeklc aynı zamanda isnat yeteneği olmayan kişi istismar edilmektedir denerek, failin cezası aıtırılınaktadır. Bu dunıında, ör., A, isnat yeteneği olmayan B' yi ikna ederek, hasmı C' yi öldürttüğünde; B sadece "araç" olduğundan, A, B'nin öldürme fiiline iştirak etmiş olmayacak, kendisinin işlememiş olduğu bir fiilin, işlemişçesine faili olacaktır. O zaman, oıtada birden çok fail olmadığından, her halde suça iştirakten de söz edilemeyecektir. Oysa, burada, A, C'yi öldürmemiş, B'yi C'yi öldürmeye azmettinniştir. Fiili öldürmek değil, öldürmeye azmettirmektir. Gerçekten, B isnat yeteneğine sahip bir kimse olduğunda, bu kez suça iştirak söz konusu olmakta; A artık "fail" olmamakta; fail, B olmakta; Ada, azmettiren olmaktadır. Bu çelişkili bir durumdur. Kanun koyucunun, bu yolu seçmede, maksadının ne olduğu anlaşılamamaktadır, çünkü dolayısıyla failliğe gitmeden, iştirake ilişkin sorunların çözülmesi, sanılanın tersine imkansız değildir.

2. Suç En Azından Teşebbüs Derecesinde Gerçekleştirilmiş Olmalıdır

Bir suça iştirak edilmesi için, birden çok failin bulunmasından ayn olarak, faillerden en azından birinin, kanunun tanımladığı cürıru fiili, teşebbüs derecesinde gerçekleştirmiş olmalıdır. Bu şart gerçekleşmiş olmadıkça iştirakten söz edilemez. Kanun, 40. maddede, *"suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir"* demektedir. Burada kasten ve hukuka aykırı olarak işlenmiş fiilden maksat, herhalde kanunun 37. maddede tanımlamış oldu.ğu "suçun kanuni tanımında yer alan fiil" olmaktadır. Gerçekten, kanunun suç olarak tanımladığı bir fiilin işlenmesine teşebbüs edildiğinde veya o fiil tamamlandığında ancak bir suçtan ve bir suça iştirakten söz edilebilmektedir. Kanun "kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilden" söz etmekle birlikte, özellikle "cezalandınlabilir" olan bir fiilden söz etmemektedir. Bu demektir ki, failin işlediği fiilin nesnel anlamda hukuka aykın olması yeterlidir, aynca fiilin cezalandınlabilir olmasına gerek yoktur.

Gerçekten, Kanunun 40. maddesi hükmünde yer alan "diğerlerinin cezalandınlmasıru önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın" ibaresi bizi doğrulamaktadır. Ohalde, ör.,cezayı ortadan kaldıran nedenlerinbulunması, failin isnat edilebilir olmaması, vs. hallerinde iştirak mümkündür. Kanun, failin, fiili bilerek ve isteyerek, yani kasten (m.21) işlemesini şart koşmuştur. Bundan anlaşılan, suça iştirakin, sadece kasıtlı suçlarda mümkün olduğudur. Bu dernek oluyor ki kanun koyucu, taksirli suçlarda, suçtan iştirak halinde sorumluluğu kabul etmemiştir.

Gerçekten, 22. maddenin gerekçesinde, "Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkes kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulur"

ve "...ameliyatta işlenen taksirli suçun işlenişi açısından suça iştirak kuralları uygulanmaz" diyerek, taksirli suçlarda suça iştiraki mümkün görmemiştir. Kanun, 40/3 maddesi hükmünde azmettiren ve yardım edenlerin suça iştirakten ötürü sorumlu tutulabilmeleıi için, ortada hiç olmasa failin biri tarafından en azından teşebbüs derecesinde gerçekleştirilmiş bir fiilin bulunmasını şart koşmaktadır.

Böyle olunca, Kanun, salt bir ifade olarak kalan veya suçun kanuni tanımında yer almayan davranışları, şartları varsa başka bir suçu (ör., m. 214, 220, vs.) oluştum1aları hali hariç, cezalandırılabilir nitelikte görmemiş olmaktadır. Gerçekten, ör., A, B'yi, C'yi kasten öldürmeye azmettirse, D, Eve F de yardımda bulunmayı vaat ederek suçta kullanılacak araçları sağlamış olsalar; B'nin "bir insanı kasten öldürme" fiili en az teşebbüs derecesinde işlenmiş olmadıkça, azmettiren ve yardım edenler, iştirak halinde, bilerek ve isteyerek bir insanı öldürmeyi istemiş olmalarına rağmen kasten öldürme fiilinden (m.81) sorumlu tutulamazlar, çünkü ortada gerçekleşmiş bir kasten öldürme suçu yoktur. Kuşkusuz, olmayan bir suçtan kimse cezalandırılamaz.Kanun, gerekçesinde, "failin işlediği fiilin kasten işlenmesini" şart koşmakta, ancak "failin bu fiil nedeniyle ayrıca kusurlu olmasına gerek yoktur" demektedir. Kanun koyucunun kafası karışıktır. Geçerli doktrin olarak, kusurluluğun gerek tabiatçı anlayışında gerekse normatif anlayışında kast ve taksir kusurluluğun türlerini oluşturmaktadır. Fiilinden bağımsız olarak failde kusurluluk aramak, kusurlu fiili değil de kusurlu faili esas alarak veya kınanabilirliği fiilden kaldırarak faile yüklemek, böylece kusurluluğu suçun unsuru olmaktan çıkarmak ve alışılandan farklı "fail kusuruna" dayalı bir ceza hukuku anlayışını benimsemek, hakimi onurlandırmak değildir, hakimi araç kılarak kanun koyucunun totaliter eğilimlerini tatmin etmektir.

3. Nedensel Katkı

Suça iştirakten söz edilebilmesi için, katılanların davranışı "kanuni tanımda yer alan fiil" ile nedensel olmalı, yani fiilin gerçekleşmesine katkıda bulunmalıdır. Kanun, gerekçesinde "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" derken, hakimiyetin bir anlamı da "etkili olmak" ise, suça iştirakte, ortakların davranışlarının cürmi fiil üzerinde nedensel etkisine işaret etmiş olmaktadır. Gerçekten, bir şey üzerinde hakimiyet kurmak, o şeyin olmasına nedensel katkıda bulunmaktır. Böyle olunca, katılanın davranışının cürmi fiilin gerçekleşmesine nedensel bir katkısının bulunmaması halinde, o kişi suç ortağı olmaz. Örneğin, A kapı açmaya yarayan bir araçı B'ye sağlasa, Ancak B, aracı kullanmak ihtiyacı duymadan, soymak istediği eve kapısını kırarak girse ve soysa, A'nın davranışının B'nin işlediği suçta nedensel bir etkisinin bulunduğu söylenemez. O nedenle, A,

niyeti ne denli kötü olursa olsun, B'n.in işlemiş olduğu hırsızlık suçuna iştirak etmiş sayılmaz.

Ancak nedensel katkının niteliği tartışmalıdır

Kimi ortağın davraruşıun cürıru fiilin zorunlu şartı olması gerektiğini ileri sünnektedir. Öyle ki şart, zihinsel olarak yok sayılamamalıdır, yani gerçekleşmediği takdirde, cünni fiilin gerçekleşmesi de olası görülmemelidir. İştirakte sorumluluğun sınırlarını çok daralttığı için bu düşünce eleştirilmiştir. Gerçekten, ona itibar edildiğinde, suça katılanlardan birin.in veya birkaçının işini kolaylaştıran kimse suça iştirak etmiş sayılmayacaktır.

Kimi, suça iştirakte katılanların sorumlulukları belirlenirken, sadece davranışlarının cünni neticenin gerçekleşmesine katkısını göz önüne alınmayı yeterli gönnemekte, aynca o neticeyi meydana getiren hareketlere katkısı olan davranışları da göz önüne almayı gerekli görmektedir: Elbette, kendisi olmadan suç gerçekleşmiyorsa hareket nedenseldir. Ancak, bir hareket olmadığında, fiilen gerçekleşmiş olan belli bir icrai veya ihmali hareket gerçekleşemiyorsa, bu hareket de cürmi fiille nedenseldir. Başka bir deyişle, bir ortağın davranışının eksikliğinden ötürü eğer öteki ortakların davranışlarında bir değişiklik olacaksa, bu davranışın cünnifiil üzerinde etkisiz olduğu söylenemez, dolayısıyla bu ortak da öteki ortaklarla birlikte suça iştirakten sorumlu olacaktır. Kuşkusuz, tersi ortaya çıktığında, katılanın davranışı cürmi fiille nedensel olmayacak, dolayısıyla katılan, suça iştirak etmiş sayılmayacaktır. Örneğin, bir hırsızlık şebekesinde, sadece gözcülük görevini yerine getiren kimsenin hareket.ini cürrni fiilin işlenmesinde etkisiz saymak mümkün değildir, çünkü gözcü katılmamış olsaydı, öteki ortaklar, mutlaka aralarında yaptıklarından daha farklı bir işbölümü yaparlardı[348]. Biz, suçluluk.la mücadelede, bu ikinci düşüncenin, ihtiyaçları daha iyi karşıladığı kanaatindeyiz.

Suça manevi iştirak söz konusu olduğunda, iştirak.in türünün önemi yoktur, yeter ki katılma failde suç fikrini doğurmuş veya mevcut bir suç fikrini kuvvetlendirmiş olsun. Ancak, fail zaten kastettiği suçu işlemeye kararlıysa, sadece basit bir "tavsiyede" bulunmuş olmak, suça iştirak etmiş olma sayılmaz, çünkü tavsiyede bulunmanın, cürmi fiilin meydana gelmesinde nedensel bir etkisi yoktur.

Cürmi fi.ilin işlenmesine nedensel katkı sağlama, icrai bir hareketle olabileceği gibi, kuşkusuz, ör., çalıştığı evi soymak isteyen hırsızlarla anlaşan hizmetçinin geçe kapı ve pencereyi örtmeyerek soygunun gerçekleşmesine katkıda bulunmasında olduğu gibi, ihmali bir hareketle de olabilir. Ancak, ihmali hareketle suça katılma

:ıcı Antolisei, Manuali, PG., s.562.

söz konusu olduğunda, sadece ihmali bir harekette bulunmak yetmez, aynca ihmalin hukuki bir yükümlülüğün ihlali olması gerekir. Bu bağlamda olmak üzere, ör., gözü önünde olan bir kavgayı bilerek ve isteyerek engellemekten kaçınan bir güvenlik görevlisi. kavga sonunda bir kimse ölürse veya yaralansa, ihmali bir hareketle acaba kasten öldürme suçuna iştirak etmiş sayılacak mıdır, bunun irdelenmesi gerekmektedir. Bir yurttaş aynı davranışta bulunsa, kavgayı önlemek konusunda hiçbir yükümlülüğü olmadığından, herhalde suça iştirakten söz edilemeyecektir.

Cünni fiilin işlenmesine nedensel katkı, suç tamamlanmadan önce olmalıdır. Öyleyse, suç tamamlandıktan sonra, artık suça iştirak mümkün değildir. Gerçekten, ör., A, cesedi saklamaya B söz verdikten sonra, bu söze güvenerek C'yi öldürürse, B kasıtlı öldürme suçuna iştirak etmiş olur. Ancak, ortada verilmiş bir söz yoksa, B'nin C'nin cesedini saklaması başka bir suç olur (m.281), ama kasten öldürme suçuna iştirak olmaz.

4. İştirak İradesi

Suça iştirak "iştirak iradesini" gerektirir. Bu, suçu, kanunun ifadesini kullanırsak, suçun kanuni tannmnda yer alan fiili, ortaklaşa işlemek iradesidir. Kanun koyucu, bunu, gerekçede "birlikte suç işleme karan" biçiminde ifade etmiştir.

Tartışmasız kabul edildiği üzere, iştirakte, bir suçu işlemek ıçın faillerin aralarında önceden anlaşmış olmalarına gerek yoktur. Eskilerin aradıkları suça takaddüm eden bir anlaşma (previo concerto) suça iştirakin bir unsuru değildir. Ortaklaşarak suç işleme iradesi, bir suçun icrasından önce ortaya çıkabileceği gibi, birden bire, yani aniden de, hatta suç işlenirken de ortaya çıkabilir.

Doktrinde, genellikle, kişinin başkasının bir davranışına katıldığını bilmesi, açıkçası başkası ile birlikte hareket ettiğinin bilincinde olması iştirak iradesinfa varlığı için yeterli görülmektedir. Bu çözüm tatmin edici bulunmamıştır, çünkü bilmeye yer vermiş, ancak kendisinden vazgeçilmesi imkansız olan istemeye yer vermemiştir.

Kimi "iradenin katlımından", yani başkasının iradesine katılmaktan söz etmektedir'[9]. Bu düşünce, çok genel olduğu, yanlış anlaşılmalara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.

Son olarak, kimi, iştirakin manevi unsurunun, başkasının suç oluşturan bir fiilini birlikte gerçekleştirmek iradesinden ibaret olduğu kanaatindedir. Bu iki unsuru gerektinnektedir: Birincisi, gerçekleştirilmesi amaçlanan fi.ilin gerçekleşmesi için,

---

[49] Vannjni, Manuale, s. 214.

başka kimselerle kararlaştırılmış olan, kararlaştırılan ve kararlaştırılacak olan davranışları bilmektir. İkincisi, söz konusu bu fiilin gerçekleştirilmesine kendi eylemiyle katlada bulunmayı istemektir'[50]. Bu düşünce daha tutarlıdır, ihtiyaçları daha iyi karşılamaktadır.

Gerçekten, beşeri davranışların etkileri sayısızdır. Bunlar, çeşitli davranışlar yumağı olarak, birlikte bir neticeyi meydana getirirken, çoğu kez iç içe bulunmaktadırlar. Bundan ötürü, iştirakte, her katılan başkasının davranışına katıldığını bilmek zorunludur. Birçok kimse birbirinden habersiz olarak hareket ettiğinde, davranışları arasında, herhangi bir bağ olmaz. Tabii, böyle olunca, esası karmaşık bir bağıntılar bütünü olan suça iştirakten söz edilemez. Gerçekten, ör., kan ve sevgilisi, birbirinden habersiz, her biri kendi hesabına hareket ederek, kocayı zehirler ve öldürürlerse, kasten öldürme suçunu iştiraken işlemiş olmazlar, dolayısıyla herkes kendi bağımsız fiilinden gerçekleştiği oranda sorumlu olur[351].

Bu çözüm kuramsal olarak doğru olmakla birlikte, birinin ötekinin fiiline katıldığını bilinesi, ancak ender de ortaya çıksa, fiiline katkıda bulunulanın, katkıda bulunanı bilmemesi halinde, pratikte bazı sıkıntılarla karşılaşılmaktadır. Genel olarak, doktrinde, bu durumun, suça iştirak olabileceği kabul edilmektedir. Ancak, kimi, gelinen bu noktanın doğru olmadığı kanaatindedir. Denmektedir ki, gerek mantık, gerekse adalet, iştirak etmekten, kelimenin anlamına bağlı kalarak, başkasının fiiline sadece bilerek katılmayı anlaınaktadır[352]. Kanun, gerekçede," Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi halinde müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir" diyerek, failin haberi olmadan fiiline bir kimsenin katılması halinde iştirakin mümkün olduğunu kabul etmekte, katlasının etkisine bakmadan katılanı yardım eden olarak (CK. m.39) sorumlu tutmaktadır.

lştirak iradesinin olması için, bilme unsuru yanında; aynca, failin, fiilin gerçekleşmesine bizzat davranışı ile katılmak istemesi de gerekmektedir. Bu tür bir irade wrunludur, çünkü suça katılanların hepsi bakımından ortaklığı mümkün kılan tek bir netice üzerinde anlaşma sağlanmış, suç katılanlardan her birinin faaliyetinin bir ürünü olarak gerçekleşmiş olmadıkça, bir suçu ortaklaşarak işleme gerçekleşmiş olmaz.

,ıo Antolisei, Manuale, PG., s. 565.

"" Mantovani, Diritto penale, s. 480.

ın Antolisei, Manuale, PG., s. 566.

İştirak iradesi suça iştirakin her tüıiinde zorw1ludur. Gerçekten, cürmı fiili birlikte işlemek, ister bir icra, isterse bir ihmal hareketi ile gerçekleştirilmiş olsun ve ister maddi isterse, manevi birlikteliğe dayansın, ortaklarda kanunun suç saydığı fiili ortaklaşarak işlemek iradesi yoksa, doğal olarak suça iştirak de yoktur. İcra hareketlerinde, irade; failin, neticeyi mümkün kılan veya en azından kolaylaştıran bir davranışta bulunmayı istemesidir. İhmal hareketlerinde, irade; failin, olumsuz bir davranış ile bir engeli gidermeyi istemesinden ibarettir. Maddi iştirakte, irade; failin, hepsi bir araya gelerek suçun icrasını sağlayan davranışlardan birini yapmayı istemiş olmasıdır. Manevi iştirakte, irade; failin, bir kimsenin hiç akJında yokken akJma bir suçu işleme fikrini sokmayı veya zaten mevcut olan bir suç fikrini kuvvetlendirmeyi istemesidir. Ancak, burada, genel olarak suça eğilimi tahrik etmeyi istemek, ör., demokrasi düşmanlarını öldürün demek yeterli değildir. Belli bir suçun, ör., kasten öldürme, kasten yaralama, vs., işlenmesini talrrik etmek istenmelidir. Öte yandan, suç işlemeyi alenen talrrik etmek (CK. m.214/1) konu dışıdır. Böyle olunca, manevi iştirakte, isteme, belli bir kimsenin veya belirli kimselerin belli bir suçu işlemelerinin tahrik edilmesini istemek olmaktadır.

Bu bağlamda, genellikle bir kolluk yöntemi olarak uygulanan, aralarına katılarak (ajan provokatör), suçu ve faillerini ortaya çıkarına faaliyeti, ciddi tartışmalara konu olmaktadır. Gerçekten, görev icabından olarak, ör., azılı bir uyuşturucu çetesini ortaya çıkarmak çabasında olan kolluk görevlileri, alıcı gibi davranarak, bir kimsenin mal getirmesini sağladıklarında, davranışları ne zaman hukuka uygundur, ne zaman suçtur tartışmalarını ortaya çıkarmaktadır. Hukuk düzenimizde, öncede belirtildiği üzere, kimsenin, hangi amaçla hareket ederse etsin, kanunun suç saydığı bir fiili işlemek olarak bir erki yoktur. Kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesini tahrik etmek suçtur. Böyle olunca, bir kimseyi kanunun suç saydığı bir fiili,işlemeye azmettiren, teşvik eden veya suç işleme kararını kuvvetlendiren kolluk memuru, kanunun 24. maddesi hükmünden yararlanamaz, suça iştirakten sorumlu olur.

E. Suçu Ağırlatıcı ve Hafifletici Nedenlerin Ortaklara Geçmesi

Kanunun suça iştirak hükümleri arasında iştirak halinde işlenen her bir suç için geçerli genel ağırlatıcı ve hafifletici nedenlere yer venniştir.

Suç her zaman yalın olarak ortaya çıkmaz. Kimi zaman, suç, suçu ağırlatan ve hafifleten nedenleri de bünyesinde bulundurabilir. Suça iştirakte, ortaklaşa suç işleyen kişilerin bu nedenlerden sorumluluklarının ne olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, özel hükümlerde, her bir suç için, suçu ağırlatan veya hafifleten nedenlere yer verildiği gözlenmektedir. Örneğin, hırsızlıkta malın

değerinin az olması hafifletici neden, güveni kötüye kullanmak suçunda suça katılanlardan birinin suçun mağduruyla istihdam ilişkisi içinde bulunması cezayı artırıcı bir nedendir.

Burada, söz konusu nedenler ayn değerlendirilecek ve özellikle her bir suçun, iştirak halinde işlendiklerinde, ağılatıcı ve hafifletici nedenlerinin, suç ortaklarına etkisi, yani sirayeti tartışılacaktır.

1. İştirak Halinde İşlenen Suçu Ağırlatan ve Hafifleten Genel Nedenler

Kanun 37. maddesinin 2. fıkrası, 38. maddesinin 2. ve 3. fıkraları hükmünde bazı ortaklar bakımından cezayı artıran ve azaltan nedenlere yer vermiştir. 38. maddenin 3.fıkrası hükmü bir tür "ödüllendirme" niteliği taşımaktadır.

Bu düzenleme dışında, Kanun, suça bağlı olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenler konusunda bir düzenleme yapmamıştır. Bunun nedeni, 765 sayılı Kanununda öngörülen "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması" hakkındaki düzenleme "bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü" olduğu düşüncesidir. "Şeyhin kerameti kendinden menkul" hesabı Tarihi kanun koyucu hikmet buyurmuştur. Başka kanunlar, ör., Faşizmi koruyan tüm hükümlerinden arındırılmış olan, liberal-demokratik bir devletin ceza kanunu olarak halen ülkesinde yürürlükte bulunan ve 20. yüzyılın çok önemli bir ceza kanunu olına niteliğini koruyan Rocco Kanunu, 112 ve 114. maddelerinde cezayı ağırlatan ve hafifleten nedenlerin suç ortakları üzerindeki etkilerini düzenlemiş bulunmaktadır. Kanun koyucunun ikide bir "bağlılık kuralı", yani "fiil üzerinde hakimiyet kurma" dediği şey, her halde Rocco Kanununun kullandığı "kooperare nel delitto" teriminden başka bir şey değildir. Bu da kanunun suç olarak tanımladığı fiili birden çok kişinin birlikte gerçekleştirmesidir. Kanun koyucu, suçu ağırlatan ve hafifleten nedenlerin "kişisel ve fiili olarak ayırıma tabi tutulmasının bilimsel olmadığı" kanaatindedir. Kanun koyucu, maalesef burada sloganla iş görmüştür. Gerçekten "bilimsel olmak" ne demek? Bunu bilen var mı? Mantık kuralı, bir bilinmeyenle diğer bir bilinmeyenin tanımlanmasının mümkün olmadığını söylemektedir•. Böyle olunca, Kanun koyucu, iddia ettiğinin tersine, bir icatta bulunmamış, ama farkında olmadan eksik düzenleme yapmıştır. 765 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde konu ile ilgili olarak çelişkili kararların verildiği savı da tutarsızdır. Yargı kararları arasında çelişkiler varsa, içtihatta birliğin nasıl sağlanacağı, hukuk düzenimizde bellidir. Bu içtihadı birleştirmedir. İçtihadı birleştirme yolunun açık olduğu bir hukuk düzeninde çelişkili kararlar verildiği tezi kuşkusuz tutarlılıktan yoksundur.

Kamın koyucunun mucizevi bir değer verdiği "bağlılık kuralı" ör. kasten nitelikli öldünne suçunda, akrabalıktan gelen ağırlatıcı nedenin ortaklar üzerinde etkisi konusunda bize yardımcı olmamaktadır. Gerçekten, suça katılan ortak, fiiline katıldığı ortak bakımından böyle bir ağırlaştırıcı nedenin olduğunu bilmiyorsa, bu ağırlaştırıcı nedenden karşısında sorumluluğunun ne olduğu bilinmemektedir. Aynı tartışma hafifletici nedenler için de söz konusudur. Örneğin, büyük bir vurgun yapmak isterlerken, failin değersiz bir mal alması halinde ne olacağı bilinmemektedir. Burada, fiile bağlı neden olarak hırsızlıkta malın değerinin azlığının ortaklar üzerinde etkisini "bağWık kuralına" dayanarak açıklama imkanını bulamıyoruz.

Tarihi kanun koyucunun gerekçede "hikmet" yaratacağım diyerek suçu ağırlatan ve hafifleten nedenlerin suç ortakları üzerindeki etkilerini özellikle düzenlememiş olması, kanunu yorumlayan ve uygulayan hakimi bağlamaz. Hakim, bu halde, kast kuralını uygulayarak sorunu çözme imkfuıına sahiptir. Burada, hakim, kanunilik ilkesini ihlal etmiş olmaz, çünkü kast kuralı kanunda mevcut bulunmaktadır.

2. Kamın 37. Maddesinin 2. Fıkrası, 38. Maddesinin 2. ve 3. Fıkralan Hükmünde Yer Alan Suçu Ağırlatan veya Hafifleten Nedenler

Kanun, 37/2. maddesinde, kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezasının üçtebirden yarısına kadar artırılacağını emretmiş bulunmaktadır. Kusur yeteneğinin ne olduğu ve kimlerin kusur yeteneğinin olmadığı kanundan çıkmamaktadır. Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler başlığı altında "kusur yeteneği" hakkında bir hüküm bulunmamaktadır. Biz "kusur yeteneği" teriminden isnat yeteneğini, "kusur yeteneği olmayanlar" teriminden, isnat yeteneği olmamayı, yani yaş küçüklüğünü, akıl hastalığını, sarhoşluğu ve sağır ve dilsizliği anlıyoruz. Suçta yaşı küçük olanları, akıl hastalarını, sarhoşu, sağır ve dilsizi araç olarak kullanan failin cezası ağırlaştırılacaktır. Kanun kusur yeteneği olmayanlar dediğine göre, bu kişiler arasında bir ayının yapmamıştır. Bu durumda, ör., oniki yaşından küçük çocuk da, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş ama onbeş yaşını doldurmamış olan da, fiili işlediği zaman onbeş yaşını doldurmuş ama onsekiz yaşını doldurmamış olan kişi d□kusur yeteneği olmayan sayılmaktadır.

Kuşkusuz bu ağırlatıcı neden, hangi ortak suçta kusur yeteneği olmayan bir kişinin kullanıldığını biliyor ve istiyorsa, kast kuralının gereği olarak, sadece o ortak bakımından hüküm ifade edecektir. Ancak, burada, tartışılması gereken konu, fail, suçta kullandığı kişinin ör., yaşında, akıl sağlığında, vs. hataya düştüğünde, bu ağırlatıcı nedenin nasıl uygulanacağıdır. Hata fail lehine mi değerlendirilecektir; bu bilinmemektedir. Gerekçede bir açıklık yoktur. Hata esaslıysa, her halde hatadan fail yararlanacaktır. Bu çözüme rağmen, burada, suçta kullanılan kişi bakımından isnat

yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler kullanan fail bakımından fiili hatanın konusu olabilir mi sorusunun zihinleri işgal ettiğini de unutmamak gerekmektedir.

Kanun, 38/2.maddesinde, anlaşılması zor diğer bir ağırlatıcı nedene yer venniştir. *"Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanmak suretiyle suça {lZJneıtimıe halinde, azmettirenin cezası üçtebirden yarısına kadar artırılır".* Ancak, çocukların suça azmettirilmesi halinde, üstsoy ve altsoy ilişkisine bakılmaksızın ceza artırılmaktadır.

Kanun, 37/2.maddeden farklı olarak, her nedense "kusur yeteneği olmamak" terimini kullanmamış, "çocuk" terimini kullanmıştır. Öyleyse, isnat yeteneğinden yoksun çocuk olmayan kişileri suça azmettirme bu ağırlaştırıcı nedenin kapsamı dışında kalmaktadır. Söz konusu iki hüküm arasındaki farkın ve belirtilen bu farkın nedeni anlaşılmamaktadır. Acaba "çocuğu" bir suçu işlemeye azmettirmekle, madem çocuğun "kusur yeteneği" yoktur, kusur yeteneği olmayan çocuğu suçun işlenmesinde araç olarak kullanma arasındaki fark nedir? Kapsamları dışında iki hüküm arasında fazla bir farkın olduğunu sanmıyoruz. 38/2. madde hükmü bir önceki hükmün bir tekrarından başka bir şey değildir.

Çocuk, kanunda (CK. m. 6) henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Böyle olunca, kusur ehliyeti olmayanlarla ilgili olarak yapılan tartışmalar, eksiksiz burada da geçerlidir.

Hafifletici nedene gelince, Kanun, 38. maddenin 3. fıkrasında, "ödüllendirme" niteliği taşıyan, kendine özgü bir hafifletici nedene yer vermiştir. Azmettirenin bilinmemesi halinde, suça azmettiren kişinin fail veya diğer suç ortağı tarafından ele verilmesinin ödülü, suça verilecek cezanın önemli oranlarda indirilmesi olmaktadır. Bu tür bir ödüllendirmenin, suçun gizli kalabilecek olan failleri için değil de, sadece azmettirenin gizli kalması haline inhisar ettirilmesinin nedeni anlaşılamamaktadır. Gerekçede bu konuda bir açıklama bulunmamaktadır. Eğer bununla güdülen amaç azmettirenin açığa çıkarılmasıysa, birçok fail arasında gizli kalan bir failin açığa çıkarılması onun kadar önemli değil midir ? Soru cevapsız kalmaktadır. Başka hukuk düzenlerinde de bu türden ödüllendirmelere rastlanmaktadır. Ancak, ödüllendirme, suçun ve faillerinin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmakla ilgilidir. Başka ülkelerde ve bizde çeşitli zamanlarda çıkarılan "Pişmanlık yasaları" arkadaşlarını ele veren ve suçun ortaya çıkmasına katkıda bulunan suç ortağının ödüllendirilmesidir.

Failin veya diğer suç ortağının ödülü hakketmesi için azmettiren hakkında verdiği bilginin işe yarar olması, yani Kanunun ifadesiyle "maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması" gerekmektedir. Azmettirenin "kim olduğunun" ortaya

çıkmasını, bilinmesini sağlayan bilgi, işe yarayan, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayan bilgidir.

Suça birden çok azmettiren kişi varsa, bunlardan sadece birinirı veya birkaçının kimliğinin ortaya çıkmasında katlarla bulunulması halinde, fail veya diğer suç ortağı ödüllendirmeden yararlanacak mıdır sorusu cevapsız kalmaktadır. Kanunun ifadesine bakılırsa, failin ve diğer suç ortağının bu ödüllendirmeden yararlanabilmesi için, azmettirenlerin tek tek hepsinin kimliğinin ortaya çıkmasına katla sağlaması gerekmektedir.

Ceza indirimi kişiye özeldir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerirıe yirmi yıldan yinnibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerirıe onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer hallerde verilecek cezada, üçtebir oranında indirim yapılır.

3. Suçu Ağırlatan ve Hafifleten Nedenlerin Suç Ortaklarına Sirayeti

Yukarıda belirtildiği üzere, Kanun, suçu ağırlatan ve hafifleten nedenlerin ortaklara sirayetini düzenlememiştir. Bu durumda, her halde, kast kuralı geçerli olacaktır. Kast kuralı, Tarihi kanun koyucunun iddiasının tersine, suçu ağırlatan ve hafifleten nedenlerin, faile ve fiile nispetle, bir tasnifini zorunlu kılmaktadır.

Suçu hafifleten nedenler söz konusu olduğunda; kişiye ilişkin nedenler ortaklara sirayet etmez, nedenden sadece o kişi yararlanır; fiile ilişkin nedenler, nesnel nitelikte, ayrıca lehte olduklarından, bilinsin veya bilinmeşın, o□aklara sirayet ederler. Gerçekten, hırsızlık suçunda, ör., malın değerinin az olması, suçu hafifleten bir nedendir, ortaklar suçu hafifleten bu nedenden yararlanırlar.

Suçu ağırlatan nedenler söz konusu olduğunda, bunların sirayeti çok daha kannaşık bir yapı arz etmektedir.

a. Kişiye Bağlı Ağırlatıcı Nedenler

Kişiye bağlı suçu ağırlatan nedenlerin sirayeti için sadece nedenin diğer ortaklar tarafından bilinmesi yetmez; aynıca, o nedenin, suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması gerekmektedir. Bilindiği üzere, . hırsızlık suçunda, faille mağdur arasında bulunan istihdam ilişkisi suçu ağırlatan bir nedendir. Söz konusu bu ilişkinin, suçun işlenmesinde bir etkisinin olmaması halinde, ör., soygun yapaıı kimselerin hizmetçinin işi kolaylaştırmak için açık bıraktığı kapıdan girmeyerek, muhkem bir biçimde kapatılmış olan pencereden girerek soygun yaptı□lannda, bilinmiş olsa bile,_kimse bu ağırlatıcı nedenden sorumlu olmaz.

b. Fiile Bağlı Ağırlatıcı Nedenler

Kast kuralı gereği, fiile bağlı ağırlatıcı nedenler, sadece bilenler bakımından hübim ifade ederler. Bilmekten maksat, ortağın, fiile ilişkin bir ağırlatıcı nedenin olduğunu fiilen bilmesidir. Dolayısıyla, böyle bir nedenin sadece olabileceğinin tahmin edilmesi, bilme yerine geçmez.

Fiile bağlı nedenler, suç saydığı fiilin işleniş biçimiyle ilgili olabilirler. Örneğin, tanınmamak için tedbir alarak suç işlemek (CK. m.142/2,f), suçun silahla işlenmesi (CK. m.149/I,a), suçun üste taşınan eşyayı çekip almak veya özel beceriyle (CK. m.149/2,b), vs. fiilin işleniş biçimiyle ilgilidirler. Bunlar, bazen suçun işlendiği yerle ilgili olabilirler. Örneğin, bina, istasyon, iskele (CK. m.142/1,c) vs., suçu ağırlatan nedenlerdir. Bu nedenler, suçun maddi konusunun taşıdığı öneme ilişkin olabilirler. Örneğin, mühür altına alınmış eşya, mabede ait eşya, tarım aleti (CK. m.142/1,a,b) vs. bu niteliktedirler. Mağdurun kişisel durumu da ağırlatıcı neden olabilmektedir. Örneğin, beden hastalığı veya küçük olması nedeniyle fiile mukavemet edememek (CK. m.142/2,a), yaş küçüklüğü, vs. suçu ağırlatan neden sayılmıştır. Bu bağlamda olmak üzere, özellikle çocukların cinsel istismarı suçunda fiilin ikinci veya üçüncü derecede kan hısımı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, vs. tarafından işlenmesi halinde, bu ağırlatıcı nedenlerin kişiye mi yoksa fiile mi ait olduğunun düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Kast kuralı geçerli olduğuna göre, burada tartışılacak bir konunun olduğunu sanmıyoruz, çünkü bunlar, ister kişiye isterse fiile bağlı nedenler olsunlar, bilinmediklerinde, kuşkusuz sirayetleri de söz konusu olmayacaktır.

F. İşlenen Suçun Kararlaştırılan Suçtan Farklı Olması, Kararlaştırılan Suç Yanında Başka Bir Suçun Daha İşlenmiş Olması Halleri

İştirak halinde işlenen suçlarda, ortakların aralarında kararlaştırdıkları suçtan farklı bir suç işlenmesi veya işlenmesi kararlaştırılan suç yanında, başka bir suçun daha işlenmesi imkansız değildir. Bu halde ortakların sorumluluğu ciddi bir mesele olmaktadır. Örneğin, A, B'yi C'yi yaralamaya azmettirir. Fakat B, C'yi öldürür. Gerçekten burada azmettiren, kasten yaralama suçundan mi yoksa kasten öldürme suçuna azmettirmekten mi sorumlu olacaktır. Gene, ör., A, B, C, D'nin evini soymak için anlaşırlar. A ve B aralarındaki işbölümüne uyarak dışarıda bekler. C eve girer, hem evi soyar, hem de evin hanımının ırzına geçer. *Kim* neden sorumlu olacaktır? Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Gerekçede, her kapıyı açan sihirli bir anahtar gibi sunulan, ancak ne anlama geldiği belli olmayan "fiil üzerinde hakimiyet kurulması" "suçun işlenişi üzerinde ortak

hakimiyet kurulması" vs. sözleri, sorunu suç ortakları yönünden çözmekte işe yaramamaktadır.

İCK, bir düzenleme yaparak (m. 116) sorunu çözmüştür. 765 sayılı Kanunda konu hakkında bir hüküm yoktur. O zaman kanunun imkanları içinde kalınarak sorun çözülmeye çalışılmıştır. Madem Kanun bu konuda bir düzenleme yapmamaktadır, sorunun, eskiden çözüldüğü biçimde çözülmesinin uygun olduğunu düşünüyoruz. Ancak eskiden yararlanmak, kanuna kanunda olmayan bir şeyi sokmak değildir. Yapılmak istenen, kanunun yorumlanırken, doktrinde ve uygulamada dalı önce bulunmuş olan çözümlerin, atılmayarak tekrar hayata geçirilmesidir.

Burada, benzeşmeyen iki durum, farklı değerlendirilmelidir.

Birincisi, fail, kararlaştırılan suçtan daha ağır bir suç işleyebilir. Bakılacak, suç neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suçsa, fail neden sorumlu olacaksa, ortaklar da o suçtan sorumlu olacaklardır. Örneğin, yukarıda olduğu gibi, A, B'yi C'yi dövmesi için azmettirmiş ama, B kastını aşarak C'nin ölümüne neden olmuşa, B neden sorumlu olacaksa (CK. m.87/4) Ada ondan sorumlu olacaktır. Gene, A çocuk düşürtme fiilini işlemeye B'yi ikna eder ve B çocuk düşürtme fiilini işlerken kadın ölürse A, B gibi kadının ölümünden sorumlu olur (CK. m. 99/3).

İkinci durum söz konusu olduğunda sorunun çözümü konusunda fikir birliği yoktur. Gerçekten, ör., A B'yi C'yi dövmesi için ikna eder, B ise C'yi öldürürse veya B kararlaştırılan suçu ve bir de başka bir suç işlerse, ortakların sorumluluğunun ne olacağı konusu tartışma yaratmaktadır. Bir düşünceye göre, iştirakte sorumluluğun sınırım "anlaşma" gösterir. Böyle olunca, bir failin aşın davranışından, o davranışı bilmeyene ve istemeyene yüklemek mümkün değildir; ortaklar sadece anlaşma içinde kalan suçtan sorumludurlar. Başka bir düşünce, failin işlediği fiil diğer failler tarafından öngörülebilecek bir fiilse, anlaşma dışında kalan fiilden, faillerin sorumlu olacaklarını kabul etmektedir. Son bir düşünce, neticenin nedenleri arasında bir ayının yapma imkanının bulunmadığını, ağır neticeyi doğuran şartların eşit olduğunu, dolayısıyla meydana gelen ağır netice suç ortaklarının hareketleriyle bağıntılıysa, yani suç ortaklarının hareketleri neticenin bir şartını oluşturuyorsa, ondan ortakların da sorumlu oldukları kanaatindedir.

Biz farklı düşünüyoruz. Gerek kararlaştınlınış olandan daha ağır bir neticenin, gerekse kararlaştınlan netice yanında başka bir neticenin daha gerçekleşmesi halinde, iki şeye dikkat etmek gerekmektedir:

Anlaşma dışında kalan netice ile suç ortaklarının hareketleri arasında nedensel bir bağ bulunmalıdır. Açıkçası, ortaklardan birinin anlaşma dışı olarak işlemiş olduğu suç, öteki ortakların hareketlerinin nedensel bir sonucu olmalıdır. Ortada böyle bir nedensel bağ yoksa, anlaşma dışında kalan suçtan sadece faili sorumludur.

- Meydana gelen netice beşeri deney kurallarına göre olağan bir netice olmalıdır, olağan dışı bir netice olmamalıdır. Açıkçası, meydana gelen netice öngörülebilir olmalıdır. Öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeden ortaklar sorumlu tutulamazlar.

Gerçekten, A, B, C, ör., bir evde hırsızlık yapmak için anlaşırlar, A ve B dışarıda kalır, C eve girer, hem hırsızlık yapar hem de uyumakta olan ev sahibinin ırzına geçer. Burada ırza geçme ile A ve B'nin hareketlerinin nedensel olduğu açıktır. Ancak, ırza geçme, beşeri deney kuralları karşısında, öngörülmesi mümkün olmadığından olağan bir hareket değildir. A ve B hırsızlıktan sorumlu olurlar, ırza geçmeden sorumlu olmazlar. Böyle olmasa da, C, evde ev sahibinin direnmesi ile karşılaşsa ve onu öldürse, genel yaşam kuralları karşısında, anlaşma dışında kalan neticenin, olağan olmadığı söylenemez. Öyleyse A ve B, hırsızlık yanında, ev sahibini ölümünden de sorumludurlar.

G. Suça İştirakten Gönüllü Vazgeçme

Kanun, 41. maddede, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyi düzenlemiştir. Suça iştirakten gönüllü vazgeçme, "suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmenin" (CK. m. 36), özel bir şeklini oluşturmaktadır.

İştirak halinde işlenen suçlarda, doğal olarak, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilir (CK. m. 41/1). Suçu işlemekten gönüllü vazgeçen kişiye ceza verilmemesi, eylemli pişmanlığın bir tür ödüllendirilmesidir.

Ortağın, suça iştirakten gönüllü vazgeç_miş sayılabilmesi için, öteki suç ortaklarına ister haber versin isterse vermesin, sadece iştirak iradesinden caymış olması, yani ortaklaşa işlemekte oldukları suçu bırakıp gitmesi yetmez, aynca suçtaki nedensel katkısını bir yolla gidermiş olması da gerekir. Gerçekten, kendisi çekip gitse bile, suçta nedensel katkısı devam ettiği sürece, ortak suça iştirakten gönüllü vazgeçmiş sayılmaz. Örneğin, işlemeye başladıkları hırsızlık suçunda, gözcülük yapmakta olan A, çekip gittiğinde, öteki suç ortakları B ve C, onun varlığını hesaba katmayı sürdürmüşlerse, yani hala gözcülük yaptığını sanarak gönül rahatlığı içinde işlerine devam etmişlerse veya suçun işlenmesinde artık tüm ortaklar

bakımından dönüşü olmayan bir noktaya gelinmişse, yanı vazgeçmenın suçun işlenmesi üzerinde artık hiçbir etkisi bulunmuyorsa, A gönüllü vazgeçme hükiimlerinden yararlanamaz, çünkü A, ister haber versin isterse vermesin, sadece çekip gitmekle, suçtaki nedensel katkısını gidermiş olmamaktadır. Bununla birlikte, suça iştirak1en gönüllü vazgeçen ortak, nedensel katkısını gidenniş olsa bile, diğer ortaklar, buna rağmen, onsuz, gene de işlemeyi kararlaştırdıkları suçu işlemiş olurlarsa, onların fiiline iştirakten sorumlu olmayacaktır.

Kanun, söz konusu bu bağıntıyı, suç *"gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışmda başka bir sebeple işlenmiş olursa"* **(CK.** m. 41/2,a) veya *"gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olursa"* **(CK.** m. 41/2,b), gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır biçiminde ifade etmiştir.

Burada, suçun gönüllü vazgeçme dışında başka bir sebeple işlenmiş olması hükmünden maksat, nedensel katkının, nedenselliği kesen başka bir nedenle giderilmiş olmasıdır. Gerekçede yer alan "Gönüllü vazgeçen suç ortağı, suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti göstermiş ve fakat, suç başka bir nedenle işlenmiş olabilir. Bu durumda dahi gönüllü vazgeçen suç ortağını gönüllü vazgeçme hükmünden yararlandırmak gerekecektir" açıklamasını, bu biçimde anlamak gerekmektedir, çünkü herkes iradesi tahtında bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği her nedensel katkıdan sorumludur. Böyle olunca, vazgeçenin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için sadece gayret göstermesi yetmez, mutlaka nedensel katkısını gidermesi gerekir.

Öte yandan, gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen gene de suç işlenirse hükmünü, hükmün maksadına bakarak değerlendirmek gerekmektedir. Hiç kimse iradesi tahtında bilerek ve isteyerek suçun işlenmesine yaptığı bir katkıyı, isterse "bütün gayretini" göstersin, suçun işlenmesinde davranışının nedensel etkisi kaldığı sürece, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanamaz. Hem iraden tahtında bilerek ve isteyerek işlenmekte olan bir suça katkıda bulunacaksın, hem katkının etkisi devam edecek, hem de suçun işlenmemesi için bütün gayretimi gösterdim diyerek, tabiri caizse sütten çıkmış ak kaşık olacaksın.Böyle bir uygulamanın uygar dünyada yerinin olduğunu sanmıyoruz. Gerekçede, "Keza, gönüllü vazgeçen suç ortağının bütün gayretlerine rağmen, diğer suç ortakları suçu işlemiş olabilir. Bu durumda, suçun işlenmiş olmasına rağmen, ... suçun işlenmemesi için elinden gelen bütün gayreti gösteren suç ortağının işlenen suça iştirakten sorumlu tutulmaması gerekir" denmektedir. Açıklamada bir açıklık yoktur. "Elinden gelen bütün gayreti göstermek" hükmünden, iştirakten vazgeçen ortağın iştirakten vazgeçmeye muktedir olmasını anlamak gerekmektedir. Zaten iş işten geçmiş, ortağın nedensel

katkısının etkileri hükmünü yerine getinnişse veya hala etkisini sürdümıekte devam ediyorsa, ne gayret gösterirse göstersin, artık ortak bakımından ortada gönüllü vazgeçilebilecek bir suç bulunmamaktadır. Burada aksini düşünmek, pişmanı ödüllendimıek değil, suçluya prim vemıek olur. Gerçekten, ör., A, B ve C'ye birlikte soymak istedikleri D'nin evine girebilmelerini sağlayan araçları ve gereçleri temin eder ve B ve C, A'nın verdiği bu araç ve gereçleri kullanarak D'nin evine girmeyi başarırlar. A, artık ne gayret gösterirse göstersin, suçun işlenmesine yaptığı nedensel katkıyı gidemıe imkanına sahip bulunmamaktadır. Öyleyse gönüllü vazgeçme hükiinlerinden yararlanamaz.

Kuşkusuz, iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmede, Kanun, *"...hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır"* demektedir. Böyle olunca, gönüllü vazgeçen ortak, vazgeçtiği ana kadar olan davranışları aynca bir suç oluşturuyorsa o suçtan sorumlu olur, ancak iştirak halinde işlemekte olduğu suçtan sorumlu olmaz.

H. Ceza Kanununda İştirakin Türleri

Ceza Kanunu, suça iştirak, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte işleyenler, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin işlenmesini azmettirenler ve suçun kanuni tanımında yer alan fiilin işlenmesine yardım edenler olarak ayırmaktadır. Aynca, Kanun, yardım edenleri, kendi arasında, yardımın niteliğini göz önünde tutarak, üç ayn gruba ayırmaktadır.

765 sayılı Kanundan farklı olarak, Kanunun, kanunun suç saydığı fiili bizzat işleyen fail (autore) ile o fiili fiille birlikte işleyeni (coautore) "faillik" madde başlığı altında birleştirmesi ve aynı şey olmayan iki şeyi "fail" terimi ile karşılamaya çalışmıştır. Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, azmettireni (istigatore) ayn bir maddede düzenlemiştir. 765 sayılı Kanun fer'ı iştirak dediği suçun işlenmesine yardım edenleri (complici) Kanun, "yardım etme" madde başlığı altında düzenlemiştir. Burada, 765 sayılı Kanunda yer alan zorunlu feri failliğe yer verilmemiş; zorunlu fen fail, fiili faille birlikte işleyen sayılmıştır.

Kanun koyucunun gerekçede açıkladığı tüm iddialarına rağmen, Kanun, esasen yeni bir şey getirmeınmiş, 765 sayılı Kanunun suç ortakların suça nedensel katkılarına dayanan temel yapısını aynen korumuştur. Bir kere, Kanun, maddi iştiraki fiili işleyenler (CK. m.37) ve fiilin işlenmesine yardım edenler (CK. m.39) olarak ayırmakla, suç ortaklarının suçtaki nedensel katkılarını göz önüne almış, dolayısıyla, aynı olgu farklı adlandırılmış da olsa, örtülü olarak, asli ve feri iştirak ayırımını yapmış olmaktadır. Öte yandan, Kanun, suçtaki nedensel katkısını göz

önüne alarak, asli manevi iştirak olan azmettirme (CK. m.38) ve Yardım etme (CK. m.39) madde başlığı altında "suç işlemeye teşvik etmek", "suç işleme kararını kuvvetlendirmek" vs. hükümleri ile fer'i manevi iştirake yer vermiş bulunmaktadır. Böylece, kanun koyucu, gerekçede aksini iddia etmekle birlikte, ortaya koyduğu bu "normatif düzenleme" ile, istese de istemese de, 765 sayılı Kanunun suçta ortakların nedensel katkısını esas alarak yaptığı asli iştirak ve fer'ı iştirak ayınmını kabul etmiş olmaktadır.

Kanunun yorumunda, esas olanın normatif düzenleme olduğu göz önünde tutulduğunda, kanunun gerekçesinde ne denirse densin, normatif düzenlemeye itibar etmek zorunludur, çünkü gerekçenin bağlayıcı hiçbir değeri yoktur, tek bağlayıcı olan, kanun hükmünün kendisidir. Böyle olunca, kanunun yorumunda, kanun hükmü ile çelişen gerekçeye itibar edilmeyecek, açıkça çelişmediği sürece, 765 sayılı Kanunun yürürlüğü döneminde büyük emeklerle olmuş bulunan içtihat ve doktrin esas olmuş olacaktır.

1. Faillik

Fail sözcüğünden türetilmiş bulunan faillik, fail olmak anlamındadır. Fail fiili yapandır. Burada, fail, "suçun kanuni tanımında yer alan fiili" bizzat yapan kişi ve "suçun kanuni tanımında yer alan fiili" bu kişi ile birlikte yapan kişilerdir. Fiil, neticeli suçlarda hareket nedensellik bağı ve neticeden, neticesiz suçlarda salt hareketten oluşmaktadır. Kanuni tanımda yer alan fiil bazen hareket, bazen de netice esas olmak üzere tanımlanmaktadır. Örneğin, 81. maddede, suçun kanuni tanımında yer alan fiil, "bir insanı kasten öldüren kişi" denerek, netice esas olmak üzere tanımlanmış; 141. maddede, suçun tanımında yer alan fiil, bir şeyi "bulunduğu yerden alan kişi" denerek, hareket esas olmak üzere tanımlanmıştır. 81. maddedeki suçta, ör., biri tutar, biri öldürürse, öldürenin fiili suçun kanuni tanımında yer almış bulunmaktadır, öyleyse faildir. Ancak, tutanın fiili, suçun kanuni tanımında yer alan bir fiil değildir. Bu durumda, tutan, fail midir, yoksa yardım eden midir sorusu ortaya çıkmaktadır. Madem tutan öldürme neticesinin meydana gelmesinde öldürenle birlikte hareket etmektedir, fiili faille birlikte işleyen kişi olarak faildir. Benzer durum 141. maddedeki suçta da söz konusudur. Gerçekten, biri evi soyarken, biri kullanan olarak dışarıda otomobilde beklerse, suçun kanuni tanımında yer alan fiil, bir şeyi bulunduğu yerden almak olduğundan, dışarıda otomobilde bekleyenin bu tanım içinde yer almamaktadır. Burada da, bu kişi yardım eden mi sayılacaktır, yoksa bizzat kanunun suç saydığı fiili işleyen kimseyle birlikte hareket ettiği için fail mi sayılacaktır ? Kanuni tanımda yer alan fiili faille birlikte işlediği içindir ki, bu kişi fail sayılacaktır. O halde, fail, 765 sayılı Kanundaki ifadesiyle hem fiili irtikap eden

kişi (autore) hem de o fiili irtikap eden kişiyle doğrudan doğruya beraber işleyen (coautore) kişidir. Gerekçede iddia edilenin tersine, ortada her hangi bir karışıklık yok.'tllr. Karışıklık, gerekçede önerilen "birlikte suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurma" düşüncesine itibar edildiğinde oıtaya çıkmaktadır. Gerçekten, ör. hırsızlık-1a., "suçun kanuni tanımında yer alan fiil" işlenirken, şeyin "bulunduğu yerden alınması" için gerekli araç-gereci sağlayan kişinin hareketi, her halde "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet kurmaktan" başka bir şey olarak nitelendirilemez. Oysa, Kanun, 39/2, b maddesi hükmünde, kişinin bu hareketini, 37. madde anlanunda "faillik" değil, 39. madde anlamında "yardmı etme" saymaktadır.

Kuşkusuz, bir suçta, birden çok kimse fail olabilir. Kanun, "suçun kanuni tanınunda yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olur demekte, ancak 765 sayılı Kanundan farklı olarak, failin neden sorumlu olduğunu söylememektedir. Oysa, 765 sayılı Kanun, fiili irtikap edenlerden ve doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlardan her biri o fiile mahsus ceza ile cezalandınlırlar" diyerek kimirı neden sorumlu olacağını göstermiştir. Biz kimin neden sorumlu olduğunu, gerekçeden öğreniyoruz. Gerekçeden, iştirak halinde işlenen suçta, her failin, o suça mahsus ceza ile cezalandırılmak istendiğini çıkarıyoruz. Ancak, verilen örneğin isabetli olduğunu sanmıyoruz. Kasten öldürme ile ilgili olarak verilen örnek, adam öldürme suçlarında zaten mevcut olan bir tartışılmayı yeniden alevlendirmektedir. Gerçekten, birbirinden habersiz birçok kişi veya birbirinden haberli birçok kişi, bir kimseyi öldürse ve ölümün kimin kurşunundan olduğu fennen belirlenemese,kim neden sorumlu olacaktır ? 765 sayılı Kamın döneminde, bir hüküm bulunmasına rağmen (m.463), konuya ilişkirı tartışmalar ve farklı uygulamalar sürüp gitmiştir. Gerekçeye bakılırsa, Kanun, tartışmalara bir çözüm getirmemiş, tersine tartışmaları artırmıştır. Gerekçeye bakılırsa, birden çok kişi, birbirinden haberli, birlikte bir kimseyi öldürdüklerinde, ölüm neticesinin kimin kurşunundan ileri geldiğine bakılmayacak, tüm failler, ayırımsız kasten öldürmeden sorumlu olacaklardır. Bu demektir ki, kanun koyucu, iştirakte, ölüm neticesinden sorumlulukta, sadece ortaklarının suça iştirak etmelerini yeterli görmekte, ölümün gerçekte kimin fiilinden ileri gelmiş olduğuna bakmamaktadır. Buna karşılık, failler birbirlerinden habersiz olarak ölüm neticesini • meydana getirdiklerinde ve kimin kurşunuyla ölümün meydana geldiği fennen bilinmediğinde, ortada suça iştirak olmadığından, her halde her fail, kendi fiilinden, ispatlandığı kadarı ile sorumlu olacaktır. Burada, tüm failler bakımından ispatlanabilir olan fiil, öldünneye teşebbüs fölidir. Öyleyse, ölüm gerçekleşmesine rağmen, bu ikinci halde her fail, tamamlanmış kasten öldürme suçundan değil,

kasten öldünneye teşebbüsten sorumlu olacaktır. Zaten, sorun da buradadır. Öldünne kastı var, ölüm meydana gelmiş, biz teşebbüsten ceza veriyoruz. Buna karşılık, suç iştirak halinde işlendiğinde, bu kez, iştirak iradesini göz önünde tutarak, faillere tamamlanmış kasten öldürme suçundan ceza veriyoruz. Suçta ceza sorumluluğunu belirleyen unsur kasttır. Her iki ipotezde, faillerin kastlarında bir farklılık olmadığına göre, sırf suçun iştirak halinde işlenmiş olması böyle bir farklılığı haklı kılabilir mi ? Buna evet demenin kolay olmadığını sanıyoruz. Gerekçenin bağlayıcılık değeri yoktur. Böyle olunca, sadece 37. maddeye itibar etmek zorundayız. Madde failin neden sorumlu olduğunu göstermemiştir. Eksik düzenleme yapılmıştır. Bu özel hal için, her fail, fiilinin ne kadarı ispat edilmişse o kadarından sorumlu olacaktır. Açıkçası, ölüm gerçekleşmiş olmasına rağmen, failler, kasten öldürmeden değil, kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaklardır. Bu, iştirak bakımından, özel bir durum oluşturmaktadır.

Kanun gerçek kişileri suçun faili saymaktadır. Tüzel kişi suçun faili sayılmamaktadır (CK. m.20/2). Gerekçe, "ancak gerçek kişiler suçun faili olabilir" demektedir. Buradan, tüzel kişi, suça iştirakte "faili olarak sorumlu" olur mu tartışması ortaya çıkmaktadır. Tüzel kişi, madem suçun faili değildir, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesine iştirak edemez. Ancak, Kanun, tüzel kişinin, "suç dolayısıyla" kanunun öngördüğü güvenlik tedbirlerinin muhatabı olabileceğini kabul etmiştir.

Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulurlar (CK. m.40/2). Kanun faillik konusunda özgü suçlarla diğer suçlar arasında anlaşılması zor bir fark yaratmıştır. Gerçekten, ör. A ve B birlikte D'nin evine girerek televizyonu alırlar. Burada, A ve B suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte işlemektedirler, öyleyse her ikisi de fail olarak sorumlu olur. A kamu görevlisi olsun. İşyerinde kendisine zimmetli olan televizyonu B ile birlikte alarak evine götürdüğünde, fiil yukarıdaki ile aynı olmasına rağmen, A "özel faillik niteliği taşıdığından" fail olacak; özgü "suçun işlenişine iştirak eden" B bu kez suçtan "yardım eden" olarak sorumlu tutulacaktır. İlkinki olayda B, fail olduğundan, daha ağır bir ceza ile; ikinci olayda B, yardım eden olduğundan, daha hafif bir ceza ile cezalandırılacaktır. Bu kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlalidir. Bir kimsenin suçun işlenişinde konumu ne ise odur. Gerçekten, özgü suçlarda failin ancak "özel faillik niteliği taşıyan kişi" olabileceği kuralına rağmen, suçun özgü suç veya diğer bir suç olmasına bağlı olarak, suçun işlenişine iştirak eden kişinin konumunun herhalde farklı olmaması gerekmektedir.

Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan **kişi** de fail olarak sorumlu tutulmuştur (CK. m.37/2). Burada "dolaylı faillik" söz konu. udur. Dolaylı faillik, bir kimsenin işlemeyi kastettiği suçu. bir başka ına işlctmcı idir. Suçu işleyen kişi, suçu işletenin sadece bir aracıdır. Üzerinde cebir kullandığı bir kimseye veya isnat yeteneği olmayan birine işlemeyi kastettiği suçu işleten kimse dolaylı faildir.

2. Azmettirme

Kamın, "azmettinne" adı altında, 765 sayılı Kanundan farksız olarak, inkar ettiği asli manevi iştiraki düzenlemiştir. Azmettirme kanunda tanımlanmamıştır. Böyle olunca, 765 sayılı Karnımın yürürlükte olduğu döneminde oluşmuş olan doktrin ve içtihat, müessesenin tanımı, kapsamı ve sınırlan bakımından, bu kanun karşısında da geçerliliğini korumaktadır.

Aynı düzlem üzerinde olmalarına rağmen, Kanun, 38. maddede, 37. maddeden farklı bir düzenleme yapmıştır. Gerçekten, Kanun, *"Başkasmı suç işlemeye azınettiren kişi, işlenen suçun cezasıyla cezalandınlır"* demektedir. Failden farklı olarak, azmettirenin neden sorumlu olduğu, burada açıkça belirtilmiştir.

Azmettirme, hiç aklında yokken, bir kimsenin kafasına, kanunun suç saydığı belli bir fiilin işlenmesi fikrini sokmaktır. Zaten fail bir suçu işlemeyi aklına koymuş ama, henüz bir karara ulaşmamışsa, faili, o suçu işlemeye teşvik etmek veya onu işleme karanın kuvvetlendirmek, o kimseyi suç işlemeye azmettirmek değildir. Kamın koyucu gerekçede isterse inkar etsin, bu halde, 39/2, a maddesi hükmü karşısında, manevi fer'i iştirak söz konusu olmaktadır.

Gerekçede, azmettirme, "belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kimsenin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi" olarak tanımlanmaktadır.

Kanun azmettiren "kişi"den söz etmektedir. Kişiden maksat, suçun faili olabilen herkestir. Öyleyse, herkes, hatta isnat yeteneği tam olmayan kimseler bile azmettiren olabilirler. Ancak tüzel kişi azmettiren olamaz, çünkü kanun, tüzel kişiyi suçun faili saymamaktadır.

Önceden de belirtildiği üzere, Kanun, azmettirenin üstsoy veya altsoy olmaktan gelen nüfuzunu kullanmasını cezayı artıran bir neden sayılmışur. Aync□ kanun, kim tarafından olursa olsun, çocukların suça azmettirilmesini başlı b□ına suçu ağırlaştıran bir neden saymıştır **(CK.** m.38/2). Üstsoy•altsoy ilişkisinin mutlaka hukuki nitelikte olması şart değildir, bilmek kaydıyla, fiili ilişki de yeterlidir.

Kanun, azmettirenin belli olman1ası halinde, failin kendisini suça azmettirenin kim olduğwm söylemesini, yani suç ortağını ihbar etmesini cezayı azaltan bir neden saymıştır (CK. m.38/3). "Bu hükmün uygulanabilmesi için, kişiliğe ilişkin olarak verilen bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkmasını sağlaması gerekir".

3. Yardım Etme

Kanun, 39. maddede, "Yardım etme" madde başlığı altında suça nedensel katkısı mutlak, yani asli olmayan, yardımcı, yani fer'i olan suç ortaklığını (complice) düzenlemiştir. Gerekçede, "feri iştirak" yerine "yardım etme" ifadesinin benimsendiği, ancak hükümet tasarısına büyük ölçüde sadık kalındığı ifade edilmiştir. Hükümet tasarısı ise 765 sayılı Kanun ile örtüşmektedir.

Gerekçede "iştirake ilişkin olarak kabul edilen yeni sistemde" "zorunlu feri iştirak" kurumuna yer verilmediği ifade edilmiştir. Kanun, iştirakte, açık bir hükümle zorunlu feri iştirak hükmüne yer vermemiştir. Bu doğrudur. Ancak, Kanun, bizce, iştirak kurumunu kısırlaştırmanın ötesinde hiç bir yenilik getirmemiştir. Gerçekten, yenilik denen, gerekçenin "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" dediği şeydir. Gerekçede sözü olan yenilik denen bu şeyin, iştirakin hiçbir maddesi hükmünde, ne açık ne de örtülü olarak, izi yoktur. Gerekçenin bağlayıcılık değeri yoktur. KanuDun sistemi ile ötüşmeyen bir gerekçe yorum vasıtası da olamaz. İştirakin sistemi, şunun veya bunun düşüncesinden değil, sadece, herkes için "pozitif değer" olan iştirak hükümlerden çıkarılabilir. Bu hükümlere bakıldığında, iştirakte kabul edilen sistemin, kanunun suç saydığı fiilin icrasına ortakların nedensel katkıları olduğu görülmektedir. Kanun, ortakların katkıları esas olmak üzere, maddi iştirakte faillik, yardim etme; manevi iştirakte azmettirme, yardım etme madde başlığı altında (CK. m. 39/2,a) teşvik etme, vs. ayırımlarını yapmış, asli faillere göre feri failleri daha az ceza ile cezalandırmıştır. Böyle olunca, iştirakte bir kısım ortakların birlikte işledikleri suçun cezasıyla cezalandırılırken, diğer bir kısım ortakların ötekilere nazaran daha az bir cezayla cezalandırılmaları, iştiraki tutan temel ilkenin, ortakların suça nedensel katkıları olduğunu göstermektedir.

Kanun koyucunun iddiasının tersine, Kanun, yepyeni bir şey getirmemiştir, sadece eski binanın bazı odalarını tadil etmiştir.

Kanun "yardım eden sıfatıyla sorumlu olma" halini üç kümeye ayırmış bulunmaktadır.

a. Suç İşlemeyi Teşvik Etmek, Suç Kararını Kuvvetlendirmek veya Fiilin İşlenmesinden Sonra Yardımda Bulunacağını Vaat Etmek.

Bunlar manevi feri iştirakin farklı biçimlerde oıtaya çıkmasıdır. Suç işlemeye teşvik etmek, zaten bir suçu işlemeye karar vermiş bir kimseyi, o suçu yapmaya isteklendirmek, özendinnektir. Burada özendirilen suç belli bir suçtur. Henüz hangi suçu işlemek istediğini bilmeyen bir kimseyi, belli bir suçu işlemeye özendinnek, o kişiyi suç işlemeye teşvik etmek değildir, suça azmettirmektir.

Suç kararını kuvvetlendirmek, failin bir suçu işlemeye karar vermesi, fakat henüz kararını kesinleştirmemişken, kesinleştirmesine fikren yardımcı olunması, katkıda bulunulmasıdır. Sadece tavsiyede bulunmak suç kararını kuvvetlendirmek değildir. Suç kararını kuvvetlendirmekte kişinin ikna edilmesi söz konusu olmaktadır.

Yardımda bulunmayı vaat etmek, suç işlendikten sonra bir yardımda bulunmaya söz vermektir. Yardım vaadi, ör., suçun veya failinin gizlenmesine, suç kanıtlarının ortadan kaldırılmasına veya suçla elde edilecek şeylerin korunmasına vs. söz verilmesi şeklinde olabilir. Vaat edenin suç işlendikten sonra sözünde durmaması, kendisi hesaba katılarak suç işlendiğinden, onu sorumluluktan kurtarmaz.

b. Suçun Nasıl İşleneceği Konusunda Yol Göstermek veya Fiilin İşlenmesinde Kullanılan Araçları Sağlamak

Suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek; faili bilgisinden ve deneyiminden yararlandırmak veya suçun planlanmasına ve programlanmasına katkıda bulunmaktır. Gözcülük yapmak, yol göstermek değildir. Bu nedenle, bir suç işlenirken gözcülük yapan kişi, katkısının gerekli olmasından ötürü, suçtan yol gösteren olarak değil, fail olarak sorumlu olur.

Fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, failin işini yaparken kullanacağı her çeşit araç ve gereci temin etmektir. Kuşkusuz sağlanan araç ve gereçler, işlenmesi kastedilen suçun işlemesine elverişli olmalıdır. Gerçekten; sağlanan araç ve gereç, suçun işlenmesine elverişli olmadığı takdirde, yardım eden suça katılmış olmaz; onun yönünden işlenemez suç söz konusu olur.

c. Suçun İşlenmesinden Önce veya İşlenmesi Sırasında Yardımda Bulunarak İcrasını Kolaylaştırmak

Yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmaktan ne anlaşıldığı kanunda belli değildir. Bu konuda madde gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır. Yardımda bulunmak, suçu işlerken, failin işini kolaylaştırmaktır. Bu anlamda, gözcü, yardımda bulunan değildir, çünkü gözcü

failin yaptığı işi kolaylaştırmamakta, tersine o işin yapılmasını sağlamaktadır. Böyle olunca, nasıl ki biri tutup diğeri bıçakladığında, tutan da bıçaklayan kadar failse, aynı şekilde, ör. hırsızlıkta, varlığı zorunlu olduğunda, gözcü de, kanunun suç saydığı alma fiilini bizzat işleyen kadar faildir. Bu demektir ki, kanunda, faillikle yardım etmeyi birbirinden ayırmada ölçüt, suçun işlenmesine nedensel katkının değeridir. Somut olayda, ortağın nedensel katkısı, kanunun suç saydığı fiilin işlenmesinde zorunlu olduğunda, ortak artık yardımda bulunan değildir, faildir.

Böyle olunca, "gözcü" bağlamında, gerekçede işaret edilen "suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" ibaresinden, kanunun suç saydığı fiil somut olarak işlenirken, bir kısım ortağın hareketinin, fiilin işlenmesinde zorunlu olması anlaşılmalıdır. Gerçekten, bir hareket, soyut olarak yardımda bulunmak anlamına gelebilir. Bununla birlikte, hareket, somut olarak, işlenmekte olan suçun işlenmesine başlamada, işlenmesi esnasında veya sona erdirilirken mutlak zorunlu sayılabiliyorsa, yani genel deney kurallarına göre, o hareket olmasaydı öteki ortaklar kanunun suç saydığı fiili işlemeye kalkışmazlardı denebiliyorsa; iştirakte suça katılanın konumu yardım etme değildir, failliktir.

m. SUÇLARIN İÇTİMAI

A.Genel olarak, B. Fiilin, buna bağlı olarak suçun tekliği- çokluğu meselesi, C. *Bileşik suç, D. Fikri içtima, E. Zincirleme suç, 1. Genel olarak,* 2. *Suç işleme karannda birlik, 3. Aynı suçun birden fazla işlenmesi, 4. Aynı suç "değişik ı.amanlarda" işlenmiş olmalıdır, 5. Suç "bir kişiye" karşı işlenmiş olmalıdır, 6. Aynı suçun birden çok kişiye karşı "tek bir fiille" işlenmesi,* 7. *Zincirleme suçun kapsamı dışında kalan suçlar*

A. Genel Olarak

Bir kimsenin birden çok kez ceza kanununu ihlal etmesi, bu yüzden de birden çok suçtan sorumlu olması halinde, suçların içtimai söz konusu olmaktadırs[3]. Suçların içtimai normları ceza sorumluluğunun sınırlarını daraltan tamamlayıcı ceza normlarıdırlar.

---

m Frosali, Concorso di nonne e concorso di reati, Citta' di castello, 1937; ID., Concorso di reati, Novissimo digesto italiano, m, Torino 1959, s. 1046; Moro, Unita' e pluralita' di reati, Padova 1945;Pagliaro, I reati coMessi, Palenno 1956; ID., Concorso di reati, Enciclopedia del diritto, Vlll, Milano 1961, s. 660 vd.

Gerçekten, suçların içtimaı; bir kimsenin, bir veya birden çok fiille, ceza kanununun aynı hükmünü veya farklı hükümlerini bir veya birden çok kez ihlal etmesi, dolayısıyla failin birden çok suçtan değil, ama tek bir suçtan sorumlu tutularak cezalandırılmasıdır.

Suçların içtimaı ya maddi içtima ya da şekli içtima olarak ortaya çıkmaktadır. Maddi içtimada, birden çok suç, birden çok fiille gerçekleşirken; şekUiçtimada, birden çok suç, bir tek fiille gerçekleşmektedir.

Esasen, kanundan ötürii, bileşik suç, zincirleme suç, fikri içtima hukuki yapılarını oluşturan birden çok cünru fiil, tek bir suç sayılmakta ve faile tek bir ceza verilmektedir. Bu nedenle suçların içtimai cezaların içtimaının bir istisnasını oluşturmaktadır. Esaslan, kapsamları ve sınırlan yönünden farklılıklar göstermekle birlikte, söz konusu bu hukuki yapılar, bir biçimde tüın uygar ulusların ceza hukuklarında yer almaktadırlar. Yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Kanun, bu kurumlara yer vermiştir. Bunlarla ilgili olarak, ciddi bir içtihat külliyatı da oluşmuştur.

Kanun, olanı göz ardı ederek, Birinci Kitap, İkinci Kısım, Beşinci Bölümde, "Suçların içtimaı" adı altında, 42. maddede bileşik suç, 43. maddede zincirleme suç ve 44. maddede fikri içtima kurumlarına yer vermiştir. Böylece, Kanun, eskiden farklı olarak, aynca düzenlemediği cezaların içtimai kuralların bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Kanun, bu suç figürlerinin bilinen tanımlarına itibar etmemiş, her bir suç figürünü yeniden tanımlamıştır. Kuşkusuz, tanım, tamlık, açıklık, doğruluk değeri taşıyan bir söz dizirnidir. Tanım diye ortaya konan bu değerlerden yoksun söz dizilimleri, başka bir şey olabilirler ama tanım olmazlar. Bu yaklaşımla bakıldığında, söz konusu suçların tanımlarının, maalesef tam, açık ve doğru olduğu söylenememektedir. Oysa "tanımı" kanunilik ilkesi zorunlu kılmaktadır. Bunun farkında olunmamış, kaş yaparken göz çıkarılmıştır.

Kanun, 42, 43 ve 44. maddelerinde, suçların içtimaına baz olarak "fiil" terimini seçmiştir. Ancak, kanunda, fiilin ne olduğu, neden ibaret bulunduğu belli değildir. Fiilin ne olduğunu, neden ibaret bulunduğunu belirlemek doktrine düşmektedir. Davranış, fiil ve hareket kavramlarının farklı olduğunu düşünüyoruz. Fiil; neticeli suçlarda, icra veya ihmal hareketi, netice ve nedensellik bağından; buna karşılık neticesiz suçlarda, salt icra veya ihmal hareketinden oluşmaktadır.

Madem bir bazını oluşturmaktadır, suçların içtimaını incelemek, en başta fiilin, buna bağlı olarak da suçun tekliğini - çokluğunu incelemeyi zorunlu kılmaktadır.

B. Fiilin, Buna Bağlı Olarak Suçun Tekliği-Çokluğu Meselesi

Kanunun suç saydığı bir fiil, icrası esnasında, bir tek icra veya ihmal han□keti ile gerçekleştirilebileceği gibi, birden çok icra veya ihmal hareketi ile de gerçekleştirilebilir. Birden çok icra veya ihmal hareketi, bazen birlikte bir bütün olarak kanunun suç saydığı bir fiili, dolayısıyla bir suçu oluştururken, bazen de birden çok fiili , dolayısıyla birden çok suçu oluşturmaktadır. Buradan, hareketin, fiilin ve suçun tekliği-çokluğu sorunu ortaya çıkmaktadır.

Sorunun çözümü, doğanın ve doğal olgu olmak yanında aynca normatif bir olgu olan toplumun, farklı değerler olmasında yatmaktadır. Doğa bir olgular, toplum bir değerler sistemi bütünüdür. Olgusal dünyada amaç, amaçsallık yoktur. Toplum bir nonnlar sistemi bütünüdür. Amaçsallık, sadece kurallar alemine, yani normlar dünyasına ait bir değeridir. Bunun içindir ki, doğal alemde olan birden çok hareket bir amaçla belirlendiğinde, yahut bir amaç birden çok hareketi belirlediğinde ve aynı zamanda birden çok hareket hem zaman olduğunda, yani aralıksız birbirini izlediğinde, hareket tektir; yani doğal alemde işlemlerin çokluğuna rağmen normatif alemde hareket tektir; öyleyse fiil de tektir.

Buradan, fiilin tekliğini sağlayan iki temel unsur ortaya çıkmaktadır. Bir kere birden çok hareket arasında belli, amaçsal bir bağıntı bulunmalıdır. Amaçsallık veya amaçsal bağıntı birden çok hareketi bir tek hareket, bir tek fiile indirgemektedir. Gerçekten, ör., adam öldürme suçu, bir tek bıçak darbesiyle işlenebileceği gibi, birden çok bıçak darbesiyle de işlenebilir. Amaç birliği, fizik alemde her biri başlı başına bir hareket olan birden çok bıçak darbesini tek bir fiile, dolayısıyla tek bir suça indirgemektedir. Öte yandan birden çok hareket hem zaman olmalı, yani peş peşe gelmelidir. Hem zamanlılık, hareketler arasında bir zaman birliğinin bulunmasıdır. Açıkçası, araya bir zaman fasılası girmeden, hareketlerin, kesintisiz birbirlerini izlemesidir. Gerçekten, ör., her gün, sistemli bir biçimde, bir kimseye bir parti dayak atmada, amaç bir bile olsa, hareket, fiil tek değil, çoktur.

Öyleyse, neticeli suçlarda, hareketle bağlantılı olarak, netice sayısı fiil sayısını, fiil sayısı da suç sayısını belirlemektedir. Buna karşılık, neticesiz suçlarda, fiil, sadece icra veya ihmal hareketinden ibaret bulunmaktadır. Bunun içindir ki, bu suçlarda ihlal sayısı suç sayısını belirlemektedir. Bunun sonucu olarak, neticesiz suçlarda, bir fiille kanunun birden çok hükmünün ihlali mümkün olabilmektedir.

Kuramsal olarak doğru olan bu çözüm, doğal hayatın zenginliği karşısında, sınır meseleleri açıklamada her zaman yeterli olmamaktadır. Gerçekten, ör. A, bir el ateş etse, bir kimse ölse, diğer bir kimse de yaralansa, burada bir fiil mi vardır, yoksa

birden çok fiil mi vardır sorusu zihinleri işgal etmektedir. Eğer netice fiil sayısını belirleyecekse, burada iki netice, iki fiil, iki de suç vardır. Buna karşılık, gerçekle□cn neticelere bakılmayacak, sadece hareket fiil sayısını belirleyecekse, ortada çok netice olmasına rağmen, tek bir fiilin varlığından söz edilecektir.

Bu iki bakış açısından birini kabul etmek, özellikle fikri içtimada, farklı sonuçlar doğumrn.lı.'tadır.

Biz, neticenin tabiatçı anlayışını göz önünde tutarak, neticeli suçlarda neticenin sayısının fiilin sayısını, fiilin sayısının suçun sayısını belirlediğini; buna karşılık neticesiz suçlarda, salt hareketin fiilin sayısını, fiilin sayısının suçun sayısını belirlediğini, buna bağlı olarak da, bir tek fiille kanunun birden çok hükmünün ihlalinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.

C. Bileşik Suç

Kanunda her biri başlı başına bir suç olarak tanımlanmış olan fiiller, kanundan ötürü, bir suçun unsuru veya bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olabilmektedirler. Buna bileşik suç denmektedir3[54]. Bu suç, geçitli suçlardan, aralarında amaçlık-araçlık bağıntısı kurulmuş bulunan diğer cümıı oluşumlardan, ör., CK. m.82 /1-h, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlardan tamamen farklıdır.

Bileşik suçun kanuni_tanımının doğru olmadığını düşünüyoruz[355]. Kanun, 42. maddede, *"Biri diğerinin unsurunu veya ağırlatıcı nedenini oluştunnası dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir"* diyerek, bileşik suçu tanımlamaktadır. Kuşkusuz, Kanun koyucu, bileşik suçu tanımakta veya tanımamakta serbesttir. Ancak, Kanun koyucu, bileşik suçu madem tanımaktadır, ben yaptım oldu iddiasında değilse, herhalde doğru tanımlamak zorundadır. Bu suç, doktrinde ve uygulamada genel olarak "bir suç diğer bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olduğunda, içtima hükümleri uygulanmaz" olarak tanımlanmaktadır. Kanun, cezaların içtimaıru düzenlememesine rağmen, *"Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz"* demektedir. Elbette, bu hükmün sonucu olarak, bir suç diğer bir suçun unsuru veya ağırlatıcı nedeni olduğunda, birden çok suç, kaynaşarak tek bir suç olduğundan, tek bir ceza ile cezalandırılmaktadır.

Doktrin ve uygulamada bileşik suçun, tekliği, bölünmezliği kabul edilmektedir. Bunun içindir ki, bileşik suçu oluşturan suçlardan birinin, ör., affa, zamanaşımına,

---

Ranieri, Il reato coplesso, Milano 1940; Piacenza, Reati complesso, Novissimo digesto italiano, XIV, 1967, s. 963; Vassalli, Reato ingenerale:Reato complesso, Enciclopedia deldiritto,XXX:Vlll, 1987,s. 816.

m Hafızoğullan, Kurşun, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Bileşik Suçun Tanımı Hakkında, ABD, Yıl 65, Sayı 3, Yaz 2007, s. 56 vd.

vs., uğraması suçun varlığını etkilemez. Suça teşebbüş, iştirak, bileşik suçu oluşturan suçlara değil, bizzat bileşik suç olan suça teşebbüs, iştirak olmaktadır. Zaten aksi de savunulmuş değildir.

Gerçekten, ör., hayata, vücut bütünlüğüne veya cinsel dokunulmazlığa bir saldırıda bulunmakla veya mal varlığına zarar vermekle tehdit ederek yahut cebir kullanarak bir kimsenin malını alan kimse, yağma suçunu (m.148) işlemiş olmaktadır. Bu suç, artık ne hırsızlık suçudur (m.141) ne de tehdit (m.106) veya cebir (m.108) suçudur. Bu suç, kendine özgü, bağımsız, bileşenlerinden tümden ayrı yeni bir suçtur. Ancak, Kanun koyucu, 150/1. madde hükmünde bileşik suçun bütünlüğünü bozmuş, suçta suçu hafifleten neden olduğunda, failin sadece unsur suçtan cezalandırılmasını kabul etmiştir.

Bundan başka, kanunun suç saydığı bir fiil, kimi zaman başka bir suçun ağırlatıcı nedeni olabilmektedir. Bu halde, bir öncekinden farklı olarak temel suçun ismi, kimliği bir değişikliğe uğramaz, aynı kalır, sadece suçun cezası artırılır. Gerçekten, ör., Kanuna 2006/5560 sayılı Kanunla 142/4 maddesi hükmü eklenmeden önce, konutta hırsızlıkta, hem konut dokunulmazlığı (CK. m.116/1) ihlal edilmiş, hem de hırsızlık (CK. m.141) suçu işlenmiş olmasına rağmen, konut dokunulmazlığını ihlal, hırsızlık suçunu ağırlatan bir neden sayılmış (CK. m.142/1,b), dolayısıyla hırsızlık suçuna dokunulmadan, diğer bir suç onunla birleştirilmiştir. Böylece, bir suçun ağırlatıcı nedeni olan diğer bir suç, artık kendi kimliğini yitirmiş ve her suçta ağırlatıcı nedenler hangi kurallara tabi ise, bu da o kurallara tabi olmuştur. Ancak, Kanuna 2006/5560 sayılı Kanunla eklenen dördüncü fıkra hükmü, *"Hırsızlık suçunun işlenmesi nedeniyle konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması için şikayet aranmaz"* diyerek konutta hırsızlığı, mala zarar vererek hırsızlık yapmayı artık bileşik suç saymamaktadır. Kanun 2004'te kabul edilmiş, 2005'te yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu bu belirtilen hallerde önce bileşik suçu kabul etmişken, bu kez 2006'da, düzenleme üzerinden bir yıl bile geçmeden, her nedense, önceki düşüncesinden vaz geçmiştir. Tabii, Kanun koyucunun hikmetinden sual olunmaz! Ancak, bu suçların basit şekilleri esasında takibi şikayete bağlı suçlarken, burada niçin res'en takip edilen suçlar yapıldığı da anlaşılır bir şey değildir. Kanunun bu düzenlemesi karşısında, öyleyse, ör., hırsızlık yapmak için bir kimsenin konutuna giren fail, henüz hiçbir şey almadan yakalanırsa, hem tamamlanmış konut dokunulmalığı suçundan, herhalde hem de hırsızlık suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır.

D. Fikri İçtima

Fikri içtima. tek bir fiil ile, kimine göre tek bir icra (azione veya ihmal (omissione) hareketi ile, ceza kanununun aynı anda birden çok hükmünün ihlal edilmesi, dolayısıyla birden çok suç işlenmesi, ancak bunlardan sadece en ağır oland,m ceza verilmesi olarak tanımlanınaktadır[56].

Gerçekten, ör., bir parkta çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi veya reşit olmayan bir kimse ile parkta herkesin gözü önünde cinsel ilişkide bulunan reşit kişi, herkesin gözü önünde bir tek sevişme davranışında bulunmakla, hem kanunun 103/1. veya 104. maddesi hükmünü, hem de 225. maddesi hükmünü ihlal etmiş olmaktadır. Burada, tek bir fiille, iki ayrı suç işlenmiştir. Tartışılan konu, sorumluluğun nasıl olacağıdır, yani her bir suçtan ayrı bir ceza mı verilecektir, yoksa sadece tek suçtan tek bir ceza verilmekle mi yetinilecektir? Genelde, bir tek suçtan, ama cezası en ağır olan suçtan ceza verilmesinin doğru olduğu düşünülmektedir. Böyle olunca, fail, sadece 103/1. maddedeki yahut şikayet olduğunda 104. maddedeki suçtan, şikayet olmadığında 225. maddedeki suçtan ceza alacaktır.

Elbette, fikri içtimada, suçlar birbirinden bağımsızdır. Her hangi bir nedenle cezası en ağır suç ortadan kalktığında, fail, serbest kalmaz, kalan diğer suçtan sorumlu olur. Gerçekten, ör. kanun koyucu 225. maddede öngörülen s·uçu çıkardığı af kanununun kapsamına aldığında, fail serbest kalmaz, şartlarının olması halinde kalan diğer suçtan, yani 104. maddede öngörülen suçtan cezalandırılır.

Kanun, fikri içtimaı, *"işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır"* biçiminde tanımlamıştır. Tanım yanlıştır. Tüm tartışmalara rağmen, 765 sayılı Kanun 79. maddesindeki fikri içtima tanımının daha doğru olduğunu düşünüyoruz. O nedenle, 44. maddenin uygulanmasında, uydurmacıhktan kaçınılmak isteniyorsa, 765 sayılı Kanun döneminde büyük emeklerle oluşmuş olan doktrin ve uygulamanın göz ardı edilememesi gerekmektedir.

Geçmişte, doktrinde ve uygulamada "bir fiil ile kanunun muhtelif ahkamını ihlal etmek hükmünde yer alan "bir fiil" terimi tartışma yaratmıştır. Kimi ör., bir el ateş ederek bir kimseyi öldürme ve diğer bir kimseyi de yaralama halinde fiilin

---

[56] Mantovani, Diritto penale, s. 405; Antolisei, Manuale, PG., s. 516. İtalyan ve Alman Ceza Hukukları hakkında, bkz., Fomasari, I principi, s. 470 vd.

tekliğini, dolayısıyla fikrı içtimaın mümkün olduğunu kabul etmektedir[57]. Burada, fiili belirlemede netice değil, hareket baz alınmış bulunmaktadır. Buna karşılık, kimi, yukarıda belirtilen halde ortada iki neticenin bulunduğunu, fiilin tek olmadığını, birden çok olduğunu, dolayısıyla fikri içtimam mümkün olmadığını ileri sürmektedir[58]. Uygulamada, ender olarak birinci düşünceye yer veren kararlar olmakla birlikte, ikinci düşünce egemen olmuştur.

Kanun *"bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet vennekten"* söz ettiğine göre "bir fiil" teriminin ne anlama geldiği bugün de tartışmalı bir konu olmaktadır. Madde gerekçesinde yer alan düşüncelere katılmak mümkün değildir. Bir kere, çok neticeli sapma halinde, eğer fiil netice sayısını belirliyorsa, tek bir fiil değil, netice sayısınca fiil, yani birden çok fiil vardır, dolayısıyla fikri içtima mümkün değildir. Kaldı ki, ör. kişinin bir el ateş edip bir kimseyi öldürme ve diğer bir kimseyi de yaralama davranışında, bir el ateş edilmekle birlikte, seyri esnasında hareket parçalara bölünür bir nitelik kazanmış, dolayısıyla olgusal olarak, bir kimsenin ölümüne kadar bir hareket, diğer bir kimsenin yaralanmasına kadar da ikinci bir hareket ortaya çıkmış olmaktadır. Gene, benzer bir örnek olarak, bir meydanda bomba patlatan kişinin bazı kimseleri öldürmesi ve bazı kimseleri de yaralaması halinde, ortada tek bir fiilin olduğunu söylemek her halde mümkün değildir. Gerçekten, hareket baz alınarak fiil sayısı belirlendiğinde bile, bir el ateş ederek bir kimseyi öldürme ve diğer bir kimseyi yaralama davranışı, reşit olmayan kimseyle alenen cinsel ilişkide bulunmak davranışından farklı olarak, bir tek hareketten ibaret bulunmamaktadır, ortada iki hareket, iki fiil bulunmaktadır. O halde, gerek şahısta gerekse isabette hata halinde, gerekçede ifade edilenin aksine fikri içtınaın uygulanması imkanı bulunmamaktadır. Öte yandan, aynı neviden fikri içtiına diye bir şey yoktur ki, Kanun, "farklı neviden fikri içtima" düzenlemiş olsun. Zaten fikri içtima, bir fiille kanunun farklı hükümleri ihlal edildiğinde, yani farklı suçlar işlendiğinde söz konusu olmaktadır. Kanun, Kanunun aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmesi halini, zincirleme suç saymıştır. Zincirleme suçun fikri içtima ile bir yakınlığı bulunmamaktadır.

Gerekçede "non bis in idem,, kuralı ile fikri içtın arasında bir bağıntı kurulmak istenmiştir. Bir fiilden dolayı bir ceza verilir, düşüncesi doğrudur. Ancak "gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olması durumunda failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir" düşüncesi doğru değildir. Gerçekten, bu doğru kabul edilirse, ör., bir kişi

---

[57] Mantovani, Diritto penale, s. 405;Erem, Ceza Hukuku, I, s. 372.

[58] Antolisei, Manuale, s. 518; Pagliaro, Principi, s. 585; Bettiol, Diritto penale, s. 609; Dönmezer-Erman, Ceza Hukuku, Il, s.384 vd.

meydanda bomba patlatsa. birçok kimse ölse. bir çok kimse de yaralansa. bu lcişi, sadece ter bir kasten öldürme fiilinden sorumJu tutulacak, hem birçok kasten öldürme fiili. hem de kasten aralama fiilleri göz ardı edilecek-tir. O kadar insanın ölmesine ve mr o üldar insanın yaralanmasına karşılık olarak, faile sadece tek bir suçtan, yani unun 81. maddesi hükmünü bir kez ihlal etmekten ceza vermek, suçla ceza arasında olması gereken dengeyi bozar, toplwnda intikam duygularını tahrik eder. Gerekçe kimseyi bağlamaz. Kamında açıkça düzenlenmemiş olması, sapma ·onusunda bir sorun yaratmamak.rtadır, çünkü non bis in idem kuralı çiğnenmeden kast ile olası tüm sorunlar çözülebilmektedir.

Özetlersek, kanunu düzeltmeye kalkışmadan, kanunun sözü ve gerekçesi ne olursa olsun, normu amacı esas olmak üzere yorumlarsak, bugüne kadar oluşmuş olan doktrin ve uygulama, fikri içtima ile ilgili sorunların çözümünde bize rehber olacaktır.

E. Zincirleme Suç

1. Genel Olarak

Zincirleme suç[359], kasttan ayn olarak, kişinin kurguladığı bir suç işleme planı altında, kanunun aynı hükmünü birden çok kez ihlal etmesi ile; böyle bir plan veya program yapmadan kanunun aynı hükmünü birden çok kez ihlal etmesinin aynı şey olmadığı, dolayısıyla birinci halde kişiye bir tek suçtan ceza verilip cezanın artırılmasının hakkaniyete uygun olduğu düşüncesinden doğmuştur.

Zincirleme suçu doğuran gerçeklik, suç işleme kararında birliktir. Bu psişik durum kasttan farklıdır; birden çok suçu birlik kılan ana unsuru, tabiri caizse, zincirleme suçun çimentosunu oluşturmaktadır. Gerçekten, suç işleme kararda birlik, failin kanunun aynı hükmünü birden çok kez ihlal etmeyi kafasına koyması, planlaması ve bir program dahilinde gerçekleştirmesidir. Bu nedenledir ki, zincirleme suç, birden çok fiil, birden çok suçtan oluşmaktadır. Birden çok suçun her biri o suç için kanunun ön gördüğü tüm unsurları taşımalıdır. Ancak, suçlardan bir kısmının teşebbüs derecesinde kalmış, diğer bir kısmının tamamlanmış olması *bir* önem arz etmemektedir. Kanunun aynı hükmü aynı zamanda ihlal edilebileceği gibi farklı zamanlarda da ihlal edilebilir. Genellikle, suçların mağdurlarının aynı kişi veya farklı kişiler olmasının, zincirleme suçun varlığını etkilemeyeceği

[359] PiJlittu, 11 reato continuato, Padova 1936; Pisapia, Reato continuato, Napoli 1938; Proto, Sula natura giuridica del reato continuato, Palenno 1950; Punzo, Reato continuato, Padova 1951; Leone, Reato continuato, Novissimo digesto it.aliana, XIV, 1967, s.967 vd;Coppi, Reato continuato e cosa giudicata, Napoli 1969; Zagrebelesky, Reato continuato,Milano 1976;İçel, Suçlann İçtimai (Genel Bilgiler - Foo'i lçtima-MuteselsilSuçlar-GörlintişteİçtimaJ, Sennet Matbaası, İstanbul 1972.Yalçın SancarT., Müteselsil Suç, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1995.

düşünülmektedir. Zincirleme suçun bazı suçlarda, ör., kişilere karşı suçlar, mümkün olamayacağı ileri sürülmüştür. Ancak, birçok kamın, bu arada 765 sayılı Kanuıı, böyle bir ayırınu uygun bulmamış, bünyesine aykırı düşmedikçe, her suçta zincirleme suçu mümkün görmüştür. Zincirleme suçta zinciri oluşturan her suç, bir diğerinden bağımsızdır. Böyle olunca, suçu ortadan kaldıran, davayı ve cezayı düşüren nedenler her bir suç için ayrı göz önüne alınmak zorundadır. Bu yönüyle zincirleme suç, hem bileşik suçtan, hem de mütemadi suçtan, . itiyadı suçtan aynlmal.'1.adır. Bir suç işleme kararının icrası cümlesirıden olarak bu suçların birden çok kez işlenmesinin imkansız olmadığı düşünülmektedir.

Kanun zincirleme suçu üç fıkra halirıde 43. maddesinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada zincirleme suç tanımlanmış ve cezası gösterilmiştir. Aynca tanımda yer alan "aynı suç" ifadesi tanımlanmıştır. İkinci fıkrada "aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille istenmesi" hali zincirleme suç sayılmıştır. 2005-5377 sayıb Kanunla değiştirilen üçüncü fıkra hükmünde zincirleme suç sınırlandırılmıştır. Gerçekten, Kanun, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suçu mümkün görmemektedir.

Kanun, zincirleme suçu, *"Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik ztıınanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hülanedilir"* biçiminde tanımlamıştır. Tanıma göre, zincirleme suçun unsurları, suç işleme kararında birlik, aynı suçun birden fazla işlenmesi, değişik zamanlarda işlenmesi, aynı kişiye karşı işlenmesidir.

2. Suç İşleme Karannda Birlik

Kanun, suç işleme kararında birliği, gerekçede, "suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunması" olarak tanımlamıştır.

Kanunun sübjektif bağ olarak nitelendirdiği şey, kasttan ayn olarak, birden çok suçu; planlı, programlı bir biçimde işleme iradesidir. Bu demektir ki, failin bir plan ve programı olmaksızın birden çok kez aynı suçu işlemesi halinde, işlenen suçlar arasında onları bir bütün kılan manevi bir bağ bulunmadığından, ortada zincirleme bir suç da yoktur. Böyle olunca, hakim, her somut olayda, söz konusu bu manevi bağın mevcut olup olmadığını, her halde oluşa ve failin dışa vurmuş olan davranışlarına bakarak tespite çalışacaktır. Burada kararda birlik "vakıasının" ispat edilememesi halinde, şüpheden sanık yararlanır kuralının nasıl uygulanacağı konusu tartışmalara neden olmaktadır. Gerçekten, ister ileri sürülsün isterse sürülmesin, her somut olayda suç işleme kararının failde mevcut olup olmadığını hakim resen tespit edecektir. Hakim bu tespiti yapamadığında, yani vakıanın ispatı şüpheli kaldığında,

zincirleme suç yoktur mu denecek, yoksa şüpheden sanık yararlanır denerek, zincirleme suç var nudır denecektir. Kanunun ifadesinden, şüpheden sanık yararlanır sonucu çıkmaktadır. Böyle olunca, failde birden çok suçu işleme kararın varlığının ispatlanamadığı her olayda, failin işlediği birden çok suç, şüpheden sanık yararlanır kuralı gereğince zincirleme suç sayılacak, faile bir suçun cezası verilecek ve ceza artmlacaktır.

3. Aynı Suçun Birden Fazla İşlenmesi

Aynı suçun birden fazla işlenmesi, kanunun aynı hükmünün birden çok kez ihlal edilmesidir. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Burada, aynı suç ile aynı hüküm, aynı şeydir, çünkü her suç, kanunun bir hükmünün ihlalidir. Bu bağlamda olmak üzere, her ikisi de mala karşı suç olmasına rağmen, hırsızlığı düzenleyen hükümle dolandırıcılığı düzenleyen hüküm kanunun aynı hükmü değildir.Bir suçun basit şeklini düzenleyen hüküm yanında, ağırlatılmış veya hafifletilmiş şeklini düzenleyen hükümler, aynı hüküm kapsamındadır. Aynı hükmün birden çok ihlali, hükmün iki veya daha fazla ihlal edilmesidir. İhlalin tamamlanmış suç veya teşebbüs derecesinde kalmış suç olmasının önemi bulunmamaktadır.

4. Aynı Suç "Değişik Zamanlarda" İşlenmiş Olmalıdır.

Zincirleme suçun olması için, aynı suçun, birçok kez, değişik zamanlarda işlenmesi gerekmektedir.

Kanun, zincirleme suçta, çok suçun aynı zaman kesiti içinde işlenebileceğini kabul etmemiştir. Gerçekten, kolluk memuru, kendisine ulaşan birden çok tutuklama müzekkeresini, bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yerine getinnediğinde, bu davranışı, zincirleme suç olarak değerlendirilmeyecektir. Kanun koyucu, bu örnekte olduğu gibi, ihmali hareketle işlenen suçlarda zincirleme bir suçun işlenebilmesi için, ihmali her bir hareketin, değişik zamanlarda yapırnlaş olmasını şart koşmuş olmaktadır.

5. Suç "Bir Kişiye" Karşı İşlenmiş Olmalıdır

Kanun, aynı suçun, değişik zamanlarda, bir kişiye, yani aynı kişiye karşı işlenmiş olmasını şart koşmaktadır. Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, suçun mağdurunu, zincirleme suçu belirleyen bir unsur konumuna getinniştir. Biz, düzenlemenin doğru olduğunu düşünmüyoruz, çünkü zincirleme suça bu niteliğini, yani birçok aynı suçun birlikte bir zincir oluşturması niteliğini kazandıran unsurlar sadece "bir suçu işleme kararında.ki birlik" unsurudur. Tabii, kimse bilmez, en iyisini Tarihi kanun koyucu bilir. Gerçekten, Kanun koyucu,

gerekçede, "Bir otoparkta bulunan otomobillerin camları kırılarak radyo teyplerin çalınması durumunda, her bir kişiye ait otomobildeki hırsızlık bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve olayda cezaların içtimai hükümleri uygulanır" demektedir[360].

Böylece, Kanun, suçun "bir kişiye karşı" işlenmesini şart koşarken, zincirleme suçun sadece mağduru belli, muayyen suçlar (ör., "öldürme, yaralama, hırsızlık, dolandırıcılık, vs.) bakımından mümkün olduğunu kabul etmiş olmakta, çok mağdurlu suçlan ve mağduru gayri muayyen suçlan zincirleme suç kapsamından çıkarmış bulunmaktadır.

Gerçekten, Kanunun, suçun "bir kişiye karşı" işlenmesi şartının, çok mağdurlu suçları ve mağduru gayri muayyen suçları zincirleme suçun dışında bıraktığını gören Tarihi kanun koyucu, bir süre sonra farkına varmış, 2005-5377 sayılı Kanunla, 43/1. madde hükmüne acilen *"Mağduru belli bir kişi olmayan suçlara da bu fıkra hükmü uygulanır"* hükmünü eklemiştir. Ancak, Kanun, bu kez de, başka bir tartışma başlatmıştır: "Mağduru belli bir kişi olmayan suçlar" ifadesi ile gerçekten teknik anlamda mağduru gayri muayyen suçlar mı kastedilmiştir, yoksa, ör. hakarette olduğu gibi, mağduru muayyen, ama işleniş biçimi olarak fiilin hedefinin birçok kişinin olması mı kastedilmiştir, bu belli değildir. Burada Tarihi kanun koyucunun iradesinden çıkarak bizzat normun iradesine bakıldığında, 43/1. maddeye eklenen hükmün, sadece mağduru gayri muayyen suçlarla ilgili olduğu görülür. Kanun, zincirleme suçun kapsamı dışında bıraktığı suçlan 43/3. madde hükmünde açıkça saymıştır. Sayılanlar arasında mağduru gayri muayyen suçlar yoktur.

Zincirleme suçta ceza dörtte birden dörtte üçe kadar artırılarak verilir

6. Aynı Suçun Birden Çok Kişiye Karşı " Tek Bir Fiille" İşlenmesi

Kanun, 43/2. maddesi hükmünde, aynı suçun birden çok kişiye karşı "tek bir fiille" işlenmesi halini zincirleme suç saymaktadır.

Bu hükme göre, aynı suç, tek bir fiille, birden çok kişiye karşı işlenmelidir. Burada, fiilin tekliği-çokluğu tartışması bir yana, hükmü vurgulayan özellik fiilin tekliği, mağdurun çokluğudur. Kanunun gerekçesinde, buna verilen örnek "bir sözle birden fazla kişiye sövülmüş olması" durumudur. Mağdurun aynı kişi olmaması halinde zincirleme suçu kabul etmeyen Kanun, fiil tek ise, mağdur kişilerin farklı olmasına bakmadan, birden çok suçu zincirleme suç saymaktadır. Kanun, burada,

---

300 Ekdemir,1., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ve Diğer Kanunlar, Ankara, 2005, s. 75.

artık bir suçu işleme kararında birlik unsuıunu aramamaktadır. Bir fiille birden çok kişiye karşı aynı suç işlenmişse, bu, kanundan ötüıü zincirleme suç suyılmaktadır.

Gerçekten, varsayalım ki, ör., ortaklık halinde elma ticareti yapan A, B, C, elmalarını yükledikleri D'nin kamyonunu güvenli bir yere bırnktırmalarından sonra hep birlikte dinlenmeye çekilsinler ve fırsatları kaçınnayan E, kamyonu yüküyle birlikte alıp götürsün... Gerekçedeki örneğe bakılırsa, burada fiil tektir, mağdur sayısınca lursızlık suçu vardır, kanundan ötürü, bu suçlar zincirleme suç olmaktadır. Burada, kamyon ve yükü E'ye ait olsa ve D kamyonu yüküyle birlikte kaçırsa, fiil tek, suç da tek sayılacaktır. Mağdur sayısı hariç birbirinin aynı olan bu iki cürın:i fiilden birinin tek suç, ötekinin zincirleme suç sayılması, sadece ceza adaletinin esasını oluşturan hakkaniyet kuralına aykırı olmakla kalmamakta, aynı zamanda kamın önünde eşitlik kuralını ihlal etmektedir. Öte yandan, örnekte olduğu gibi, failin tek fiille işlediği birden çok mağdurunun kim veya kimler olduğunu bilmemesi halinde sorunun nasıl çözülebileceği bilinmemektedir. Gerçekten, burada fiili hat vardır, hatadan fail yararlanır denilebilecek midir? Bunun mümkün olduğunu sanmıyoruz. Bu halde hata ne esaslıdır, ne de cezaya etki eden nedenlerle ilgilidir. Zincirleme suç, cezayı azaltan bir neden değildir. Böyle olunca, fail; mağdur sayısını ister bilsin isterse bilmesin, tek bir fiille aynı suçu birden çok kimseye karşı işlediğinde, kanunun ifadesi ile "sübjektif bir bağın" bulunup bulunmadığına bakılmayacak, zincirleme suçtan cezalandırılacaktır. Bu, Tarihi kanun koyucunun kaldırma başarısı gösterdiğini iddia ettiği kusursuz sorumluluğu, bir başka ad altında ihya etmesinden başka bir şey değildir.

7. Zincirleme Suçun Kapsamı Dışında Bıralolan Suçlar

Kanun, 43/3. maddesi hükmünde, bazı suçların zincirleme suç olarak işlenemeyeceklerini kabul etmiştir.

Kanun, "bir suç işleme kararının icrası kapsamında" olsa bile, her nedense, kasten öldünne, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlapnı zincirleme suçun dışında tutmuştur. Kısıtlamanın, kuramsal bir temeli yoktur. Bizce, kanun koyucu, keyfi davranmıştır. Gerçekten, işkence suçu **(CK.** m.94) kapsam dışında bırakılırken, benzerlik arz etmesine ve aynı yerde yer almasına rağmen eziyet suçu (CK. m.96) aynı işleme tabi tutulmamıştır. Yağma (CK. m.148) kapsam dışı bırakılırken " Malvarlığına Karşı Suçlar" ile aynı hukuki konuya sahip bulunan ör., hırsızlık (CK. m.141), dolandırıcılık(CK. m.157) suçlarının zincirleme suçun içinde tutulması anlaşılamamaktadır. Yaralama, öldürme suçları ne yağma suçunun unsuru, ne de ağırlatıcı nedenidir. O nedenle öldünne ve yaralamanın zincirleme

suçun dışında bırakılmasına dayanılarak yağmanın da zincirleme suç dışında kalması gerektiği ileri sürülemez. Gerçekte, Hükmün gerekçesinde, yağmadan önce sayılan suçlarla, yağma suçu arasında, zincirleme suç bakımından, ne tür bir bağıntıun olduğu açıklanmış değildir. Tarihi kanun koyucu keyfi davranmıştır. Kanın, kanunun gerekçesidir: "Maddenin üçüncü fıkrasında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı suçlar belirtilmiştir." Gerekçe bu kadardır. Herhalde, kanun koyucular "Deli Dumrul" değildirler.

Kuşkusuz, kısıtlama Kanunun ismen belirttiği suçlarla sınırlıdır, sayıları artırılamaz.

IV. SUÇU ETKİLEYEN HALLER

A.Genel olarak, B. Ceza Kanununun sistemi, C. *Haksız tahrik, D. Takdiri indirim nedenleri*

A. Genel Olarak

Bir kısım beşeri davranışlar, kanunda, zararlı veya tehlikeli görülerek suç sayılırken, bunların yalın halleri yanında, nitelikli hallerine de yer verilmektedir. Suçun varlığını etkilemeyen, yani suçu oluşturan bir unsur sayılmayan ama, sadece suçu ağırlığına etki eden bu nedenlere "reato circostanziato" veya "circostanza del reato" teriminin karşılığı olarak doktrinde "suçun halleri" denmektedir[61].

Öte yandan, suçun ağırlığını etkileyen bu nedenler, failin bir durumunu ifade eden isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerle de ilgili değildirler. Bunlar cezalandırılabilme şartlarının da dışında kalmaktadırlar.

Doktrinde suçun halleri denen bu nedenler, suçu çevrelemektedirler, açıkçası suçların yalın halleri yanında nitelikli, tabiri caizse giydirilmiş hallerini ifade etmektedirler. Bu yüzden, biz, "circostanza del reato" teriminin karşılığı olarak, bu olguya "suçu etkileyen haller" demenin daha uygun olduğunu düşünüyoruz.

İCK, suçu etkileyen hallere genel hükümleri arasında yer vermiş (m.59 vd.), ancak özellik arz etmesi halinde, birçok suçta, ör. 575, 583, 600, 609, vs., suçu ağırlaştıran ve hafifleten halleri ayrıca düzenlemiştir. Buna karşılık, Zanardelli kanunu ve 765 sayılı Kanunu, "Cezayı ehliyet ve Bunun Kaldıran veya hafifleten Nedenler" arasında haksiz tahrike (m.51) ve genel bir takdiri indirim nedenine

[1] Dönmezer-Emıan, Cei.a Hukuku, II, s. 339 vd.

tın.59) yer vermiş, her suçun türevleri yanında, ör., ın. 451, 453, vs , o suçu ağırlaştıran, ör., m. 449, 450 vs., ve hafifleten nedenlere, ör., m. 458, vs., yer venniştir.

B. Ceza Kanununun Sistemi

5237 sayılı Kanun, bir yenilik getirmemiş, 765 sayılı Kanuna kısmen benzer bir düzenleme yapmıştır. Gerçekten, Kanun, genel hükümleri arasında suçu ağırlaştıran genel nedenlere yer vermemiş, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" arasında, 29. maddede, haksız tahrike, cezanın bireyselleştirilmesi cümlesinden olarak 62. maddede "Takdiri indirim nedenleri" madde başlığı altında genel bir takdiri indirim nedenine yer vermiştir.

Ancak, Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, genel hükümleri arasında suçu hafifleten bazı nedenler (CK. m.22/6, 38/3) yanında, suçu ağırlaştıran bazı nedenlere (CK. m.22/3, 37/2, 38/2) de yer venniş bulunmaktadır.

Ayrıca, Kanun, özel hükümlerde, hem suçların türevlerine, hem de suçları ağırlatan ve hafifleten özel nedenlere yer vermiştir. Bu nedenlerin, belli bir kritere göre bir sistemini oluşturmak, olası görülmemektedir. Kimi zaman faille mağdur arasındaki ilişki, faildeki kötülük duygusu, mağdurun niteliği, kimi zaman suçun işlendiği yer, zaman, suçun işleniş biçimi, suçlar arasındaki bağıntı ve kimi zaman suçun maddi konusunun değeri, zararın ağırlığı, fail sayısı, faillerin kendilerini tanınmaz hale koymaları, vs. suçu etkileyen özel haller sayılmıştır. Bunlar, ceza hukuku özel hükümlerin inceleme konusudurlar.

Birden çok nedenin birlikte bulunması, yani nedenlerin içtimaı halinde, temel ceza üzerinden önce tüm ağırlatıcı nedenler tek tek göz önüne alınarak artırma yapılır ve sonra tüm hafifletici nedenler tek tek göz önüne alınarak bu kez indirme yapılır (CK. m.61/4).

Ağırlaştırıcı ve hafifleştirici nedenlerin bilinmemesi veya hatalı bilinmesi mümkündür. Hafifletici nedenler söz konusu olduğunda, hatadan fail yararlanır. Ağırlatıcı nedenler üzerinde hata yapıldığında, özel bir düzenleme olmadığından, her halde kast kuralı uygulanacaktır.

Bu dağınıklığı karşısında, Kanunun, tutarlı bir sisteminin olduğu söylenemez.

Suçu etkileyen bir kısım nedenler ait oldukları yerlerde incelendiklerinden, burada, sadece, suçu etkileyen bir genel neden olarak, haksız tahrik ve takdiri hafifletici neden üzerinde durulacaktır.

C. Haksız Tahrik

Kanun, 29. maddede, *"haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altmda suç işleyen"* kimsenin cezasını hafifletmektedir .

Haksız tahrikin esası tartışmalıdır. Bir kimsenin, haksiz bir davranışı ile, bir diğer kimseyi hiddetlendirerek suçu işlemeye tahrik etmesi halinde; suçun hafifletilmesinin genelde hakkaniyet gereği olduğu düşünülmektedir. Böyle olunca, haksız tahrik suçu hafifleten öznel bir neden olmaktadır[362]. Bu demektir ki, suça katılan kimseler bu nedenden yararlanamazlar.

Haksiz tahrik, öncelikle suçun mağdurunun "haksız bir fiilinin" bulunmasını gerekmektedir. Fiilin, mutlaka suç olması gerekmez, hukuka aykırı olması yeterlidir. Bu bağlamda, ör., alacaklının herkesin önünde borçludan alacağını istemesi hukuka aykırı bir davranış değildir. Dolayısıyla, borçlu, hiddetlenerek alacaklıyı dövdüğünde, haksız tahrikten yararlanamaz. Kanun "haksız bir fiilden" söz ettiğinden, fiil ahlaka aykırı olduğunda, muhatabı haksız tahrikten yararlanamaz. Ancak, kimi, fiilin ahlaka aykırı olması halinde, muhatabı suç işlediğinde, haksız tahrikten yararlanabileceğini ileri sürmektedir[363].

Haksız fiil, muhatabında, hiddet veya şiddetli elem etkisi meydana getirmelidir.Açıkçası, fail, suç oluşturan fiilini hiddet veya şiddetli elem etkisiyle işlemiş olmalıdır. Bu demektir ki, hiddet veya şiddetli elemenin etkisi geçtikten sonra suç işlenirse fail haksız tahrik.ten yararlanamaz. Elem eylemsizlik halidir. Bu halde olan bir kimsenin faal olması mümkün değildir. O nedenle elem ancak öfkeye dönüştüğü zaman kişi haksız tahrikten yararlarur3[64].

Kanunda suçun mutlaka haksız fiilin failine karşı işlenmesi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında "suç işleyen kimse" diyerek sadece "suç işlemekten" söz etmektedir. Bu, kanunun, suçun mağdurunun, mutlaka haksız fiilin faili olmasını şart koşmaması demektir. Böyle olunca, suçun üçüncü bir kişiye karşı işlenmesi halinde, yeter ki nedensel bir bağıntı bulunsun, fail haksiz tahrikten yararlanır. Örneğin, cinsel saldırıya maruz kalan bir kız çocuğunun babası veya kardeşi saldırganı öldürdüğünde, kuşkusuz haksız tahrikten yararlanacaktır.

Bu bağlamda olmak üzere, hemen belirtelim ki, gerekçede yer alan açıklama ve örnek bu değildir. Gerekçede "bir suçun mağduruna yönelik gerçekleştirilen fiiller

m Manzini, lstituzioni, s. 125.

m Antolisei, Manuale, PG., s. 457.

364 E.rem, Adalet Psikolojisi, AÜHFY., Yayın no. 161, 4. Baskı, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 78 vd.

dolayısıyla fail haksiz tahrikten yararlanmaz" deıunekte ve bir örnek veıilmckteuir. Bir suçtan mağdur olan kimseye karşı işlenen suçta, fiil yokluğundan ötüii zaten haksız tahrik mümkün değildir. Hem açıklama hem de örnek yersizdir. "Cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babasıiun veya erkek kardeşinin işlediği öldUrme fiilinde" hiçbir zaman haksız tahrik söz konusu değildir. Çünkü "cinsel salduıya maruz kalmış l...--adının" kanunun aradığı anlamda "haksız bir fiili" bulunmamaktadır.Cinselsaldırıya uğrayan bir kimsenin değil başkasını tahrik eden bir fiili, esasen bir fiili mevcut bulunman1aktadır. Öte yandan, burada, 765 sayılı Kanunun öngörmüş olduğu şeref k.1ırtarmak saikiyle adam öldünnek suçunu haklı kılan bir neden de bulunmamaktadır. Gerçekten, "cinsel saldırıya maruz kalan" kimsenin şerefsiz bir davranışı yoktur. Böyle olunca, gerekçenin ve örneğin yerinde olduğu söylenemez. Fiilsiz ne suç, ne de haksız fiil olur. Cinsel saldırıya maruz kalan kadının bir "fiili" yoktur. Kuşkusuz, fiili olmayan bir kimsenin, hasız bir fiili hiç olmaz.

Haksız tahrik genelde kasıtlı suçlarda düşünülmektedir.

Taksirli suçlarda haksız tahrikin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Kanunda ve gerekçesinde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Kimi bu suçlarda haksız tahriki mümkün görmektedir. Gerçekten, ör., kelliği yüzünden mahallenin çocukları tarafından alaya alınan tren makasçısının, öfkeye kapılarak makas değiştirmeyi ihmal etmesi, böylece bir tren kazasına neden olmasında da, haksız tahrikten yararlanılması gerektiği düşünülmektedir. Mantovani, ağır bir biçimde hakarete uğrayan bir sürücünün, otomobilinin kontrolünü kaybederek bir yayayı çiğnemesi durumunda, haksız tahrikten yararlanabileceğini söylemektedir[365] Kanun açıkça yasaklamadığından, haksız tahrikin, ender de rastlansa, taksirli suçlarda mümkün olduğunu düşünüyoruz.

D. Takdiri İndirim Nedenleri

Takdiri indirim nedenleri, cezanın bireyselleştirilmesinin bir aracı olarak Kanunda, 62. maddede iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

Kanun, 61/5. maddesinde, takdiri indirim nedenlerinin, tüm diğer nedenler ve sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, ceza indirimi yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler uygulandıktan sonra, en son neden olarak uygulanmasını emretmiş bulunmaktadır.

Kanun, 1. fıkra hükmünde, *"Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağır/atılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis,· miiebbet*

---

lt6 Mantovani, Diritto penale, s. 356.

hapis cezası yerine yımı.i beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadar indirilir", hükmüne yer vemüştir. Kuşkusuz, hüküm, yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalardan indirimi öngörmemekte, aynı zamanda para cezalarından indirimi de öngönnektedir.

Ancak, para cezasını öngören 52. madde söz konusu olduğunda, indirimin ne üzerinden yapılacağı belirsizlik arz etmektedir. Gerçekten, indirim, önce 52/1. maddede gösterilen gün üzerinden mi, yoksa belirlenen gün, 52/2. maddeye göre paraya dönüştürüldükten sonra elde edilecek para miktarı üzerinden mi yapılacaktır; sorusu ortaya çıkmaktadır. Kanun değişikliği yapılmadan önce 61. madde hükmünde bu konuda bir açıklık bulunmuyordu. Ancak, 2004/5237 s. Kanunun 61. maddesine 2005/5377 s. Kanunla eklenen 8. fıkra hükmü ile sorun bir yıl sonra çözülmüştür. Kanun, indirimin, "gün üzerinden" yapılmasını emretmiştir (CK. m.61/8).

Güvenlik tedbirleri ceza değildir. Kanun "cezayı hafifletecek" nedenlerden söz ettiğinden, 62. madde hükmünün, güvenlik tetbirleriyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Kanun, 62/2. maddesinde, indirim nedenlerini saymıştır. Bunlar, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileridir. Kanunun "...gibi hususlar ..." ifadesini kullanması, bu nedenlerin tahdidi mi, yoksa tadadı mi olduğu sorusunu akla getinnektedir. Biz, nedenlerin, maddede sayılanlarla sınırlı olduğunu düşünüyoruz.

5237 sayılı Kanunun bu hükmü, 765 sayılı Kanunun 59. maddesi hükmünden farklılık arz etmektedir. Söz konusu farklılık, her bir neden için ayrıca bir indirim mi yapılacak, yoksa birden çok neden de bir araya gelse tek bir indirim mi yapılacaktır sorusunu çağrıştırmaktadır. Biz öyle sanıyoruz ki, ister bir tek neden bulunsun, isterse birden çok neden içtima etmiş olsun, indirim bir kere yapılacaktır, çünkü, aksini düşünmek, cezanın "takdire dayalı indirimi" kavramı ile çelişmek olur.

Kanun, indirim nedenlerinin kararda gösterilmesini emretmiştir. Bununla, Kanun, herhalde, hakimin takdirinin denetlenebilir olduğuna işaret etmek istemiştir.

ÜÇÜNCÜ **BÖLÜM**

SUÇLU

BİRİNCİ BAŞLIK
GENEL OLARAK SUÇLU/ FAİL

I. Fail ,·eya suçlu kavramı, II. Cezai ehliyet, lif. Tüzel kişi, iV. Tabiatçı bakış açısmdaıı fail, V. Suçlularıı tasnifi, Vl. Nonıatıf.fail tipi, VJJ. Mevcut ceza lıukııktt dii-:.e11i11de suçlwuıı kişiliği

I. FAİL VEYA SUÇLU KAVRAMI

Fiilsiz suç mümkün değildir. Kanunda suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kimse faildir. Elbette, failsiz suç da, mümkün değildir[366]. Her fiil zorunlu olarak bir failin eseridir. Fail suçludur. Açıkçası, suçu işleyen kimseye, faile suçlu denmektedir. Doktrinde, fail veya suçlu terimleri yerine, suçtan etkilenen anlamında "suçun pasif süjesi" teriminin karşıtı olarak, "suçun aktif süjesi" terimi de kullanılmaktadır.

Kanun "ceza sorumluluğu şahsidir" derken aynı zamanda suçun failine, yani suçlu denen kişiye işaret etmiş bulunmaktadır.

Suçun faili insandır. İnsan hukukta kişidir. Köle insandır ama, kişi değildir, efendisinin malvarlığını oluşturan şeylerden biridir. Kölelik kalkınca, köle insan, kişi olmuştur. Bugün suçun failinin sadece insan olması kuralının bir istisnası bulunmamaktadır.

Günümüzde bir özenti olarak hayvan haklarından söz edilmekle birlikte, hayvan, hukukun süjesi değildir, tersine diğer şeylerden farksız olarak sadece hukukun objesidir. Bundan ötürü, ne kadar çok seversek sevelim, hayvan, ceza hukukunda suçun ne faili ne mağduru olabilir.

Suçun faili olmak bakımından, erkek, kadın ve çocuk arasında bir fark bulunmamaktadır. Bunlar kanun önünde eşittirler (Ay. m.10, CK. m. 3). Bununla birlikte, bugün, hukuk düzenleri, bu arada hukuk düzenimiz, yargılamada,

---

.166 G. Del Vecchio, n soggetto attivo e passivo del reato, Milano 1930; Ondei, il soggelto attivo del reato, Padova 1948; Leone G., Alla comune ricerca di un sistema penalc piu' aderente alla personalita' del reo,"İndice penale" l973, s. 437 vd.

özellikle cezanın verilmesinde ve infazında çocuklar, kadınlar ve yaşlılar yararına "pozitif ayırımcılık" yapmaktadır.

Suçun faili olmak bakımından normal insanla ör., "hilkat garibesi" arasında hiçbir fark gözetilmemiştir. Bize göre normal görünümü olmayan bir yaratık eğer " insan" sayılırsa, elbette ki o da suçun faili olur.

il.CEZAİ EHLİYET

Bir kısım doktrinde, her insanın suçun faili olamayacağı, insanın fail olabilmesi için bazı koşullara sahip olması gerektiği ileri sürülmüş, bundan cezai ehliyet (capacita' penale) veya ceza ehliyeti yahut suç işlemeye ehil olmak kavramı ortaya çıkarılmıştır. Bununla, bir kimsenin ceza hukukunun öznesi olabilmesi için aranan koşulların tümü, yani ceza hukuku bakımından önemi olan bir fiili gerçekleştirmeye ehliyet ifade edilmek istenmiştir. Bu düşüncede olanlar, iki grup insanda ceza ehliyetinin olmadığını söylemektedirler. Bunlar, sorumsuzluktan, dokunulmazlıktan yararlananlar ve isnat edilebilir olmadıkları için cezalandırılamayanlar, yani akıl hastaları ve benzeri kimselerdir. Bu kişiler ceza hukukunun dışında sayılmaktadırlar.

Özel hukuktan öykünerek ortaya atılmış olan cezat ehliyet kavramı ceza hukukunda inandırıcı bir esasa dayanmamaktadır. Bir kere sorumsuzluk nedeniyle kişinin cezalandırılmaması veya dokunulmazlık nedeniyle hakkında kovuşturma yapılamaması, o kişinin ceza kanununun öznesi olmadığı anlamına gelmez, aksine bu kimsenin kanunu ihlal etmeyecek kadar yüksek bir kamusal kişiliğe sahip olduğu veya kovuşturmamada kamusal yararın bulunduğu anlamına gelir. Gerçekten, sorumsuzluk halinde kişinin cezalandırılmamasının veya kişiye dokunulmamasının esası tamamen siyasidir. Bu nedenledir ki, sorumsuz veya dokunulmaz olan kişiler bakımından ehliyetsizlikten söz etmek, pek tutarlı bir düşünce olamaz. Öte yandan, henüz gelişimini tamamlamamış olanların veya akıl hastaları ve benzeri kişilerin, ceza kanununun muhatabı olmadıkları doğru olamaz, çünkü bunlar, fiilleri bir suç teşkil ettiğinde, cezaya değil ama, emniyet tedbirlerine muhataptırlar. Öyleyse, bu grubu oluşturan insanlar da, ileri sürülenin tersine, ceza hukukunun dışında değildirler, içindedirler, yani suçun faili olabilmektedirler.

III. TÜZEL KİŞİ

Tüzel kişinin suçun faili, yanı suçlu olup olamayacağı hususu bugün de tartışmalı bir konudur;[67]. Özellikle örgütlü suçluluğun yaygınlaşması, uluslararası suç örgütlerinin ortaya çıkması, tüzel kişiler hakkındaki tartışmaları giderek daha çok alevlendimuştir. Roma hukukunda tüzel kişilerin suçun faili olamayacakları esası kabul edilmiştir. Buna karşılık, Cermen hukukunda, tüzel kişinin suçun faili olabileceği kabul edilmiştir. lngiliz hukukunda tüzel kişi suçun faili sayılmaktadır. Avrupa Bakanlar Komitesinin 28 Ekim 1998 tarih ve 18 sayılı k<l!an tüzel kişilere karşı ceza müeyyidesinin uygulanmasını tavsiye etmiştir. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, 121/1. maddesi hükmünde, çok dikkatli ve sınırlı bir biçimde ticari kuruluşların (enti) ceza sorumluluklarının olduğunu kabul etmiştir[368]. Tüzel kişinin suçun failliği meselesi genellikle tüzel kişinin gerçekliği veya varsayımsallığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Tüzel kişiyi bir gerçeklik olarak algılayan düşünceler, onun suçun faili de olabileceğini kabul etmektedirler. Buna karşılık, tüzel kişiyi varsayımsal, fıkri bir birlik olarak algılayanlar, onun suçun faili olamayacağını kabul etmektedirler. Cezanın niteliklerinden hareket eden bir başka görüş, tüzel kişi üzerinde cezanın korkutuculuk, şahsilik ve uslandıncılık etkilerinin doğal olarak mümkün olmadığını, dolayısıyla suçun faili olamayacağını ileri sürmektedir. Tüzel kişiler "statüleri" ile kişilik kazanmaktadırlar (TMK m. 47, 59). Tüzel kişi, kendine vücut veren statü ile sinirli olarak hak ve fiil ehliyetine sahip bulunmaktadır. Kuşkusuz, bunlar, vergi suçlarının, diğer idari suçların faili olabilmektedirler. Tüzel kişilerin, genel ahlaka, kamu düzenine aykırı bir faaliyeti mümkün değildir, çünkü bu tür bir faaliyette bulunmayı amaçlayan tüzel kişinin kanundan ötürü, kişilik kazanması mümkün değildir. Suç ve ceza koyan kurallar kamu düzenini kuran vazgeçilmez temel kuralıdırlar. Böyle olunca, zaten tüzel kişi, suç işleyemez. Suç _ancak tüzel kişinin organı olan kişiler tarafından işlenebilir. Kuşkusuz, bunlar, diğer kişilerden farksız olarak suçun failidirler. Kanun, 20/1. maddesi hükmünde, *"ceza sorumluluğu şahsidir"* demekte ve *"kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz"* hükmüne yer vermektedir. Bundan, açıkça, kanunun tüzel kişiyi suçun faili saymadığı sonucu çıkmaktadır. Zaten kanunun "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" madde başlığını taşıyan 60. maddesinin gerekçesi de bu sonucu doğrulamaktadır. Kanun koyucu, kanunun 20. maddesinin gerekçesinde, "sadece

---

[361] Mestica, La responsabilita' penale delle persone giuridiche, Roma 1933; Bricola, il costo del principio "societas delinquere non potest" nell' attuale dimensione del fenomeno societario, Il diritto penale delle societa' commerciali, Milano 1971, s. 29; Conti, Diritto penale commerciale, I, Torino 1965, s. 72.

[361] Antolisei, Manuale, PG., s. 598.

gerçek kişiler suçun faili olabilir ve sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir" diyerek; kim hakkında ceza müeyyidesine hükmedilebiliyorsa, ancak o kimsenin fail olabileceğine işaret etmiş bulunmaktadır.

Gerçekten, kanw1, 20/2.maddesi hükmünde, *"Tüzel k(çif er hakkında ceza yaptırımı uygulanmaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öıgörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır"* hükmüne yer vererek tüzel kişiyi fail saymamıştır. Ancak, KanWl, 60. maddenin metninde ve gerekçesinde, 20. maddenin sadece gerekçesinde, her nedense kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında fark görmüş, güvenlik tedbirlerinin muhatabının sadece özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul enniştir.KanW1un düzenlemesi çelişkilidir. Kanun; 31, 32, 33, 34. maddelerinde yaşı küçük olanları, akıl hastalarını, sağır- dilsizleri, arızı sarhoşluk halinde bulunan kişileri suçun faili saymış; ceza verilemediğinden, bunlar haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini öngönnüş; buna karşılık muhatap oldukları "yaptınmlar" bakımından aynı konumda olan "özel hukuk tüzel kişileri"ni her nedense suçun faili saymamıştır. Böyle olunca, Kanunun kişiler hakkında "güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptınmları" suç nedeni ile uygularken, tüzel kişiler hakkında "suç dolayısıyla" uygulaması çelişkili bir düzenleme olmaktadır.

Gene bu bağlamda, kanunun gerçek kişilerle tüzel kişiler, kamu tüzel kişileri ile özel hukuk tüzel kişileri arasında ayırım yapması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır, çünkü kamu hukuku tüzel kişilerinde de, tıpkı özel hukuk tüzel kişilerinde olduğu gibi, suçu ancak tüzel kişinin organı veya temsilcisi olan kişiler işleyebilmektedirler. Gerçekten, organ veya temsilcisinin, kamu tüzel kişisi yararına suç işlemesi de imkansız değildir. Öte yandan, ceza hükmü bulunduran bazı kanunlar, ör. Çekle Ödemelerin Düzenlerunesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun, m. 13/2, 15, vs., Sendikalar Kanunu, m. 59/1, 2, vs., tüzel kişiyi suçun faili saymaktadır. Ceza hükmü taşıyan bu kanunların akıbetinin ne olduğu hususu Ceza Kanunun 5. maddesi hükmü karşısında ayn bir tartışma konusudur, çünkü 5. madde, kanunun genel hükümlerinin "... ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" hükmüne yer vennektedir. Görüldüğü kadarıyla, 5252 sayılı Kanunda, konuya açıklık getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Kanunda yer alan hükümler cezalarla ilgilidir. Kanun tüzel kişiyi suçun faili saymadığına göre, tüzel kişiyi suçun faili sayan kanunların bu kanunla zımnen ilga edilmiş oldukları akla gelmektedir. Ancak, TCK Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun, 11.5.2005 tarih ve 5349 sayılı Kanunun 6. maddesiyle değişik Geçici madde 1 hükmü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar ve en geç 31. Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır hükmüne yer vermiş bulunmaktadır. Bu demektir ki, tüzel kişi, uyum

sağlanıncaya kadar, hukuk düzenimizde suçun faili olmaya devam edecektir. 2008/5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çc□İlli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile söz konusu uyum sağlanmış, ancak bazı kanunlarda ör. 1985/3167 sayılı Çek Kanununun 13/2, 15. maddelerinde "adlı para cezası" hükmüne yer verilmekle, Tüzel kişinin suçun faili olması çelişkisi devam etmiştir.

IV. TABİATÇI BAKIŞ AÇISINDAN FAİL

Suçlu, sadece salt hukuki bir bakış açıdan değil, ama aynı zamanda tabiatçı bir bakış açısından, yani organik ve psişik nitelikleri göz önüne alınarak da incelenebilir. İncelemenin amacı, bir "suçlu tipini" ortaya çıkarmaya çalışılmaktır. Tabiatçı bakış açısından faille (delinquente), hukuki bakış açısından fail (reo) çakışmamaktadır. Gerçekten, önemsiz suçların, belli bir devletin siyasal veya etik anlayışıun ürünü olan, yahut istisnai hallerden kaynaklanan, çoğu kez zamandan zamana, yerden yere değişen suçların failleri, tabiatçı bakış açısından fail, suçlu kavraım içinde yer almamaktadırlar.

Suçluluk tamamen doğal bir olgu olarak da ele alınabilir. Suçu ve suçluluğu doğal bir olgu olarak görenler, nedenlerini ve tezahürlerini inceleyenler, sadece uzun ömürlü ve düzenli toplumsal oluşumların temel çıkarlarını zedeleyen, açıkçası çağlar boyunca, tüm uygar toplumlarda toplumsal düzeni bozduğu kabul edilen, dolayısıyla suç sayılan fiilleri göz önüne almaktadırlar. Gerçekten, klasik ceza huk'llkçulannın "doğal suçlar" dedikleri söz konusu bu suçlar, genelde tarihi olaylardan etkilenmeyen, bireye, mala, genel ahlaka karşı suçlar, sahtecilik, dolandıncılık ve benzer diğer suçlarıdırlar.

Doğal bir olgu olarak suç ve suçluluğu ilk kez Cesare Lombroso incelenmiştir[369]. Lombroso, suçun doğuştan geldiğini, dolayısıyla psişik ve somatik belirleyici özellikleri bakımından suçun failinin anonnal bir varlık olduğunu ileri sünnüştür. Lombroso, daha sonra, yaradılıştan geldiğini kabul ettiği suçluluğun, kalıtımsal (atavismo) olduğunu, bir tür ahlaki çılgınlık arz ettiğini, saranın bir türünü oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Doğuştan suçluluk düşüncesi, çok tartışılan ve çok taraftar bulan Ferinin kurucusu olduğu Pozitivist Ceza Hukuku Okulunun temelini oluştunnuştur. Bu düşünce, suçlu kişiyi belirleyen temel niteliğin "anormallik" olduğunu ileri sürmektedir. Ancak, suçlunun anormal bir kişi olduğu düşüncesi, deneysel olarak

---

.169 Lombroso, L'uomo delinquente studiato in rapporto alla antropologia, alla medicina legale e aile discipline carceraric, 1876.

kanıtlanamamıştır. Üstelik, gerçek hayat, bununu yalanlamaktadır. Bu durum karşısında, okulun bazı mensupları, aynı çizgide kalarak, suçlu kişiliği belirleyen özelliğin ahlakı,duygusal anomali olduğunu, yahut suçun işlenmesi esnasında psişik bir anomalinin etken olduğunu ileri sünnektedir. Bu iddia da ispatlanamamıştır. Bugün, genel olarak, hatta bu okul mensubu birçoğu tarafından, normal suçlu kişinin var olabildiği de kabul edilmektedir.

V. SUÇLULARIN TASNİFİ

Suçluluğun doğal bir olgu olarak incelenmesi, insanlar arasında bir fail tipinin bulunmasına çalışılması, suçluların birçok tasnifinin yapılmasına yol açmıştır. Bunlardan en dikkate değerlerinden biri, Lombroso-Ferri çizgisinde olan düşüncedir. Bu düşüncede suçlular, doğuştan suçlular, akıl hastaları, suça alışkanlığı olanlar, ihtiras suçluları ve rastlantısal suçlular olmak üzere beş gruba aynlmaktadır. Bu düşünceden yana olan Florian[370], söz konusu tasnifi daha açık bir biçime sokmuştur:

a Suçu işlemede bireysel nedenlerin etkili olduğu suçlular. Bunlar, suçlu doğanlar, doğuştan suça eğilimi olanlar, ahlaki deliler veya yapısal olarak ahlaksız olanlardır.

b. Akıl hastalığı yüzünden suçlular. Bunlar deli suçlular (hastalıklarının etkisi altında bir suç işleyenler), suçlu deliler (hastalığı suçunun tipile belirtisini oluşturanlar) ve deliren suçlular (suç işledikten sonra delirenler).

c. Suçu alışkanlık haline getirenler.

d. İhtiras suçluları, ihtiras fırtınasının etkisi altında suç işleyenlerdir.

e. Rastlantısal suçlular. Bunlar, bir olaydan ötürü veya anlık koşullar yüzünden suça sürüklenenlerdir.

Başka bir kriminolog, Di Tullio[371], suç işlemeye yatkınlık, yahut genelde bütün insanlarda saklı bulunan, ancak dışsal etkiler neden olduğunda ortaya çıkan, daha çok ağır cürmı fiiller işleme eğilimi olarak bazı kimselerde mevcut bulunan "yapısal suçluluk" düşüncesinden hareketle suçluları üç grup altında toplamaktadır. Bunlar, rastlantısal suçlular, yapısal suçlular ve akıl hastalarıdır.

Son zamanlarda, kriminolojide, kiminin ekonomik çıkarlar, ideolojiler, ihtiraslar, cinsellik duygusu, antisosyal eğilimler vs. olmak üzere suçların saikini; kiminin normal veya anormal suçlular olarak patalojik durumu ve kimi

---

"° Florian, Trattato, PG., 4. ed., Milano 1934.

m Di Tullio, Antropologia criminale, Roma 1940.

toplumsal-çevresel nedenleri esas alarak, suçluların bir tasnifini yapmaya çalıştığı gözlenmektedirm.

Ceza Kanunu, kriininolojik gerekleri de göz önüne alarak birçok suçlu kategorisine yer vemiiş bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, suçta tekenürü cezayı artıran bir neden saymakta (CK. m. 58), akıl hastası suçlulara farklı bir muamelede bulunmakta (CK. m. 32), kazanç hırsıyla işlenen suçların faillerini diğer suç faillerinden farklı bir biçimde cezalandırmakta (CK. m. 55), suçlulukta dini, fikri, ideolojik, vs. her çeşit nedeni göz önüne almaktadır (ör., CK. m. 3, 76, 77, 82/1, i,j, vs.).

IV. NORMATİF FAİL TİPİ

Bio-psikolojik nitelikleri göz önüne alınarak, yani doğal veya kriminolojik olarak belirlenmeye çalışılan fail tipi yanında, ayrıca, Alman doktrininde, bizzat nonnun belirlemiş olduğu bir fail tipinden söz edilmektedir. Denmektedir ki, kimi zaman, ceza kanunu, belli bir beşeri davranışı cezalandınnak yerine, bizzat insanı, ne ise o olarak, yani kendi var oluş biçimi içinde, yani belli bir karakteristik göstermesinden ötürü cezalandırmayı istemektedir. Cezanın verilmesi ve ağılaştırılması, failin sergilediği suçlu kişilikle veya belli bir tip a sosyallikle bağıntılı kılınmıştır. Gerçekten, kanun koyucunun gözünde, kanunun gerçek anlamına ulaşılabilmesi için, kanunu yorumlayanın bulup ortaya çıkaracağı belli bir fail figürü canlanmaktadır. Ancak, bu, suç işleyen bireyin psiko-somatik niteliklerinden ortaya konulamamakta, sadece cünnı hükümden, yani suçu koyan nonndan ortaya çıkmakta, dolayısıyla buna, nonnatif fail tipi denmektedir. Bir örnek vermek gerekirse, hırsızlık fiilini cezalandıran kanun hükmü, hırsız figürünü; yangın çıkartmayı cezalandıran kanun hükmü, kundakçıyı, vs. göz önünde tutmaktadır.

Bu bağlamda olmak üzere, ör., Dahm, fail tipini, hırsız, hain, sahtekar, vs. gibi belli suçlular hakkındaki toplumsal ortamın düşüncesi ile uyumlu olmak şartıyla, halkın hukuki vicdanı ile bütünleşen cürmı hükmün incelemesinden çıkarmaktadır. Bu tür bir fail tipi, cünnı kanun hükmünün tıpkı bir gölgesidir, ihtiyaca göre hükmün daraltılarak veya genişletilerek yorumlanmasına yarar. Gerçekten, fiil toplumsal ortamın istediği suçluluğun karakteristik bir ifadesi olmadığında, hüküm daraltılarak; buna karşılık fiil kanundaki tanımına

---

m Manhaım, Trattato di criminologia comparata, Acura di Fnınco Ferracuti, Presentazione di giuliano Vassali, Volume, 1-2, Giulio Einaudi Editore, Torino1975.

uymadığında. ancak fail açıkça suçluluğun belirgin bir ifadesi olduğunda, hüküm genişletilerek yorumlanacaktır.

Bu düşüncede olan Mezger, normatif fail tipini, cürmi norına eşlik eden bir gölge olarak değil. ama cünnı noıınun ruhunu oluşturan bir şey olarak değerlendirmektedir. Gerçekten demektedir ki, fail tipi, kanun hükmünde saklıdır, dolayısıyla halkın hukuki vicdanından çıkmaz, tersine bizzat kanun hükmünden çıkarılır.

Normatif fail tipi düşüncesi eleştirilmiştir.

Bir kere bu düşünce, pek fazla açık, kesin olmaması bir yana, tümden bulanıktır. Bu niteliğinden ötürü, kanunun uygulanmasında işe yararlılığı bulunmamaktadır. Öte yandan, bu tipi sadece cürmı normdan çıkarmaya kalkışmak, bizzat normu şahsileştirmekten başka bir şey değildir. Böyle olursa, ör.,, hırsızlık yerine hırsız, dolandırıcılık yerine dolandırıcı, vs. denecektir. Ortada göz önüne alınabilecek bir ilerleme yoktur. Yeni bir şey bulunmuş değildir, sadece bir şey farklı ifade edilmiştir. Normatif fail tipi kanunun yorumunda da bir yarar sağlamamaktadır, çünkü bir bilinmeyeni başka bir bilinmeyenle açıklamak biçiminde bir mantık hatasına düşülmüştür.

Nonnatif fail tipini belirlemede toplumun veya halkın vicdanına gitmek fikri yeni bir unsur sayılabilir. Ancak, buna itibar edildiğinde, kanun sağlam zemini terkedilmiş, hukukta kesinliği gideren oldukça karanlık bir ortama gidilmiş olur. Burada "halkın sağlam duygusu" bir dogmadan öte bir anlam ifade etmemektedir.

Sonuç olarak, faili belirlemede, normatif fail tipi düşüncesinin kabul edilebilir bir yanı bulunmamaktadır.

V. MEVCUT CEZA HUKUKU DÜZENİNDE SUÇLUNUN KİŞİLİĞİ

Türk hukuk devriminin ürünü olan 1926 tarihli Türk Ceza Kanunun suçluya bakış açısı Aydınlanmanın suçluya bakış açısıdır. Gerçekten, kaynağını, "liberal-demokratik bir toplumun" ceza kanunu olma şerefi hala tartışmasız kabul edilen Zanardelli Kanununda bulan 1926 tarihli kanun, kuralın istisnası olarak objektif sorumluluğa yer vermiş olmasına rağmen, suçu değil ama, suçluyu öne çıkarmıştır. Ceza hukuku sisteminin sonraki yıllarda yapılan değişikliklerle "üstü kaval altı şişhaneye" dönüştürülmesi bu kanunun kusuru değildir.

Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları, "suç ve ceza" ile ilgili temel hükümlerinde (Ay. m. 38) ve Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddeleriyle gönderme yaptıkları A1HS' inde, kriminoloji biliminde meydana

gelmiş olan ilerlemelere uygun olarak, suçu önemsemek yanında, ceza hukukunda özellikle suçlu kişinin baz alınmasına özen göstermiş bulunmaktadır.

5237 sayılı Kanunu, mevcudu korumaya çalışmış, hakime özellikle özel hükümlerde gerekliliği hep tartışılacak olan çok geniş takdir yetkisi vermek dışında, önemli bir yenilik getinnemiştir. Kısacası, ceza hukuku, suçlukla etkin mücadelede, sadece suçu göz önüne almakla yetinmemekte, aynı zamanda suçluyu göz önüne almakta; gerçekten, onu yalnızca tehlikeli veya zararlı bir fiilin faili olarak görmemekte, aynı zamanda ileride bir suçun faili olabilme olasılığını da göz ardı etmemekte; failin cezasını belirlerken (CK. m. 50, 51, 61, 62, vs.) sadece geçmişe bakmamakta, geleceğe de bakmaktadır.

Böylece, 5237 sayılı Kanun, objektif sorumluluğu terk ettiği iddiasına da bakıldığında, Anayasada öngörülen "kusur ilkesi"nin zorunlu sonucu olarak tamamen ömel bir ceza hukuku sistemine geçmiş olmaktadır. Bu demektir ki, bundan böyle, münferit her bir ceza normun yorumunda, sistemin ruhunu oluşturan kusursuz suç olmaz ilkesinin göz önüne alınması zorunlu olmaktadır.

Bir ceza hukuku sisteminde, sistemin esasını "kusursuz suç olmaz" ilkesi oluşturduğunda, o ceza hukuku sisteminde ceza sorumluluğu şahsidir, yani herkes kendi fiilinden sorumludur. Bunun sonucu olarak, bu sisteminde, ceza, genelde bir ödetme (castigo) niteliğinde bir yaptınmdır[373]. Aynca, tümden önleme (preventiva) işlevine sahip olan güvenlik tedbirleri ile bütünleştirilmiştir. Doktrinde, buna, "düalist sistem" denmektedir. Bugün, İtalyan Ceza Kanunu, Alman Ceza Kanunu düalist sistemi benimsemiş bulunmaktadır[374]. 5237 sayılı Kanun., "müeyyide" ve "tedbir" ayırımının pek farkında olmamakla birlikte, ceza yanında güvenlik tedbirlerine de yer vermiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi, cezanın verilmesini, failin isnat edilebilir durumda olması, yani fiili işlediği esnada isnat yeteneğine sahip bulunması ile bağıntılı kılmıştır. Klasik ceza hukukçularının "irade özerkliği" olarak nitelendirdiği bu bağıntı, doktrinde, "anlama ve isteme yeteneği" olarak ifade edilmektedir. 765 sayılı Kanun., söz konusu bağıntıyı "farik ve mümeyyiz olmak" olarak nitelendirmiştir. lCK, "anlama ve isteme yeteneği" ifadesini kullanmaktadır (m.85).

Farklı bir gelenekten gelen Alman Ceza Kanunu, aynı olguyu, yani bir kimsenin fiilinin sorumluluğunu üstlenebilmesi olgusunu "kusurluluk ehliyeti"

---

m Antolisei, Manuale, PG., s. 606.

m Fomasari, I principi, s. 527.

terimi ile ifade etmektedir. Ancak, kusur veya kusurluluk ehliyetinden, Alman doktrininde, genelde anlama ve isteme yeteneği anlaşılmaktadır[375].

5237 sayılı Kanun, herhalde Alman doktrininin etkisi altında, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenleri düzenlediği maddelerin gerekçelerinde "kusur yeteneği" terimi ile ifade etmektedir. Doktrinde, isnat yeteneği terimi yanında, belki daha yaygın olarak kusur yeteneği teriminin kullanıldığı görülmektedir[76].

Biz, bir kimsenin kendi fiilinin sorumluluğunu üstlenebilme, sonuçlarına katlanabilme erginliğini, geleneksel kalarak, "isnat yeteneği" (imputabilita) terimi ile ifade etmek istiyoruz. Madem küçükler, akıl hastaları kusurlu hareket edebilmektedirler, "fiil ehliyetine sahip olmanın ceza hukukunda ifadesinin, kusur ehliyeti değil, isnat yeteneği olduğunu düşünüyoruz.

---

[3]1S Fornasari, I principi, s.319

376 Ör., Dönmezer- Erman, Ceza Hukuku, II,s.145; Toroslu, Ceza Hukuku, s. 245. Yazarlar "isnat yeteneği" terimini kullanmaktadırlar. İçel, Suç Teorisi, İstanbul' 1999, s.210; Demirbaş, Ceza **Hukuku, s. 288;** Centel/Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s.400. Yazarlar "Kusur yeteneği" terimini kullanmaktadırlar. Erem, Ceza Hukuku, I, s.568. Yazar "ceza ehliyeti" kavramını kullanmaktadır. İster o isterse bu terim kullanılsın, işin esası, kendisinden hasıl olan bir fiilin kişinin kendisine isnat edilebilmesi, yilklenebilmesidir. Başka bir deyişle, etik bir değer olan kişinin, fiilinin sorumluluğunu Ustlenebilmesi erkidir.

İKİNCİ BAŞLIK
İSNAT YETENEĞİ

/. Gerıel olarak, II. isnat yeteneğinin esası, III. Kaıuuıda isnat yeteneği, iV. Suç ,,e isnaı yeteneği, V. Sebebinde serbest hareketler

I. GENEL OLARAK

Suçun faili insandır. İnsanın ayrıca etik bir değerdir. Bu konuda tartışma yoktur. Etik bir değer olduğu içindir *ki,* insanın davranışlarının sorumluluğunu üstlenme erkine sahip olduğu kabul edilmektedir. Uygar toplumlar, kendilerine vücut veren hukuk düzenlerinde, sürekli veya arızı olarak bu erkten yoksun olan kimseleri, isnat edilebilir nitelikte görmemektedirler.

O halde isnat yeteneği[377] nedir ?

Kanun, 765 sayılı Kanundan farksız olarak, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler genel başlığı altında, 31, 32, 33 ve 34. maddelerinde isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenlere yer vermiş, ancak aynca özel bir hükümde isnat yeteneğini tanımlamamıştır.

İtalyan Ceza Kanunu, özel bir başlık altında, 85. maddesinde, isnat fiille sınırlı kılmış ve tanımlamıştır. Buna göre, "Hiç kimse, işlediği esnada isnat yeteneği yoksa, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilden ötürü cezalandırılamaz/ Anlama ve isteme yeteneği olan kimse isnat yeteneğine sahiptir". Öyleyse, isnat yeteneği, "anlama yeteneği" ve "isteme yeteneği" olmaktadır. Söz konusu bu tanım, genelde doktrinde kabul edilen bir tanımdır.

Anlama yeteneği, failin kendi dışında cereyan eden şeyleri sadece salt anlaması yeteneği değildir, aynı zamanda yapılan davranışın toplumsal değerinin farkında olmasıdır. Failin davranışının mutlaka kanunla çatışır olduğunu bilmesi gerekmez; tersine, onun, gehel olarak ortak hayatın gerekleri ile çatışır olduğunu bilebilir olması yeterlidir.

İsteme yeteneği, kişinin, içinden gelen isteklere direnerek, bağımsız bir biçimde davranabilmesi, kendini ortaya koyabilmesidir. Açıkçası, isteme yeteneği, yapılmak

---

m Battaglini - G. Grifo', Imputabilita', Novissimo digesto italiano, VIII,Torino 1962, s. 451; Sesso, lmputabilita' e sistemadel reato, Milano 1962;Marini-PortigliattiBarbos, La capacita' di intendere edi volere nel sistema penale italiano, Milano 1964;Crespi,lmputabilita' (dir.pen.) Enclopedia del diritto, XX,Milano 1970, s.763; Cerquetti, L' imputabilita' nella sistematicu del diritto penale, Perugia 1979.

zorunda olunanı. isteme yeteneğidir. Gerçekten, öyle kişiler vardır ki, onlar, sağlıklı olarak iyiyi kötüden ayırt etmeyi bilmemekte,sonuçta kendilerini belirleyemeınckte, y.mi kararlanna uygun bir biçimde hareket edememektedirler. Söz konusu bu hallerde, isteme yeteneği oıtadan kalkmaktadır.

Ancak. isnat yeteneği, ne tek başına anlama yeteneği, ne de tek başına isteme yeteneği bulunduğunda mevcut olmaktadır. İsnat yeteneği, hem anlama yeteneği hem de isteme yeteneği birlikte bulunduğunda mevcut olmaktadır.

Anlama ve isteme yeteneği iki kategori insanda bulunmamaktadır. Bunlar yeterli toplumsal gelişmişliğe ulaşmamış olan veya ağır psişik özürleri bulunan kişilerdir. Bu demektir ki, isnat yeteneği, ifadesini, kişinin psişik olgunluğunda ve akılsal sağlığında bulmaktadır.

Böyle olunca, isnat yeteneği, failin bir niteliğini, bireyin bir olmak biçimini, başka bir deyişle kişinin bir durumunu ifade etmektedir. Bunun bir sonucu olarak, isnat yeteneğinin, failin suçu işlendiği esnada mevcut olması zorunludur, çünkü sorumlu olınasını gerektiren ihlal fiili, o esnada gerçekleşmiş olmaktadır.

II. İSNAT YETENEĞİNİN ESASI

İnsan niçin davranışından sorumlu tutulmaktadır, bundan hiç mi vazgeçilemez sorusu, mutasavvıflardan[378] filozoflara, ahlakçılardan hukukçulara kadar herkesi meşgul etmiştir.

Gerçekten, özünde kişinin davranışlarının sorumluluğunu üstlenmesi erki olan isnat yeteneğinin, yani kişinin ihlale tepki olarak ceza müeyyidesine çarptırılmasının esasının ne olduğu meselesi, ceza hukukçuları arasında da hep tartışma konusu olmuştur.

Klasik ceza hukuku okulu, isnat yeteneğinin esasını "irade serbestisinde" bulmaktadır. Ceza, madem ödetmedir, insanın işlemiş olduğu fiilin bilinçli ve serbest bir nedeni olmasını gerektirmektedir. Suç iradi bir fiildir. İnsan iyiyi kötüden

---

371 Büyük mutasavvıf,Kaygusuz Abdal,"NEFES" isimli şiirinde, "Adem'i balçıktan yoğurdun yaptın/ Yapıp da neylersin bundan sana ne/ Halk ettin insanı saldın cihana/ salıp da neylersin, bundan sana ne & Bakkal mısın teraziyi neylersin/ İşin gücün yoktur gönül eylersin/ Kulun günahını tartıp neylersin/ Geçi ver suçundan bundan sana ne& Katran kazanını döküver gitsin/ Mümin olan kullar didara yetsin/ Emr eyle yılana tamuyu yutsun/ Söndür şu ateşi bundan sana ne & Sefil düştüm bu alemde naçamn/ Kıldan köpıii yaratmışsın geçerim/ şol köpıiiden geçemezsem uçarım/ Geçir kullarını bundan sana ne & Kaygusuz Abdal der: Cennet yarattın/ Cehenneme nice kulları attın/ Nicesin ateş-i aşk ile yaktın/ Yakıp da neylersin bundan sana ne" diyerek (Vasfi Mahir Kocatürk, Tekke Şiirleri Antolojisi, Buluş l(jtabevi, Ankara 1955, 155) daha XV. Yüzyılda, davranışından sorumlututulan insanın, çelişkili yazgısını, btiyük bir isyanla dile getirmiştir.

ayırt etme erkine sahiptir. Suç kötüdür. İyiyi seçme imkanı varken, kötüyü seçen insan. serbe.st seçim.inden sorumludur. Ancak, henüz yeterli erginliğe ulaşmamış olan veya ağır psişik özrü bulunan kimseler iradesi serbestisine sahip değildirler. Dolayısıyla, bunlara ceza verilemez. İrade serbestisinden kısmen yoksun kimselere, belli yaşlardaki küçüklere gelince, adalet gereği olarak, bunların cezalarının indirilmesi zorunlu olmaktadır.

İrade serbestisi, ilk çağlardan beri, tartışılagelen felsefi bir sorundur. İrade serbestisinin karşıtı, detenninizmdir. Gerçekten irademiz serbest mi, yoksa bir aldatmaca içinde mi bulunuyoruz, hala bugün, kesin olarak kanıtlanımş değildir. Aynı biçimde, doğruluk payı olsa bile, toplumsal-psişik varlığıımz mutlak olarak deternun.izmin eseridir de diyemiyoruz. Öteki kadar bu da henüz kanıtlanmış bir düşünce değildir.

Bununla birlikte, Pozitivist ceza hukuku okulu, Klasik ceza hukuku okulunun tam karşıtı olarak ortaya çıkımştır. Bu okul insanın iradesinin serbest olduğunu kabul etmez. İrade, sıkı sıkıya, içinde cereyan ettiği psişik ve toplumsal nedenlerle bağımlıdır. Böyle olunca, artık bireysel sorumluluktan söz etmemek, ama toplumsal veya kanun.i sorumluluktan söz etmek gerekmektedir. Öyleyse, isnat yeteneği olan insan ve olmayan insan ayırımı yapılamaz. Her insan, suç işlediğinde, h.içbir ayırıma tabi tutulmaksızın, mutlaka topluma hesap vermelidir. Toplum, kim olursa olsun, suç işleyene karşı, kendisini, ceza, yani ödetici olan bir tedbirlerle değil, ama iyileştirici ve güven sağlayıcı tedbirlerle, yan.i güvenlik tedbiri denen tedbirlerle savunmalıdır.

İsnat yeteneğinin esasının ne olduğu konusunda, gerek irade serbestisinin, gerekse determinizmin felsefi platformda kalması, birinin ötekinden mutlak olarak üstün olduğunun hala kanıtlanamamış olması[379] ceza hukukçularını başka çözümler aramaya yöneltmiştir.

Gerçekten, bir düşünce, isnat yeteneğin.i, normal karar verme erki olarak tanımlamakta; normalliğin olmadığı bir yerde, cezalandırmanın mantığının olmayacağını ileri sürmektedir (teoria della normalita'). Başka bir düşünce, isnat yeteneğinin esasının, failine uyan davranışta, açıkçası davranışın bizzat failin kişiliğini yansıtmasında bulmaktadır (teoria dell' identita' personale). Son olarak, bir düşünce, isnat yeteneğinin, ifadesini, cezanın kendine özgü korkutucu etkisi ile insanları suç işlemekten alıkoymasında bulduğu kanaatindedir. Böyle olunca, henüz yeterli olgunluğa erişmemiş kimselere, akıl hastalarına ceza verilemez, çünkü

---

m Pagliaro, Principi, s. 625.

bunlar, psikolojik olarak zorlanmaya uygun kişiler değildirler (teoria dell'intimidabilita').

Bu düşünceler çeşitli yönlerden eleştirilmiştir.

Kanun, açıkça güvenlik tedbirlerine yer vermiş olmakla birlikte, ceza sorumluluğunun şahsiliği, kusursuz suç olmaz ilkesini, ihlale tepki olarak yegane yaptırımın ceza müeyyidesi olduğunu kabul etmiş olmakla, 657 sayılı Kanundan farksız olarak, isnat yeteneğinin esasının irade serbestisi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Bu, kanun yorumlanırken, 657 sayılı Kanun döneminde oluşmuş olan doktrin ve uygulamaların, sorunları çözmede, halen geçerli olduğu anlamına gelmektedir.

m. KANUNDA İSNAT YETENEĞİ

Kanun, madde gerekçelerinde *"kusur yeteneği"* dediği isnat yeteneğini, 31. maddesinde *"işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması" "davranışlarını yönlendimıe yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması"* şeklinde ifade etmektedir.

Alman Ceza hukukundan alındığını sandığımız bu ifadeler, aslında anlama yeteneği ve isteme yeteneği ifadelerinin kötü bir açılımından başka bir şey değildir. Gerçekten, denmektedir ki, Alman Ceza Kanununun kullandığı "fiilin hukuka aykırılığının farkında olma yeteneği" terimi özünde "anlama yeteneği" teriminin aynısıdır. Doktrinde yaygın kanaat, "fiilin hukuka aykırılığının bilincinde olunması" ceza kanununu bilinmesine ve herhalde fiilin cezalandırılan bir fiil olduğunun farkında olunmasına kadar götürülmemeli; sadece, fiilin, somut olayda, maddeten hukuka aykırı bir fiil olduğunun anlamış olması yeterli sayılmalıdır şeklindedir[80].

Bu demektir ki, failin fiilinin hukuka aykırılığının bilincinde olması, özünde, madde gerekçesinde ifade edilen failin "işlediği fiilin bir haksızlık oluşturduğunun bilincinde olması" ile aynı şey değildir, çünkü fiilin hukuka aykırılığı içinde "ahlaka aykınlık" yoktur, oysa fiilin "haksızlık oluşturduğunun bilincinde olma"nın içerisinde ahlaka aykırılık da vardır. Bundan ötürü, doktrin, failin fiilini bilmiş , yani "anlanı ve sonuçlarını" algılamış olması için, fiilinin ahlaka aykırılığını bilmiş olmasına bakmamakta; yukarıda belirtildiği üzere, genel olarak, failin, fiilinin ortak hayatın gerekleri ile çatışır olduğunu bilmiş olmasını yeterli görülmektedir.

---

[3]1> Fomasari, I principi, s. 321, 322.

"Davranışını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması" herhalde isteme yeteneğinin yokluğu anlamındadır. Bunun ne olduğu yukarıda açıklamış bulunuyoruz. Gerçekten, Kanun, madde gerekçesinde açıkça kişinin "iradesine yeterince hakim olamamasından" söz etmektedir. Kişinin iradesine hakim olamaması, kuşlı..'Usuz isteme yeteneğinin yokluğu anlamındadır.

Kanunda, 31/2. maddede, isnat yeteneğini birbirini çelen iki farklı ifade ile tanımlamıştır. Birinci tanım, seçenekli olumsuz bir önermedir. Gerçekten, Kanun," işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması **veya** davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde" isnat yeteneği yoktur demektedir. Olumsuz seçenekli önerme olumlu seçenekli önerme yapıldığında,"işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması halinde" isnat yeteneği vardır olmaktadır. Böyle olunca, isnat yeteneği, birlikte "anlama ve isteme yeteneğinden" oluşmamakta, tersine isnat yeteneğini varlığı için, tek başına anlama yeteneğinin veya tek başına isteme yeteneğinin bulunması yeterli sayılmaktadır. Bu mümkün olmayan bir sonuçtur. İfadenin doğrusunun, failin "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilir olmaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olmaması halinde" isnat yeteneği yoktur biçiminde olması gerekir. Gerçekten, bir sonraki cümlede, Kanun, "işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde" isnat yeteneğinin olduğunu kabul etmiştir. Yapılması gereken, seçenekli önerme yerine, Kanunun kullandığı doğru olan bu ikinci önermeyi olumsuz halinde ifade etmektir. Bu, isnat yeteneğinin, seçenekli önerme olarak ifade edilmeye elverişli olmaması demektir.

Böyle olunca, Kanunun, failin, fiilini işlediği esnada "işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması halinde" isnat yeteneği yoktur ve bununa karşılık, failin, fiilini işlediği esnada "işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendim1e yeteneğinin bulunması halinde" isnat yeteneği vardır· biçiminde anlaşılması gerekmektedir. Kanun koyucunun hata yapmaması asıl olduğundan, normun doğru ifadesinin böyle olması gerekmektedir.

Kanun "fiili işlediği sırada" veya "işlediği fiilin" diyerek **(CK.** m. 31/1, 2, 3, 33, 32, 34) isnat yeteneğinin fiilin işlendiği esnada bulunmasını aramaktadır. Bu, fiilsiz suç olmaz kuralının zorunlu bir sonucudur.

Kanun, isnat yeteneği için, hem anlama hem de isteme yeteneğinin birlikte bulunmasını istemiştir. Esasen, Kanun, seçenekli önerme ile bu bağıntıya işaret etmiştir.

Kim ne derse desin, isnat yeteneği, Kanunda, failin bir niteliğini, bireyin bir olmak biçimini, başka bir deyişle, kişinin bir durumunu ifade etmektedir.

IV. SUÇ VE İSNAT YETENEĞİ

Failin bir durumunu ifade eden isnat yeteneği, suçun bir unsuru mudur, yoksa değil midir _meselesi doktrinde tartışılan bir konudur. Gerçekten, kusurluluğun genelde normatif anlayışım kabul edenler, isnat yeteneğinin veya onların ifadesi ile kusur ehliyetinin, suçun bir unsuru olan kusurluluğun içinde olduğunu, açıkçası kusurluluğun ön şartını oluşturduğunu ileri sürmektedirler[381]. Bu düşünce eleştirilmiştir. Denmektedir ki, madem anlama ve isteme yeteneğinden yoksun bir kimse de kast ve taksirle hareket edebilmektedir, isnat yeteneği, kusurluluğun bir unsuru veya bir ön şartı değildir.

Kusurluluğu farklı anlayanlar, isnat yeteneğini, suçun unsurları arasında, özellikle kusurluluğun bir ön şartı olarak görmemekte, genellikle failin bir niteliği, bireyin bir olmak biçimi, başka bir deyişle kişinin bir durumu olarak algılamaktadırlar3[82].

Bir fiilin bir kişiye isnat edilebilmesinin esasını "iradenin nedenselliği" kavramına dayandıran Manzini[383], her ne kadar kimilerince tek bir kavram sayılsa da, isnat edilebilirlik ile ceza sorumluluğun aynı şey olmadığı düşüncesindedir. Büyük hukukçuya göre, isnadiyet, ceza ehliyeti olan bir kimsenin kanunun bastırdığı bir fiilin hukuken nedeni sayılabilmesi için kanunun aradığı maddi ve psişik koşulların tümüdür. Buna karşılık, ceza sorumluluğu, bir kimsenin, bir suçun isnat edilebilir olmasının sonucu olarak, cezaya katlanma yükümlülüğüdür. Cezaya ehil olmak hem isnat edilebilir olmanın, hem de ceza sorumluluğunun zorunlu koşuludur. Bundan birincisi, bir kimsenin ceza hukukunun muhtemel süjesi olması için gereken koşullarla ilgiliyken; ikincisi, ceza hukukunun filhal süjesi olabilmesi, yani o kişinin işlediği kanuna aykırı somut fiilin faili olabilmesi **için gereken koşullarla ilgilidir.**

---

nı Bettiol, Diritto penale, s. 393.

ın Antolisei, Manuale, PG., s. 609.

3n Manzini, lstituzioni, s. 68.

Leone isnat yeteneğini "kusurlu iradeden" ayrı tutmakta, isnat yeteneğini suçun ön şartı saymaktadır[4].

765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde oluşan doktrinde, isnat yeteneğini, kusurluluğun bir ön şartı olarak görenler yanında failin bir niteliği, bireyin bir olmak biçimi, kısacası kişinin bir durumu olarak görenler de bulunmaktadır . Uygulamada, isnat yeteneği, aksine kararlar olmakla birlikte, genellikle failin bir durumu olarak algılanmıştır.

Kanun, isnat yeteneğini, 765 sayılı Kanunun sisteminden farksız olarak, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler" arasında düzenlemiştir. Bu yüzden, lCK'nundan farklı olarak[38]5, Kanunun sisteminden, Kanunun, isnat yeteneğini açıklayan şu veya bu düşünceyi benimsediğini iddia etmek olanağı bulunmamaktadır.

Kanunun sistemi esas olmakla birlikte, bu konuda, hazırlık çalışmalarında, madde gerekçelerinde, işe yarar bir işarete de rastlanmamaktadır. Bu, kanun koyucunun, akademik bir tartışmaya girmek istememesi, eskiden olduğu gibi, sorunun çözümünü, zaten oluşmuş bulunan doktrin ve uygulamanın yol göstericiliğinde, yeni oluşacak doktrine ve uygulamaya bırakmış olması demektir.

İsnat yeteneği, bizce, ceza müeyyidesinin muhatabı kılınabilmesi için, suçun failinde bulunması zorunlu niteliktir. Başka bir deyişle, isnat yeteneği, kanunun suç saydığı bir fiili işleyen bir kimseye ceza müeyyidesini uygulayabilmenin zorunlu koşuldur. Bundan ötürü, isnat yeteneğinin yokluğu, sadece ceza müeyyidesinden muafiyetin kişisel bir nedenini oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, isnat yeteneğinin yokluğu halinde kişinin ceza müeyyidesinden muaf olması demek, isnat yeteneğinden yoksun kimselerin, küçükler, akıl hastaları vs., ceza kanununu ihlallerinin, ihlale tepki olarak bir ceza müeyyidesi ile karşılanmamasına rağmen, fiilin suç oluşturması, dolayısıyla bu kişilerin suçun faili olmaları demektir[86]. Bizce pek tutarlı olmamakla birlikte, kanunun dizaynı, isnat yeteneğini failin bir durumu olarak algılamaya engel değildir. Gerçekten, sistemine bakıldığında Kanunun, isnat yeteneğinden yoksun kimseleri cezadan muaf tuttuğu (CK. m. 20, 31, 32, 33, 45, 56, 57), ancak fiillerini suç, kendilerini suçun faili saydığı görülmektedir.

---

[4] Leone, L' imputabilita'nella teoria del reato, Rivista italana di diritto penale, Padova 1937, s. 361.

[38] Antolisei, Manuale, PG., s. 324, 615.

[86] Antolise, Manuale, s.616.

V.SEBEBİNDE SERBEST HAREKETLER

İsnat yeteneğinin fiilini işlediği esnada failde bulunması zorunludur. Kuralın istisnası yoktur. Ancak, burada, bir suçu işlemeden önce kendisini isnat yeteneğinden yoksun kılan, bu durumda bulunurken suç işleyen fail, fiilinden sorumlu olacak mıdır, olacaksa neye göre sorumlu olacaktır meselesi ortaya çıkınak'tadır.

Bu konuda ne 765 sayılı Kanunda, ne de 5237 sayılı Kanunda[387] bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçekten, Kanun, sadece bir kimseye cebir ve şiddet, kork.'l.ltma ve tehdit altında suç işleten kişiyi (CK. m.28), suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişiyi (CK. m.37/2) fail sayarken; kanunun suç saydığı bir fiili işlemek için kendisini isnat yeteneğinden yoksun kılarak bir suç aracı haline getiren ve bu yolla işlemeyi amaçladığı suçu işleyen kimse hakkında bir düzenleme yapmamıştır.

Gerçekten, ör., isnat yeteneğine sahipken işlemeyi düşündüğü bir suçu işlemek cesaretini kendinde bulamayan bir kimse, alkol veya uyuşturucu alarak kendisini isnat yeteneğinden yoksun kılar, o durumda bulunurken suçu işlerse, fiilinden sorumlu olacak midir, olacaksa neye göre sorumlu olacaktır? Bu konuyla ilgili olarak, doktrinde, ayrıca, kendisinde makas değiştirmemek cesaretini bulamayan, cesaretlenmek için bilerek ve isteyerek kendisini sarhoş eden, dolayısıyla bu durumda bulunurken yolda olan bir trenin yoldan çıkmasına neden olan tren memuru; uykusunun derin olduğunu bildiği halde bebeğini yatağına alan annenin uykudayken bebeği havasız bırakarak öldürmesi; direksiyon başında bir an için uyuyarak bir kazaya neden olan sürücü örnek gösterilmektedir.

---

[317] Kanunda isnat yeteneğini kaldıran nedenler arasında" Geçici nedenler " madde başlığını taşıyan 34. maddesinin gerekçesinde, doktrinde genelde sebebinde serbest hareketlere örnek olarak gösterilen, "yatağında bebeğini emzirdiği sırada uykuya dalan ve onun ölümüne neden olan anne" örneğinin , kanunun anladığı anlamda isnat yeteneğini kaldıran "geçici nedenler" ile ilgili olduğu söylenemez. Gerçekten, Kanun, 34/1. maddesinde "geçici bir nedenle.....işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendinne yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez" derken, gerekçede annenin uyku halinde isnat yeteneğinin olmadığını kabul ederken, "uykuya geçmeden önceki dönemde gerçekleştirdiği davranışları göz önUnde bulundurmak gerekir' diyerek anneyi cezalandırması, isnat yeteneğini kaldıran geçici nedenlerle ilgili değildir, sebebinde serbest hareketlerle ilgilidir. Öyle sanıyoruz ki, kanun koyucu, yeterJi özeni göstenneyerek, sebebinde serbest hareketlerle, geçici nedenleri birbirine karıştırmıştır. kanun, 34/1. maddede, geçici nedenler isnat yeteneğinden yoksun kalan "kişiye ceza verilmez" demekte; ancak gerekçede verdiği örnekte, kuraldan aynlarak faili cezalandırırken, cezalandırmanın esasını, bu kez sebebinde serbest hareketlere bağlamak1adır.

Buradan, sebebinde serbest hareketlerde, sorumluluğun esasının ne olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Açıkçası, böyle bir durumda olan bir kimse, fiilinden sorumlu olacak mıdır; eğer olacaksa, ortada kuralın bir istisnası mı vardır; kuralın istisnası yoksa, suçtan sorumluluğunun esası ne olmaktadır ?

Bir kimse başka bir kimse tarafından bir suçta araç olarak kullanıldığında, kanun, kullananı cezalandırmaktadır. Böyle olunca, bir kimse kendisini isnat yeteneğinden yoksun kılarak bu durumdayken bir suç işlerse, kendini bir suç aleti konumuna soktuğundan, o kimsenin cezalandırılması kuralın istisnası olmaz; çünkü suçta bir başkasını kullanmaktan farksız olarak, fail, burada, bir başkası yerine kendisini bir suç aleti konumuna sokarak suç işlemektedir. Kısacası, fail, sonunda, doğrudan kendi şahsını cürmı planının aracı kılmaktadır. Geçerli doktrin, failin cezalandırılması hakkında, kanunda açık bir düzenlemenin bulunmasına gerek olmadığı kanaatindedir. Sebebinde serbest hareketlerin özelliği; failin isnat yeteneğinin olduğu bir esnada, bir suç işlemek için kendisini isnat yeteneğinden mahrum etmesi, böylece suçu işlemeye başlamış olması, isnat yeteneğinin yokluğunda, suçu işlemeyi sürdürmüş olmasıdır. Bir düzenleme ister olsun ister olmasın, bu nitelikteki bir fiili, kanunun cezasız bırakması herhalde düşünülemez

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK
İSNAT YETENEGINI KALDIRAN VE AZALTAN NEDENLER

/. Genel olarak, II. Yaş küçüklüğü, A. fiili işlediği sırada oniki yaşım doldunnuş olaıı çocukl.ar, B. Fiili işlediği sırada ouiki yaşmı doldurmuş olup ancak oubeş yaşını doldıımıaımş olan çocuklar, C. *Fiili işlediği esnada oubeş yaşını doldumuş ama ousekiz yaşım henüz cloldumıamış olanlar, D. Erginlik yaşı, III. Akıl hastalığı, A. Tanı akıl hastalığı, B. Kısmi akıl hastalığı, IV. Sağır-dilsizlik, V. Geçici nedenler, irade dışı olarak alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olmak.*

I. GENEL OLARAK

Kamında isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, anzi nedenlerdir. Kanun, arızi nedenleri, geçici nedenler, irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işlemek olarak ifade etmiştir.

Kanun; korku, heyecan ve tutkulara, akıl hastalığı niteliğini kazanmış olmadıkça, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan bir etki tanımamıştır.

İrardı sarhoşluk, yani bilerek ve isteyerek sarhoş olmak, uyuşturucu kullanmak, psikolojik gerçeklere aykırı düşmekle birlikte, isnat yeteneğini ne ortadan kaldırır ne de azaltır. Kanun, iradı olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç olan bir fiili işleyen kimsenin, fiilinden tamamen sorumlu olduğunu kabul etmiştir (CK. m. 34/2).

Fail, bu haldeyken, fiilinden, kastına veya taksirine göre sorumlu olur.

!kol, uyuşturucu kullanma alışkanlığı, tıbben akıl hastalığı (CK. m.32) olarak değerlendirilmediği sürece isnat yeteneğini üzerine etkili değildir. Kanun, 57n. maddede "Akıl hastalanna özgü güvenlik tedbiri" maddede başlığı altında tıbben akıl hastası sayılan "alkol, uyuşturucu veya uyancı madde bağımlılan" hakkında onlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını emretmiştir.

Bazı kanunlardan farklı olarak3[88]. Kanun özel bir düzenleme yapmamış, 765 sayılı Kanunun izlediği yola benzer bir yol izlemiş olmakla birlikte, bu tür bir düzenlemenin, önemli bir eksiklik doğurmadığı, sorunun akıl hastalığı kavramı içerisinde çözümlenebildiği kanaatindedir[89].

---

111 Gerçekten, isnat yeteneğini, lCK., "Genel Olarak Suçlar" başlığını taşıyan Birinci Kitabının, "Suçlu, suçun mağduru" başlığını taşıyan IV. Bölümünün I. Başlığı altında "lsnut yeteneği" (DELLA IMPUTABtLlTA') adıyla, 85 vd. maddelerde, bağımsız bir biçimde düzenlemiştir.

319 Manzini, Istituzioni, s. 100.

II. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Doğanın bir canlı tüıü olan insan, doğumla birlikte, büyüme ve gelişme, kısacası ergenleşme ve erginleşme sürecine girmektedir. Erginleşme, insanın bir yandan anlama yeteneğinin oluşmasıyken, öte yandan isteme yeteneğinin oluşmasıdır. Ancak, anlanıa yeteneğine karşın, isteme yeteneği, insanda, daha uzun bir sürede oluşumunu sağlamak.1adır. Bundan ötüıü, tüm uygarlıklar, yaşı ile kişinin ergenlik döneminden çıkması ve erginlik dönemini idrak etmesi arasında bir bağıntı kurmuş bulunmaktadır. Erginlik dönemi, kişinin, akıl hastası değilse, artık tüm davranışlarından, tam sorumlu olmasıdır.

Kanun, bu çağlarda, failinin fiilinden sorumluluğunu, "yaş küçüklüğü" adı altında (CK. m. 33) üç döneme ayırmıştır. Bunlar; fiili işlediği sırada henüz oniki yaşını doldurmamış olanlar, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup ancak onbeş yaşını doldurmamış olanlar, onbeş yaşını doldurmuş ama onsekiz yaşını henüz doldurmamış olanlardır.

A. Filli İşlediği Sırada Oniki Yaşını Doldurmamış Olan Çocuklar

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur (CK. m. 33/1). Ceza sorumluluğunun yokluğu, kanunun bir hükmünü ihlal eden fiilinden ötürü, çocuk faile, ihlale tepki olarak ceza müeyyidesinin uygulanamamasıdır. Oysa, bu, madde gerekçesinde ifade edilenin tersine, fiilin suç olmamasından ötürü ceza sorumluluğunun yokluğu anlamında değildir.

Gerekçede, oniki yaşından küçük olmak, "kusurluluğu mutlak surette ortadan kaldıran bir neden" sayılmıştır. Bu doğru değildir. Gerçekten, ör. 11 yaşını doldurmuş ama oniki yaşını henüz doldurmamış olan bir çocuk, okulda kavga ettiği arkadaşını, yanında taşıdığı sustalı bıçakla bilerek ve isteyerek ağır bir biçimde yaralasa, yahut arkadaşının bir eşyasını onun rızası olmadan almış olsa, çocuğun isnat yeteneği mutlak surette yoktur. Elbette, bu doğrudur, ancak "kusurluluğu mutlak surette" yoktur denemez, çünkü fiilini, bilerek ve isteyerek işlemiştir. Böyle olunca, fiil yaralama, yahut hırsızlık suçunu oluşturmakta, ancak isnat yeteneğinin yokluğundan ötürü faile ceza verilememekte, işlediği bu suç vesilesi ile, fail hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir.

Kanun, 33/1. madde hükmünün ikinci cümlesinde düşüncemizi doğrulamaktadır. Gerçekten, kanun, bu kişiler hakkında, "suç kovuşturması yapılmaz" demiyor, açıkça "ceza kovuşturması yapılmaz" diyor. Kuşkusuz, kovuşturma yapmaksızın, çocuğa güvenlik tedbiri uygulanması mümkün değildir, çünkü bir kimse hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanıyorsa, o kimse hakkında mutlaka bir kovuşturma yapılmış olmaktadır. Aksi mümkün değildir. Bu, güvenlik tedbiri kovuşturmasıdır. Bununla,

çocuğw1 fiilinin s:ıbit olup olmadığına, sabitse bir suç oluşturup oluşturmadığına, eğer suç oluşturuyorsa bir güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmesi gerekmek.1:edir.

Gerçekten, eğer çocuk, fiilini ihtiyaç için, yahut kendini savunmak zorunda k'-:1.ldığından orada eline geçirdiği herhangi bir şeyle işlemişse, herhalde fiili suç oluştunnadığmdan, kendisine bir güvenlik tedbiri uygulanamayacaktır, çünkü suçun olmadığı yerde ne ceza ne de güvenlik tedbiri olur. Ortada bir suçun olup olmadığı da ancak bir yargılamayla mümkün olabilir. Yargılamasız güvenlik tedbiri olmaz. Bu, Anayasamn (m.38), AİHS'nin (m.6,7), CK'nun (m.2), mutlak emridir. Güvenlik tedbirini hakim uygular. Hakimin uygulayabileceği güvenlik tedbirleri ve bunların ne suretle uygulanacakları kanunda gösterilmiştir (CK. m.56/1).

B. Fiili İşlediği Sırada Oniki Yaşını Doldurmuş Olup Ancak Onbeş Yaşım Doldurmamış Olan Çocuklar

Kanun, 31/2. maddesinde, fiili işlediği sırada on.iki yaşını doldurmuş ve henüz onbeş yaşını doldunnamış olan çocuk faillerin, kural olarak anlama ve isteme yeteneklerinin olmadığını kabul etmektedir.

Ancak, bunların işledikleri fiillerin bir suç olup olmadığının, fiillerini işledikleri esnada anlama ve isteme yeteneklerinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Anlama ve isteme yeteneğinin failde birlikte olması gerekmektedir. Bunlardan birinin yokluğu halinde failin isnat yeteneği yoktur.

Fiili işlediği esnada isnat yeteneğinin bulunmadığı sonucuna varılan çocuk fail, cezadan sorumlu değildir, hakkında sadece çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanır. Kuşkusuz yukarıda belirtilen hususlar burada da geçerlidir.

Kanun, fiilinin suç olduğu ve fiili işlediği esnada isnat yeteneğinin bulunduğu saptanan çocuk failin ceza sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmektedir. Bu halde, o suç için kanunun koyduğu ceza, kendisine indirilerek verilir. Gerçekten, işlenen suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, dokuz yıldan oniki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur ve diğer cezaların üçte ildsi indirilir, ancak bu halde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz.

Fiili işlediği esnada on.iki yaşını doldurmuş, henüz onbeş yaşını doldurmamış olan çocuk faillerin isnat yeteneklerinin olup olmadığı, her somut olayda res'en araştırılacaktır. Bu konuda bir talebin olmasına gerek olmamakla birlikte, iddia makamı, kamusal savurana, sanığın kendisi ve varsa davaya katılan diğer taraflar, fiil anında failde isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitini hakimden isteyebilirler.

Tabii, fiili işlediği esnada failin isnat yeteneğinin olup olmadığı hususu, sadece hakimin çözebileceği hukuki bir mesele değildir, ayıu zamanda bilim ve fenni ilgilendiren bir meseledir. Hakim, isnat yeteneğini tespitte, uzman bilirkişiye gitmek zorundadır. Bilirkişi kanaati hakimi bağlamaz. Elbette kararı sonunda hakim verecektir.

C. Fiili İşlediği &nada Onbeş Yaşını Doldurmuş Ama Onsekiz Yaşım Henüz Doldurmamış Olanlar

Kanun, 31/3. maddede, bu yaş çocuklarının isnat yeteneklerinin tam olduğunu kabul etmekte, ancak bunlara, henüz ergin kişi olmadıklanndan, işledikleri suçun karşılığı cezanın indirilerek verilmesini istemektedir. Gerçekten, Kanun, işlenen suç ağırlatılıruş müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, ondört yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde, dokuz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilmesini; diğer cezalaın yarısının indirilmesini, ancak her fiil için verilecek hapis cezasının sekiz yıldan fazla olmamasını emretmektedir.

Fiili işlediği esnada henüz onsekiz yaşını doldunnamış olan çocuk failin de isnat yeteneği olmayabilir. Ancak, böyle bir durumda, isnat yeteneğinin bulunup bulunmadığının artık res'en araştırması zorunluluğu bulunmamaktadır. İsnat yeteneğinin bulunmadığını iddia eden taraf, iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

D. Erginlik Yaşı

Kanun, erginlik yaşını, yani cezaya tam ehil olma yaşını, onsekiz yaşını doldurmak olarak almaktadır. Bu yaşta olmak, hukuk düzenimizde reşit olmaktır. Reşit kişi artık ergin kişidir, d?,vranışlaından sorumlull;}ğu tamdır.

Bizatihi yaşlılık isnat yeteneğ□ kaldıran veya azaltan bir neden sayılmamıştır_. Ancak, hukuk düzenimizde, cezanın verilmesinde ve infazında, bir uygarlık değeri olarak yaşlıların gözetildiği görülmektedir.

Ergin kişilerin, fiillerini işledikleri esnada, anlama ve isteme yeteneğine sahip olmaları gerekir. Ancak, ergin kişi de, fiili işlediği esnada, arızı/geçici bir nedenden ötüıü, kısmen veya tamamen anlama ve isteme yeteneğinden yoksun· kalabilir. Kanunda, bu konuda, tam bir açıklık bulunmamaktadır. Gerçekten, 34/1. madde, "....kişiye ceza verilmez" diyerek "geçici bir nedenle..." isnat yeteneğini tam olarak kaybetmekten söz edilmektedir. İsnat yeteneğinin tamamen değil de kısmen azalmış olduğu hallerde nasıl bir yol izleneceği konusunda kanun suskun kalmıştır. Gerekçede de bir açıklık yoktur.

Yüıiirlükten kalkmış olan 765 sayılı Kanun, 48. maddesinde, "suçu işlediği esnada arızı bir sebepten doJayı 46 ve 47. maddele□de münderiç aklı maluliyet halinde

bulw1an kimseler hakkında o maddelerdeki ahkam tatbik olunur" diyerek sonınu temelden çözmüştür. Kanun, 34. maddesinde, akıl hastalığmı tam ve kısmi akıl hastalığı olarak düzenleyen 32. maddeye bir göndennede bulunmamaktadır. Bununla birl□1e, akıl hastalığında olduğu gibi, arızi/ geçici nedenleıin de isnat yeteneği üzerine etkisinin tam veya kısmi olarak ayrılmasının mümkün olduğu kabul edilirse, kanun koyucwmn eksik bıraktığı düzenlemenin bir yolla tamamlanması gerekmektedir. Ceza huk.uk.'"Unda lehte kıyasın mümkün olduğu düşünülürse, isnat yeteneğinden arızi/geçici yokswıluk halinde, akıl hastalığına ait hükmün, kıyasen uygulanması mümkündür.

III. AKIL HASTALIĞI

Günümüzde, uygar toplunılar, dünden farklı olarak, akıl hastalığını, kişide anlama ve isteme yeteneğini ortadan kaldıran veya anlama ve isteme yeteneğini önemli ölçüde azaltan bir neden olarak kabul etmektedirler.

Ancak, akıl hastalığında, isnat yeteneğinin olmaması veya azalmış olması için kişinin salt akıl hastası olması yetmez; aynca işlediği fiille hastalığı arasında nedensel bir bağıntının bulunması da gerekir. Gerçekten, bazı akıl hastalıkları, ör., sar'a, sadece nöbet esnasında kişinin isnat yeteneği üzerinde etkilidir; nöbeti dışında kalan zamanda kişinin isnat yeteneği tamdır; dolayısıyla, işlediği fiilden sorunıludur.

Akıl hastalığı hukuktan çok tıpla ilgilidir. Hakim, akıl hastalığını araştınrken, kanunun özel surette belirlediği bilirkişilik kurumuna **(CMK.** m.63) gitmek zorundadır. Sonunda karan kendisi vermekle birlikte, hakim, kanuru bilirkişinin kanaatiyle bağlıdır.

Doktrinde, akıl hastalığı, geniş anlamda alınmaktadır. Kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerinde etkili, patolojik, psişik, psikolojik her türlü sapkınlık akıl hastalığıdır. Hastalık, kalıcı veya geçici olabilir; iyileşir veya iyileşemez nitelik taşıyabilir. Kanun, akıl hastalığını, "akıl hastalığı nedeni" ifadesini kullanarak geniş anlamda algılamaktadır.

Akıl hastalığının, kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerindeki etkisine nispetle, derecelendirilmesinin bilimsel bir temelinin bulunup bulunmadığı, tartışmalı bir konudur. Ancak, gerek 765 sayılı Kanunun, gerek önemli diğer bazı ceza kanunlarının, gerekse 5237 sayılı Karıunun düzenlemesi karşısında tartışmanın artık pratik bir değerinin bulunmadığını düşünüyoruz.

Kanun, akıl hastalığım, 32. maddede, kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerine etkisinin derecesini göz önünde tutarak, iki fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada, kişiye hiç ceza verilmemesi, ikinci fıkrada daha az ceza verilmesi öngörülmüştür.

A. Tanı Akıl Hastalığı

Kanun, tam akıl hastasını *"işlediği fiilin anlam ve soıuçlarrnı algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davraıuşlarıuı yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi"* olarak tanımlamıştır. Buna karşılık, 765 sayılı Kanun "fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimse" olarak tanımlamaktadır.

Her iki hüküm, aynı şeyi, yani akıl hastalığının anlama ve isteme yeteneğini kaldırdığını ifade etmektedir. Ancak bunların ifadeleri farklıdır. Birincisi, fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamamaktan ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olmasından söz etmekte; ikincisi fiili işlediği zaman şuurunun ve hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığından söz etmektedir. Ayrıca, birincisi, önemli derecede azalmış olmak derken, bir takdir hükmüne; ikincisi, tamamen kaldıracak surette derken bir tespit hükmüne yer vermektedir. Öyleyse, aralarındaki temel farklılıktan ötürü, iki hükmün ifadesinin, ikisi de doğru olamayacağına göre, biri yanlış, biri doğru olmaktadır. Tam akıl hastalığını doğru ifade eden hüküm 765 sayılı Kanunun 46. maddesi hükmüdür. İCK'nun 88. maddesi hükmü, bizi doğrulamaktadır, çünkü bu kanun, tam akıl hastalığını, 765 sayılı Kanunun ifadesine benzer bir biçimde ifade etmiştir[390]. Alman Ceza Kanununun ilgili hükmünün ifadesiyle, İCK ilgili hükmünün ifadesi benzeşmektedir[391]. Kanunun gerekçesinde, bilinen ve alışılan ifadelerden vazgeçilerek, "doğruluğu kendinden menkul" ifadelerin tercih edilmesi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu durumda, kanunun 32/1. maddesinin doğru ifadesinin *"Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği.fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını tam algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaybetmiş olaıı kişiye ceza verilemez"* biçiminde olması gerekmektedir. Söz konusu hüküm ancak bu biçimde ifade edildiğinde, onunla ikinci fıkra hükmü arasındaki fark ortaya konulmuş, böylece her ilci hükmün, keyfiliğe yer vermeyen doğru yorumu sağlanmış olacaktır.

Tam akıl hastalığında faile ceza verilmez. Fail hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

---

390 Non e' imputabile ehi, nel momento in cui hacommesso il fatto, cra, pcr infcnnita' , in tale stato eli menteda escluderelacapacita' d' intendere edi volere.Fiili işlediği sırada, akıl hastalığından ötürü, anlama ve isteme yeteneği ortadan kalkacak akli durumunda olan kimse, isnat edilebilir değildir.

391 Fomasari, I principi, s. 324 vd.,özellikle, 332.

Bu kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerini, Kanun, 57/1-5. maddc<;İ hükmünde düzenlenmiştir. Haklarında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hac;tnlan, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında kanıma ve tedavi altına alınır.

B. Kısmı Akıl Hastalığı

Kanun, kısmi akıl hastalığım, 3'JJ2. madde hükmünde, *"birinci fıkrada yavlı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davraıuşlarım yöıuleıudimıe yeteneği azalmış olan kişiye"* daha az ceza verilir biçiminde ifade etmiştir. Buna karşılık, 765 sayılı Kamın, aynı şeyi, "fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye" daha az ceza verilir biçiminde ifade etmiştir. Bunlar ifadeleri birbirinden çok farklı hükümlerdir. Kuşkusuz, aynı hükmün iki farklı ifadesi aynı anda doğru olamayacağına göre, bu ifadelerden biri doğruysa, öteki ifade yanlıştır. Burada, doğru olan ifade, 765 sayılı Kanunun ifadesidir, çünkü Kanun, kısıru akıl hastalığında, fiilin işlenmesi esnasında, anlama veya isteme yeteneğinin tamamen ortadan kalkmasının karşıtı olarak, sadece isteme yeteneğinin önemli derecede azalmasını değil, tersine anlama ve isteme yeteneğinin önemli derecede azalmasını ölçü almıştır.

Her nedense, Kanun, kısmı akıl hastalığını tam akıl hastalığından ayırt etmek isterken, doğru ifadeden ş□rnış, sadece "davranışlarını yönlendirme yeteneği"nin, yani isteme yeteneğinin azalmasını ölçü almış, anlama yeteneğinin azalmasına itibar etmemiştir. Öte yandan, Kanun, tam akıl hastalığında "davranışlarını yönlendirme yeteneği"nin önemli derecede azalmasını ararken, kısmi akıl hastalığında isteme yeteneğinin sadece azalmasını yeterli görmüştür. Görüldüğü üzere, iki tür akıl hastalığı arasındaki fark, aynca isteme yeteneğinin azlığına-çokluğa indirgenmiş bulunmaktadır.

Burada sorun, sadece ifadesinin değil, hükmün kendisinin de doğruluk değerinin tartışılır olmasıdır. Zanardelli Kanununa[392], İCK'nuna[393], Alınan Ceza Kanununa'9,; bakıldığında, kuşkusuz bu kanunların yanlış olduğu düşünülemeyeceğine göre, maalesef sadece ifadesinin değil, aynca hükmün kendisinin de yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır Böyle olunca, 3212. madde hükmünün, ifadesinin dışında, doğru anlamına ul□ılmak isteniyorsa, söz konusu hükmün, 765 sayılı Kanunun 47. maddesi hükmünün bugüne dek doktrinde ve uygulamada anlaşıla geldiği biçimde anlaşılması zorunludur.

---

m Majno, Ceza Kanunu Şerhi, I, s.189 vd.

m Madde 89, Chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infennita' , in tıile stato di metne da scemare grandamente, senza escluderla la capacita' d'intendere ve di volere, risponde dul rcato commesso; la pena e' dirninuita. Fiili işlecliii esnada, akıl hnstah!ındwt ötUrU, anlama ve isteme yeteneği, ortadan kalkmamış ama önemli bir biçimde 111.almış olan kimse, işlediği suçttu1 sorumludur; ceza indirilir.

)94 Fomasari, I principi, s. 332.

Kanun, fiili işlediği sırada isnat yeteneği bulunan ancak önemli ölçüde azalmış olan kişiyi, ağırlatılmış müebbet hapis cezası yerine yinnibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yinni yıl hapis cezasıyla cezalandırmaktadır.Diğer hallerde faile verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir.

Kanun, aynca, "ınahkwn olunan ceza, suresi aynı kalmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalanna özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir" hükmüne yer venniştir.

Hükmün göndennede bulunduğu hüküm, kanunun 57/6.maddesi hükmüdür. Kesin hükmün geri alınabilirliği[395] tartışması bir yana, söz konusu bu hükme göre, işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişi hakkında, yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kurulunda düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkum olduğu hapis cezası, süresi aynı kalmak koşuluyla, mahkeme kararıyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir. Kanunda güvenlik tedbiri uygulanınasında izlenecek yol konusunda bir açıklık bulunınamaktadır. Herhalde hükümlünün yerleştirildiği yüksek güvenlikli sağlık kuruluşu, kendiliğinden veya talep üzerine, "kurul raporu" düzenleyecek; sonra kendi raporuna dayanarak, ceza mahkumiyetine kararı veren mahkemeden, hükümlünün cezasının güvenlik tedbirine çevrilmesini isteyecektir. Mahkeme, yüksek güvenlikli sağlık kuruluşunun isteği üzerine, daha önce vermiş olduğu ceza mahkumiyeti hükmünü, bu kez, tamamen veya kısmen güvenlik tedbiri hükmüne tahvil edecektir. Bu, "hükmü açıklamak" değildir, kesin hükmü geri almaktır. Hakimin, elini çektiği hükmü, kesin hükmü, geri alması, temel yanlıştır.

IV. SAĞIR - DİLSİZLİK

Sağır-dilsizlik, insanın psişik varlığının, olması gereken zamanda, normal bir biçimde oluşmasını engelleyen bir nedendir. Sağır-dilsiz kişilerin artık eğitilmeleri mümkün olmakla birlikte, uygar toplumlar, sağır-dilsizliği, hala isnat yeteneğini ortadan kaldıran veya azaltan bir neden saymaktadırlar. Kanun koyucu, sağır-dilsizleri, bu tür bir özrü olmayanlara nispetle gelişimlerini daha geç sağladıklarını düşünmüş, yaş sınırını yükselterek, yaşı küçüklerin tabi oldukları düzene tabi kılmıştır.Kanun, 33. maddede, ceza sorumluluğunu, isnat yeteneği olmak kaydıyla onbeş yaşını doldurmuş

---

m Doktrindeki yaygın kanaat kesin hükmün geri alınamayacağı yönündedir. CMK, doktrine uygun olarak, kesin hükmün ihlal edilemeyeceğini, yani geri alınamayacağını kabul etmiş bulunmaktadır (m. 311 vd.). Kanun bu hükmü ile kesin hilk.Um kuralını ihlal etmiştir. Burada, mümkün olan düzenleme, hakimin, hüküm esnasında, cezayı suçlunun şahsına uydururken, cezayı veya güvenlik tedbirini seçmesine imkan verilmesidir. Hükümlünün cezasını çekerken akıl hastalığında bir değişiklik olması hali kuşkusuz ayn bir düzenlemenin konusudur.

olmakla başlatmıştır. Onbeş yaşın doldurmamış olan sağır-dilsizin mutlak surcllc isnat yeteneği yoktur. Onsekiz yaşını doldurmuş, onsekiz yaşını henüz doldurmamış olan :-ağır-dilsizin, isnat yeteneği kural olarak yok sayılmakta, ancak aksi ispat edilebilmektedir. O nedenle, hakim, her somut olayda sağır-dilsizin isnat yeteneğinin olup olmadığım res'en a.raşrınmık zonmcladu-. Onsekiz yaşını doldurmuş, yinnibir yaşını henüz doldunnamış olan sağır-dilsizlerin, kural olarak, isnat yeteneği tamdır; ancak yeterli erginliğe ulaşmadıkları düşünüldüğünden kendisine daha az ceza \'eıilınektedir. Yinnibir yaşım doldurmuş bulunan sağır-dilsizlerin, artık cezanın tamına katlanabilecek kadar ergin oldukları düşünülmektedir.

V. GEÇİCİ NEDENLER, İRADE DIŞI OLARAK ALKOL VEYA UYUŞTURUCU MADDE ETKİSİNDE OLMAK

Kanun, 34/1. maddede, geçici bir nedenle yada irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle anlama ve isteme yeteneği "önemli derecede azalmış olan" faile "ceza verilmez" demektedir. Kanun bu düzenleme ile, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında anlama ve isteme yeteneğinin hem kalkmasını hem de azalmasını bir tutmuş; her iki halde de, kişiye ceza verilmemesini öngömüştür. Buna karşılık, gerek Zanardelli Kanunu, 657 sayılı Kanun (m. 48/1), gerek lCK., (m.91) arızi nedenlerin anlama ve isteme yeteneği üzerini etkisini, tıpkı akıl hastalığında olduğu gibi derecelendirmiştir. Bu, düzenlemelerden birinin doğru olmadığını çağrıştırmaktadır.

Kanunun düzenlemesinin yerinde olmadığını düşünüyoruz, çünkü akıl hastalığının anlama ve isteme yeteneği üzerine etkisini derecelendiren bir kanunun, benzer nitelikler arz eden arızi nedenlerin etkisini, gerekçe göstermeksizin bir derecelendirmeye tabi tutmaması, bir tercih değil, tam tersine bir keyfilik olur. Kanun, 34/1. maddede, isnat yeteneğini ortadan kaldıran veya azaltan nedenleri "geçici nedenler", "alkol" ve "uyuşturucu madde" olarak ifade etmiştir. Geçici nedenler, herhalde "irade dışı alınan" alınan alkol ve uyuşturucu maddelerden farklı nedenlerdir. Ancak, ne maddede ne de gerekçesinde, geçici nedenlerin nelerden ibaret olduğu pek belli değildir. Gerçekten, "kimyasal madde üretimi yapan bir tesiste çalışan kişilerin kimyasal maddeden yayılan kokunun etkisinde kalmaları" mı geçici nedendir, "annenin bebeğini emzirirken uyuya kalması" mı geçici nededir, "sistemik hastalıklar" mı geçici nedendir, yoksa bunların hepsi mi geçici nedendir, bunu kanun hükmünden de, gerekçesinden de çıkarmak mümkün olamamaktadır. Bir kere kimyasal madde üretimi örneği herhalde zehirlenmek değil sarhoş olmaktır. O zaman, irade dışı alkol almakla, bunun farkı nedir; ilcisi aynı şey değil midir ? Öte yandan, annenin bebeğini

emzirirken uyuması, geçici neden değil, sebebinde serbest harekettir. Yukarıda beliıtildiği üzere, sebebinde serbest hareket ile geçici nedenler aynı şeyler değildirler. O halde, geçici nedenler, gerekçenin beliıttiği "sistemik hastalıklar" olmaktadır. Bunlar, gerekçeye göre, diyabet, gebelik sonrası oıtaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklardır.Tabii, bunların, 32. maddede düzenlenen "akıl hastalığı" kavramı içinde yer alıp almadığı_ayn bir tartışma konusudur. Geçici nedenleri belirlemede bu konuda oluşmuş doktrin ve uygulamadan yararlanmak imkanına da sahip değiliz. 765 sayılı Kanun "arızı sebep" teıimini kullanmaktadır. Arızı sebebin ne olduğu bu kanun döneminde oluşmuş bulunan doktrinde ve uygulamada bellidir. İCK, 91. maddesinde mücbir sebep ve beklenmeyen hal yüzünden meydana gelen sarhoşluktan söz etmektedir. Bu kanun, 95. maddesinde kronik alkolizm veya uyuşturucu tutkunluğundan söz etmektedir. Alman Ceza Kanununun konuya ilişkin düzenlemesi ayrıntılıdır. Ancak, kanunumuzun düzenlemesi, bu kanunlardaki düzenlemelere benzememektedir. Dolayısıyla, bu kanunlara göre oluşmuş doktrin ve uygulamalardan yararlanmak imkanı da bulunmamaktadır. Böyle olunca, geçici nedenleri, kişinin anlama ve isteme yeteneği üzerine etkili alkol ve uyuşturucu dışındaki nedenler olarak anlamak gerekecektir.

Geçici nedenler, kişinin bilgisi dışında cereyan eden nedenlerdir. Alkol, sarhoşluk etkisi yaratarak. kişinin anlama ve isteme yeteneğini tamamen veya kısmen ortadan kaldıran içeceklerdir. Uyuşturucu madde, kişinin anlama ve isteme yeteneğini tamamen veya kısmen yok eden her çeşit maddedir. Bunlar, işlenmiş veya işlenmemiş, bitkisel, kimyasal maddeler olabilirler. Alkol veya uyuşturucu irade dışı alınmış olmalıdır. Alkol veya uyuşturucunun, yanlışlıkla, bir başkasının kandırması veya zorlamasıyla alınmış olması irade dışı alınmasıdır. Gerekçede, alkol veya uyuşturucunun irade dışında alınmış olması için kişinin "taksirinin" dahi bulunmaması gerektiği ifade edilmiştir. O halde, alkol veya uyuşturucunun, mücbir sebep veya beklenmeyen hal nedeniyle alınmış olması halinde "irade dışı" alınmış olmaktadır.

Kronik alkoliklik, uyuşturucu tutsak.lığı, vs., ne arızı nedendir, ne de irade dışı alkol veya uyuşturucu kullanmak. olarak değerlendirilebilir. Bunlar, yukarıda da belirttiği üzere, tıbben akıl hastalığı sayılmak.tadır, dolayısıyla, 32. madde kapsamında değerlendirilmeleri gerekmektedir. Kanun, geçici nedenlerin, alkol veya uyuşturucunun anlama ve isteme yeteneğini kişide ortadan kaldırmasını aramanuştır, anlama ve isteme yeteneğinin "önemli derecede azalmış olmasını" yeterli görmüştür. Bu demektir ki, "cezasızlık nedeni" olarak, isnat yeteneğinin azalmasını yeterli gören kanun koyucu, herhalde kalkm□ını öncelikle yeterli görmüş olmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
CEZA NORMUNA
UYMAYI SAĞLAYAN TEDBİRLER

BİRİNCİ BAŞLIK
CEZA MÜEYYİDESİ
VE GÜVENLİK TEDBİRİ KAVRAMLARI

I. CEZA MÜEYYİDESİ

A.Genel olarak müeyyide, B. ihlale tepki olarak cezanın örgün/eşmesi, C. *Maddi bakımdan ceza, 1. Ceza tehdidi, önleme,* 2. *Ceza tehdidinin bilfiil gerçekleşmesi, bastınna, D. Cezanın kendisi, işlevi, amacı 1. Genel olarak,* 2. *Cezanın işlevi, a. Cezanın tehdit anında işlevci, b. Tehdidin gerçekleşmesi, yani müeyyidenin uygulanması evresinde cezanın işlevi, 3. Cezanın özellikleri, 4. Cezanın niteliği, a. Bir savunma tepkisi olarak ceza kimi ve neyi kime ve neye karşı savunmaktadır, b Savunma nasıl gerçekleşmektedir,* c. *Yeni işlenecek suçlara karşı ceza bir savunma tepkisidir, d. infazı esnasında ceza, e. Yerine getirilmesi esnasında ceza kişisel öç alma tehdidine karşı dolaylı bir savunma vasıtasıdır, f Yerine getirilmesi esnasında ceza bir genel önleme vasıtasıdır, E. ceza müeyyidesinin kendisi gibi müeyyide olan diğer cezalardan ayırt edilmesi, 1. Bir ölçü bulma zorunluluğu,* 2. *Özde aynı olmaktan doğan zorluk, 3. Ceza sonunda kişinin kendisine veya cismine verilen bir zarar veya kötülüktür, 4. Ceza Devlet tarafından verilen bir zarar veya kötülüktür, 5. Kamusal diğer cezalardan cezayı ayırt etme zorluğu, 6. Ceza özel hukuk ve kamu hukukunun öngördüğü diğer cezalardan farklı bir biçimde kurumsallaştırılmıştır,* 7.*Uzlaşma ve önödeme yargılamasız ceza olmaz ilkesinin bir istisnasını oluşturmamaktadır*

A. Genel Olarak Müeyyide

Müeyyide[396] ihlalle bağıntılıdır. Genel olarak, doktrinde, müeyyide kavramının, ihlale cevap kavramında ifadesini bulduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, müeyyide hakkındaki her düşünce, hukuk normunun ihlal edilebilirliği düşüncesine dayandırılmakta ve müeyyide, normun ihlal edildiği

---

396 Rocco, La pena ele altre sanzioni giuridiche, Rivista penale, Roma 1917,s.329;Bobbio,Sanzione, Novissimo digesto italiano, XVI, 1959, s.530 vd.;Benvenuti, Sul concetto eli sanzione, Jus, 1955, s. 223; Allorio, Osservazioni sula sanzione, Rivista di diiitto civile, 1956,Il, s.1; Mandrioli, Apputi sula sanzione e sua attuazione giuıistizionale,Jus 1956, s. 86; Kelsen, La dottrina pura del dritto, s. 35;Pagliaro, Il fatto di reato, s. 23;Cattaneo,Fondamenti filosofici della sanzione penale, Problemi della sanzione, Roma 1978, s. 411.

anla bağıntılı görülmektedir. O nedenle, müeyyide, ihlale gösterilen bir tepki, ihlale verilen bir cevap olarak tanımlanmaktadır[397].

Norm olması gerekeni emreder. Ancak, burada, olması gerekene, olan "cevap versin" denmemektedir. Gerçek davranış, eğer emredilmiş olan davranışa uymuyorsa, "norm ihlal edilmiştir" denir. Madem norm olanı değil olması gerekeni ifade etmektedir, ihlal edilebilir olma her normun yapısında mevcuttur. Uıiale, hukuka aykırılık veya gayri meşruluk denmektedir. Hukuka aykırılık, norm yapmamak biçiminde bir emir olduğunda icrai, yapmak biçiminde bir emir olduğunda, ihmali bir davranıştan ibaret olmaktadır. Birinci halde, emre uyulmamakta, ikinci halde, emir yerine getirilmemektedir. Burada, uymak ve yerine getirmek terimleri, norma uygun davranışı ifade etmektedir. Bunlar her ne kadar birbirinin yerine kullanılmaktaysa da, aslında uyulan şey daima bir yasak, icra edilen şey her zaman bir emirdir. Bunun içindir ki, ihlal, iki farklı biçimde ortaya çıkmaktadır. İhlal, bir yapmama emri karşısında, uymama; buna karşılık, bir yap emri karşısında, yerine getirmemedir.

İhlal imkanı veya ihlal edilebilir olma niteliği, beşeri davranış kuralını, yani davranış normunu, doğa kanunundan farklı kılmaktadır. Bunun içindir ki, "bilimsel kanunların istisnalara tahammülünün olmadığını" söylemek, onların ihlal edilebilir olmadığını ifade etmektir. Esasen gerek davranış kuralı, gerekse kanun, bir şartla, bir netice arasında, bir ilişki tesis etmektedir. Burada, netice gerçekleşmediğinde, kanun "gerçek olmaktan" çıkmakta; halbuki netice gerçekleşmediğinde, norm, "geçerli olmayı" sürdürmektedir. Gerçekten, kendisine uyulmayan bir kanun, artık "kanun" değildir, dolayısıyla ait olduğu sistemde yeri yoktur. Buna karşılık, kendisine uyulmayan bir norm, geçerli norm olarak, ait olduğu sistemde kalmasını sürdürmektedir. O nedenle, norm ve kanun arasındaki bu fark, normatif bir sistemle, bilimsel bir sistem arasındaki ayınının esasını teşkil etmektedir.

Bu cümleden olarak, bilimsel bir sistemde, olguların bir kanunu doğrulamaması halinde, mutlaka kanunun ıslahı veya tadili yoluna gidilir. Buna karşılık, olması gereken fiilin olmaması halinde, çoğu kez, o fiilin ıslahı veya tadili, dolayısıyla normun kurtarılması yoluna gidilmektedir. Demek ki, bilimsel bir sistemde çelişki, doğrudan kanun üzerinde hareket edilerek, öyleyse sistem düzeltilerek giderilirken, normatif bir sistemde çelişki, norma aykın fiilin

---

m Bobbio,Teoria della nonna, s. 176; ID., Sanzione, S.530,537; Rocco, L'oggetto, s. 72 vd., ve dn. 6,442; Hafız.oğullan, Ceza normu, s. 142

üzerinde hareket edilerek, öyleyse meydana gelmemesine veya hiç olmazsa zararlı sonuçlarının etkisiz kılınmasına çalışılarak giderilmektedir. Burada, "hükümsüz kılmak" veya hiç olmazsa "zararlı sonuçlarını ortadan kaldırmak" için norma aykırı davranış üzerinde icra edilen fiil, müeyyide denen şeydir.

Bu açıdan, müeyyide, normatif bir sistemde, kanuna aykırı fiillerin aşındırmasına karşı, kendisi ile kanunun himayesine çalışılan bir çare olarak tanımlanmakta; bundan ötürü de, bilimsel bir sistemdekinden farklı olarak, fiillerin ilkeler üzerine değil, an1a ilkelerin fiiller üzerine etki ettiği normatif bir sistemde fiilin bir neticesi olınak:tadır[398].

Gerçekten, belirtilen bu fark nedeni ile, farklı kriterlere dayanmalarından ötürü, normatif sistemler ve bilimsel sistemler birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bilimsel sistemlerde, önermelerin sisteme aidiyeti, "gerçeklik değeri" esas alınarak: saptanırken; normatif sistemlerde, önermelerin sisteme aidiyeti, "otorite ilkesi" esas alınarak: saptanmaktadır. Böyle olunca, ihlal ile müeyyide arasındaki ilişki, nedensel bir ilişki değildir, Kelsen'in deyimi ile, tamamen "isnadı" bir ilişki[399] olmaktadır. Bu, ihlalin doğal sonuçlarının değil, ama sadece isnadı sonuçlarının müeyyide olması demektir. Öyleyse, müeyyideyi, burada, "ihlale verilen cevap" veya "ihlale gösterilen tepki" olarak tanımlayabiliriz.

Madem müeyyide hakkındaki her düşünce, normun ihlal edilebilirliği esasına dayandınlmak:tadır, normatif her düzen, zorunlu olarak, hem ihlal imkanını, hem ihlal ihtimalini karşılayabilecek bir önlemler sistemi bütününü gerektirmektedir. Bu, her normatif düzenin, olası tüm ihlallere karşı, kendi varlığını koruyabilmesi için, ihlale tepki olarak, bir müeyyide tedbirleri cihazını gerektirmesi demektir.

Bir normatif düzen olarak ceza hukuku düzeni söz konusu olduğunda, düzenin, hem ihlal imkanına, hem de ihlal ihtimaline karşı, kendi varlığını, kendisi ile korumaya çalıştığı müeyyide tedbiri, "ceza" denen yoksunluktur.

Ceza ödülün karşıtıdır. Hem ödül, hem de ceza insanlık kadar eskidir. Suç ve ceza insanlığın kara yazgısıdır. Hukukun öteki dallarından farklı olarak Ceza hukuku, genelde, ismini kurallarına uyulmasını sağlayan müeyyidesinden almaktadır[400]. Bir bakıma, bu hukuk dalını önemli kılan, müeyyidesinin niteliğidir.

---

391 Bobbio, Teoria della norma, s. 187; ID., Teoria della scienza, s. 186

m Kelsen, Lineamenti (Causalita' e imputazione), s. 207 vd.; Teoria generale delle nonne, s. 50 vd.

«1> Bir kısım eski kaynaklarda (Carmignani) ceza hukuku "juris criminalis" olarakifade edilmiştir. Anglo-Amerikan kaynaklarında ceza hukukuna "CriminalLaw" denmektedir.

B. İhlale Tepki Olarak Cezanın Örgünleşmesi

Her beşeri yoksunluk ceza müeyyidesi değildir. Sadece kanunun ceza olarak nitelendirdiği beşeri yoksunlular ceza müeyyidesidir. Bu demektir ki, ihlale tepki olarak, ceza müeyyidesinin kaynağı sadece kanundur. Bu, idarenin düzenleyici işlemi ile, hiçbir zanıan ceza konulamaması demektir.

Cezanın kanunla konulması, cezanın en üst düzeyde örgünleştirilmesi, yanı organlaştırılmasıdır. Cezanın örgünleştirilmesi, yani organlaştırılması ceza müeyyidesinin kurumsallaştınlmasıdır[401].

Gerçekten, bu açıdan bakıldığında, ceza hukuku, beşeri ilişkilerin salt barışçıl bir düzeni, yani bu ilişkileri düzenleyen sadece bir emirler ve yasaklar sistemi bütünü değildir, ama, aynı zamanda, bir mücadele organizasyonu, dolayısıyla bir teminat ve himaye organizmasıdır. Bu, ceza hukuku düzeninin, kurumsallaştırılmış bir müeyyide mekanizmasına sahip olması demektir. Burada, müeyyidenin kurumsallaştırılması, organizasyonu ve organizasyon hukuldliği ifade ettiğinden, Ceza hukuku, kurallarının ihlaline, ihlalin neticesi olarak ceza denen beşeri bir yoksunluk izafe edilen veya bağlanan bir normlar sistemi bütünüdür. Böyle olunca, hukuk düzeninde, ceza hukuku düzenini, kurallarının ihlaline, ihlalin neticesi olarak öngörülen tepkinin türü, yani ceza veya ceza tepkisi belirlemektedir. Öyleyse, ceza (pena criminale), cezi hukuku düzeninin kendine özgü bir müeyyidesi olmaktadır[402].

Müeyyidenin kurumsallaşma karmaşık sürecine eğer "himaye" denirse, ceza, bu bağlamda hukuld bir himaye vasıtası olmaktadır. Dolayısıyla, ceza, hukuk kurallarına uyulmasını sağlayan tüm öteki himaye tedbirlerinden farksız olarak, başlıca üç açıdan ele alınarak incelenebilmektedir.

- Ceza, toplumsal amacı bakımından ele alınarak incelenebilir. Gerçekten, ceza, amaç bakımından, koruma, esirgeme veya savunma denen himaye vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır. Tüm himaye vasıtaları gibi cezanın da toplumsal amacı, işlevi; esirgeme, koruma veya savunmadır[403].

---

[401] Bobbio, Teoria della nonna, s. 186, 225; Garilli, Appunti su alcuni problemi della norma giuridica, Milano 1959, s. 66, 67, 94; Rocco, L' O getto, s.447; Miceli, La norma giuridica, Palermo 1906, s. 138.

[402] Rocco, L' Oggetto, s.448; Grispigni, Diritto penale, s. 114; Maggiore, Diritto penale, s. 657; Battaglini, Le norme penali e i Ioro destinatari, Roma 1910, s. 149.

[403] Rocco, Sul concetto del diritto subiettivo di punire, Prato 1904, s. 13; 10. Le mmisure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica, Estratto dalla rivista di diritto penitenziario, IX, Roma 1930, s. 14,

- Ceza, himayenin konusu bakımından ele alınarak incelenebilir. Ceza, bu yönüyle, toplumun savunulması, esirgenmesi veya himayesi vusıta.ı,ıdır. Himayenin konusu toplumun kendisidir; beşeri ortak hayata, toplum halindeki insanların hayatına ait çıkarlardır. Öyleyse, hukukı himaye, hukukun himayesi, yani konu olarak hukuku içeren bir himaye anlamına gelmemekte; tersine hukuk vasıtası ile himaye anlamına gelmektedir. Bu demektir ki, hukuki himaye, hukuk vasıtası ile hukukun kendisinin himayesi değil; hukuk vasıtası ile, toplumun, toplumsal hayatın, bireysel ve kolektif çıkarların himayesidir. Gerçekten, hukuk, kendi kendinin amacı değildir; sadece bir amaç için bir vasıtadır; bir amaç için bir vasıtadan başka bir şey değildir. Bu amaç, toplumsal ortak hayatın zorunlu ve temel koşullarını sağlamak, toplumun ilerlemesi koşullarını teminat altına almaktır. O yüzdendir ki, sadece kendi kendini himaye eden bir hukukun tasavvuru, mümkün olmamak gerekir. Esasen, madem nerede hukuk varsa orada toplum vardır, toplumun, toplumsal hayatın çıkarlarını himaye etmeden, hukukun himayesini tasavvur etmek ne kadar imkansızsa; madem nerede toplum varsa orada hukuk vardır, hukuku himaye etmeden toplumun, toplumsal hayatın çıkarlarının himayesini tasavvur etmek de o kadar imkansızdır[404].
- Ceza, toplumun ve toplumsal hayatın çıkarlarının hukuki himayesi amacının kendisi ile gerçekleştiği bir vasıta olarak incelenebilir. Ceza, bu bağlamda, himayenin hukuki vasıtasıdır. Bu, hukuku vasıta kılarak himayedir. Elbette, tüm hukuk düzeni, toplumsal hayatın çıkarlarının bireysel veya kolektif himayesidir. Ceza hukuku düzeni, kendine özgü bir normlar sistemi bütünüdür. Bu demektir ki, her hukukı himaye, hukuk vasıtası ile, yani hukuk nonnları, hukuki yükümlülükler, ödevler, haklar, öyleyse hukukı ilişkiler vasıtası ile, toplumsal hayatın çıkarlarının himayesidir.

Ancak, hukuk var, hukuk var; hukuk normları var. Bunun içindir ki, kendi öz varlığı,açıkçası güvence altına aldığı ve esirgediği toplumsal hayatın varlığını temin için savaş halindeki hukuka "hukukı himaye" diyoruz. Hukukı himaye vasıtaları, öyleyse bir hukuki himaye vasıtası olarak ceza, tabiri caizse, kendisi ile bu savaşın yapıldığı bir silahtır. Hukuki himaye vasıtaları sistemi, söz konusu bu mücadelenin bir eylem, bir savaş planıdır. Bu, hukukı himaye vasıtaları sisteminin, bir hukuk nonnları sistemi bütünü alınası demektir. Söz konusu bu sistemi oluşturan normlar, amaç normlar karşısında vasıta nonnlar, birinci dereceli veya asli nom1lar karşısında

---

.," Rocco, Le misure, s. 14 vd.

ikinci dereceli veya tali normlardır. Bir himaye vasıtası olan bu hukuk normları sistemine, doktrinde, himaye hukuku denmektedir[405].

C. Maddi Bakımdan Ceza

Maddi, yani içerik bakımdan ceza, mantıksal ve zamansal olarak, iki evrede veya anda gerçekleşmektedir. Birbirini izleyen bu evreler cezanın tehdit veya korkutma ve ceza tehdidinin fiilen gerçekleşmesi veya cezanın bilfiil verilmesi evreleridir. Bu iki evre, cezanın ihlalden önceki ve sonraki iki ayn işlevini ifade etmektedir. Bunlar, olası ihlalleri önleme, ihlalin olması halinde ihlali bastırma işlevleridir[406].

1. Ceza Tehdidi, Önleme

Ceza tehdidi, uyulması tehditle veya korkutarak sağlanan ceza normlarını ihlal edenlere, Devlet tarafından, hukuk vasıta kılınarak yüklenen beşeri yoksunluğun korkutuculuğudur. Diğer hukuki tehditlerden farsız olarak, ceza tehdidi, bünyesinde, tehdidin yöneldiği, öyleyse içinde kötülük tehdidi korkusu yarattığı kişiler y_önünden, bir kötülük veya zarar imkanı, yani bir zarar tehlikesi doğuran bir davranıştır. Bu davranış, bir irade açıklamasıdır, Devletin egemen iradesinin bir tezahürüdür. Burada, kişiyi tehdit eden kötülük, yerine getirilmesi esnasında göz önüne alınan ceza, yani beşeri yoksunluktur.

Bu, tehdit anında, ceza müeyyidesinin, bir korkutma, öyleyse olası ihlalleri bir önleme vasıtası olması demektir[407].

2. Ceza Tehdidinin Bilfiil Gerçekleşmesi, Bastırma

Ceza tehdidinin bilfiil gerçekleşmesi veya cezanın ceza normunu ihlal eden kişiye verilmesi, başka bir ifade ile salt anlamda ceza, yani ceza tehdidinin karşıtı anlamında ceza, mahiyeti bakımından, kişide somut olarak yoksunluk doğuran bir fiildir. Bu fiil, Devletin, kişi üzerinde somutlaşan iradesidir, açıkçası ceza normunu ihlal eden kişiye Devletten gelen hukuki bir tepkidir. Gerçekten, bir tepkidir, çünkü başka bir fiilin neticesi olarak ortaya çıkmamakta, ama o fiile karşıt veya aykırı olarak ortaya çıkmaktadır. Tepki, Devlete ait bir tepkidir, çünkü organları eliyle, bizzat Devletten gelmektedir. Tepki, hukuki bir tepkidir, çünkü tepki, ceza hukukunca, yani kanunla düzenlenmektedir.

«1S Rocco, Le misure, s. 15. Aynca krz. ID., L'Oggetto, s. 233 vd., 287 vd., 446 vd.

 Rocco, L' Oggetto, s. 448; Grispigni, Diritto penale, s. 120, 123, 126; Maggiore, Diritto penale, I, s. 622; Bobbio, Sanzione, p. 3-11.

4/7 Rocco, L' Oggetto, s. 448; Gripigni, Diritto penale, s. 124.

Öte yandan, ceza, kendisi ve kendisi ile birlikte gelen zararlı sonuçlar Devletçe istendiğinden, içgüdüsel bir tepki değildir; iradı bir tepkidir. Bu tepki, adildir; aynı zamanda m□rudur ve zorunludur. Adildir; çünkü adalete, yani hukukun güvence altına aldığı ortak hayatın var olması ve ilerlemesi temel koşullarına uygundur. Meşrudur; çünkü esasını, Devletin bir iktidarının veya bir hak.kının (cezalmıdırrna halıi., veya yetkisi) kullanılması teşkil etmektedir. Zonınludur; çünkü sonunda, devletin bir görevinin (cezalandırma görevi) yerine getirilmesinden ibaret bulunmaktadır[408].

Son olarak, ceza, zararlı bir tepkidir; çünkü o, en sonunda, daima bir kötülük1:ür, bir zarardır; açıkçası beşeri bir menfaatin veya bir değerin indirimi veya ondan bir fedakarlıkta bulunulmasıdır. Cezanın bizzat neden olduğu zarar veya kötülük, kişinin kendisine (hayat, beden bütünlüğü, hürriyet, şeref ve haysiyet) veya kişinin mal varlığına veya her türlü naktı cezanın yerine getirilmediğinde hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çevrilmesi veya ayrıca bir suç teşkil etmesi nedeni ile, sonunda her zaman bizzat kişinin kendisine, şahsına verilen bir zarar veya kötülüktür (CK. m. 50/6, 52/4; C ve GTlHK, m. 106/3,5,7, 9). Gerçekten, doktrinde, ceza tepkisi ile özel ve kamusal diğer tepkiler arasındaki öze ilişkin fark, sonunda, cezanın, kişinin bizzat kendisine, şahsına verilen bir zarar veya kötülükten ibaret olmasında aranmaktadır. Kendisine zarar verilen kimse, faildir, yani suçludur. Bu kimse, suçun aktif süjesi, cezanın pasif süjesidir. Burada, suçlu kişiye verilen zarar, ister istemez bir "dannum iure datum" dur. O halde, ceza, bu evrede, somut bir ihlali gerektirdiğinden ve ona bir tepki olduğundan, ihlali salt bir bastırma aracı olarak ortaya çıkmaktadır.

D. Cezanın Kendisi, İşlevi, Amacı

1. Genel Olarak

Maddi ve şekli bakımdan ceza, cezanın kendisinin, işlevininin, amacının ve amacının niteliğinin incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Çoğu kez, bunların, özellikle cezanın işlevi ile amacının birbiri ile karıştırıldığı gözlenmektedir. Ceza, ödülün karşıtıdır. Bugüne kadar muhatabına haz veren bir cezaya rastlanmış değildir. Ceza, her zaman, muhatabı kişinin bizzat şahsında etkilerini gösteren bir yoksunluktur. Ceza, ne bir zararın tazmini, ne de zarara uğrayan bir şeyin eski haline getirilmesidir. Ceza, bir kötülüğün yine bir kötülükle ödetilmesidir. Ödetme, cezanın kendisidir. Bir şeyin kendisi, o şeyin amacı olamaz. Bu demektir ki, ödetme, cezanın amacı değildir. Cezanın amacı, cezanın kendisi ile, yani ödetme ile ulaşılmak istenen

---

[0] Rocco, L' Oggetto, s. 448.

sonuçtur. Günümüz ceza hukuklarında, ceza müeyyidesinin amacı, suçluyu uslandınnaktır, islahtır, açıkçası kişinin düzeltilmesidir.

2. Cezanın İşlevi

İşlev, dilde, bir nesne ya da bir kimsenin gördüğü iş, iş görme yetisi, görev anlamına gelmektedir. Cezanın işlevi dendiğinde, cezanın ne işe yaradığı, ne görev gördüğü akla gelmektedir. Açıkçası, cezanın işlevinden maksat, cezanın etkisi ve sonuçlarıdır. Cezanın etkisi ve sonuçları, cezanın tehdit, öyleyse müeyyide anında başkadır, tehdidin gerçekleşmesi, öyleyse müeyyidenin uygulanması anında başkadır. Bundan ötürü, cezanın işlevini, bu iki evreyi göz önünde tutarak incelemek gerekmektedir.

a. Cezanın Tehdit Anında İşlevi

Her normatif sistem, kurallarına uymayı sağlamak, yani kurallarına uymamayı en aza indirmek amacı ile kendine özgü korkutma cihazından yararlanmaktadır. Tipik korkutma tekniği, ihlale izafe edilen istenmeyen sonuçların gösterilmesidir. Ceza hukuku düzeninde, kurallarının ihlaline, izafe edilen istenmeyen sonuç, cezadır. Bu an, cezanın tehdit, dolayısıyla müeyyide evresidir. Ceza bu evrede, herkes bakımından korkutma işlevine, yani onlar yönünden korkutucu bir etkiye sahip bulunmakta, açıkçası bireysel iradeler üzerinde psikolojik bir baskı unsuru olmaktadır. Bu niteliğinden ötürü, ceza, bu anda, ayınmsız herkese hitap etmektedir, yani genel bir tehdittir. Ancak, toplumda fiziksel, bireysel veya organik, doğal ve psikolojik olarak suça eğilimi olan kimselerle, suça eğilimi olmayan kimseler bulunmasına göre, kuşkusuz cezanın işlevi de farklı olmaktadır.

- Suça eğilimi olan kimseler bakımından, cürmi fiiller, öteki beşeri fiillerden farksız olarak, "psikolojik nedensellik kanunun" etkisi altındadırlar, çünkü bu fiillere, psikolojik nedenler neden olmakta, bunları o nedenler belirlemektedir. Beşeri iradeyi, dolayısıyla cünru fiilleri belirleyen bu nedenler, yani suça iten nedenler, beşeri iradenin, dolayısıyla bizzat bu fiillerin amaçlan olmaktadırlar. Bu amaçlar, beşeri çıkar veya menfaatten ibarettirler. Böyle olunca, cürmi fiiller, bizzat o fiillerin failleri bakımından, onların çıkarlarını tatmine elverişli vasıtalar, onlara yararlı değerler olarak ortaya çıkmaktadırlar, çünkü bu fiiller, bizzat fiilin failinin ihtiyaçlarını tatmine elverişlidirler, dolayısıyla o kişilerde haz duygulan yaratmaya yaramaktadırlar. O nedenle, suça eğilimli kimselerin cünru bir fiil işlemelerini önlemek, o fiilden beklenen hazzın karşısına, bizzat o fiilin gelecekteki neticesi olan bir acıyı, hatta suçun meydana getirdiği hazdan

daha ağır bir acıyı koymayı gerektirmektedir. Öyle ki, aklen sağlam ve yetişkin herkesin, davramşında hesaba katmazlık edemediği haz- acı hesabı; suça meyilli kimseleri, suç işlemekten alıkoysun. Bu, ceza tehdidinin amacının, bir suçw1 faili olacak herkes bakımından, suça eğilimi olan kimselerin zihninde bir değer, öyleyse bir haz olarak biçimlenen suç fikrinin yetine; gerçekJeştirilccek olan suçun sonucu olarak, suçtan beklenen hazdan daha ağır bir kötülük, öyleyse bir acı olarak ceza fikıini koymak olması demektir. Bu durumda, kötülük, acı veya ceza fikri,suça eğilimli kimselerde, onları cürmi fiili işlemekten sakınmaya veya caydınnaya sevk eden bir korku duygusuna vücut vermektedir. Böylece, ceza tehdidi, suça eğilimi olan kimselerin iradesinde, suç isleme iradesine karşılık, ceza korkusundan gelen karşıtı bir neden yaratmaktadır. Başka bir deyişle, cürmı nedenlerden gelen psikolojik tahrike karşı, ceza tehdidi ile, karşıtı bir psikolojik tahrik doğmakta veya aynı şey, ceza tehdidi, suça eğilimli kimselerin iradesi üzerinde, suçun işlenmesini engellemek, yani suçu önlemek için manevi bir cebir icra etmektedir. Bu nedenle ceza, tehdit, öyleyse müeyyide evresinde, suça eğilimli kimseler karşısında, suçu önleme işleve sahip bulunmakta, yani önleyici bir görev yapmaktadır. Ceza, görevini yerine getirirken, kötülüğünün ağırlığı, doğal olarak, suça neden olan nedenlerin psikolojik tahrikinin şiddeti kadar şiddetli olmak zorundadır[409].

- Suça eğilimi olmayan kimseler bakımından, ceza tehdidi, elbette bunlar bakımından da korkutma etkisine sahip bulunmaktadır. Aslında, ceza korkusu, bencil bir nedendir. O yüzden, ceza, her çeşit toplumsal ve ahlakı nitelikten yoksun bulunmaktadır. Böyle olduğu içindir ki, cezalandırılmak korkusu ile iradesi belirlenen bir kimsenin fiili, kendi iç karakterinin bir ürünü olmamakta, kendi dışındaki bir kuvvetin, yani haricı bir zorlamanın ürünü olmaktadır[410]. Zaten, aslında, ceza korkusu ile sağlanmak istenen de budur. Kısacası, harici' bir neden ile, iradeyi _etkileyerek; faili, davranışlarında istenen belli bir biçimde davranmaya zorlamaktır. Bununla birlikte, kişiler, ceza hukuku düzenini oluşturan kurallara, sadece ceza korkusu gibi haricı bir saikin etkisi ile değil, kendiliklerinden de uymaktadırlar. Gerçekten, ceza korkusu dışında, birçok başka içtepiler ve saikler; açıkçası ceza korkusundan farklı olarak, toplumsal ve ahlakı niteliği haiz ve hatta, beşeri irade üzerinde, ceza korkusunun etkisinden

---

4(j Bu düşünce ilk kez, Romagnosi ve Feuerbach tarafından savunulmuştur. Nuvolone,Delitto e pena nel pensiero di G. D. Romagnosi, Riv.lt.di dire proc. pen. 1961, s.959 vd.

,w Rocco, L' Oggetto, s. 453.

çok daha fazla bir etkiye sahip olan başka nedenler de bulunmaktadır. Bunlar; adalet, ar, haya duygularının temelini oluşturan özgecil duygular; genellikle toplumsallık duygusu; ahlak, din duygusu; ahlakı kökenli şeref, haysiyet gibi kişiye ait duygular; başkalarının haklarına, kurallara ve kuralları koyan güce saygı duygusu gibi çok çeşitli duygulardır. Kanun koyucu, kişilerin toplumsal hayatın gereklerini sağlayan davranışlar yapmalarını sağlamak amacı ile, ceza korkusu kadar, hatta ondan daha fazla, toplumsal ve ahlaki kökenli bu nedenleri de göz önünde bulundurmaktadırlar. Ancak, bu nedenlerden nonnal olarak etkilenilmesine ve toplumsal hayatın gereklerine uygun olduklarından doğal olarak kendilerine uygun davranılmasına rağmen, çoğunluğu oluşturan suça eğilimi olmayan kimseler bakımından, ceza tehdidi sanıldığı kadar gereksiz değildir, çünkü ceza tehdidi, ceza korkusu gibi bencil bir nedenle, sadece gelecekteki suçluluk önlenerek değil, ama ondan daha da fazla, kişilerin toplumsal hayata en çok ve en gelişkin bir uyumu elde edilerek, ahlakı ve toplumsal nitelikli özgecil nedenlerden gelen etkilerin çoğaltılıp pekiştirilmesi sağlanmaktadır.

Ceza tehdidi, aynca, kanuna saygılı ve namuslu yurttaşların, suçluluk korkusu ile, ilerideki suçluluk tehlikesine karşı, Devletin kendilerinin himayesi için emrettiği cezai vasıtaların bilinmesinden gelen sükunet ve teminat duygusunu değiştirerek; kanunlara saygılı ve namuslu yurttaşları, doğal olarak teskin ve temine yaramaktadır. Sonuç olarak, ceza, ceza tehdidi olarak, herkese hitap etmekte; manevi zorlama ile, onlar üzerinde, suçtan beri durmalarını sağlayan, önleyici bir etki meydana getirmektedir. O nedenle, tehdit, öyleyse müeyyide evresinde ceza, suçluluk tehlikesine karşı, önleyici bir toplumsal savunma vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır.

b. Tehdidinin Gerçekleşmesi, Yani Müeyyidenin Uygulanması Evresinde Ce7.anın İşlevi

Cezanın, tehdidin gerçekleşmesi, yani müeyyidenin uygulanması anında işlevi oldukça karmaşık bir olgudur. Gerçekten, tehdit anında ceza, psikolojik baskı veya manevi cebirken, tehdidin gerçekleşmesi, yani müeyyidenin uygulanması anında, fiziki baskı veya fiziki yahut maddi cebirdir. Kuşkusuz, kavram doğrudur, ancak doğru algılanmalıdır. Gerçekten, bu ifade ile, cezanın, uygulanması anında, suçlu ve hatta herkes bakımından, yeni suçları işlemeyi önlemede ayrıca psişik değil; ama, sadece, salt fiziki bir engelleme olduğu kastedilmemektedir. Bundan, gene, cezanın, salt ceza olarak, aynca suçlunun şahsına özgü manevi, ruhsal değerlerin ve hatta bazen mal varlıklarına ilişkin değerlerin değil; ama, sadece, salt fiziki veya

maddi ahut bedensel değerlerin bir indirimi veya fedakfu-lığı olduğu ınlaşılınamalıdır. Bwmnla kastedilen, Devletin, yalnızca cezanın kendisinden ibaret olduğu hukuki değerlerin indirimine veya kısıtlanmasına, suçlunun boyun eğmesini sağlamak için, cezanın yerine getirilmesi esnasında, kendinin ve kendi organlarının emrinde bulunan fiziki veya maddi yahut mekanik güçten yararlanmasıdır.

Ancak. bu güç, sadece ceza müeyyidesinin yerine getirilmesinde değil; ama, aynı zamanda, kendisi ceza olmayan tilin öteki müeyyidelerin icrası sırasında da laıllanılmaktadır. O halde, bu açıdan bakıldığında, icraları esnasında, sadece ceza değil, ama tüm hukuki müeyyideler, yani haksız fiillerin (fatti illeciti) tüm sonuçlan, fiziki veya maddi yahut mekanik cebir veya kuvvetten başka bir şey değildir. Kuşlı..'11.suz, ceza; tehdit anında, önlemedir; verilmesi ve infazı anında, bastırmadır. Ancak, bu ifadeden,verilmesi ve infazı anında, cezanın amacının bastmna olduğu anlaşılmamalıdır. Bastınna bir amaç değildir. Bu anlamda, cezanın önleme işlevine zıt bir bastırma işlevi, mevcut bulunman1aktadır. Bastırma, sadece bir araçtır. Kendisi ile bir amaca varılan, dolayısıyla bir türden veya diğer bir türden bastırma söz konusu olmasına göre farklı olabilen bir amaca götüren bir araçtır. Demek ki; ne zaman, yerine getirilmesi esnasında, ceza bastırmadır denirse; bununla denmek istenen, sadece ceza olarak göz önüne alındığında, esasının gerçekleşmiş olan bir fiile tepki olduğu ve bir tepki olarak sonuçlarını, karşı durduğu fiilin sonuçlarına, karşılık olarak koyduğudur. Bastırma, bu anlamda, tepki ile eş anlamlı olmaktadır. Ancak, belirtilen bu nitelik, sadece ceza müeyyidesine has bir nitelik değildir; yerine getirilmeleri sırasında tüm hukuki müeyyideler, haksız fiillerin tüm sonuçlan, bu anlamda hukuki tepkidirler, dolayısıyla bastırınadırlar[411].

Öte yandan, ceza, yerine getirilmesi anında bir ödetmedir. Kötülüğü, kötülükle ödetmedir. Burada, ödetmeden, yerine getirilmesi esnasında, cezanın, bir ödetme olduğu, yani suçun kötülüğünü cezanın kötülüğü ile karşılamanın amaçlandığı anlaşılmamalıdır, çünkü ödetme, kendisi, bir amaç değildir, çünkü ne iyiliği iyilikle, ne de kötülüğü kötülükle ödetme, bir başına bir amaç olabilir. Gerçekten, toplumsal ilişkilerde, adalet, salt ödetme için ödetmekten; soyut olarak iyiliğe iyilik, kötülüğe kötülük yapmaktan ibaret değildir. Adalet, iyiliğin iyilik, kötülüğün kötülük ile ödetilmesini emretmektedir,.çünküancak bu yolla bir amaca varılmakta, bir çıkar elde edilmekte, bir değer sağlanmakta, dolayısıyla topluma ait bir ihtiyaç giderilmektedir. O halde, ödetme, sadece bir araçtır; bir amaca, şu veya bu türden bir ödetme söz konusu olmasına göre farklı olabilen bir amaca, kendisi ile

[411] Rocco, L'Oggetto, s. 455.

ulaşılan bir araçtır. Bu demektir ki, kiminin düşüncesinin aksine"[12], ödetme, açıkçası kötülüğü kötülükle karşılama, cezanın amacı değildir, cezanın esasıdır, özüdür, varlığı nedenidir[413].

Ödetme salt cezaya has bir nitelik değildir. Ancak, ceza söz konusu olduğunda, ödetme ile ulaşılmak istenen amaç, suçlunun kazanılmasıdır. Gerçekten, bugün, ceza hukukları, ihlale ödetici bir tepki olarak ceza ile suçlunun ıslah edilmesi, düzeltilmesi, yeniden topluma kazandırılması amaçlanmaktadır. Anayasa, 38. maddesinde, cezanın şahsiliğine yer verilmiş, ancak cezanın amacı konusunda suskun kalmıştır. İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, 27. maddesinde, bugün, artık bir uygarlık standardı olan "cezalar, insanlık duygusuna aykırılık oluşturan muameleden ibaret olamazlar; hükümlünün yeniden eğitilmesini amaçlamak zorundadırlar" ilkesine yer vermiş bulunmaktadır.

Ceza Kanununda, cezanın amacına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 3. maddesinde,"İnfazda temel amaç" madde başlığı altında, infazın birçok amacı yanında, pek de belirgin olmayan bir biçimde suçlunun ıslahı, yeniden eğitilmesi amacına yer vermiştir.

3. Cezanın Özellikleri

Ceza tehdidinin gerçekleştirilmesi, yani müeyyidenin yerine getirilmesi evresinde, cezarım, hukuki ve Devlete ait iradı, meşru ve zorunlu, suçlunun şahsına zararlı bir tepki olmasındarı önemli bazı sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Ceza, öncelikle, işlenmiş cürmi bir fiilin, yani bir suçun somut varlığını gerektirmektedir. Öyleyse, buradan, suçsuz ceza olmaz ilkesi ortaya çıkmaktadır.
- Ceza, söz konusu bu cümu fiile, bir isnadiyet, kiminin ifadesi ile, bir nedensellik bağıntısı içindedir. Suç neden, ceza sonuçtur. İsnadiyet veya nedensellik bağıntısı, aynı şekilde, toplumsal ve hukuki iki olgu arasında olduğu içindir ki, bağıntı, toplumsal (psiko-sosyal) bir nedensellik bağıntısı, o halde hukuki' bir nedensellik bağıntısıdır. Bu, ortada, neden olarak bir suç yoksa; sonuç olarak bir cezarın tasavvurunun mümkün olmaması demektir.
- Ceza, cürmi fiilin, yani suçun karşıtı olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, suç topluma, yani devlete karşı kişinin bir fiili, ceza da kişiye karşı (suçlu)

---

[12] Maggiore, Diritto penale, I, s. 690 : "Cezanın tek başına bir amacı vardır; o da suçlunun kötülüğünü ödemesidir".

[413] Rocco, L' Oggctto, s. 455; Kelsen, Teoria genenlle dclle nonuc, Trad. Mirella Torre, Torino l985, s. 210; Antolisei, Manuale, PG., s. 675 vd.

toplumun, yani devletin bir fiilidir. O nedenle, doğaldır ki, cezanın sonuçları. suçw1 sonuçlarına karşıdır ve onları ortadan kaldınnayı amaçlamaktadır. Burada, suça ait sonuçlar psikolojik ve toplumsal sonuçlar olduğundan, bir tepki olarak ceza, bu sonuçlara karşı olmakta ve onları gidermeyi amaçlamaktadır. Bundan ötürü, ceza, bu anlamda bir bastırmadır. Öyleyse, bastırıcı olmayan bir tepki ceza değildir.

- Ceza, kendisine karşı hareket ettiği fiilin niteliğine karşılık teşkil eden bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Madem cürmi fiil zararlı bir fiildir, yani doğrudan doğruya veya dolaylı olarak zarar veya zarar tehlikesi, yahut salt tehlike yaratmaktadır, bu fiile tepki olarak ceza, ona eş nitelikte bir tepkidir; zorunlu olarak, bir zarardan, bazen de şartlı mahkumiyet hükmünde olduğu gibi, salt bir zarar tehlikesinden, yani bir tehditten ibarettir. Başka bir ifade ile, suç nasıl bir kötülükse, zorunlu olarak, ceza da bir kötülüktür, yani bir elem, bir acıdır. Bu, nitelik olarak, bir kötülük, öyleyse bir elem teşkil etmeyen, yani acı çektirici olmayan bir tepkinin ceza olmaması demektir.
- Ceza, özü bakımından, yani kendisi, bir ödetmeden ibarettir. Madem bir tepki olarak ceza suçun meydana koyduğu kötülüğü takip eden bir kötülüktür, zorunlu olarak bir ödetmedir, kötülüğü kötülükle ödetme; açıkçası kötülüğün toplum, yani devlet tarafından suçluya ödettirilmesidir. Öyleyse, ödetmesiz, ceza olmaz. Suç, ortak hayatın zorunlu ve temel koşullarına karşı bir fiildir; öyleyse haksızdır. Suça tepki olarak ceza, ortak hayatın bu koşullarına uygun bir fiildir; öyleyse, haklıdır. Bir tepki olarak, bir ödetme olarak ceza; haklı bir ödetme olarak, adaletin gereklerine uygun bir ödetme olarak, yani "ödetici adaletin" bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır.
- Ceza, tepki olduğu fiile, yani suça uygun, suçla orantılı bir fiildir. Gerçekten, ceza, bir tepki olarak, kişisel bir kötülüktür. Bundan ötürü, ceza suçun yarattığı toplumsal kötülüğe uygun bir kötülüktür. Bu, cezanın suça orantılı, yani uygun olması zorunluluğudur. Öyleyse, suçla orantılı olmayan bir tepki ceza değildir; cezalandırma görüntüsü altında zulmetmektir.

Öte yandan, madem ceza tepki olarak aynı zamanda zorunlu bir ödetmedir; zorunlu olarak, suçlu tarafından topluma verilen zarara oranlı, devlet tarafından suçluya verilen bir zarar vasıtası ile ödetmedir. Bu, cezanın, suçun ağırlığı ile orantılı olarak bölünebilir, derecelendirilebilir olmasını zorunlu kılmaktadır.

- Cezanın, ödeticilik niteliğinin diğer bir sonucu, kişiselliği ve insan onuruna uygunluğudur. Ceza başkasına değil, ama cürmi fiilin bizzat failine zarar vermelidir. Öyleyse, cezanın kişiselliği demek, cezanın sadece suçun failinin hukuki değerleri alanını küçültmesi, ama faile akrabalık bağı ile bağlı bile olsalar, başkalarının hukuki değerleri alanını hiçbir zaman kapsamaması demektir. Cezanın kişiselliği, bugün, çağdaş ceza hukukunun temelini oluşturmaktadır. Gerçekten, Anayasa, 38. maddesinde, Ceza Kanunu, 20. maddesinde, ceza sorumluluğunun kişiselliğini kabul etmiş bulunmaktadır.

4. Cezanın Niteliği

Cezanın temel niteliği,bir savunma tepkisi olmasıdır

Gerçekten, suç oluşturan her fiil gibi, her tepki de, bir irade açıklaması, öyleyse iradenin bir belirlenmesidir. İradenin belirlenmesi, zorunlu olarak, iradenin kendisi ile belirlendiği bir amacı gerektirmektedir. Bu, her tepkinin gai veya amaçsal bir niteliğe sahip olması demektir. Bundan çıkan sonuç, her cezanın, mahiyeti bakımından, gaı veya amaçsal ceza olmasıdır. O halde, bu bağıntıdan hareketle, denebilir ki, kiminin düşündüğünün aksine, ödetici ceza kavramı ile gaı veya amaçsal ceza kavramı arasında herhangi bir karşıtlık bulunmamaktadır. Bu, her cezanın, aynı anda, hem ödetici, hem de gai veya amaçsal olduğu anlamına gelmektedir. Ancak, ödetme, cezanın amacı değildir, cezanın kendisi, esası, özüdür, varlık nedenidir. Bundan ötürü, her tepkinin amacını o tepkinin dışında aramak gerekmektedir. Bu, bir tepki olarak cezanın, kendi kendinin amacı olmaması demektir.

Aynca, hem yararlı hem de zararlı bir fiile her tepkinin amacı, kendisini ya geçmişte, ya da gelecekte bulmaktadır. Öyleyse, zararlı bir fiile, yani suça bir tepki olarak ceza, amacını ya geçmişte, ya da gelecekte bulmak zorundadır.

Amaç, eğer geçmişteyse; zararlı bir fiile tepki, ya onarıcı, ya ödetici, ya da öç alıcı bir tepkidir. Zararlı fiilin sonuçlan onarılabilir olduğu takdirde, tepki, onarıcı bir tepkidir. Bundan ötürü, tepkinin amacı, bu sonuçları onarmaktır; öyleyse, eski haline getirmek veya eski durumu yeniden ikame etmektir. Özel hukukta öngörülen tepkiler, ne ad verilirse verilsin, genellikle bu niteliktedirler. Bunun aksine olarak, zararlı fiilin sonuçları giderilebilir olmadığı takdirde, tepki, öç alıcı bir tepkidir. Bundan öttirü, tepkinin amacı, zarar verene bir kötülük, öyleyse mağdurun infialini tatmin eden ve onun bakımından haz teşkil eden bir acı vermektir. Başka bir deyişle, burada, tepkinin amacı, tecavüz edenin bir

tahkirini, bir terzilini ve tecavüze uğrayanın bir tatminini elde etmek olınaktaclır[414].

Amaç, geçmişte değil, ama gelecekteyse; zararlı bir fiile tepkinin amacı, süz konusu bu fiilin sonraki zararlı sonuçlarını önlemekten ve gelecekte o fiilden doğacak tehlikeleri engellemekten ibarettir.

Acaba, ceza , bunlardan hangisidir ?

Bir kere, ceza, bir onarma tepkisi değildir. Ceza, bir tepki olarak, onarıcı bin nitelik göstermemektedir; açıkçası, özü bakıımndan, onarıcı bir tepki değildir; çünkü cezadan etkilenen, cezayı çeken kimse, cezanın verdiği acı ile, ne meydana gelmiş olan fiili durumu, ne de mağdurun zaranna olan suçun sonuçlarını ortadan kaldırabilmektedir. Gerçekten, bunlar, öyle sonuçlardır ki, onarımları, ya mahiyetleri bakımından mümkün değildir veya onarılabilir olsalar bile, ceza ile onarılamaınaktadırlar. Ceza, bu an1aca, kesin olarak, elverişli değildir. Olsa olsa, bu, zararın tazmini ile sağlanabilmektedir. Demek ki, ceza, onarıcı bir tepki değildir, çünldi cezai tepki, çoğu kez, onarıcı tepkileıin imkansızlığı veya yetersizliği durumunda zorunlu olarak ortaya çıktığından; dolayısıyla, onları gidermeden, onlarla birlikte bulunduğundan; özü bakımından, onların aınaçlarından tamamen farklı bir amacı ortaya koymaktadır[415].

Esasen kökeninde bir öç alma[416] da olsa, ceza, bir öç alma tepkisi değildir. Aslına bakılırsa, cezanın amacı, öç almanın tamaınen ötesindedir. Gerçekten, cezanın, mağdur, mağdurun ailesi, suçtan etkilenen toplum bakımından tatmin edici bir işlevi yerine getirdiği doğrudur. Ceza, acı çeken mağdurun infialini, yani tecavüze uğrayan kişide ve genellikle toplumda meydana gelen nefret ve infial duygularını yatıştırmakta; böylece, kişilerin kişisel öç ve kaınunun cürmi misilleme arzularını tatmin etmektedir. Bununla birlikte, gene doğrudur ki, ceza, bunu yaparken, kişisel ve toplumsal bir öç almayı amaçlamamakta; tersine, kişisel öç almayı, kamusal her türlü cürmı misillemeyi önlemeyi aınaçlamaktadır[417].

Bu demektir ki, yerine getirilmesi, yani infazı esnasında ceza, ne onarıcı, ne de öç alıcı bir tepkidir. Ceza, bir savunma tepkisi, yani savunmayı amaçlayan bir tepki; açıkçası, bir tepki vasıtasıyla gerçekleştirilen bir savunmadır. Söz konusu bu durum, pek elverişli olmamakla birlikte, cezanın, bastırma sureti ile önleme veya, aynı şey,

---

ıu• Rocco, **L'Oggetto, s. 458.**

m Bobbio, Sanzione, s. 534; Rocco, L' Oggetto, s.459; Maggiore, Diritto pcnale, I, s. 660.

,16 Liszt, La teoria dello scopo ne! diritto penale, A cura di Calvi, Milano 1962, s. 10.

,1, Rocco, L' Oggctto, s. 459.

önleme amacı ile bastınna olduğu biçiminde ifade edilebilmektedir. Gerçekten, her bastınna, aslında, bir tepkidir; her önleme, aslında, bir savunmadır. Ancak, cezanın, esasında bir bastınna görevine sahip olması, kiminin ileri sürdüğünün aksine, aynca savunma tepkisinden başka bir şey olmasına engel değildir. Kuşkusuz, cezanın asıl görevi bastınnadır. Tabii, bastırmanın doğal sonucu da önlemedir. Gerçekten, cezanın yerine getirilmesi, bir yandan cürmı fille meydana gelen ihlali giderirken; bir yandan da, ileride meydana gelebilecek olan suçlan önlemektedir. Başka bir deyişle, ceza, geçmişte etkilerini sürdürürken, geleceği de etkilemektedir. Bundan çıkan sonuç, bastırma ve önleme düşüncesinin birbirinin karşıtı olmadığıdır; çünkü Devlet, işlenmiş olan suçları bastırmakla, aslında gelecekte suçların işlenmesini önlemektedir. O nedenle, cezayı yalnız bastırma ile sınırlandırmak. isteyen düşünceler, haklı değildirler. Zira, ceza, sadece tehdit anında değil; ama, tehdidin gerçekleşmesi anında da, önleyici bir görev yapmaktadır.

a. Bir Savunma Tepkisi Olarak Ceza Kimi ve Neyi, Kime ve Neye Karşı Savunmaktadır

Savunma, bir kimseye ve bir şeye karşı, savunulan bir kimseyi ve bir şeyi; açıkçası, başkasından veya başkalarından gelen bir ihlale, öyleyse zarar tehlikesine karşı, hukuki bir değeri veya menfaati savunulan bir kimseyi gerektirmektedir. Bu demektir ki, cezanın amacı olarak savunma, diğer kimse veya kimselerden gelen bir ihlale, öyleyse bir zarar tehlikesine karşı, bir kimseye ait bir değerin veya menfaatin korunmasından başka bir şey değildir.

O halde, ceza, kimi, kime ait değeri korumakta; dolayısıyla kimi, kime veya kimlere karşı savunmaktadır ? Aynca, ceza ile, engellenmesi, yani önlenmesi istenen ihlal tehlikesi, acaba neden ibaret bulunmaktadır ?

Yerine getirilmesi evresinde bir tepki olarak ceza; açıktır ki, somut olarak, işlenmiş cürmi bir fiili, öyleyse bir ihlali, yani suçun mağdurunun şahsına verilmiş olan bir zararı gerektirdiğinden; amacı, bu fiili engellemek, bu ihlali ve failin mağdura verdiği bu zararı önlemek, yani mağduru, suçun pasif süjesini savunmak olmaktadır. Mağdurun bir değer veya menfaati henüz fiilen ihlal edilmediğinde, yani ona fiilen bir zarar verilmediğinde, ama, sadece tehlikeye konulduğunda (salt tehlike suçlan, şekli suçlar), pek tabii, durum bundan farklı değildir. Gerçekten, bu durumda, ceza, yerine getirilmesi anında, suçun failince suçun mağduruna yöneltilen fiili ihlali, yani zararı asla önlememekte ve önlemeye uygun bulunmamaktadır.Tersine, bu, önleyici polis tedbirlerinin, genel kolluğun görevidir. Öyleyse, madem durum budur, kim tehlikededir ve ceza ile savunulması söz konusu

olan değer veya menfaatin sahibi olan kimse kimdir? Bu kimse, açıktır ki, hukuken Devlet olarak kişilik bulan toplumdur. Burada kendisinden korunmak istenen tehlike, dolayısıyla önlenmesi gereken zarar nedir? Burada, zarar, genel toplumsal bir olgu olarak suç tehlikesi veya suçluluktur; dolayısıyla, hukuksal ve toplumsal organizmanın, bu tehlikeden gelebilir olan dağılması zarardır. Kimlerden korunmaya çalışılmaktadır ? Kendilerinden korunmaya çalışılan kimseler, cürmi fiili işlemiş olanlar veya henüz işlememiş olan, ama gelecekte suç işlemeleri olası olanlardır[418]. Öyleyse, burada, savunma tepkisi olarak cezanın amacı, hukuken organize toplumun, yani Devletin varlığını, gelecekte suç işlemeleri mümkün tüm suçlulardan gelecek olan suç tehlikesine karşı savunmak olmaktadır[419].

b. Savunma Nasıl Gerçekleşmektedir

Ceza, suçluluk tehlikesine karşı toplumsal bir savunmadır. Ancak, böyle olmakla birlil1:e, ceza, münferit cürmı bir fiile tepki olarak gerçekleşen ve her seferinde suçluya karşı icra edilen bir savunmadır. Gerçekten, ceza, bu yapısından ötürü, yani tepki olarak, savunucu bile olsa, mutlak surette daha önce gerçekleşmiş olan cürmi bir fiilin varlığım gerektirmektedir. O nedenle, ihlale bir tepki olarak ceza, gelecekteki cürmi fiillere karşı savunmayı, yani bastırarak savunmayı amaç edinse bile, her zaman işlenmiş bir cürmı fiile tepki olduğundan, ihlalden önceki her çeşit savunmadan, yani önleyici savunmadan farklıdır. Bu demektir ki, ceza, bir yandan suçluluğun fiziksel, bireysel ve toplumsal genel nedenlerine karşı mücadeleyi amaçlayan idari nitelikteki tüm tedbirlerden, yani doğrudan doğruya olmayan tedbirlerinden veya toplumsal önleme tedbirlerinden, öte yandan münferit suç ve suçluluk karşısında, işlenmesine başlanmış veya işlenmesinden korkulan bir suçu engellemeyi amaçlayan salt önleyici ve koruyucu idarı nitelikteki tüm tedbirlerden, önleyici polis tedbirlerinden mutlak surette ayrılmaktadır. Öyleyse, suça ve suçluluğa karşı her önleme veya savunma, ceza olmamaktadır; çünkü ceza, daha önce veya önceden meydana gelmiş olan cürmi bir fiile mutlaka tepki biçiminde ortaya çıkan bir önleme veya savunmadır.

Elbette, ceza, suçluluk tehlikesine karşı toplumsal bir savunmadır. Ancak, ceza, önceden meydana gelmiş olan bir fiile tepki biçiminde ortaya çıkmaktadır, yani tepki olduğu fiille isnadı bir bağıntı içinde bulunmaktadır. Bunun zorunlu sonucu, cürmı bir fiilin failinin, sadece ve sadece işlemiş olduğu fiilden ötürü cezalandırılması; ama, kendisinin ileride işleyebileceği, aynı şekilde başkalarının

---

•1• Rocco, L' Oggetto, s. 460.

•1 Antolisei, Manuale, PG., s.525 .; Grispigni, Diritto penale, s. 116; Rocco, L' Oggetto, s. 461.

ileride işleyebilecekleri cürmi fiillerden ötürü cezalandırılmamasıdır. Bu demektir ki, ceza, önceden işlenmiş olan cürmi bir fiille, isnadi bir neden-sonuç bağıntısı içerisindedir, yani önceden meydana gelmiş olan suçun bir sonucunu (aynı zamanda psikolojik ve toplumsal) temsil etmektedir. Öyleyse, ceza, toplumda, tehlikeye karşı, önceden işlenmiş olan suçtan, nesnel surette, psiko-sosyal sonuç olarak hasıl olan bir savunma tepkisi olmaktadır. Zira, ceza, bu özel nedene karşı bir savaştır; fiili suçluluğun, yani suçun toplumsal alemde ortaya çıkması ile ortaya çıkan suçluluğun bir savaşıdır. Demek ki, ceza, suçluluğun fiziksel, biyolojik, toplumsal, vs., genel nedenlerine karşı bir savaş olmadığı gibi, suçun kişisel nedenlerine karşı bir savaş da değildir. O nedenle, ceza, b□kalarının işlediği yeni suçların tehlikesinin belirlediği, suçlunun tabi olduğu bir muamele değildir; böyle olması da imkansızdır; çünkü, burada söz konusu olan bu tehlike, başkasından değil, bizzat suçlunun işlemiş olduğu suçtan gelmektedir. Ayrıca, ceza, gene bu yüzden, suçlunun tek başına kendisinin toplumsal tehlikeliliğinin belirlediği, suçlunun tabi olduğu muamele de olmamaktadır; çünkü bu cezanın değil, güvenlik tedbirlerinin konusudur.

Ceza, madem suçluluk tehlikesine karşı toplumsal savunmadır, zorunlu olarak meydana gelmiş olan cürmi fiile tepki biçiminde gerçekleşen bir savunmadır. Bundan ötürü, ceza, karşı durduğu fiilin niteliğine cevap teşkil eden bir niteliğe sahiptir, yani suçlunun kendisine verilen bir kötülüktür, öyleyse sadece suçlunun şahsına verilen bir acıdır. Böyle olunca, suçluluğa karşı, işlenmiş olan cürmi fiilin failine verilen bir kötülük, yani bir zarar, öyleyse bir acı olarak gerçekleşmeyen, toplumsal bir savunmanın ceza olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir.

Ceza suçluluk tehlikesine karşı toplumsal savunmadır. Elbette, bu doğrudur. Ancak, ceza, meydana gelmiş olan cürını bir fiile tepki biçiminde ortaya çıkan; dolayısıyla, suçun toplumsal kötülüğünü, cezanın kişisel kötülüğü ile ödetme biçiminde gerçekleşen bir savunmadır. Bu nedenledir ki, suçluluğa karşı, suçlunun toplumsal kötülüğünü, öyleyse, kınanmasını (kusur), bir kötülükle ödetme biçiminde gerçekleşmeyen toplumsal bir savunma ceza olamaz.

Ceza suçluluk tehlikesine karşı toplumsal savunmadır; ama savunma, cürmi fiile tepki biçiminde gerçekleşen, dolayısıyla bu fiile, açıkçası bu fiilden doğan toplumsal tehlikeye uygun düşen bir savunmadır. Öyleyse, savunma tepkisi olar□ ceza, ağırlığında, önceden işlenmiş olan suçtan gelebilecek olan yeni suçların toplumsal tehlikesinin ağırlığı ile orantılıdır. Bu demektir ki, ceza, savunma zorunluluğunun sınırları içinde kaldığı takdirde haklı, savunma

zorunluluğunun sınırlarını aştığında haksızdır. Öyleyse, ecza, yerine getirilmesi anında, önceden gerçekleşmiş olan suçun doğurduğu toplumsal tehlikeliliğin ağırlığı ile orantılı olmak zorundadır. Gerçekten, toplumsal kınama, yani suçlunun kusuru, madem bu tehlike halinin içinde bulunmaktadır; suçlunun toplumca kınanmasının karşılığı olarak ceza, söz konusu bu kınama ile orantılı olmalıdır. Bu demektir ki, bireysel kusurun yerine; suçlunun, aynı biçimde suça eğilimi olan kimselerin, toplumsal tehlikeliliğinin konulması mümkün değildir; çünkü böyle bir tutum, cezanın, suçlunun, gelecekteki suçluluk tehlikesine karşı, savunma amacı ile Devletin elinde bir araç varsayılması sonucunu doğurur[420].

c. Yeni İşlenecek Suçlara Karşı Ceza Bir Savunma Tepkisidir

Ceza, savunma tepkisidir, ama suçluluk tehlikesine karşı bir savunma tepkisidir; çünkü suçluluk tehlikesi, sadece önceden işlenmiş olan belli bir suçun psikolojik ve toplumsal sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan, yerine getirilmesi esnasında cezanın suçluluk tehlikesine karşı toplumsal savunma amacını nasıl gerçekleştirdiğini bilmek, suçtan dolaylı olarak hasıl olan toplumsal tehlikelilik kavramını esas almayı gerektirmektedir.

Gerçekten, suçtan dolaylı olarak hasıl olan tehlikelilik kavramı esas alındığında, yerine getirilmesi esnasında ceza, suçlu tarafından gelecekte işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı, tehlike nedenini ister bizzat cümu fiilde, ister suçlunun şahsında (suçludan korkulması, toplumsal tehlikelilik), isterse kanıtını cürmı fiilin kendisinde bulsun, bir savunma tepkisidir, yani suçu meslek edinme, suçta alışkanlık ve suçta tekerrür tehlikesine karşı bir savunmadır.

Ceza, ayrıca, suçun mağduru ve yakınları tarafından gelecekte işlenebilecek olan yeni suçların tehlikesine karşı da bir savunma tepkisidir; çünkü, söz konusu tehlike, nedenini, işlenmiş olan cürmı fiilde ve bu fiille birlikte, suçlunun, suçla gösterdiği toplumsal tehlikelilikte bulmaktadır.

Son olarak, ceza, işlenmiş olan suça yabancı olan üçüncü kişiler tarafından ileride işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı, bir savunma tepkisi olmaktadır. Başka bir deyişle, ceza, hem suç işlemeye eğilimli kimselerin yaratabileceği suç salgını ve suçun işlenmesi tehlikesine karşı, hem de doğal olarak suça eğilimi olmayan kimseler tarafından gelebilecek olan savunma ve saldın niteliğindeki toplumsa tepki tehlikesine ve özellikle genel cürmi misilleme tehlikesine karşı bir savunmadır; çünkü bu tehlikeden, gerek biri, gerekse öteki,

---

[420] Rocco, L' Oggetto, s. 462.

nedenlerini, işlenmiş cürmi fiilin kendisinde ve onunla birlikte suçlunun o suçla gösterdiği tehlikelilikte bulmaktadır[421].

d. İnfazı Esnasında Ceza

İnfazı esnasında ceza, öncelikle suçu meslek edinme, suça alışkanlık, suçta tekerrüre karşı doğrudan bir savunma cihazı, yani suçlu tarafından işlenebilecek yeni suçları, bir önleme vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, cezanın bastırma biçiminde gerçekleşen bir özelliği, özel önlemedir.

Ceza, infazı esnasında, suçun belirleyip ortaya koyduğu suçta tekerrür tehlikesine, bastırma sureti ile, iki biçimde karşı koymaktadır:

- Ceza suçta tekerrür tehlikesine karşı fiziksel engelleme biçiminde karşı koymaktadır. Gerçekten, ceza, infazı esnasında, suçlu kişiyi, fiziksel engelleme (maddi cebir) sureti ile maddeten zarar verme imkanından mahrum etmekte, yani fiziksel olarak yeni suçları işleme imkanından alıkoymaktadır. Bu açıdan, ceza, suçlu kişiyi, zor kullanarak zararsız kılmanın bir aracı olarak ortaya çıkmaktadır.

Bazı cezalar, yapılarından ötürü, toplumdan mutlak ihraç veya tasfiye amacını gütmektedirler. Bunlar, ya suçlunun fiziksel varlığının ortadan kalkması sonucunu doğuran idam, ya da süresiz sürgün cezasıdır. Her iki ceza, bugün, Türk Ceza Hukuku Düzenimizde yer almamaktadır (Ay. m. 38 /9). Öteki bazı cezalar, kişinin hürriyetini sürekli veya süreli kısıtlayarak suçlunun toplumdan kısmen ihracını sağlayan cezalarıdır. Bunlar, suçlu kişiyi, toplumsal birliktelikten çekip çıkarmayı; böylece, kısa veya uzun bir süre, kişiyi toplumdan uzaklaştırmayı amaçlamaktadırlar. Bundan ötürü, kanun koyucu, kişinin suç işleyerek ortaya koyduğu toplumsal tehlikelilik nedeni ile, hürriyet ortamına onun yeniden dönmesini toplumsal birlik bakımından tehlikeli gördüğü hallerde, kişi hürriyetini kısmen veya tamamen bağlayan bu tür cezalara yer vemıe yolunu seçmektedir.

- Suçlu kişide ceza psikolojik engelleme etkisi meydana getirmektedir. İnfaz edildiği esnasında ceza, manen engelleyerek, suçlu kişiyi, ıslah etmekte, kişiliğini yeniden yapılandırmakta, bu yolla topluma kazandırmakta; böylece, yeni suçlar işlemesinde kişiyi psikolojik ve ahlaki bir imkansızlık içine sokmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, ceza, suçlunun, yapay bir biçimde, topluma intibakını, uyumunu sağlayan bir araç olmaktadır. Bu nedenle, ceza, öncelikle, kişi üzerinde bir kötülük ve bir elem duygusu yaratarak, cürmi iradenin, gelecekte dışarıya yansımasını engellemektedir.

---

[421] Rocco, L' Oggetto, s. 463.

Öte yandan, ceza. bu engelleyici işlevi yanında, toplumsal ve ahlaki duygular uyandmnaya, düzene, iş hayatına, disipline intibak vealışkanlık sağlamayaelverişli bir infaz rejimi sayesinde, suçluyu, toplumun yararlı bir üyesi haline getirmeyi, düzeltip ıslah etıneyi amaçlamaktadır. Suçlunun toplumdan ihracını sağlayan cezaların ıslah niteliği yoktur. Bunlar dışında kalan cezalar,sonunda suçlunun bozuk k.işiliğini yeniden yapılandırmayı amaçladıklarından, düzeltici, ıslah edici cezalardırlar. Bunlar, en başta, kişi hürriyetini kısa veya uzun süreliolarak bağlayan cezalar yanında, nakcli veya mal varlığını kayıtlayan cezalar ve hukuku bağlayıcı cezalardır[421]. Bu özelliğinden ötürü, kanun koyucu, bu cezalara, ceza sayesinde suçludaki suça eğilimin yok edebileceğine inandığı zaman, yani suçlunun ahlaken ıslahının, toplumsal intibakının sağlanmasıiun mümkün olduğuna kanaat getirdiği ı.aman başvurmaktadır.

Anayasa, 38/9. maddesi hükmünde, ölüm cezasını ve genel müsadere cezasını kaldınnıştır. Anayasanın 2. maddesinin göndermede bulunması, 95. maddesinin iç hulaıka üstün kılması nedeni ile değiştirilmesinin teklifi bile mümkün olmayan AlHS yasaklanan iki cezaya yer vermemiştir. Bu demektir ki, Türk Ceza Hukuku Düzeninde, hürriyeti bağlayıcı, nakdi ve hukuku bağlayıcı cezalarla, suçlunun ahlaken ıslahının mümkün olduğuna, kişiliğinin yeniden yapılandınlabileceğine, topluma intibakının sağlanabileceğine inanılmaktadır.

e. Yerine Getirilmesi Esnasında, Ceza Kişisel Öç Alına Tehlikesine Karşı Dolaylı Bir Savunma Vasıtasıdır

Suç, çoğu kez, mağdurda veya mağdurun yakınlarında, kişisel öç alma duygularını tahrik etmektedir. Bunun içindir ki, ceza, yerine getirilmesi esnasında, kişisel öç alma tehlikesine karşı, dolaylı bir savunma vasıtası olarak; açıkçası suçun mağduru ve mağdurun yakınları tarafından işlenebilecek yeni suçları, dolaylı yoldan, bir önleme vasıtası olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu önleme, münhasıran psikolojik engelleme, yani manevi cebir vasıtası ile gerçekleşmektedir. Gerçekten, ceza, her şeyden önce, infaz edilmekle birlikte, suçluya verilen zararda, uğranılan tecavüzden ötürü ortaya çıkan infiali dindirmekte; bir yerde, suçun mağduru ve yakınlarının, doğal öç alma isteklerini tatmin etmektedir.

Ceza, aynı anda, suçluyu düzelterek, onun tarafından işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı, mağduru ve yakınlarını güvence altına almaktadır.

---

m Rocco, L' Oggetto, s.465.

Ceza, verilmekle birlikte, toplumun diğer bir üyesi tarafından işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı bir "ibret-i müessire" teşkil etmektedir. Öyleyse, ceza, manevileştiılıniş ve toplumsallaştırılmış öç almadan uzak olarak, bizzat kjşisel öç almaya karşı, en etkin bir mücadele vasıtasıdır.

f. Yerine Getirilmesi Esnasında Ceza, Bir Genel Önleme Vasıtasıdır

Ceza, infaz edilmekle birlikte, artık bir bastırma olmaktan çıkıp bir korkutmaya dönüşmektedir. Bu, cezanın, yerine getirilmesi esnasında, herkes tarafından işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı dolaylı bir savunma cihazı, yani bir genel önleme vasıtası olması demektir. Söz konusu önleme, korkutma sureti ile veya salt psikolojik engelleme, yani genellikle toplumun tüm mensupları üzerinde etken manevi bir cebir yardımı ile gerçekleşmektedir. Gerçekten, ceza, suçlu tarafından çekilen cezanın ibret olma niteliğinden gelen manevi cebri, işlenen suçtan psikolojik olarak doğan suça özenme duygusunun ve kötü örneğin karşısına koyarak; böylece, ceza tehdidinin fiilen gerçekleşmesi sayesinde, bizzat tehdidin ahlakı gücünü perçinleyerek, kısacası toplumun hukuk düzenine itaatsız olanlar karşısında, hukuk düzeni ve devletin gücünü teyit ederek, suça eğilimi olmayan kimseler arasında, suç sağlını ve suçun bulaşması tehlikesi önlenmektedir.

Öte yandan, ceza, suçluya verilen kötülükle toplumun infialim gidererek; böylece, kitlelerdeki doğal misilleme duygularını tatmin ederek; aynı zamanda ıslah edici, düzeltici olması sayesinde, suçludan, dolayısıyla çektirilen cezanın ibret olması sayesinde, diğ□r kimselerden gelebilecek sonraki suçluluk bakımından, toplumu temin ve teskin ederek; kısacası, uygulanan cezanın ibret olmasından ötürü, toplumsal ortak hayata uyum gösterenlerin ahlakı ve toplumsal nitelikteki özgecil duygularını kuvvetlendirerek; toplumsal savunma ve öç alma tepkileri tehlikesini, özellikle suça psikolojik olarak eğilimleri olmasa da yurttaşlar tarafından girişilen misilleme ve kendi başına adaleti sağlama korkusunu önlemektedir[423].

E. Ceza Müeyyidesinin Müeyyide Olan Medeni ve İdari Diğer Cezalardan Ayırt Edilmesi

1. Bir Ölçü Bulma Zorunluluğu

Her hukuk düzeni, kurallarının ihlali ile ortaya çıkan kötülüğü, genel olarak, ya onanna, ya da ödetme yolu ile gidennektedir. Kötülüğü gidennenin belki ilk yolu onamıadır. Ancak, onarma, ortaya çıkan kötüğü her zaman gideremmekte, hatta giderse bile, her zaman kötülüğe uygun düşmemekte veya uygun sayılmamaktadır.

---

413 Rocco, L' Oggetto, s.448.

Bundan ötüıü, kötülüğü gidem1enin diğer bir yolu, ödetme olmaktadır. Ôyley c, ödetme, hukuk düzeninde, onam1aı1ın bir seçeneğini oluştunnaktadır'[24].

Yapısal bu özellikten, hukuk düzeninde, onarma esasına dayanan bir alan yanında, ödetme esasına dayanan diğer bir alanın varlığı ortaya çıkmaktadır. Bu alan, en genel anlamda, kurallarının ihlalinden doğan kötülüğü ödetmeden mülhem çeşitli ceza hukukları alanıdır.

Gerçekten, günümüz ceza hukuku, bir yandan ceza alanının genişlemesi, öte yandan somut ihlalden sonraki olası ihlalleri önleyici tedbirlerin kurumsallaşması sonucu olarak, dünkü tarihi sınırlarını ve geleneksel engellerini aşmış bulunmaktadır. Bundan ötürü, artık yalnızca bastırıcı bir ceza hukuku karşısında bulunulmamakta, ama, aynı zamanda, önleyici bir ceza hukuku karşısında bulunulmaktadır. Gene, bu yüzden, artık yalnızca genel ve özel olarak suçlar ve cezalar sistemini içeren bir ceza hukuku söz konusu olmamakta, ama, aynı zamanda ödetme niteliğindeki tüm medenı ve idari müeyyideleri içeren medeni ve idari ceza hukukları söz konusu olmaktadır. Kısaca, bu, hukuk düzeninde, dar anlamda, yani gerçek anlamda bir ceza (pena criminale) ve ceza hukuku (diritto criminale) yanında, ister iç hukuka, ister devletler hukukuna, ister özel hukuka, ister kamu hukukuna, ister medeni hukuka ister idare hukukuna veya disiplin, vergi ve muhakeme usulleri hukukuna ait olsun, başka cezaların ve başka ceza hukuklarının bulunması demektir. Bu durum, zorunlu olarak, ödetme esasına dayanan diğer cezalardan (medeni, idari, disiplin vs.) ve ceza hukuklarından, gene ödetme esasına dayanan gerçek cezayı ve ismini verdiği gerçek ceza hukukunu ayırt etmeyi gerektirmektedir.

2. Özde Aynı Olmaktan Doğan Zorluk

Hukuk düzeninde, cezalar, hangi türden olursa olsunlar, özünde aynı düşünceye dayanmaktadırlar. Bu, ödetme düşüncesidir. Gerçekten, aslında ödetme olmayan bir cezanın tasavvuru imkansızdır. Bu özünden ötüıü, ceza, bir emri ihlal eden kişiye verilen bir acı, bir elemdir. Öyleyse, cezanın kendisi, aslı, esası; acı, elem verici olmaktır. Acı, elem verici olmayan bir cezanın varlığını düşünmek, "soğuk at□" demeye benzer ki, bu, cezayı inkar etmektir.

Ancak, bu özellik, sadece gerçek cezaya, yani ceza hukukuna adını veren cezaya has bir nitelik değildir; aynı zamanda, hangi adla olursa olsun, öteki cezalara da ait bir niteliktir. Öyleyse, cezayı, kendisine, özüne bakarak, aynı esasa dayanan öteki

---

•ı. Bobbio, Sanzione, s. 531, 534.

cezalardan ayırt etmek imkanı bulunmamaktadır. Bu, özünde, cezaıun sadece kendisine has bir özelliğin bulunmaması demektirm.

3. Ceza Sonunda Kişinin Kendisine veya Cismine Verilen Bir Zarar veya Kötülük-tür

Ceza elbette zararlı bir tepkidir. Zararlıdır, çünkü aslı daima bir kötülüktür, yani bir zarardır. Cezanın esası olan zarar veya kötülük kişinin kendisine veya mal varlığına yöneliktir. Nakdi cezaların, ödenmemeleri halinde, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilmesinden ötürü, cezanın neden olduğu kötülük, sonunda kişinin daima kendisine veya cismine bir zarar veya kötülüktür.

Cezanın öteki cezalardan farkı, bu özelliğinde aranmaktadır. Gerçekten, para cezaları ödenmediğinde hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebildiğinden, ceza; medenı, idari', mali, vs. diğer cezalardan farklı olarak, şahsın daima kendisine verilen bir zarar veya kötülüktür. Ancak, ceza ile öteki cezalar arazında görülen bu fark, esaslı bir fark olmakla birlikte; cezayı öteki cezalardan ayırt etmeye elverişli değildir; çünkü, soruna pratik bir çözüm getirmemektedir.

Gerçekten, hukukun hemen her alanına yayılmış olan nakdı cezalar göz önüne alındığında, kuşkusuz, bunlar arasında, kişinin kendisine verilen bir zarar veya kötülükten ibaret olan nakdi cezalar, para cezasıdır. Para cezasına, bu niteliğini kazandıran şey, ödenmediğinde, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilmesidir. Bu demektir ki, nakdi bir cezanın para cezası olabilmesi için, sonunda kişinin kendisine verilen bir zarar veya kötülük olması; kişinin kendisine verilen bir zarar veya kötülük olması için de, hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşebilmesi; dolayısıyla, hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşebilmesi için de, gerçek ceza olması gerekmektedir. Bu, bir anlamda, çıkılan noktaya geri dönmektir; zorunlu olarak, para cezasının, nakdi öteki cezalardan nasıl ayırt edildiğini, yeniden araştırmaya başlamaktır.

Öte yanda, kişinin kendisine verilen zarar veya kötülükten, yani kişisel cebirden ibaret olmak, sadece cezanın sahip olduğu bir özellik değildir. Hukuk düzeninde öyle tedbirlere rastlanmaktadır ki, bunlar, hürriyeti bağlayıcı nitelikte olmalarına, dolayısıyla kişinin kendisine verilen bir zarar veya kötülükten, yani kişisel cebirden ibaret bulunmasına rağmen, ceza sayılmamaktadır. HMUK'nunda (m. 150) ve özellikle CMK'nunda yer alan hürriyeti bağlayıcı bazı tedbirler, ör., m. 60/1, 4, 203/3, genellikle bu niteliktedirler. Gerçekten, bunlar, hürriyeti bağlayıcı olmalarına, kişinin kendisine verilen bir zarar veya kötülükten ibaret bulunmalarına rağmen, gerçek

---

□:1, Antolisei, Manuale, PG., s. 513.

anlamda ceza olmamakta, sadece inzibatı nitelikte bir tedbir olmaktadırlar. Zutcn, CMK, bu yoksunluğu "disiplin hapsi" olarak nitelendirmektedir.

4. Ceza Devlet Tarafından Verilen Bir Zarar veya Kötüliiktür

Ceza, Devlet eli ile verilen bir zarar veya kötülüktür. Bu, Devletten kaynaklanmayan bir zarar veya kötülüğün, başka ne türden bir zarar veya kötülük olursa olsun, ceza olmaması demektir O halde, cezaıun özelliği, kamusal nitelikte bir zarar veya kötülükten ibaret bulumnasında, açıkçası kamusal bir müeyyide olmasında saklıdır.

Cezaya özgü bu özellik, onu, bu özelliğe sahip olmayan öteki cezalardan, özc11ik1e özel huk'Ukta yer alan cezalardan[426] ayırt etmeye yaramaktadır. Ancak, cezanın kamusal bir müeyyide olma özelliği, onu, özel hukuk alanında yer alan yoksunluklardan ayırt etmeye elverişli olmakla birlikte, kamu hukuku alanında bulunan cezalardan ayırt etmeye elverişli bulunmamaktadır. Bunun nedeni, Devletin, çoğu kez, ceza hukuku alanı dışında kalan kamu hukuku, özellikle idare hukuku, disiplin hukuku, genel anlamda polis hukuku, vergi hukuku, vs., alanında da cezalara başvurmasıdır. Gerçek ceza en azından özel hukuk alanında yer alan cezalardan ayrıt edilmiş olmaktadır. Böyle olunca, devlet tarafından verilen bir zarar veya kötülükten ibaret olmayan, kısacası kamusal bir müeyyide sayılmayan tüm öteki ceza tedbirleri, esasen özünde bir zarar veya kötülük olsalar bile, ceza hukuku anlamında ceza sayılmamaktadırlar.

5. Kamusal Diğer Cezalardan Cezayı Ayırt Etme Zorluğu

Ceza, devlet tarafından kişinin kendisine verilen kamusal bir zarar veya kötülükten ibaret bulunmaktadır. Ancak, bu özellik, idari', hatta 5326 sayılı Kanun karşısında adli cezalara da ait bulunmaktadır. Bu durum, idari cezalardan, ceza hukukunda ifadesini bulan cezayı ayırmakta zorluklar yaşatmaktadır.

Kimi, ceza ile idari cezalar arasında, gerek öz, gerek biçim, gerekse amaç bakımından herhangi bir farkın bulunmadığı kanaatindedir. Kimi, ceza ile idari cezalar arasında, öze dokunan bir mahiyet farkının bulunduğu kanaatindedir.

Esasen ceza ile idari cezalar arasında öze ilişkin bir fark görmeyen düşünceler temelde doğrudur. Ancak, bunlar, hukuk düzeninde, idari ceza, ceza ve ceza hul,aık'11 gerçeğini açıklamada yetersizdir; çünkü, idari ceza, ceza ve ceza hukukunu, sonunda

---

[426] öıe1 hukuk cezalan, kişinin kendisinde etkisini gösteren yoksunluklardır. Bunlar, ör. ailenin, özd hukuk tüzel kişilerinin uygulamakta oldukları çeşitli yoksunluklar, mirastan ıskat,evlenme yasağı. tüzel kişinin kapatılması, faaliyetinin durdurulması, vs. gibi kişinin kendisinde etkisini gösteren zarar ve kötülüklerdir.

birini ötekine indirgedikleıinden, hukukun bugün kazanmış olduğu zenginliği giderilmektedir.

Bw1a karşılık, ceza ile idari cezalar arasında bir mahiyet farkı gören düşünceler, hukuk düzeninde, idari ceza, ceza ve ceza hukuku gerçeğini vurgulamalarına rağmen, temelde yanlış ve kesin ifadeler kullandıklarından sonunda bir çıkmazda bionektedirler. Bu çıkmaz, temelde, suç ile haksız fiiller, daha özel olarak idari haksiz fiiller arasında bir mahiyet farkı görerek bunlara uygulanan müeyyideleri birbirinden ayıt eoneye kalkışmaktan ileri gelmektedir.

Tüın çabalara rağmen, burada, gerçek olan, suç ile idari hak.sız fiiller arasında öze dokunan heıhangi bir mahiyet farkının bulunmamasıdır[427]. Bundan ötürü, en azından, genel kanaat, bugün, suç denen hukuka aykırı fiilin, aslında hak.sız bir fiilden başka bir şey olmadığı yolundadır. Gerçekten, bu düşüncelere göre; suçun, öteki haksız fiillerden farkını, fiilin mahiyetinde değil, ama müeyyidenin türünde aramak gerekir. Bu, suçu, idari haksiz fiilden, mahiyet farkına dayanarak, ayırt etmeye kalkışmaıun; cezayı, idari cezadan ayırt etmeye imkan vermemesi demektir.

Böylece, burada, bir yandan cezanın mahiyet bakımından idari cezalardan tam olarak ayırt edilemediği gerçeği kanıtlanırken, öte yandan suç ile idari haksız fiiller arasında bir mahiyet farkının bulunmadığı, ama bunların birbirinden her biiine uygulanan müeyyideden ötürü ayrıldıkları gerçeği kanıtlanmış olmaktadır. Öyleyse, cezayı, başkalarında olmayan, kendine özgü bir özelliğine dayanarak, idaıı cezalardan ayırt etmek gerekmektedir. Cezanın, kendine özgü bu özelliği kurumsallaşmasında gözetilen farklılıktır.

6. Ceza Müeyyidesi Diğer Müeyyidelerden Farklı Bir Biçimde Kunımsallaştınlmıştır

Tüm benzerliklerine rağmen, kanunulilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, ceza, hukuk düzeninde, kamusal nitelikli öteki cezalardan tamamen farklı bir biçimde müesseseleştirilmiş, kurumsallaştırılmıştır.

Cezanın idari cezalardan farkını bu noktada aramak gerekmektedir.

Cezanın kurumsallaştırılması demek; suç olan füllerin ve cezalarının neden ibaret olduğunun; cezanın kime veya kimlere, kim veya kimler tarafından naı;ıl, yani hangi usul ve esaslara göre verileceğinin; verilen cezanın kim veya kimler tarafından ve ne biçimde yerine getirileceğinin gösterilmesi demektir.

•-rı Antolisei, ManuaJe, PG., s. 124 vd.

Bu bağlamda olmak üzere, Anayasanın 38., Ceza Kanununun, 2. maddesi hükmü su'lann ve cezaların kanuniliğiesasını kabul etmiş; bunun !\omıcu olarnk, Kanun. Özel hükümlerinde suç oluşturan beşeri davranışları cezalarını göstererek tek tek tanımlamış ve cezalan 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52. maddcleıindc ismen belirlemiş, her bir cezanın yani yoksunluğw1neden ibaret olduğunu göstcıiniştir.

Öteyandan, kanunsuz ceza olmaz ilkesi,cezanınkime, kim veya l<lmler tarafından, nasıl hükmedileceğinin ayrıntılı olarak gösterilmesini zorunlu kılmı□tır. Bu, :argılaınasız ceza olmaz ilkesidir. Anayasa, 36, 37, 38. maddelerinde, yargılamasız ceza olmaz ilkesine yer venniş; 138. ve sonrası maddeleri hükmünde, "yargı" erkini düzenlemiştir. Böylece, yargılamasız ceza olmaz ilkesi, anayasal olarak J.aırumsallaşnuştır. Bunun sonucu olarak, 5271 s. CMK, ceza yargılamasını, usul ve esaslarınıayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Kaımnilik ilkesinin diğer bir sonucu, kanunsuz infaz olmaz ilkesidir. İlkenin gereği, 5275 sayılı C ve GTİI-IK ile yerine getirilmiştir. Kanun, ayrıntılı olarak, cezaların infazının usul ve esaslarını düzenlemiş bulunmaktadır. Hatta, hukuk düzenimizde, C ve GTİHK (m.104) ve 5402 sayılı Kanun ile, Denetimli serbestlik, Yardım ve Korwna kurumsallaştınlınıştır.

Kuşkusuz, tüm bu kuralsal-kurumsal yapı, cezayı, diğer cezalardan farklı kılmaktadır.

Gerçekten, ceza vermeye yetkili organ, adli kaza, ama doğrusu, cezai kaza organlarıdır. Bu organlar ceza verirken, bazı kurallara uyarak bazı işlemler yapmak ı.orundadırlar. Uyulması gereken bu kurallar toplamı, yani yapılması gereken kendine özgü işlemler, kendine özgü bir usule vücut vennektedir.Bu usul Ceza yargılaınasıdır.

Öyleyse, kamusal nitelikteki öteki cezalardan, ceza, kendisini uygulayan organ ve kendisiyle uygulandığı usul, ötekilerininkinden tamamen farklı olduğu içindir ki ayrılmaktadır. Bundan ötüıii, kamusal nitelikteki bir yoksunluğun, ceza olabilmesi için, onun sadece adli bir organ tarafından verilmiş olması yetmez, aynca kendisi ile uygulanan usulün, Ceza yargılaması usulü olması gerekmektedir. Bu, adlı organların, *"Ceza* Muhakemesi Kanununa" bağlı olmadan, verdikleri cezaların, hürriyeti bağlayıcı nitelikte de olsa, gerçek anlamda ceza olmadığı anlamına gelmektedir.

Böylece, cezayı, kamusal nitelikli öteki cezalardan ayırt etmeye elverişli bir kriter eldeedilmiş olmaktadır. Buna göre, kişinin kendisine veya mal varlıklarına verilen her kamusal zarar veya kötülük ceza değildir. Ceza hukuku anlan1mda, sadece, Ceza Kanunun yukarıda belirtilen hükümlerinde ismen muayyen olan, cezaı kaza organlarınca Ceza Muhakemesi Kanununa göre verilen ve yerine getirilmesi C ve GT1HK ile sağlanan kamusal zarar veya kötülük cezadır.

Öyleyse, ceza, ceza kanununu ihlal eden kimselere, Ceza Kanununca ismen belirlenmiş olan, kendine özgü bir usulle cezai kaza organlarınca verilen, ayrıca kendine özgü bir usulle yerine getiilmesi sağlanan kamusal bir zarar veya kötülüktür.

Cezanın medeni, idari diğer cezalardan yargılama ayırt edilmesini, ona mahsus yargılaımıası usul ve esasları sağlamaktadır. Böyle olunca, "Yargılamasız ceza olmaz" ilkesinin, istisnasının olmaınası gerekmektedir.

7. Önödeme, Uzlaşma Yargılamasız Ceza Olmaz İlkesinin Bir İstisnasını Oluşturmamaktadır

Cezanın, ender de olsa, kaıiunda öngöriilen bazı hallerde, yargılama yapılmaksızın verildiği görülmektedir. Gerçekten, Kaıiun; "Davanın ve Cezanın Düşürülmesi" nedenleri olarak, 73/8. maddede, Uzlaşma (CMK. m. 253-255); 75. maddede "Önödeme" kurumuna yer vermiştir.

Uzlaşma ve önödeme, vahim olmayaıı suçlarda kolaylık sağlamak anıacıyla ihdas edilmiş bir kurumdur[428]. Bu kurum, Ceza Kaıiununda mevcut ve ceza hukukuna ait bir suçu, idari bir suç; cezayı da, idari bir müeyyide haline getirmekte, dolayısıyla Ceza Kanununca "suçlu" sayılaıı bir kişiye "idare edilen" sıfatını vermektedir. Uzlaşma, önödeme; gerek mahiyet, gerekse hukuki sonuçlar bakımından, birbirinden farklı değildirler. Her ikisinde de, suçun failinin mahkeme önüne getirilmesi önlenmekte, ceza müeyyidesinin idari yoldaıı uygulaıiması sağlaıimaktadır. Bu demektir ki, gerek uzlaşma, gerekse önödeme, aralarında bazı farklar bulunmakla birlikte, hukuk düzenimizde, bazı cezaların adlı-idari yoldan uygulanmasına imkan veren kurumlardırlar[429].

Gerçekten, uzlaşma, önödeme, sulh olmaya benzese de, sulh olmadan ayn bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Hatta, önödemenin, aslında bir uzlaşma, bir sulh olma sayılmasının mümkün olmadığı da söylenmektedir[430]. Kaynağı ve açıklaması ne olursa olsun, gerçek odur ki, uzlaşma, önödeme, ne bir ceza verme usulüdür, ne de özel hukukta olduğu gibi bir uyuşmazlığın sulh yolu ile giderilmesidir. Uzlaşma, önödeme; ceza hukuku düzeninde, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesi ve bir cezanın peşin olarak infazı arasında ortalaına bir yer işgal etmekte; ceza kanununda, suç sayılarak kendisine ceza verilen bir fiili, sıradan idan bir suç ve öyleyse idari bir ceza haline getirmekte, dolayısıyla kanıu davasını bu yolla ortadan kaldırmaktadır[431].

---

[21] Ecem, Ceı.a Hukuku, II, s. 519.

[29] Gölcüklü, İdari Ceı.a Hukuku ve Anlamı, İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki,SBFD., XVIll, No. 2, s. 143.

[O] Erem, Ceı.a Hukuku, il, s. 519.

[31] Antolisei, Manuale, PG.,s. 568; Bett.iol, Diritto penale, s. 536; Rocco, L' Oggetto, s. 359; Zanobini,İdari müeyyideler, Çev. Y. Günal, Ankara 1964, s. 41

Ancak, bu yapılanım rağmen, uzlaşma, önödcme, ynrgılama.c;ız cc1.a olrruu lm.ralınm bir istisnasını oluşturmamaktadır.

Bir kere, uzlaşma, önödeıne, kamu davasının açılmasını mutlak . urcttc engellememektedir; çünkü kendisine bu yolla ceza verilen kimse; eğer isterse, ezayı yerine getirmeyerek (CK. m. 75/1,c, 2) veya uzlaşmayı kabul etmeyerek tC:MK., m. 253,4) kendisine isnat edilen suç hakkında, usulüne uygun bir yargılamanın yapılmasını ve yargılamanın bir hükümle son bulmasını sağlayabilir. Bu, ceza hukuku düzeninde, uzlaşma ve önödemenin kabul edilmiş olmasının, dolaylı olarak da ceza yargılaması yolunu kapamamış olması demektir.

Sonra, uzlaşma, önödeme yoluna gidilmekle, ceza, gerçek anlamda ceza olma kimliğini kaybetmekte, tamamen "adlı usuller" ile verilen idari bir cezaya dönüşmektedir. Dolayısıyla, bu dönüşüme bağlı olarak, suç, artık yerini idari bir suça, daha genel anlamda idarı bir haksız fiile bırakmaktadır. Başka bir deyişle, suç oluşturan hukuka aykırı bir fiil; uzlaşma, önödeme ile birlikte, esas olarak salt idari bir haksız fiile dönüşmekte; söz konusu dönüşüm, failin, fiilinin karşılığı adli para cezasını ödemeyi veya fiilinden doğmuş olan zararı tamamen veya kısmen gidermeyi kabul etmesi ile birlikte gerçekleşmektedir[432]. Bu demektir ki, yargılamasız ceza olmaz kuralı ihlal edilmeksizin, ceza hukuku düzeninde, bir ara yol olarak ortaya çıkan uzlaşma, önödeme yolu ile; hafif suçlarda, cezanın infazının doğurabileceği kişisel ve toplumsal olumsuzlukları gidermek; suçun doğurduğu zararı kısa yıldan ve en uygun biçimde ortadan kaldırmak; dolayısıyla mahkemelerin yükünü hafifletmek amacına matuf olarak, fiil suç olmaktan, cezası gerçek anlamda ceza olmaktan çıkarılmakta; suç idarı bir haksız fiile, ceza idari bir cezaya veya bir tür "idarı tazmine" dönüştürülmektedir.

il. GÜVENLİK TEDBİRİ

A. Genel olarak, B. Güvenlik tedbirlerinin ceza hukukunda yeri, amacı, ı□ç/evı: C.*Güvenlik tedbirlerinin niteliği, D. Güvenlik tedbirlerinin bir müeyyide tedbiri olup olmadığı tartışması, E. Güvenlik tedbirleri kazaı tedbirlerdir, 1. Güvenlik tedbirlerini bir tür ceıuı müeyyide sayan düşünceler,* 2. *Güvenlik tedbirlerini bir tür cezai*

---

[02] Antolisei, Manuale, PG., s. 568; Bettiol, Diritto penale, s536; Maggiore, Diritto penale, **1,** s. *nı;* Rocco, L' Oggetto, s. 360.

miiey)ide saymayaıı diişüıiceler, a. Giiveıi/ik tedbirleri idarı tedbirlerdir, b. Güvenlik tedbirleri yargılaması De\'letiıı kaz.af faaliyetidir, c. *Güvenlik tedbirleri maddi bakımdaıı idari şeklf bakmımdaıı kazaf tedbirlerdir.*

A. Gaıel Olaı-ak

Güvenlik tedbirleıi[4] doktıinde, cezanın karşıtı olarak, ceza yerine geçmek üzere oıtaya çıknuş; daha sonra, ceza hukuku düzeninde, kurallarına uyulmasını sağlayan tedbirler olarak, ceza müeyyidesi yanında, ancak ondan bağımsız olarak, aynca yer almıştır.

Bu durum, güvenlik tedbirlerinin, bir tür ceza, yani ceza müeyyidesi olup olmadığı, kazai nitelik taşıyıp taşımadığı taıtışmalannı gündeme getirmiş; böylece, ceza hula.ılamda, ihlale tepki olarak bir müeyyide cihazı yanında, ihlalle birlikte ortaya çıkan tehlikeliliği gideıme çaresi olarak güvenlik tedbiri cihazı oıtaya çıkmıştır. Buna, doktrinde, genel olarak ikili yol, ikili hat (dobbio binario) veya ikili tedbir sistemi denmektedir.

B. Güvenlik Tedbirlerinin Ceza Hukukunda Yeri, Amacı, İşlevi

Güvenlik tedbirleri, ceza hukukunda, cezanın verilemediği, uygulanamadığı; verilse, uygulansa bile yeni suçları önlemede yetersiz sayıldığı hallerde, geleneksel ceza sistemini tamamlayan hukuki himaye vasıtalarıdır.

Güvenlik tedbirlerinin, cezadan farksız olarak, kendisi ile belirlendiği amacı, toplumsal savunmadır. Gerçekten, kanun koyucu, ceza denen tedbirlerle olduğu kadar, güvenlik tedbiri denen tedbirlerle de, suçluluğa karşı toplumsal düzeni savunmayı amaçlamaktadır. O nedenle, bunlar, toplumsal bir savunma vasıtasıdırlar[434].

Güvenlik tedbirleri, özünde, cezadan farksız olarak, üzerinde tedbir uygulanan kişi bakımından bir kötülüktür, eziyettir, eza - cefa vermektir. Öyleyse, bunlar, katlanan, çeken için bir iyilik değildirler; tersine, bir yerde onların iyiliğine de olsa, bir kötülük teşkil etmektedirler. Gerçekten, güvenlik tedbirleri, kişinin hayatına son venne hariç, hukuki değerleri azaltma, bunlardan mahrum kılına, hukuki menfaatleri kısıtlama, yani niteliği ne olursa olsun, hukuki anlamda bir zarar veya kötülük biçiminde gerçekleşmektedir. O nedenle, bunlar, aslında eziyet verici, sıkıntı yaratıcı **tedbirlerdirler.**

---

[03] Guemeri, Misure di sicurezı.a, Novissimo digesto italiano, X, Torino 1964, s. 34; Caraccioli, I problemi generali delle misure di sicurezza, Milano 1970; Nuvolone, Misure di prcvenzione e misure di sicurezı:a,Enclopedia del diritto, XXVI, Milano 1976, s. 631; Musco, La misure di sicureu.a detentiva, Milano 1978.

[k] Rocco, Misure di sicurezı.a, s. 33.

Öte yandan, cezadan farksız olarak, güvenlik tedbirleri, cebı1, zorlayıcı himaye vasıtalandırhu-, yani muhatabı kişinin veya konusu şeyin zorlanması sureti ile gerçekleşmektedirler.

Ancak. cezadan farklı olarak, güvenlik tedbirleıi, manevi cebir, yani korkutma ile değil. fakat sadece fiziksel veya fizyolojik bir cebir ile; hiçbir zaman manevi veya fiziki toplumsal bir cebir veya zorlama ile değil, fakat her zaman bireysel- fiziki bir zorlama veya cebir ile gerçekleşmektedirler. O nedenle, hukuk düzeninde, güvenlik tedbirleıi, cezadan farklı olarak aynca bas□ma tedbiii değildirler, tersine salt önleme tedbiridirler. Öyleyse, önleme, bunların, özgül niteliğini teşkil etmektedir.

C. Güvenlik Tedbirinin Niteliği

Güvenlik tedbirleri, mutlaka, hem maddi, hem manevi bakımdan suç oluşturan bir fiilin, yahut sadece manevi bakımdan suç oluşturan bir fiilin işlenmesini gerektiren, dolayısıyla o fiili izleyen veya o fiilden sonra gelen tedbirlerdirler. Bundan ötürii, onlar, daiına işlenmiş olan belli bir suçun, gerek suçun mağduruna, gerekse topluma verdiği bir zarar veya tehlikeden sonra devreye giren tedbirlerdirler. Burada, zarar veya zarar tehlikesi, gerçek ve fiilidir; geçmişe ve hale ait bulunmaktadır. Kuşkusuz, güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür tehlikesinden, yani fiilin failinin gelecekte işleyebileceği tahmin edilen yeni suçların tehlikesinden önceki tedbirlerdir. Ancak, güvenlik tedbirlerinin suçta tekenür tehlikesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır,çünkü, burada, tehlike, gerçek ve fiili bir tehlike değil, mümkün ve muhtemel bir tehlikedir; dolayısıyla geçmişe ve hale ait bir tehlike değil, geleceğe ait bir tehlikedir. Gerçekten, böyle olunca, güvenlik tedbirleri, sadece toplumsal bakımdan tehlikeli olan kişilere uygulanan tedbirler olmal1adırlar, çünkü var olmaları nedeni, suç işleyen kişinin, suç işleyerek ertaya koyduğu tehlikelilik halidir. O nedenle, bu kişilerin, isnat yeteneğini haiz bulunup bulunmaması, cezalandınlabilir olup olmaması, söz konusu bu tedbirler bakımından, tedbirin türünü belirlemenin ötesinde, her hangi bir değer ifade etmemektedir.

Öyleyse, burada, güvenlik tedbirleri uygulanabilmesi zorunlu şart, failin; maddi ve manevi olarak veya sadece maddi olarak suç oluşturan, dolayısıyla failin tehlikeliliğinin arazı ve kanıtı olan bir fiili işlemiş olması; tabii, buna bağlı olarak, onun, toplum bakımdan tehlikeli sayılacak, yani suç oluşturan sadece mümkün değil, ama, aynı zamanda olası yeni fiilleri gelecekte işleyeceğine kanaat getirilen kişisel bir durumda veya statüde bulunmuş olması olmaktadır. Bu, Anayasanın, 2, 19., 38. ve CK'nun 2. maddesi karşısında, kazai olarak bir suç işlediği tespit edilmemiş hiç kimse hakkında, hiçbir ad ve maksatla güvenlik tedbirinin uygulanamaması demektir. Ancak, Kanunu, 20 / 2 ve 60. maddelerinde, tüzel kişiyi suçun faili saymamasına rağmen, başkası tarafından işlenmiş olan bir suçtan ötürü, hakkında güvenlik

tedbirlerinin uygulanabileceğini kabul etmiştir. Kuralın istisnası olarak göiiilen bu durum ileride taıtışılacaktır.

Öte yandan. güvenlik tedbirleri, devlet tarafından, bir fiil ile gerçekleştirilen himaye vasıtalarıdır. Ancak, bu fiil, suç teşkil eden bir fiilden sonraki bir fiil olmasına rağmen, asla o fule verilen bir cevap, bir karşılık, bir tepki değildir; çünkü, suç teşkil eden fiille, kim nasıl nitelendirirse nitelendirsin, nedensel veya isnadı herhangi bir ilişki içinde bulunmaınalı..'tadır.Güvenlik tedbirlerinin ilişkili olduğu şey, suç oluşturan fiilin failinin, suç işleyerek içine düştüğü kişisel durum, kazandığı statüdür. Burada, işlenen suçun, failin tehlikeliliğinin arazı, kanıtı olduğu doğıudur; ancak, doğru olan b□ıtl<a bir şey, işlenen suçun, var olma nedenini suçlunun tehlikeli olma halinde bulan güvenlik tedbirlerinin, uygulanmalarına bir neden değil, sadece bir fırsat, bir vesile teşkil etmesidir; çünlii tehlikelilik hali, geleceğe ait mümkün ve muhtemel bir tehlike, buna karşılık, gerçekleşmiş olan suç, geçmişe, hiç olmazsa, hale ait fiili bir zarar veya tehlikedir. Bu, güvenlik tedbirlerinin, ceza hukuku düzenindeki işlevinin, sadece geleceğe ait müml.iin veya muhtemel bir tehlikeyi engelleme, açıkçası önleme olması demektir.O halde,bu tedbirler; suçun, açıkçası ihlalin, isnadı veya nedensel bir sonucu olan veya böyle kabul edilen himaye tedbirleri değildirler; uygulanabilmeleri için suçun sadece bir fırsat veya bir vesile teşkil ettiği, suçtan sonraki himaye tedbirleridirler. Bundan ötürüdür ki, güvenlik tedbirleri, suçla, ihlalle değil;sadece, var olmaları nedeni olan suçlunun tehlikelilik hali ile bağıntılıdır, dolayısıyla bu halle, orantılı ve uygun olmak zorundadır.

Söz konusu bu bağıntıdan, aşağıdaki sonuçlar ortaya çıkmaktadır:

- Cezaların türünü, sürelerini ve yerine getirilmeleri usul ve esasını somut olarak suç ve suçlunun kusuru, kusurunun yoğunluğu belirlerken; güvenlik tedbirlerininkini,suçlunun tehlikeliliğinin vahameti belirlemektedir. O nedenle, bu tedbirler, cezalara oranla, gerek türleri, gerek süreleri, gerekse icra esas ve usulleri bakımından daha esnek tedbirlerdirler[435]. Hata, denmektedir ki, güvenlik tedbirlerinde, "müddeti önceden belli olmayan hüküm" usulü uygulanmalıdır[436].
- Cezalar sadece isnat yeteneğini haiz olanlara uygulanabilirken; güvenlik tedbirleri, isnat yeteneğini hem haiz olanlara, hem de haiz olmayanlara uygulanabilmektedir; çünkü bunlar bakımından önemli olan, isnat yeteneğinin olması veya olmaması değildir, ama sadece failde "tehlikelilik halinin" olması veya olmamasıdır.

,ıs **Antolisei, Manuale, PG., s. 584.**

•• Dönmezer-Ennan,Ceza Hukuku il, s. 614.

Gerçekten, güvenlik tedbirleri, gerçekleşmiş olan bir kötillilkten sonraki tedbirler olmakla birlikte, kötülüğün karşılığı bir kötülükten ibaret olmayan; ama, sadece bir kötülük veya zarardan ve kötülükten sonraki bir kötülükten ibaret olan himaye tedbirleridirler. Başka bir deyişle, güvenlik tedbirleri, bir suç işlendiği için değjl; ama, tersine, bir suç işlendikten sonra uygulanan tedbirlerdir. Bir suç işlendikten sonra olmakla birlikte, bunlar, suçların işlenmemesi için uygulanmaktadırlar. Açıkçası, güttükleri amaç, suçların asla islenmemesi olmamakta, artık işlenmemesi olmaktadır. Bu, güvenlik tedbirlerinin amacının, ilk suçun önlenmesi değil, ama, sadece, suçta tekerrürün önlenmesi olmaktadır. Esasen, bunlar, bir kötülük nedeni ile değil; ama, sadece bir kötülük dolayısı ile uygulandıklarından, ödetici herhangi bir karaktere sahip bulunmamaktadırlar; öyleyse, bir ceza değildirler. Bundan ötürüdür ki, bu tedbirler, hukuk düzeninde, ne "ödetici adaleti", ne de "dağıtıcı adaleti" sağlayan vasıtalardır. Gerçekten, onlar, ceza hukuku düzeninde, bir kötülükten sonra uygulanmakla birlikte, bizzat o kötülük nedeni ile uygulanmadıklarından, suçluluğun toplumsal tedavi vasıtası olmamakta; suçluluktan toplumsal korunma vasıtası olmaktadırlar[437].

Suçluluktan toplumsal korunma vasıtası olarak, güvenlik tedbirlerinin amacı, ne onarma, ne de öç almadır; ama, sadece, toplumu savunmadır. Savunma, halen mevcut, güncel, gerçekleşmesi yakın bir tehlikeye karşı değildir; tersine, gerçekleşmesi henüz uzak, gelecekteki bir tehlikeye karşıdır. O nedenle, güvenlik tedbirleri, ceza hukukunda, bastırıcı vasıtalar olmamakta; ama, sadece önleyici savuma vasıtaları olmaktadırlar. Burada, savunma, ilk işlenen suçun tehlikesine karşı bir savunma değildir, suçta tekerrür tehlikesine karşı bir savunmadır. Ancak, söz konusu savunma, herhangi bir kimse tarafından işlenen bir suçun veya tekerrür eden suçların tehlikesine karşı bir savunma değildir; sadece, suçun bizzat faili tarafından işlenebilecek yeni suçların tehlikesine karşı bir savunmadır[438]. Gerçekten, güvenlik tedbirleri, suçun sonuçlarının ve etkilerinin kendileri ile giderildiği himaye tedbirleri değildirler. Tersine, bunlar, suçun, doğrudan veya dolaylı, vasıtalı veya vasıtasız nedenlerinin, kendileri ile giderildiği himaye tedbirleridirler. Bu nedenler, doğrudan yahut dolaylı, vasıtalı yahut vasıtasız, geçmişteki yahut gelecekteki nedenlerdir. Bunlar, kişiye veya şeye ait, ahlakı veya fizikı, doğal yahut beşeri nedenlerdir. Gene, onlar, fizyolojik yahut psikolojik, bilinçli veya bilinçsiz, iradi yahut iradi olmayan, bireysel yahut toplumsal nedenler olabilmektedirler. Ancak,

---

[01] Rocco, Misure di sicurezza, s. 36; Grispigni, Diritto penale, s. 141; Antolisei, Manuale, PG., s. 583; Petrocelli, La pericolosita' crrirninale, Padova 1940, s. 241,281.

[431] Rocco, Misure di sicurezze, s.37; Antolisei, Manuale, PG., s.585.

söz konusu nedenler, toplumsal bir olgu olarak, açıkçası belli bir toplumda, belli bir tarihj dönemde işlenen suçların bütünü olarak anlaşılan suçluluğun ortak ve genel nedenleri değildirler; tersine tekil her bir suçun, o suça özgü nedenleridir. Bundan dolayıdır ki, bu nedenler, suçun faili olmayan herkesin gelecekte olması olası suçlarıiun nedenleri olmamakta; ama, bir kişinin, açıkçası bizzat suçun frulinin, gerçekleşmiş olan ve gelecekte gerçekleşmesi olası olan suçlarının nedenleri **olmal'tadır**[439].

İşte bu yapısal özelliklerinden ötürü, güvenlik tedbirleri, suçu sağlayan psikolojik nedenleri ortadan kaldırarak görev yapan hlmaye tedbirleridirler, yani suçluluk bakımından tehlikeli olan psikolojik zorunluluk hallerinden, psikolojik kurtanna vasıtalarıdırlar. Böyle olunca, güvenlik tedbirleri, kurtarma görevlerinj, suçluyu suç işlemeye iten saikleri ortadan kaldırarak, suçlunun karakterini yeni bir biçime sokarak yapmaktadırlar. Öyleyse, güvenlik tedbirleri, ceza hukuku düzeninde, psikolojik kurtarma vasıtasıdırlar.

Gerçekten, güvenlik tedbirleri, psikolojik zorlama, korkutma vasıtası değildirler; elbette, böyle olmaları, olası da değildir; çünkü, hiçbir zaman, görevlerini, anti-kriminel saiklerle, yani kendilerinin kötülüğü korkusundan gelen bir sruke dayalı olarak yapmamaktadırlar. Başka bir deyişle, güvenlik tedbirleri, ihlal esasına değil, tehlikelilik esasına dayandıklarından, dolayısıyla ihlalin istenmeyen kötü sonuçlarının gösterilmesine dayanan bir korkutma teşkil etmediklerinden, psikolojik zorlama, cebir değil; ama, sadece, psikolojik kurtarma vasıtasıdırlar[440].

Öte yandan, güvenlik tedbirleri, toplumsal yarar, toplumsal çıkar, toplumsal siyaset tedbirleri olduğu içindir ki, hiçbir zaman, suç oluşturan fiilin ve suçun failinin kınanması veya ahlaken ayıplanması hükmünü şart koşmamaktadırlar. O nedenle, bunlar, aksi de söylenmekle birlikte[441],ahlaki karakter ve etik değerden yoksun tedbirlerdirler[442].

Özetlersek, güvenlik tedbirleri, bazı ortak yönlerinin olmasına rağmen, cezalardan tamamen farklı tedbirlerdir. Bunlar, sadece önleme tedbirleridirler. Önleme, bunların, özgül niteliğidir. Bunlarla, bir kez suç işleyerek tehlikeliliğini ortaya koymuş kişinin, iyileştirilmesi, eğitilmesi, tehlikeli kişiliğinden arındırılması, bulunduğu krimınojen ortamdan kurtarılması amaçlanmaktadır.

---

[439] Rocco, Misuredi sicurezze, s. 37.

[440] Rocco, Misure di sicurezze, s. 38; Pctroccllı, La pcricolosita', s. 272.

[441] Bettiol, Dirittopcnale, s. 567.

[442] Rocco, Misure di sicurezze,s. 38.

D. Güvenlik Tedbirlerinin Bir Tür Müeyyide Tedbiri Olup OlmadığJ Tartışması.

Güvenlik tedbirlerinin ceza veya bir tür ceza olmaması, onların, ceza hukuku düzeninde ne oldukları tartışmasını doğurmaktadır. Bu, bizi, ceza hukukunda, güvenlik tedbirlerinin hukuki' mahiyetinin ne olduğu sorununa götürmektedir.

Güvenlik tedbirleıinin hukuki' mahiyetinin ne olduğu sorunu; bunların; ceza müeyyidesi yanında, ceza hukuku düzeninde, başka bir müeyyide cihazının bulunup bulunmadığı, böyle bir şey yoksa, ne olduklarının araştırılması sorunudur.

Konu doktrinde tartışmalıdır. Bunları ceza müeyyidesi değil ama bir tür müeyyide sayanlar yanında, müeyyide saymayanların bulunması, sorunun çözümünü zorlaştırmaktadır. Tartışmaların düğüm noktasında, hukukta, hükümsüzlük kavramı yanında müeyyide kavramına verilen anlam yatmaktadır:

Carnelutti; hukuk kurallanna uymayı sağlayan tedbirler arasında güvenlik tedbirlerinin yerini belirlemeye çalışırken; bu tedbirleri ceza tedbirleri kategorisi içirıe sokmakta; ancak, cezadan farklı olarak, bunların, bastırma değil, salt önleme tedbiri olduklarını, ama, nitelikleri bakımından cebri tedbirler oldukları için de, müeyyide sayılmaları gerektiğini ileri sürmekte; dolayısıyla, bastırma tedbirleri kadar, salt önleme tedbirlerinin de, müeyyide olduğu sonucuna varrnaktadır[443]. Göıüldüğü üzere, Carnelutti, güvenlik tedbirlerinin müeyyide olduğu sonucuna bunların "cebri tedbirler" olduğu noktasından hareketle varmaktadır.

Bu düşünce eleştirilmiştir. Gerçekten, güvenlik tedbirlerinirı cebri tedbirler olduğu doğrudur. Ancak, cebrilik niteliğine sahip olmaları, onların, mutlaka müeyyide olmaları sonucunu doğurmamaktadır. Bir kere, neyin müeyyide olduğunu belirleyen unsur, "cebir fikri" değil, "ihlal fikri" dir. O nedenle, müeyyide, ihlale verilen bir cevap, ihlale karşı bir tepki olarak tanımlanmaktadır. Bu, ihlalle tepki arasında, isnadı veya kiminin ifadesi ile nedensel bir bağın bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Güvenlik tedbirleri ile ihlal arasında bu anlamda bir bağıntı bulunmamaktadır; çünkü bu tedbirler, bizzat ihlal fiili ile değil, ama, ihlalin sadece vesile teşkil ettiği ihlalden sonraki bir durumla, yani fiilin faili kişinin tehlikelilik hali ile bağıntılıdır. Bu nedenle, güvenlik tedbirleri, ihlal fiilinin isnadı veya nedensel bir sonucu değildir. Evet, suç, tehlikelilik halinin bir belirtisidir; fakat tehlikelilik halinin belirtisi olmaktan dolayı, güvenlik tedbirlerinirı uygulanmasının nedeni değildir, sadece zorunlu ön şartıdır. Sonra, ister müeyyide olsun, isterse olmasın, sadece güvenlik tedbirleri değil, ama

---

.,, Carnelutti, Teoria generale, s. 30.

hukuk kurallarına uymayı sağlayan tedbirlerin birçoğu, sonunda bir zorlama, bir cebir ile gerçekleşmektedir. Henüz hiçbir suç işlemediği halde, toplum hayatı için tehlikeli olan bir akıl hastasıun akıl hastanesine kapatılmasının ve daha özel olarak hayat kadınlarının zorla sağlık muayenesinden geçirilmelerinin, cebren tedaviye alınmalanıun ve tecride tabi tutulmalarının, ne bir tedbir olmadığı, ne de cebri olmadığı ileri sürülebilir (Ay., m. 19; PVSK., m. 2; Fuhuşla Mücadele Nizamnamesi, m. 42).

Öte yandan, güvenlik tedbirleri, manevi cebir şeklinde değil, sadece fiziki veya fizyolojik bir cebir biçiminde gerçekleşmektedir. Korkutma, yani manevi cebir, müeyyidenin ihlalden önceki anı veya evresi ile bağıntılıdır ve ihlalden sonraki an veya evre ile bir bütün teşkil etmektedir. Tabii, böylesi bir yapı, güvenlik tedbirleri bakımından söz konusu değildir, çünkü bu tedbirler ihlal esasına göre değil, tehlikelilik esasına göre dizayn edilmişlerdir. Bu yüzden, güvenlik tedbirleri, ihlalırı istenmeyen sonuçlarının gösterilmesi sureti ile bir korkutma, yani bir manevi cebir oluşturmamaktadır. Öyleyse, güvenlik tedbirleri, salt önleme tedbiridirler; ne ceza müeyyidesi, ne bir tür ceza müeyyidesi, ne de onarma veya ödetme esasına dayalı diğer bir müeyyide tedbiridirler.

Güvenlik tedbirlerini müeyyide sayan diğer bir düşünce, bu sonuca, ihlalle bu tedbirler arasında kendisinin varsaydığı bir bağdan hareketle varmaktadır: Güvenlik tedbirleri müeyyidedir, çünkü, kural olarak, hukuk düzeninin kuralları ile zıtlaşan bir fiili gerçekleştirmekte, dolayısıyla bizzat fiile, bir cevap, bir tepki oluşturmaktadırlar denmektedir. Aynca, güvenlik tedbirlerinin, bastırma işlevine sahip olan cezadan farklı olarak, salt önleme işlevine sahip olmaları, kendilerine hukuki müeyyide niteliği verilmesine bir engel oluşturmaması gerektiği iddia edilmektedir[444]. Ancak, açıklamalar, güvenlik tedbirlerinin, ihlal fiiline bir cevap, bir tepki olduğunu kanıtlamada yetersiz kalmaktadırlar, çünkü, burada, ihlalle ihlale tepki arasında isnadı veya nedensel bir bağıntının varlığı ortaya koyulamamıştır. Gerçekten, ihlal fiili, güvenlik tedbirlerinin varlık nedeni olan tehlikelilik halinin bir işareti, bir aracıdır; ancak söz konusu bu fiil, bu tedbirlerin isnadı veya nedensel bir nedeni değildir. Demek ki, burada, bir fiil, bu fiilin varlığına kanıt oluşturduğu bir durum ile karşı karşıya bulunulmaktadır.Güvenlik tedbirleri, iddia edilenin tersine, bu fiille değil, ama bu durumla bağıntılı bulunmaktadır. O nedenle, bu tedbirler, uygulanabilmeleri için mutlaka bir ihlali gerektirmekle birlikte, ihlalin isnadi veya nedensel bir sonucu olmadıklarından, ileri süriilenin aksine, ihlale bir cevap, bir tepki teşkil

[444] Antolisei, Manuale, PG., s. 586.

etmemek.'tedirler. Bu, Ceza hukuku düzeninde, güvenlik tedbirlerinin, müeyyide olmaması demektir.

Bir kısım doktlin, huhıka aykırılıktan yola çıkarak, ceza ve güvenlik tedbirleri arasında ortak bir nokta bulmaya çalışmakta, ona dayanarak da, bu tedbirlerin ihlale bir tepki teşkil ettiği, öyleyse müeyyide olduğu sonucuna varmaktadır. Gerçekten, bu düşüncede, gerek ceza, gerekse güvenlik tedbirleri, kökenini, objektif biçimde anlaşılan hınaıka aykırılık kavramında bulmaktadır. Burada, hukuka aykırılık, bazen ceza, bazen tedbirle suça tepkiyi açıklayan bir esas olmaktadır. Bu düşüncede olanlar, nom1a aykırı bir davranışta bulunmanın isnat yeteneğini haiz olmayanlara da atfedilebileceğini; hukukun, bu aykırılığı, sübjektif anda olduğu kadar objektif anda da değerlendirebileceğini; dolayısıyla isnadiyetin bu sonuncu nokta ile bağıntılı olduğunu ve isnat edilebilirlik anında sübjektif durumun farklı bir değerlendirmesinin ya cezanın ya da güvenlik tedbirinin uygulanabilmesine yer verebileceğini ileri sürmekte; buradan hareketle de, bu tedbirlerin, müeyyide olduğu sonucuna varmaktadırlar[445]. Ancak, düşünce, tutarlı değildir. Bir kere, hukuka aykınlık kavramı, nasıl anlaşılırsa anlaşılsın, güvenlik tedbirlerini değil, hukuka uygunluk nedenlerini açıklamak için ortaya atılmışın. O nedenle, hukuka aykırılığın objektif anlayışından hareketle güvenlik tedbirlerinin ne olduğunu açıklamak pek mümkün gözükmemektedir. Sonra, hukuka aykınlığın objektif anlayışı, ister isnat edilebilir olsun ister olmasın, failin bir fiili ile ilgilidir; fakat failin fiilinin vesile olduğu kişisel bir durumla, yani failin tehlikeliliği ile ilgili değildir. Elbette, tehlikelilik hali, yahut toplumsal tehlikelilik, geniş anlamda hukukla çelişme kavramı içine sokulabilir; ancak, teknik anlamda, hukuka aykırılık kavramı içine sokulamaz. Gerçekten, kuralın ister emretme ister değerlendirme işlevi söz konusu olsun, hukuka aykırılığın esası olan □ralla çatışma veya hükme aykırılık, tehlikelilik halinde gerçekleşememektedir. Öyleyse, hukuka aykınlığın objektif anlayışından hareketle, güvenlik tedbirlerinin ne olduğu açıklanamarnaktadır[416].

Kişinin tehlikelilik halinin hukuka aykın bir durum olduğu noktasından hareket eden kimi yazar; ceza hukuku düzeninde, tehlikeli olmamayı emreden bir kuralın var olduğunu varsayarak; kuralın ihlalinin bir tepkiyi davet ettiği; tepkinin güvenlik tedbirleri olduğu; dolayısıyla, bu tedbirlerin, müeyyide sayılması gerektiği sonucuna varmaktadır[447]. Düşünce tutarlı değildir. Gerçekten, ceza hukuku düzeninde, müeyyidesiz normlar olmakla birlikte, suç ve ceza koymak söz konusu olduğunda, hüküm ve müeyyideden oluşmamış cezalandırıcı, yani tercim edici bir nonnun

---

[5] Messina, Antigiuridicita', s. 54.

w; Bettiol, Diritto penale, s. 565.

"' De Marsico, Natura e scopi delle misure di sicurezza, Riv. di dir. penitenziario, Roma 1935, s.126.

varlığını iddia etmek mantıksal bir çelişkidir; çünkü salt hükümden ibaret olan tercim edici bir norm havada bir normdur, her türlü destekten yoksundur. Böyle olunca, güvenlik tedbirleıinin suç vesilesi ile uygulanmasına bakarak, bizzat suça bir cevap olabileceğine hükmedilmemelidir. Esasen bir şey, suç ile tedbir arasındaki maddi' irtibat olgusudur; öteki şey, onun suçtan türemesidir. Güvenlik tedbirleri, mantıken, suçtan değil, tehlikelilikten kaynaklanmaktadır. Ceza hukuku düzeninde tehlikeli olmamayı emreden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. O nedenle, ortada ihlal edilebilecek herhangi bir hüküm bulunmadığından, güvenlik tedbirleri, hiçbir biçimde ihlale bir tepki teşkil etmezler, dolayısıyla bir müeyyide de sayılmazlar. Gerçekten, güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını buyuran emir; kişiye, tehlikeli olmamasını emretmek biçiminde yönelmemekte; fakat, mevcut somut verilere göre, toplumsal bakımdan tehlikeli olan o kişiye, bir güvenlik tedbirinin uygulanması için, görevi bu olan kamu organına yönelmektedir. Bu demektir ki, tehlikelilik açısından da bakılsa, güvenlik tedbirleri, bir tür müeyyide sayılamazlar; çünkü, ceza hukuku düzeninde "tehlikeli olmamayı" emreden birinci dereceden bir ceza normu mevcut değildir ve ayrıca, hukukun istemediği bir durum olmakla birlikte, tehlikelilik hali, ne bir ihlal ne de hukuka bir aykırılık oluşturmaktadır[448].

Bu açıklığa rağmen, güvenlik tedbirleri hakkındaki tartışmalar, sürmeye devam edecektir.

Ancak, görüldüğü üzere, birçok yönden ceza ile benzerlik gösterse bile, güvenlik tedbirleri, bir ceza müeyyidesi veya bir tür bir ceza müeyyidesi değildirler. Nasıl düzenlemiş olursa olsunlar, bunlar, mahiyetlerinin gereği olarak, salt önleme tedbiridirler.

Buradan, kendine özgü bu tedbirlerin, idari tedbirler mi, yoksa kazaı tedbirler mi olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır.

E. Güvenlik Tedbirleri Kazai Tedbirlerdir

Güvenlik tedbirlerinin idari tedbirlerden mi, yoksa kazaı tedbirlerden mi olduğu tartışması, bunları cezai bir tür müeyyide sayan ve bu nitelikte bir müeyyide saymayan düşünceler arasında halen süregelmektedir.

Güvenlik tedbirlerini cezai bir tür müeyyide saymayan düşünceler arasında da birlik yoktur.

Bu durum, tartışmayı sürdürmeyi gerektirmektedir.

---

[448] Beuiol, Diritto penale, s.564; Petrocelli, Pericolosita', s. 272.

1. Güvenlik Tedbirlerini Bir Tür Cezai Müeyyide Sayan Dü.şüncclcr

Aralarında yaklaşım farkı olmakla birlikte, güvenlik tedbirlerini müeyyide sayan. dolayısıyla bu noktad,m hareketle ceza hukuku düzeninde tek bir müeyyide sistemi bulW1duğu sonucuna varan düşünceler, bu tedbirleri, sırr bir tür müeyyide oldukları için, kazaı tedbirler saymaktadırlar[449].

Kuşkusuz. bu düşünce, geçerliliğini, temelindeki düşüncenin geçerliliğinden almaktadır. Güvenlik tedbirleri müeyyide tedbiri değildirler. Burada, temeldeki düşünce tutarlı olmadığından, sonuçta aynı şey de söylense, çıkarım tutarlı olmamaktadır.

2. Güvenlik Tedbirlerini Bir Tür Cezai Müeyyide Saymayan Dü.5ünceler

Güvenlik tedbirlerinin müeyyide saymayan düşünceler arasında bir birlik yoktur. Gerçekten, kimi bu tedbirlerin idari tedbirler olduğunu ileri sürerken; kimi, bunların, maddi bakımdan idari tedbirler olmalarına rağmen, yargılama usul ve esaslan bakınundan kazın tedbirler olduğunu ileri sünnektedir.

a. Güvenlik Tedbirleri İdari Tedbirlerdir

Güvenlik tedbirlerini sadece önleme tedbiri olarak gören, dolayısıyla bir müeyyide saymayan Rocco, bunların, kanunla konulmuş olsalar ve kazaı usullerle hükmedilseler bile, gerek maddı, gerekse şekli bakımdan, salt idari tedbirler olduğunu ileri sürmektedir. Rocco, Hukuki müeyyideleri, birbirirıi izleyen üç evrenin belirlediğini ileri sürmektedir. Bunlar; sırasıyla, müeyyideyi kanunlaştuma, yani müeyyidenin tehdit evresi; yargılama, yani müeyyideyi uygulama evresi; kanunla konulup yargılama ile hükmedilen müeyyidenin idarece yerine getirilmesi evresidir. Güvenlik tedbirleri, müeyyidenin özgül niteliğini oluşturan bu üç evreye yabancıdır. Bunlar, biçim olarak, bir yasama işlemi ile belirlenmiş, hatta haklın tarafından uygulanıyor olsalar bile, her zaman, devletin idari bir faaliyetinin yerine getirilmesinden ibaret bulunmaktadırlar. Öyleyse, önleyici hukuki himaye vasıtası olarak güvenlik tedbirleri, idari bir işlevin veya faaliyetin açıkçası polisin veya genel güvenlik polisinin idari bir □!evinin veya faaliyetinin yerine getirilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Bundan ötürü, bu faaliyeti yapmakla görevli organların, yani bunları yapmaya çağnhm süjelerin, teşrıı veya kazai niteliği, maddi bakımdan idari bir faaliyet olan, açıkçası genel güvenlik polisinin işlevini oluşturan idari faaliyetin nesnel mahiyetini değiştirmemesi gerekmektedir. Bu, güvenlik tedbirlerinin, kanunla konsalar, cezai

v.. De Marsico, Natura.., s.126 ; 1D., Codicc penale illusıraıo, Miluno 1934, l, s,854; Gucrncri,Misurc di sicurezza, s. 784; Antolisci, Manualc, s. 586; Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1974, s. 88, 633;1D., Bugünkü Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri, İHFM., 1947, 11. Böl., s. 1339.

kaza organlarının hüküm veya kararlarının konusunu oluşturan hüküm veya karar biçimini alsalar bile, maddı bakımdan daima idari işlem olmaları, dolayısıyla idari tedbirler olarak kalmaları demektir. Esasen, bu tedbirleri koyan kanunlar, sadece şeklı bakımdan kaı1w1durlar; konusunu oluşturdukları hükümler veya kararlar, sadece şeklı bakımdan hüküm veya karardırlar. Böyle olunca, cezai kaza organlarınca verilen ve bir güvenlilç tedbirinin uygulaıllllasını kapsayan bir hüküm, maddi bakımdan kazaı bir karar olmaınakta, sadece idari bir işlem veya emir olmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, Rocco, devletin, kazaı faaliyetleri alanına giren "Bastırıcı bir ceza hukuku" düzeni yanında, idari faaliyetleri alanına giren "Önleyici bir ceza hukuku" düzeninin bulunduğunu kabul etmektedir[450].

Bazı eleştirilere rağmen, Rocco'nun düşüncesi, doktrinde etkili olmuştur. Ancak, bu düşünceden hareketle, kimi güvenlik tedbirlerinin hem maddi hem de şekli bakımdan idari tedbirler olduğu sonucuna varırken[451], kimi bu tedbirlerin maddi bakımdan idari, şekli bakımdan kazaı tedbirler olduğu sonucuna varmaktadır.

Bu demektir ki, aynı noktadan hareket, mutlaka aynı sonuca varmayı gerektirmemektedir. Bunun nedeni, "kaza" kavramının, doktrinde, genelde farklı biçimlerde anlaşılmasıdır.

Gerçekten, bir anlayışta, kaza kavramından, haklar arasındaki bir uyuşmazlığı hukuka uygun olarak çözme iktidarı anlaşılmaktadır[452]. Bu iktidar, ceza yargılamasında, sadece suçla bağıntılı olarak gerçekleşmektedir;çünkü suç, bir yandan devletin "cezalandırma hakkının" dayanağını teşkil ederken, öte yandan sanığın "hürriyet hakkının" dayanağını tekil etmektedir. Böyle bir durum, ceza yargılamasına tabi olsa da, güvenlik tedbirleri bakımından ortaya çıkmamaktadır. Açıkçası, kendileri *ile* güvenlik tedbirleri uygulanan faaliyetlerde, devletin bu iktidarı gerçekleşmemektedir. devlet, burada, bir hakkının bulunduğunu doğrulamaya gerek olmaksızın, ortak değerler yararına, güvenlik tedbirleri uygulama yetkisine sahiptir. Devletin söz konusu bu yetkisinin kaynağı, suç değil, suç vesilesi ile ortaya çıkan t.ehlikelilik halidir. Tehlikeli kimsenin devletin bu yetkisi karşısındaki durumu, karşılıklı haklar ve yükümlülükler söz konusu olmadan, hukuki değerler alanının kısıtlanmasına sadece boyun eğme anlamında, salt bir tabi olmadan ibarettir. Bu, kendileri ile güvenlik tedbirleri uygulanan faaliyetlerin, özünde haklar arasında olan bir uyuşmazlığı hukuka uygun olarak çözmekle ilgili olmadıklarından, Devletin kazai faaliyetinden sayılmaması demektir. O nedenle, kendilerine, ister ceza hukuku

"° Rocco, Misure di sicurezza, s. 39.

,sı Bettiol, Diritto penale, s. 566; Petrocelli, La pericolosita', s. 309; Grispigni, Diritto penale,s. 141.

,sı Leone, Istituzioni eli diritto processuale penale, ll, Napoli 1965, s. 118.

düzeninde yer veıilsin, isterse hükmedilmeleri bakımından cezai kaza usullerine tabi olsun, güvenlik tedbirleıi; hem maddı, hem de şeklı bakımdan idaıi tedbirlerdir.

b. Güvenlik Tedbiri Yargılaması Devletin Kazai Faaliyetidir

Kaza kavranunı yukandaki biçimde algılamak, bizi, mutlaka o sonucu kabule zorlamamaktadır. Kaza kavranundan haklar arasındaki uyuşmazlığı hukuka uygun olarak çözme iktidarım anlamakla birlikte; Leone, kendileri ile güvenlik tedbirlerinin uygulandığı faaliyetleri, açıkçası güvenlik tedbiri yargılamasını devletin *kazaı* faaliyetinden saymaktadır. Gerçekten, bir kurumun kazaıliği sorunu, o kurumun, maddi niteliği veya maddı görünümü bakımından değil; fakat, sadece, usul evresi bakımından ortaya konmaktadır. Bu nedenledir ki, "ceza kazai niteliğe sahiptir" denemez ve denmemelidir, tersine "ceza yargılaması kazaı niteliğe sahiptir" denebilir ve denmelidir.

Böylece, Leone, müeyyide saymadığı güvenlik tedbirlerinin maddi niteliğinden, onların uygulanma usulünü kesinlikle ayırt etmekte; sonunda, güvenlik tedbirlerinin değil, ama bağlandığı esaslar bakımından, güvenlik tedbiri yargılamasının, kazai niteliğe sahip olduğu sonucuna varmaktadır.

Leone, bu sonuca varırken, öncelikle güvenlik tedbiri yargılamasının konusunu incelemektedir: güvenlik tedbiri yargılamasının konusu, çifte bir tespittir. Bu, suç oluşturan bir fiilin işlenmiş olduğunun tespiti ile tehlikeliliğin tespitidir. Bu iki evre, esasen, birbirine paralel olarak, üzerinde ceza yargılamasının cereyan ettiği çifte bir tespiti hasıl etmektedir. Üzerinde ceza yargılamasının cereyan ettiği bu tespit, suç oluşturan bir fiilin işlenmiş olduğunun ve cezaı sorumluluğunun tespitidir. Birinci tespit, tamamen ceza davasının konusunu oluşturan "suç ihbarı"nın içeriği ile çakışmaktadır. Bundan dolayı, bir suçun işlenmiş olduğunun tespitine ilişkin faaliyetle, aynı zamanda dar anlamda ceza yargılamasının, yani ceza davasının konusu ile belirgin ayniyet yüzünden, ceza yargılaması faaliyeti içersine girmektedir.İkinci tespit, tehlikeliliğin veya tehlikelilik halinin tespitidir.Bu tespitin esasının ne olduğunu belirlemede, güvenlik tedbirleri kurumunun maddi ve şekli görünümü arasındaki net ayırımdan hareket eden geçerli bir inşa imkanı ince elenip sık dokunmaktadır. Halbuki güvenlik tedbirlerinin müeyyide olmaması, tehlikeliliğin tespitine ve güvenlik tedbirinin uygulanmasına yönelik usule ilişkin incelemenin, devletin güvenlik tedbiri uygulama hakkı ile hakkında tedbir uygulanan kimsenin hürriyet hakkı arasında bir uyuşmazlığın sınınnı çizmesini maskelememektedir. Güvenlik tedbirlerinin hatta hakkında tedbir uygulanan kişi yararına konulmuş olan tedbirler olarak görülmesi, hiçbir zaman, suçla mücadele politikasının amaçsal kesitinin uygulama usulünün

gerçekçi anlayışına karıştırılmasına vardırılmamalıdır.Açıkçası, tehlikelilik hali tespit edilmediği ve bu tespitten sonra güvenlik tedbirinin uygulanması soıunu, yani hangi tedbirin ne süre ile uygulanacağı meselesi çözülmediği sürece, güvenlik tedbiıi altına konulacak kimse, daima uygulanması mümkün olmayan veya tehlikelilikle orantılı bulwımayan tedbirin uygulamnasına katlanmama hakkında somutlaşan bir hün-iyet hakkına sahiptir. Bu, soyut olarak ceza davasında görülen uyuşmazbğın aymsının, güvenlik tedbiri davasında da göıülmesi demektir. Tek bir farkla ki; uyuşmazlık, ceza davasında devletin cezalandırma hakkına; ötekinde, devletin güvenlik tedbiri uygulama hakkına dayanmaktadır.

Böylece, güvenlik tedbiri yargılamasının konusu belirlenmiş olmaktadır. Acaba, burada, güvenlik tedbiri yargılaması, kazaı karaktere sahiptir, denilebilecek midir? Leono, güvenlik tedbiri yargılamasının kazaı karakterde olduğu kanaatindedir. Gerçekten, demektedir ki, kişisel güvenlik tedbirleri, müeyyide sayılmaınalanna, dolayısıyla hukuki bir emre uymayla bağıntılı olmamalarına ve bir yükümlülükten değil, bir tabi olmadan ibaret bulunmalarına rağmen, tedbirin muhatabı kişinin hürriyet alanını fazlası ile kısıtlayıp etkilemektedirler. Bundan ötürü, burada, bireyin hürriyet hakkı ile Devletin güvenlik tedbiri uygulama hakkı arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır. Davada, sadece dolaylı olarak söz konusu olsa bile, hürriyet hakkı, hukuk düzeninde, her zaman üstün durumu korunacak bir anı oluştum1aktadır. Öte yandan, güvenlik tedbiri uygulama hakkının sahibi, cezalandırma hakkının sahibinden farksız olarak, sadece '1dareci Devlet" olmaktadır. Bu hakkı kullanma yetkisi hakime değil, savcıya aittir. Hakim güvenlik tedbiri yargılamasına veya davasına hak sahibi bir organ olarak katılmamakta, açıkçası çözülecek uyuşmazlığa taraf olmayan bir organ olarak katılmaktadır. Bu demektir ki, kendine özgü yönleri olmakla birlikte, burada, gerçek anlamda ve katıksız kazaı bir faaliyetle karşı karşıya bulunrnaktadır[453].

Ancak, bu düşüncenin zayıf yanının, yargılama sonunda verilen kararın idarı işlemlerin geri alırunasına benzer bir biçimde geri alınır olmasıdır. Bu durum, kazaı kararların temel bir niteliği olan kesin hüküm ilkesi ile çelişir gözükmektedir. Fakat, Leone, söz konusu durumun, güvenlik tedbiri yargılamasının kazaı niteliğini bozmadığı kanaatindedir. Her şeyden önce, hakimin tehlikelilik halinin tespitine ilişkin karan hem nihaidir, hem de geri alınabilir nitelikte değildir; çünkü bu karardan sonra ortaya çıkan karan geri alma kararlan, geçmişle değil sadece gelecekle ilgili olduklarından, önceki hükmün kesinliğini ihlal etmemektedirler. Daha doğrusu, kararın geri alınması karan, önceki kararın yokluğu sonucunu doğurmamakta, ortaya çıktığı andan itibaren sadece kendinden önceki kararın etkisine son vermektedir..

m Lone, lstituzione, s. 452.

Öykyse. burada. gerçek anlamda bir kar:ıın geıi rtlııınnsı söz komı□u olmamaktadır. Gerçek,en, hakim aldığı yeni kararla. önceki karan verdiği andan itibaren hukuki hayattan 'ilip çıkannamakta, sadece tehlikelilik halinin halen süıilp silrıncdiğinc, eğer süıüyorsa, tedbirin tütüne ve süresine karar vermektedir. Bunun için, güvenlik tedbiri yargılamasında göıülen bu kendine özgü duıuın, yargılama kavramının odak noktasını □kil eden kesin hüküm ilkesinin bir ihlali olarak görülmemelidir. Buradan, güvenlik tedbiri yargılamasıiun, ceza yargılamasından farksız olarak, taraflarını, savcı, ilgili k.imse ve hakimin teşkil ettiği bir hukuki ilişki veya "hukuki münasebet" şemasına oturtulabildiği sonucu çıkmaktadır4[54].

c. Güvenlik Tedbirleri, Maddi Bakımdan İdari, Şekli Bakımdan Kaı.ai Tedbirlerdir

Hukukun müessese teorisinden yana olan kimi yazar, kaza kavramından, hukuk düz.enini idame ettirmeye ve gerçekleştirmeye matuf Devlet kudretini, yani erki anlamak.1adır[455]. Devletin bu kudreti veya erki, yargılama ile karıştınlrnamalıdır; çünkü söz konusu kudretinin içerisinde, birbirinden farklı birçok yetki bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de, yargılama yetkisidir. Ancak, bu erk, salt yargılama ile tükerunemektedir. Gerçekten, haklar arasındaki bir uyuşmazlığı hukuka uygun biçimde çözmek anlamına gelen yargılama, hukuk düzeninin idamesini ve gerçekleşmesini sağlayan vasıtalardan sadece bir tanesidir. Amacı, hukuk düzeninin idarnesi ve gerçekleşmesi olan bu kudret; kısaca yargı erkidir. Yargı erkinin içine, bir yarıdan yargılama yetkisi, öte yandan adlı yetki denen diğer yetkiler girmektedir. Adli göreve karşılık gelen yetki, yargılama yetkisi değildir. Ancak, birlikte ele alındıklarında, adli yetki ve yargılama yetkisi; hukuk düz.enini idarne ettirme ve gerçekleştirmede ifadesini bulan, devletin yargı erkine, yani kazai iktidarına vücut vermektedir. Devlet, yargı erkini kullanırken, ilgili olduğu durumların ve ilişkilerin bir tarafı değildir. O nedenledir ki, devletin yargı erki, devletin yürütme erkinden farklıdır. Devlet, yüıütme erkini kullanırken, işlemlerin etkilediği hukuki durum ve ilişkilerde çıkar sahibidir, yani taraftır. Bu temel fark, devletin bu iki işlevinin birbirinden farklı olmasından ileri gelmektedir. Gerçekten, Devletin kaza işlevi, hukuk düz.eninin nesnel himayesine yönelik bir faaliyeti ifade etmektedir. Buna karşılık, Devletin yönetsel işlevi bizzat devlet kişisine ait çıkarların tatminine yönelik bir faaliyeti ifade etmektedir. Böyle olunca, Devlet, burada, hukuktan, hukuk düzenini himaye etmek

---

,s. Leone, lstituzioni., s. 455.

,ss Romano, Corso di diritto costituzionale, Padova 1933, s. 332; Vasalli,Potcsta' punitivıı, s.155-246, 354. Aynca, bkz., Antolisei, Manuale, s. 587; Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 9

için değil, ama, sadece, bu çıkarları gerçekleştinnek için yararlanmaktadır. Bu durumda, Devletin kaza erkinin, yani kazai faaliyetinin ayırt edici asal niteliği, tarafsızlık olmaktadır. Bu, Devletin faaliyetlerinin bir dalı olarak veya Devletin bir orgaıu olarak hakimin; kazaı iktidarının icrasını oluşturan faaliyetlerde, açıkçası kazai faaliyetlerde, kendine ait bir çıkarın hamili, hüküm ve kararla müdahale ettiği ilişkilerin ilgilisi olarak, yani bir taraf olarak ortaya çıkmaması demektir.

Bu ölçü esas alındığında, hakim, kendileri ile güvenlik tedbirleri uygulanan faaliyetlerde, ne kendine ait bir çıkarın harnilidir, ne de hüküm veya kararla müdahale ettiği ilişkilerin ilgili tarafıdır. Hakim, bu faaliyetlerde, bir taraf değildir; ama, sadece, tarafsız bir organdır. Bunun içindir ki, tehlikelilik halinin saptanması ve sonunda güvenlik tedbirine hükmedilmesi kadar hükmün yerine getirilmesi, yani hükmün infazı da Devletin kaza kudretinin bir yerine getirilmesini teşkil etmektedir. Bu, güvenlik tedbirlerinin, maddi bakımdan idari tedbirler olmalarına rağmen; şekli bakımdan, devletin kaza faaliyeti alanına giren, yani kazai nitelik taşıyan tedbirler olmaları demektir[456]. Sonuç olarak, kaza kavramı, ister öyle ister böyle anlaşılsın, güvenlik tedbirleri, cezadan farksız olarak kanunla konuldukları, tıpkı ceza gibi ceza yargılamasına tabi oldukları ve aynı usullerle yerine getirildikleriiçindir ki , idari değil, kazaı tedbirlerdirler.

Kuşkusuz bu yönlerinden ötürü, güvenlik tedbirleri polis tedbirlerinden de farklıdır Güvenlik tedbirleri, maddi bakımdan idari tedbirler olmalarına rağmen, verilmeleri ve yerine getirilmeleri bakımından kazaı tedbirler olduklarından, genel güvenlik, yani polis tedbirlerinden ayrılmaktadırlar. Polis tedbirleri, kanunla konulmuş olsalar bile, idari organlar tarafından verilen ve onlar tarafından yerine getirilen tedbirlerdirler.Gerçekten, birçok kanunun, ör., Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Trafik Kanunu, Umumi hıfzısıhha Kanunu, vs., genel güvenlik, yani polis tedbirlerine yer verdiği görülmektedir.Polis tedbirleri, genel toplumsal düzeni, yani asayişi sağlamaya matuf tedbirlerdirler (PVSK m.l). O nedenle, bunlar, güvenlik tedbirlerinden farklı olarak, kişiye işlemiş olduğu bir suç vesile kılınarak verilen ve yerine getirilen tedbirler değildirler. Bu, polis tedbirlerinin, bunlardan farklı olarak, suç işleyen kişideki tehlikelilikle bir ilgisinin bulunmaması demektir. Böyle olunca, hem polis tedbirleriyle, hem de Anayasada öngörülen (m.19) özellikle hürriyeti bağlayıcı diğer tedbirlerle, güvenlik tedbirlerini karıştırmamak gerekmektedir.

• Hafız.oğullan, Ceza Nonnu, s. 254 vd.

İKİNCİ BAŞLIK
CEZA HUKUKU DÜZENİNDE CEZALAR VE GÜVENLİK TEDBİRLERİ

I. CEZALAR

A. Genel Olarak B. Hapis Cezalan 1. Ağır/atılmış Müebbet Hapis Cezası 2. Müebbet Hapis Cezası 3. Süreli Hapis Cezası a. Süreli Hapis Cezası, Kanunda Belirtilmeyen Hallerde, Bir Yıldan Az Yirmi Yıldan Fazla Olamaz. Kanunda Beli11ilen Hallerde, Cezanın Süresi, Beli11ildiği Kadardır. b. Kısa Süreli Hapis Cezası 4. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar ve Taksirli Suçlarda Hapis Cezasıuwı Adlı Para Cezasma Çevrilmesi a. Seçenekli Yaptırımların Hukuki Niteliği, b. Yaptırımların Türleri i. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı ?.aramı Giderilmesi ii. Bir Eğitim Kurumuna Devam Ettirilme iii. Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma iv Ehliyet veya Rulısatm Geri Alınması veya Belli Bir Meslek ve Sanatın Yapılmasznm Yasaklanması v. Kamuya Yararlı Bir lşte Çalıştınna c. Seçenekli Cezaların Hükmedilme Usul ve Esasları i. Bir Suçta Hapis Cezası lle Adli Para Cezasınm Seçenekli Olarak Öngörülmüş Olabilir ii. Hakimin 50. Madde Hükmünü Uygulama Zorunluluğu d.Taksirli Suçlar e. Kanunun 50. Maddesi Hükmünün Hüküm ve Sonuçları C. Hapis Cezasmm Ertelenmesi 1. Genel Olarak 2.Ertelemenin Şartları a. Erteleme zorunluluğu yoktur b. iki Yıl veya Daha Az Süre ile Hapis Cezasına Mahkum Edilmiş Olmak c. Üç Aydan Fazla Hapis Cezasına Mahkum Edilmemiş Olmak d. Pişmanlık Göste1111iş Olmak 3. Erteleme Kararı a. Erteleme Kararı Zararm Giderilmesi Şartma Bağlanabilir b. Erteleme Kararında Deneme Süresi Belirlenir c. Hiiküınliiuiiu Bir Eğitim Programına Devam Etmesine Karar Verilebilir d. Hükümlünün Ücret Karşılığında Çalıştırılmasına Karar Verilebilire. Küçük Hükümlüuiiu Bir Eğitim Kurumuna Devamına Karar Verilebilir f. Hükümlünün, Denetim Süresince, Rehber Gözetiminde Bulundurulmasına Karar Verilmesi g. Denetim Süresinde, Hiikümlü, Bir Yükümlülük Altına Konulmayabilir 4. Erteleme Kararımı Diişmesi a. Kasıtlı Bir Suç işlenmesi Halinde b. Hükümlünün Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi 5. Ertelemenin Hüküm ve Neticesi D.Koşullu Salıvenne E. Adlı Para Cezası 1. Genel Olarak 2. Cezanın Esası 3. Cezanın Verilmesi ve Yerine Getirilmesi Usulü

A. Genel Olarak

Kamın, 2. maddesi hükmünün gereği olarak, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısmmda, 765 sayılı Kanunun müeyyide sisteminden tamamen farklı bir müeyyide sistemi getirmiştir. Kanun, suçların cürüm ve kabahat olarak ayrılmasını kaldırdığından, zorunlu olarak tek bir ceza sistemine yer vermiştir[457].

Kanunun ifadesine bakıldığında, "suçun karşılığında uygulanan yaptırım olarak", yani ihlale tepki olarak cezalar, kişiyi hürriyetinden yoksun kılan ve mal varlığında nakdi eksilme meydana getiren yoksunluklardır. Gerçekten, Kanun, "Cezalar" başlığını taşıyan 45. maddede, söz konusu bu yoksunlukları "hapis" ve "adli para cezası" ismi ile ifade etmiştir. Öyleyse, ceza hukuku düzeninde, cezalar, hapis cezası ve adlı para cezasıdır.

765 sayılı Kanunundan farklı olarak, Kanun, cezalar arasında, aynca, kiminin feri ceza dediği, ceza mahkumiyetinin sonucu olarak verilen hukuku bağlayıcı cezalara ceza olarak yer vermemiştir. Her ne hikmetse, Kanun koyucu, gerekçede "asli ceza ve feri ceza ayınmını" kaldırdığını ifade etmiş, hukuku bağlayıcı cezalan, ceza saymamış, "ben yaptım oldu" mantığıyla güvenlik tedbiri saymış ve o formda düzenlemeye çalışmıştır. Maalesef, kendi içinde zaten çelişkili olan düzenlemenin, pek fazla isabetli olduğunu söyleyemiyoruz. Tarim kanun koyucu, kendince aralarında bir nitelik farkı görmesine rağmen, doktrindeki tartışmaları görmeyerek ceza ile güvenlik tedbirini birbirine karıştırmış; ceza mahkumiyetinin sonucu olması gereken yoksunlukları, yani fer'i cezalan, ileride görüleceği üzere, geçerli bir nedene göstermeksizin, aslında ceza mahkumiyetinin hiçbir zaman sonucu olarak görülmesi mümkün olmayan güvenlik tedbirlerinin içine sokmuştur.

Kanun, "kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptınınlar" adı altında, ihlale tepki olarak, adli para cezası yanında, kişide yoksunluk yaratan birçok başka cezaya yer vermiş bulunmaktadır. Düzenleme, yeni bir şey getirmemiş, zaten niteliği tartışmalı olan mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesi hükmünü kısmen değiştirerek buraya aktanruştır. Kanunun, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar dediği kişi hüniyetini kayıtlayan tedbirler, tıpkı hapis cezası, adlı para cezası gibi, ihlale tepki oldukJanndan, ismine ister ceza densin ister denmesin, ceza müeyyidesidirler.

Öte yandan, Kanun, suç karşılığında, sadece hürriyeti bağlayıcı ceza öngördüğü gibi, bu ceza yanında, seçenekli olarak, para cezasına da öngörmüş bulunmaktadır.

---

[457] Hafıroğullan, 5237 Sayılı Türle Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, ABD, Yıl 65, Sayı 1, Kış 2007, s. 78 vd.

Hatta, Kanw1, özellikle kazanç elde etmek amacı ile işlenen suçlarda (reali di lucro), hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte para cezası verilmesini mümkün kılJnışlır.

B. Hapis Cezalan

Hapis cezalan, ağırlaştınhmş müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası, süreli hapis cezasıdır. Anayasanın 19. maddesi anlamında kişi _hürriyetini kayıtlayıcı nitelikte olan cezaların ortak özelliği, Anayasanın 17., 38. maddeleri anlamında, insanı, şahsı, bölünebilir olmalarıdır.

İnfazın kanuniliği ilkesi gereğince, hapis cezalarının yerine getirilmeleri usul ve esasları, infazla güdülen amaç, 5275 sayılı Kanunun 3, 6 ve 7. maddelerinde gösterilmiştir. Eğer ceza ve güvenlik tedbirinin infazı idaı değil kazaı bir faaliyetse ve faaliyet Cumhuriyet savcısı ve hakim eliyle yürütülüyorsa, bu faaliyet ancak kanun ile düzenlenir. Kanuna dayalı olarak çıkarılsa bile ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazının tüzük ve yönetmelikle ve genelgelerle düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz. Bu ve benzeri düzenlemelerin Anayasanın 2, 6, 9, 17, 38, 115, 124, 138, 139, 140. maddeleri hükümlerine aykırılık oluşturduğunu düşünüyoruz.

Süreli hapis cezası, süreli ve kısa süreli hapis cezası olarak ayrılmaktadır.

Kısa süreli hapis cezasının özelliği, yerine geçen başka bir cezai müeyyide tedbirine çevrilebilir olmasıdır.

1. Ağırlahlmış Müebbet Hapis Cezası

Kanun, ağırlatılımş müebbet hapis cezasını, 47. maddede düzenlemiştir. Ağırlatılmış müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder.

Ancak, hükümlü, 5275 sayılı Kanunın1 107. maddesi hükmü gereğince, iyi hal göstermesi kaydıyla, otuz yıl, birden çok cezanın bulunması halinde otuz altı yıl sonunda koşullu salıverilebilir. Tabii, koşullu salıverilme, hükümlülük halini ortadan kaldırmaz.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının uygulanması esas ve usulleri 5275 sayılı Kanun, 25. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

2. Müebbet Hapis Cezası

Kanun, müebbet hapis cezasını 48. maddede düzenlemiştir. Bu ceza hükümlünün hayatı boyunca devam eder.

5275 sayılı Kanun, hapis cezalarının infazı bağlamında olmak üzere, müebbet hapis cezasının uygulanması usul ve esaslarını belirlemiştir. 5275 sayılı Kanuna göre (m. 107/1, 2, 3/b), hükümlünün, iyi hal göstermesi halinde, koşullu

salıverilmesi mümkündür. Bu süre, hükümlünün bir tek mahkumiyetinin bulunması halinde 24 yıl, birden çok mahkumiyetinin bulunması halinde otuz yıldır.

3. Süreli Hapis Cezası

Süreli hapis cezası, süreli ,e kısa süreli olmak üzere, kmmnda, 49. maddede, iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

a. Süreli Hapis Cezası, Kanunda Belirtilmeyen Hallerde, Bir Yıldan Az Yinıi Yıldan Fazla Olamaz. Kanunda Belirtilen Hallerde, Cezanın Süresi Belirtildiği Kadardır.

Cezasının yerine getirilmesinin usul ve esaslan 5275 sayılı Kanunda düzenlemiştir.

Hükümlü, hükmedilen cezanın üçte ikisini iyi halle geçirdiğinde, koşullu salıverilmeden yararlandırılabilir (5275 sK., m. 107/1, 2). Kuşkusuz, hükümlünün hükümlülük durumu, salıverme ile ortadan kalkmaz; kasten işlenmiş olan suçlarda, mahkumiyetin kanuni sonuçlan (CK. m. 53) verilen ceza süresince devam eder.

b. Kısa Süreli Hapis Cezası

Kısa süreli hapis cezasını hükmedilen ceza belirlemektedir. Hükmedilen ceza bir yıl ve daha az süreli hapis cezası ise, bu, hürriyeti bağlayıcı ceza kısa süreli hapis cezasıdır **(CK.** m. 49/ 2).

Kısa süreli hapis cezasının özelliği, kamımın 50. maddesinde öngörülen müeyyide tedbirlerine çevrilebilmesidir. Öte yandan, kısa süreli hapis cezalarında, Kamımın 53/1. maddesi hükmü uygulanmaz.

Cezanın çektirilmesi usul ve esaslan, 5275 sayılı Kanunla düzenlenmiştir (m. 3, 6). Hükümlü, iyi hal gösterdiğinde, koşullu salıverilmeden yararlanabilir (m.107/2). Aynca, Kanun, 110. maddesinde, kısa süreli hapis cezası hakkında uygulanabilecek özel infaz şekillerini düzenlemiştir.

4. Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yapbnmlar ve Taksirli Suçlarda Hapis Cezasının Adli Para Cf™ına Çevrilmesi

Anayasanın 38. maddesi, Kanunun 2. ve 45. maddeleri karşısında, 50. maddesinde hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek olarak getirilen yoksunlukların niteliği, türleri, hükmedilmesi usul ve esaslarının tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

Öte yandan, Kanun, taksirli suçların, uzun süreli de olsa, adli para cezasına çevrilebileceğini öngörmüştür. Böylece, Kanun koyucu, taksirli suçlarda, süresine bakılmaksızın para cezasına çevrilebildiğinden, kendi koyduğu kurala bir istisna getirmiş olmaktadır(CK. m. 50/4).

a. Seçenekli Yaptırımların Hukuki Niteliği

Anayasanın 38., Kanunun 2. maddesi hükmü normun muhatabı herkes için mutlak emirdir. Bu emir, cezanın kanunla konulmasıdır. Ceza Kanunu, ihlale tepki olarak ihlalin muhatabına bir yoksunluk yüklüyorsa, Tarihi kanun koyucu, kendisi ile çelişerek, ceza ismini vermese bile, bu yoksunluk cezadır.

Bu açıdan baktığımızda, Ceza Kanunu, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısım "Cezalar" başlığını taşıyan Birinci Bölüm 50. maddede hürriyeti bağlayıcı ceza yerine geçen kişinin hakkını kısıtlayan yoksunluklara yer vermiştir. Kanunun 45. maddesin hükmünün "lafzına" veya "sözüne" rağmen, sistematik bir çelişki yaratmak istemiyorsak, 50. maddede sayılan yoksunlukları, hürriyeti bağlayıcı ceza değil, ama kişinin hakkını kayıtladığından ceza müeyyidesi saymak zorundayız. Kanun, 45. maddede, hürriyeti bağlayıcı cezaya ve nakdi cezaya yer vermiştir. Kanun 50. maddede aynca nakdi cezaya yer vermekle, hukuk düzenimizde hürriyeti bağlayıcı cezalar yanında, nakdi cezaların ve kişinin hakkını kayıtlayan kanunla muayyen başka tür cezaların da olduğunu kabul etmiş olmaktadır.

Kanunun 50. maddesinde ihlale seçenekli tepki olarak yer alan yoksunluklar, yürürlükten kalkmış bulunan 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanundan alınırken, Tarihi kanun koyucu, cezanın kanuniliği ilkesi ile, infazın kanuniliği ilkelerinin farklı olduklarının farkında olmamış, yürürlükten kaldınlan kanunda ceza hukukunda ceza sisteminin "uru" olan bir hüküm, hiç düşünülmeden, 5237 sayılı Kanuna monte edilmiştir. Gerçekten kanunun 2. maddesi ve Anayasanın 38. maddesi karşısında, "Yaptırımlar" ile sadece ceza müeyyidesini ifade ediyorsa, 50. maddede hürriyeti bağlayıcı ceza yerine öngörülen yoksunluklar cezadır. Eğer, bu terim ile hem cezalar, hem de güvenlik tedbirleri kastediliyorsa, 50. maddede yer alan yoksunluklar, güvenlik tedbiri değildirler, katıksız cezadırlar, çünkü cezalar arasında yer almaktadırlar. Bu durumda, Ceza Hukukunda, ceza sistemini kendi içinde tutarlı ve anlaşılır bir hale getirmenin tek yolu, 45. maddede suç karşılığında uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezalar ve nakdi cezalar arasına, 50. maddede öngörülen ve Anayasanın ifadesi ile "kişinin haklarını" kayıtlayan yoksunlukları da ceza müeyyidesi saymaktır. Burada, aksini düşünmek, Hamurabi Kanunlarının bile bir sisteminin olduğunun düşünülmesi karşısında, ceza hukuku düzeninin ve ona ismini veren bir himaye cihazı olarak, bir ceza müeyyidesi sisteminin olmadığını iddiaya kalkışmak olur ki; herhalde, bu, bağışlanmaz bir hata olur. 50. maddede, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine geçen cezalar, kanunla konulmuşlardır. Bunlar, ihlalde bulunan muhatabına, Devletin mahsus organları eliyle ve zorla uygulanmaktadırlar. Kanunun 50/1, f maddesi hükmünde öngörülen "gönüllü olmak

koşuluyla" hillı..'lllü laıralın bir istisnası değildir, çünkü fail, bu madde hükmünde belirtilen yoksnı1luğa gönüllü katlanmak istemediğinde; hakkında, ihlalin karşılığı hürriyeti bağlayıcı ceza verilecek ve uygulanacaktır. Öyleyse, ortada, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak getirilen cezaların veya kanunun ifadesiyle yaptırımların cebriliğini gideren bir durum bulunmamaktadır.

b. Yaptırımların Türleri

Kannı1un öngördüğü hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenekli cezalar, adlı para cezası, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi, bir eğitim kurumuna devam ettirilme, belirli yerlere gitmenin veya belirli etkinlikleri yapmanın yasaklanması, ehliyet veya ruhsatın geri alınması veya belli bir meslek ve sanatın yapılmasının yasaklanması, kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezalarıdır.

5275 sayılı Kanun, 109. maddesinde bunların infazında uygulanacak rejimin, tüzükte gösterilmesini emretmiştir.

i. **Adli Para Cezası**

Kanunnı1 50/1, a maddesi hükmünde öngörülen Adlı para cezası, 52. maddesi hükmünde öngörülen Adli para cezasıdır. Elbette, oradaki kurallar, burada da geçerlidir.

Failin ihlalinin karşılığı olarak hapis cezası ile adlı para cezası seçenekli olarak öngörüldüğü hallerde, hakim, hapis cezasına hükmederse, artık bu cezayı para cezasına çeviremez. Bu doğaldır, çünkü hakim, para cezasını seçmeyip hapis cezasını seçmekle takdir hakkını kullanmış olmaktadır.

ü. Mağdurun veya Kamunun Uğradığı Zararın Giderilmesi

Kannı1, 50/1, b maddesinde, hakimin, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iadesine, suçtan önceki hale getirilmesine veya tazminine karar verebileceğini kabul etmiştir. Kanun koyucu, bu hükümle, ihlalle ortaya çıkan zararı, aynen iade, eski hale getinne veya tazmin yolu ile gidermeyi amaçlamaktadır. Böylece, kanun koyucu, zararın haksız fiil olarak Borçlar hukuku sistemi içerisinde giderilmesi, hatta ceza yanında tazminata da hükmetmesi mümkünken, her ne hikmetse, hiç gereği yokken, özel hukuka ait bir müeyyideyi, ceza müeyyidesi olarak ceza hukukuna sokmuş olmaktadır. Daha önce, böyle bir hükmün, zaten hukuk düzeninde mevcut olması, yanlışın sürdürülmesini haklı kılmaz, çünkü, sui emsal, emsal olmaz. Burada, zarar, Ceza hukuku anlamında değil, Özel hukuk anlamında zarardır. Açıkçası, suçun, haksız fiil olarak, üçüncü kişiye verdiği madöı zarardır. Kanun mağdurun uğradığı zarardan

söz etmektedir. Bilindiği üzere, mağdur, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya ınenfaati.n hamili olan kimsedir. Öyleyse, suçla zarara uğrayan kimse. bizzat suçun mağduru olan kişi olmalıdır. Hükmün gcni□letilerek yoruınlanmasımn mümkün olmayacağını düşünüyoruz. "Kamunun uğradığı zarar" ibaresi, belli bir anlamdan yoksundur, gayri muayyendir, belirsizdir, çünkü bütün suçlar kaınunw1 zararınadır, bütün suçların mağduru kamudur. Böyle olunca, kamunun uğradığı zarardan, kamu idaresinin uğradığı zarar anlaşılmalıdır. Gerçekten, suç, kamuya karşı değil, ancak bir kamu idaresine karşı işlendiğinde, tazmini gereken bir zarar söz konusu olabilir. Kanun, zararın tamamen giderilmesini şart koşmuştur.

iü. **Bir Eğitim Kurumuna Devam Ettirilme**

Kanun 50/1, c maddesinde, hakimin, suçluya, kısa süreli hapis cezası yerine, bir meslek veya sanat edinmesini sağlamak amacıyla, bir eğitim kurumuna devama zorlama cezası verilebilmesini öngörmüştür. Eğitim kurumuna devam süresi en az iki yıldır. Sürenin üst sınırını Kanun göstermemiştir. Herhalde, üst sınır, edindirilmesi amaçlanan meslek ve sanatın eğitimini düzenleyen mevzuat esas olmak üzere belirlenecektir. Eğitim kurumu seçilirken, kişinin öğretim düzeyi, yetenekleri, istek ve eğilimleri göz önüne alınacaktır. Hakim, suçlunun, gerektiğinde, barınma imkanı bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine de karar verebilir.

iv. Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma

Kanun, 50/1, d maddesi hükmünde, failin, almış olduğu hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak, mahkum olduğu cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmesinin veya belirli etkinlikleri yapmamasının yasaklanabileceğini öngörmüştür. Gidilmesi yasaklanan yer veya yapılması yasaklanan faaliyet, her halde her yer veya her faaliyet değildir; sadece, fail için, işlediği suçta, kriminojen ortam oltek, pavyon, kahve, gazino, vs. yerlere tek başına veya arkadaşları ile birlikte gitmekten men edilebilir.

v. Ehliyet veya Ruhsatın Geri Alınması veya Belli Bir Meslek ve Sanatın Yapılmasının Yasaklanması

Sağladığı hak ve yetkileri kötüye kullanarak veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suç işlenmesi durumunda, Kanun; failin, mahk0m edildiği cezaya seçenek olarak, ilgili ehliyet ve ruhsat belgesinin geri alınmasını, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmasını mümkün kılmıştır (50/1, e).

Burada, ehliyet ve ruhsattan mahrum kılma veya bir meslek ve sanatın yapılmasını yasaklama süresi, mahkfun olunan cezanın yansından bir katına kadardır. Gerçekten, hakim, ör., tehlikeli araç kullanan kişiyi (CK. m. 179/2), hüniyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak, mahkum olduğu sürenin yansından bir katına kadar bir süre için sürücü belgesinin geri alınmasına mahkum edebilir.

vi. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma

Kamın, 50/1, f maddesi hükmünde, hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenekli ceza olarak, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, gönüllü olmak koşulu ile, kamuya yararlı bir işte çalışma cezası verilebileceğini kabul etmiştir.

Kanun, gönüllü olmak koşulunu koymakla, suçluyu, bir seçime zorlamış bulunmaktadır. Böyle olunca, suçlu, gönüllü olursa, kamuya yararlı bir işte çalıştınlma cezasına mahkfun edilecek; gönüllü olmazsa, bu kez, pek tabii, hakkında verilen hüniyeti bağlayıcı ceza geçerli olacaktır.

Aynca, 5328 sayılı Kanun, 105. maddesi hükmünde, kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezasının ne şekilde yerine getirileceğini düzenlemiştir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunda veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır. Hükümlü, mahkeme kararında belirtilen çalışma esaslarına, infaz usullerine uymadığında, çalışmaya son verilir, kalan ceza aynen çektirilir (m. 105/5).

c. Seçenekli Cezalann Hükmedilme Usul Ve &aslan

Hürriyeti bağlayıcı ceza, isterse kısa süreli olsun, hem kişi, hem de kamu bakımından ağır sonuçlar doğuran bir ceza müeyyidesidir. Herhalde, bundan ötürü, kanun koyucu, hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak, kişinin hakkını kayıtlamakla birlikte, hürriyeti bağlayıcı olmadığı için, kişiyi de, kamuyu da daha az külfet altına sokan başka cezalara yer vermiştir. Gerçekten, kanun koyucu, böylece, cezanın daha çok kişiselleştirilmesini, karım bakımından daha az külfetli olmasını sağlamaya çalışmıştır.

Bu bağlamda olmak üzere, hakim, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum ettikten sonra, suçlunun kişiliğini, sosyal ve ekonomik durumunu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığı ve suçun işlenmesindeki özellikleri göz önüne alarak, hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek olarak, 50. maddede öngörülen cezaları verebilecektir. Takdir hakkı söz konusu olmakla birlikte, hakim; uygulamadığı takdirde, ister talep edilmiş olsun isterse olmasın, 50. madde hükmünü niçin uygulamadığını kararında göstennek zorundadır. Aksi davranış bozma nedenidir.

Burada, belirtmekte yarar var, 50. maddede yer alan "suçun işlenmesindeki özellikler", suçun 61. maddede sayılan özellikleri dışında kalan özelliklerdir. Z1ten aksi düşünülemez; çünkü, isterse cezanın şahsileştirilmesi söz konusu olsun, bir neden iki kez değil, ancak bir kez göz önüne alınabilir.

Bu düşünce doğruysa, cezanın kişinin şahsına uydurulmasında, 50. ve 62. madde, nerede ise aynı nedenlere yer verdiğinden, birlikte uygulanıp uygulanamayacakları konusunda ciddi sıkıntılar yaratmaktadır. Gerçekten, 62. madde, takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, yargılama sürecindeki davranışı, cezanın kişinin geleceği üzerindeki olası etkisi gibi hususlar sayılmıştır. Bunlarla, özde 50. maddede sayılan nedenler arasında bir fark bulunman1aktadır. Böyle olunca, hakimin; hürriyeti bağlayıcı cezayı belirlerken, 61. madde gereğince takdiri indirim nedenlerini göz önüne alıp, suçluyu belli bir hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum ettikten sonra; bu kez dönüp, aynı nedenlere dayanarak, 50. madde hükmünü uygulaması mümkün müdür meselesi ortaya çıkmaktadır. Aynı neden, ayn işlemlerde iki kez göz önüne alınamayacağına göre; hakıın, ancak, her iki madde hükmünde çakışmayan nedenleri göz önüne alarak, iki hükmü birlikte uygulayabilir, yani 62. maddeyi 61. maddeyi uygularken ve bu maddeyi uygulayıp hürriyeti bağlayıcı cezayı belirledikten sonra 50. maddeyi uygulayabilir. Pek tabii, bu koşul sağlanamadığı takdirde, hakim, 62. maddeyi 61. madde ile bağıntılı olarak uygulamak zorunda olduğundan (CK. m. 61/5), artık 50. maddeyi uygulamamak zorundadır.

i. **Bir Suçta Hapis Cezası İle Adli Para Cezasının Seçenekli Olarak Öngörülmüş Olabilir**

Bir suçta hapis cezası ile adli para cezası seçenekli olarak öngörülmüşse, o suç için hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adlı para cezasına çevrilemez **(CK.** m. 50/2).

Hüküm yerindedir, çünkü, yukarıda da belirtildiği üzere, o suçta, cezasında bir seçeneklilik varsa, hakim de buna dayanarak takdir hakkını ceza vermekten yana kullanmışsa, artık ikinci bir kez takdir hakkını kullanarak takdir ettiği hürriyeti bağlayıcı cezayı bu kez, 50/1, a uyarınca adli para cezasına çeviremez. Kuşkusuz, aksi davranış, takdir hakkının kötüye kullanılması olur.

il. **Hakimin 50. Madde Hükmünü Uygulama Zorunluluğu**

Kanun 50/1. maddesi hükmünde hakimin takdirine yer vermişken, 50/3. madde hükmünde takdir hakkının istisnasına,. yani 50/1. madde hükmünün resen uygulanması esasına yer vermiş bulunmaktadır.

Gerçekten, Kanun, 50/3. maddesi hükmünde, daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşulu ile;

a. Kişinin mahkum olduğu otuz gün ve daha az süreli hapis cezasının, bu maddenin birinci fıkrası hükmünde öngörülen seçenekli yaptırımlardan birine çevrilmesini emretmiştir.

b. Gene, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya alt1111ş beş yaşını bitimliş bulunan kişinin bir yıl veya daha az süreli hapis cezasının birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesini emretmiştir.

Ancak, hakim, seçenekli yaptırımlardan birini seçmekte serbesttir.

d. Taksirli Suçlar

Kanunun 50/4. maddesi hükmüne göre, taksirli suçlarda, hükmedilen ceza, uzun süreli de olsa, diğer koşulların varlığı halinde, 50/1, a maddesi hükmü gereğince adlı para cezasına çevrilebilir.

Ancak, bu hüküm bilinçli taksir hallerinde uygulanmaz.

Hükmün uygulanması "diğer koşulların varlığı" şartına bağlanmıştır. Hükmün uygulanabilmesi için var olması gereken diğer koşulların ne olduğu pek belirgin değildir. Kanunun, burada, örtülü olarak, ne 20. madde yer alan bazı koşullara, ne de 61. madde hükmüne gönderme yaptığı kanaatindeyiz. Bu ifade ile kastedilen, herhalde, Kanunun 50/1. maddesinin öngördüğü, suçlunun kişisel durumuna, suçun işlenişine ilişkin özelliklerdir.

Kuşkusuz, yukarıda, bu madde ve takdiri indirim nedenleri konusunda yapılan tartışma burada da geçerlidir.

e. Kanunun 50. Maddesi Hükmünün Hüküm ve Sonuçları

Uygulamada asıl mahkumiyet bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir (CK m. 50/5). Uygulamadan maksat, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olmanın doğurduğu mahkumiyetin kanuni sonuçlarının (CK. m. 53), cezanın ertelenmesine ve tekenüre ilişkin hususların burada yerinin olmamasıdır.

Hüküm kesinleştikten sonra, Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen, otuz gün içinde seçenek yaptırımların yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da sürdürülmemesi halinde, hükmü veren mahkeme, kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen yerine getirilmesine karar verir.

Bu karar duraksamadan yerine getirilir. Kuşkusuz, bu durumda, bu maddenin 5. fıkrası hükmü uygulanmaz (CK m. 50/6).

Hükümlünün elinde olmayan nedenlerle, hükmedilen seçenekli ceza müeyyidesinin yerine getirilememesi halinde, hükmü veren mahkeme, bu ceza müeyyidesini başka bir seçenekli ceza müeyyidesi ile değiştirir (CK. m. 50/7). Kuşkusuz, bu kez, eskisi yerine konan bu seçenekli ceza müeyyidesi uygulanır.

Burada, hükümlünün elinde olmayan nedenler, istese de üstesinden gelemeyeceği, kendi gücü ile gideremeyeceği, her çeşit fiili, hukuki, kamusal ve kişisel imkansızlıklardır.

C. Hapis Cezasının Ertelenn1esi

1. Geriel Olarak

Ceza mahkumiyetinin yerine getirilmesinin ertelenmesi, cezanın kişiselleştirilmesinde, ceza hukuklarının genellikle vazgeçemediği bir kurumdur. Gerçekten, hakimin takdir hakkı temelinde, ceza mahkumiyetini ertelemekle ulaşılmak istenen amaç, ilk kez suç işlemiş olan kişilerin cezaevi ortanundan uzak tutulması; böylece, hem ceza müeyyidesinin korkutucu etkisinin aşınmasının önlemesi, hem de cezanın, mümkün oluğu kadar çok, suçlunun kişiliğine uydurulmasının sağlanmasıdır.

Erteleme; hükümlünün, cezasını çekmesinin, belli bir süreyi suç işlemeden geçirmesi şartına bağlı olarak geri bırakılması, dolayısıyla bu sürenin sonunda, ya mahkumiyetin hiç vaki olmamış sayılması, ya da sadece cezanın çekilmiş kabul edilmesidir.

Erteleme külli olabileceği gibi kısmı de olabilir. Gerçekten, erteleme, ne türden olursa olsun ayırım yapılmaksızın, tüm cezalar ertelenebileceği gibi, sadece hürriyeti bağlayıcı cezalar ertelemenin konusu yapılabilir.

Öte yandan, erteleme, şarta da bağlanabilir.

Mülga 765 sayılı Kanunda, deneme süresi suç işlenmeden geçirildiğinde, ceza mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılıyor; böylece, ceza ve mahkumiyetin tüm hüküm ve neticeleri ortadan kalkıyor, kişi hiç suç işlememiş oluyordu. 5237 sayılı Kanunun sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul etmiş; dolayısıyla, madde gerekçesinde geçerli bir gerekçe göstenneksizin ceza mahkumiyetini esasen vaki olmamış saymaktan özenle kaçınmıştır. Bu durum, kanunun hapis cezasının ertelenmesini düzenleyen 51. madde hükmü ile, güvenlik tedbirleri olarak hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonuçlarını düzenleyen 53. madde hükmünün çatışması sonucunu doğurmaktadır, çünkü kanun, sistem olarak , ne ceza

mahkumiyetini, ne de ceza sayılmayan güvenlik tedbirlerini ortadan kaldınnaktadır, ama sadece cezayı ortadan kaldınnaktadır.

5237 sayılı Kanun para cezasını erteleme dışında bırakmıştır. Aynca, Kanun, erteleme karanrun, zarann tazmini şartına veya başka bir şarta bağlanabileceğini kabul etmiştir. Ancak, madde gerekçesinde ileri süıülenin tersine, mağdurun zararının giderilmesi yanında kamunun zarannın giderilmesi şartına bağlanmış olması bir yenilik değildir, çünkü kanunun sözünü ettiği kamu zararı, suç genel teorisinde, suçun mahsus mağduru olarak kamu idaresinin zarandır.

2. Ertelemenin Şartlan

a. Erteleme zorunluluğu yoktur

Hakim ertelemeyi kendiliğinden, yani res'en göz önüne almak zorundadır. Taraflar erteleme talebinde bulunabilirler.

Ancak, erteleme, kanunda, zorunlu kılınmamıştır; hakimin takdirindedir. Kanun, takdirde keyfiliğe yer vermemiştir. Hakimin takdiri denetlenir. O nedenledir ki, erteleme karannın ve özellikle ertelemeye yer olınadığı kararının gerekçeli olması zorunludur.

b. İki Yıl veya Daha Az Süre ile Hapis Cezasına Mahkum Edilmiş Olmak

Ertelemenin ilk şartı, failin işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkum edilmiş olınaktır. Burada, söz konusu olan ceza, o suç için kanunun öngördüğü ceza değil, hakimin fail için hükmünde öngördüğü cezadır.

Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişiler bakımından bu süre üç yıldır (CK. m. 51/1).

c. Üç **Aydan Fazla Hapis Cezasına Mahkum Edilmemiş Olmak**

Hakkında hüküm kurulan kişi, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olmalıdır. Üç aydan fazla bir süre hapis cezasına çarptınlmış olmak, kesin erteleme engelidir. Süre ay hesabıdır. Üç ay bir gün bile geçimiş olsa, süre üç aydan fazladır (CK. m. 51 / 1, a). Bu demektir ki, taksirli suç işlemiş olmak, erteleme engeli oluşturmamaktadır.

d. Pişmanlık Göstermiş Olmak

Kanun, erteleme için, "suç işlendikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşmasını" aramaktadır **(CK.** m. 51/1, b). Kanun hükmü kötü bir dille ifade edilmiştir. Burada, "suç işlendikten sonra" ibaresine gerek yoktur. Ayrıca,

"yargılama sürecinde" ibaresi yenne yargılama sırasında demenin daha doğru olduğunu düşünüyoruz.

Kanun, 62. maddesinde, "yargılama surecindeki davramşları" cezayı indirim nedeni sayarken; bu kez, ifadesi biraz farklı da olsa, aynı nedeni, yani failin ·'yargılama sürecinde gösterilen pişmanlığı" ertelemenin esaslı bir şartı saymaktadır. Burada, hukuki sorun, aynı nedenin hem takdiri indirim nedeni hem de erteleme şartı sayılıp sayılmayacağı hususudur. Gerçekten, hakim, 61/5. madde hükmü gereğince 62. madde hükmünü uygulayarak cezayı iki yıldan daha az bir hapis cezasına indirdikten sonra; bu kez 51/1, b madde hükmünü uygulayarak hapis cezasını erteleyebilir mi; yoksa bu, hakimin takdir hakkının kötüye kullanılması mı olur sorularını akla getinnektedir. Bizce, aynı neden, bir kez göz önüne alınabilir; ayrı iki yerde, iki kez göz önüne alınamaz. Böyle olunca, 61/5. madde hükmünde yer alan " ... takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir" hükmüne rağmen, hakim; ertelemede, Kanunun aradığı sınır olan "iki yıl ve daha az süreyle hapis cezasına", 62. madde hükmünü uygulanmadan ulaşılmış olmalıdır.

Kanun, failin, yargılama sırasında gösterdiği pişmanlığı, tekrar suç işlemeyeceğinin karinesi saymıştır. Herhalde, failin, yargılama sırasında, pişmanlığını sadece sözle ifade etmesi yetmez, aynca davranışları ile de göstermesi gerekir. Bu yüzden, hakim, failin tekrar suç işlemeyeceği konusundaki kanaatini sağlayan vakıaları, kararında göstermek zorundadır.

3. Erteleme Karan

Şartlarının sağlandığında, hakim, hapis cezasının ertelenmesine karar verir.

a. Erteleme Karan Zararın Giderilmesi Şartına Bağlanabilir

Ancak, cezanın ertelenmesi mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, eski hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen veya kısmen giderilmesi şartına bağlı tutulabilir (CK. m. 51/2) . Mağdurun uğradığı zarardan maksat, herhalde maddı zarardır. Kamunun zararından maksat, yukarıda da belirtildiği üzere, suçla kamu idaresinin uğradığı maddı zarardır.

Şart gerçekleştiğinde, hükümlü, serbest kalır, yani cezanın infazına b□lanmaz, cezanın infazı ertelenmiş olur. Ancak, şart hemen gerçekleştirilememişse, gerçekleştirilinceye kadar, cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Şartın yerine getirilmesi halinde, hükümlü, hakim karan ile infaz kurumundan derhal salıverilir.

Kamın, şartın hükümlü veya başka bir kimse tarafından gerçekleştirilmesi arasında bir fark görmemiştir. Gerçekten, bu kimse hükümlünün yakınları olabileceği gibi, başka bir kimse, hatta hükümlünün hiç tanımadığı bir kimse de olabilir.

b. Erteleme Kararında Deneme Süresi Belirlenir

Cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere bir deneme süresi belirlenir. Ancak, sürenin alt sının, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz (CK. m. 51/3). Burada, sürenin alt sınırından maksat, hükümlü için öngörülen deneme süresinin asgari haddinin, bir yıldan az olmaması yanında, mahkum olunan cezadan da az olmamasıdır.

Kanun iki sınır arasında bir sürenin belirlenmesinde takdirde ölçü olacak bir kriter koymamıştır. Hakim, önündeki somut durumu göz önüne alarak, takdir ettiği sürenin, hükümlünün tekrar suç işlememesini sağlamaya yetip yetmeyeceğine bakacaktır. Bu konuda, hakime, sahip olduğu kriminoloji bilgisi yol gösterecektir. Hakim, takdirini gerekçelendirmek zorundadır. Gerekçesiz takdir keyfiliktir. Keyfilik, doğru yargılanma temel hakkının ihlalidir.

Denetim süresi içinde, hükümlüden, kendi yararına olacak bazı yükümlülükleri yerine getirmesi istenebilir. Bu bağlamda olmak üzere, kanun, bir meslek veya sanatı olmayanların, bir meslek veya sanatı olanların ve küçüklerin, farklı yükümlülükler altına konabileceğini kabul etmiştir.

c. Hükümlünün Bir Eğitim Programına Devam Etmesine Karar Verilebilir

Kanun, iyileştirilmesinin sağlanması bağlamında olmak üzere, deneme süresi içerisinde, bir meslek veya sanatı olmayan hükümlüye, bir meslek veya sanat edindirilmesinin düşünülmesini emretmiştir (CK. m. 51/4,a). Hakim, gerek görüyorsa, hükümlünün, bir meslek veya sanat öğrenmesi için bir eğitim programına devamına karar verebilir. Karar 5275 sayılı Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir.

Hükümlü, ertelemeden yararlanmak istiyorsa karara uymaya zorunludur. Hükümlünün karara uymamak konusunda bir tercih hakkı yoktur. Ancak, hükümlü, öğrenmek istediği meslek ve sanatın belirlenmesi konusunda hakime yardımcı olabilir. Hakim, hükümlünün zekasını, eğilimlerini, yeteneklerin, vs. göz önüne alarak, psikoloji, kriminoloji, vs. bilgilerinin ışığında, hükümlü için en uygun olan meslek ve sanat programını seçmeye özen göstermelidir.

d. Hüküntlünün Ücret Karşılığında Çalıştırılmasına Karar Verilebilir

Bir meslek veya sanatı olan hükümlünün, deneme süresi içerisinde, bir kamu lı.ıırumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir ba.şkmmun gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilir (CK. m. 51/4,b).

Hükümlü, hakimin takdirine katkıda bulunabilir. Hakim, kararını vcnncdcn önce, iş ve iş yerleıi veya iş sahipleri hakkında bilgi alabilir. Burada özen gösterilecek husus, iş yerinin, iş yerinde çalışanların hükümlü bakımından kriminojen bir ortam oluşturmamasıdır. O nedenle, seçimde, kamu kurumlannın öncelikli olduğu düşünülebilir.

e. Küçük Hüküntlünün Bir Eğitim Kurumuna Devamına Karar Verilebilir

Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek ve sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine karar verilebilir (CK. m. 51/4, c).

Hüi'iimlünün barınma imkanı bulw1an bir eğitim kurumuna devamın gerektiğini hakim takdir edecektir. Hakim, böyle bir karar verirken, hükümlü küçüğün ailesi ve çevresi ile ilişkilerini göz önüne almalıdır. Yatılılığın, eğer hükümlü için kriminojen bir ortam oluşturmuyorsa, aileden uzakta olmanın kötü etkileri önlenmelidir.

f. Hükümlünün, Denetim Süresince, Rehber Gözetiminde Bulundurulmasına Karar Verilmesi

Kanun, denetim süresi içinde, hükümlünün, kendisine rehberlik edecek bir kimsenin gözetimi altında bulundurulmasına, bu maksatla bir kişinin görevlendirilmesine karar verilebileceğini öngönnüştür (CK. m. 51/6).

Hükümlü ile rehber arasında bir vesayet ilişkisi yoktur. Hükümlü, hak ve fiil ehliyetine sahiptir.

Kanun, hükümlüye rehberlik edecek "uzman" kişiden söz etmektedir. Öyleyse, rehber, eğitimli herhangi bir kişi değil; suç, suçun nedenleri ve suçlunun ıslahı konusunda eğitim almış, sosyal hizmet uzmanlığı konusunda bilgi sahibi bir kişi olmalıdır.

Rehberin görevlerini, Kanun, "kötü alışkanlıklarından kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunmak", hükümlünün "eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek istişarelerde bulunmak", Hükümlünün "davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişmeler hakkında üç aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime vermek" olarak saptamıştır.

g. Denetim Süresinde, Hükümlü, Bir Yükümlülük Altına Konulmayabilir

Mahkeme, hükümlünün, "kişiliğini", "sosyal durumu" gözeterek, denetim süresini, kendisine bir yükümlülük yükletilmeden veya uzman kişi gözetimine konulmadan geçinnesine karar verebilir (CK. m. 51/6).

Gerçekten, hükün1lü suça hiçbir eğilimi yokken, sadece rastlantı sonucu suç işlemişse; dengeli bir kişiliğe sahipse; bir meslek veya sanatı varsa; bulunduğu çevrede sevilen sayılan bir insansa artık bu kimseye bir yükümlülük yüklenmemeli, rehber gözetimine konulmamalıdır, çünkü cezalandırma onur kırıcı olmayı gerek.'tirmez. Örneğin, sırf rastlantı sonucu olarak suç işleyen saygın bir kişinin, rehber gözetimine tabi kılınması, herhalde cezanın onur kırıcı olmasıdır.

Kanun önünde eşitlik, ayırımcılık yasağından ötürü, hakim, bu hükmü uygularken, kararında gerekçe göstermek zorundadır.

4. Erteleme Kararının Düşmesi

Erteleme karan , deneme süresi içinde kasıtlı bir suçun işlenmesi veya hükümlünün yükümlülüklerine uymaması halinde düşer. Düşme kararını mahkeme verir (CK. m. 51/7).

a. Kasıtlı Bir Suç İşlenmesi Halinde

Denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde erteleme kararı düşer. Hükümlü, ertelemeden yararlanmak istiyorsa, bu süre içerisinde, ister hürriyeti bağlayıcı bir ceza, isterse adli para cezasını gerektirsin, kasıtlı bir suç işlememek zorundadır. Bu demektir ki, denetim süresi içinde işlenen taksirli suçlar, erteleme kararını düşürmez.

Kanun kasıtlı bir suçun işlenmesinden söz ettiğinden, madem suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz, erteleme kararının düşmesi için, deneme süresi içerisinde, sadece kovuşturma başlatılmış olması, dava açılmış olması yetmez, aynca hüküm verilmiş ve hükmün kesinleşmiş olması gerekir. Ülkemizin fiili gerçekliği göz önüne alındığında, deneme süresi içinde suç işleyen birçok kimse hakkında verilen cezasının ertelenmesi kararının düşmesi mümkün olmaz.

Deneme süresi içinde kasıtlı bir suç da işlenmiş olsa.eğer suç önödeme/ uzlaşma kapsamında olan suçlardansa, önödeme/ uzlaşma ile suç ortadan kalkacağına, yani suç idari bir suça dönüşmüş olacağına göre (CK. rn. 57), artık ortada Ceza hukuku anlamında, yani kriminel anlamında bir suç mevcut olmayacağından, doğal olarak erteleme kararı da düşmeyecektir.

Bilinçli taksiri özenle düzenleyen ve suçu ağırlaştıran bir neden sayan kanun koyucwmn, nerdeyse kast kadar kınanır olan bu hali, cezanın ertelenmesinde göz önüne almaması, bir çelişkidir, çünkü Kanun, 50/4. maddesinde bilinçli taksir halinde işlenen suçlan, diğer taksirli suçlardan ayn tutmuş; bunun adli para cezasına çevrilmesini yasaklamıştır.

b. Hükümlünün Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesi

Hakimin uyarısına rağmen, hükümlünün kendisine yüklenen yükümlülüklere uymamakta ısrar etmesi halinde erteleme kararı düşer (CK. m. 51/7). Kanun, erteleme kararı verecek merci olarak "mahkeme" makamını göstermişken, hükümlünün erteleme kararında kendisine getirilen yükümlülüklere uyup uymadığı hususunu "hakimin uyarısına rağmen" hükmü ile tespit mercii olarak "hakimi" kabul etmiş bulunmaktadır. Ayrıca, Kanun, 51/6. maddesi hükmünde, "... rapor düzenleyerek hakime verir" demektedir. Bu demektir ki, denetim süresince hükümlüye yükletilen yükümlülüklerin denetim mercii, mahkeme değildir, hakimdir.

Gerek denetim süresi içinde hükümlünün kasıtlı bir suç işlemesi, gerekse yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, Kanun "ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir" demekte ve karar verecek mercii ismen belirtmemektedir. Kanun hükmü, bütünü içinde ele aldığında, öyle sanıyoruz ki, ertelenen cezanın tamamen veya kısmen infaz kurumunda çektirilmesine, hakim değil, mahkeme karar verecektir.

Burada, hakimin kim olduğu kuşkuya yer vermektedir. Gerçekten, madde hükmünde sözü edilen hakim, erteleme kararını veren mahkemenin başkanı olan hakıın midir; yoksa, bir kararın yerine getirilmesi söz konusu olduğundan, bu hakim infaz hakimi midir ? Bu husus belirsizdir. Ancak, 51. madde hükmü tüm olarak göz önüne alındığında, maddenin mantığından, uyarıda bulunacak hakiının, erteleme kararı veren mahkemenin hakimi olduğu sonucu çıkmaktadır. Toplu mahkemelerde, hakim, herhalde mahkemenin başkanı olan hakimdir.

5. Ertelemenin Hüküm ve Neticesi

Denetim süresinin kasıtlı bir suç işlenmeden veya varsa yükümlülüklere uyularak geçirilmesi halinde "ceza infaz.edilmiş sayılır" (CK. m. 51/8). Kanunda cezanın infaz edilmiş sayılması ile birlikte mahk0miyetin de kendiliğinden ortadan kalkacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, mükerrirlere özgü bir düzenlemenin, gerek Ceza Kanununda (m .58), gerekse Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun göz önüne alındığında (m. 1O7□

108), ertelenen cezanın infaz edilmiş sayılması ile birlikte mahkumiyetin kendiliğinden ortadan kalkmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu demektir ki, erteleme, "hapis cezasına mahkum edilen kişinin" mahkumiyetini ortadan kaldırmamaktadır.

Öte yandan, Kanun, "hapis cezasının ertelenmesini" düzenlediğinden ve "kişinin cezasının ertelenmesinden" söz ettiğinden (CK. m. 51/1); "hapis cezasına mahl.'1lll1İyetin kanuni sonucu olarak" kabul etmesine rağmen (CK. m. 53/1), açıkça fer'i ceza olarak kabul etmediği "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" güvenlik tedbirinin, cezanın ertelenmesinde mantıksal olarak yerinin olmaması gerekmektedir.

Ancak, Kanun, kendi koyduğu sisteme 53/ 3 ve 4. madde hükmünde sadık kalmamış, dolayısıyla güvenlik tedbirinin, "Hapis cezasının ertelenmesi" kurumunun konusu olabileceğini kabul etmiştir (CK. m. 53/5, 58). Bu, kuralın istisnası kılınan haller dışında, cezanın ertelenmesi kararına rağmen, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak güvenlik tedbirlerinin; hem denetleme süresi içerisinde, hem de, suç işlenmeden veya yükümlülüklere uyularak geçirilse bile, denetleme süresi sona erdikten sonra, eğer hala mümkünse, hüküm ve neticelerini meydana getirmesi demektir. Kuşkusuz, güvenlik tedbirleri incelenirken, konu üzerine tekrar dönülecektir. Burada, sadece, hapis cezasına mahkum edilen kişinin mahkumiyetinin, hapis cezasının ertelenmesi ile birlikte, kendiliğinden ortadan kalkmadığına işaret etmek istiyoruz.

Öyleyse, ertelemede, cezanın infaz edilmiş sayılması ile ceza mahkumiyeti ortadan kalkmış olmaz; dolayısıyla Kanun, 765 sayılı Kanundan farklı olarak, "memnu hakların geri verilmesi" veya benzeri müesseseye yer vermemiş olduğundan, kişinin hükümlülük, yani sabıkalılık sıfatı ömrü boyunca devam eder. Gerçekten, Kanunun "...hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir" hükmü, bizi doğrulamaktadır, çünkü kanun, hükmünde, açıkça hapis cezasına mahkum edilen kişiden ve o kişinin cezasının ertelenmesinden söz etmektedir. Bu, bir kere suç işlemiş olan kimsenin, ömrü boyunca hükümlü, yani sabıkalı olmaktan; sabıkalı olmanın hüküm ve neticelerinden kendisini kurtaramaması demektir.

D. Koşullu Salıverme

Hürriyeti bağlayıcı cezanın belli bir süresini iyi hal ile geçiren hükümlü belli bir süre sonunda, koşullu olarak serbest bırakılabilmektedir. Bu halde, hükümlü cezasının kalan kısmını ceza evi dı□ında bazı koşullara uyarak serbestçe

çekmektedir. Bu sürenin bitiminde hükümlü cezasının tümünü çekmiş olmakta ve serbest kalmaktadır.

Koşullu salıvenne, maddi ceza hukukuna nu, yoksa infaz hukukuna mı aittir tartışması her zaman yapıla gelmiştir.

Yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, koşullu salıvermeyi, şartla salıverme veya meşruten tahliye adları ile, hürriyeti bağlayıcı cezalarla ilgili görerek onlarla birlikte 16, 17.- maddelerinde düzenlemiştir. Daha sonra, şartla tahliyeye, aynca gene yürürlükten kalkmış bulunan 647 sayılı Kanunun 19. maddesinde yer verilmiş; böylece, geçmişte, ceza hukuku düzeninde sistemden yoksun bir yapı oluşturulmuştur.

5237 sayılı Kamın, hürriyeti bağlayıcı cezalan düzenleyen hükümleri arasında şartlı tahliyeye yer vermemiştir. Şartlı tahliye, "Koşullu salıverme" adı ile 5275 sayılı Kanunun 107 maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Ancak, 5237 sayılı Kanunun 7/3. maddesi hükmü karşında, koşullu salıvenne, maddi ceza hukukuna ait olmaktadır.

E. Adli Para Cezası

1. Genel Olarak

Ceza hukuklarında hürriyeti bağlayıcı cezalar yanında ayrıca para cezalarını yer verilmiş olması birçok tartışmayı da birlikte getirmiştir. En başta, para cezalarının, adil olmadığı ileri sürülmüştür. Gerçekten, denmektedir ki, para cezası varlıklı için pek korkutucu değilken, yoksul için yıkımdır; çünkü, varlıklı her zaman para cezasını ödeyebilecek durumda olduğundan, cezanın hürriyeti bağlayıcı bir cezaya dönüşmesi mümkün değilken, yoksul çoğu kez hakkında hükmedilen para cezasını ödeyemeyeceğinden, ceza hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşecek ve yoksul varlıklıdan daha çok ceza tehdidi altında olacak; dolayısıyla, sonunda, ceza evine hep yoksul girecektir. Hafif suçlarda, taksirli suçlarda, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezasına çevrilmesinin nerede ise kural haline getirilmesi, Devlete gelir sağlamakla biriikte; kişilerin toplumda davranışlarında özensizliği artırır; suçtan kaçınma duygusunu kırar; hakimler kararlarında gerekçe de gösterse istenmeyen keyfiliklere neden olur; dolayısıyla, büyük bilge Nasrettin Hocanın ifadesiyle "parayı veren düdüğü çalar" ve sonunda, taksirli suçlar, hatta hürriyeti bağlayıcı cezası az olan suçlar, sadece toplumsal tedirginlik yaratmakla kalmaz, toplumun var olmasını sağlayan değerleri zedeler, yıkıcı boyutlara ulaşır.

Öte yandan, para cezalarının, özellikle ekonomisi istikrarlı olmayan ülkelerde, paranın değerine bağlı olarak aşındığı; dolayısıyla zamanla etkisinin azaldığı ileri sürülmüştür. Bu doğrudur. Kanun, aşağıda görüleceği üzere, para cezasını gün sayısına endekslemiş olmasına rağmen, para cezasını belirleyen kriter sonunda yine para olduğundan, aşınma konusunda sorunu çözücü olamamıştır, çünkü belirtilen zafiyet, ekonomik hayatta kağıt para sisteminin geçerli olduğu günümüzde, para cezasının kendi bünyesinde mevcut bulunmaktadır.

Para cezasının, bazı suçlarda, ör., kazanç saiki ile işlenen suçlarda, hürriyeti bağlayıcı cezadan daha çok etkili olduğu ileri sürülmüştür. Ancak, bu düşünce, belirtilen suçlarda, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezanın yerini almasını sağlamamış, hürriyeti bağlayıcı ceza ile para cezasının birlikte verilmesi düşüncesine katkıda bulunmuştur. Hatta, bu tartışmalar, "nispi para cezası" yanında, failin suçtan elde ettiği kazancın tümünün elinden alınması anlamında sınınnı kazancın belirlediği bir para cezası anlayışını doğurmuştur. Bu anlayış, ceza müeyyidesi olarak değil, ama güvenlik tedbiri olarak kanunda ifadesini bulmuştur. Gerçekten, Kanun, 55. maddesinde, "kazanç müsaderesi" tedbirine yer vermiştir. Tüzel kişinin suçun faili olmadığı, ancak güvenlik tedbirine muhatap kılındığı bir ceza hukuku düzeninde, eleştirilir olsa bile, en uygun çözüm, herhalde kanunun bu çözümüdür.

2. Cezanın Esası

Kanun, para cezasını, 52. maddede, "Adlı para cezası" adı altında dört fıkra halinde düzenlenmiştir. 52/1. madde hükmünde adlı para cezası tanımlanmıştır. Buna göre, adlı para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir.

"Meblağ", para miktarı, tutar anlamına gelmektedir. Burada, "..takdir edilen miktar ..." meblağla bağıntılıdır. Bu demektir ki, hakim, takdir ettiği bir miktarı, beş gün ile yediyüz otuz gün arasında takdir ettiği bir gün sayısı ile çarpacak; böylece, elde ettiği meblağ, önüne gelen somut ihlalin cezası olacaktır.

Görüldüğü üzere, hakim, somut ihlalde para cezasını belirlerken iki kez takdirde bulunacaktır. Gerçekten, hakim, önce, iki had arasında gösterilen günden belli sayıda bir gün takdir edecek; sonra, gün başına iki had arasında

gösterilen para miktarından belli bir miktarı takdir edecek; daha sonra, takdir ettiği gün sayısı ile gün başına takdir ettiği para miktarını çarparak ihlalin karşılığı olan para cezasını belirleyecektir.

Kanun, 52/2. madde hükmünde hakiırun takdirine esas olan para miktarını, gün başına, en az yinru, en çok yüz Türk lirası olarak belirlemiştir. Hakim, 20 ile 100 lira arasında bir parayı takdir ederken, kişinin ekonomik durumunu ve diğer şahsi hallerini göz önüne alacaktır. Burada kişinin göz önüne alınacak şahsi hallerinden maksat, her halde kişinin ihtiyaçları, ailevi durumu, toplumsal çevresidir.

Kanun, gerekçesinde, bu sistemi kabul ederek ceza adaletinde eşitsizliği giderdiğini iddia etmiştir. Bir kere, beş gün nere... 730 gün nere... bu iki sınır arasında ceza adaletinin sağlanacağını düşünmek bize pek akıllıca gelmemektedir. Aynı şey 20 ile 100 lira için de söylenebilmektedir. Böyle bir düzenleme, hele bir de gerekçede dendiği gibi "ilke olarak hapis cezası ile birlikte değil bu cezaya alternatif olarak uygulanacağı" düşünüldüğünde, ceza adaletini sağlamaz; yargı bağımsızlığının, hakim teminatının yeterince sağlanamadığı, yargı erkini kullananların yeterince iyi yetiştirilemediği bir ülkede, gönül rahatlığı ile "Ankarada hakimler var" denilemediği sürece, sadece adam kayırmaya yarar. Sonra, beş günü anladık; ama niçin düz hesap 700 gün değil de 730 gün; bunu da anlamak kolay değildir. Tarihi kanun koyucu, fiyakalı laflar yerine, koyduğu sayısal kriterlerin nedenini açıklamış olsaydı, uygulamaya daha çok katkıda bulunmuş olurdu.

3. Cezanın Verilmesi ve Yerine Getirilmesi Usulü

Haklın, 52/3. madde hükmü gereğince, kararında, adlı para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen para miktarını ayrı ayrı göstermelidir. Kanun "tam gün" ifadesi kullanmıştır. Öyleyse, hesapta tam gün esas alınacaktır. Para miktarı bakımından kanunda bir kayıt bulunmamaktadır. O nedenle, hakim, 20-100 lira arasında kalmak kaydı ile istediği miktarı hesapta baz olarak seçebilir.

Hakını, ekonomik ve şahsi hallerini göz önüne alarak, kişiye, cezasını ödemesi için, hükmün kesinleşmesi tarihinden başlamak ve bir yıldan fazla olmamak üzere "mehil" verebilir. Hatta, cezanın "belirli taksitler halinde" ödenmesine de karar verebilir. Eğer, haklın, cezanın taksitlerle ödenmesine karar verirsi, "taksit miktarı" dörtten az, taksit süresi iki yıldan fazla olamaz **(CK.** m. 52/4).

Hakim, kararında, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceğini ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğini belirtmek zorundadır (CK. m. 52/4).

Burada, kalan, yani ödenmeyen kısım madem tamamen tahsil edilecektir, o zaman "ödenmeyen adli para cezasının" hapse çevrilmesini anlamakta zorluk çekilmektedir, çünkü halk özdeyişi ile, bir koyundan ilci post çıkmaz. Gerçekten, hem ödenmeyen kısım tamamı tahsil ediliyor, hem de ödenmeyen bu kısım hapse çevriliyor. Acaba, bu, kişiyi, bir fiilden, yani adli para cezasının taksitlerini zamanında ödememek fiilinden ötürü iki kez cezalandırmak değil midir? Eğer, ödememe fiili, başlı başına bir suç sayılıyorsa, bu yüzden ödenmeyen para cezası miktannca kişi hürriyeti bağlayıcı cezaya muhatap kılınıyorsa; bunun; kanunda. bir suç olarak, açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Düzenleme, ne maksada uygundur, ne de doğrudur.

il. GÜVENLİK TEDBİRLERİ

A. Genel olarak, B. Güvenlik tedbirlerinin muhatabı, C. *Güvenlik tedbirlerinin türleri, 1. Genel olarak,* 2. *Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, a. Tedbirin niteliği, bazı kimselerin bazı hakları kullanmaktan yoksun bırakılması, b Tedbirin türleri, i. Bir kamu görevinin üstlenilmesinden, atama veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten mahrum edilmek, ii. Seçme ve seçilme hakkını kullanmaktan mahrum edilmek, iii. Velayet haklauukın., vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan mahrum bırakma, iv. Tüzel kişilerin yöneticisi veya denetçisi olmamak, v.. lme bağlı bir meslek veya sanatı icra edememek,* c. *Hakimin hükmü ile belli hakları kuUanmaktan yoksun bırakılma, d. Taksirli suçlarda belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, 3. Eşya müsaderesi, a.. Niteliği, b. Suçla ilgili eşyanın müsaderesi, i. Suçun işlenmesinden sonra suçla ilişkili eşya, ii. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya,* c. *Müsadere konusu eşyanın ortadan kaldırılması, d. Müsaderenin hakkaniyete aykırı olması, e. Kendisi suç oluşturan eşya, f Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi, g. Paydaş olunan eşyanın müsaderesi, 4. Kazanç müsaderesi, a. Niteliği, b. Şartları, 5. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, 6. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, a. Niteliği, b. Tam akıl hastalan, c. Kısmi akıl hastaları, d. Alkol, uyuşturucu veya uyancı madde bağımlıları,* 7. *Denetimli serbestlik tedbiri, a. Mahiyeti, JISuçta tekerrür, c. Teke"ürün hüküm ve neticesi, d. Denetimli serbestlik tedbiri, e. ltiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlu, 8. Tüı.el kişiler hakkında güvenlik tedbirleri, a. Tüzel kişinin güvenlik tedbirlerinden sorumluluğunun esası, b. lz,ıin iptali, c. MiJsadere, d. Hakimin takdir yetkisi*

A. Genel Olarak

Kanw1, güvenlik tedbirlerini, "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısım, "Güvenlik tedbirleri" başlığmı taşıyan lkinci Bölümde sekiz madde halinde düzenlemiştir. Güvenlik tedbirleri eğer müeyyide değillerse, bizce, Üçüncü Kısmın "Yapunmlar" ismini taşıyan başlığı yanlıştır. BunWl doğrusu, başlığın "Ceza müeyyidesi ve güvenlik tedbirleri" biçiminde olmasıdır.

Kaı1W1, güvenlik tedbirlerini, cezadan farklı bir yerde, cezadan farklılaştırarak düzenlemek istemesine rağmen, yaptırım olarak nitelendirdiği bu tedbirleri, ceza müeyyidesinden farklılaştırmada başarılı olamamıştır. Gerçekten, Kanun koyucu, ceza normuna uymayı sağlamaya matuf yoksunlukları,"doppio binario" denen, ceza müeyyidesi ve güvenlik tedbirinin birlikte oluşturduğu bir sistem olarak görmeyi becerememiş[458], cezai himayeyi sağlayan vasıtaları, tümünü "yaptırım" sayarak, "altı kaval üstü şişhane" olan bir himaye cihazı oluşturmuştur.

Tarihi kanun koyucunun, yaptınmdan, aynı şey müeyyideden neyi anladığı belirsizdir. Kanun koyucu, madde gerekçelerinde, bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için "suçWl işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı cezaya mahkfun edilmesi gerekmemektedir" diyerek; bu tedbirlerin, cezadan farklı olarak, ihlale tepki olmadıklannı, sadece ihlal vesilesi ile verildiklerini birçok yerde açıkça belirtirken; mahiyeti bakımından ihlale tepkiden başka bir şey olmayan, dolayısıyla fer'i ceza olarak adlandırılan hükümlü kişinin belli hakları kullanmaktan mahrum bırakılmasının ceza müeyyidesi değil de güvenlik tedbiri sayılması bir çelişkidir. Gerçekten, 765 sayılı Kanun (m. 20, 31), İCK., (m.17, 18, 19, 20), Alman Ceza Kanunu (& 45 StGB }45[9], ayrıntıda bazı farklar olmakla birlikte, ceza mahkumiyetinin kanuni neticesi olarak, hak yoksunluklarını, güvenlik tedbiri olarak değil; tam tersine, ceza yanında, fer'i ceza olarak görmektedir.

Doğrusu budur, çünkü, bir şey, Kanunun ifadesi ile "suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu" ise; artık o şey, tehlikelilikle bağıntılı olarak ortaya çıkan güvenlik tedbiri değildir, ama ihlale, yani suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahk:funiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır.

Böyle olunca, Kanun koyucu, ne her istediğini her istediği yere koyabilir ne de her istediğini istediği şey yapabilir. Ceza hukukunun, tarihinden gelen, yüzyıllar içinde oluşmuş kurumları, kavramları, terimleri bulunmaktadır. Zaruret olmadıkça. kanun koyucular, bunlara saygılı olmak zorundadırlar. Tarihi kanun koyucunun, ör..

---

[451] Gerçekten, Alınan ve İtalyan sistemleri için bkz., Fomasari, I principi, s. 527 vd.

[""] Fomasari, I principi, s.493 vd.

suya içki demesi, suyu içki yapmaz. Öyleyse, Kanunun, kendisi ile çelişkiye düşerek, ceza mahkumiyetinin kanuni neticesini güvenlik tedbiri sayması, bunların, güvenlik tedbiri olmalarını gerektirmez.

Ancak, Kanunun 53. maddesinin açık düzenlemesi karşısında, aslında fer'i ceza olan hak yoksunluklarını, bugün için güvenlik tedbiri olarak görmekten başka çare bulunmamaktadır, çünkü hukuk düzenimizde "düzeltici yorum" mümkün bulunmamaktadır

Güvenlik tedbirleri çok ve çeşitli olabilmektedir.Gerçekten, bunlar, bir mala veya paraya el konulması biçiminde olabileceği gibi, suç işleyerek tehlikeli olduğunu ortaya koyan kişinin kişi hürriyetinden yoksun kılınması biçiminde de olabilir.

Güvenlik tedbirleri kanunla konur (Ay. m . 38, CK. m. 2). Güvenlik tedbiri yargılaması, ceza yargılaması usul ve esaslarına tabidir. Güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi kanunla olur. Müsadere hariç, öteki güvenlik tedbirleri hakim tarafından geri alınabilir, değiştirilebilir.

B. Güvenlik Tedbirlerinin Muhatabı

Güvenlik tedbirlerinin muhatabı, en başta bir suç işleyerek tehlikeli olduklarını gösteren kişilerdir. Bu kişilere ya ceza verilememektedir, ya da verilebilse bile, ceza tehlikeliliklerini gidermeye yetmemektedir.

Bir kere, Kanun, çocuklara, isnat yeteneği olmayan kişilere ceza verilemeyeceğini; bunların ancak güvenlik tedbirlerinin muhatabı olabileceklerini kabul etmiştir. Kanun, 31. maddesinde, fiili işlediği esnada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin, 32. maddesinde akıl hastalarına iyileştirici tedbirlerin uygulanmasını emretmiştir. Öte yandan, Kanun, 53. maddesinde, ceza yanında, suç işleyerek tehlikeliliklerini ortaya koyan kişilere, ceza mahkumiyetinin kanuni neticesi olarak, güvenlik tedbiri • uygulanmasını emretmiştir. Kanun, suçta tekerrür halinde, özel tehlikeli suçlarda, suçun faili kişiyi bir yandan farklı bir infaz rejmine tabi tutarken, öte yandan "denetimli serbestlik" güvenlik tedbirine muhatap kılmaktadır (CK. m. 58).

Kanun, 59. maddesinde, "işlediği suç nedeniyle iki yıl ve daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının cezanın infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükmolunur" hükmüne yer vermişti. Kanunun, yürürlüğe girmesinden hemen sonra, bu hükmü, 31.3.2005-5328/l sayılı Kanunla alelacele değiştirilmiştir. Böylece, suç işleyen yabancının, cezasını çektikten sonra sınır dışı edilmesi, güvenlik tedbiri olmaktan çıkarılmış; "durumu sınır dışı işlemleriyle ilgili

olarak değerlendirilmek üzere derhal İçişleri Bakanlığına bildirilir" denerek, sınır dışı edilme, asıl sahibi olan kolluğa mal edilmiştir. Tarihi kanun koyucunun bu davranışı, "muhteşem" olduğu iddia edilen Kanunun, ne denli özensiz hazırlandığıun kanıtJdır.

Eşya ve kazanç müsaderesi güvenlik tedbirinin konusudur. Kanun üçüncü kişilere ait olmamak koşulunu getirdiğinden, eşyanın maliki, güvenlik tedbirinin muhatabıdır (CK. m. 54). Kazanç müsaderesi söz konusu olduğunda, kazancın sahibi kişi, tedbirlerinin muhatabı olmaktadır (CK. m. 55).

C. Güvenlik Tedbirlerinin Türleri

1. Genel Olarak

Hakkında uygulandıkları kişilerin farklı olmaları, doğal olarak, tedbirlerin farklı olmaları sonucunu doğurmuştur. Ancak, kanun koyucu, Ceza hukukundaki yerini kafasında tam olarak berraklaştıramadığı içindir ki, güvenlik tedbirlerini, kimi zaman ihlale tepki olarak, kimi zaman ihlal vesilesi ile ortaya çıkan tehlikeliliği giderecek bir çare olarak algıladığından, ceza ve tedbiri birbirine karıştırmıştır.

Gerçekten, ör., belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirini, Kanun koyucu, bir yandan, esasen "hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak", açıkçası ihlale tepki olarak görürken **(CK.** m. 53/1), öte yandan ayrıca "cezanın infazından sonra işlemek üzere" kişinin tehlikeliliğini gidermeye matuf bir çare, açıkçası bir tedbir olarak da görmektedir (CK. m. 53/5, 6).

Kanunun 57. maddesinde öngördüğü Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, kaynağını Anayasanın 19. ve 38. maddelerinden almasına rağmen, bunlar, Anayasanın 19. maddesinin işaret ettiği "toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişi" değildirler. Bunlar, Anayasanın 19. maddesinin belirttiği "Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin" muhatabı kişilerdir. İki kategori kişi arasındaki temel fark, bunlardan birinin bir suçu işlemiş olmaları, yargılanmaları ve haklarında emniyet tedbirine hükmedilmesi; ötekilerin, toplum için tehlike teşkil etmelerine rağmen, bir suç işlememiş olmalarıdır. O yüzden, suçu işlediği sırada akıl hastası olan kişiler, -"yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar".

Zoralım, ister eşya, isterse kazanç müsaderesi olsun, suçla sınırlıdır. Bu demektir ki, ceza mahkumiyeti ile ilişkili olarak suçlunun tüm mallan veya kazancı, zoraJımın konusu yapılamaz.

Kanun, 59. maddesinde, Anayasanın 16. maddesinin emrine uygun olarak, işlediği suçtan ötüıü Türk Ceza Kanunu hükümlerine tabi olan yabancı hakkında güvenlik tedbiri öngörmüştür.

Tüzel kişiler hakkında ceza müeyyidesi uygulanamaz, ancak "güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır" (CK. m. 20/2). Kanun, 60. maddesinde, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerini, "faaliyet izninin iptali" ve "müsadere" olarak belirlemiştir.

2. Belli Haklan Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

a. Tedbirin Niteliği, Bazı Kimselerin Bazı Haklan Kullanmaktan Yoksun Bırakılmaması

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma adı altında yer alan güvenlik tedbirleri, Ceza Hukuku Düzeninde (CK. m. 51/1), "hapis cezasına mahl.'llIIl.İyetin kanunı sonucu olarak" öngörülmüş bulunmaktadırlar . Esasen adına güvenlik tedbirleri de denmiş olmasına rağmen, ceza mahkumiyetinin kamını sonuçları olduklarından; bunlar, önce de belirtildiği üzere, güvenlik tedbiri değildirler. Adına ne denirse densin, Kanunun gerekçesinin ifadesi ile "suça bağlı hak yoksunlukları" olduklarından, hak yoksunlukları katıksız fer'i cezadırlar. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları, bir tedbir olmadıklarının, ama bir ceza olduklarının kanıtıdır.

Bu bağlamda olmak üzere, hapis cezasına mahkum olan kişi, cezanın infazı tamamlanıncaya kadar, hapis cezasının kanuni sonucu olarak kullanmaktan yoksun kaldığı hakkı kullanamaz (CK. m .53/2). Kuşkusuz, koşullu salıverilmede, hapis cezasının infazı tamamlanmış olmadığından, hükümlü kişi hakkınd□ güvenlik tedbirinin uygulanmasına devam edilir.

Ancak, hükmün bir istisnası olarak, cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlü, kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerini kullanabilmektedir (CK. m. 53/3). Açıkçası, kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olduğunda, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, kendi altsoyu üzerinde velayet, vesayet ve kayyımlık yetkisini kullanmaktan mahrum olmaz, tersine söz konusu bu yetkilerini kullanmaya devam eder. Gene, aync□ yukarıdaki hükmün bir istisnası olarak, ma□kfim olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında, kanunun 53/1,e fıkrası hükmünde öngörülen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verİebilir (CK. m. 53/3).

Kanun, hakkında verilen kısa süreli hapis cezası ertelenmiş kişi ve çocuklar hakkında, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin uygulanmamasını emretmektedir (CK. m. 53/4). Bir kere çocuklar söz konusu olduğunda, Kanw1, bwm, "fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler" olarak ifade etmiştir. Elbette, bu kişi, yaşı küçük olmasına rağmen, işlediği suç balonundan, isnat yeteneğine sahip olan kişidir. Ona ceza verilir; ancak, hakkında, güvenlik tedbirleri uygulanmaz. Öte yandan, Kanun, bu madde hükmünde "ertelenıniş kısa süreli hapis cezası" ifadesine yer vermiş bulunmaktadır. Bu ifade ile, herhalde, hem 51.madde hükmüne, hem de 49/2. madde hükmüne göndennede bulunulmaktadır. Eğer, bu doğruysa, bir yıldan daha az süreli olarak hapis cezası verildiğinde ve ceza tecil edildiğinde; ancak, o zaman, 53. maddede öngörülen güvenlik tedbiri, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak, cezası ertelenen hükümlü hakkında uygulanmayacaktır.

b. Tedbirin Türleri

Belli haklan kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirleri, Kanunda, dört grup olarak belirlenmiştir.

Bunlar, hükümlü kişinin, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, özel veya kamusal bazı hakları kullanmaktan yoksun kılınmasıdır.

i. **Bir Kamu Görevinin Üstlenilmesinden, Atanına veya Seçme Tabi Bütün Memuriyet ve Hizmetlerde İstihdam Edilmekten Mahrum Edilmek**

Bu tedbir, hükümlünün, hükümlülük süresince, sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevini üstlenmekten men edilmesidir (CK. m. 53/1,a). Kanun, ceza kanununun uygulanmasında kamu görevlisini tanımlarken (CK. m. 6/c) "kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi" olarak tanımlamaktadır. Öyleyse, kamu görevlisinin yürüttüğü faaliyet kamu görevidir. Kanun hükümlünün bu görevi üstlenmesini yasaklamaktadır. Ancak, Kanun, bir bilinmeyen ile diğer bir bilinmeyeni tanımlamaya çalışmıştır. Böyle olunca, kamu görevi sözünün anlamı, kapsamı ve sınırlarını, madde hükmünde yer verilen örneklere bakarak ve onlarla sınırlı olarak anlamak gerekmektedir. Bunlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği yapmak, devlet, il, belediye köy veya bunların denetimi ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlar bünyesinde faaliyet yürütmektir. Burada, devletten maksat, herlıalde, yasama organı, il, belediye ve köy tüzel kişileri hariç, tüm kurum ve kuruluşları ile Yürütmedir. Kanun koyucu, "denetim ve gözetim altında bulunmak,, ifadesi ile, herhalde idari vesayete işaret etmek istemiştir. Genel idare söz konusu olduğunda, bunlar, idarenin bağlı ve ilgili kuruluşlardır.

Böyle olunca, Kanun, mahkumiyetin kanunı sonucu olarak, bu yerlerde, sürekli, süreli veya geçici olarak, atamaya veya seçime tabi tüm memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmek-ten yoksun bırakılmayı emretmiştir. Kanunda memuriyetin ve hizmetin tamım bulunmamaktadır. Memuriyet ve hizmet, Anayasanın 128. ve 140. maddeleri hükmü anlanunda anlaşılmalıdır.

Hükmünde bir açıklık olman1akla birlik."te, genel özeli de kapsadığından, Bilirkişi, memur; bilirkişilik, memuriyettir. Kuşkusuz, bu durum, hakem, hakemlik hakkında da geçerlidir.O nedenle, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahk.rum olan kimse, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, ne bilirkişilik ne de hakemlik yapabilir.

ü. Seçme ,·e Seçilme Hakkının Kullanmaktan Mahrum Edilmek

Kanun, "seçme ve seçilme ehliyetinden, ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" mahrum edilmeyi güvenlik tedbiri saynuştır (CK. m. 53/1,b). Bir kere bu hüküm ile bir önceki hüküm arasındaki farkı anlan1akta zorluk çekiyoruz, çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmak.'tan, il, belediye ve köy kamu tüzel kişilerinin organlarına seçme ve seçilme hakkını kullanmak.1.an yoksun bırakılma, aslında seçme ve seçilme hakkını kullanmak.1.an yoksun bırakılmaktan başka bir şey değildir. Burada, "diğer siyasi haklar" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Gerekçede bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer siyasi haklardan maksat, herhalde siyasi parti kurma, siyasi partiye üye olma hakkı (An. m. 68), siyasi propaganda yapma hakkı, Anayasanın 74. maddesinde öngörülen dilekçe hakkıdır. Ancak, bu hükmü dar yorumlamak gerekmektedir. Hükümlü değil ne olursa olsun, kişinin siyasi bir düşünce sahibi olması, düşüncelerini açıklaması, düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında kalmak kaydıyla (AlHS. m. 9, 10) hiçbir yoksunluğun konusu edilemez. Aynı şekilde, Anayasanın "dilekçe hakkı" olarak tanıdığı hak söz konusu olduğunda, bu hak.1an yoksunluk da mümkün değildir.Anayasanın 74. maddesi hükmü açık.1.ır. Bu hüküm, kanun koyucuyu bağladığı kadar, hakimi da bağlar. Hiç kimse, hiçbir şekilde dilekçe hakkını kullanmak.1.an mahrum kılınamaz. Öyleyse, kanun hükmünü, maksadı aşan bir ifade olarak değerlendirmek ve daraltarak yorumlamak gerekmektedir.

Kanun koyucu, muhtemelen, özel hukukta kullanılan "hak ehliyeti", "fiil ehliyeti" kavramlarına öykünerek, "seçme ve seçilme ehliyeti" ifadesini kullanmaktadır. Bu ifadeden maksat, herhalde Anayasanın 67. maddesinde öngörülen, seçme, seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma haklarıdır. Siyasi faaliyetlerde bulunma hakkı, sadece seçimlerde oy kullanma, halk oylamasına katılma

haklarını değil, aynı zamanda siyasi propaganda yapma, siyasi paıti kurma ve siyasi bir partiye üye olma (An. m. 68) haklarını da içennektedir. Siyasi hakları düzenleyen Anayasada, "seçme ve seçilme ehliyeti" ifadesine rastlanmaımıktadır. Tarihi kanun koyucunun, Anayasanın 67. maddesi hükmü gözünün önünde dururken, Anayasada olmayan bir ifadeyi kullanarak kafa karıştınnasınm nedeni aı1laşılamamaktadır.

j

ili. **Velayet Hakkından, Vesayet veya Kayyımlığa Ait Bir Hizmette Bulunmaktan Mahrum Bırakılnıa**

Kasten işlemiş olduğu suçtan ötürü hapis cezasına mahkum olduğunda, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, kişi, Kanuna göre (CK. m. 53/1,c) aile hukukunun sağladığı bazı hakları kullanmaktan mahrum bırakılabilmektedir. Bunlar, velayet vesayet ve kayyımlıktır.

Ancak, Kanun (CK. m. 53/3), yukarıda da belirtildiği üzere, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverilme halinde, hükümlünün kendi altsoyu ile kayıtlı olarak, bu fıkra hükmünün uygulanmayacağını kabul etmiştir

iv. Tüzel Kişilerin Yöneticisi veya Denetçisi Olamamak

Kanun, 53/1,d maddesi hükmünde, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak vakıf, demek, sendika, şirket, kooperatif, siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi ve deneticisi olma hakkından yoksun kılınmasını kabul etmiştir.

Siyasi parti de bir demektir; bu doğrudur; ama yeri, demek, vakıf ve şirketlerin yanı değildir. Siyasi partinin yeri yukarıdaki hükümdür, çünkü siyasi parti tüzel kişisini vurgulayan özellik, bu tüzel kişinin faaliyetinin salt siyasi nitelikte olmasıdır.

v. İzne Bağlı Bir Meslek veya Sanatı İcra Edememek

Kanun, 53/1,d maddesi hükmünde, kasten işlediği bir suç dolayısıyla hapis cezasına mahkum olan kişinin, mahkumiyetin kanuni sonucu olara, "bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek ve sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten" yoksun bırakılmasını kabul etmiştir. Ancak, Kanun, cezası ertelenen hükümlü hakkında, bu hükmün uygulanmasını, "...verilebiJir" diyerek hakimin takdirine bırakmıştır.

Bu yoksunluğun söz konusu olabilmesi için birinci şart, serbest meslek erbabı veya tacirin yapmaktan yoksun kılındığı faaliyetin "bir kamu kurumunun,, veya "kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşunun" "iznine" tabi olmasıdır. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları Anayasanın 135. maddesi

hükmünde bellidir. Ancak, "bir kamu kurumu" ifadesi belirsizdir. Gerçekten, bu ifadesinden hangi idareleri anlamak gerekiyor, ör. Belediyeler bir kamu kurumu ifadesi içinde midir ? sorusu akla gelmektedir. Öte yandan, "izne tabi meslek ve sanat" ifadesinde izin ile ne kastedilmektedir belli değildir. Oysa, idare hukukunda "izin" nedir bellidir. Burada, akla gelen ilk soru, "ruhsat", "kuşat", "ehliyet", "diploma" vs., izin midir değil midir ? sorusudur. Böyle olunca, söz konusu hüküm nasıl anlaşılmalıdır sorusu akla gelmektedir. Kanunun, 53/3 ve 5. fıkraları karşısında, 53/1, e maddesi hükmünün geniş anlaşılması gerekmektedir. Gerçekten, izinden ör., ruhsatı, "Bir kamu kurumu" ifadesinden ör., Belediyeyi anlarsak; o zaman, kasten işlemiş olduğu bir suçtan ötürü hapis cezasına mahkum olan berber, bakkal, kasap, manav, vs., yaptıkları faaliyet serbest meslek faaliyeti olduğundan, hakim aksine karar vermiş olmadıkça (CK. m. 53/3), cezaları ertelendiğinde veya koşullu salıverildiklerinde, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak mesleklerini yapamayacaklardır.

Mahkumiyetin kanuni sonucu olarak bu tedbirin muhatabı, "mesleğini kendi sorumluluğu altında icra eden serbest meslek erbabı kişi ve mesleğini tacir olarak icra eden kişidir. Tacirin kim olduğu Ticaret Kanununda bellidir.

c. Hakiının Hükmü ile Belli Haklan Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

Kanun, 53/5. madde hükmünde, bu maddenin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerden biri kötüye kullanılarak işlenen suçlarda, hapis cezasına mahkumiyet halinde, aynca, cezanın infazından sonra yerine getirilmek üzere, hükmedilen cezanın yansından bir katına kadar, söz konusu bu hak ve yetkilerin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilebilir hükmüne yer vermiştir.

Burada, belli haklardan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, hükümden anlaşıldığı üzere, artık, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu değildir, çünkü kendiliğinden ceza mahkumiyetininsonucu olmamakta, hakkın kötüye kullanılması göz önüne alınarak, hakİin tarafından hükmedilmektedir.

Güvenlik tedbiri, ceza tümden yerine getirildikten sonra uygulanacaktır. Koşullu tahliye halinde ceza tümden yerine getirilmiş değildir. "Madem cezanın infazından sonra işlemek üzere" hükmedilmektedir, hapis cezasının ertelenmesinde, güvenlik tedbiri, "denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayıldığı" göz önünde tutulduğunda, ancak denetim süresi geçirildikten sonra uygulanabilecektir.

Hakkın kötüye kullanılmasından ötürü güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için, hükümde belirtilen hak ve yetkilerden "birinin" kötüye kullanılması suretiyle suçun

işlenmesi gerekmektedir. Öyleyse, oıtada kötüye kullanılan bir hak veya yetki yoksa veya söz konusu hak veya yetkiden biii kötüye kullanılmadan suç işlenmişse, hakim, aynca, güvenlik tedbirine hükmetmeyecektir. Kanun, "biri" belgisiz zamirini kullandığından, madde hükmünde yer alan hangi hak veya yetki kötüye kullanılmışsa, ancak o hak veya yetkinin kullanılmamasına hükmedilebilir.

Hak veya yetkiyi kullanmaktan yoksun bırakılmasının süresi, hakimin hükmettiği ceza ile bağıntılı kılınmıştır. Hükmolunacak, güvenlik tedbirinin süresi, hükınolunan cezanın yansından bir katına kadardır.

İşlenen suçun karşılığı olarak hapis cezası değil de adli para cezası verilmişse, bu kez, hükümde belirtilen gün sayısının yansından bir katına kadar bu hak veya yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Yasaklamanm süresi, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar. Öyleyse, para cezasının yerine getirilmesi taksite bağlandığında, son taksit yerine getirilmiş olmadıkça, ceza infaz edilmiş olmaz, dolayısıyla süre başlamaz.

d. Taksirli Suçlarda Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma

Kanun, 53/6. maddesinde, taksirli suçlarda belli haklardan yoksun kılmayı düzenlemiştir. Elbette, "taksirli suça mahkumiyetten" söz edildiğinden, "...kasten işlemiş olduğu suçtan..." söz eden 53/1.hükmünün burada uygulanma yeteneği yoktur.

Kanun, 53. maddenin 6. fıkrasında, bir meslek veya sanatın, yahut trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirli suçtan mahkum olma halinde, hükümlünün, aynca yaptığı bu meslek veya sanatı yapmaktan yasaklanmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilmesini emretmiştir.

Söz konusu hüküm "verilebilir" derken, ceza yanında, aynca güvenlik tedbirinin verilmesini, zorunluluk haline getirmemiş, hakimin takdirine bırakmıştır.

Yasaklama veya geri alına süresi üç aydan az ve üç yıldan fazla olamaz. Hakim iki hat arasında tedbirin süresini belirlerken, taksirin türünü, hükümlünün kusurunun ağırlığını göz önüne almak zorundadır.

Kanuna göre, yasaklama veya geri alma kararı, hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar. Bu demektir ki, sürenin başlaması için, mahkum olunan hapis cezası veya adli para cezası tümden yerine getirilmiş olmalıdır. Ancak, koşullu salıverilme ve ertelemede durum ilgi çekicidir.

Gerçekten, koşullu salıverilme ve hapis cezanın ertelenmesi halinde ceza infaz edilmiş sayılmaz. Ceza, denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halle geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılır. Taksirli suçlarda, mahkumiyetin kanuni sonucu olarak, bir tedbir öngörmediğine göre; bu suçlarda, cezası ertelendiğinde, denetim süresi içinde, kanunen hükümlünün yasaklı olması mümkün olmadığından, hakkı kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, ancak ceza infaz edilmiş sayıldıktan sonra infaz edilebilecektir.

3. Eşya müsaderesi

a. Niteliği

Müsadere suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidermeye matuf ceza hukuku tedbiridir. Niteliği konusunda tartışma olmakla birlikte, müsadere, öncede belirtildiği üzere, bir ceza müeyyidesi değildir, bir güvenlik tedbiridir. Gerek 765 sayılı Kanun gerekse 5237 sayılı Kanun müsadereyi güvenlik tedbiri saymaktadır. Madde gerekçesinde, müsaderenin hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu kabul edilmiştir. Ancak, "müsadereye hükmedilebilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmamakla birlikte" düşüncesine katılmak mümkün değildir, suçun olmadığı yerde güvenlik tedbiri de yoktur. Aksini düşünmek, polis tedbiri ile güvenlik tedbirini karıştırmanın da ötesinde, demokratik bir toplum düzeninde (Ay. m. 2) kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurur.

Müsadere konusu eşya, Kanunda, kendisi suç olan (CK. m. 54/4) veya suçla ilişkili olan (CK. m. 54/1) eşya olarak ayrılmaktadır. Hukukta eşyanın anlamı bellidir. "Para" eşyadır. Öyleyse para eşya müsaderesine konu olabilir.

b. Suçla İlişkili Eşyanın Müsaderesi

Kanun, suçla ilişkili eşyanın müsaderesini, suçun işlenmesinden sonra suçla ilişkili eşyanın müsaderesi ve suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi olarak ikiye ayırmaktadır.

i. Suçun İşlenmesinden Sonra Suçla İlişkili Eşya

İşlenen suç kasıtlı bir suç olmalıdır. Bu, taksirli suçlarda müsaderenin olmaması demektir.

Müsadere edilecek eşya, ya "suçun işlenmesinde kullanılan", ya "suçun işlenmesine tahsis edilen" ya da "suçtan meydana gelen" eşya olmalıdır. Bu demektir ki, suçun *maddi* konusunu oluşturan eşya, ne suçun işlenmesine kullanılan, ne suçun işlenmesine tahsis edilen, ne de suçtan meydana gelen eşyadır. Öyleyse, suçun maddi konusunu oluşturan eşya, ör., hırsızlıkta çalınan taşınır mal müsadere konusu eşya değildir.

Kanun koyucu, 765 sayılı Kanunun 36. maddesinde yer alan dlizcnlcmc kalıbına itibar etmemiş, kendisi farklı bir kalıp oluşturmaya kalkmıştır. Burada, •'suçun işlenmesinde kullanılan eşya" veya "suçtan meydana gelen eşya" ifadelerinin anlamları belirlenebilmektedir. Gerçekten, suçun işlenmesinde kullanılan vasıtadan, suçun işlenmesinde kullanılan vasıta, alet ve edevat anlaşılmaktadır. Suçtan meydana gelen eşya ifadesinin anlamı içtihatlarla belirlenmiş bulunmaktadır. "Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya" ifadesinin ne anlama geldiği madde gerekçesinde açıklanmış değildir. "Tahsis etme" Türkçe sözlükte, ayırma, (aylık bağlama) olarak ifade edilmiştir. Burada, suçun işlenmesine tahsis edilen, yani ayrılan eşya ifadesi, aslında, aslında 765 sayılı Kanunun " .. cürümde... kullanılmak üzere hazırlanan eşya" ifadesinden başka bir şey değildir. Suçta kullanılmak üzere hazırlanan eşya ifadesinin anlamı, kapsamı ve sınırları, 765 sayılı Kanun dönemindeki doktrinde ve uygulamada bellidir.

Kanun, belirtilen nitelikteki bir eşyanın müsadere edilebilmesi için, o şeyin iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamasını şart koşmaktadır. Eşya, fail tarafından ör., suçun işlenmesinde kullanılsa bile, üçüncü kişiye aitse, müsadere edilememektedir. Burada şeyin üçüncü kişiye ait olmasından maksat, herhalde üçüncü kişinin o şeye malik veya zilyet olmasıdır.

"İyiniyetli olmak", "kişinin suça bulaşmamış alınası", kendisine ait şeyin suçla ilişkilendirilmiş olduğundan hiçbir biçimde haberinin olmamasıdır.

ii. Suçun İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşya

Kanun, suç isterse işlenmemiş olsun, sırf suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyanın da, bazı değerler bakımından "tehlikeli olması durumunda" müsadere edilmesini emretmiştir. Bu değerler, "kamu güvenliği", "kamu sağlığı", "genel ahlak" olarak belirlenmiştir. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu sağlığı, kamu güvenliği veya genel ahlak "açısından" tehlikeli olmalı, yani tehlike yaratmalıdır.

Burada, "tehlikenin" ne anlama geldiği belirsizdir. Kanun tehlikeyi tanımlamamaktadır. Tehlike "zarar tehlikesi" olarak algılanmalıdır.

Ancak, tehlike, ister "tehlike" isterse "zarar tehlikesi" olarak algılansın, h□nüz işlenmemiş ama ileride işlenmesi düşünülen bir "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın" tehlike yaratıyor gerekçesi ile müsaderesi yoluna gidilmesi, niteliği demokratiklik olmak zorunda olan bir Ceza Hukuku Düzeninde kabulü mümkün olmayan bir sonuçtur. Gerçekten, tehlike davranışın

tehlikeliliği olarak değil de "zarar tehlikesi" olarak algılansa bile, Tarihi kanun koyucunun madde gerekçesinde yer alan müsadereye hükmedilmesi için "suçun işlenmesi zorunlu olmamakla birlikte" şeklindeki düşüncesine itibar edildiğinde, "suçsuz güvenlik tedbiri olmaz" ilkesi çiğnenmiş olacağından, artık demokratik bir ceza hukuku düzeninden değil, totaliter bir ceza hukuku düzeninden söz etmek gerekecektir, çünkü değil güvenlik tedbirleri, "polis tedbirleri" bile, ne kadar tehlikeli olurlar olsunlar kişilerin salt tasavvurları ile ilgili değildirler. Madde gerekçesinde yer alan "Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşya ise, suçun icra hareketleri henüz başlamamış ise, sadece bu nedenle müsadere edilmeyecektir. Ancak bu eşyanın niteliği itibarıyla kanıu güvenliği,kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsaderesine hükmedilecektir" düşüncesi, tehlikeden korunma görüntüsü altında, faşizan bir düzenlemenin açık kanıtı olmaktadır.

c. Müsadere Konusu Eşyanın Ortadan Kaldınlması

Kanun, 54/2. maddesi hükmünde, birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi ve müsaderesinin başka bir surette imkansız olması halinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir, hükmüne yer vermiştir.

Bu hükme göre, ör., orman suçlarında, ormandan kesilen ağaçların kesilmesinde, taşınmasında kullanılan araçlar, müsadere edilmek üzere elde edilemediğinde, bunların değeri kadar paranın zoralımına karar verilecektir. Böylece, failin, şu veya bu şekilde, fiilen, müsadere hükmünü etkisiz kılması önlenmiş olmaktadır.

Ancak, henüz ortada teşebbüs aşamasında kalmış yahut tamamlanmış bir suç yokken, sadece ileride işlenilmesi düşünülen bir "suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış" eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi , vs, hallerinde, bu eşyanın değeri kadar paranın, "kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli..." görülerek, müsaderesine karar verilmesini anlamak mümkün olmamaktadır. Herhalde, burada, daraltıcı yorum yaparak, Kanun koyucunun iradesinin, 54/1. maddesi hükmünün birinci cümlesinde yer alan hükümle ilgili olduğunu kabul etmek gerekecektir.

d. Müsaderenin Hakkaniyete Aykırı Olması

Kanun, 54/3. maddesi hükmünde, müsaderenin hakkaniyete uygun olmasını istemiştir. Gerçekten, Kanun, müsaderenin, "işlenen suça nazaran" daha ağır sonuçlar doğurmamasını istemiştir. Konulan ölçü hakkaniyettir. MK' un 4. maddesinde "kanunun takdir yetkisi tanıdığı durumlarda" hakimin "hakkaniyete

göre" karar vermesini emretmiştir. Hakkaniyet, hukuk kuralıdır. Suçta kullamlan eşyanın zoralımmın hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında müsadereye hükmedilmeyebilir. Burada, hakkaniyetten maksat, müsaderenin kişinin yıkımına neden olmamasıdır. Ormandan, ör. katın ile kereste kaçıran failin, katırının müsadere edilmesi, hakkaniyete uygun değildir. Öyleyse, işlenen suça nazaran" ifadesinden sadece oranlılığı anlamamak gerekmektedir, çünkü oranlı olan her şey hakkaniyete uygun olmayabilir[460].

Bu hüküm, sadece "suçta kullanılan eşyanın müsaderesinde" geçerlidir. Kanun, 54/1. madde hükmünde kullandığı terminolojiye uymamıştır. Bu durum, suçta kullanılan eşyadan, "suçun işlenmesinde kullanılan" eşya mı, yoksa, aynı zamanda "suçun işlenmesine tahsis edilen", ya da "suçtan meydana gelen eşya" mı anlaşılacaktır sorusunu davet etmektedir. Suçta kullanılan eşyadan, herhalde suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın anlaşılması gerekmektedir, çünkü Kanun "suçta kullanılan eşya" ibaresi ile, örtülü olarak, sadece failin suçu işlerken kullandığı vasıtaya işaret etmek istemiştir.

e. Kendisi Suç Oluşturan Eşya

Kanun, 54/4. maddesi hükmünde, "üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alımı ve satımı suç oluşturan" eşyanın müsaderesini emretmiş bulunmaktadır. Gerçekten, Kanun, ör., esrar, eroin, vb., maddelerin, her çeşit silahın, vs. imalini, bulundurulmasını, kullanılmasını, taşınmasını, alımını ve satımım suç saymaktadır. Bunlar, bu faaliyetlerde bulunan kişilerin davranışlarından bağımsız olarak kanundan ötürü müsadere konusudurlar.

Bunun içindir ki, suç konusu olmayıp sadece müsaaereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine, sulh ceza hakimi duruşma yapılmaksızın karar verir (**CMK.** m. 259).

f. Bir Şeyin Sadece Bazı Kısıınlannın Müsaderesi

Kimi zaman bir şeyin sadece bütünden ayrılabilen bazı kısımlarının müsaderesi gerekebilir. Kanun, 54/5. maddesi hükmünde, tümüne zarar vermemek kaydıyla, bir şeyin bir kısmının bütünden ayrılması mümkünse, o şeyin bütününün değil, sadece o kısmının müsadere edilmesini emretmiştir. Öyleyse, ör., içtihatlara da konu olan, yurda kaçak sokularak eski bir otomobilin üzerine monte edilen motorun, tek başına müsadere edilmesi mümkündür. Böyle bir şey mümkün olmadığında, pek tabii, eşyanın tümü müsadere edilecektir.

---

[460] Gerçekten, bir anne, yaşlan, ör., üç, on ve 20 olan Uç çocuğu arasında bir ekmeği bölmek isterse, nasıl davranmalıdır sorusu, eşitlilc, oranlılık, vs. ile değil, hakkaniyet ile açıklanmaktadır.

g. Paydaş Olunan Eşyanın Müsaderesi

Madde gerekçesinde "müşterek ve iştirak halinde mülkiyete konu eşyanın müsaderesi düzenlenmiştir" denmesine rağmen, Kanun, 54/6. madde hükmünde, eşyaya birden fazla kişi paydaş olduğunda, sadece "suça iştirak eden kişinin payının" müsaderesine izin vermiştir.

Bu demektir ki, Kanun, sözel olarak, sadece müşterek mülkiyeti göz önüne almış, iştirak halinde mülkiyeti ihmal etmiştir; çünkü müşterek mülkiyette, şey üzerinde paylar bellidir, dolayısıyla şey, ayrıca bir işleme tabi olmadan pay sahipleri arasında payları oranında bölünebilmekte; buna karşılık iştirak halinde mülkiyette, her paydaş şeyin her yerinin paydaşı olduğundan, ayrıca bir işlem yapılmadıkça, şeyin paylaştırılması mümkün olmamaktadır.

Norm amacı esas alınarak yorumlandığında, böyle bir çelişkili düzenlemenin mümkün olmaması gerekir. Medeni Kanunun 24/2. maddesi hükmü karşısında madem daha üstün bir menfaat gerektirdiğinde mülkiyet hakkı kısıtlanabilmektedir, iştirak halinde mülkiyette, iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmasına rağmen, suçu işleyen veya suça iştirak eden kişinin payı yanında, iyiniyetli üçüncü kişilerin payları da müsadere edilebilecektir. Elbette, bu halde, bu kişilerin paylarının değerinin kendilerine para olarak ödenmesine ayrıca karar verilecektir **(CMK.** m. 265, vd.).

4. Kazanç Müsaderesi

a. Niteliği

Kazanç müsaderesini, Kanun, 55. maddede iki fıkra halinde düzenlemiştir. Gerekçede, "suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini engelleyecek yaptırım olarak kazanç müsaderesine ilişkin düzenleme yapılmıştır" denmektedir.

Niteliği ne olursa olsun, müsadere, daha önce de belirtildiği üzere, ihlale tepki anlamında müeyyide değildir, ancak suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidererek, kişilerin ceza hukuku kurallarına uymasını sağlayan bir güvenlik tedbirdir. Zaten, Kanun, kazanç müsaderesini, güvenlik tedbirleri başlığı altında düzenlemiştir.

Kanun 55. maddenin madde başlığında "Kazanç müsaderesi" terimini kullanırken, maddenin 1. fıkrasında, "maddi menfaatler" 2. fıkrasında "müsadere konusu eşya veya maddi menfaatler" terimini kullanarak kendi içinde çelişkiye düşmüştür. Aync Kanunun, bir önceki maddede, madde başlığı olarak "Eşya müsaderesi" ve madde metninde hep "eşya müsaderesi" terimini kullanırken; 55.

maddede "Kazanç müsaderesi", "ekonomik değerlerin miisaderesi" terimini kullanması iki şeye farklı anlam yüklediği anlamına gelmektedir. Kanun, "kazancı" "... maddi menfaat" veya bunların değerlendirmesi ile ortaya çıkan "ekonomik kazançlar" olarak tanımlamıştır. Bu tanımın içinde, maddenin 2. fıkrasında yer alan "eşya" yoktur. Öyleyse "eşya", kazanç değildir. Hukuk bir yana, günlük dilde de "kazanç" ve "eşya" farklı anlama gelmektedirler. Özensiz davranılarak "altı kaval üstü şişhane" olan bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, yakınmak, çözüm değildir. Buna hakkımız yoktur. Öyleyse, norm, Tarihi kanun koyucunun iradesinden farklı olarak, amacı esas olmak üzere yorumlanırsa, maddenin 2. fıkrası hükmünde yer alan "eşya" sözcüğünün, "şey", "nesne" şeklinde anlaşılması Kanunun iradesine uygun olacaktır.

b. Şartları

Kanun "maddi menfaatler" veya bunların değerlendirilmesi yahut dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan "ekonomik kazançlar" ile suç arasında bir bağıntı kurmuştur. Gerçekten, maddi menfaat veya kazanç, ya "suçun işlenmesi ile elde edilmeli", ya "suçun konusunu oluşturmalı", ya da "suçun işlenmesi için" sağlanmış olmalıdır.

Suçun işlenmesi ile elde edilen maddi menfaatlerden maksat, madde gerekçesinde yer alan örneklerden anlaşıldığı üzere, kara para aklama, uyuşturucu madde ticareti, kumar, kaçakçılık, vs. yolu ile elde edilen maddi çıkarlardır. Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerden maksat, herhalde suçun maddi konusu oluşturan şeylerdir. Gerçekten, ör., hırsızlık suçunda suçun maddi konusunu oluşturan şey, dolandırıcılık suçunda, suçun maddi konusunu oluşturan yarar, vs., suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerdir. Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerden maksat, ör., kiralık katil tutma örneğinde olduğu gibi, faile, bir suçu işlemesi için maddi çıkar sağlamaktır.

Kanun, belirtilen yollarla sağlanan maddi menfaatlerin, bu mümkün değilse, bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesini mümkün kılmaktadır. Bu demektir ki, belirtilen biçimlerde suçla bağlantılı olduğu takdirde, ne nitelik kazanırsa kazansın, her çeşit hak, nakdi, ayni değer kazanç müsaderesinin konusudur.

Ancak, belirtilen yollarla elde edilen kazancın müsadere edilebilmesi, yani Kanunun ifadesi ile kazanç müsaderesi kararı verilebilmesi için, "maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilmemesi gerekmektedir". Öyleyse, belirtilen hallerde ortaya çıkan kazanç, suçun mağduruna iade edilebiliyorsa, söz konusu kazancın artık müsaderesi mümkün değildir.

Bazı suçların mağduru belli bir kişi değildir, mağduru gayri muayyendir. Kuşkusuz, bu suçlarda, söz konusu maddi menfaatin, suçun mağduruna iadesine imkan yoktur. Öyleyse, mağduru gayri muayyen suçlarda, suçla elde edilen kazanç, her zaman müsadere konusudur.

Kanun, 55/2. madde hükmünde, müsadere konusu şeye, kanunun ifadesiyle eşyaya veya maddi menfaatlere elkonulamadığı, yahut suçun mağduruna, kanunun ifadesiyle merciine teslim edilemediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilmesini amirdir. Burada, "bunların karşılığını oluşturan değer" ifadesinden maksat, herhalde, hangi "eşya veya maddi menfaat" müsadere edilecekse, o şeyin parasal değerdir. Zaten, madde gerekçesinde de, "karşılığı para tutarının müsaderesine karar verilecektir" denmektedir.

5. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

Kanun, 31. maddesi hükmünde, yaş küçüklüğü halinde "çocuklara ait güvenlik tedbirleri uygulanır" hükmünü amirdi bulunmaktadır. Bu bağlamda olmak üzere, Kanun, 56. maddesi hükmünde, "Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir" demektedir.

Kanunun ilgili kanun dediği kanun 15.07.2007 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunudur.

6. Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

a. Niteliği

Kanun, akil hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini, 57. maddede yedi fıkra halinde düzenlemiştir. Bunlar, mahiyetleri bakımından, kanunun ifadesi ile "koruma ve tedavi amaçlı" tedbirlerdirler. Bundan ötürü, söz konusu tedbirler, suçlunun sağlık durumuna göre, hakim tarafından geri alınabilen, değiştirilebilen güvenlik tedbirlerdirler.

Akıl hastaları, üç grup olarak düzenlenmiştir. Bunlar, fiili işledikleri sırada tam akıl hastası olan kişiler (CK. m. 57/1), kısmi akıl hastası olan kişiler (CK. m. 57/6) ve uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerdir (CK. m. 5717).

Haklarında güvenlik, tedbiri uygulanacak akıl hastalan, "Yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında" koruma ve tedavi altına alınırlar. Kanun, yüksek güvenlikli sağlık kurumunu tanımlamış değildir. C ve GTIHK., 16. maddesinde, Kanunun

57. maddesine göndermede bulunmakta, dolayısıyla bir tanım vermemiş olmaktadır. Bu durum karşısında, "yüksek güvenlikli sağlık kurumu", haklarında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastası kişilerin, herhalde esirgendiği, kaçmamalarının sağlandığı sağlık kuruluşlarıdır.

b. Tam Akıl Hastaları

Kanun, fiili işlediği zaman tam akıl hastası olan, yani "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi" hakkında, sadece "koruma ve tedavi amaçlı olarak" güvenlik tedbirine hükmedilmesini emretmiştir.

Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastası, herhangi bir sağlık kurumunda değil, sadece "yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında" koruma ve tedavi altına alınırlar (CK. m. 57/1).

Kanun, akıl hastası kişinin, koruma ve tedavi altına alınmasını, doğal olarak, belli bir süre ile sınırlı tutmamıştır. Gerçekten, hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığının veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine, mahkeme veya hak.im kararı ile serbest bırakılabilmektedir (CK. m. 57/2). Burada, mahkeme veya hakimden maksat, herhalde, akıl hastası kişiyi, fiilinden ötürü yargılayan ve hakkında koruma ve tedavi altına alınmasına karar veren mahkeme veya hakimdir.

Sağlık kurulu raporunda, akıl hastalığının ve işlenen fiilin niteliğine göre, güvenlik bakımından akıl hastası kişinin tıbbı kontrol ve takibinin gerekip gerekmediği, eğer gerekiyorsa, bunun süresi ve aralıkları gösterilmelidir **(CK.** m. 57/3).

Tıbbi kontrol ve takip, Cumhuriyet savcılığının, raporda belirtilen süre ve aralıklarla, akıl hastası kişiyi, teknik donanımı ve yeterli uzmanı olan sağlık kuruluşuna göndermesi ile sağlanır **(CK.** m. 57/4).

Kanun, tıbbı kontrol ve takipte, akıl hastası kişinin, hastalığının seyri bakımından toplum için tehlikeliliğinin arttığı anlaşıldığında, hazırlanan rapor esas alınarak, yeniden tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilmesini amir bulunmaktadır (CK. m. 57/4). Bu halde, Kanun, akıl hastası kişi hakkında, 57. maddenin, 1, 2, 3, ve 4. fıkraları hükmünün yeniden uygulanmasını emretmiştir.

c. Kısmi Akıl Hastaları

Kanun, 32/2. maddesinde, *"birinciftkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davramşlarım yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin",* cezasız kalmasını kabul etmemiştir.

Tam akıl hastalarından farklı olarak, kısmı akıl hastaları, fiili işledikleri sırada, hastalıkları yüzünden "davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan" kişilerdir.

Kanun, 57/6. maddesi hükmünde, işlediği fiille ilgili olarak hastalığı yüzünden davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin, bu maddenin birinci ve ikinci fıkrası hükmü uyarınca, yüksek güvenlikli sağlık kuruluşuna yerleştirilmesini; dolayısıyla sağlık kurumunca düzenlenen kurul raporu üzerine, mahkeme kararı ile olmak, ayrıca süresi aynı kalmak kaydı ile, o kişinin mahkum olduğu hapis cezasının bir kısmının veya tamamının, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilmesini öngörmüştür.

d. Alkol, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Bağımlıları

Kanun, 34. maddede düzenlediği *"alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmak"* ile 57/7. maddede düzenlediği *"alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı olmak"* hallerinin benzeşmemesine özellikle özen göstermiştir.

Gerçekten, 34. maddenin }.fıkrasında, irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez demekte, ancak "bu derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan" kimse hakkında suskun kalmaktadır. Bu durumda, salt arızı olması nedeni ile anlam& ve isteme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye, hem ceza verilmemesi, hem de iyileştirici güvenlik tedbiri uygulanmaması elbette doğaldır. Ancak, akil hastasına ceza verilirken (CK;. m.32/2) veya hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilirken (CK. m. 57/6); isteme, yani davranışlarını yönlendirme yeteneği sadece azalmış olan kişiye ceza verilmemesi veya hakkında güvenlik tedbiri uygulanmaması anlaşılır bir durum değildir. "aksi ile kanıtından" çıkarılmadıkça, hangi yorum yöntemine başvurulursa vurulsun, Kanunun 2. maddesi hükmünün emri olarak, 34/1.maddenin açıklığı karşısında, yani düzenleme dışı bırakmış olması karşısında, alkol ve uyuşturucu veya uyarıcı etkisi ile fiili işlediği esnada "davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye" ne ceza verilebilecek ne de güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Bir an

için hükmün aksi ile kanıtına giderek, bu kişinin cezalandırılması gerektiği düşünüldüğünde, gene bir çıkmazla karşılaşılmaktadır. Gerçekten, Kanunun 2., 34/1, 61/1O. maddeleri karşısında, kişi, neye, hangi esasa göre cezalandırılacaktır? Soru cevapsız kalmaktadır. Bu, Tarihi kanun koyucunun bir yanılgısıdır; ancak bir kanunla düzeltilebilir.

Kanun, 34/2. maddesi hükmünde, açıkça "iradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişiye" ceza verilir demektedir. Buna karşılık, Kanun, bundan farklı olarak, 57/7. maddede, "suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilere" ceza verilmemesini, iyileştirici güvenlik tedbiri verilmesini öngörmüştür. Bu demektir ki, Kanun, 34. maddede, "Ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan nedenler" arasında, eksik de olsa, "arızı" ve "ıradı" sarhoşluğu düzenlemiş; her nedense, aynı yerde, "alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığını" düzenlemekten kaçınmıştır. Ancak, buna rağmen, 57/7.maddede yer alan düzenlemeden, alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığının, isnat yeteneğini tümden ortadan kaldıran bir neden olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı, doktrinde, bir akıl hastalığı olarak algılanmaktadır. Bu yüzden, madde bağımlılığının, kanunlarda, akıl hastalığına benzer bir biçimde düzenlendiği görülmektedir. Kanun, her nedense, madde bağımlısını akıl hastası olarak düşünmemiş, kendine özgü bir kategori olarak düşünmüştür. Bu yüzden, Kanun, fiili işlediği sırada derecesi ne olursa olsun, madde bağımlısının, 57/6. madde hükmündeki düzenlemeden farklı olarak, sadece "tedavi altına alınmasını" öngörmüştür.

Gerçekten, Kanun 57/7. maddede, *"suç işleyen alkol ya da uyuştunıcu veya uyarıcı madde bağımlısı kişinin, güvenlik tedbiri olarak, alkol yada uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altma alınmasına karar verilir"* demektedir.

Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder.

Bunlar, yerleştirildikleri kurumun sağlık kurulunca "bu yönde düzenlenecek rapor üzerine" mahkeme veya hakim kararı ile serbest bırakılabilir.

"Mahkeme veya hakim kararı" ifadesi, güvenlik tedbirine her ikisi de karar verebilir anlamındadır. Bizce, bu, doğru değildir, çünkü güvenlik tedbirine, hakim değil, mahkeme verir. Tedbir kararını, ancak kararı veren mahkeme kaldırabilir.

7. Denetimli Serbestlik

Tedbiri a.Mahiyeti

Denetimli serbestlik , 58. maddesinin 6, 7, 8 ve 9. fıkraları hükmünde ifade edilmiştir.

Denetimli serbestlik, bir cezaya mahkum edilmiş olsalar bile, tehlikeliliğin, suçu tekrarlayanlar ve özel tehlikeli suçlular bakımından devam etmekte olduğu esasına dayanmaktadır.

Özel tehlikeli suçlular, itiyadı suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt mensubu suçlulardır (CK. m. 58/9).

Ancak, düzenlemenin odak noktasını tekerrür oluşturmaktadır. Tekerrür, 647 sayılı Kanundan farklı olarak, Kanunda cezayı artıran bir neden değildir, mükerririn infaz düzenini etkileyen (C ve GTİHK. m. 108), aynca denetimli serbestlik tedbirini gerektiren bir nedendir.

Kanun, 6/h, i, j. maddesi hükmünde, itiyadı suçlu, suçu meslek edinen kişi, örgüt mensubu suçlunun kim olduğunu açıklamış bulunmaktadır:

ltiyadi suçlu, kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişidir.

Suçu meslek edinen kişi, kısmen de olsa geçimini suçtan elde ettiği kazançla sağlamaya alışmış kimsedir.

Örgüt mensubu suçlu, bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan, örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişidir.

b.Suçta Tekerrür

Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanır.

Anca, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için mutlaka cezanın infaz edilmiş olınası gerekmez (CK. m. 58/1). Bu demektir ki, hüküm kesinleşmeden önce, birçok suç işlediğinde, bu suçlar tekerrüre esas olınazlar.

Tekerrürü vurgulayan özellik, kesinleşen bir mahkGrniyetten sonra, hükümlünün, kanunda belirtilen süreler içerisinde tekrar bir suç işlemesidir.

Gerçekten, Kanun, " Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı;

a. Beş yıldan fazla süre ile hapis cezasına mahkumiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b. Beş yıl ve daha az süreli hapis veya adli para cezasına mnhk0ıniyet halinde bu cezamn infaz edildiği tarihten itibaren ilç yıl

Geçtik1en sonra işlenen suçlardan dolayı uygulanmaz " diyerek (CK. m. 58/2), tekenürde denetimli güvenlik tedbirinin uygulanmasına bir sınır getirmiştir.

Sürelerin başlama anı, cezanın infaz edildiği tarihtir. Sürelerin başlamasında cezanın infaz edildiği tarihin esas alınması, mükerrirler arasında eşitsizliğe yol açacak niteliktedir. Gerçekten, arızı veya kanundan doğan nedenlerle, cezanın infaz edildiği tarih, ör. özellikle adlı para cezası takside bağlandığında, mükerrirden mükerrire değişebilmektedir. Bizce, doğru olan, sürelerin, mahkumiyet hükmün kesinleşmesi tarihinden başlatılmasıdır.

c. Tekerrürün Hüküm ve Neticesi

Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile para cezası öngörülmüşse, hakimin takdir hakkı yoktur; Kanun, hapis cezasına hükmedilmesini emretmiştir (CK. m. 58/3).

Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgalarda sahtecilik suçları hariç olmak üzere, yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekenüre esas olmaz (CK. m. 58/4). Kuşkusuz, istisna genişletilemez.

Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekenür hükümleri uygulanmaz (CK. m. 58/5).

Tekerrür halinde hükmedilen ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir.

Mükerrir hakkında, cezanın infazından sonra, aynca denetimli serbestlik tedbiri uygulanır (CK. m. 58/6).

Mahkeme, mahkfuniyet kararında, hükümlü hakkında, hem mükerrirlere özgü infaz rejiminin, hem de cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtir (CK. m. 58n).

d. Denetimli Serbestlik Tedbiri

Kanun, 58/8. maddesi hükmünde, mükerririn mahkum olduğu cezanın infazının ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasınm "kanunda gösterilen şekilde" yapılmasını emretmiştir. Ancak, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması şekli, Ceza Kanununda değil, 5275 sayılı Kanunun 108/ 4, 5 ve 6. maddesi hükmünde düzenlenmiştir:

"Hakim mükenir hakkında,cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler". Burada, hakimden, mahkemeyi anlamak gerekmektedir, çünkü Ceza Kanununun 58/7. maddesi hükmünde, denetimli serbestlik tedbirine, hakimin değil, açıkça mahkemenin karar vereceğini belirtmiştir.

'Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıvenneye ilişkin hükümler uygulanır". Koşullu salıverme, 5275 sayılı Kanunun 107. maddesinde düzenlenmiştir.

Hakim, mükenir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Ancak, denetim süresi, beş yıla kadar uzatılabilir. Burada, hakim, yukarıda belirtildiği üzere mahkeme anlamındadır.

5275 sayılı Kanun, denetimli serbestliği tanımlamamış, 104/3. maddesi hükmünde, *"denetimli serbestlik, yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluş, çalışma yöntem ve esaslarımn ilgili kanununda düzenlenir"* demekle yetinmiştir.

e. İtiyadı Suçlu, Suçu Meslek Edinen Kişi, Örgüt Mensubu Suçlu

Kanun, itiyadı suçluyu, örgüt mensubu suçluyu ve suçu meslek edinen kişiyi tehlikeli görmüş, dolayısıyla haklarında, denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını öngörmüştür (CK. m. 58/9).

Tedbire mahkeme hükmeder. Mahkeme, "mükenirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra, denetimli serbestlik tedbirinin" bu suçlular hakkında da uygulanmasına hükmedebilir. Kanunun tekerrürü esas alan çözümü, itiyadı suçlu ve suçu meslek edinen kişi bakımından geçerlidir, çünkü bu kişilerin tekerrür için öngörülen süre içerisinde birden çok kez suç işlemeleri mümkündür. Ancak, örgüt mensubu suçlunun, bu sıfatı kazanması için birden çok kez suç işlemesine, yani mükerrir olmasına gerek yoktur. Tabii, böyle olunca, mükerrirlikten bağımsız olarak, "örgüt mensubu suçlunun", suç örgütü kurma suçunun cezasının infazından sonra, denetimli serbestlik altına konulmasına mahkemece hükmedilmesi gerekmektedir.

8. Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

a. Tüzel Kişinin Güvenlik Tedbirinden Sorumluluğunun Esası

Kanun, özel hukuk tüzel kişilerini, suçun faili saymamasına rağmen (CK. m. 20/2), organı veya temsilcisi kişinin iştiraki ile işlenen suçlarda, suçun tüzel kişinin yararına işlenmiş olması kaydıyla, emniyet tedbirinin muhatabı saymıştır (CK. m. 20/2, 60). Böylece, Kanun, isterse organ veya temsilci kişi olsun, üçüncü kişinin fiilinden, fiilin faili yanında, tüzel kişiyi de sorumlu tutmuş olmaktadır. Gerçekten, tüzel kişiler, ne

hukuka aykırı olarak varlık kazanabilirler, ne de karar organlarında kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesine karar verebilirler (MK. ın. 47/2, 56/2, 58). Bu tür bir karar yok hükmündedir. Bu durum karşısında, Kanun, tüzel kişiyi, kendi fiilinden ötfuü değil, üçüncü kişinin suç oluşturan fiili ile ilişkili olarak güvenlik tedbirinin muhatabı kılınmaktadır. Bu, suç genel teorisi bakımından değil, ayrıca hukukun genel teorisi bakımından çok tartışılacak bir konudur, çünkü bugünün ceza hukuklarında, kimse başkasının fiilinden sorumlu olmaz; açıkçası, "koyun ayağından keçi asılmaz".

Tüzel kişi hakkındaki güvenlik tedbirleri, izinin ipta1i ve müsaderedir.

b. İzinin iptali

Kanun, izinin iptali güvenlik tedbirini, 60/1. maddesi hükmünde düzenlemiştir.

En başta, tüzel kişi, özel hukuk tüzel kişisi olmalıdır. Kanun, kamu hukuku tüzel kişilerini, özel hukuk hükümlerine tabi kamu hukuku tüzel kişilerini, güvenlik tedbirinin muhatabı saymamıştır.

Tüzel kişi, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan bir tüzel kişi olmalıdır. Bu nedenle, tüzel kişinin, tüzüğünde gösterdiği faaliyet alanını bildirilmesi, tüzel kişinin varlık kazanması için bildirimde bulunulması izin değildir.Burada, izin, ilgili kamu kurum veya kuruluşunun, tüzel kişinin tüzüğünde gösterdiği faaliyet alanında faaliyette bulunmasına müsaade etmesidir.

İzinin verdiği yetki kötüye kullanılarak, tüzel kişinin organının veya temsilcisinin iştirak etmiş olduğu kasıtlı bir suç işlenmiş olmalıdır. İzinin verdiği yetki, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, ör., "uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için *bir* döviz bürosunun kullanılması halinde" , tüzel kişi döviz bürosunun organı veya temsilcisi kişi tarafından kötüye kullanmış olmaktadır. Kuşkusuz, organ veya temsilcinin işlemiş olduğu suç taksirli ise izinin iptaline hükmedilemez.

Tüzel kişinin organ veya temsilcisi, işlenmesine katıldığı suçtan mahkum olmalıdır. Ancak, bu halde, izinin iptaline hükmedilebilir. Cezanın tecili halinde de mahkumiyet mevcut olduğundan, cezanın tecili güvenlik tedbirine hükmedilmesini etkilemez.

Organ veya temsilci, kasıtlı suçu, tüzel kişinin yararına işlemiş olmalıdır. Eğer suç tüzel kişinin yararına işlenmemişse bu hüküm uygulanmaz.

Bu koşulların varlığı halinde, mahkeme, tüzel kişinin faaliyette bulunmasına izin veren idari işlemin iptaline, yani hükümsüzlüğüne, açıkçası ortadan

kalkmasına karar verir. Kanun, bunu, " izinin iptaline karar verilir" şeklinde ifade etmiştir.

lzin iptaline karar verilmesi, kanunun ayrıca belirttiği hallerde mümkündür **(CK.** m. 60/4). Bu demektir ki, Kanun hangi suç için tüzel kişiye güvenlik tedbiri verileceğini öngörmüşse, ancak o suç için izinin iptaline karar verilebilir.

c. Müsadere

Kanun, 60/2 maddesinde, *"Müsadere hükümleri özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır"* demektedir. Bu bir gönderme hükmüdür. Kanun, göndermede bulunurken, eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi ayırımı yapmamıştır. Eşya ve kazanç müsaderesi için öngörülen şartlar burada da geçerlidir.

Ancak, müsadereye hükmedilebilmesi için, aynca, suçun, mutlaka tüzel kişi yararına işlenmiş olması gerekmektedir. İşlenen suçta tüzel kişinin bir yaran yoksa, kusuz, tüzel kişi hakkında müsadereye karar verilemez.

Mahkemenin müsadere kararı vermesi, ancak kanunun öngördüğü hallerde mümkündür (CK. m. 60/4). Bu demektir ki, güvenlik tedbirine karar verilmesi, her suç bakımından değil, sadece kanunda özel olarak belirtilen suçlar bakımından söz konusu olmaktadır.

d. Hakimlıı Takdir Yetkisi

Kanun, 60/3. maddesi hükmünde, iznin geri alınması veya müsadere güvenlik tedbirinin ağır sonuçlar doğurması halinde uygulanmamasına karar verilebileceğini öngörmüştür. Gerçekten, Kanun, tedbirin uygulanmasının *"işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir"* demektedir. Burada, hakimden maksat, mahkemedir. Madde gerekçesinde de mahkemeden söz edilmektedir.

Mahkeme, suçun verdiği zarar ile tedbirin verilmesi ile ortaya çıkacak zararı karşılaştırılmalı, tedbir uygulandığında daha büyük zarar ortaya çıkıyorsa tedbire hükmetmemelidir. Gerçekten, gerekçede de belirtildiği üzere, ör., işletme izninin iptali ile birlikte birçok kişi işsiz kalacak ve bu durum toplumsal bir bunalıma neden olacaksa, daha üstün bir değerin korunması zorunluluğundan ötürü mahkeme tedbir uygulanmamasına karar verebilir.

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK
CEZANIN VERİLMESİ, HESAPLANMASI TOPLANMASI

/. Cezanın öznelleştirilmesi, II. Cezanın belirlenmesi, A. Genel olarak, B. Temel cezanuı belirlenmesi, C. Cezanın artırılması ve eksiltilmesi, İli. Adlf para cezasmda cezaıwı hesaplanması, N. Hapis cezasında süresinin belirlenmesi, V. hürriyetten yoksun kalma süresinin cezadan indirilmesi, VI. Cezaların içtimaı

I. CEZANIN ÖZNELLEŞTİRİLMESİ

Ceza kanunu geneldir, herkes içindir. Kanunda, genel olarak her suç için sabit, belli bir ceza öngörülmüş değildir. Süresizler hariç, cezalar, kanunda, genellikle, aşağı ve yukarı sınırlar arasında gösterilmişlerdir. Bazı suçlarda, ceza, " .... 'dan az ola.'Jlaz" şeklinde aşağı sının ile gösterilir. Bu halde, cezanın yukarı sının, o ceza türü için kanunun genel hükümlerinde belirlediği üst sınırdır. Bazen kanun suçun cezasını " ... cezadan fazla olamaz" şeklinde tanımlamaktadır. Bu halde, cezanın aşağı sının, o ceza türü için genel hükümlerde belirtilen alt sınırdır. Bazı suçların cezalarının seçimlik olarak gösterildiği görülmektedir. Aynca, kanunda, çoğu kez, daha az ceza verilmesini veya hiç ceza verilmemesini gerektiren hallere yer verilmiş bulunmaktadır.

Tüm bu hallerde, hakime, takdir hakkı verilmiş olmaktadır.

Hakim takdir hakkını kanunun gösterdiği usuller ve esaslar içinde kalarak kullanacaktır. Madem hiç bir suç ve suçlu bir başka suç ve suçlu ile örtüşmemektedir, mutlaka bir farklılık arz etmektedir, hakime takdir yetkisinin olması, cezanın her suçlu yönünden öznelleştirilmesi, suça ve suçluya uygun olan cezanın verilmesi, yani bireyselleştirilmesi zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Hakimden istenen, kanunun koyduğu ölçüler içinde kalarak, takdir yetkisini kullanması; yargıladığı suçun kanunda yazılı cezasını suça ve suçu işleyen kişinin şahsına uydurması, yani nesnel, soyut cezayı, öznelleştirmesi, bireyselleştirmesidir.

Kanun, özel hükümleri arasında, bazı suçlar bakımından, ör. m. 92, 147, vs., cezanın bireyselleştirilmesini sağlayan düzenlemelere yer vermiştir.

Ancak, Kanun, cezanın, tüm suçlar bakımından geçerli olan belirleme ve bireyselleştinne usul ve esaslarını, "Birinci Kitap, Genel Hükümler, Üçüncü Bölüm,

Cezamn Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" genel başlığı altında düzenlemiştir. Bu bölümde, Cezanın belirlenmesi, Takdiri indirim nedenleri ve Mahsup düzenlemelerine yer verilmiştir.

Takdiri indirim nedenleri suçun cezasını azaltan nedenler arasında incelenmiştir. Burada diğer konular incelenecektir.

II. CEZANIN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Cezanın belirlenmesi, kanunda gösterilen cezanın işlenmiş olan suça ve suçlusunun şahsına uydurulması, açıkçası fiil ve fail bakımından ferdileştirilmesidir.

Kanunun düzenlemesi, öteki kanunlarla karşılaştırıldığında, cezanın fiil ve fail gözetilerek ferdileştirilmesi işleminde hem elverişli, hem de yeterli olmadığı gözlenmektedir. Gerçekten, 61. madde, ifadesi bakımından yalın değildir, üstelik birçok hüküm kendi arasında çelişkilidir. Biz, söz konusu maddenin, "ceza sorumluluğu şahsidir" hükmünü yeterince sağlayamadığını düşünüyoruz.

Kanun, cezanın belirlenme usul ve esaslarını, 61. maddede, on fıkra halinde düzenlenmiştir. Yedinci ve 8. Ek fıkralar Kanuna, 29.6.2005 - 5377/7 sayılı Kanunla, kanunun yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, 9. Ek fıkra 2006/5560 sayılı Kanunla eklenmiştir.

Bu, kanunun özensiz hazırlandığının kanıtıdır.

B. Temel Cezanın Belirlenmesi

Kanun, 61/1. maddesi hükmünde, üzerinde cezanın belirlenmesi işleminin yapılacağı, "temel ceza" dediği belli bir cezanın belirlenmesini istemektedir. Ağırlatılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası söz konusu olduğunda, cezanın aşağı ve yukarı sınırı olmadığından, belirlenecek bir temel ceza yoktur. Kuşkusuz, bunların kendileri temel cezadır. Cezanın belirlenmesi işlemi bunların kendileri üzerinden yapılır. Öyleyse, temel cezanın belirlenmesi, ancak "işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sının" olduğunda mümkün olmaktadır.

Kanun, hakimin, temel cezayı belirlerken, göz önüne almak zorunda olduğu hususları saymış bulunmaktadır. Bunlar, sırasıyla, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı, failin güttüğü amaç ve saiktir. Kanunun, temel

cezayı belirlemede, göz önünde bulıındunılnıasını emrettiği bu husu□lar tahdididir, kıyasla çoğaltılamaz.

Ancak, Kanun, gerekçede, bunların anlamları, kapsam ve sınırları konusunda bir açıklama getirmiş değildir; bilinmeyeni bilinen saymıştır. Böyle olunca, söz konusu kavramların, ımlam, kapsam ve sınırlarını belirlerken, eğer kafadan atına düşünülmüyorsa, 765 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde oluşmuş olan doktrin ve uygulama yol gösterici olacaktır. Bunla birlikte, Kanunun sistemini gözeterek, bazı kavramları açık.lamaya çalışmanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Madem suçun hukuki konusu ve maddi konusu bulunmaktadır, burada suçun konusunun önem ve değerinden maksat, suçun hukuki konusu değil, maddi konusudur. Suçlar salt tehlike suçları, zarar tehlikesi ve zarar suçları olarak ayrıldığından, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, zarar ve zarar tehlikesinin ağırlığı olarak algılanmalıdır. Temel cezayı belirlemede kusurun ağırlığının göz önüne alınması, kanun koyucunun, kusurluluğun tabiatçı anlayışından çok kusurluluğun normatif anlayışından yana olduğunu göstermektedir. Burada "kast veya taksire dayalı kusurun ağırlığı" kınanılabilirliğin azlığını veya çokluğunu ifade etmektedir. Failin güttüğü amaç ve saike gelince, amaç herhalde failin suçla elde etmek istediği çıkardır; saik, faili suça iten nedendir.

Kanun, bir nedenin, sadece bir kez göz önüne alınmasını istemektedir. Bunun içindir ki, temel cezanın belirlenmesinde Kanunun göz önüne alınmasını zorunlu kıldığı hususlar, aynı zamanda suçun unsurunu oluşturduklarında, bunlar temel cezanın belirlenmesinde aynca göz önüne alınmazlar (CK. m. 61/3). Gerçekten, ör., hırsızlıkta, "malın değerinin azlığı" CK. m. 145), "suçun konusunun önem ve değeri" ile aynı şey olduğundan, bu husus orada göz önüne alındığı için, temel ceza belirlenirken ayrıca göz önüne alınmayacaktır.

C. Cezanın Artırılması ve Eksiltilmesi

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak "kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir" (CK. m. 61/ 10). Bu kural mutlaktır, bir istisnası yoktur. Böyle olunca, doktrinde taraftarı olmakla birlikte, mahkemeler, verdikleri hükmü geri alamazlar.

Cezanın artırılması ve eksiltilmesi temel ceza üzerinden yapılır.

Kanun, kast ile olası kast (CK. m. 20/1,2), taksir ile bilinçli taksir (CK. m. 22/1,3) arasında, ceza bakımından, önemli bir fark yaratmıştır. Gerçekten, Kanun, kasta nazaran olası kasta daha az ceza vermekte, taksire nazaran bilinçli taksire daha fazla

ceza vem1ektedir. Bu özellikten ötürü, Kanun, suçun olası kastla veya bilinçli taksirle işlenmiş olması halinde, cezanın indirimi veya artırımı işleminin, bu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre belirlenen temel ceza üzerinden yapılmasını emretmiştir (CK. m. 61/2).

Suç her zaman yalın olmaz; çoğu kez, ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerle birlikte ortaya çıkmış olur. Bir suçun basit, kanunun ifadesi ile temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel ceza üzerinden, en önce, cezayı artıran nedenler tüketilinceye kadar, bir önceki ceza üzerinden ceza artırılır; arkasından, cezayı indiren nedenler, bir önceki ceza üzerinden, bitirilinceye kadar ceza indirilir (CK. m. 61/4).

Böylece, elde edilen ceza üzerinden, yani "yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden" sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuçta verilecek ceza, kanunun ifadesi ile "sonuç ceza" belirlenmiş olur (CK. m. 61/5). "Sırasıyla" dendiğinden, Kanunda belirtilen bu sıraya uyulması zorunludur. Elbette, her indirim, bir önceki ceza üzerinden yapılacaktır. Ancak, burada anlaşılmayan bir durum bulunmaktadır. Bu fıkra hükmünde sayılan nedenlerin tümünde ceza azaltılırken, iştirak halinde işlenen suçta ve zincirleme suçta her zaman ceza azaltılmamakta, özellikte zincirleme suçta ceza artırılarak verilmektedir. Böyle olunca, 4. fıkra hükmü ile 5. fıkra hükmünü bağdaştırmak zorlaşmaktadır, çünkü 4. fıkra hükmü, suçun nitelikli olması halinde, cezanın temel ceza üzerinden önce artırma yapılmasını, sonra indinne yapılmasını amir bulunmaktadır. Böyle olunca, iki hükmün çatışmaması için, önce varsa 4.fıkra hükmünün öngördüğü biçimde suçun cezasının zincirleme suçtan artınlması, sonra sırası ile teşebbüs, haksız tahrik yaş küçüklüğü vs. nedenlerden indirim yapılması gerekmektedir. Burada, iştirake gelince, 39.maddede öngörülen yardım etmede ve 38/3. madde hükmünde ceza azaltılarak verilmekte, buna karşılık, 37/2 ve 32/2.madde hµkmünde ceza artırılarak verilmektedir. Böyle olunca, 4.fıkra hükmüne uygun olarak, iştirakte cezayı artıran nedenler önce göz önüne alınacak, arkasından 5. fıkra hükmündeki sıraya uyularak iştirakte cezayı azaltan haller göz önüne alınacaktır. Gerçekten, ör., bir suç iştirak halinde işlenir, ama teşebbüs derecesinde kalırsa, bundan başka bir çözüm yolunun bulunmadığını düşünüyoruz.

"Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre verilecek cezanın" süresi otuz yıldan fazla olamaz. Bu, hesaplama sonunda fazla da çıkmış olsa, "süreli hapis cezasını gerektiren bir suçta" verilebilecek cezanın, en fazla

cezanın otuz yıl olması demektir (CK. m. 61n). Kanun "silreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan" söz ettiğinden, müebbet hapis cezasıiu gerektiren suçlarda, kuşkusuz bu hüküm uygulanınaz.

m. ADLİ PARA CEZALARINDA CEZANIN HESAPLANMASI

Adli para cezasında, ceza belirlenirken, cezanın artırılması veya azaltılması "gün üzerinden" yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile, kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktar çarpılarak bulunur (CK. m. 61/8).

Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sının, o suçun tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sının da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz (CK. m. 61, 9). Burada, "suçun tanımındaki hapis cezası" ifadesi yanlıştır. Hüküm ile müeyyide birbirine karıştırılmıştır. Suçun, yahut kanunun suç saydığı fiilin tanımı, ceza normunun müeyyide kısmında değil, hüküm kısmında yer almaktadır.

IV. HAPİS CEZASINDA SÜRESİNİN BELİRLENMESİ

Hapis cezasının süresi, gün, ay ve yıl hesabi ile belirlenir **(CK.** m. 61/9).

Kanun, bir günü yirmi dört saat, bir ayı otuz gün saymıştır. Yıl, resmi takvime göre hesap edilecektir. Resmi takvim miladi takvimdir. Miladi takvime göre bir yıl üç yüz almış beş gündür...

Hapis cezası için bir günün adli para cezası için bir Türk Lirasının artakalanı hesaba katılmaz. Bu cezalar infaz edilmez.

V. HÜRRİYETTEN YOKSUN KALMA SÜRESİNİN CEZADAN İNDİRİLMESİ

Kanun, 63. maddesinde, "Mahsup" madde başlığı altında, hakkında verilen hüküm kesinleşmeden önce, ne nedenle olursa olsun, kişinin hürriyetinden yoksun kaldığı sürelerin, hakkında verilen hapis ve adli para cezasından indirilmesini öngörmüştür.

Kişi hürriyetinden yoksun kalınan sürenin hapis cezasından mahsup edilebilmesi, mahkOmiyet hükmünün kesinleşmemiş olması koşuluna bağlanmıştır. Bu demektir ki, mahkumiyet hükmü kesinleştikten sonra, artık mahsup mümkün değildir.

Mahsup, hem hapis cezası hem de adlı para cezası üzerinden yapılabilir. Adli para cezası söz konusu olduğunda, bir gün yüz Türk Lirası sayılarak mahsup yapılır.

"Şahsi hürriyeti sınırlandırma sonucunu doğuran bütün haller" ör., tutma, gözaltına alma, tutuklama vs., mahsubun konusunu oluşturmaktadır. Elbette, söz konusu hallerin ille de yargılanmakta olan suçla ilişkili olması gerekmez. Hürriyetten yoksunluk, yargılanmış, ancak, ör., aklanma, zamanaşımı, af, vs. ile ortadan kalkmış olan başka bir suç isnadı ile de ilişkili olabilir.

VI. CEZALARIN İÇTİMAI

Kanun, 765 s. Kanundan farklı olarak, suçların içtimaı yanında aynca cezalann içtimaına yer vermemiştir. Bir tek hükümde birden çok cezaya hükmedilebileceği gibi, birden çok cezaya birden fazla hükümde de yer verilebilir.

C ve GTIBK., 99. maddesinde "Bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerlerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar" hükmüne yer vem1iştir. Bundan anlaşılan, Kanunun cezaların içtimaına yer vermemiş olmasıdır.

Ancak, Kanun, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunduğunda, 107. maddede öngörülen "koşullu salıvermenin" sağlanabilmesi amacı ile mahkemeden "bir toplama kararı istenmesini" öngörmüştür.

Cezaların toplanması gerektiğinde, Kanun, bu konuda hüküm vermeye yetkili mahkemeyi 101/2. madde hükmünde göstermiştir.

Mahkemenin kararına karşı itiraz edilebilmektedir.

Kanun, 107/3 ve 4. maddede, birden çok hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olunduğunda, koşullu salıverilmede, salıverilmede esas olacak süreleri belirlemiştir. Kanun, birden çok mahkfuniyetin cezasını içtima ettirirken, hükmedilen süreleri tek tek toplamamış; bazı cezalarla bazı cezalar ve bazı suçların cezaları içtima ettirildiğinde, infaz kurumunda geçirilmesi gereken ve koşullu salıvermede esas alınacak olan itibari süreleri tespit etmiştir.İnfaz kurumunda kanunun öngördüğü bu süreler geçirildiğinde, koşullu salıverilme hakkı kazanılmış olmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK
CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİ
CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

I. CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİ

A. Ceza hukuku kişiler arası karşılıklı bir ilişkiler c/iizeuidir, B. Ceza uomıwıwı 11111/ıatabı, C. *Ceza 11omıwzım övıelleştirilmesi, D. Cezalaıdımıa hukuki ilişkisi, E. Cezalandırma hukuki ilişkisinin tarafı ve ilişkinin niteliği*

A. Ceza Hukuku Kişiler Arası Karşılıklı Bir İlişkiler Düzenidir

Hukuku olduğu toplumun iradesinin bir tezahürü olarak Ceza hukuku, ifadesini beşeri davranış kurallarında bulmaktadır[46]. Birlikte, bir sistem olarak, Ceza hukuku denen bir düzene vücut veren beşeri davranış kuralları, iradenin emir olarak ifadesidir[462]. Bundan ötürü, Ceza hukuku, kurallar kullanılarak, sürekli bir biçimde örgünleşmiş olan kişiler arasında bir karşılıklı ilişkiler dünyası olarak ortaya çıkmaktadır[463]. Öyleyse, esasını kuralsallık oluşturan Ceza hukuku, kişiler arasında. örgünleşıniş, karşılıklı bir ilişkiler düzenidir[464].

Ceza hukukunun, kuralsallığı, örgünlüğü yarımda, aynı zamanda kişiler arası karşılıklı bir ilişkiler düzeni olması[465], ceza normunun, bir kişiye bir hak verirken, karşılık olarak diğer bir kişiye bir yükümlülük yüklemesi, bu kez yfil.'iimlülük yüklediği kişiye bir hak verirken, hak verdiği kişiye bir yükümlülük yüklemesidir.:66.

Buradan, uymakla yükümlü olduğu kanun hükmünü ihlal eden faille, cezalandırma erkini elinde bulunduran Devlet arasında, karşılıklı olarak örgün kılınmış bir haklar ve yükümlülükler ilişkisi ortaya çıkmaktadır.

'61 Hafızoğullan, Ceza Normu, s. 4, 5.lD., Türk Ceza Hulaıkunda Cezalandımıa Hukuki llişkisi ve İlişkinin Sona Erme Nedenleri, Uğur Alacakaptana Armağan, Bilgi Üniversitesi Yayınlın, İstanbul 2008, cilt Il, s. 387 vd.

 Antolisei, Manuale, PG., s. 57 ; Hafızoğullan, Ceza Normu, s. 8.

'63 Hafızoğullan, Ceza Normu, s. 33. Aynca bkz., Bobbio, Tcoria della norma giuridica, Torino, s. 33

464 Hafızoğullan, Ceza Normu, s. 33. Gerçekten, hukukun Normatif teorisi, Hukukun Müessese Teorisi ve Hukukun Süjelerarası Münasebet Teorisi ve bunların birbirinin karşılı olmadığı konusunda bkz. Bobbio, Teoria della nonna giuridica, s.6 vd., 1O vd., 23 vd.

 Miceli, La norma giuridica, Parte I, Palenno, I906, s. 13, 170 vd., 177. Hukuku slijdcmmsı bir hukuki münasebetler olarak nitelendiren ilk dilşUnUr Kant'tır. Kant, hukuku "cilı.u1 şümul bir hürriyet kaidesi gereğince herkesin keyfiliğinin başkalarının keyfiliği ile bir anıda mevcut olabilmesini mümkün kılan şartların heyeti mecmuası" (Del Vccchio, Hukuk Felscfc i Dersleri. Çev.S. Erman, İstanbul 1952, s.129) olarak tanımlamaktadır. Kant, Mctafızica dei cosıumi, UTED, I956, s. 407.

4(.6 Hafzoğullan, Ceza Normu, s26 vd., 32 vd.

Hukuki bu ilişki, bir yandan ceza normunun muhatabı kimdir, ceza normu kimin lehine öznelleştirilebilir tartışmasına vücut verirken, öte yandan kanunun bir hükmünü ihlal ederek suç işleyen kişi karşısında görevi ihlali önlemek ve aynı zamanda bastırmak olan Devletin konumunun ne olduğu tartışmasına vücut vermektedir.

B. Ceza Normunun Muhatabı

Ceza hukul'U, madem beşeri davranış kurallarında ifadesini bulan bir emirler sistemidir, bir kişiye, onda bir yükümlülük doğurarak, belli bir biçimde davranmayı emretmektedir. Öyleyse ceza normunun muhatabı kimdir, ceza kanunu kime hitap etmektedir?

Geleneksel doktrin ceza kanununun herkese hitap ettiğini kabul ederken, kimi, ceza kanunun, emrine uyulmasını sağlamakla yükümlü Devletin organına, yani hakime hitap ettiğini kabul etmektedir. Diğer bir kısım kimse, kanunda hüküm ve müeyyide ayınını yaparak, hükmün herkese, buna karşılık müeyyidenin, ihlalde bulun kimseye ceza vermekle yükümlü olan hakime hitap ettiğini iddia etmektedir. Bu düşüncelerin, pratik değerinin olmaması bir yana, kuramsal fazla bir değerinin de bulunmadığı söylenmektedir[467].

Ceza hukukunun aletliği düşüncesinden[468] yana olan Binding[469], "norm" ve "ceza kanunu" ayırımı yapmakta, Ceza kanununu sadece cezalandırmak ile ilgili ilişkiler bütünü olarak görmekte, dolayısıyla sadece Devletin organı hakime hitap ettiğini iddia etmektedir[470]. Bu düşünce, norm, ceza kanunu ayırımı yaparak, ceza normunun yapısal bütünlüğünü bozmuştur[471]. Bindingin düşüncesinin taraftarı kalmamıştır4[72].

Bugün, genellikle, ceza normunun muhatabının, hem herkes, hem de uyulmasını sağlamakla görevli Devletin organları, özellikle hakim olduğu kabul

---

"67 **Antolisei, Manuale, PG., s. 57.**

"' Bugün artık izleyicisi kalmamış olan "Ceza hukukunun aletliği" düşüncesi, geçmişte Hobbes, Pufendorf, Bentham, Rousseau tarafından savunulmuştur. Bu düşüncede, Ceza hukukunun, hukukun diğer dallarından farklı olarak, kamu hukuku veya özel hukuk olarak koydukları emirlerin müeyyidelerini içennesi anlamında, salt "mileyyideci" bir niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu demektir ki, hukuk nonnundan farklı olarak, ceza nonnu, sadece müeyyide kuralından ibaret bulunmaktadır. Böyle olunca, Ceza hukuku, özgün olmamakta, kendine özgü bir içeriği bulunmamakta, sadece bir aletten ibaret olmaktadır.Bu konuda, bkz., Rocco, L' Oggetto, s. 60 vd. Ancak, bugün, bu düşünceden farklı olarak, ceza hukukunun müeyyideci nitelikte bir hul1lk olduğu yakın zamanda Grispigni(Diritto penale, s. 232.) tarafından da ileri sürülmüştür.

• Bindingin düşüncesi hakkında bkz. Massari, La norma penale, Napoli 19l3, s. 58 vd.

,10 **Massari, Age.,** s. **60.**

"1 Antolisei,Manuale, PG., s. 56,57.; Bettiol, Dirito penale,s. 92 vd; Massari, Age., s. 60.

472 Bindingin düşüncesi ve eleştiriler hakkında aynca bkz., Hafü:oğulları, Ceza Nonnu, s. 100 vd.

edilmektedir. Elbette, ceza normunun muhatabı olmak bakımından, herkesin ve hakimin konumu farklılık arz etmektedir. Gerçekten, herkes, belli bir davranışı yapmayı veya yapmamayı emreden davranış kuralına uymak, buna karşılık, hakim, ihlalin karşılığı olarak belli bir yoksunluğa hükmedilmesini emreden müeyyide kuralını uygulamak zorundadır. Herhalde, burada, kuşkulu olan bir durum yoktur[473].

Ancak, doktrinde, büyük çoğunluk, ayırımsız herkesin değil, sadece ceza nonnunu anlama, korkutucu etkisini hissetme yeteneği olan kişilerin normunun muhatabı olabileceğini ileri sürmektedir. Bu demektir ki, anlama ve isteme yeteneği olmayanlar, kendileri bakımından zorlayıcılık etkisi olmadığından, hiçbir hükmün muhatabı değildirler[474].

Düşünce kabul edilemez bulunmuştur. Bir kere kanunun emri mutlaktır, koşulsuz herkes bakımından hüküm ifade eder, kaçınılmaz olmadıkça bilmemek konusunda hataya düşmüş olmak göz önüne alınmaz (CK. m. 4, 30). Öte yandan akıl sağlığı ve olgunluğu olmayan kişilerin kanunun emirlerini anlayamayacakları ve kanunu bilemeyecekleri iddiası doğru değildir. Gerçekten, gerçeğin gözleminin, hatta hayvanların bile, belli ölçülerde, bir kötülük tehdidini algılama, anlama yeteneğine sahip olduklarını göstermesi karşısında; günlük ortak hayata bakıldığında, isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin dahi, ödüle olduğu kadar, cezaya da duyarlı oldukları gözlenmektedir. Öyleyse, psişik durumu ne olursa olsun, ceza normu, herkese hitap etmektedir; herkes, istisnasız, ceza kanununun muhatabıdır[475].

C. Ceza Normunun Öznelleştirilmesi

Hukuk, genelde özelin ifadesi olan ceza hukuku, eğer hukuksa, genele hukuk olma niteliğini veren tüm nitelikleri bünyesinde eksiksiz taşımak zorundadır. Tersi olduğunda, ceza hukukuna elbette hukuk demek mümkün olamaz. Hukukun, norm, kurum olma yanında, öteki olmazsa olmazı, iki kişi arasında karşılıklı hak bahşeden, karşılığında yükümlülük yükleyen hukuki bir ilişkiler bütünü olmasıdır[476]. İlişkinin tarafları özel hukukta bellidir. Ancak, özellik *an* eden bir kamu hukuku olarak Ceza hukuku söz konusu olduğunda, bu ilişkinin kimle kim arasında olduğu, yani ceza normunun kim bakımından

---

m Antolisei, Manuale, PG., s. 57.

47, Petrocelli, Principi di diritto penale, Nuova edizione, riveduta, Napoli 1955, s. 93; Bricola. Fano non imputabile e pericolosita' , Milano 1961, s. 87 ; Antolisei, Manuale, PG., s.58 vd.

•*n* Antolisei, Manuale, PG., s. 58.

476 Bobbio, Teoria della nonna, s. 30 vd., özellikle s. 34.

öznelleştirilebileceği, özellikle kendisine ısmını veren müeyyide cihazından ötürü, doktrinde tartışma konusudur.

Gerçekten, denmektedir ki, hukuk düzeni madem kural olarak kişilere yükümlülükler, görevler yüklemektedir, ceza normu karşısında, herkesin belli bir biçimde davranma, yani kanunun suç olarak öngördüğü fiili yapmaktan çekinme yükümlülüğüne, görevine karşılık, Devletin bir hakkı, cezalandırma hakkı (diritto di punire) bulunmaktadır[477].

Tamamen kuramsal olmakla birlikte, bu konuda, ceza normunun ihlalinden önceki evre ile normun ihlalinden sonraki, yani suç işlenmesinden sonraki evre ayırt edilmekte; Devletin ceza kanunu koyması, onun bir hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bu düşünce aşılmıştır. Gerçekten, kanun koymak, Devlet bakımından bir hak değildir, bir erktir. Kanun koymak egemenliğin bir tezahürüdür[478].

Ceza normunu ihlalden sonraki evreye gelince, burada, genellikle kabul edilen, ceza normunun, kendinde gerçek anlamda bir hak yarattığından, devlet bakımından öznelleştirilmesidir. Ancak, hakkın içeriği konusunda, büyük görüş ayrılığı olduğu gözlenmektedir. Kimi, hakkın, bir kims.eden cürmi fiili işlemekten çekinmesini istemek biçiminde salt olumsuz bir içeriğe sahip olmaktan ibaret olduğunu ileri sürerken; kimi, hakkın, herkesten norma uyulmasını beklemekten ibaret olduğunu ileri sürmektedir[479]. Hatta, kimi, hakkın, Devletin salt kendi varlığını korumaktan ibaret olduğunu ileri sürmektedir[480].

Ceza normu ihlal edilmekle birlikte, Devlet bakımından, gerçek anlamda bir hakkının doğduğunu ifade eden düşünceler eleştirilmiştir. Gerçekten, denmektedir ki, salt suçtan kaçınılmasını isteme yetkisinden Devletin bir talep hakkının doğduğu düşünüldüğünde, ceza hükümlerine riayet etmek yükümlülüğünün, herkesin, tüm uyrukların Devlete genel bir tabi olmak görüntüsünden başka bir şey olmadığı unutulmaktadır. Madem uyrukların genel

---

m Rocco, Sul conceno del diritto subiettivo di punire, 1904. Eser Rocco, Opere Giuridiche, Roma 1933, C. HI' te yer almıştır. Massari, La nonna penale, s. 197 vd.; Petrocelli, Principi di diritto penale, Napoli 1955, s. 166 vd.; Scarano, Rapporti di diritto penale, Milano, 1942; Bettiol, Diritto penale, s. 186 vd.; Moro, La subbiattivazionedella nonna penale, Bari 1942; Spasari, Fatto e reato nella dogmatica del codice e della costituzione, Studi in onore di Giuliano Vassalli, Evoluzione e rifonna del diritto e della procedura pcnale, 1945-1990, V. I, Giuffre' Editore, Milano 1991, s. 55 vd.; Vasalli, La potesta' punitiva, Torino 1942;

m Manzini, Trattato, I, s. 81 vd.; ID., Istituzione, s. 254.

m Rocco, L' oggetto, s. 515.

410 Grispigni, Diritto, s.282.

olarak Devlete itaat etmelerinden, hatta özel olarak ceza kanunlarına uymalarından söz edilmektedir, Devletin söz konusu bu iktidarının, daha çok genel egemenlik hakkı içinde basit bir yetki olduğundan, bağımsız bir hak teşkil eunesinin olası olmadığı düşünülmektedir. Ayrıca, uyrukların ceza kanunlarına uymak yükümlülüğünün, Devletin kendi varlığını koruma ve sürdürme hakkına karşılık geldiğini söylemek, sadece ceza normlarının değil, istisnasız tüm hukuk nom1larının sözü edilen bu değeri himaye ettiğini görmezlikten gelmektir[481].

Hepsini bir yana, bugün, genellikle hukukun müessese teorisi etkisinde biçimlenen kamu hukuku doktrininin[82], suçlu karşısında Devletin bir cezalandırma hakkının olduğu düşüncesini ret ettiği görülmektedir. Gerçekten, bağımsız hukuki iktidarlar olarak Devletin kamusal haklarının bulunduğu düşüncesi, haklar (diritti) ve yükümlülükler (potesta') ve aynı zamanda egemenlik ilişkisi (rapporto di sovranita') ve gerçek anlamda hukuki ilişki (rapporta giuridico) arasında kesin bir ayırımın yapılması zorunluluğu karşısında artık aşılmış bulunmaktadır. O nedenle, uyrukların, Devletin, özellikle kendisinin bir hakkı olarak, buyruğu altına konulduğu düşüncesinin, hem devrini doldurduğu, hem de ceza kanunları koymak yetkisini hak adı ile ifade etmek olduğu ileri sürülmüştür[483].

Elbette, bu düşünceler, kendi bakış açılarından, özellikle Kamu hukukunun bir teorisi olarak görülen Hukukun müessese teorisi açısından tutarlıdır. Ancak, hukuk, hem norm, hem toplumsal bir kurum, hem de kişiler arası ilişkiyse, dolayısıyla kişiler arası ilişki olmadan, hukuk da olmazsa; tabii Kamu hukuku olarak Ceza hukuku da, hukuksa; kuşkusuz onu vurgulayan özellik, öteki özellikler yanında, aynı zamanda kişiler arası karşılıklı bir ilişki olmasıdır. Hukuk normunun bir kişiye bir hak bahşederken diğer bir kişiye bunun karşılığı olarak bir yükümlülük yüklemesi ve bunun tersinin olması, kiminin iddiasının tersine, sadece özel hukuka ait olan bir nitelik değildir. Kamu hukuku, genelde özeli ifade eden ceza hukuku eğer gerçekten hukuksa, kuşkusuz öze1Iiği olmakla birlikte, elbette hukuka ait olan bir nitelik, ceza hukukuna ait olan bir niteliktir.

---

[1] Antolisei, Manuale, PG., s. 59.

[2] Hukukun müessese teorisinin mimarı, "Principes de droit public, Parigi 1916" isimli eseri ile Haurio olmuştur. Ancak, bu düşünce, hukukun sosyolojik bir teorisiolmaktan çıkarak hukukun bir genel teorisi olma niteliğini, özellikle Romano (Ordinamcnıo giuridico, 1917 -:ıynısı 1946, 1951) ile birlikte kaz.anmıştır (Bobbio, Teoria della nonna, s. 16) . Bu düşünce, Ceza hukuk,uılanında özellikle ör., Vassalli (Potesta' punitiva, Torino 1942, s. 14 vd.), Maggiorc, (Diritto pcnıılc, 1, s. 6) tarafından izlenmiştir.

[3] Vassalli, Potesta', s. 25

Madem herkesin ceza kanununa uymak yükümlülüğü vardır[484], tabii buna karşılık olarak, Devletin herkesten suç işlemekten kaçınmalarını istemek hakkı bulunmaktadır. Kişi suç işlememek yükümlülüğünü yeıine getirmez, suç işlerse, Devletin suçluyu cezalandınnak hakkı doğmaktadır[485]. Suçun failini cezalandırmak, Devlet için hem hak hem de görevdir. Buradan, Devletle suçlu kişi arasında, cezalandırma hukuki ilişkisi ortaya çıkmaktadır[486].

D. Cezalandırma Hukuki İlişkisi

Suçun işlenmesinden sonraki evrede, doktrin, çoklukla, ceza normunun ihlalinin ardından normda ifadesini bulan Devletin cezalandırma hakkının sona erdiğini, bu kez Devlet bakımından yeni bir hakkın ortaya çıktığını, daha açık olarak, suçlunun kanunun öngördüğü cezaya çarptırılması, dolayısıyla suçludan cezaya katlanmasını isteme hakkının doğduğunu, böylece Devletle suçlu arasında hukuki bir ilişkinin, yani cezalandırma hukuki ilişkisinin (rapporto punitivo) vücut bulduğunu ileri sürmektedir[487]. Bu ilişki karşılıklıdır. llişkinin aktif tarafını Devletin cezalandırma hakkı, pasif tarafını suçun failinin cezaya boyun eğmek yükümlülüğü oluşturmaktadır[488].

Doktrinde cezalandırma hukuki ilişkisi düşüncesine karşı çıkılmıştır. Bir kere, Devletin suçun failini cezalandırma erki, aslında gerçek anlamda bir hak değildir, çünkü erkin kullanımı, sahibinin yetkisi değildir, mecburiyetidir. Ancak, itiraz kesin değildir, çünkü, her şeyden önce, hak ve yükümlülük kavramlarının bağd□tınlamaz olduğunu kabul etmek, özellikle kamu hukuku alanında mutlak değildir[489]. Öte yandan, bu düşüncenin en zayıf noktası, suçun failinin, cezaya katlanmak biçiminde bir zorunluluğunun bulunmamasıdır. Suçlunun cezaya katlanmak ödevi, yükümlülüğü yoktur, fakat boyun eğdirilmektedir. Gerçekten, zorunlu olarak boyun eğdirildiğinden, suç için kanunun öngördüğü netice karşısında suçlunun iradesine kural olarak gerek yokken; yükümlülük, iradenin kaydıdır, ama iradenin katılımını gerektirir. Failinin cezaya katlanmak biçiminde bir yükümlülüğünün bulunmamasının diğer bir kanıtı, yükümlülüğü yerine getirmemenin, aynca bir müeyyidesinin bulunmamasıdır.

---

414 1948 İtalyan Cumhuriyeti Anayasası, 54/1 maddesi hükmünde, tüm yurttaşların Cumhuriyete sadık olmak ve Anayasaya saygılı olmakla yükümlüdür demektedir. Anayasaya saygılı olmak, en başta ceza kanunlarına saygılı olmayı gerektinnektedir. Öyleyse, ceza kanununa saygılı olmak, kişinin yükümlillüğUdilr. Bu tür bir hükmün Anayasamızda yer almamış olması bir eksiklik değildir. Hiç kimse suç işlemek hakkına sahip değildir. Herkes suç işlememekle yükümlüdür.

,u Bettiol, Diritto penale, s. 188;Spasari, Age., s. *55* vd.

"" Spasari, Age.,s.57 vd.

"' Bettiol, Diritto pen.ale, s. 188 vd.; Moro, La subbiattivazione, s. 67 vd.; Massari, Age., s. 197-213, aynca bkz. s. 214 vd.

•• Bettiol, Diritto penale, s. 189.

"' Antolisei, Manuale, PG., s.60.

Hükümlü, hakkında verilen hükme uymadığında, sadece bunun ıçın, cezalandırılmakla kalmaz, hükümlü olduğu cezayı aynen çekmeye zorlanır. Öyleyse, suçlunun cezaya katlanma olarak bir yükümlülüğünün bulunmamasının sonucu, cezalandınna hukul<l' ilişkisi düşüncesinin reddidir, çünkü gencide kabul edilen geçerli bir düşünceye göre, hukuki ilişki, bir hak ve bir ödev, yani iki yahut daha fazla kişi arasında somut olarak belirlenebilen bir haklar ve yükümlülükler bağıntısını ifade etmektedir[90].

Eleştiriler, kendi bakış açılarından geçerli olsalar bile, temelde, Devletin cezalandırn1a hakkı, Devletin cezalandınna yetkisi[491] düşünceleri arasında süregelen tartışmalara dayanmaktadır4[92].

Burada, tartışmaların dışında kalmak istiyoruz. Zaten Ceza normunun olmazsa olmaz olarak kişilerarasılık niteliğini kabul edince, Devletin cezalandırma hakkının olduğunu da kabul etmek gerekmektedir.

Ancak suçlunun cezaya katlanmak yükümlülüğü meselesi söz konusu olduğunda, doktrinde, denmektedir ki, "müeyyideye katlanmak" ve "firar (CK. m.292) eden kişinin Devletin cezayı yerine getinnekle görevli organlarına karşı her türlü direnmeden kaçınma ödevini "ihlal etmediği, fakat bizzat o cezaya katlanmaktan kaynaklanan farklı bir ödevi ihlal ettiği" biçimindeki katlanılan bu durumdan kaynaklanan "ödevler" arasında ayırım yapmak yapaydır. Esasen, bu, kavramları yararsız yere çoğaltmaktan hoşlanan şekilci bir zihniyetin üriinüdür. Ceza hukukunun koruduğu bir menfaate zarar verebilecek her türlü davranıştan bir kaçınma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edildiğinde, elbette ki, ihlal meydana geldiğinde, bizzat söz konusu bu ödevin, işlenen suçun hukuki-cezai sonuçlarına, yani cezaya bir katlanma yükümlülüğüne dönüştüğünün kabul edilmesi de zorunlu olmaktadır[493]. Madem failin cezaya katlanma yükümlülüğü vardır, karşılık olarak, ceza vermek hakkı da olmalıdır, çünkü yükümlülük, birisine karşı aym davranışın

---

[90] Antolisei, Manuale, PG., s. 60

[491] Devletin cezalandırma yetkisi (potesta' punitiva) düşüncesinin mimarı, öğrencisi olmaktan gurur duyduğumuz sayılı İtalyan hukukçularından biri olan Giuliana Vassalli' dir. Vassalli, Devletin bir cezalandınna hakkının olduğunu reddetmekte ve bu sonuca varırken temelde iki yol izlediği göriilmektedir. Birincisi, cezalandırma hakkının karşılığı bir hakkın, yani suçlunun cezaya katlanma yükümlülüğünün bulunduğunu, açıkçası ceza normunun aynı zamanda kişiler arası bir ilişki olduğunu reddetmekte; ikincisi, somut olarak ortaya çıkan durumun, esasen hak niteliğinin olmadığını ileri sürmektedir, çünkü cezalandırma yetkisi devredilemez (alienabile), kendisinden vazgeçilmez (rinuncibile) ve zamanaşımına (prescrittibile) uğramaz. Kısacası, tasarruf edilebilme (disponibilita') öğesinden yoksundur (age, s. 29 vd.,101 vd.).

[492] Bettiol, Diritto penale, s. 189

[493] Bettiol, Diritto penale, s. 189. İtalyan Cumhuriyeti Anayasası ve Ceza Kan:.ınun karşısında cezalandırma hakkı , dolayısıyla cezalandırma hukuki ilişkisi hakkında benzer bir dUşilnce için aynca bkz. Spasari, Age., s. 56.

istenebilmesini zorunlu kılan bir davranışın olmasıiu gerekli kılmaktadır. Bu kimse. cezalandınna hakkının sahibi. Yürütme organıdır J'>-1.

Gerçekten. kişi suç işlediğinde, Devletle kişi arasında, karşılıklı hulaıki bir ilişkinin doğduğu kabul edilmek.1edir. Doktrinde. bu ilişkinin, birinci ikincinin huk-uki alanının zararına hürriyeti kötüye hıllanmama ödevinin yükümlüsü ve ikinci. suçla zarar verilen ve ceza ile korunan hul'Uk:i değer veya menfaatin bütünlüüğünü isteme hakkının hamili olduğundan, suçun faili ve kamusal veya özel mağduru arasında, birbirinin karşıtı öznel iki hukuki durumu içerdiği düşünülmelıedir. Çoğu kez belli bir düzeyde sıkça görülen söz konusu menfaatin tasarruf edilemezliği ve suçla verilen zararın neticesi olarak açılacak ceza davasından mağdur lehine vazgeçme imkanının olmaması, gerçek anlamda bir hakkın varlıwıı inkar için yeterli görülrnemiştir,![95].

E. (<u>'.ezalandırnıa</u> Hulnıki İlişki.sinin Tarafı Devlet Organı ve İlişkinin Niteliği

Suç işlenmekle birlik.ie madem fail ve Devlet arasında cezalandınna huk.'1.lki ilişkisi doğmaliadır, buradan, hem fail karşında Devletin hangi organının bu ilişkinin tarafı olduğu, hem de ilişkinin niteliği meselesi ortaya çıkmaktadır.

İlişkinin niteliğine gelince, ister ismine cezalandırma hakkı, ister cezalandırma yetkisi densin, Devlet bakımından, ifadesini, Devletin organının, önceden konan usullere ve esaslara uyarak, suçu yargılamasında, failini cezalandırmasında bulmakiadır.

Gerek Devletin cezalandınna hakkı, gerekse Devletin cezalandırma yetkisi d□ncesinde olanlar, çoğunlukla, ilişkinin tarafının, Devlet yönünden, Yürütme organı (Stato-aınmiriistrazione), dolayısıyla savcı olduğunu düşünmektedir□[96]. Ancak, Devletin cezalandınna yetkisi olduğunu kabul eden kimi düşünür, azınlık olarak, ilişkinin tarafının, Yargı organı (Autorita' giudiziaria), yani hakim olduğunu ileri sünnektedir'97.

Cezalandırma ilişkisinin fail karşısında diğer tarafının Devletin yürütme organı olduğu düşüncesinde, yürütmeyi, kamu davası açmak, yargılamada taraf olmak ve hükümden sonra cei.ayı yerine getirmekle yükümlü savcının temsil ettiği kabul **edilmektedir**.[491]

.,. Bettiol, Diritto penale, s. **190.**

-,s **Spasari, Age., s. 57.**

4;t; **Massari, Age., s,**

., **Vassalli, Potesıa·, s.** 205 ; Antolisei, Manuale, s. 62.

□ Bettio]. Diritto **penale. s. 190,** 191.

Savcı, gerek 1961 Anayasasında, gerek 1982 Anayasnsında. ikinci Bölümde "Yürütme" içinde değil, Üçüncü Bölümde "Yargı" içinde yer almış olmakla birlikte; Devletin erkleri içindeki yeri bizim doktrinde de taıtışmalı bir konudur•.,.,.

Gerçekten, Cumhuriyet savcısının yerini belirlemede çoğu kc7. belirleyici olan mülga CMUK'un 148. maddesinin 3. ve 4. fıkrasının 14.7.2004- 5219/3. sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılması sonunda, Adalet Bakanının Cumhuriyet savcısına emir verebilmesi ortadan kalkmıştır. l. Haziran. 2005 tarihinde yürürlüğü giren 5271 sayılı **CMK.,** suçu takip ve yargı önüne götürmede Cumhuriyet savcısını bağımsız kılmıştır (m. 170, 171). Bu, savcının, artık Adalet Bakanlığına bağlı, Bakanlığın denetimi veya gözetimi altında, yani genel idare, hükümet içinde yer alan bir organ olmaması demektir. Ancak, bir gösterge olmakla birlikte, salt buna bakarak, Devletin erkleri arasında, savcının yeri, hemen yürütme değildir, yasama da olmadığına göre, öyleyse yargıdır, denememektedir, çünkü Kamu davası açma, yani hakimden Ceza Kanununun uygulanmasını isteme yetki ve görevi, hukuk düzenimizde, uygar diğer hukuk düzenlerinden farksız olarak, sadece Cumhuriyet savcısına ait bulunmaktadır.

Bizce, sorun, çözümünü, "Kaza" kavramında bulmaktadır. Kaza kavramından, başka bir anlayışta, hukuk düzenini idame ettirme ve gerçekleştinneye matuf devlet kudreti anlaşılmaktadır[5]01. Bu kudret yanlışlıkla "Yargılama" ile karıştırılmamalıdır, çünkü Devletin bu kudreti içerisinde birbirinden farklı birçok "yetkiler" bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de yargılama yetkisidir. Ancak, söz konusu bu devlet kudreti, yargılama ile tükenmemektedir. Kısacası "subjektif haklar arasındaki bir uyuşmazlığı objektif hukuka uygun şekilde çözmek" anlamına gelen yargılama[502] hukuk düzeninin idamesini ve gerçekleşmesini sağlayan araçlardan sadece bir tanesidir.Amacı hukuk düzeninin idamesi ve gerçekleşmesi olan bu kudret, kısaca, adalet kudretidir. Bu kudretin içerisine bir yandan yargılama yetkisi, öte yandan "Adli yetki" denen diğer yetkiler girmektedir. Adli göreve karşılık gelen yetki, yargılama yetkisi değildir. Ancak, bunlar birlikte ele

---

499 Kunter, Muhakeme Hukuku dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981, s. 330 vd. ve dn. 265; Keyman, Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara 197l, s. 74 vd., 82 vd.,

100 CMUK., m.148/ 3, 4 : "Kamu davasını açmak için Adalet Bakanı Cumhuriyet Savcısına emir verebilir" "Valiler de kamu davası açılmasında kendi vilayetleri dahilindeki Cumhuriyet savcısından isteyebilirler. Cumhuriyet savcıları mucip sebepler göstererek bu talebi kabul etmezse valinin müracaatı üzerine Adalet Bakanı yukarıdaki fıkrada yazılı yetkiyi kullanmak lazım gelip gelmeyeceğini takdir eder ve icabını yapar".

101 Romana, Corso di diritto costituzionale, s. 332; Vassallli, Potesta', s. 155-246, 354; Maggiorc, Diritto penale, s.796; Kuru, Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 9 vd.

l(l2 Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 80, 89

alındıklarında, adli yetki ve yargılama yetkisi , hukuk düzenini idame ettirmede ve gerçekleştirmede ifadesini bulan Devletin adalet kudretine, yani kazaı iktidarına vücut vennektedir[o3]. Devlet bu kudretini kullanırken, ilgili olduğu durum ve münasebetlerde taraf değildir. Bu nedenle devletin bu kudreti "icra" yani. yürütme kudretinden farklıdır. Gerçekten, Devlet, icra kudretini kullanırken muamelelerinin etkilediği hukuki durum ve münasebetlerde menfaat sahibidir, yani taraftır. Bu fark, devletin bu iki işlevinin amacının farklı olmasından ileri gelmektedir. Devletin "kazaı işlevi" hukuk düzeninin objektif himayesine matuf bir faaliyeti ifade etmektedir. Oysa devletin icraı işlevi, bizzat devletin kendine ait menfaatlerinin tatminine matuf bir faaliyeti ifade etmektedir. O yüzden, devlet, burada, hukuktan, hukuk düzenini himaye etmek için değil, sadece bu menfaatlerini gerçekleştirmekiçin yararlanmaktadır. Bu durumda, devletin kazaı kudretinin, yani kaza faaliyetinin ayırt edici asli niteliği "tarafsızlık" olmaktadır5ı». İşte, bu bağlamda bakıldığında, Cumhuriyet savcısı, Anayasanın 2, 36, 37, 38, 138, 139, 140. maddeleri gereğince, tarafsızdır, çünkü CMK'un 160/2. maddesi hükmü karşısında, Cumhuriyet savcısının görevi "maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesini" sağlamaktır. Cumhuriyet savcısının soruştunna ve kovuştunnaya, hatta infaza ilişkin tüm işlemleri yargı denetimine tabi bulunmaktadır (CMK. m., ör., 172, 173; CveGTİK., m. 5) . Bundan ötürü savcının işlemleri adli işlemlerdir. Böyle olunca, Cumhuriyet savcısı, hukuk düzenimizde, Kamu davasına bağlı olarak, salt adli faaliyette bulunduğundan, Devletin idari bir organ değil, adlı bir organ olmakta, yürütme erkinin değil, yargı erkinin içinde yer almaktadır.

Cezalandırma hukuki ilişkisi, tarafları arasında, mutlak değildir. Kanunilik ilkesinin gereği olarak, ilişki, kanunun öngördüğü fiili ve hukuki bazı nedenlerle ortadan kalkabilmektedir.

Hukuk düzenimizde cezalandırma hukuki ilişkisini ortadan kaldıran nedenler, aralarında önemli farklılıklar olmakla birlikte, 765 sayılı Kanunda "Dava ve Cezanın Sukutu" ve 5237 sayılı Kanunda, "Dava ve Cezanın Düşürülmesi" **nedenleri olarak ifade edilmişlerdir.**

İzleyen son bölümde söz konusu ilişkiyi sona erdiren nedenler incelenecektir.

,aı **Romano, Corso** di diritto constituzionale, s.333 vd.; Sabatini, il pubblico ministero nel diritto proccssuale penale,I, Napoli 1943, s.33 vd.; Keyman, Age., s. 83.

'o' Romano,Corso di diritto constituzionale,s. 336, 338 , Vassalli, Potesta', s. 354; Hafızoğullan, Ceza **Nonnu, s. 255.**

il.CEZALANDIRMA HUKUKİ İLİŞKİSİNİN SONA ERMESİ

A. Genel olarak, B. Failin ölümü, 1. Saıuğm ölümü, 2. *Hükiimlüuiiıu ölümü,* C. *Af,* 1. *Mahiyeti,* 2. *Affıu çeşitleri, hüküm ve neticeleri, a. Geuel af, b. Özel af, D. 'Zamanaşıum, 1. Mahiyeti,* 2. *Dava zaıuaıuaşımı, a. 'Zamaıuaşıum süreleri, b. Küçükler hakkında zamanaşımı süreleri,* c. *'Zamaıuaşımı süresinin hesabmda suçun nitelikli hallerinin göz önüne alınması, d. 'Zamanaşıum süresini belirleme, e. Dava zamaıuaşımınm dunnası ve kesilınesi, i.'Zaınanaşımının dumıası, ii. 'Zamanaşımmm kesibnesi, 3. Ceza zamanaşınu, a. Mahiyeti, b. 'Zamanaşımı süreleri,* c. *Küçükler ve yw1dışında suç işleyenler,* c. *'Zanıanaşımmuu uygulanması, d. 'Zaınaıuaşımımn kesilmesi; 4. Güvenlik tedbirlerinde zamanaşımı,* 5. *'Zaınanaşımınuu hesabı ve uygulanması, E. Şikayet ve şikayetten vazgeçme, 1. Mahiyeti,* 2. *Kanunun düzenlemesi, a. Şikayetin şartları, b. Şikayetten vazgeçme, F. Uzlaşma, l. Mahiyeti,* 2. *Uzlaşmanın şartları, 3. Uzlaşmanın hüküm ve neticesi,* G. *Dava ve cezanın düşmesinin etkisi, H. Önödeme, 1. Mahiyeti,* 2. *Önödemenin şartları, 3. Önödenıenin Hüküm ve neticeleri*

A. Genel olarak

Cezalandırma hukuki ilişkisinin sona ermesi, ceza kanunlarında, genellikle "Davayı ve Cezayı Düşüren Nedenler" olarak ifade edilmektedir. Davayı ve cezayı düşüren nedenler, Failin ölümü, Af, Zamanaşımı, Şikayet ve Uzlaşma, Önödemedir. Af, genel ve özel af olarak ayrılmaktadır. Zamanaşımı Dava ve Ceza zamanaşımıdır. Şikayet suçun mağduruna tanınmış bir haktır. Hak sahibi kişi, şikayette bulunmamak veya şikayette bulunmuşsa şikayetinden vazgeçmek suretiyle suçun faili hakkında kamu davasının açılmasını veya kamu davasının düşmesini sağlayabilmektedir. Uzlaşma, önödeme, "depenalizasyon" aracı olarak görülmekte, dolayısıyla fiil ceza hukuku alanından çıkarmakta, fiile idari suç niteliği kazandırmaktadır.

Belirtilen bu niteliklerinden ötürü, bu ceza hukuku kurumların yeri, açıkçası bunların maddi ceza hukukuna mi, yoksa ceza yargılaması hukukuna mi ait oldukları hususu doktrinde hep tartışma konusu olmuştur. Gerçekten, bir kısım doktrin, bunların, maddi ceza hukuku kurumları olduğunu ileri sürerken, diğer bir kısım doktrin bunların şekli ceza hukukunun, yani yargılama hukukunun kurumları olduklarını ileri sürmektedir. Üçüncü bir grup doktrin, bunlarda karma nitelik görmekte; bunların bir yönleri ile maddı hukuka, diğer bir yönleri ile de muhakeme hukukuna ait oldukları düşüncesindedir.

Kamu davası, mahkumiyet hükmü ve ceza üzerinde etkili olmalarına rağmen, kanunilik ilkesinin doğrudan zorunlu sonucu olarak, söz konusu nedenler, maddi ceza hukukuna aittirler, çünkü, öteki maddi' ceza hukuku kurumlarına benzer olarak, kıyas yasağı, lehte kanun ilkesi eksiksiz bunlar hakkında da geçerlidir.

B. Failin ölümü

Ceza sorumluluğu şahsidir.

Bu, ceza sorumluluğunun başka kimselere geçmemesi, bizzat kişinin üstünde kalması demektir. O nedenle, çağdaş ceza hukuklarında, failiniii ölümü, cezalandırma ilişkisini sona erdiren bin nedendir.

Kanun, failin ölümünü, "Sanığın veya hükümlünün ölümü" madde başlığı altında, 64. maddede, iki fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada sanığın ölümü, 2. fıkrada hükümlünün ölümü düzenlenmiştir.

1. Sanığın Ölümü

Kanunun, sanığın ölümü halinde, kamu davasının düşmesine karar verilir demektedir. Kanun hükmü kanunun amacını ifadede yeterli değildir, çünkü ön soruşturma evresinde henüz açılmış bir kamu davası yoktur ki, kamu davasının düşmesine karar verilsin. Bunun doğrusu, 765 s. Kanunda olduğu gibi, "sanığın ölümü kamu davasını ortadan kaldırır" olmalıdır. Gerçekten, fail hakkında henüz kovuşturma başlatılmamışsa kovuşturmaya başlanmaz; kovuşturma başlatılmışa, kovuşturmaya hemen son verilir; kamu davası açılmışsa, davanın düşmesine karar verilir.

Ancak, kamu davası ortadan kalkmakla birlikte, niteliği bakımından müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunur. Burada "maddi menfaatler" ifadesinden maksat, suçun işlenişi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan, ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatlerdir.

2. Hükümlünün Ölümü

Hükümlünün ölümü, hapis cezalarını ve henüz infaz edilmemiş adlı para cezalarını ortadan kaldırır. Para cezası takside bağlanmışsa, doğal olarak, ölümden sonraki bir tarihe rastlayan taksitler ortadan kalkar. Ancak, ölüm, ölümden önce kesinleşmi olmaları koşulu ile, müsadere ve yargılama gideri hakkında verilen hükümler üzerine etkili değildir. Bunlar, yerine getirilirler, çünkü ne müsadere, ne de mahkeme masrafı, ne cezadır, ne de ceza mahkumiyetinin kanuni sonucudur.

C. Af

1. l\1alıiyeti

Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, suç ve ceza koymak, suçu kovuşturmak nasıl Devletin bir erki ise, aynı şekilde suçu ve cezasını affetmek de Devletin bir erkidir. Bundan ötürü, af, kanunla çıkartılır. Af çıkarma, Anayasada, **TBMM'** in görevleri arasında sayılmıştır.

Kanunla çıkarıldığından, kişiye özel af olmaz. Öyleyse, af, geneldir ve gayri şahsidir.

Anayasa, Cumhurbaşkanına, hasta ve düşkün hükümlüleri bağışlama yetkisi vermiştir (m. 104). Genelde buna da af denmekle birlikte; bu, af değildir, bağışlamadır.

Af05, mahiyeti bakımından, Devletin suçluya bir iyilikte bulunması, bir atıfetidir. Af suçlu için bir hak değildir. Devlet, af çıkarırken, hakkını kötüye kullanmamak zorundadır. Kanun koyucu bakımından da hakkın kötüye kullanılmasını hukuk koromuz. Bu hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Öyleyse, kanun koyucu her istediğinde değil, zorunlu olduğunda af çıkarabilir. Zorunluluğun sının toplumsal barışın sağlanmasıdır. Af toplumsal barışa hizmet edecekse zorunludur. Böyle bir şey yoksa, af çıkarmak hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ancak, toplumsal barışa hizmeti takdir, kanun koyucunun işidir.

Böyle olunca, af çıkartmak, hukuki bir mesele olmamakta, salt siyasi bir mesele olmaktadır. Öyleyse, hukukçunun, affın, hukukiliği hariç, siyasetçinin yerine geçmek istemiyorsa, yerindeliği hakkında söyleyebileceği bir şey yoktur.

2. Affın Çeşitleri, Hüküm ve Neticeleri

Kanun, 765 s. Kanundan farklı olarak, affı, 65. maddesinde, üç fıkra halinde düzenlemiştir. Birinci fıkrada genel af, ikinci fıkrada özel af ve üçüncü fıkrada özel affın hak yoksunluklarına etkisi düzenlenmiştir.

a. Genel Af

Kanun genel affı "kamu davasını düşüren" bir neden saymıştır. 765. sayılı Kanunda genel af, kamu davasının düşmesinin de içinde olduğu tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte ceza mahkumiyetini "ortadankaldıran" bir nedendir. Znnnrdelli Kanunu, 86. maddesinde "Umumi af ceza davasını ve mahk0miyetlc onun bUtün

---

ıuı Marini, Amministia e indulto, Novissimo Digcnto Italiano, Appcndice, v.l, 1980, s. 290 vd.; Dioleni, osservariom zugli istituti dell'aınministia e dell'indulto, Riv. pcn. 1960, 1, s. 65 vd; Keyman, Af.

neticelerini ortadan kaldınr" demektedir. lCK., 151. maddesinde, "af suçu ortadan kaldınr" demektedir.

Bu yüzden, Kanunun "af halinde kamu davası düşer" hükmünü, af tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte ceza mahkumiyetini ortadan kaldırır şeklinde anlamak gerekmektedir, çünkü çoğun içinde azın da olması bir mantık kuralıdır. Tarihi kanun koyucu, her nedense, çağların süzgecinden geçerek dilde kalıpsallık kazanan ifadeleri kullanmaktan özenle kaçınmıştır. Yorumcu, tarihi kanun koyucunun iradesi ile bağlı değildir. Ülkemizde, doktrinde ve uygulamada, genel affın ne olduğu, kapsamınınve sınırlarının neden ibaret olduğu bellidir. Böyle olunca, Kanunun hükmünün, artık doktrinin ve uygulamanın kristalize olmuş yorumu doğrultusunda anl□ılması gerekmektedir.

Bu durumda, genel af, suçu veya ceza mahkumiyetini, tüm hüküm ve neticeleri ile birlikte ortadan kaldırmaktadır. Bu demektir ki, kişi hakkında henüz kamu davası açılmamışsa dava açılmayacak; kamu davası açılmışsa, dava düşüiiilecek; hüküm verilmiş kesinleşmişse, hüküm yerine getirilmeyecek; ceza çektiriliyorsa, çektirilmeye derhal salıverilecek; ceza mahkumiyetine bağlanmış olan tüm yoksunluklar ortadan kaldınlacaktır. Bu iş ilgili adli organlar tarafından res'en yapılacaktır.

Genel af, kısmi genel af biçiminde olabileceği gibi, genel nitelikte genel af biçiminde de olabilir. Kısmi genel af, TBMM' in takdir ettiği bir kısım suçların ve suçlularının affıdır. Genel nitelikte genel af, tüın suçların ve suçlularının affıdır. Kanun koyucular bu tür genel affı genel olarak savaşlardan, büyük toplumsal karg□alardan sonra toplwnsal barış, huzur ve güven ortamını sağlamak amacıyla çıkarmaktadırlar. Kanun koyucuların genelde kısmi af çıkardığını gözlemliyoruz. Ülkemizde, kanun koyucuların, affa çok sık başvunnaları; "hakkın kötüye kullanıldığı" tartışmalarına yer vermiştir.

Kısmı af öngören kanunlar, niteliklerinin gereği olarak dar yorumlanırlar.

Afla birlikte, kişi, hiçsuç işlememiş olur. Ancak, af, kamu hukukundan doğan bazı yoksunlukların saptanabilmesi için sicil tutulması zorunluluğunu ortadan kaldınnamaktadır. Bu durum, doktrinde eleştiri konusu olmuştur.

Af, mutlak olabileceği gibi, ör. suçun mahsus mağdurunun tatmin edilmesi anlamında şarta bağlı olarak da çıkarılabilir.

b. Öı.elAf

Özel af, ceza mahkumiyetini değil, yalnızca cezayı ortadan kaldıran bir aftır. Kanunun özel aftan anladığı, sadece "hapis cezasının" affıdır. Afla, hapis cezasının

ya infaz kurumunda çektirilmesine son verilir, ya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir, ya da adlı para cezasına çevrilebilir. Öyleyse, **TBMM,** af çıkarırken, bu seçeneklerden birini seçmeye zorunludur.

Burada, temel bir sorun ortaya çıkmaktadır. Ceza Kanunu ile **TBMM'** in iradesi bağlanabilir mi ? Bw1a evet deni_lemez. Gerçekten, böyle bir şey mümkün değilse, özel affı KanW1da olduğu biçimde ifade etmek yanlıştır; herhangi bir değer ifade etmemektedir. 765 sayılı Kanunun 98. maddesi ile Kanunun bu hükmünün, ne aynı olduğu, ne benzeştiği söylenebilir, çünkü, 5237 sayılı Kanundan farklı olarak, 765 sayılı KanW1, bu madde hükmünde, kanun koyucunun iradesini bağlamaya kalkışmamıştır. Madem af hükmünün muhatabı affı çıkaran kanun koyucudur, eğer kanun koyucW1un bağlı yetki kullanması isteniyorsa, söz konusu hükmün Ceza Kanununda değil, Anayasada yer alması gerekmektedir.

Özel af suçun değil, salt cezanın affı olduğundan, ne ceza mahkfuniyetinin sonuçları ortadan kalkar, ne de kanm davası ortadan kalkar. Öyleyse, özel af, kamu davasını düşünen bir neden değildir. Böyle olunca, özel affın uygulanabilmesi için kaınu davasının açılması, yürütülmesi ve af kanununun uygulanması ile sona erdirilmesi gerekmektedir. Öte yandan, özel af, ceza aynca azaltılabildiğinden veya başka bir cezaya çevrilebildiğinden, tümden cezayı ortadan kaldıran bir neden de değildir.

Özel af kısmi özel af olabileceği gibi, genel özel af da olabilir. Sadece bazı suçların cezasının kaldırılması ve süresinin indirilme□i halinde özel af kısmı özel aftır. Kuşkusuz, özel af şarta bağlı olarak da çıkarılabilir. Şart gerçekleştirilmiş olmadıkça, hükümlü aftan yararlandırılmaz.

Kanun, "cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir" demektedir. Hüküm, TBMM'in iradesine kayıt getirdiğinden maksadını aşar niteliktedir. Bu nedenle, hükmün, "aksine hüküm yoksa mahkumiyetin kanuni neticesi olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları afla ortadan kalkmaz" biçiminde anlaşılması gerekmektedir, çünkü kanun koyucu, her zaman kuralın istisnasını koyabilmektedir

D. Zamanaşıını

!.Mahiyeti

Zamanaşımı[506] hukukun temel kurumlarından biridir. Hak iddiasında bulunan herkes, hakkını hakkın doğduğu tarihten başlayarak belli bir süre içinde aramak zorundadır. Süresinde hakkın aranmaması hakkın düşmesi nedenidir. Özel hukukta

---

101; Pisa, prescrizione (dir. pen), Enciclopedia del diritto, XXXV, 1986, s. 78 vd; Molaıi, prescrizione del reato e della pena (diritto penale) Novissimo Digerto, XIII, s. 679 vd.

süresinde istenmeyen hak kişiye talep hakkı vermez. Buna tabii borç denmektedir. Ceza hukukunda, Devletin mahsus organlarının suçu zamanında kovuştunnaması, mahkfuniyet hükmünü zamanında yerine getin11emesi, Devletin suçu kovuşturma, cezayı çektirme hak.kını ortadan kaldırır.

Zamanaşımı, uygar ceza hukuku düzenlerinin tümünde mevcut bulunmaktadır. Cezalandırma erkini elinde tutan Devlet, suçları zamanında takip etmeli, yargılatınalı ve cezasını belli bir süre içinde çektirmelidir. Devletin sonsuza kadar suçlunun peşinde olama hakkı yoktur. Kim işini zamanında yapmazsa, sonuçlarına o katlanır.

Aynca, doktrinde, suçun üzerinden çok zamanın geçmiş olmasından ötürü, çoğu kez kanıtların kaybolmasının, kalanların özgünlüğünü yitirmesinin, ihlalin bastınlmasına karşı toplumun ilgisinin azalmasının suçun kovuşturulmasını yararsız kıldığı; cezadan uzun süre kaçan hükümlünün, kaçaklık süresi içinde hep yakalanmak korkusu ile yaşadığı, bunun bir yerde cezayı çekmiş olmaya denk olduğu ileri sürülmüş, dolayısıyla ceza hukukunda zamanaşımının zorunlu olduğu düşünülmüştür.

Ancak, doktrinde, aksi düşünce, toplumda sürekli huzur ve güven ortamının tesisi isteniyorsa, suçların her yerde ve her zaman mutlaka kovuşturulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu düşüncenin itibar gördüğü söylenemez. Zira, bırakalım eskiyi bir yana, çağdaş ceza hukuklarında, zamanaşırrunın, istinasız varlığını koruduğu görülmektedir.

Zamanaşımı, suçun kovuşturulmasını, cezanın çektirilmesini engeller.

Devletin işini zamanında yapmamasının sonucu olarak suçu zamanaşımına uğramış olan kimsenin, toplum vicdanında aklanmış olmadığı iddiası, kaba hukukçu veya hukuk cahili olmanın tipik bir örneğidir, çünkü hak.kında kesinleşmiş bir hüküm bulunmadıkça kimsenin suçlu sayılmaması temel kuralı bir yana, suçu takipte başarısız olan Devletin özrünün suç isnadı altında bırakılmış olan bireye yüklenmesi, hak.kın kötüye kullanılmasıdır. Buna, "özrü kabahatinden büyük" olmak denir.

Kanun, zamanaşımını davayı ve cezayı düşüren bir neden sayrruştır.

Zamanaşımı res' en uygulanır (CK. m. 72/2).

Kanun, zamanaşımını, dava zamanaşımı ve ceza zamanaşırru olmak üzere ikiye ayınruşnr. Dava zamanaşımını, Kanunun 66 ve 67. maddelerinde, ceza ve müsadere zamanaşımını 68, 69, 70 ve 71. maddelerinde düzenlemiştir. Kanun, "Zamanaşımının hesabı ve uygulanmasını" 72. maddesinde düzenlemiştir.

2. Dava Zamanaşınu

Dava zamanaşımı, 66. maddede, yedi fıkra olarak düzenlenmiştir.

Zamanaşınunı durduran ve kesen nedenlere, 67. maddede dört fıkra olarak yer verilmiştir. Birinci fıkrada, zaınanaşımını durduran nedenler; sonraki fıkralarda, zaınanaşımıiu kesen nedenler yer almıştır.

a. Zamanaşınu Süreleri

Dava zamanaşımı süresi, her suç için geçerli genel kural olarak, 66/1. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Kanun, "Kanunda başka türlü yazılmış olan halleri" genel kuralın dışında tutmuş, dolayısıyla genel kuralın istisnasının olabileceğini kabul etmiştir.

765 sayılı Kanunun düzenlemesiyle kıyaslandığında, Kanunun, zamanaşmu sürelerini çok yüksek tuttuğu gözlenmektedir. Madde gerekçesinde, niçin böyle bir yola gidildiğinin gerekçesi yoktur. Kural, zaınanaşımı süresinin uzun değil, olabildiğince kısa olmasıdır, çünkü zaınanaşımı süresinin uzun tutulması, Devletin suçlan kovuşturmada yeterli örgünlüğe ve etkinliğe ulaşmamış olduğuna karinedir. Gerçekten, gerek Anayasa, gerekse AİHS., makul sürede yargılanma temel hakkına yer vermiş bulunmaktadır. Bu hak içinde kuşkusuz makul sürede kovuşturulma hakkı da bulunmaktadır. Zamanaşımı sürelerinin gereğinden fazla tutulması, keyfiliktir, makul sürede yargılanma hakkının ihlalidir.

Zaınanaşımı süresi, Kanunda, ağırlatılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeşyıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl olarak öngörülmüştür. Suçun işlendiği tarihten başlayarak bu süreleringeçmesi ile birlikte kamu davası düşer.

Kanun, 765 sayılı Kanunun kullandığı "hukuku amme davası... ortadan kalkar" ifadesini kullanmamış, "... kamu davası...düşer" ifadesini kullanmıştır. İki ifade farklıdır. Kuşkusuz, açılmamış olan bir kamu davasının düşmesi de olamaz. Böyle olunca, Cumhuriyet savcısı, zamanaşımının geçmiş olduğunu tespit ettiğinde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veremez. Savcı, mutlaka kamu davasını açmak zorundadır.

Kamu davasının düşme kararını hakim verir. Kamu davasının düşürülmesi için bir talepte bulunulmasına gerek yoktur. Hakim, zamanaşımını, res'en, yani

kendiliğinden göz önüne almak zorundadır. Hakimin kararı, bir tespit hükmüdür. Tespitin doğru olmadığının, yani hesabın yanlış yapıldığının ileri sürülmesi mümkündür.

Kanun, 66n.maddesi hükmünde, istisna olarak, yurtdışında işlenen bazı suçlarda dava zaınanaşımının olmadığını kabul etmiştir: *"Bu kanunun ikinci Kitabının Dördüıcü Kısmında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurtdışında işlenmesi halinde dava zanıanaşımı uygulanmaz".*

b. Küçükler Hakkında Zamanaşımı Süreleri

Kanun, 66/2. maddesi hükmünde, zamanaşımında, büyüklerle küçükler arasında, küçükler yararına "pozitif ayırımcılık" yapmış, zamanaşımı süresini kısaltmıştır.

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş onbey yaşını doldurmamış olanlar hakkında zamanaşımı süresi, 66/1.madde hükmünde konan zamanaşımı sürelerinin yarısı, zamanaşımı süresidir. Onbeş yaşını doldurmuş onsekiz yaşını doldurmamış olanlar bakımından bu süre, 66/1. madde hükmünde yazılı sürelerin üçteikisi kadardır.

Sürenin geçmesi ile kamu davası düşer.

Kanun, madde gerekçesinde, 66/2. maddesi hükmünün yeni olduğunu söylemekte, ancak büyüklerle küçükler arasında niçin böyle bir fark yaratma ihtiyacı duyduğunun nedenine yer vermemektedir. Bizce, zamanaşımı konusunda, büyüklerle küçükler arasında böyle bir ayırımın yapılması yersizdir, çünkü çocukları büyüklerden farklı kılan hiçbir psişik- toplumsal özellik, böyle bir ayrımı haklı kılmamaktadır. Zamanaşımı sürelerinin büyükler bakımından makul ölçülerin dışına taşınlmasının ayıbı; küçüklerle büyükler arasında, esasen olmadığı halde, fark yaratılarak giderile•nez. Hüküm, çocukları korumamakta, çocuk suçluluğuna pirim vermektedir. Hüküm, kanun önünde eşitlik ilkesine **aykırıdır.**

c. Zamanaşımı Hesabında Suçun Nitelikli Hallerinin Göz Önüne Alınması

Kanun, 66/3. maddesi hükmünde, 66/1. maddesi hükmünde koyduğu genel kurala nedense sadık kalmamış, kurala istisna getirmiştir. Şöyle ki, dava zamanaşımı süresinin t-elirlenmesinde, dosyadaki mevcut deliller karşısında, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde

bulundurulacaktır. Böylece, Kanun, zamanaşımı süresi bakımından, suçun basit şekli ile ağırlatılmış şekli arasında fark gözetmiş olmaktadır.

Düzenleme tutarsızdır. Gerçekten, madem Kanurı zanıanaşımı bakımından suçun basit şekli ile ağırlatılmış şekli arasında fark yaratmış, dolayısıyla zamanmjımı süresini uzun tutmuş, aynı mantıkla, suçun basit şekli ile hafifletilmiş şekli arasında da fark yaratmak, dolayısıyla zamanaşımı süresini kısa tutmak zorundadır. Sadece kanun önünde eşitlik ilkesi ile değil, aynı zamanda ayırımcılık yasağı ilkesi ile de açıkça çelişen bu durum hakkında, madde gerekçesinde hiçbir açıklık bulunmamaktadır. Gerçekten, Kanunun, zamanaşımmı, kabul edilebilir bir neden olmadan, suçlar ve suçlular arasında farklılık yaratarak düzenlemesi, keyfi olmuştur.

Öte yandan "Dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri" hükmü de, somut olayına göre ayn bir takdire yer verdiğinden, zamanaşımını nesnellikten çıkarır, öznelleştirir. Bu, yargı önünde eşitlik ilkesini zedeler.

d. Zamanaşınıı Süresini Belirleme

Kanun, zamanaşımı süresinin belirlenmesi usul ve esaslarını, 66/4, 5 ve 6. maddesi hükmünde düzenlemiştir.

Kanunun, 66/1, 2 ve 3. maddesi hükmünde yer alan sürelerin belirlenmesinde, suçun kanunda yazılı cezasının yukarı sınırının göz önüne alınmasını öngörmüştür. Seçimlik cezaları gerektiren suçlar söz konusu olduğunda, zamanaşımını belirlemede, hapis cezası esas alınacaktır.

Zamanaşıını, Kanunda, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği günden, zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden başlatılmaktadır (f. 6).

Kanun, 765 sayılı Kanunda olmayan bir hükme yer venniştir. Gerçekten Kanun, 66/6. maddede *"çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve niifıızu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar"* hükmünü öngörmektedir. Hükmün konuluş nedeni madde gerekçesinde açıklanmamıştır. Suç yerine mağdurunun veya yerine göre, maddi konusunun yaşının zamanaşımının başlamasında bir kıstas olarak alınması isabetli olmamıştır. Bu hükümle güdülen maksat, küçükler büyüklerinin fiillerine katlandıklarından, suçların ortaya çıkmadığı ve zamanaşımına uğradığı düşüncesi ise, bu düşüncede isabet yoktur, çünkü, her koşulda, suçlan izlemek ve ortaya

çıkarmak, Devletin görevidir, dolayısıyla cezalandırma ilişkisinde Devletin çocukJan ihbar vasıtası olarak kullanmaya hakkı yoktur. Öte yandan CK'un 278/1. madde hükmü karşında söz konusu hüküm daha karmaşık bir nitelik kazanmaktadır, çünkü bu hüküm, "işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi ... hapis cezası ile cezalandırılır" demektedir. Kişi, çocuk da olabildiğine göre, öncelikle kendisi üzerinde işlenmekte olan suçu, yetkili makama bildirmek zorundadır. Kanun, suçun mağduru veya maddi konusu olan kişiye, suçu bildirmeme ayrıcalığım tanımamıştır.

Kanun, 66/5. maddesi hükmünde, 29.6.2005-5377/8 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce uygar bir ulusun ceza hukuku düzeninde olmaması gereken istisnai bir hükme yer vermişti.Bu hüküm *"Aymfiilden dolayı her ue suretle olursa olsun tekrar yargılanması gereken hükümlünün, sonradan yargılanan suça ait üçüncü fıkrada yazılı esasa göre belirlenecek zamanaşıını göz önünde bulundurulur"* biçiminde ifade edilmiştir. Hüküm Tarihi kanun koyucunun dile ve hukuka hakimiyetinin karinesidir. Gerçekten, hükmü anlayan alkışlanmalıdır. Tarihi kanun koyucu, sanki, hükmün, başkalarınca anlaşılır olmamasına özel olarak özen göstermiştir. Hükmün aynı Tarihi kanun koyucu tarafından acilen 29.6.2005-5377/8 sayılı Kanunla tümden değiştirilmiş olması, keşke aksi olsaydı ama, birebir iddiamızı kanıtlamaktadır. Kanunun, 29.6.2005-5377/8 sayılı Kanunla değişik 65/5. maddesi hükmü, "Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu hususiaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yenibaştan işlemeye başlar" biçimindedir.

Kesinleşen takipsizlik kararlarının yeni bir kanıt ortaya çıktığında tekrar kovuşturmaya başlanması (CMK. m. 172/2), kesinleşen mahkeme kararlarından sonra yargılamanın yenilenmesinin ortaya çıkması, AİHM tarafından verilen kararların yerine getirilmesi zımnında yargılamanın yenilenmesi (CMK. m. 311), vs., aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayı gerektiren hallerdir.

Kanun, bu hallerde, zamanaşımı süresini, mahkemenin talebi kabul ettiği günden itibaren işlemeye başladığını kabul etmektedir.

e. Dava Zamanaşımı, Durması ve Kesilmesi

Zamanaşımını durduran ve kesen nedenler farklı olduğu gibi, sonuçlan da farklıdır.

Kanun, zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesini, 67. maddesinde, 4 fıkra olarak düzenlenmiştir. 1. fıkrada zamanaşımının durmasına, 2. fıkrada zamanaşımının kesilmesine, 3 ve 4. fıkrada zamanaşımının kesilmesinin sonuçlarına yer verilmiştir.

i. Zamanaşımmm Durması

Kamu davasının açılması, kamusal gereklerin sonucu olarak, bazen izine, karar alınmasına veya diğer bir yargı merciinin çözeceği bir sorunun sonucuna bağlı olabilir. Bu halde zamanaşımmın durmasından söz edilir.

Kanun, *"Sonışturma ve kovuştunna yapılmas111111, izin veya karar almma.'ilveya diğer bir mercide çözülmesi gereken bir meselenin sonucuna bağlı olduğu hallerde, izin veya kararıu alınmasına veya ıneseleıiiu çözümüne veya kanım gereğince lıakkmda kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkmda bu karar kaldırılmcaya kadar dava zamanaşmıı durur"* demektedir.

Zaman aşımı durduğunda, durmadan önce geçen süre, ortadan kalkmaz. Süre, zamanaşımının hesabında göz önüne alınır. Dunna nedeni ortadan kalktığında, zamanaşımı süresi tekrar işlemeye başlar. Durma, zamanaşımı süresini uzatmaz.

Ancak, durmanın suresi konusunda Kanunda bir açıklık bulunmamak1adır. Bu durum bazı sıkıntıları birlikte getirmektedir. Gerçekten, ör., milletvekili dokunulmazlığı, zamanaşımını durduran bir nedendir. Kişi milletvekili olarak kaldığı sürece, dokunulmazlığı kaldırılmadıkça, zamanaşımı durur. Milletvekilliği sıfatı ortadan kalktığı anda, duran zamanaşıuru, eskiden geçen sürenin üzerine işlemeye başlar. Bu demektir ki, bir kişi arka arkaya beş dönem milletvekili seçilirse, işlediği iddia edilen suçtan ötürü, dokunulmaz kaldığı sürece, hakkında yirmi beş yıl kovuşturma yapılamayacak, yani zamanaşımı durmuş olacaktır. Kanunun suskunluğu karşısında, bu tür abartılı durumların ortaya çıkmaması, ancak hakkın kötüye kullanılmaması ile mümkün olabilir.

İştirak halinde işlenen suçlarda, zamanaşımı, tüm ortaklar hakkında durur.

ü. Zamanaşımının Kesilmesi

Dava zamanaşımı, şüpheli veya sanığın savcı önünde ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi, suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi, sanık hakkında mahkOmiyet kararı verilmesi hallerinde kesilir (CK. m. 67/2, a, b, c, d).

Bu nedenler tahdidi dir, genişletilemezler. Kanunun belirttiği üzere, arızi veya z.orunlu iştirak hallerinde, tek bir şüpheli veya sanık hakkında adli işlem yapılmış olması, tüm şüpheli veya sanık.Jar bakımından zamanaşımını keser.

Zarnanaşımı kesildiğinde, daha önce geçmiş olan sUre göz önüne alınmaz. Zamana51m1 süresi, sıfırdan, yeniden işlemeye başlar.

Zamanaşımını kesen birden çok nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar **(CK.** ın. 67/3).

Zan1anaşımı hiç kesilmediği takdirde, kanunda belirtilen süre geçtiğinde, suç zamanaşınuna uğramış olur.

Zanıanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi uzar. Ancak, bu süre, hangi suç kovuşturuluyorsa, o suç için kanunda belirlenen süreye, o sürenin yarısının eklenmesi sonunda elde edilen süreden daha fazla olamaz. Kanun, *"Kesilme halinde, z.amanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirtilen sürenin en fazla yarısı kadar uzar"* demektedir (CK. m. 67/4). Burada, Kanunun "...en fazla yarısı kadar uzar" ifadesi, kuşkusuz, zamanaşımı süresinin, yarıdan az da uzayabileceği anlamında değildir.

3. Ceza Zamanaşıını

a. Mahiyeti

Dava zamanaşımından farklı olarak, ceza zamanaşımı, hükümlü hakkındadır. Kamın, madde gerekçesinde, ceza zamanaşımında cezanın ortadan kalkmadığını, sadece bir infaz engeli oluşturduğunu ileri sünnektedir. 765 sayılı Kanun *"Bu maddede yazılı cezalar aşağıdaki müddetlerin müruriyle ortadan kalkar"* demektedir. Doğrusu budur. Bu hükmün anlamı, ceza zamanaşımı ile ceza ortadan kalkar, ama ceza mahkumiyeti kalkmaz, kalır. Kanunun 68. maddesi hükmü amacına uygun olarak yorumlandığında, ".. *cezalar...infazedilmez"* hükmü, ceza ortadan kalkar, ama ceza mahkuyeti kalır anlamındadır.

Cezası kanunda gösterilen süreler içinde yerine getirilemeyen hükümlü, daha sonra ele geçirildiğinde, mahkfun olduğu cezayı çekmekten kurtulmuş olur, yani cezası infaz edilmez.

Ceza ı.amanaşımı res'en göz önüne alınır (CK. m. 72/2).

b. Zamanaşımı Süreleri, Küçükler ve Yurtdışında Suç İşleyenler

Kanun, ceza zamanaşımının süresine ilişkin kuralı, cezalar ve ceza miktarları esas olmak üzere, 68/1. madde hükmünde öngörülmüştür. Bu hükme göre, zamanaşımı süreleri, ağırlatılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl, müebbet hapis cezalarında otuz yıl, yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmi dört yıl, beş yıldan fazla hapis cezalarındada yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıldır. Bu sürelerin geçmesiyle artık ceza infaz edilemez olmaktadır.

Kanun, yaşı küçük olanlar ve yurtdışında işlenmiş olan bazı suçlar bakımından, dava zamanaşımında izlediği yönteme paralel olarak, 68/2, 3. maddesi hükmünde koyduğu kurala istisna getirmiştir:

Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş, onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, 68/1. madde hükmünde belirtilen sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş, onsekiz yaşını doldurmamış kişiler hakkında aynı hükümdeki sürelerin üçte ikisinin geçmesi ile ceza zamanaşımına uğrar. Kanun, gerekçesinde, ceza zamanaşımında küçükler lehine yapılan pozitif ayırımcılığın nedenini açıklamamıştır. Hükmün yerinde olduğunu sanmıyoruz, çükü küçükler bakımından suçu işlediği tarihe bakarak, hüküm tarihinden sonra, cezanın infazı aşamasında pozitif ayırımcılık yapmanın bir mantığının olduğunu sanmıyoruz.

Kanun, 68/3. maddesi hükmünde yurtdışında işlenen bazı suçlardan verilen mahkı1miyet hükümlerinde ceza zamanaşımını kabul etmemiştir. Kanun, "Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısmında yazılı yurtdışında işlenmiş suçlar dolayısıyla verilmiş ağırlatılmış müebbet hapis veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarında zamanaşımı uygulanmaz" hükmüne yer vermiştir. Zanardelli Kanununda, 765 s. Kanunun 112. maddesinin asıl metninde, lCK' un ceza zamanaşımını düzenleyen hükümleri arasında böyle bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Kanun, gerekçesinde, böyle bir hükme niçin ihtiyaç duyduğunu açıklamış değildir. Tek ak.la gelen şey, Kanunun, dava zarnanaşımı ile paralellik kurmak istemesidir. Ancak, bir şeyin dava zamanaşımında istisnaı nitelik taşıması başka şeydir, o şeyin ceza zamanaşımında istisnai nitelik taşıması başka şeydir. İki şey karıştırıldığında, herhalde, kanun önünde eşitlik ilkelerinin açık ihlali olur.

c. **Zamanaşımımn Uygulanması**

Kimi zaman, yukarıda belirtilenden farklı olarak, birçok ceza bir tek mahkumiyet hükümde yer almış olabilir. Bu halde, Kanun, *"türleri başka başka cezaları içeren hükümler, en ağır ceza için konulan sürenin geçmesi ile infaz edilmez"* diyerek (CK. m. 68/4), ortaya çıkabilecek olan kuşkuları açık bir hükümle gidermiş olmaktadır.

Öte yandan, Kanun, süresinin başlayacağı günü, açık bir hükümle, tespit etmiştir. Buna göre, ceza zamanaşımı, mahkfimiyet hükmünün kesinleştiği veya infazın herhangi bir suretle kesintiye uğradığı günden itibaren işlemeye başlar ve kalan ceza miktarı esas alınarak süre hesaplanır (CK. m.68/5).

d. Zamanaşmumn Kesilmesi

Kanw1, ceza zamanaşıınının kesilmesini, 71. maddede iki fıkra halinde düzenlemiştir.

Bir kere mahkumiyet hükmünün yerine getirilmesi için yetkili merciden hükümlüye usulüne uygun olarak yapılan tebligat, ceza zamanaşımını keser. Tabii, aynca, hükmün yerine getirilmesi maksadı ile hükümlünün yakalanması, ceza zamanaşımını keser.

Öte yandan, hükümlü, üst sının iki yıldan fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlediğinde, zarnanaşımı kesilir. Kanun, hükümlüyü, *"bir suçtan dolayı mahk.am olan kimse"* olarak tanımlamıştır.

4. Güvenlik Tedbirlerinde Zamanaşımı

Kanun güvenlik tedbirlerinden olan müsaderede ve hak yoksunlukları ceza zamanaşımı yönünden aynca düzenleme konusu yapılmıştır.

Kanun, 69. maddesinde, "Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunluklarının süresi ceza zarnanaşımının süresi doluncaya kadar devam eder" hükmüne yer vermiştir. Bu demektir ki, kendiliğinden veya hükümle cezaya bağlanan hak yoksunluklarının hüküm ve neticeleri bağlı olduğu cezanın zamanaşımı süresince devam eder. Öyleyse, bunların zamanaşımı süresi bağlı oldukları cezanın süresi kadardır.

Hükmün madde başlığı, hükmün içeriğini ifade etmemektedir.

Müsadereye gelince, Kanun, 70. maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, *"Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren 20 yıl geçtikten sonra infaz edilmez".*

Tarihi kanun koyucunun "hikmetinden sual olunmaz", tabii, bu doğruda da, kanunun her yerinde sayısal değerler yazı ile yazılırken, bura da rakamla yazılmasını anlamak mümkün olamamıştır. Kanun, gerekçesinde "bir güvenlik tedbiri olarak öngörülen müsadere açısından ayn bir zamanaşımı süresi belirlenmiştir", dediğine göre, hem eşya müsaderesini, hem de kazanç müsaderesini kastetmiş olmaktadır.

Ancak, eşya müsaderesi söz konusu olduğunda, 54/4. maddesinde öngörülen durumun zamanaşımı ile ilişkisinin kurulması konusu kuşkuya yer vermektedir, çünkü, "üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alim ve satımı suç oluşturan eşya", ne kadar süre geçerse geçsin, mahiyetinin gereği olarak, her zaman müsaderesi zorunlu eşyadır.

5. Zamanaşımıuım Hesabı ve Uygulanması

Dava ve ceza zamanaşımı süreleri gün, ay ve yıl hesabı ile belirlenir. GUn yirmi dört saat; bir ay otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesap edilir (CK. m. 72/1). Süreye ilişkin bu tanım hükmü, ikinci cümle göz ardı edildiğinde, 61/6. maddede hükmünün ayıusı olmaktadır. Burada Kanunun niçin bu tür bir tekrara ihtiyaç duyduğu anlaşılaınaımştır.

Dava ve ceza zaınanaşımı, res'en uygulanır. Bundan şüpheli, sanık ve hükümlü vazgeçemezler (CK. m. 72/2), çünkü zamanaşımı, kamu düzenindendir. Bu demektir ki, taraflar, her zaman zamanaşımı iddiasında bulunabilirler.

Dava zamanaşımı süresinin dolduğu iddia edildiğinde, bu mesele hakkında derhal bir karar verilmesi zorunludur. Daha sonra karar verilmesine karar verilerek yargılamaya devam edemez.

E. Şikayet

1. Şikayetin Mahiyeti

Ceza müeyyidesinin kurumsallaştırılması, bunun bir sonucu olarak cezalandırma ilişkisi, kanun önünde eşitlik ilkesi gereğince, suçların, üstün, "super partes" bir organ, yani bizzat tarafsız bir kamu otoritesi tarafından bastırmasını zorunlu kılmıştır.

Bu cümleden olarak, ceza hukuku düzeninde, suçları kovuştumıak.[507] ve kamu davası açmak tekeli Cumhuriyet savcısınındır (CMK. m. 170/1). *"Toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturdıığwıda"* kural, Cumhuriyet savcısının, kamu davasını açmasıdır (CMK. ın. 170/2). Ancak, bazı durumlarda, mağdura sorulmadan kamu davasının açılması, onun bakımından, çoğu kez giderilmesi imkansız bir zarar veya tehlikeye yol açabilir. Kanun, kamusal çıkarla bireysel çıkarın çatıştığı bu durumlarda, mağdurun iradesine üstünlük tanımakta, dolayısıyla mağdurdan, suçun takip edilmesi veya edilmemesi konusunda bir irade açıklamasında bulunmasını istemektedir.

Buna şikayet denmektedir.

Öyleyse, şikayet5°[8], suçun mağdurunun, Cumhuriyet savcısından, kamu davasının açılmasını istemesidir.

CMK. 2. maddesinde, bu, "soruştunna" ve "kovuştunna" olarak ifade edilmiştir.

M Santora, Querela, Novissimo Digerto italiano, **XIV, s.** 641; Dinacci, Querela Enciclopedig del diritto, XL, s. 500 vd.

Şikayetin bu niteliği, onun, ceza hukukunun mu, yoksa ceza yargılaması hukukunun mu malı olduğu konusunda tartışmalara neden olmuştur. Doktrinde, şikayetin ceza hukukuna ait olduğunu söyleyenler yanında, ceza yargılaması hukulnına ait olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır. Hatta, kimi, şikayette çifte karakter gönnektedir. Ülkemizde yaygın kanaat, şikayetin bir usul hukuku kurumu olmasıdır.

Şikayette bulunma hakkını kullanma bir süreye tabi kılınmıştır. Süre kısadır. Bunun nedeni, mağdurunun eline, faili tehdit imkanını vermemektir. Bu süre hak düşürücü süredir, eski hale getirilemez.

Şikayet kural karşısında istisna olduğundan, şikayete bağlı suçların, kanunda açıkça gösterilmeleri gerekir.

Şikayet sirayet eder. Bu, şikayetin, suça katılan tüm failler bakımından geçerli olınası demektir.

Şikayetten vazgeçilmesi mümkündür. Vazgeçme, suçu birlikte işleyen tüm ortaklara saridir, çünkü mağdurun, suçlular arasında ayının yapmak hakkı yoktur. Ancak, vazgeçmenin sanığın rızasına bağlı olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Genelde, vazgeçmenin, kabul etmeyene etki etmeyeceği düşünülmektedir.

Şikayet hakkım kullanma ve şikayetten vazgeçme bir şekle tabi değildir.

2. Karnımın Düzenlemesi

Kanun, şikayeti, "Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar" madde başlığı altında 2006/5560 sayılı Kanunla değişik 73. maddesinde yedi fıkradan ibaret olarak düzenlemiştir. Kanun, daha önce 8. fıkra olarak yer verdiği uzlaşmaya bu kez yer vermemiştir. Uzlaşma, CMK' un 2006/5560 sayılı Kanunla değişik 253-255. maddelerinde düzenlenmiştir.

a. Şikayetin Şartlan

"Soruşturulması ve kovuşturulması" şikayete bağlı suçlarda, "yetkili kimse", altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde, soruşturma ve kovuşturma yapılamaz **(CK.** m. 73/1). Bir suçun soruşturulması şikayete bağlıysa, zorunlu olarak kovuşturulması da şikayete bağlıdır. Öyleyse Kanunun ifadesinin yerinde olduğu söylenemez. Burada, "yetkili kimse" ifadesi, yerinde değildir, hatta yanlıştır. Yetkili kimseden maksat, suçla ihlal edilen ceza ile korunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir. Zaten başka kimsenin olması da mümkün değildir. Tarihi kanun koyucu, CMK' da "Mağdur, Şikayetçi, Malen sorumlu,

Katılan" terimlerini kullanırken, maalesef özenli davranmamış, hataya düşmüştür. Mağdur ile müşteki, yani şikayetçi, suçla ihlal edilen ve ceza ile k.-orunan hukuki değer veya menfaatin hamili kişidir. Kanun, bazı suçlarda, mağdur denen bu kişiye, suçun takip edilebilmesi için şikayette bulunma hakkı tanımıştır. Örneğin, basit yaralama suçunda (CK. m. 86/2), hakaret ve sövme suçunda (CK. m. 125/1, 131/l) suçun mağduru ile müşteki, yani şikayetçi aynı kişidir. Zaten, fazla söze gerek yok, Kanunun hafif müessir fiilde "mağdurun şikayeti üzerine", hakarette "suçunun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır" hükmü bizi doğrulan1aktadır.

Şikayette bulunma süresi altı aydır.

Kanun, süreyi, zamanaşımı süresi içinde kalmak koşulu ile, şikayet hakkı olan kişinin, yani mağdurun, fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlatmaktadır (CK. m.73/2). Kanun, terim birliğine uymaması bir yana, altı ayın hesabında da suskun kalmaktadır. Altı ayın hesabı önemlidir, çünkü bu süre hak düşürücü süredir. Böyle olunca, sürenin hesabında, herhalde Kanunun 61/6. maddesi veya bunun tekrarı niteliğinde olan 73/1. maddesi hükmü uygulanacaktır.

Öte yandan, Kanun, mağdurun hakkını kullanmasında, sadece fiilin bilmesini veya öğrenmesini yeterli görmemiş, "fiil ve failinin" birlikte bilmesini veya öğrenmesini gerekli görmüştür. Bizce, mağdurun, fiili bilmesi şikayet hakkını kullanması bakımından yeterli olmalıdır, çünkü fiilin failinin kim olduğunu bulup ortaya çıkarmak Cumhuriyet savcısının görevidir (CMK. m. 170/1,a).

Suçun mağduru birden çok kişi olabilir. Kanun, bu halde, "birkaç kişiden biri altı aylık süreyi geçirirse bundan dolayı diğerlerinin hakkı düşmez" hükmüne yer venniştir **(CK.** m.73/3).

b. Şikayetten Vazgeçme

Kanun, "suçtan zarar gören kişinin", yani mağdurun, açıkçası suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan değer veya menfaatin hamilinin, şikayetinden vazgeçebileceğini kabul etmiştir. Gerçekten; Kanun, 73/4. maddesi hükmünde, *"Kovuşturma yapılması şikayete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür"* demekte ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçmenin cezanın infazına engel olmadığını ifade etmektedir. Bu demektir ki, mağdur, şikayetinden, hükmün kesinleşmesine kadar vazgeçebilmektedir. Hüküm kesinleştikten sonra, mağdur, artık şikayetten vazgeçememektedir.

İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkında şikayetten vazgeçme diğerlerini de kapsar (CK. m. 73/5). Tabii, bu kural, zorunlu iştirak hallerinde de geçerlidir.

Kanunda aksi yazılı olmadıkça, vazgeçme, vazgeçmeyi kabul etmeyen sanığı etkilemez (CK. m. 73/6), yani kamu davası düşmez, davaya devam olunur. Mağdur bir kere şikayetinden vazgeçmişse, artık bunun geri dönüşü yoktur. Vazgeçmenin vazgeçmesi olmaz.

Kanun, aksi belirtilmiş olmadıkça, şikayetten vazgeçmenin, mağdurun hukuk davası açma hakkını etkilemediğini kabul etmiştir. Gerçekten, Kanun, 73/7. maddesinde, *"Kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikayetten* mz *geçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk ıiıahkemesiıide de dava açamaz"* hükmüne yer vermiştir.

Hüküm, pek de iyi bir biçimde ifade edilmiş değildir. Kural, kanunların ifadesinin özlü ve anlaşılır olması, terim birliğinin sağlanmasıdır. Kanun, terim birliğine uymamakta inat etmiş, aynı maddenin farklı fıkralarında, "yetkili kimse", "şikayet hakkı olan kişi", birkaç kez "suçtan zarar gören kişi", "mağdur" terimlerini kullanmaktan kaçınmamıştır.

F. Önödeme

1. Mahiyeti

Kanun, önödemeyi, 75. maddesinde, "Dava ve Cezanın Düşürülmesi Nedenleri" arasında düzenlemiştir. Kanun, önödemeyi, yerine göre, "kamu davasının açılmaması" veya "kamu davasının düşmesi" nedeni olarak görmektedir.

Bir "depenalizasyon" yolu olarak da görülen önödeme, Ceza hukukunda yeni değildir. Gerek Zanardelli Kanunu, gerekse 765 sayılı Kanunun, önödemeyi (değişik, m. 119) düzenlemiştir. İCK'nunda önödemeye yer verilmiştir. Kısacası, bugün, önödeme konusunda, yeterli doktrin ve uygulama mevcut bulunmaktadır.

Önödemede, ceza miktarı az olan bazı suçlar, failin belli bir miktar para cezasını, yargıJanmaksızın,önden ödemeyi kabul etmesiyle, suç olmaktan çıkmakta, idari suç niteliğini kazanmaktadır. Böylece, kanun koyucu, kamu davası açılmamasını veya davanın düşürülmesini sağlayarak yargının işini azaltmayı, suçluyu cezaevi ortamından uzak tutarak suçun bulaşıcılığını gidermeyi, daha da önemlisi, kişiyi tüketici konumuna sokmayarak hem bireysel hem de kamusal bakımdan ekonomik, toplumsal, siyasal yarar elde etmeyi amaçlamaktadır.

Önödeme uzlaşmadan farklıdır. Önödemedc mağdurun "maddi ve manevi zararı" giderilmemekte, fail, yargılanmaksızın, hürriyeli bağlayıcı ecza yerine, suçunun karşılığı olarak kanunun öngördüğü para cezasını ödemeyi kabul e tmekte ve suçtan kurtulmaktadır. Cumhuriyet savcısı veya hakim, önöcJemcyi resen göz önüne alır. Sanık önödemeyi kabul etmemek hakkına sahiptir.

2. Önödemenin Şartları

Önödeme uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere yalnız adli para cezasını gerektiren suçlarda veya kanun hükmünde öngörülen hapis cezasının yukarı haddi üç ayı aşmayan suçlarda mümkündür (CK. m. 75/1). Bu bağlamda olmak üzere;

- Adli para cezası maktu ise bu miktar, değilse para cezasının aşağı sının,
- Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi Türk Lirası üzerinden bulunacak miktar,
- Hapis cezası ile birlikte para cezası da öngörülmüşse hapis cezası için cezanın aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yinni Türk Lirası üzerinden bulunacak miktar ile adli para cezasının aşağı sınırı,

Cumhuriyet savcılığının tebligatı üzerine, soruşturma giderleri ile birlikte, on gün içinde,fail tarafından ödenirse, hakkında kamu davası açılmaz (CK. m. 75/1, a, b, c).

Ancak, fail, usulüne uygun olarak yapılan tebligatı aldıktan sonra, önödemeyi kabul edip etmemekte serbesttir. Gerçekte, fail, önödemeyi kabul etmediğini bildirerek hakkında kamu davası açılmasını sağlayabileceği gibi, tebligatın gereğini on gün içinde yapmayarak da hakkında kamu davası açılmasını sağlayabilir.

Sadece soruşturma aşamasında değil, aynı zamanda doğrudan kamu davası açılmasının mümkün olduğu hallerde, hakimin önödeme kararı vermesi mümkündür. Gerçekten, Kanun, 75/2. maddesinde, *"özel kamm /ıiikiim/eri gereğince, işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi lıaliıde"* hakim tarafından yapılacak bildirim üzerine, fail, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslara göre belirlenecek olan parayı ödediğinde ve yargılama giderlerini karşıladığında karım davasının düşmesini kabul etmiştir. Burada, hakim, önünde kamu davası açılan mahkemenin hakimidir.

Kanun koyucu, inatla terim birliğine uymadığı gözlenmektedir. Gerçekten, bir önceki fıkrada "tebliğ üzerine" ifadesini kullanırken, bu fıkra hükmünde "yapılacak bildirim" ifadesini kullanmıştır.

Tebligatta bulunulduktan sonra, ödemenin en geç kaç gün içinde yapılması gerektiği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Her halde 1. fıkra hükmüne yapılan göndermeye bakarak, sürenin, on gün olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu süre sonunda, tebligatın gereğini yerine getirilmezse kamu davasına devam olunur. Fail tebligatın gereğini yaparsa, kamu davası kendiliğinden düşer.

Cumhuriyet savcılığı bu madde kapsamına giren bir suç hakkında, resen önödeme işlemi yapmayıp dava açtığında veya "dava konusu fiilin niteliğinin değişmesi suretiyle" bu "madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi halinde" de "bu fıkra" hükmü uygulanır (CK. m. 75/3). Madem 75/2. fıkra 75/1 fıkraya, 75/3 fıkra 75/2. fıkraya göndermede bulunmaktadır, burada "yukarıdaki fıkra hükmünden" maksat, 75. maddenin 1 ve 2. fıkraları hükmüdür. Öte yandan, "dava konusu fiilin niteliğinin değişmesinden" maksat herhalde yargılama esnasında suç vasfında değişiklik olması, dolayısıyla yargılanmakta olan suçun önödeme kapsamında olan bir suç niteliğini kazanmasıdır.

"Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı üç ayı aşmayan hapis veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hallerde ödenmesi gereken miktar", 75. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarına göre adli para cezası esas alınarak belirlenir (CK. m. 75/4).

3. Önödemenin Hüküm ve Neticesi

önödemenin gerçekleşmesi ile birlikte, ya kamu davası açılmaz, ya da kamu davası düşer. "Bu halde cezaya ihtiyaç varsa da muhakemeye lüzum yoktur". Ceza bir paranın ödenmesinden ibaret bulunduğuna göre, burada, failin kendiliğinden bir parayı ödemesi yeterli görülmüştür®.

önödemede, fiil suç olma niteliğini, fail sanıklık sıfatını kaybeder. Tabii, ceza mahkOmiyeti söz konusu olmadığından, fail sabıkalı da olmaz.

Kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakların istenmesini engellemez. Mağdur veya fiilden zarar gören kişi, hukuk mahkemesinde uğradığı zararın tazminini isteyebilir, malı geri alabilir. Kamu davasının açılmaması veya ortadan kalkması, ne malın geri alınmasına ne de müsadereye ait hükümleri etkiler (CK. m. 75/5).

"" Majno, Ceza Kanunu Şerhi, s. 582.

İNDEKS

A
açık ceza nomıl:ırı · 20, 21, 25, 55, 62, 63, 64, 299
açıklayıcı ecza nornılan • 59, 69, 80, 8I
adil yargılanma• 156
adli para cezası· 377,433,449,450,452,454,457,458,467,468,469,470,479,491,495,500,515,529
af-31, 159,160,210,359,511,513,514,515
ahde vefa • 150
akıl hastalığı· 293,340,378,393,397,398,399,401,402,487,489.498
aleniyet · 189
aleyhe kıyas yasağı • 20
ani suç• 210,212
ani suçlar· 189,210,212
asıl ceza nomılan · 59, 61, 62, 65, 82, 83, 310
asli iştirak • 330
azmettimıc • 166,326,330,333,341,343,348,351,352,353

B
bağımsız ceza nomılan • 59, 61, 62
bağlıltk kuralı • 339, 340
basın· 24, 148, 151,190,214,250,252,287,288,292
basın hürriyeti · 214, 250
basın yoluyla işlenen suçlar • 252, 288, 292
beklenmeyen hal • 284, 285, 402
beşeri nedensellik• 189, 202, 203, 204, 206, 284
biçimsel denetim • 27
bileşik suç· 227, 357, 358
bilinçli taksir· 254,268,275,277,280,281,282,458,465,497,498

C
cebri tedbirler • 439
ceza ehliyeti • 374, 388
ceza hukuku okulu· 123, 125, 126, 127,158,384,385,531
ceza hukukunun deneyselliği • 87, 100
ceza içeren kanunlar • 35, 36, 376
ceza nomılanrun tasnifi • 68
ceza nonnu • 3, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 30, 37, 43, 59, 60, 61, 62, 63,64,66,67,73,77, 79,80,82,83,84,87, 106,115,116,120,185, 196,2]8,220,221,223,224,263,299, 308,309,310,381,403,410,442,471,499,501,502,503,504,506,507
ceza nomıunun zaman bakımından sınırı· 13, 29
ceza1ehliyet • 374
cezai himaye · 153, 222, 287
cezalandırılabilmeşartı • 42, 43, 48, 173, 233, 234, 251, 282, 293
cezalandınna hakkı. 66, 73, 79, 124, 140, 162,229,236,411,444,446,504,505,506,507,508
cezalandınnayetkisi-229,507,508
cezanın işlevi • 403, 411, 412, 508
cezanın örgünleşmesi • 405, 408
cezanın özelliği • 429
cünha • 178, 180
cürüm-21,35,56, 126,139,140,143,144,161,173,177,178,179,180,181,247,264,309,324,450,481

Ç
çocuklara özgü güvenlik tedbirleri • 395, 470, 472, 486

D
daraltıcı (limitative) ceza normlan • 59
daraltıcı yorum • I15, 118, 282, 482
davranış normları • 5, 9, 10, 14, 59, 60, 88, 94, 277

denetimli serbestlik·472,490,491,492
deneysel bilim · 105
dogmatik hulaık • 89
doğrudan doğruya beraber işleyen • 330, 349
dokunulmazlık • 48, 50, 374
düalist sistem • 381
düşünce suçu • 53, 55, 56, 153, 175, I85

E
eksik ceza normları • 25, 59, 63
eksik teşebbüs • 309, 310, 318, 3I9
elverişli hareketler· 307,309,310,315,318
elverişli vasıtalar· 315,412
emniyet tedbirleri · 443
erginlik yaşı • 393, 396
erteleme· 449,459,460,461,462,464,465,466,479
erteleme kararının düşmesi · 449, 464
etkin pişmanlık • 323, 324

F
fail-22,31,34,45,46,211,227,233,242,246,248,255,256,257,260,263,264,266,267,268,269,270,
271,272,273,275,278,282,283,285,286,287,288,290,291,294,295,298,299,300,301,302,303,304,
306,308,309,310,312,313,316,317,321,322,323,324,328,330,332,333,334,335,337,340,341,342,
344,347,348,349,350,351,353,355,358,359,365,367,368,369,373,374,376,377,378,379,380,390,
391,394,395,398,454,455,460,481,496,508,509,512,529,530
faillik· 166,326,330,331,332,347,348,349,350,351,352,354
fiile bağlı ağırlatıcı nedenler • 343
fiili hata· 218, 233, 252, 270, 297,299,302, 304, 305, 327, 341
fiili irtikap eden • 165, 330, 348, 349
fiilin önşaru • 173, 186, 187
fiilin suç olmaktan çıkarılması • 29, 30
fikri içtima· 288,354, 355, 357, 359, 360, 361
fonnel bilim·87, 96, 97, 98, 99,111, 114

G
geçici nedenler• 390, 393,397,401,402
geçici veya süreli kanunlar • 34
geçişli (transitorie) ceı.a normları • 66
genel irade • 3, 5
genişletici yorum• 105, 115, 118
geri verilme·42, 47, 53, 54, *55,*56, 57, 58,464
geri verme· 53, 54, 55, 57, 58
geri verme talebi • *55*
göndenne ceza normlan • 59
gönüllü vazgeçme• 307,309,311,317,322, 323,324,326, 345, 346, 347
görev suçlan• 37, 42,
güvenlik tedbiri· 19, 21, 30, 33, 34, 83, 84, 126,128,228,376,385,393,394,395, 399,400,434,435,441,
442,444,445,446,447,448,450,451,453,466,468,471,472,473,474,475,476,478,479,480,482,486,
487,488,489,491,492,493,494,524
güvenlik tedbirlerinin türleri • 83, 470, 473

H
hak düşürücü süre • 36, 526, 527
Hakkın kullanılması• 85,214,243,247,249
haksız tahrik• 20,366,367,368,369,498
hapis ceı.alan • 449,451,452,512,518,522,523
hapiscezası-33,44,45,46,47,48,147,342,369,370,395,396,400,449,450,451,452,454,455,457,
458,459,460,461,466,469,471,472,473,474,475,476,477,478,479,488,490,491,495,4%,498,499,
500,514,517,519,520,524,529

hapis eczasının c11cknmcsi · 33, 449, 459, 461, 466, 478
han:kct · 9, 25. 26, 36, 37, 3S, 48, 53, 63, 72, 74, 75, 77, 88, 96, 98, 116, 119. 120, 121, 122, 124, 132, 133, 135, 149. 151. 174, 175. 182,183, 184, 1S7, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198. 1[1]19, 200,201, 202.203,204.206.207.208,209,210,211, 212,213,214,216,226,230,232,233,241,245.249,253,254, 256,259,260.261.262,263,265,266,267.268,269,270,271,272,273,274,278,281.283.286,288,290. 291.293,294.295.299,300,301.303.305,307,308,309,310,312,314,315.316,317,318,320,322,324. 325.328,329,330.332.335,336,337,338,3□4.345.348,354,355,356,357,329,360,375,382,384,388, 402.406,407.417,441,445
hareketin bütüncü anlayışı • 190
hareketin mekanik anlayı□ı • 190
hava sahası • 3S, 39
hukuk devleti· 3, 7. 8, 13, 30, 152, 155,161,223,237,513
huk1.1k devrimi· 8, 13, 17, 129, 135, 136, 138, 141, 142, 144, 160, 164,380
hukuka aykınlık • 179, 184, 185,186,208,211,214,215,216,217,219,220,232,240,269,270,299,406,441
hukuka objektif aykınlık • 164
hukuka uygunluk nedenleri• 163, 174, 182, 184,214,215,217,218, 219, 220,231, 232, 233. 234, 235, 249, 251,260,262,280,282,293,302,441
hukukideğer-9,44,46,47, 120,139,167,168,190,209,214,216,220,221,223,224,225,226,227,228, 229,244,246,272,308,415,416,418,434,444,455,508,526
huk1.11ci fiil· 7,174
hukuki formalizm· 87, 89, 94, 95, 97, 98
huk1.1ki menfaat· 23,208,221,434
huk,ılmn genel ilkeleri • 16, 26, 122
huk'lllmn kaynağı· 17, 18, 110, 132
hukulmn maddi kaynağı • 17, 138
hukı.ıJmn normatif teorisi• 87, 95, 97, 107, 108, 109, 110, 111, 115,501
hukuk.,ın şekli kaynağı • 17
hükmün tanınması • 45, 51

t

iadeyi muhakeme • 157
icra harekeli • 192, 193, 194, 209, 310, 312, 313, 322
içerik denetimi • 27
içtihadı birleştirme kararlan • 117
idarenin düzenleyici işlemleri · 19, 20, 21, 25, 26, 63, 235, 299
idari suç· 178, 182,511,522
idari suçlar • 178, 181, 182
idari yaptırım • 179, 181, 225
ihmal· 25, 26, 37, 38, 43, 63, 70, 75, 76, 127, 128, 178, 180, 190, 192, 194, 195, 197, 199, 203, 204, 205, 206,207,208,209,211,212,253,255,256,260,261,262,263,264,265,268,270,273,276,294,295,307, 308,319,322,325,335,336,338,355,356,359,363,369,406,484
ihmal hareketi· 37, 192, 194,195,204,207,209,211,212,253,260,261,265,268,294.295, 308,355,356
ihmal suretiyle icra suçlan· 194, 195, 206, 209, 325
ikinci derecede normlar • 69
ilerletici yorum • 20, 117, 118, 169
infaz kanunları • 33
irade özerkliği• 381
irade serbestisi • 124, 125, 384, 385, 386
iradenin kmanabilirliği • 184
iradi fiil • 174, 260, 265, 286, 291
isabette hata • 294, 303, 360
isnadiyet • 84, 388, 416, 441
isnat edilebilirlik • 252, 388, 441
isnat yeteneği· 20, 36, 71, 122, 126, 163,169,236,240,243,244,247,248,251,252,254,255,258,259, 282,293,294,302,331,332,333,340,341,351,366,381,382,383,384,385,386,387,388,389,390,391, 393,394,395,396,397,400,401,402,435,436,441,472,475,489,503
istenemczlik ilkesi • 252, 305
işlenemez suç • 228, 320, 321, 353
iştirak iradesi • 165, 336, 345, 350

K
kabahat· 21. 24, 35, 126, 139, 161, 165. 173, 174, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 213,224,225,228, 260,261,311,325,450,516
kalkışma· 23, 41, 42,170,325,354,361,380,430,453,515
kamu davası·78, 141,179,432.433, 508,509,510,511,512,513,514,515,517,518,521,525,528,529,530
kanunilik ilkesi·17, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 30, 31, 37, 41, 45, 127, 139, 141, 164, 182,218,220, 222, 223228,229,275,277,281.290,303,326,328,340,355,431,497,510, 512,513
kast· 165, 185, 187,191,200,205,242,246,251,252,253,254.255, 258,259,260,261,264,265,266, 268,270,271,272,273,276,281,285,286,287,288,289,290,291,293,294,296,297,300,303,305,307, 309,310,311,314,323,332,334,340,342,343,350,361,367,388,465,496,497
kast teorisi • 187
kastı aşan suçlar • 252, 272
kastın yoğunluğu · 252, 273, 274
kategorik ceza nonnlan • 59, 81, 83
kategorik emirler· 59, 82, 84
kazai tedbirler·433,434,435, 442, 443,444,447, 448
kendinde olmama • 252, 294
kesintisiz suç • 189, 210, 211, 212, 519
kısmi akıl hastalığı • 393, 397, 399
kıta sahanlığı · 39
kıyas· 17, 19, 20, 22, 23, 98, 99, 100,105,115,119, 122, 144, 152, 153,169,219,220,303,305,314,397, 497,512,517
kıyas yasağı• 19, 20, 22, 23,512
kodifı.kasyon · 132, 133, 161
koruma tedbirleri • 53, 58
lnısur yeteneği • 163, 332, 340, 341, 382, 386
kusurluluğun normatif anlayışı • 256, 497
l-..1.1surluluğun psikolojik anlayışı • 255, 256
kusurluluk· 169, 184, 185, 186,191,203,217,252,253,255,256,257,258,259,264,265,271.281. 293, 294,300,304,354,381,382
kusurluluk ehliyeti • 381, 382
kusursuz sorumluluk· 252,285,287, 288

L
laiklik • 138, 146, 150, 152, 153
lehte kanun· 29, 31, 32, 33, 34, 36,512

M
rnaddicebir·252,258,294,295,304,332,414,424
maddi konu- 192,228,229,230,320,321,343,367,480,485,497,519,520
maddi unsur• 159,170,185,186,189,203,204,209,233,252,301
mağdur-24,45,46, 140,166,168,179,212,214,215,222,225,227,229,230,231,232,240,248,281,284, 287,290,302,312,317,320,323,324,339,342,343,361,363,364,365,367,368,369,373,393,418,419, 420,423,425,435,449,454,455,460,461,485,486,508,511,514,519,520,525,526,527,528,529,530
mahrum eden ceza normları•59, 79
manevi cebir· 252,303,304,305,306,414,425,435,440
manevi unsur• 185,200,203,215,253,255,336
mantıksal-yapısal yorum•115, 119
mazeret nedenleri • 163, 233, 293, 306
mesafe suçlan • 36, 197
mesafe suçu • 38
meşru savunma•77,210,212.214, 231,232,233,239,240,241,242,243,244,246
mücbir sebep • 252, 258, 276, 284, 292, 294, 295, 304, 402
müebbethapiscezası-205,342,369,395,396,400,449,451,496,499,517
müeyyide normları • 59, 60
mülkilik • 37, 40, 41, 42
müsadere-425,468,470,472,473,474,480,481,482,483,484,485,486,493,494,512.516,524,530

N
nedensellik· 84. 1.58, 189, 190, 196, 198. 199,200,201,202,203.204, 205,206,207,225, 2.16. 253,278. 283,284,312,328,348. 355,412,416
ncg:ıiif ecza ıionnlan • 59, 69, 78
netice· 63, 71. 72, 83. 84, 184, 189, 190, 195, 196, 197,198,201,203,204,205,206,207,209,213,214. 225,253,264.265,266,267,268,277,278,280,281.282,284,285,286,287,288,289.291,301,303,310, 311,321,328,337.344, 345,348, 355,356.357,360,406,506
neticenin t:ıbi:ıtçı anlayışı· 189, 196,357
neticc..□i sebebiyle :ı□ırlaş:ın suçlar • 278. 287, 288, 325
neticesiz suçlar· 36, 37, 196,197,213.265, 325,348,355,356,357
non bis in idem· 52, 360, 361
nomı:ıiif fail tipi · 373, 379, 380

O
olası kası • 244, 264, 268, 274, 281. 311. 497, 498
olumsuz (menfi, negatif) ceza nonnları • 67, 69, 77, 78, 80

Ö
önleyici tedbir • 34, 427
önödeme-405,432,433,464,511,528,529,530
örf ve adet·3, 17, 18, 24, 25, 133, 138, 157
örfi hukuk· 132,218
özel ceza kanunları • 36, 6I, 68, 85

p
polis tedbirleri · 152, 420, 421, 448, 482

R
resepsiyon • 132, I34, 138, 157, 161

S
salt hareket suçlan • 196, 265, 31O
sapma· 165,252,288,294,297,303,360,361
sebebinde serbest hareketler • 383, 390, 391
sekuler · 133
siyasi suçlu• Ş3, 54, 56
sorumsuzluk• 48, 49, 163,201,236, 374
sportif faaliyetler · 214, 249
suç işleme karannda birlik • 354, 361, 362
suça iştirak· 35, 154, 165, 166, 167, 197,205,210,212,326,327,328,329,330,331,332.333, 33-ı. 335. 336,337,338,345,346,347,349,350,484
suçateşebbüs-68, 168, 198,201,225,272,307,309,310,311,312,316,317,318,319,320,321.325,35S
suçlar arasında sübjektif bir bağ bulunması • 362
suçların içtiması•35, 194, 303, 354, 355
suçlann tasnifi• 127, 167, 189, 209, 213, 214, 224, 225
suçlu kavramı • 373, 377
suçluların geri verilmesi • 53, 54
suçtan zarar gören· 45, 47,124,229,230,527,528
suçun halleri· 184, 289, 301, 366
suçun hukuki konusu· 53, 120, 127, 130, 167, 168,169,214,215,220,221,222,223,224,225,228,497
suçun işlendiği zaman • 31, 36, 37, 496
suçun maddi konusu• 192,229,320,343,367,480,485
suçunmağduru-45,46,225,229,230,240,248,339,363,368,420,423,425,435,455,4S5,486.511.520, 525,527
suçun önşartı • 173, 186
suçun tekliği • 193, 354, 355, 356, 357
suçun tekliği-çokluğu • 356
sllreli hapis cezalan • 452, 522

Ş

şekli suçlar• 196. 213. 420
şikayet • 36. 45. 46, 47, 85, 140, 21O, 212, 225, 230, 247, 248, 358, 359, 511, 525, 526, 527, 528
şikayeııcn vazgeçme· 230,511,526,528

T

tabii nedensellik· 189, 199, 204
takdiri indirim nedenleri·366,367,369,457,458,461,496,498
L'.lksir· 166,169.174, 184,185,191,193,194,198,200,242,244,245,246,251,252,253,254,255,256, 257,258,259,260.261,264,268,270,271,274,275,276,277,278,279,280,281,282,283,284,285,286, 287,288.290,291,292,293,294,296,300,301,302,305,311,325,333,334,369,393,402,449,452,458, 460.464,465,467,470,479,480,491,493,496,497
L'.lksir karinesi • 200, 278, 288, 290, 291, 292
L'.lksirli suçlarda iştirak · 166, 283
t:ılep-46,57,58, 75, 76,240,400,456,504,516,517
tam ceza normları • 62
tam teşebbüs • 309, 310, 318, 319
tamarnlanmışsuç-201,308,309,310,311,325,363,519
tamamlayıcı ceza nonnlan • 59, 64, 326, 354
tecrim eden nom1 • 220
tecviz eden norm • 220
tc:cviz edici nonnlar • 66, 74, 77, 78, 80
tehlike kastı • 272
tehlike suçlan - 72, 177, 225, 226. 227, 270, 272, 420, 497
teknik nonnlar • 59, 82, 84, 85
teokratik • 16, 132, 133, 134, 138, 141, 146, 189
ıeosantrik • 132, 133
terör saiki ile işlenen suçlar • 56
tüzelkişiler·4,47,240,332,375,376,470,474,475,476,477,492,493,494

U

ulusal irade • 17, 136, 138
uygun nedensellik- 189,200,201,203,204
uzlaşma • 230, 405, 432, 433, 464, 511, 526, 529

Ü

ülke· 15, 17, 23, 26, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43,44, 45, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56. 57, 58, 67. 109, 110, ll7, 121,128,133,134,136,138,141,142,143,146,147,150,151,155,158,160,161.162, 163. 164, **169,176,179,181,235,250,254,327,339,341,468,469,491**

V

varsayımsal suç • 321, 322
vasıtanınmutlak elverişliliği•316
vasıtanın nispi elverişliliği • 316
vatandaşın geri verilrnezliği • 53, 57

Y

yapısal suçluluk • 378
yardım eden sıfatıyla sorumlu olma • 352
yardım etme· 166, 326, 330,331,347, 348, 349, 352,354,498
yargısal denetim • 17
yasaklayıcı ceza normJan • 59, 73, 77, 78, 80
yaş küçüklüğü • 293, 302, 340, 343, 369, 393, 394, 486, 498
yerindelik denetimi • 27, 238

Z

z.amanaşınu-36,45,55,57,85,210,240,357,507,511,516,517,518,519,520,521,522,523,524,525,527
zamanaşımırun kesilmesi • 511, *520,* 521, 524
zarar bsu • *rıı*
zorlama halleri • 305
zoruni·J **fer'i** iştirak • 330
zorunluluk hali • 163, 214,232,233, 242, 243, 244, 245, 246, 304, 305, 479