

**CEZA YASASI ÖNTASARISI
PANELİ**

7 Mart 1987 Yargıtay Konferans Salonu

Yöneten

Avukat Hilmi BECERİK

Konuşmacılar

Prof. Dr. Faruk EREM

Avukat Teoman ERGÜL

Prof. Dr. Sahir ERMAN

Doç. Dr. Eralp ÖZGEN

Yargıtay Üyesi Doç. Dr. Sami SELÇUK

Doç. Dr. Nevzat TOROSLU

Engin DOĞU Adalet Bakanlığı Temsilcisi
Kanunlar Genel Müdürü

İÇİNDEKİLER

Adalet Bakanı Mahmut Oltan SUNGURLU	1 - 5
Yargıtay Üyesi Doç. Dr. Sami SELÇUK	5 - 15
Prof. Dr. Sahir ERMAN	15 - 23
Prof. Dr. Faruk EREM	23 - 28
Engin DOĞU	28 - 32
Av. Teoman ERGÜL	32 - 37
Doç. Dr. Eralp ÖZGEN	37 - 43
Doç. Dr. Nevzat TOROSLU	43 - 51
Türk Ceza Yasası Öntasarısı Hakkında	
Türkiye Barolar Birliğinin Görüşleri	55 - 87
Türk Ceza Yasası Öntasarısına Göre	
Fer'i Cezalar	88 - 100



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

GEZA YASASI ÖNTASARISI PANELİ

AV. HİLMİ BECERİK — Sayın hukukçular, Türkiye Barolar Birliğinin Ceza Kanunu ön tasarısı hakkında düzenlediği panelde bir konuşma yapmasını Sayın Bakanımızın takdirlerine sunuyorum.

Buyursunlar.

ADALET BAKANI MAHMUT OLTAN SUNGURLU — Pek muhterem misafirler, kıymetli hukukçular, TRT ve basının muhterem mensupları; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Barolar Birliğinin Ceza Kanunu Ön Tasarısı üzerinde açtığımız tartışmaya bu panelle iştirakinden dolayı kendilerine teşekkür ediyorum.

Muhterem misafirler, Ceza Kanunu Ön Tasarısı Bakanlığımızca bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. Bu komisyonun teşekkül tarzı şudur; Bakanlığımız İstanbul ve Ankara Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinden Yargıtay ve Askeri Yargıtaydan ve Barolar Birliğinden bu komisyonun teşekkülü için üye talep etmiştir. Bahsettiğim Üniversiteler, Barolar ve Yargı Organları üyelerinden bu işe yetenekli olanları seçmiş ve Bakanlığımıza bildirmişlerdir. Bakanlığımız ceza işlerinden ve Kanunlar Genel Müdürlüğünden bu işde yetenekli elemanlarından, uzmanlarından birkaç kişiyi tefrik etmiş komisyon 1986 yılı kasım ayında hazırladıkları ön tasarımı Bakanlığımıza sunmuştur. Bu ön tasarı malumunuz olduğu üzere Bakanlığımızca tartışmaya açılmıştır, basılmış ve dağıtılmıştır. Bu tartışmalar gerek basında, gerek üniversitelerde bir müddettir devam etmektedir. Barolar Birliğimiz de bu hizmet kervanında kendisine düşen görevi yapmak üzere bu toplantıyı tertip etmiştir.

Görüldüğü gibi, komisyonun teşekkül tarzı itibariyle Bakanlığımız isim bildirmemiş, herhangi bir şart öne koşmamış, ancak bu işde çalışması lâzım gelen birimlere, kurumlara müracaat etmiş, onların bildirdiği isimleri görevlendirmiştir. Bu suretle bu çalışmalar bakanlığımız adına yapılmıştır. Şu ön tasarı Bakanlığımıza ait bir ön tasarıdır. Ancak, tartışmaya açtığımız bu ön tasarıda tartışmada taraf değiliz. Bu tasarıda taraf değiliz manasına anlaşılmasın, tasarı bakanlığımızın tasarısıdır, ancak tartışmada taraf değiliz. Zira, bu tartışmalar devam ettiği müddetçe bakanlığımızda hazırlanan bir çalışma birimi bunları toplamakta, tenkit ve görüşleri değerlendirmek üzere tasnif etmektedir ve tartışma-

nın sonucunda kamu oyununda beliren fikirler bakanlığımızca değerlendirilecektir. Bu halde peşinen taraf olmak, peşinen bu tasarıda taraf tutmak, tartışmaya açmak ile kabili telif olmadığı için tasarıda tespit edebildiğim bir farklılığı burada izah etmeye çalışacağım.

Türk Ceza Kanununun 46 ve 47 nci maddeleri akıl hastalığı sebebiyle cezai ehliyeti tanzim etmiştir. Yeni Kanunun aynı maddeleri, aynı hükümleri farklı tanzim etmiştir. Türk Ceza Kanununun 46 ncı maddesinin birinci fıkrası; «Fiili işlediği zaman şuuru veya harekâtının serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına duçar olan kimseye ceza verilemez» hükmüne yer vermektedir. Müteakip maddeler ise, alınacak tedbirleri ve bu tedbirlerin alınış şeklini izah etmektedir. Türk Ceza Kanununun 1 inci maddesi ise, «Fiili işlediği zaman şuuru ve harekâtını serbestisini ehemmiyetli derecede azaltacak surette akli maluliyete müptela olan kimseye verilecek ceza aşağıdaki yazılı şekilde indirilir» demektedir ve müteakip fıkra da bu cezalardaki indirimin nasıl yapılacağını ifade etmektedir. Mer'î ceza kanunumuz akıl hastalığı yönünden tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığı diyebileceğimiz iki esası kabul etmiştir. Yeni ceza kanunu ön tasarısı ise, bu meselede farklı bir tanzim şekli getiriyor. Ön tasarının 33 üncü maddesi ki, bu isnat yeteneğine tesir eden sebepler faslı altında tanzim edilmiş, «fiili işlediği zaman şuuru veya harekât serbestisini tamamen kaldıracak veya önemli derecede azaltacak surette akli maluliyet halinde bulunan kimseye bir ceza verilemez. Ancak bu şahsın muhafaza ve tedavi altına alınmasına hazırlık tahkikatında sulh hakimi ve son tahkikatta görevli mahkeme tarafından karar verilir. Muhafaza ve tedavi altında bulundurma, akıl hastalığı dolayısıyla kişideki tehlike halinin salah bulma suretiyle veya diğer bir sebeple ortadan kalkmasına kadar devam eder. Suç işleyen akıl hastaları, bu amaçla kurulmuş özel müesseselerde muhafaza ve tedavi olunurlar.» devam ediyor ve diyor ki; «Bu tıbbi kontrol ve muayenede tehlike halinin yeniden başgösterdiği anlaşılanlar hakim veya mahkeme kararıyla yine muhafaza ve tedavi altına alınıp aynı işlemlere tabi tutulurlar.»

Şimdi görüldüğü gibi mer'î ceza kanunumuz isnat yeteneğine tesir eden sebepleri, akıl hastalığını tam ve kısmi akıl hastalığı olarak ikiye ayırmaktayken, yeni ceza ön tasarısı bunların ikisini tek bir hal olarak görmüştür. Bir daha okuyorum; «Fiili işlediği za-

man şuurunu veya harekât serbestisini tamamen kaldıracak» eskisi «veya önemli derecede azaltacak» bu da kısmi akıl hastalığı dediğimiz surette «akli maluliyet halinde bulunan kimseye ceza verilemez.» Halbuki daha önceden bu ikinci şıkda verilecek cezalar indirilir diyor.

Şimdi bunların ikisini de isnat yeteneğine tesir eden unsurlarda kısmi ve tam akıl hastalığı olarak bugüne kadar bildiğimiz hususu bu ön tasarı tek bir akıl hastalığı olarak tanzim etmiş ve iki tarifi bir arada yapmıştır ve ikisinde de bu ceza kanunumuzda tıpdaki son gelişmelere uygun olarak yapılmış bir görüş, bir değişikliktir. Bunun neticesi, yani isnat yeteneğine sahip değildir, bunun neticesi ise ceza verilemez. Eski kanundan farklı olarak her iki halde de tedbir sorumluluğu sistemi getirilmiştir. Yani ister kısmi akıl hastalığı, ister tam akıl hastalığı dediğimiz hal tek olarak tanzim edilmiş ve ikisinde de tedbir sorumluluğu getirilmiştir.

Yeni tasarıda üzerine basarak söyledim, salah tabiri kullanılmış, eski tasarımda şifa tabiri varken, şimdi bunun yerine salah tabiri kullanılmış ve şu husus gözetilmiş; «Tehlike halinin ortadan kalkması,» salah veya bir başka yol ile. Yani salaktan da önce tehlike halinin ortadan kalkması hususu gözetilmiş. Burada hastanın çevresine, yakınlarına veya topluma tehlike halinin ortadan kalkmasını şifaya bağlamamış, salaha bağlamış veya bir başka sebeple ortadan kalkması halinde bu alınan tedbirler de buna bağlı olarak kaldırılır.

Üçüncü bir sistem salahı getirmiş ve eski kanunumuzdaki 46/3 deki şifa tabiri yeni tasarı 33 üncü maddenin üçüncü fıkrasında salah tabirine terketmiştir. Türk Ceza Kanununun 46 ncı maddenin dördüncü fıkrasında «suç ağır cezalı ise bu müddet bir seneden aşağı olamaz» hükmü var idi, yeni kanunumuz bu müddeti kaldırmış. Burada hiçbir müddet aramıyor, eğer hasta daha önce tedavi edilme şahsına sahip ise, yani salah bulmuşsa, yani tehlike ortadan kalkmış ise tedbir ve tedavi bir senelik müddete bağlı kalmaksızın kaldırılabilceği gibi, daha sonra da devam edebilecek.

Yeni tasarı bir başka hüküm getirmiş, onu da üzerine basarak tekrar okumuştum, «Bu maksatla kurulmuş müesseselerde tedavi edilir» diyor, yani akıl hastaları bizim bugünkü normal hastanelerimizde veya akıl hastanelerimizde değil, bu maksatla ceza kanunu ön tasarısında öngörülen maksatla kurulacak müesseseler-

de tedavi edilir diyor. Eğer ileride bu tasarı yasalaşırsa öyle müesseselerin kurulması, tedavi müesseselerinin kurulması da bir zurett haline gelmektedir.

Yeni ceza kanunu ön tasarısında akıl hastalığı yönünden tespit edebildiğim farklılıklar bunlardır. Ceza Yasasının 48 nci maddesinin birinci fıkrasındaki hükümler bu yeni düzenleme muvacesinde karşılıksız bırakılmış, yani kaldırılmıştır. Yeni tasarımız mevcut kanunumuzda bu veya buna benzer birçok noktada farklılık getirmektedir. Yeni düzenlemeler vardır. İşte bunları tartışıp değerlendireceğiz. Bu tartışmalara iştirak edenlere, olgunlaşmasına hizmet edenlere ve hizmet edeceklerine ve bu toplantıyı tertip eden Barolar Birliğine tekrar huzurunuzda teşekkür eder hepinizi saygıyla selamlarım.

PANEL BAŞKANI AV. HİLMİ BECERİK — Sayın konuklar, sayın Bakanımıza yaptığı açıklamalardan dolayı teşekkür etmekle paneli açmak istiyorum.

Ceza hukukunun öteden beri devam edegelen bir koşullanma alışkanlığı olmaktan çıkarılarak, demokratik ceza adaletinin gerçekleştirilmesini sağlayacak düzeye çıkarılması hukukçuluğun temel görevleri arasında yer alır. Toplumlardaki hiç değişmeyen beklenti ve arayışlar biz hukukçulardan daima bunu istemektedir.

İftiharla söylemeliyiz ki, Türk hukukunda ve hukukçusunda kendisinden beklenen ve toplumumuzun bu konudaki özelemlerini karşılayacak potansiyel vardır. Hepsisi de cumhuriyet kuşağı hukukçularından oluşan bir kadronun hukukun her dalında olduğu gibi ceza hukuku alanında da yeterince ve gerektiği ölçüde bir bilim ve tecrübe birikimine çoktan sahip olmuştur.

Temel insan hakları ve özgürlüklerinin evrensel boyut kazanıp, Anayasaların buna göre düzenlenmesi gerçeğinin ortaya çıkmasından sonra tüm dünyada ceza kanunlarının yeni baştan hazırlanması ya da hiç değilse yeni bir düzenlemeye tabi tutulması zorunlu hale gelmiştir.

Ceza kanunlarının devletlerin ceza politikasının bir yansıması kabul edildiği görüşü gözönünde bulundurulursa, devletlerin ceza politikasına göre yeni bir düzenlemenin yapılmasında geç kalınmasının faydalı olmaktan çok zorunlu olduğu da bir gerçektir.

Bugün burada bu konuda yapılmış bir ön çalışmanın genel değerlendirmesini yapmak üzere toplanmış bulunuyoruz. Ana kanunların yapılmasıyla ilgili kanunda görev verilen kurum ve kuruluşların yetkili organlarınca seçilmiş üyelere meydana gelen bir komisyonun hazırladığı ceza kanunu öntasarısı kuşkusuz olması lâzım gelen mükemmeliyette değildir. Değildir, çünkü hep bildiğimiz gibi hukuk ve özellikle ceza hukuku bir yorum sanatıdır. Yorumlar farklı olacaktır. Farklı olmalıdır, farklılıkta yarar vardır. Bu farklılaşma daha iyiye, daha güzele, daha mükemmele ulaşmanın bir yolu ve yöntemidir.

Komisyonunda görev almış bulunan üyelerin akademik ve tecrübi birikimlerinin ürünü olan tasarımı bu gibi baroların, Barolar Birliğimizin, üniversitelerimizin düzenleyeceği panel ve sempozyumlarda ortaya atılacak değerlendirme ve eleştirilerle bütünleştirildiği ölçüde tasarımın daha bir berraklaşacağı ve hele hele tasarımın arzu edilen, olması lâzım gelen şekline biraz daha yaklaşabileceğine kuşku yoktur.

Türkiye Barolar Birliğinin bu paneli düzenlemekten amacı, bu ve bu gibi toplantılarda ağırlık kazanacak görüşlerin tasarı yasama aşamasına geldiğinde gözönünde bulundurularak sonuca varılması ve bu gibi toplantılardaki ağırlık kazanmış görüşlerin tasarı ile bütünleştirilmek suretiyle mükemmele ulaşılmasının sağlamasıdır.

Şimdi bu görevi çok etkin ve yapıcı bir şekilde dile getireceklerine inandığım arkadaşlarıma söz vereceğim. İlk konuşmacımız Sayın Sami Selçuk, kendilerinin işleyeceği konu; yeni tasarımın düzenlenmesi gereği hakkındaki açıklamalar, hazırlama yöntemi, suç ve ceza politikası, insancıl yanı ve genel hükümlerle ilgili olacaktır.

Buyurun Sayın Selçuk.

YARGITAY ÜYESİ DOÇ. DR. SAMİ SELÇUK — Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Konuklar!

Türk Ceza Yasasının benimseme yoluyla alındığı kaynak İtalyan Ceza Yasası hakkında, geçen yüzyılın sonunda ve bu yasanın dokuzuncu yılında 1898'de Saleilles'in yargısı şudur: «1889 İtalyan Ceza Yasası, yeni klasik okulun oluşturduğu bir örnektir (...) Ne yazık ki, bitmiş bir çağın özetidir, ama başlayan bir çağın başlangıcı değildir.»

Bu yargı, o gün için doğrudur. Bugün için öncelikle doğrudur. Diliyle bile eskiyen ve yetersizleşen Yasanın 60 yılda 39 kez değiştirilmesi, aslında 39 kez sorguya çekilmesi demektir.

Biten bir geçmişin sonunda, başlayan bir geleceğin başında yer alan bir yasanın, çağdaş uygarlığın mantığıyla çatışması ve çağını yakalamaya çabalayan Türkiye'yi bocalatması da doğaldır.

Öyleyse yeni bir yasa yapmalıydık. Nitekim bu düşüncede birleştik.

Bu düşünceyle bir Komisyon oluşturulmuş, elimizdeki öntasarı ortaya çıkmıştır. Bir Komisyon çalışmasının ürünü bütünüyle elbette kimsenin malı değildir. Çünkü, bir kimsenin kendi düşüncelerini ortak bir yapıt olan öntasarıya bütünüyle yansıtabilmesi, benimsetebilmesi olanaksızdır. O yüzden eleştirileri hoşgörüyle değerlendirilecek bir psikolojik ortamın var olması, tek kazancımızdır.

Türk Ceza Yasası Öntasarısı, 22 ay gibi kısa bir sürede hazırlanmıştır. Hazırlanış sırasında, komisyon başkanının, «çağdaş, ulusal, yepyeni» bir yasa hazırlandığına ilişkin açıklamalarının dışında gelişmelerden bilgi alınmamış, gizliliğe özel bir özen gösterilmiştir.

Bu tutum eleştiriyi hak etmiştir.

İlkin, Yurttaşlar Yasası, Ceza Yasası gibi temel yasalar için bu süre çok yetersizdir. Komisyon ve alt komisyon çalışmalarının düşünce tutarlılığını sağlamak bile bu sürede olanaksızdır. Nitekim öntasarı da bunlardan payını bol bol almıştır.

İkincisi, Yasanın Türk toplumundaki önemi yeterince kavranmadığından, komisyona, bildiğim kadarıyla, yeterince akçalı vb. olanaklar sağlanmamıştır. Laboratuvar analizlerinin, röntgenin bulunduğu bir dünyada, el yordamıyla hastaya teşhis koymak, ne denli isabetsizse; bilgisayar ve uzay çağında, derinlemesine kapsamlı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi ve anket çalışması yapmadan, kuramsal bilgi ve uygulamalı deneyimlerle yüklü insan belleğine dayanılarak yasa düzenlemek de o denli isabetsizdir.

Kuramsal bilgiler, yargısal görüşler, batılı dünya düzleminde, yasayı aldığımız İtalya ve özellikle Türkiye özelinde karşılaştırmalı hukuk çalışması yapılarak aynı konuda çeşitli sistemlerdeki düzenlemeler; fişlere, bilgisayarların belleklerine geçmeli, ülke düzeyinde,

dikeylemesine ve yataylamasına sosyolojik ve kriminolojik anketler, sondajlar yapılmalı, metinler bunların ışığında kaleme alınmalıydı. Bu olanaklar sağlanılmadan sağlıklı bir yasanın yapılamayacağı yürütme organına inandırılmalı, tersi durumda yasa yapma sorumluluğunu kimse üzerine almamalıydı. Sorunu ciddiye almayanları, buna zorlamanın bir yolu da sorumluluk almayı reddetmektir. Oysa, verilenle yetinilmesi önceden benimsenerek, hiçbir şey verilmediği halde, koskoca bir yasa yapılmasına cesaret edilmiştir.

Üçüncüsü, bu eksiklikleri bir oranda giderecek olan açık tartışmadan niçin kaçınılmıştır. Mono toplumundan dia toplumuna evrilmeye çabalayan Türkiye’de, bu konuda ilk örneği hukukçular vermeliydi. Çalışmalar, bölüm bölüm kamuoyuna duyurulabilir, eğilim ve eleştiriler değerlendirilerek, daha sağlıklı ve yetkin bir metne ulaşılabilirdi. Nitekim, öntasarının gerekçesinde sözü edilen batıdaki yeni ceza yasaları düzenlemeleri böyle yapılmıştır. Bu çalışmalardan niçin esinlenilmediği anlaşılamamaktadır.

Örneğin, bugün de çalışmaları sürdürülen Fransız Ceza Yasası öntasarıları, sık sık kamuoyuna duyurulmakta, dahası yalnızca ulusal değil, uluslararası toplantılarda da tartışmaya açılmaktadır. 1978 ve 1983 öntasarıları böyle yapılmıştır.

1980-1983 tarihli İspanyol öntasarıları böyledir.

1937 İsviçre, 1952 Yunan Yasaları böyle oluşturulmuştur.

2.1.1975’te yürürlüğe giren Alman Ceza Yasası oluşturulmadan önce 1911, 1919, 1922, 1925, 1930 öntasarıları oluşturulmuş; 1954 - 1959 yıllarında toplanan büyük komisyonun kotardığı ürün hakkında Üniversiteler düşüncelerini bildirmişler, 14 Alman ve İsviçreli öğretim üyesince düzenlenen 1966 tasarısının ışığında, 1962 tasarısı değerlendirilmiştir. Mecliste uzun görüşmelerden sonra bugünkü metne ulaşılmıştır.

İsveç’teki yeni ceza yasası çalışmaları bu yüzyılın başlarına çıkıyor 1942-48 yıllarında yoğunlaşıyor. Komisyonlar kuruluyor. Bir komisyon genel hükümleri ve suçların tanımlarını, öbürü yaptırımları hazırlıyor. Uzun tartışmalardan sonra 1.1.1965’te yürürlüğe giren 1962 yasası oluşturuluyor.

Şu örnekler ve bizim örneğimiz ortada. Üstelik, o ülkelerin elindeki olanaklar bize göre çok fazla. Hukuk kültürü alt yapısının yetersizliği de bunlara eklenince bize daha çok süre ve açıklık ge-

rekmez miydi? Niçin sorunlara batılılar gibi yanaşmıyoruz ve hukukçular bu konuda öncülük etmemektedirler? Şunu unutmayalım. Batılının doğrululaşma diye bir sorunu yoktur. Ama bizim, biz doğruların bu gün de batılılaşma diye bir sorunumuz vardır. Ama bu sorunun çözümünün batılı tartışma (diyalektik) yönteminden geçtiğini bir türlü algılamış değiliz. Gizlilik, yanlış, eksikliği, ayıbı yok etmez. Tersine büyütür.

Hiç kuşkusuz, komisyon üyeleri, insanseverce ve yurtseverce bir özveri ve iyiniyetle çalışmışlardır. Ancak, her zaman ideal sonuca ulaşmak için, iyi niyet yetmez. Hekime danışmadan size iyi gelen bir ilacı, dostunuza verirsiniz onu öldürebilirsiniz. J.P. Sartre bir denemesinde, araştırmada iyi niyetin yetmediğini, cehenneme giden yolların da iyiniyet taşlarıyla döşenildiğini yazmıştı.

Elbette, eleştiri, eleştiri konusu bilinmeden, arka düşünceler ardında koşularak yapılmamalıdır. Ancak yöntemi eleştirmek için onu gözlemek yeterlidir. Çalışmaların gizliliğini ve kısıllığını bütün Türkiye'de herkes üzümlenerek gözlemiştir. Elbette yasalar, Beyazıt ya da Kızılay alanında, Güven ya da Gülhane parklarında yapılmaz. Odalarda kapılar kapatılarak yapılır. Ama, kapılar beyin çalışmalarının sessizliğini sağlamak için kapatılırlar, yoksa «aman kimse duymasın» gizliliğini sağlamak için değil. Benim hakkımda sizin hakkınızda uygulanacak, «yasayı bilmemek özür sayılmaz» kuralını içerecek olan bir yasa öntasarısını, bu öntasarının izlediği suç ve ceza politikasını bilmek hatta onun en ayrıntılı gözeneklerini bilmek, benim, sizin, hepimizin hakkıdır. Bu hakkı, istemesek bile, istemeden bize teslim etmek de başkalarının ödevidir. Komisyonun da böyle düşündüğünü sanıyorum. Bilen - bilmeyen karışır, düşüncesiyle obskürantizme kayan bir inancın komisyona egemen olmadığına inanıyorum. Eğer böyle düşünülmüşse, iki kez yanlış düşünülmüştür. Çünkü komisyon yersiz düşünceleri ayıklayabilecek ve heyecanlara teslim olmayacak olgunluk ve sağduyuda insanlardan oluşuyordu. Ters görüş ve kaygı, komisyona inanmamak demektir. Komisyonun kuruluşu demokratik, çalışma biçimi ise antidemokratiktir.

Ancak, sağlıksız ortamlarda bile, kimileyin sağlıklı ürünler alınabileceği olasılığı düşünülerek, önyargıya kapılmadan sorumuzu sormalıyız. Acaba ortaya çıkan ürün, çağdaş değerler, çağdaş yasalar açısından nasıl bir yapıttır?

Takdir buyurursunuz ki, böylesine oylumlu bir öntasarayı, nesnel ve kapsamlı olarak değerlendirebilmek için, derinlemesine bir karşılaştırmalı, hukuk incelemesi süzgecinden geçirmek gerekir. Bu ise çok uzun zaman ister. Benim bu denli uzun bir zamanım olmadığı için, inceleyebildiğim genel hükümler ve bununla ilgili gerekçeyle yetineceğim.

Önce konuya suç ve ceza politikasından girmek istiyorum.

Hiç kuşkusuz, bir ceza yasası düzenlenirken, ilkin izlenecek suç ve ceza politikası, felsefesi belirlenir. Çünkü, ceza yasasının normları bu politikanın geometrik izdüşümleri olacaklardır. Zira, saptanılan suç ve ceza politikası, ceza yasasının sine qua non (olmazsa olmaz) iskeleti, belkemiğidir. O yüzden terimi ilk kez kullanan Feuerbach, suç ve ceza politikasını yasa koyucunun bilgeliği diye tanımlamıştı.

Günümüzün anlayışına göre kapsamlı bir tanım şöyle yapılabilir :

Suç ve ceza politikası, suçluluk gibi hasta bir olguyu bastırmak ve önlemek ve suçluyu yeniden topluma kazandırmak amacıyla, belli bir ülkede, yasa koyucunun kusur, suç ve cezaların yasallığı ve kesinliği, insan onuruna ve haklarına saygı ilkeleri ışığında geliştirdiği ve örgütlediği, toplum ve bireyi koruyucu ve insancıl yöntemlerin bütününe anlatan bir tekniktir.

Görülüyor ki, suç ve ceza politikası, uygulananı bilmeye yönelik bir gözlem; suçluluğa karşı savaşımında en etkili araçları bulmaya yönelik bir sanat ve stratejidir. Demek ki, bu politika, iki amaçla sıkı sıkıya bağlıdır. Suça karşı toplumu ve bireyi korumak. Çağdaş politikada bu iki amacın dışına taşan hiçbir yöntem hoşgörülemez. Suçlulukla savaş ve tedavi bahanesiyle devlet insanın onuruna ve vücut bütünlüğüne saldıramaz. Suç ne denli tiksindirici olursa olsun, devlet suçluya insan gözüyle bakmak, örnek olsun diye onu deneme ve tenkilin konusu, caydırma ve kollektif korkutmanın aracı yapmamak zorundadır. Bu konuda biricik kılavuz bilim; ölçü ise ümanizmadır. Suç ve ceza politikasının bilime ve insancılığa bağlı kılınması, devlet müdahalesinin ve ceza hukukunun kapsamını sınırlar. Bu açıdan dikkat buyurulursa yumuşayan cezanın tarihi, iktidarla birey ilişkisinin tarihidir. Bu ilişki rejimin rengini de sergiler. Mantovani'nin dediği gibi, zorbalık, baskı rejimlerinden öz-

gürlükçü rejimlere geçildiğinde suç ve ceza politikası da değişmiştir. Bu politika toplum ve birey kaynaklı ise akılcı, salt devlet kaynaklı ise tehlikelidir.

Türkiye Avrupa Konseyinin üyesi olarak bu konuda çağdaş bir suç ve ceza politikasını benimsediğini 1977'de resmen duyurmuştur.

Çizdiğim bu bağlam içinde, öntasarının gerekçesine baktığımızda suç ve ceza politikası, şöyle belirtiliyor : Suça karşı savaşımında, genel ve özel önleme araçlarından yararlanılacağı, bunların uygulanış yöntemlerinin belirleneceği, insan hak ve özgürlüklerinin güvenceye bağlanacağı toplum savunmasının savsaklanmayacağı bunlar arasında denge kurulacağı, insancıl yaklaşımın benimseneceği, insancıl değerlere önem verileceği, mağdurun korunacağı, Ayrıca öntasarı gerekçesinde yürürlükteki yasanın dilinin eskiliğinden de yakınılmaktadır.

Şimdi şu soru sorulacaktır. Acaba öntasarı, gerçekleştirmek istediği suç ve ceza politikasıyla dil politikasında başarılı olmuş mudur?

Önce dilden başlayalım :

Montesquiseu'den, Beccaria'dan, Avrupa Konseyince düzenlenen 1982 Fribourg Kollokyumuna değin, sade ve tutumlu dil ilkelere göre yasaların yapılması gerektiği belirtilir. Kuşkusuz öntasarının da amacı budur. Ancak, bizce bunda başarılı olamamıştır.

Okuduğum genel hükümler kesimi ve kimi özel maddeler bende bu izlenimi bıraktı.

İlkin kullanımdan düşmüş, öbür yeni yasalarda bile artık kullanılmayan sözcüklere rastladım :

Talep, mecra, icra olunur, müşahade, bakiye, nazara almak, suur, salâh, tecrit gibi.

İkincisi, terim ve sözcük birliği yok :

Firar, kaçma; mahrum, yoksun; maksat, amaç; küsur, artık; kontrol, denetim; müddet, mehil, süre; infaz, çektirme, yerine getirme; salah, iyileşme; müessese, kurum; ortak hükümler, müşterek hükümler; nispet, oran; yararlanma, faydalanma; tayin, belirleme; mahsup, indirim; akıl malûliyeti, akıl hastalığı; tesir etmek, etkilemek; başlıkta düşme, metinde ortadan kalkma gibi eski söz-

cükler yanında, kişisel, kurum, eğilim, süre, örgüt, uzman, gözetim, olumlu, olumsuz, kural, ayırım, indirim, kullanım, denetim, artık (küsür yerine), eklenti gibi yüzlerce yeni sözcüğü kullanan öntasarımın belli bir dil politikası geliştirdiği elbette söylenemez. T.C. Yasasının 230, ve 240. maddelerinde yapılan ve metne giren, yasa neden, savsama, buyruk, üst, yasal, geçerli sözcüklerinden rahatsız olan, ihmal ve emir sözcüklerini yeğleyen, gerekçede kimi sözcüklerin telâffuzunda bile güçlük çekildiğinden yakınan komisyon, radyo spikerlerinin irtikâp sözcüğünü nasıl söylediklerini unutarak, iyicilik sözcüğüne kıymış ve böylece çelişkiye düşmüştür.

Üçüncüsü, tutarlı ve bir dil politikası, birbiriyle uyumsuz eski ve yeniye yanyana getirmez. Ya müspet - menfi mütalaa der ya da olumlu-olumsuz düşünce der. Ama, olumlu - olumsuz mütalaa demez.

Dördüncüsü, metin başlığında geri verme, içinde iade demez, diyemez. Metin içinde, infaz sözcüğüyle, çektirme ve yerine getirme sözcüklerinin yan yana kullanamayacağı gibi, bütün yasada ancak bunlardan birini yeğleyebilir. Yine, aynı bölümde düzenlenen suçlara ad konulurken, korkutarak faydalanma, karşılıksız faydalanma yanında ehliyetsizlerden yararlanma denilmiştir. Diyemez.

Beşincisi, kimileyin fazladan (20. maddedeki gayret gibi), kimileyin yanlış sözcük kullanılmıştır. Alternatif ceza (pena alternativa) yerine «seçenekli» ceza denecek yerde. Türkçesi var olduğu halde, sanki aşurelik buğday örneğinden esinlenilerek «seçimlik ceza» denilmiştir. 70. maddede, «taksit miktarı dörtten eksik olamaz» denilmiştir. Sayı sözcüğüyle miktar, az sözcüğüyle eksik birbirine karıştırılmış, Türkçe'ye kıyılmıştır. Oysa «taksit sayısı dörtten az olamaz» olmalıydı. Hem terim birliği tutarsızlığının ve hem de dil yanlışlığının bir başka örneği de şudur: «Ağırlaştırıcı» sözcüğü, kimi yerde yanlışlıkla «ağırlatıcı» kimi yerde ise doğru olarak «ağırlaştırıcı» diye geçmektedir. Birine bir konuğu ağırlatabilirsiniz, ama ceza ancak ağırlatırılabilir, ağırlatılmaz. Yine bence «örgütlenmiş suçlu» (md. 45) olamaz. Olsa olsa örgütlenmiş suç suçlusudur.

Altıncısı, kimileyin bozuk, kimileyin de şişkin anlatımlara yer verilerek Türkçe'nin tümce yapısına kıyılmış, yasa dilinde tutumluluk ilkesinden sapılmıştır. Mürekkep suçun tanımına ve para cezasının hapse dönüştürülmesine ilişkin maddelerde olduğu gibi.

Yedincisi, hukuk dilinin süzme kavramlardan oluştuğu unutulmuş, yanlışlıklar yapılmıştır. Örneğin, bir yargılama hukuku terimi olan «derece (grade)», yanlışlıkla düzey (seviye) sözcüğü yerine kullanılmıştır. 47. maddede tek hükümle birden çok mahkumiyetten söz edilmiştir. Tek ilamla denilmeliydi. Zira, ortada tek hüküm değil, eylem sayısı kadar, birden çok hüküm vardır. 53. maddede, müteselsil suç tanımlanırken, her suçun cezanın belirlenmesi dışında bağımsız kaldıkları gözetilmeden, «tek suç sayılır» denilmiştir. Oysa «müteselsil suç sayılır» denilmeliydi.

Bu konuda en üzücü örnek, ceza hukukunun temel terimlerinden biri olan «fiil» sözcüğünün başına gelendir. Bu sözcük kimileyin gerçek anlamında, kimileyin hareket anlamında kullanılmıştır. 40. maddede ise, ne yazık ki, durum, hal karşılığı kullanılmıştır. Bu bağışlanmaz bir yanlış ve tutarsızlık örneğidir, bence.

Sekizincisi, çok yerinde olarak «probasyon» yerine «denetimli serbestlik» denilmiştir. Ne yazık ki, keruma, himaye yerine patronaj; kısırlaştırma yerine sterilizasyon denilmiştir. Kimse bu terimin tıp dilinde de söylendiğini ileri sürmesin. Zira her tıp sözcüğü hukuk diline geçmemiştir. Hem bu son sözcük tıpta mikroptan temizleme anlamına da gelir.

Dokuzuncusu, hukukun bir kavram dili olduğu unutulmuş, fırsatlar kaçırılmıştır. Bu dil cam gibi saydam olması, ardındaki ilişkiyi olduğu gibi canlı bir biçimde yansıtmalıdır. Batılı buna özenle uymaktadır. Bu açıdan, yaşamının sonlarında Carnelutti'nin şu sözlerini kim unutabilir? «Adlandırma sorununa bir zamanlar ben de, bana aşılandığı gibi önemsiz deyip geçiyordum. Sözcüklerin değerini, şimdi ve her gün biraz daha çok anlamaktayım». Bu değer bizde ve öntasarıda hiç mi hiç anlaşılmamıştır. Bunun en çarpıcı örneği «kalkışma/teşebbüs» terimidir. Türk hukuk dilinde kullanılan eksik kalkışma, tam kalkışma terimleri artık batı öğretisi ve yasalarda bırakılmaya başlanmıştır. Örneğin 1918 tarihli İsviçre Ceza Yasası tasarısında bu terimler kullanıldıkları halde, yasalaşmada bir yana itilmişlerdir. Gerçekten, Türkçemizde de kalkışma ya da teşebbüs, her zaman bitmemiş bir girişimi, yeltenmeyi anlatır. Bitmemiş bir hareket ise, her zaman zaten eksiktir, hiçbir zaman tam değildir. Öyleyse ona tam demek olanaksız, her zaman eksik olacağı için de, bilineni anlatmak için, başına eksik sıfatını eklemek de gereksizdir. Görülüyor ki, bu terimler, belirttikleri ilişkiyi tam

tamına yansıtılmamakta, dahası yanlış anlamalara da yol açmaktadır. O yüzden çağdaş anlayış doğrultusunda, eksik kalkışmaya (teşebbüs), yalnızca kalkışma (teşebbüs) denilmeli; failin icra hareketlerini bitirdiği ve fakat sonuç alamadığı tam kalkışmaya (teşebbüse) da eksik suç (reato mancato, de'lit manque) denilmeliydi. Tam kalkışmada, daha doğru terimle eksik suçta, eksik olan maddi sonuçtur. Kalkışma ve eksik suç terimleri kullanılsaydı, salt hareket suçlarının niçin hiç bir zaman eksik suça elverişli olmadıkları, ancak hareket bölünebildiği takdirde kalkışmaya, yanlış değişle eksik kalkışmaya elverişli oldukları daha saydam biçimde anlaşılacak, uygulamada yanlış adlandırmanın yarattığı koşullanmalar ve kargaşa da son bulacaktı. Bu önemli fırsat da kaçırılmıştır.

İznilizle dil konusundaki eleştirilerime şöyle son vereceğim. Yasa, izlenecek belli bir dil politikası saptanılmadan kaleme alınmış ve ardından da dekoratif bir gerekçe yazılmış gibidir. Eğer böyle ise çok yanlış yapılmıştır. Dil politikası yok demektir. Eğer gerekçedeki gibi, önceden belli bir dil politikası güdülmesi belirlenip sınırları çizilmişse, maddelerde bu politikanın izdüşümüne rastlamakta ben güçlük çektim. Bilmem, beni dinleyen sizler ve komisyon üyeleri ne düşünür, ne dersiniz?

Sizlere yasanın ne denli insancıl olduğunu belirtmek için biraz da ölüm cezasından ve kimi maddelerden söz edecektim. Ama bana ayrılan zaman kalmadı. Hemen belirteyim ki, ölüm cezasını, hem de ası suretiyle yerine getirilen ölüm cezasını benimseyerek, Avrupa Konseyine üye ülkelerden bizi, Yunanistan'la eşdüzeye getiren bir öntasarının insancıl olmaklık savı boş bir sözcük gibi havada kalmaktadır. Şimdilik bununla yetiniyorum.

İleri sürüldüğü gibi bu yasanın ulusal ve yepyeni olduğundan da kuşkuluyum. Çünkü, zaten eleştirilen kimi boşlukları doldurulmuş, deyim yerindeyse astarı değiştirilmiş, sizlere, hepimize tanış bir yasanın ikinci nüshasıdır bu öntasarı. Yürürlükteki yasa, günümüz koşullarında yeniden üretilmiştir. Yeni değildir. Yepyeni hiç değildir. O yüzden de zaten ulusal değildir. Zira ulusallığın yolu evrenselliğin ve çağdaşlığın bağlamından geçer.

Peki çağdaş mıdır? Tek sözcükle hayır. Çünkü, çağdaş yasalarda görünmeyen bir anlayışın ürünüdür. Toplumdan ve bireyden çok devleti korumaktadır. Hukuksal çalışmanın en son birim ve odağının insan olduğunu unutan ve insanı devlet uğruna sürgit

harcama kolaylığıyla sorunlara yaklaşan bir yasa tasarısı çağdaş olamaz. Bu öntasarının başat karakteri, devlet etnosantrizmine dayanmasıdır. Devlet insan içindir ilkesine değil, insan devlet içindir ilkesine dayanan bir tasarı nasıl çağdaş olabilir?

Suçluluğa karşı savaşında insanoglunun elinde iki seçenek vardır : Birincisi ceza baskısıyla, tenkille suçluluğu sindirmek. İkincisi ise, insan denilen varlığın yüceltilmesine yaslanan, önleme, koruma ve suç işlemiş insanı (özellikle suçluyu demiyorum, çünkü çağdaş devletin karşısında şu ya da bu nedenle suç işlemiş ya da suça sürüklenmiş insan vardır), evet suç işlemiş insanı topluma döndürme, bir sözcükle cezadan toplumsal sorumluluk ve özgürlük eğitimine (pedagojisine) geçiş yolu. Çağdaş yasalar, bu ikinci yolu seçmişlerdir. Öntasarılar da öyle. Bunu gerekçelerinde de açık açık söylemişlerdir. Örneğin, İsveç Ceza Yasasının gerekçesinde «toplumsal savunma akımının» temel alındığı açıkça söylenmiştir. Öntasarının ise, duraksamaları vardır ve birinci yola ağırlık vermiş gibidir. O yüzden de, çağıyla diyalektik ilişki kurmak şöyle dursun, çağıyla diyalektik sürtüşme, hatta, inatlaşma içindedir.

Bu öntasarı, akılcılık, özgürlük, hoşgörü, eşitlik ve hukuk devleti değerleriyle örülü çağdaş hukuk biliminin aynasında eğri bögürü bir iskelet görünümündedir. Konuşmanın başında, yasalar yapılırken, suçluluğa karşı toplumun örgütlü yanıtı demek olan suç ve ceza politikasının, ceza yasalarının belkemiğini oluşturduğunu söylemiştim. İşte bu iskeletin önümüzdeki bu öntasarının belkemiği yoktur. O yüzden kendiliğinden ayağa kalkması olanaksızdır. Yapay desteklerle onu ayağa kaldırmaya yeltenilmemelidir. Zira, bu, yanlışlıkta uzlaşmak, günahı paylaşmak demektir.

Yürürlükteki yasa, çeviri yanlışlıkları bir yana bırakılırsa, dil ve sözcük örgüsü açısından, itiraf etmeliyim ki, Türk Yurttaşlar Yasası gibi, Osmanlıca'nın tutarlı, o nedenle de yetkin bir örneğidir. Ben Osmanlıca'ya karşı biriyim. Ama, bu tutarlılığa da saygı duymaktayım. Öntasarıya gelince, gerekçesine karşın, ne Osmanlıca, ne de Türkçe'dir. Yürürlükteki yasanın İtalyancasından, Osmanlı'ca ya Osmanlıca'dan da, az buçuk Türkçe'ye, ikinci elden, dolaylı bir çevirisi gibidir. Bu tutarsızlığı, bu ilgisizliğe, elbette katlanamam, saygı duyamam.

Bütün bu nedenlerle, bu öntasarı bırakınız yasalaşmayı, tasarıya bile dönüştürülmemelidir. Çağından kopma nedenini gerekçesinde bulamadığımızdan, bu, bizim için epistemolojik bir bilmece olarak kalacaktır. İçtenlikle belirteyim ki, hiçbir şey önceden ve toptan reddedilemeyeceği için, bu öntasarı, kimi maddelerinden yararlanabileceğimiz kaynaklardan biri olarak hukuk arşivimizde yer alabilir. Ama, ayrıntıya girildiğinde görüleceği gibi, o denli olumsuzluklarla yüklüdür ki, asla yasalaşmamalıdır. İşte onun bu durumuyla yasalaşmaması için, sayın komisyon başkan ve üyelerinin hoşgörüsüne sığınarak ve onların da katkılarını bekleyerek, bu öntasarıya karşı savaş duyurusunda bulunuyorum. Gelecek kuşaklara karşı sorumluluk duyan herkes, bu soylu savaşta yerini almalıdır.

Sayın Konuklar,

Benim gözümde yasalar, neden-sonuç ilişkilerini yansıtan adalet amaçlı norm kümeleridir. Hukuka gelince; hukuk bunları irdelleyen normatif matematiktir. Yantutmaz bir anlayışla çağın merceğinden irdelenince, bu ön tasarı, bu matematik tarafından dışlanmaktadır. Bu nedenlerle hukuk ve toplumdaki değişen değerlerle çağın izleyicisi olması gereken yasa koyucumuzun; hukukun üç boyutundan toplumu devletleştiren, bireyi kamulaştıran ve insan-cıl adaleti dışlayan, bu yüzden de batı uygarlığının dayandığı değerler sisteminde, düşünce tıkanıklığı yarattığı için batılı anlayışa yalnızca yollamalar (referanslar) yapma yüzeyselliğinden kendini bir türlü kurtaramayan, belki sadece gününü kurtarabilen; bu durumuyla da yüzü ileriye dönük Türk Ulusuna hiç de layık olmayan bu öntasarıyı yasalaştırmayacağına inanıyorum.

Saygılar sunarım.

BAŞKAN — Sayın konuşmacıya teşekkür ediyoruz.

İkinci konuşmacımız Prof. Dr. Sayın Sahir Erman. Sayın hocamız sizlere tasarının genel sistematığı, yabancı memleketlerde işlenen suçlar ve cezalar sistemi hakkında açıklamalarda bulunacaklardır.

Buyurun efendim.

PROF. DR. SAHİR ERMAN — Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Evvel emirde Barolar Birliğine teşekkür ederim, İstanbul'u aranızda tek temsil etmenin de mesuliyetini ve şerefini paylaşınaktayım.

Komisyon üyesi olarak mesaisinin bir kısmına sadece bir sene iştirak ettiğim bu ön tasarı ne noktası virgülüne dokunulmayacak dört başı mamur bir eserdir, ne de hemen bir tarafa atılması gereken ve üzerinde çalışılmaması da icabeden, savaşa çağrılan bir tasarıdır. Ne odur ne o.

Tasarımın çağdaş, güzel, hepimizin tedrisatımızda, kitaplarımızda öteden beri müdafaa ettiğimiz hükümleri vardır, tasarımın olmaması icabeden çelişkili hükümleri vardır. Bu itibarla, bu tasarı üzerinde çalışılabilir. Dili, tenakuzu zikretmediği Sayın Sami Selçuk, ben bir misal vereyim. 313 üncü madde «mukabili bilmiş» denir, hiç olmazsa «misilleme» denebilirdi.

Ben komisyonda daima bir kara keçi gibi kaldım, devamlı surette sözlü ve en sonunda da büyük bir rapor halinde şöyle bir kitap halinde yazılı tenkitlerimi sundum. Bu tenkitlerimin yeterli olduğunda zinhar bir iddiam yoktur. Benim yapmadığım bir tenkidin yapılamayacağını söylemek evveleminde bana yakışmaz. Fakat, komisyonda yapmamış olduğum bir tenkidi, gözden kaçırmış olduğum bir tenkidi huzuruza getirmek, o da bana yakışmaz. Bana komisyon üyesi olarak diyebilirsiniz ki, «neden bu sözlerini komisyonda söylemedin, belki de kabul edilecekti» denilebilir. Bu itibarla, huzuruza getireceğim tenkitler komisyonda yapmış olduğum, fakat ekseriyetle reddedilmiş bulunan tenkitlerdir.

İtirazların bir tanesine Sayın Bakan temas etti, hem bir taraftan hasta diyeceğiz adama, akıl hastasının kısmi veya tam olduğu hususunda ayırım yapacağız, hem de hasta olduğunu tespit ettiğimiz, fennen, tıbben tespit ettiğimiz adamı büsbütün çileden çıkartmak için hapishaneye götüreceğiz; işte buna engel olunmuştur. bu bir ileri adımdır. Bu, bugünkü sosyal müdafaa sistemidir, ceza kanunumuza ilk defa girmektedir. Bunu göz ardı etmek, buna karşı savaş açmak herhalde doğru olmaz.

Şimdi gelelim benim komisyonda yaptığım ve umumî kısımla taallük eden tenkitlerime, kabul edilmeyen tenkitlerime. Bir kere Yargıtayın bir içtihadından, tamamen hukuka aykırı, kanuna aykırı olduğunu kabul ettiğim bir içtihadından harekete geçilerek yabancı memlekette suç işleyen kişinin burada yargılanması halin-

de, yabancı memleket kanunuyla Türk kanunundan, hangisi sanığın lehindeyse onu uygulamak tasarıya girmiş olmaktadır. Şimdiye kadar bir içtihadı, bir içtihad yanlış olabilir, fakat öntasarı bu içtihadı meşruluk kazandırmamak, bunu kanunlaştırmamak zorundaydı. Bütün muhalefetime rağmen, bunun bir nevi kapütilyasyon olduğunu, Türk hâkimini yabancı kanunu tatbik etmek zorunda bırakmak imkânsız bulunduğunu, ceza kanunlarının egemenliği ifade ettiğini söyledimse de kabul edilmedi. En sonunda bir öneride bulundum, bari yabancı ülke kanununun Türk kamu düzenine aykırı olmamasını araştıralım dedim; tam o sırada da Suudi Arabistan'da bir olay olmuştu, karısını öldüren bir Türk vatandaşının orada kısasen idamına karar verilmişti, fakat diyete munkalip olduğu için idam cezası yerine getirilmemişti. O zaman dedim, Türk hâkimi şeriat hükümlerini mi uygulayacak, yabancı memleket kanunu, illâki garp kanunu olmaz, bu kanun da olabilir. İşte o zaman öntasarının 9 uncu maddesine bir hüküm getirildi, bunun üzerine getirildi.

Bir önerim daha vardı, hiç olmazsa karşılıklılık kaydını arayalım. Yani suçun işlendiği yabancı ülkede dahi eğer failin mensup ülke yahut suçu işlediği ülkede daha hafif bir ceza varsa, onu uygulamak yolunda bir hüküm mevcut olduğu takdirde bunu yapalım. Anayasa Mahkememiz karşılıklılık olmadığı için yabancı şahsa Türkiye'de mülk satılmasını Anayasaya aykırı telâkki eder, ama ön tasarı ceza hâkimini karşılıklılık kaydı aramaksızın yabancı kanunu tatbik etmek zorunda bırakır, böyle bir şey olmaz dedim, bu kabul edilmedi. Bence bu hüküm, yani Yargıtayın yanlış içtihadından alınan, kaynaklanan bu hüküm ön tasarıya girmemeliydi, girmiştir, çıkarılmasını temenni ederim, aksi halde Türkiye'nin egemenlik hususundaki titizliği zail olur. Parantez içinde sunu da söyleyeyim, iki sene evvel Roma Üniversitesinde ders verirken bu konuyu getirdim, yani Türk Ceza Kanunuyla mehz Kanununun aynı hükümlerinin İtalya'da nasıl tatbik edildiğini ve Türkiye'de nasıl tatbik edildiğini misalleriyle getirdim, bu misali de verdim. Dediler ki, sizin Yargıtay ne yapmış, böyle bir karar vermiş, buna karşı bir şey yapamadınız mı biz hukukcu olarak. Yapamadık, tenkit ettik, orada kaldı dedim. Ama şimdi ön tasarıya geçtiğini görmekle dilhun olmak elden gelmez.

İkincisi, cezalar Umumî kısımdan bahsettiğime göre, Ölüm cezasına öteden beri muhalifim bütün tedris hayatımda muhalif oldum. Ölüm cezasına muhalefetin sebepleri meydanda, onları hü-

İsa edecek değilim, tekrar edecek değilim, fakat bir gerçek var; ölüm cezası insana inanmamayı ifade eder. İnsana inanan kişi, bir insan ne kadar ağır, ne kadar caniyane bir suç işlemiş olursa olsun, ondaki insanlık cevherinin bir gün ortaya çıkabileceğine de inanır. İnsanın insana inanmaması demek, kendine inanmaması demektir. En vahşi hayvanların sirklerde terbiye edildiği bir günde insanın terbiye edilemeyeceğini, insanın uslanamayacağını nasıl kabul edebiliriz? Kaldı ki, bu şekliyle ölüm cezasını kabul eden tek Avrupa Devleti biz oluyoruz. Batı Avrupa ülkeleri ölüm cezasını kaldırdı, Avrupa parlamentosunun ana prensibine uyararak. Doğu bloku ise ölüm cezasını halen istisnaî bir ceza olarak kabul ediyor, Sovyet Ceza Kanunu, Bulgar Ceza Kanunu, Çekoslovak, Yugoslavya, ne kadar sayarsanız sayın. Bu suretle ki, ancak pek ağır hallerde bu cezaya hükmedilebileceği ve istisnaen hükmedilebileceği hususu umumî kısımda yer alır.

Komisyon şöyle bir istihale geçirdi, ölüm cezası açısından. Önce ölüm cezasının büsbütün kaldırılması değil de, ölüm cezasının terditli ceza olarak seçenekli ceza olarak, müebbet hapisle birlikte kabul edilmesi; bu suretleki hâkim ölüm cezasıyla müebbet hapis cezası arasında seçim yapsın, dilerse ona, dilerse buna karar versin. Hatta dendi ki, ölüm cezasına karar verecek olan mahkeme, ittifakla buna karar vermelidir, ekseriyet olduğu zaman ölüm cezası kendiliğinden müebbet hapis cezasına dönüşmelidir. Hatta daha da ileri gidildi, bu ittifak Yargıtay dairesinde de aran-sın, bir üye muhalif kalırsa ölüm cezası kendiliğinden müebbet hapse dönüşsün. Sonra, peki bunlar ilke kararı olarak tespit edildi zabıtlara geçti. Sonra dendi ki, bu ittifakı Yargıtay'da aramayalım, dairede ararsak genel kurulda nasıl olacak, genel kurulda hele ittifakla çıkan kararlar parmakla gösterilecek kadar azdır, buraya girmeyelim dendi. Fakat, mahkeme, mahal mahkemesi, esas mahkemesi, bidayet mahkemesi ittifakla karar versin dendi. Bu şekilde madde kaleme alındı. Derken bir tekriri müzakere yapıldı ve onun neticesinde hem ölüm cezası böyle terditli ceza olmaktan çıktı, hem ittifak şartı ceza olmaktan çıkınca, ittifak şartını aramak da çelişkili olurdu, oradan da çıktı ve bugünkü şekliyle geldi. Tekrar ediyorum, 1987 yılında böyle bir başka kanun bize gösteremezsiniz.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından çok enteresan gelişmeler oldu. Mesela, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların sınırı altı

aydan bir seneye çıktı. Bu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların çevirleneceği tedbirler açısından modern müesseseler kabul edildi. Ancak, cezaları tespit eden nevi ve miktar itibarıyla cezaları tespit eden ceza kanununun umumi kısmında yer alan hükümler, ceza hukukunun bir nevi anayasasıdır. Burada yer almayan bir ceza nevini özel kanun koyarken kanun koyucu ihdas edemez. Mesela şimdi bu ön tasarıda ağır hapis cezası yok, hapis cezası var ve bir özel kanunda kanun vaazı ben ağır hapis cezası koydum, özel kanun genel kanunu sınırlar, kısıtlar diyemez. Burada olmayan bir ceza nevini yaratamaz. Bunun gibi, cezaların azamî ve asgarî sınırları gösterilmişse, umumî asgarî sınırı gösterilmişse, herhangi bir özel kanun bu sınırların üstüne çıkamaz. Yani ceza kanunlarının, her türlü ceza kanunlarının umumî kısmında yer alan cezaların nevini gösteren ve her bir nevi cezanın azamî ve asgarî sınırlarını tespit eden hükümler bir otolimitasyon hükmüdür. Kanun vaazını özel kanunlar yaratırken de tahdit eden, kısıtlayan bağlayan hükümlerdir. Şimdi ne görüyoruz, hapis cezası kanunda aksi yazılı olmayan hallerde işte şu kadardan yirmi seneye kadar; hafif hapis cezası, kanunda aksi yazılı olmayan yerlerde şu kadardan şu kadaradır. Ağır para cezası, kanunda yazılı, aksi yazılı olmayan yerlerde şu kadardan şu kadaradır. O zaman bunların nevini ceza kanununda göstermenin anlamı yok, çünkü siz yirmi seneden fazla hapis cezası yoktur diye kanuna hüküm koyarsınız, ondan sonra bir özel kanunla otuz, kırk, elli sene de koyarsınız. Çünkü, umumî hüküm kanunda aksinin gösterilmesine kendisi cevaz veriyor. O zaman yalnız müddetleri, neveleri tespit etsin, bazı kanunlarda var, İzlanda ceza kanununda olduğu gibi, neveleri tespit etsin, miktarın tayininide hâkime bıraksın; hiç miktardan bahsetmesin. Hâkim, karşısındaki adamın ne kadar müddetle uslanabileceğini tespit ederek nevi ile bağlı kalsın, fakat müddet tamamen serbest olsun. **Pozitivistlerin, ültrapozitivistlerin öteden beri ileri sürdükleri sistem budur.** Çünkü derlerki, bir adamın ne kadar zamanda uslanabileceğini önceden tespit etmeye imkân yoktur, anlamaya imkân yoktur. Kanun bu müddeti göstermesin, hâkime bıraksın. Daha da ileri gideriz, hâkim de bilemez, binaenaleyh konulacağı müessesede tıpkı akıl hastasında olduğu gibi, hani tehlikeli hali zail oluncaya kadar ve cezaların nevi ve miktarını tespitteki demokratik esaslar, yani devletin kendi kendini bağlamasına; özel kanun uyguladığı zaman da hüküm veremez, oraya gelir ve durur; evet der, bu özel kanun beş milyon,

on milyon koyuyor, ama ceza kanununun umumi sınırından fazlasını koyamaz demesi icabeder, ama şimdi artık demesi icabetmez, çünkü öntasarı buna kendisi cevaz veriyor. Böyle hükümler olamaz.

Yine üzerinde durmak istediğim bir konu daha var, o da para cezalarıyla ilgilidir. Şimdi para cezaları niye kabul edilir? Denir ki, hürriyeti bağlayıcı cezalardan kaçmak lâzım. Hürriyeti bağlayıcı cezalar, hele kısa süreli oldukları zaman cezaevine giren adamı uslandırıcı bir metot orada uygulayamazsınız, aksine orada daha başka kötü huylar edinir ve bir takım ahbaplar edinerek dışarıya, girdiğinden daha kötü bir durumda çıkar. Ceza hukukunda meşhur olan Ferhi, cezaevlerini bu sebeplerdirki bir suç okulu olarak târif etmiştir. Çünkü oraya sokuyorsunuz, daha iyi master yapıyor, doktora yapıyor öyle çıkıyor. Bunun için para cezası, hatta kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalardan da kaçmak, onları da para cezasına çevirmek. Güzel de para cezası nasıl infaz edilecek. Biliyorsunuz bizim 19 uncu maddemize göre para cezası ödenmezse hapse çevrilir, bugünkü şartlara göre de işte bu kadar para cezasına bedel bir gün yatılır. Bu hüküm, bizde 647 sayılı Kanunla kaldırılmıştı ve yerine çalışma esası getirilmişti, uygulanamadı. İşsizliğin fazla olduğu ülkede namuslu vatandaşa iş bulamazken, savcıların suç işlemiş ve para cezasına mahkûm olup da bu para cezasını ödeyememiş olan kişiye iş bulması bir hayli zor olurdu ve belki de suç işlemek iş bulmanın bir çaresi olarak, bir yolu olarak düşünülebilirdi. Onun için kaldırıldı ve tekrar hapse tahvil bugünkü sisteme gelindi.

Evet hapse tahvil ettiğimiz para cezasıyla biz neyi müeyyilendiriyoruz? Fukaraları müeyyilendiriyoruz, çünkü zengin adam o para cezasını verecek ve binaenaleyh cezaevine girmeyecek, ama buna gücü yetmeyen cezaevine girecek. İşte bu sebeplerdirki, İtalyan Anayasa Mahkemesi, bir suç karşılığında olmadığı için bir kusur derecesiyle ölçülemediği için ödenmeyen, tahsil edilemeyen, infaz edilemeyen para cezalarının hapse çevrilmesini anayasaya aykırı buldu, eşitlik ilkesine aykırı buldu ve iptal etti. Bunun üzerine de İtalya'da 1981'de yapılan büyük ceza kanunu tâdili sonucunda gene çalışma esasına dönüldü. Zor, tatbik edilmez. Nitekim ben İtalya'da bir Roma savcısıyla konuşurken, nasıl tatbik ediyorsunuz, nasıl infaz ediyorsunuz dedim. Bazıları kendileri geliyorlar ve çalışmaya razı oluyorlar, istiyorlar; ama çalışmak istedikleri zaman da pazar gü-

nü stadyumda maç olduğu zaman stadyumu temizlemek için çalışmak istiyorlar, nihayet tatbik edemiyoruz dedi. Yani infaz etmek veya etmemek başka şey, ödenmeyen para cezasının hapse tahvili başka şey.

Özellikle öntasarı para cezalarını astronomik derecede yüksek tutmuştur, yüz milyona kadar var. Mesela sahtekârlıkta beş milyondan elli milyona kadar para cezası. Enflasyonun ileri seneler ne getireceğini bilemem, fakat bugün yapılan bir öntasarı olduğuna göre bu şekilde astronomik para cezasını koymak, gücü yeteni dahi para cezasını ödemeyip hapis cezasına razı olmaya, onu tercih etmeye sevkeder. Çünkü içeride yatacağı azami üç sene, o da şartla salıverilmelerle bir sene sekiz aya düşüyor, adamın yapacağı hesap şudur; ben bir sene sekiz ay zarfında dışarıda kalırsam elli milyon lirayı kazanacak mıyım, devlete ödediğimi kazanmayacak mıyım? Eğer kazanamayacağına kanaat getirirse hapis yatmak daha kazançlı olacak, hiç olmazsa cezaevine girmekle o kadar parayı tasarruf etmiş olacak.

¶

Bu itibarla, öntasarı iki çelişkiyle karşı karşıyadır. Bir hem hapis cezasından kaçalım, gerekçede de var, hapis cezası kötü bir şey, hele kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar daha da kötü, mümkün mertebe kaçalım der; hem de bu kaçmanın çaresi ne, para cezasına çevirmek; hem de para cezası ödenmediği takdirde o kaçalım dediğimizden, o kötü dediğimiz şeyden tekrar medet ummak; böyle bir çelişki var.

İkincisi, para cezaları astronomik hale getirilince ödenemez hale getirilince, o para cezasını koymak demek, kanunda o suç için yazılmış olan, belli edilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezaya otomatikman üç sene daha eklemek demektir ve belki de bazı suçlarda para cezasından tahvil edilmiş, ödenmemek suretiyle para cezasından çevrilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezanın miktarı o suç için asıl ceza olarak tespit edilen hürriyeti bağlayıcı ceza da müddetinden daha fazla olacaktır. (Mesela bir sene hapis, on milyon lira para cezası dediğimiz zaman, para cezasına çevrilen hürriyeti bağlayıcı ceza üç sene olacak), binaenaleyh sistematik ve suç için karşılığında normal olarak tensip edilen ceza arasındaki uygunluk zail olacak.

Bu itibarla buna da karşı geldim, dinletemedim başka. Fakat, bir özel noktayı tespit etmem lâzım. Tasarıda enteresan bir hüküm var, o da tazminat kabilinden para cezalarının infazında hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmeyeceği ve 6183 sayılı Âmmec Alacaklarının

Tahsili Usulü Hakkındaki Kanunla yetinileceği, o kanuna göre paranın tahsil edileceği yazılıdır. Şimdi tazminat kabildinden para cezası ne idiği belirsiz bir müessese, bize Fransız tatbikatından, Fransa'nın Danıştayından geçme, oradan mer'i kanunumuza girmiş tazminat kabildinden para cezaları tecil edilemez diye bir hüküm konmuş, ondan sonra herkes düşünmüş acaba bu tazminat kabildinden para cezası ne? Yargıtay palyatif olarak, ampirik olarak bazı kriterler koymuş, eski bir kararı vardır, kasanıklarda göynü yaratmak için konulmuşsa para cezası, o tazminat kabildinden para cezası değildir, kasanık mahkûm demek, göynü intibah anlamına gelir; kasanıklarda göynü yaratmamak için konulmuşsa o tazminat kabildinden para cezasıdır, ama ne zaman para cezası böyle göynü yaratır, ne zaman göynü yaratmaz, bir hayli garip.

Bu itibarla, bu sistemin bütün para cezaları hakkında uygulanması icabeder ve esasında bizim mer'i Kanunumuzun ilk sistemi buydu. Para cezasına hükmedildiği zaman savcı önce mahkûmun mallarına gider, bulamadığı takdirdedir ki hapse çevirir. Yoksa doğrudan doğruya ödeme emrini verdi, tebliğ etti, infaz edilmedi, hapse tahvil edelim. Öyle bir şey yok, Fransa'da da yok, bizim kanunumuzun ilk sisteminde de yok. Unutmayalım ki bu para cezası ve bunun infazi yoluna gitmemiz icabeder, astronomik tutarsanız buna imkân yok, hapse tahvil ederseniz, fukarayı cezalandırırsınız. Ancak adam parası olduğu halde vermezse, o zaman belki kusurlu hareket etmiş sayılabilir. Bu itibarla, ben buna da muhalefet ettim, huzurunuzda söylüyorum, her zaman da muhalefet edeceğim, fakat tekrar edelim, bunu kabul ettirmek mümkün olmadı.

Diğer konularda esasta taraftar olunacak hükümler vardır, mesela yabancı ülkede geçirilen tutukluluğun Türkiye'de hükmedilecek cezadan mahsubu, faal pişmanlığın, faal nedametinin umumî bir hüküm haline getirilmesi, taksirli suçlarda failin ağır mağduriyeti halinde cezada indirim yapılması, mesela otomobil sürerken kaza olmuş, kendi çocuğu, karısı ölmüş, zaten kendi mağduriyeti kendisine yeter, bir de çocuğunu öldürdün diye, ölümüne sebebiyet verdin diye onu cezalandırmanın, tam ceza ile cezalandırmanın manası yok. Meşru müdafanın bütün haklara tecavüzde kabul edilmesi, ama öteki taraftan kanun öntasarısı bugünkü metinde mevcut 461 inci maddeyi muhafaza ediyor; lüzumsuz yere, bir takım çelişkiler

var, fakat tekrar edeyim, değer hükümünü verirsek, hani içinde bulunduğum için söylemiyorum, içinde bulunmasam da, komisyon yesi olmamış olsam da aynı teşhise varırdım. Daha iyiye, daha güzele gitmek için tenkitler şüphesiz, düzeltilmesi gereken noktalar dünya kadar, bir tane değil, bu söylediklerim değil yalnız. Hususi kısımda hele dünya kadar. Bu itibarla, Tasarı üzerinde çalışılacak bir metindir, fakat bir elinin tersiyle de bir tarafa atılacak bir metin değildir. Gerçekçi olarak yola çıkarsak, dediğimiz gibi Türkiye'nin bugünkü şartlarına en uygun tasarıyı hep birlikte, muhalifiyle muvafıkıyla yaratmak imkanına sahibiz.

Teşekkür ederim.

BAŞKAN — Ben teşekkür ederim efendim.

Efendim, şimdi bu ntasarı milli bir yasa niteliğinde midir, bu ntasarı yeni bir kann düzenlenmiş sayılabilir mi; konularında ve bir de tasarının genel ve özel hükümlerinin bir bölümü hakkında Sayı Hocamız Prof. Dr. Faruk Erem'i dinleyeceğiz.

Buyurun Sayın Hocam.

PROF. DR. FARUK EREM — Sayın Bakanımız, kıymetli meslektaşlarım; Bendeniz de komisyonunda ye sıfatıyla bulundum. Bu komisyonun kuruluşu demokratik esaslara uygundur. Özel bir kann bazı kuruluşlardan temsilci istiyordu. Yargıtaydan, mahkemelerden, Adalet Bakanlığından, niversiteden ve Barolar Birliğinden. Biz Barolar Birliğinin temsilcisi olarak bu komisyona katıldık. Komisyonun çalışmasının kapalı kapılar ardında yapıldığı yolundaki tenkidi pek kabul etmek mümkün değil. Çünkü hiçbir komisyon aleni çalışmaz. Nitekim, bu komisyon da bazı konularda fikrini sık sık değiştirdi. O halde, zamansız bir bildiri kamu oyunu karıştırmaktan başka bir şeye yaramazdı ve medeni kanunun, komisyonunun uğradığı tenkitlere biz de uğramış olurduk.

Tasarının hazırlanmasından sonra doğrudan Meclise sunulacağı yolunda bazı direktifleri öğrenmiştik. Fakat, bazı teşebbslerimiz sonucunda bakanlıkta vaki değişiklik üzerine yeni Bakan bunu kamu oyuna amaya karar verdi. Bugünkü güzide kişilerin katıldığı şu toplantı dahi demokratik bir toplantı sayılabilir. Acaba bu tasarının hazırlanması zamanı gelmiş miydi, bu, üzerinde tartışılacak bir konu. Anayasadaki değişikliğin çok yoğunlaştığı bir dönemde acaba isabetli bir sonuca varmak mümkün olabilir mi?

Ceza hukukunda mevcut bazı ana kuralların Anayasa hukukuna geçmiş olması bugünün bir vakıasıdır. O halde eğer bir dördüncü anayasa yapılacak olur ise acaba nasıl hükümleri kapsayacak; bunu şimdiden görmek imkânı yoktur. Bu itibarla, bu tasarının hazırlanmasının erken olduğu kanısına bendeniz de katılıyorum.

Hazırlanan metin yeni bir kanun mudur, bunun yeni bir kanun taslağı olduğu ileri sürülmekle beraber bu fikre de katılmak çok güçtür. Çünkü, mevcut hükümlerin hemen hepsi hatta yüzde 99'u tasarıda aynen yer almıştır. Bu itibarla, yeni bir kanun yaptığımızı iddia etmeyelim. Bu, gerek dil, gerek müessese açısından eskimiş konuların biraz yenileştirilmesinden başka bir şey değildir. Dil açısından söylenenlerin tümüne katılıyoruz.

Acaba bu kanun millî birkanun halinde takdim edilebilir mi, bence bu bir millî tasarı değildir. Eğer hazırlayanların Türk vatan-daşı olup olmadıklarına göre bir kanun millî ise bu kanun millî bir kanundur, ama çağımızda tümünden millî bir kanun yapmanın imkânsızlığı düşünülecek olur ise, buna millî kanun demek mümkün olmadığı gibi, bize özgü bazı özelliklerimizin kanuna yansımaları icabediyorsa, bu yansımaları gerektirecek ön hazırlık da yapılmamıştır. Sosyo psikolojik ve ekonomik bazı araştırmalar yapıldıktan hatta adli tıp müesseselerinden de mütalaa alındıktan sonra böyle bir tasarının ön hazırlıkları, yani oturacağı zemin tespit edildikten sonra bir tasarı hazırlamak daha doğru olur idi.

Filhakika, tasarıda demokratik esaslara uygun olma çabasına şahit oluyoruz. Özellikle kişilere karşı suçlar, tasarının ön bölümüne alınmış, topluma ve devlete karşı olan suçlar daha sonraki bölümlere bırakılmıştır. Bunun, kişiyi devletten önce tutma yolundaki demokrasi esaslarına uygun olduğunu söylebiliriz ve fakat ön bölüme alınan bu kişiye karşı suçlar kanunumuzdaki aynı hükümlerin tıpkısıdır denmekle beraber, sonraya alınan hükümler devlete karşı olan hükümler, o da tıpkısıdır, ama devlete karşı işlenen suçlar 1936'da 3038 sayılı kanunla 1930 İtalyan Faşist Kanunundan aynen alındı. O halde, şu tertibi düşünürken bu tashihatın da yapılması, devlete karşı suçların İsviçre Ceza Kanununda olduğu gibi makûl demokratik esaslara uygun olarak tedvini icabederdi.

Konuşmalar daha ziyade genel kavramlar üzerinde olduğu için müsaade ederseniz ben biraz daha objektif konulara değineyim.

Kanunsuz ceza olmaz, hepimizin inandığı demokratik bir usul. Tasarı da güven tedbirleri diye eski deyimle emniyet tedbirleri, güven tedbirleri diye bir bölüm açıldı. Bu bölümün nasıl uygulanabileceği üzerinde ayrıca durulacak bir konu ise de, bu güvenik tedbirlerinin infazının tüzükde gösterileceği yolundaki bir hükmün tasarıya alındığı görülmekte, ama bir cezanın kanundaki tanımı, tarifi ile uygulaması arasında o kadar büyük farklar olurki, mesela ölüm cezasının asılmak suretiyle infazına ilişkin kanunda bir hüküm olmasaydı açaba ne olurdu? Kanunda ne şekilde infaz edileceği bildirilmeyen bir güvenlik tedbirinin ne şekilde infaz edilebileceğini kanuni bir istek olarak düşünmemiz elbetteki lâzımdır.

Yabancı ülkede işlenen suçlar açısından, yabancı kanun ve yerli kanundan hangisi hafif ise onun uygulanacağı yolundaki hükmün bizce isabetli olmayacağına inanıyoruz. Kaldiki, yabancı kanunla Türk kanununun karşılaştırılması o kadar güçtür ki, yabancı kanununu bulmak o kadar zordurki ,egemenlik ve benzeri gerekçelerin hepsine biz de katılıyoruz. Yalnız, aynı suç için yabancı ülkede çekilen bir cezanın Türkiye'deki mahkûmiyete mahsubu elbetteki çok isabetli bir hüküm olmuştur.

Taksirli suçlar, bizim kanunumuzda kanunun taksirli olması istediği her suçu tedbirsizlik, dikkatsizlik vesaireye karşı aykırılık diye mütemadiyen tekrar edildiğini görmekteyiz. Halbuki tasarı taksiri başta tek madde ile tarif etmiş ve özel hükümlerde bu suç taksirli ise demek suretiyle de bir kolaylık sağlamıştır.

Meşru müdafaya ait olan hükmün dar bir anlayışın dışına çıkarak her türlü hakka karşı taarruzların meşru müdafa içine alınması çok isabetli olmuştur. Kuşkusuz korunmak istenen hak ile müdafa aracı arasındaki oransızlık daima nazara alınabileceğine Medeni Kanunda mala karşı meşru müdafa kabul edilmiş bulunmasına onun da bir Türk kanunu olması hasabiyle cezada nefis ve ırz, ama hukukta her türlü hak anlayışı bir çelişki doğuracaktı. Bu itibarla, meşru müdafaanın orantı hesabına bağlı kalmak şartıyla genişletilmiş olması isabetlidir.

Akıl maluliyeti, bizim de üzerinde durduğumuz bir konu. Kelime açısından arkadaşlarımız dokunmadı, ama akıl maluliyetine ilişkin bazı maddelerde maluliyet, bazı maddelerde hastalık deyiminin kullanılması da bizce doğru değildir. Çünkü, hastalığın neticesidirki, geriye kalan maluliyettir.

Arızı sebebe ait olan 48 inci maddedeki hükmün çıkarılması isabetli olmadı. Filhakika arızı sebebe nelerin girebileceği, yürürlükteki kanunda olmamasına rağmen, arızı sebeple 46 veya 47 nci maddedeki şartlara değil, o maddede gösterilen hal içinde bulunmak keyfiyetinin pekçok yabancı kanunlarda yer aldığını görmekteyiz. Bu itibarla, yığınların psikolojisini hepimiz biliyoruz. Yığınların etkisi altında işlenen suçlarla o maddelerdeki ruh haleti içinde bulunanın cezasının indirilmesinde elbetteki fayda vardı.

İştirakde azmettirenin cezasının maddi asli failin o suçu işlemekte şahsi menfaatının bulunmamasının nazara alınması artık eskimiş bir anlayış idi. Yeni kanunların hepsi eğer bir suçu işlemekte maddi asli failin bir menfaati, bir çıkarı mevcut ise o kişiyi arayıp bulan azmettiricinin cezasının dahi arttırılması sistemi kabul edilen bir devirde, böylece kanunumuzda bunun tam aksi indirci bir sebep sayılması makûl değildi.

Ölüm cezası; ben bütün hayatımca bu cezaya karşı çıktım değerli konuşmacı arkadaşlarım gibi. Komisyondaki bizce uygun olmayan tekriri müzakereden sonra hiç olmazsa komisyonun başta kaldıramıyoruz, ama hiç olmazsa dünyanın gidişine ayak uyduralım ve ölüm cezalarını ilgaya hazırlayıcı bazı hükümler ortaya koyalım yolundaki istek evvela kabul edildi, fakat sonra nedense reddedildi. Bunun red sebebini de demokratik esaslara uygun göremiyorum.

Kaldı ki, ölüm cezasına karşı vaki direncimiz sonuç vermemiş sayılamaz. Çünkü 141 nci maddedeki ölüm cezası kaldırdığı gibi, sair maddelerde fazlaca mevcut ölüm cezalarının hiç olmazsa adetçe azaltıldığını da söyleyebiliriz. Komisyondaki bu davranışın ölüm cezalarının miktarını hiç olmazsa azaltıcı bir seviyeye indirdiğini söyleyebiliriz. Fakat, ceza kanunumuza, yürürlükteki kanuna bakınız, ölüm cezaları o kadar fazla değil, ama bugün bütün gazetelerde her gün bir iki tane ölüm cezasının verildiğini duymaktayız. O halde, bu kusur nereden geliyor, bu kusuru ancak tatbikatı iyi takip eden kişiler sezebilmekte. Bu kusur yürürlükteki kanunun 70 nci maddesinden ileri geliyor.

Hakim, bir suçluya ölüm cezası verir, onun 59 ncu maddeyle müebbet çevirirse, bir ikinci suç hakkında da aynı işlemi yapacak olursa karşımıza iki müebbet hapis çıkmakta. 70 inci madde diyorki, bugünkü madde; iki müebbet birleşince ölüm cezası verilir. Bu sisteme haklıdır gözüyle bakmaya imkân yok. Çünkü, ölüm cezasını kanun gösterir, ama ölüm cezasına hakim hükmeder.

Halbuki 70 inci madde, hakimın elinden bu hükmetme yetkisini alıyor. Hakim, hakkınızda 59 uncu maddeyi uyguladım dediğinde beni asmiyorum, ama kanun as diyor asıyorum. İşte bu büyük bir çelişkidir. Tasarıda 70 inci maddenin kaldırılmış olması, sanırımki ölüm cezasına ilişkin pekçok şikâyeti önleyebilecektir.

Bir şikâyetimiz de, yargıçlarımızın herhangi bir suça kanunun tanıdığı cezanın daima aşağı haddini verdiği yolundadır. Gerçekten hakim de, Yargıtay da kendine göre haklı. Çünkü, hakim aşağıdan yukarıya çıkacak olursa bunun nedenini göstermek lâzım, ama bu neden üst mahkemeye haklı gözükmeyebilir. O halde memleketimizde şu kadardan şu kadara ceza değil, aşağı hadde hükümlenmektedir. Bunun kaldırılmasını doğru gördük, 89 uncu maddeye ilişkin hüküm, hakim cezaya hükmederken aşağı yukarı had arasında suçlunun bütün sosyolojik, psikolojik, suç nedeni ve benzeri sebepleri teker teker gösterecektir dedik. O halde, kanunun tespit ettiği bu kıstaslara göre bundan sonra tümünden, eğer tasarı kanunlaşırsa aşağı haddin hükmedilmesi bahis konusu olmayacaktır.

Cezaların yasada dağıtılma şekline gelince; bir tenkitte haklılık göremiyoruz. Cezalarda umumi bir azalma gerçekten mevcuttur. Ezcümle diyelimki, adam öldürme cezası 20 seneye indirilmiştir. En eskiden 24 yıl idi, şimdi 18. Hiç olmazsa bir ferahlama getirilmiş. Diğer konularla da gerekli indirimler yapılmıştır. Siyasi suçlarda aynı indirimin yapılmadığı iddia ediliyor ise de yapılmadığı maddeler olmakla beraber, diğer siyasal suç tabiri içine giren eylemlerde gerekli indirimler yapılmıştır, ama tenkit edilebilecek bir konu karşısındayız. Bir özel oturum yapılarak suçlar ve cezalar arasında bir orantının tespit edilmesi düşünüldü, fakat bu özel toplantı maalesef yapılamadı. Bu sebeple, pekçok suçların cezasının diğer suçlara nazaran az olduğu veya çok olduğu yolundaki tartışmaların sürüp gidebileceği inancı içindeyiz.

Tekerrür, hepimizin bildiği bir müessese. Tekerrürün bir mukaddem mahkûmiyet, bir de tekerrür süresi var. Tekerrür süresinin cezanın çekilmiş olmasından başlaması gerekli. Kanunun şu çetrefil ifadesi Yargıtayımızca yanlış anlaşılmalı, evvelki suçun cezasının tümünden çekilmiş olması yolunda bir hataya düşülmüş ve bu hata şu tasarıya kadar devam etmiştir. Tasarı da bir yanlış tercümeden ileri gelen bu yanlış anlayış değiştirilmiş, ilk suçun mahkûmiyetinin kesinleşmiş olması tekerrür için yeterlidir, tekerrürün gerektirdiği

cezanın başlangıcı değil. Böylece, kaçan bir hükümlü ile cezası infaz edilemeyen bir hükümlü ile, yakalanıp cezasına razı olan, yargılanan ve hakkında hüküm kesinleşen kişi arasında ters orantılı bir sonuca varmak olanağı da kaldırılmıştır.

Eğer kanun yapılırken bazı hususlar gözden kaçmamış olsaydı daha çok isabetli olurdu. Ezcümle nelerin ağır cezalı suç sayılacağı keyfiyeti bakımından usul kanunundaki 421 inci maddeyi açıklayıcı bir hüküm tasarıda yer almamıştır. Halbuki, diğer bazı müesseseler ezcümle Yargıtayda duruşma ağır cezalı işlere hasredilmiştir.

Adam öldürme suçları açısından bazı iyi hükümler getirildi, özellikle Yargıtayın büyük emekle ortaya attığı aydınlatıcı bazı açıklamalar getirildi. 450 inci maddenin on numaralı bendinde yer alan «kan gütmenin münhasıran kan gütme saikiyle işlenmesine dair olan içtihat kanuna alındı» fakat aynı şey yapılırken, esrarengiz bir kavram olan taammüt nedense gözden kaçtı. Halbuki, taammüt hakkında da çok esaslı ve kanuna geçecek derecede kıymetli bir hüküm, öldürme kararında ısrar ve sebat, ısrar ve sebatı gösteren vakaların açıkça belirlenmesi yolundaki hüküm nedense tasarıya alınmadı.

Böylece konuşmalarına son veriyorum, Başkanım ikaz etti, ben-denizi bağışlayın. Bir başka toplantıda diğer düşüncelerimi de arz ederim efendim.

BAŞKAN — Teşekkür ederim Sayın Hocam.

Efendim, söz sırası Sayın Engin Doğu'da.

Kendileri, tasarının getirdiği yenilikler hakkında açıklamalarda bulunacaklar.

Buyurun efendim.

ENGİN DOĞU — Sayın Başkan, sayın konuklar; efendim ben de sizlere bu ön tasarımı hazırlayan komisyonun bir üyesi ve Adalet Bakanlığının bu komisyondaki temsilcisi sıfatıyla birkaç söz söylemek istiyorum. Yalnız, haklı olarak konuşmacı arkadaşlarımız hem olumlu, hem olumsuz buldukları yönleri ifadeye çalıştılar. Ben izin verirseniz sadece olumlu bulduğum yönleriyle ön tasarımı size kısaca aktarmak istiyorum.

Önce genel hükümler yönünden baktığımızda şöyle bir tablo çıkıyor karşımıza. Türk Ceza Kanunu ön tasarısında yürürlükte bulunan kanundan farklı bir sistematik benimsenmiş bulunmaktadır. Buna göre, yeni tasarı genel hükümler ve özel hükümler

olmak üzere iki kitaptan meydana gelmekte, kitaplar kısımlara, kısımlar bölümlere ayrılmış bulunmaktadır. Özel kısım içinde suçlar, ihlâl eyledikleri hukuki menfaatin niteliğine göre üç büyük kısım halinde tasnif edilmiştir. Birinci kısım Kişilere Karşı Suçlar, ikinci kısım Toplumla Karşı Suçlar ve üçüncü kısım Devlete Karşı Suçlar olarak düzenlenmiştir. Aynı kısmın muntelif bölümleri arasında mevcut olan ortak hükümler her kısmın sonundaki Müsterek Hükümler başlığı taşıyan bölüme yerleştirilmiştir. Aynı bölüm içinde yer alan değişik suçlar bakımından müsterek olan hükümler ise, o bölümün sonuna konulmuştur. Kabahat derecesindeki suçlar için yürürlükteki kanundan farklı olarak ayrı bir kitap ihdas edilmiş, ihlâl ettikleri veya korumak amacıyla buldukları hukuki menfaat nazara alınmak suretiyle bu suçlara ilgili bölüm içinde yer verilmiştir.

İncelendiğinde de görüleceği üzere, yürürlükteki kanun 592 maddeden ibaret iken, yeni ön tasarı 444 maddeye inmiş, bu suretle 148 maddeden tasarruf edilmiştir.

647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, teknik bakımdan cezaların infaz tarzına ait esaslar dışında bizatihi cezaların niteliğine ilişkin hükümleri de getirerek yürürlükteki kanunun bir kısım maddelerini ilga ettiğinden ve bu sebeple uygulamada tereddütler ortaya çıktığından, tasarıda bu durumun izalesi için söz konusu kanunun cezaların niteliğine ilişkin hükümleri alınarak tasarıya monte edilmiştir.

Yürürlükteki kanunda dağınık bir şekilde bulunan tarif hükümleri yeni bir madde halinde ve tek madde halinde toplanmıştır. Birinci maddede, güvenlik tedbirlerinin de kanunilik ilkesine bağlı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Özel ceza kanunlarıyla genel kanun arasındaki ilişkiler açıklığa kavuşturulmuş, yürürlükteki kanundan farklı olarak sadece ceza kanununa muhalif olan hükümlerin değil, ayrı hüküm bulunmayan bütün hallerde genel kanundaki esasların tatbik edileceği ifade edilmiştir. Yine geçici ve süreli kanunların toplum savunması bakımından etkili olmalarının temini amacıyla bu kanunların yürürlükte buldukları müddet zarfında işlenmiş olan suçlar hakkında kanunun süresi sona erdikten sonra da uygulanacağı esası getirilmiştir.

Yabancı memleketlerde işlenen ve Türkiye'de tatbiki mümkün bulunan suçların yargılanması rejimi açık, sade ve insan haklarına saygılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki, mağdurun Türk olması halinde dahi Türk vatandaşının yabancı memlekette işlediği suçdan dolayı hakkında yabancı memlekette hüküm verilmiş ise artık Türkiye'de takibat yapılamayacaktır.

Faal pişmanlık hali bütün suçlar bakımından genel hafifletici sebep olarak kabul edilmiştir. Taksirli hareket sonucu sebebiyet verilen neticenin münhasıran failin şahsi ve ailevi durumu bakımından ağır derecede mağdur olmasına sebebiyet vermesi hallerinde failin cezasından indirim yapılması veya yerine göre cezanın tamamen kaldırılması hakimın takdirine bırakılmıştır.

Meşru müdafa hali genişletilmiştir. Bileşik kusur hali, yürürlükteki kanundan farklı olarak sadece taksirle adam öldürme veya yararlama hallerinde değil, bütün taksirli suçlarda bir hafifletici sebep kabul edilmiştir.

Tam akıl hastalarıyla kısmi akıl hastaları arasında ceza sorumluluğu bakımından mevcut fark kaldırılmıştır. Sarhoşluk halinde işlenen suçlar konusu, çok açık bir biçimde yeni düzenlemeye tabi kılınmış ve aynı esaslara göre tertiplenen uyuşturucu maddeler kullanılması bakımından uyuşturucu madde terimine aynı tesiri yapan sentetiklerin ve benzerlerinin dahil bulunduğu açıklanmıştır.

Küçüklere ilişkin bulunan hükümler 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda yer alan esaslara uyulmak suretiyle tespit edilmiştir.

Tasarımın, özel tehlike halleri ve tekerrür başlığını taşıyan bölümünde itiyari suçlu, mesleki suçlu ve örgütlenmiş suçlu kavramlarına yer verilmiş ve bunların tarifi yapılmıştır. Böylece suçlunun tehlike haline hukuki bir kavram olarak tasarıda yer verilmiştir. Söz konusu bu üç suçlu sınıfına, işledikleri suçun cezasına ilave olarak tasarımın ilgili maddesinde gösterilmiş olan güvenlik tedbirlerinden birinin uygulanması hükmü getirilmiştir.

Tekerrüre ait hükümler demin Sayın Hocamız tarafından izah edildi, basite irca edilmiştir.

Keza iki müebbet hapse mahkûmiyet halinde verilen ölüm cezasına ilişkin hüküm kaldırılmıştır.

Cezalar, tasarıda asli ve fer'i olarak iki kısımda yer almıştır. Önemli yeniliklerden bir tanesi Fer'i cezaların müebbet olamayacağı hükme bağlanmıştır. Böylece adeta medeni ölüm tesiri yapan bu durum kaldırılmıştır.

Ayrıca Emniyeti Umumiye Nezareti altına alma ceza ve tedbiri ile genel müsadere cezası kaldırılmıştır. Fer'i cezalar dahil bütün cezalar mutlaka hakimın kararıyla hükmolunacaktır. Bu sebeple, mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak fer'i cezanın terettüp etmesi sisteminden vaz geçilmiştir.

Bir meslek, sanat veya ticaretin icrasının tatili cezasının sadece failin şahsi bakımından uygulanacağı tasarıda açıkca belirlenmiştir.

Ölüm cezasına ilişkin maddede Türkiye Büyük Millet Meclisinde ölüm cezasının yerine getirilmemesine karar verilmesi halinde ölüm cezasının müebbet hapis cezasına çevrilmiş sayılacağı açıklanmış, böylece tereddütere sebep olan bir boşluk giderilmiştir.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından uygulamada farklılığı tamamen kalkmış bulunan ağır hapis kaldırılmış, tek hürriyeti bağlayıcı ceza sistemi benimsenmiştir. Ancak, hafif hapis cezasının kabulünde ısrar edilmesi, kabahat ve cürüm ayırımının devam etmesinden kaynaklanmıştır.

Yine değerli hocam ifade ettiler, hürriyeti bağlayıcı cezaların üst sınırlarında belirli oranlarda indirimler yapılmıştır.

Diğer bir yenilik, halen altı aya kadar olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların bu kapsamı bir yıla kadar şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaları ihtiva edecek şekilde genişletilmiştir. Dolayısıyla, bugün 647 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki para cezasına çevirme tedbirleri daha geniş kapsamlı bir hürriyeti bağlayıcı cezaya uygulanabilecektir.

Ağır para cezasının sınırları ve hafif para cezasının sınırları günün şartlarına uygun şekilde arttırılmıştır. Ancak, para cezasının taksidde bağlanması hükümlerinde bir yenilik getirilmiş, taksit süresi bakımından, hakimın daha önce verdiği kararı ilgilinin müracaatı üzerine bilahara değiştirebilmesine imkân sağlanmıştır.

Tasarıda yeni bir fer'i ceza getirilmiştir. İşyerinin kapatılması bildiğiniz gibi pekçok özel kanunda ve ceza kanununun son değişiklik-

lerinde bu ceza fer'i ceza olarak getirilmiştir, ancak sayılmıyordu. Bu ceza getirilmiştir, ancak üç günden iki yıla kadar olacağı ifade edilmiştir.

Keza memuriyet sıfatının suçun unsurunu ve sebebini teşkil ettiği hallerde de hakim duruma göre fer'i ceza verebilecektir. Bir meslek veya sanat mensubu olmanın da bir ticaretle meşgul bulunmanın suçun unsurunu veya ağırlaştırıcı sebebini teşkil ettiği hallerde de yine üç günden iki yıla kadar bu meslek veya sanat ve ticaretin icrasının tatili fer'i cezasına asli cezaya ek olarak hükmedilebilecektir. Ancak, bu fer'i cezalar hiçbir şekilde asli cezayı geçemeyecektir.

Yürürlükteki kanundan farklı olarak bugün erteleme hükümlerinde de değişiklikler yapılmıştır. Altı aya kadar olan erteleme sınırı yükseltilerek bugünkü sınırların üstüne çıkarılmıştır.

En önemli yeniliklerden bir tanesi de güvenlik tedbirleri dediğimiz ve ceza kanunumuzda yer almayan hükümlerdir. Bunlar da infazın şeklini göstermesi bakımından bir tüzüğe bırakılmıştır.

Son olarak, bugün 119 uncu maddedeki ön ödeme sınırlarımız da bir aydan bir yıla yükseltilmiştir.

Genel kısım ile ilgili söyleceklerim bunlardan ibaret.

Hepinize saygılar sunuyorum.

BAŞKAN — Sayın Engin Doğu'ya çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi Sayın Teoman Ergül, tasarının demokratik yapısı, suç ve ceza politikası yönünden görüşlerini açıklayacaklar.

Buyurun Sayın Ergül.

AV. TEOMAN ERGÜL — Sayın konuklar, Sayın Hukukçular; Komisyonun tasarısı, Adalet Bakanlığının ise ön tasarısı başlığını koyduğu belgeler kamu oyuna açıklandıktan, eleştiri ve irdelemesine sunulduktan sonra, hazırlanma yöntemi hakkında ciddi eleştiriler olmuştur.

Ön tasarının demokratik yöntemler uygulanarak hazırlanmadığı, komisyonun gereksiz bir gizlilik ve esrar perdesi arkasında çalıştığı ve geniş bir çevrenin katılımının engellendiği ileri sürülmüştür, hatta ön tasarının açıklanmasından sonra dahi kamu oyu

ve yetkili çevrelerce tasarıya yapılacak katkıların değerlendirme yönteminin belli olmaması eleştiri nedenidir. Bu yöntem sorunlarının üzerinde ciddiyle durmak gerekmektedir.

Ön tasarı gerekçesinde komisyonun çalışma yöntemi hakkında hiçbir bilgi verilmemesi ve muhalefet şerhlerinin de olmaması bizce varılmış sonuçlar konusunda tereddütler uyandıracak bir noksanlıktır.

Diğer yandan, Sayın Adalet Bakanının ön tasarı üzerindeki tartışmalar için altı ay süre tanımış oldukları şeklindeki beyanati karşısında, bu sürenin dünyadaki emsali yasalaşma çalışmalarına göre yetersiz olduğuna ben de katılmaktayım. Ancak, bütün bu haklı eleştiri ve endişelere karşın, hukuk devriminden bu yana geçmiş olan uzun süre içerisinde olumlu yönde değişen maddi ve manevi koşullara ve ulaşılan eğitim düzeyine paralel olarak yapılması gereken bir hukuk reformuna başlangıç olması dileğiyle çalışmayı başlatanlara, katkıda bulunanlara ve komisyonun başkan ve üyelerine teşekkür etmek isterim.

Ceza hukuku alanında olduğu kadar, genel olarak Türk yargı erki ve hukuku üzerinde geçmiş yıllarda çok söz edilmiş yakınılmış ve bu konularda üniversitelerimiz, barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği bazı çalışmalar yapmış olmalarına karşın Türk hukukunun ve yargılama sisteminin hukuk devrimiyle ulaştığı aşamadan daha ileri, daha çağdaş, daha demokratik olması yolunda köktenci çözümlenmeler için yetkin, ciddi ve yeterli çalışmalar yapıldığını söyleyemeyiz.

Türk hukukunun sorunlarının tanı ve çözümlenmesindeki bu noksanlık ve yetersizlik, çağdaş Fransız yargılama sisteminin oluşum dönemine rastlayan 1871-1880 yılları arasında adalet örgütü üzerinde 40 proje, rapor ve parlamento çalışması yapılmış bulunması karşısında acı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Üzerinde tartıştığımız ön tasarımı bu açıdan değerlendirdiğimizde, sadece olumlu bir başlangıç saymak gerekmektedir. Ancak, bu çalışmanın kapsamının dar tutulduğu gözlenmektedir. Öncelikle reform niteliğinde düşünülen bir ceza yasasını yargılama yasasından ayrı düşünmek olanaksızdır. Bu konuda önemli bir konuya sayın hocam değindiler. Yakınılan pekçok konu maddi hukuk kadar, yargılama hukukundan doğmaktadır. Bu konuya gerekçede bile değinilmemiş olması umut kırıcı bir ihmaldir. Aslında bir değerli hukukçunun

söylediği gibi, bir yasanın hazırlanması bir fırsattır, bütün yenilikçi düşüncelerin ortaya konması gereklidir.

Biz burada yargılama hukuku derken, çok geniş bir alanı düşünmekteyiz. Tüm yargı örgütünün yeniden organizasyonu, kolluk ilişkileri vesaire bizim düşündüğümüz bir reformun unsurlarıdır. Özellikle hükümden önceki tutuklama, ülkemizde önemli yakınmaların kaynağıdır. Cezaevlerinde bulunanların yarısına yakını hükümsüz ceza çekmektedirler. Bu durumun ceza adaletini etkilediği ve zedelediği açıktır.

Komisyon, kendi çalışma alanını da daraltmıştır. Ceza yasası dışında bırakılacak kabahatler bakımından idari suç sayılanlar için bağımsız ya da belediye yasasına ek bir yasa paketi hazırlanmamış olması doğru değildir. Kaldığı emsali uygulamada kabahatlerin ceza yasası dışına çıkarılmış olması, ceza hukukundan çıkma anlamına gelmediğinden bu kabahatlerin ceza hukukçuları tarafından düzenlenmesinde toplumsal yarar bulunmaktadır.

Ön tasarının gerekçesinde haklı ve yerinde olarak yürürlükte bulunan ceza yasasında geçen zaman içinde panik ile yapılan değişiklikler eleştirilip, panik mevzuatı yürürlükteki yasanın zaman içinde doğan bir kusuru olarak belirtilmiştir. Ancak, üstünkörü bir araştırmada aynı paniğin öntasarıda da izlerini görmek mümkündür. Örneğin, Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesini karşılayan zaman bakımından uygulama kenar başlıklı 5 inci maddenin son fıkrasındaki «Geçici ve süreli kanunların yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir» hükmü ile genel kaideye getirilen istisna, Türkiye’de ara ve geçici rejimlere hazırlık anlamlarına gelmekte ve öntasarının demokrasiye bağlılığını zedelemektedir. Bu maddenin gerekçesi de maalesef başka türlü düşünceye imkân vermeyecek kadar açıktır. Bilindiği gibi, bir kısım ceza kanunları öntasarı böyle diyor, «olağanüstü halleri karşılamak amacıyla ve dolayısıyla mahiyeti icabı geçici olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere tedvin olunurlar.» Bu nevi kanunların nitelikleri gereği yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş bütün suçlar hakkında uygulanmaları zaruridir. Aksi takdirde, sözkonusu kanunların caydırıcı nitelikleri kalmaz. Bu sebeple, maddenin üçüncü fıkrasıyla bu maddenin geçici ve süreli kanunlar hakkında uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir.

Öntasarının demokrasiye bağlılığını zedeleyen bir diğer örnek ise özel kitaptadır. Yürürlükteki yasanın siyasi hakları koruyan ve hürriyet aleyhine işleyen cürümler babının siyasi hürriyet aleyhinde cürümler başlıklı birinci faslını tek başına dolduran 174 üncü maddedeki hüküm öntasarıda hürriyete karşı suçlar bölümünün sıralamasında en arkaya atılmıştır. Teorik olarak ceza yasamızın 174 üncü maddesi hükmü siyasi haklara gösterilen saygının ve verilen değerlerin ölçütünü tespit etmektedir.

Pratikte bu maddenin işlerlik kazanması demokratik hakların kullanılmasını engelleyen eylemlere karşı caydırıcı olacağından, bu maddenin açıklığa kavuşturularak işlerlik kazanması sağlanacağı yerde, lüzumsuz görülerek gözden uzaklara itilmesi bu bakımdan önem kazanmaktadır. Diğer yandan, bu madde ferdin siyasi hakkının korunması açısından toplumun ve devletin hakları ile de yakından ilgili bulunmaktadır.

Bütün bu gereklere karşın, maddenin düzenleme şekli bizce öntasarının demokrasiye bağlılığının derecesini göstermektedir.

Öntasarıda önerilen güvenlik önlemleri, süresiz kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının kaldırılması, taksirli suçlar konusundaki 22 nci maddenin netice «münhasıran failin şahsi ve ailevi durumu bakımından ağır derecede mağdur olması halinde» sanığın cezasının azaltılmasına ve hatta kaldırılmasına olanak veren insani hükümler öntasarının güzel yenilikleridir. Bunlara karşın çağdaş ve insani bir ceza olmayan ölüm cezasının ön tasarıda sayısal olarak azaltılmakla birlikte, korunmuş olması, reform niteliği taşıdığı ve çağdaş olduğu iddiasındaki bir tasarı için övünülecek hükümler değildir.

Bekarya'dan bu yana ölüm cezası aleyhinde bulunanlar büyük ölçüde arttığı gibi, ölüm cezası aleyhinde daha geçerli kanıtlar da ortaya konmuştur. Biz burada ölüm cezası aleyhindeki düşünce ve gerekçelere değinmek istememekteyiz. Ancak, komisyonun idam cezasının gerekliliği için gösterdiği bugünün şartları gerekçesini yeterli bulmadığımızı ve geçmişte olduğu gibi gelecekte de bugünün şartları özürünün süregideceğinden endişe duyduğumuzu vurgulamak istemekteyiz.

Diğer yandan, çoğulcu ve katılımcı bir demokrasi anlayışı ile düşünce suçlarını bağdaştırmak da mümkün değildir. Çoğulcu bir demokraside düşünce suçu binilen dalın kesilmesi anlamına gel-

mektedir ve demokratiklik niteliğini ortadan kaldıracak bir yük oluşturmaktadır.

Ön tasarı, ceza yasasına panik mevzuatı olarak girmiş, düşünce suçlarını aynen koruduğu gibi, 45 inci maddesinde kabul ettiği örgütlenmiş suçlu ile düşünce suçluları sayılan suçlarda özel bir tehlike düşüncesi de ihdas etmiştir. Herne kadar mitolojinin çirkin ve total ateş tanrısı Vulkanos, insanların yüreklerine bir pencere açarak buradan düşüncelerinin görülmesini istemiş ise de o günden bu yana hiçbir güç insanı düşünmekten alakoyamadığı gibi düşüncesini de söz ve eyleme dönüşmedikçe öğrenememiştir. Düşüncede özgür olan ve hiçbir şekilde düşünmeden alıkonulamayacak insan için düşüncisini söylemek ve örgütlemek özelliği önemlidir. Demokratiklik, bu aşamada ortaya çıkmaktadır.

1982 Anayasasının ve buna bağımlı olarak ceza yasasının bu konuda cömert olmadığı açıktır. Yasa ön tasarısının da aynı geleneği devam ettirmeye ve geliştirmeye çalışması ise üzücüdür. Bu ön tasarıda ayrıca özgür ve Bilimsel düşünceye karşı dinin ve dinsel doğmaların korunması yoluna da gidilmiştir. Ön tasarının 131 inci maddesiyle dinin, Allah'ın, peygamberlerin, mezheplerin, kitapların, vicdan ve dini inanç ve kanaatların ve dinin emirlerinin korunmasını başka türlü izah etmek olanaksızdır. Çünkü bu kavramların ceza hükmüyle korunmasına gerek yoktur. Burada amaç başka olmalıdır. Korunmak istenen tehlike, tahkir ve tezyif iddialarıyla susturulmak istenilecek özgür ve bilimsel düşünce olmalıdır.

Ön tasarı diyor ki; bir dinin emirlerini yerine getirme tabii olarak yasaklarından kaçmayı da yasaklar, Domuz eti yemekten kaçınmak İslâm Dininin bir emrini yerine getirmek demektir. Bunun gibi, insanın çamurdan yaratıldığı da bir inançtır. Bu inanca karşı Darwin'i savunduğumuzda dini tahkir ve tezyif ettiğimizin iddia edilemeyeceğini kim ileri sürebilir. Ya da kadınların örtünmesi gerektiği şeklindeki dini inanca karşı, başı açık gezilmesi gerekir diyenlerin ya da böyle bir kararı uygulamaya çalışanların dini inancı tahkir ve tezyif ettikleri iddia edilemez mi?

Onun için biz bu maddeler ile inanç özgürlüğü yerine bizatihi dinin korunduğunu sanmaktayız. Bunun ise ceza hukukunun eriştiği laik aşamada yerinde olmadığını düşünüyoruz. Kaldı ki, bu maddenin Anayasa Mahkemesinin son iptal kararına uygun olmadığı da görülmektedir.

Bu bağlamda ceza yasalarının nitelikleri ve tümünden yenilenmesi zamanı konusundaki bazı örneklere ve düşüncelere değinmekte yarar bulunmaktadır. Ceza yasaları, toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal düzenini, insan hak ve özgürlüklerinin korunması amacına yöneliktir. Bu bakımdan, toplumsal düzenle ceza yasaları arasında yakın bir ilişki sözkonusu olduğu gibi, insan anlayışının da ceza yasaları yönünden önemi büyüktür. Toplumun insan haklarına bakışı, siyasal yapısı da ceza yasalarını ister istemez etkileyecektir. İnsan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını engellemeyecek ve temel hak ve özgürlükleri engellemek isteyecekleri caydıracak bir ceza yasası ancak toplumun bu konudaki tercihlerinin somutlaşmasına bağlıdır. Öntasarı, bu açıdan da gördüğümüz «devletin ve toplumun korunması» endişesinin önceliğidir.

Başlangıçta demokratik, hümanist ve liberal olan ceza yasamız, özellikle İtalya'nın faşist döneminden alınan değişikliklerle bu iyi niyetli niteliklerini kaybetmiştir. Komisyon gerekçesinde belirtildiği gibi panik mevzuatı büyük nitelik değişikliklerine neden olmuştur. Böylece başlangıçtaki niteliklerini kaybeden bir yasanın yerine geçerek yeni yasanın niteliklerinin daha ilerisini beklemek de hakkımızdır.

Saygılar sunarım efendim.

BAŞKAN — Teşekkür ederiz efendim.

Şimdi de sıra Sayın Doç. Dr. Eralp Özgen'de, buyurun Sayın Özgen.

DOÇ. DR. ERALP ÖZGEN — Sayın Başkan, değerli dinleyiciler, Bir Cumartesi günü vaktinizi çok almamak için ancak çok önemli gördüğüm bazı noktalara temas edeceğimi bildirir hepinize saygılar sunarım.

Aslında her teklifte olduğu gibi bu taslakda da olumlu olumsuz yönler bulunabilir. Bir değerlendirme yapacaksa her ikisini de ortaya koyup ondan sonra tartmamız gerekir, ama bunun için de bu kısa panelin süresi kuşkusuz yeter değil. Özellikle, ortaya atılan taslak üzerinde çalışmalar yapılacağı ve aksaklıkların düzeltilebileceği umudunu taşıyarak, bir takım temel ilke ve vatan-daş hayatında etkileri çok önemli olabilecek sakınca ve hatalara dokunmak istiyorum. Bunun yanında kuşkusuz her teklifte olduğu gibi bu taslakta da son derece olumlu bulunacak noktalar da var. Sadece bir iki tanesini örnek olarak belirtmeme müsaade ederse-

niz : İki müebbet ağır hapisin içtimainda ölüm cezasının kaldırılması olumludur. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza sınırının altı aydan bir seneye çıkarılması, bu suretle para cezasına çevrilebilmesi tecil hakkı genişletilmektedir, olumludur. Eski 462'de adeta bir öldürme hakkı tanıyan madde hiç olmazsa sadece eşlere inhisar ettirilmektedir, son derece olumludur.

Zina suçunda kadın erkek farkı kaldırılmakta ve en önemlisi zina suçu boşanmaya hükmedilmiş olması şartına bağlanmaktadırki, hakikaten olumludur. Ama bu ve buna benzer olumlu noktalar yanında da olumsuz ve sakıncalı noktaların da oldukça ağır bastığı inancımı taşıyorum.

Bir kere daha evvel konuşan Sayın Sami Selçuk ve Sayın Hocam Faruk Erem'e katılarak elimizdeki taslağın bir yeni kanun taslağı olmadığı inancımı belirtmek isterim. Her ne kadar kanun gerekçesinde komisyona verilen görevin yeni bir ceza yasası hazırlamak olduğu ve komisyonun da bir tadilden ziyade yeni bir tasarı hazırlama kararına vardığı belirtilmekte ise de, hazırlanan ve bugün elimize geçen taslak yeni olmaktan ziyade mevcut yasanın genişçe bir tadilinden ibarettir. Esasen Sayın Sami Selçuk yeni bir yasa yazıp hazırlamak için gerekli zamanın ne kadar olması gerektiğini çeşitli ülkelerden örnekler vererek belirtti. İki yıl gibi bir süre içinde 20 küsur kişiden oluşan bir komisyonun herhalde hem de diğer mesleki faaliyetlerini de bu arada yürütürken yepyeni bir tasarımı bu kadar kısa sürde hazırlaması beklenemezdi, hatta elimize geçen taslak iki senelik sürenin geniş bir tadil için dahi yetersiz olduğunu göstermekte. Çünkü, son derece büyük aksaklıklar ortaya çıkmakta.

Sakınca olarak bir kere genel doğrultusunda, tasarının taşıdığı genel felsefede ben uyuşamıyorum, bunu sakıncalı görüyorum. Her ne kadar kişiye yönelik, hayata yönelik suçlar başa alınmak, devlete yönelik suçlar daha sona atılmak suretiyle sistematik açıdan adeta bir demokratikleşme gözüküyor ise de, bu ne yazıkki sadece şekilden ibaret kalmış, öze inememiştir. Özellikle cezaların saptanmasında bu kendini çok açık bir şekilde belli etmektedir. Teklif gerekçesinde ülkemizde şimdiye kadarki bütün tadillerde cezanın ağırlığının suçu önleyeceği gibi yanlış bir düşünceden hareket edildiği haklı olarak belirtiliyor ve deniyorki, bu yüzden biz bu fikri bu teklifte terk ediyoruz. Ceza yasamızdaki cezalar çok şiddetli, bunları hafifletiyoruz, deniliyor. Ama görüyoruzki bu hafifletme

genellikle adi suç adını verdiğimiz suç çeşitlerinde kaşımıza çıkıyor, siyasi suç adını verdiğimiz suç çeşitlerinde ceza hafifletilmesi son derece azdır, 5-6 madde içinde kalıyor, çoğunda aynen geçirilmiş, hatta büyük arttırmalara gidilmiş. Hemen örneği sunmak istiyorum; kamu oyunun üzerinde çok tartıştığı 142 nci maddemiz, bunun üçüncü bendinde millî duyguları zayıflatmak için propaganda suçu var. Bunun cezası yasamızda bir yıldan üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza idi. Olağanüstü dönemde bu beş yıldan on yıla kadar şeklinde arttırıldı. Yeni tasarı da olağanüstü dönemin bu arttırmasını aynen kabul etmiş. Asgari cezayı 5 kat arttıran olağanüstü dönemin şiddeti, taslağa aynen yansımış.

Aynı amaçla cemiyet kurma suçu 141 inci maddede eski hali ile ceza yine bir yıldan üç yıla kadar iken, olağanüstü dönemde ceza sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına yükseltilmiş. Yeni taslak olağanüstü dönemin asgari haddi 8 katına çıkaran şiddetini aynen kabul etmiş.

Ceza yasamızın bugünkü durumuna oranla yeni tasarının daha demokratik mi, daha çağdaş mı olduğu konusuna gelince : Biraz önce Sayın Hocam Faruk Erem'in belirttiği bir noktaya ben de katılıyorum. Özellikle devlete karşı suçlar bölümünde 1930 İtalyan Kanunundaki hükümler hâlâ aynen korunmaktadır. 1930 İtalyan Kanunuyla getirilen ve faşist nitelikte olan hükümlerin çoğu İtalya'da, yani kendi ana yurtlarında 1945 yılında yürürlükten kalktığı halde, 1987 yılında Türkiye Cumhuriyetinde hâlâ hayatı devam ettirilmek istenmektedir. Böyle bir taslakta ben tasarı demiyorum, çünkü bu bir tasarı değil teknik anlamda, bu yüzden böyle bir taslağa çağdaş demeye benim doğrusu dilim varmıyor. Ayrıca, bunun çağdaş olmadığına ilişkin diğer bazı düşüncelerim de var. Örneğin ceza sorumluluğundaki yaş unsuru.

Mevcut yasamızdaki aksaklık bence aynen yeni taslakta da devam ettiriliyor. Ceza sorumluluğu yaşı yeni taslakta da yine 11 yaş olarak kabul edilmiş. Bugün çağdaş uygarlık düzeyinde kabul ettiğimiz batılı ülkelerin hiçbirinde 11 yaşında bir çocuk ceza yaşı açısından sorumlu kabul edilmez. Bütün batı ülkelerinde, artık günümüzdeki ceza sorumluluğunun başlama yaşı 14'tür. Biz hâlâ 11 yaşda ısrar ediyoruz. bundan birkaç ay evvel gazetelerde gördüğümüz fotoğrafları 11 - 12 yaşındaki çocukların kelepçeyle hapisanelere gitme fotoğraflarını hâlâ göreceğiz demektir. Yaş sınırının eğer çağdaşlaşmak istiyorsak, yükseltilmesi gerekir. Ayrıca, 11 yaşın do-

gal sonucu olarak belki tam ceza sorumluluğu yaşı da yine yeni teklifte 18 olarak kabul edilmiştir. Oysa yine çağdaş saydığımız batı ülkelerinde bugün bu yaş sınırı 21'dir, 21'den önce tam ceza sorumluluğu yoktur. Ceza kanunumuzda 21 yaşında tam cezadan sorumlu olarak kabulü, Anayasamızın hükmüne de belki uygun düşecektir. Çok sık tekrarlandığı üzere oy verme hakkına sahip olmayan kişi siyasi suçtan dolayı idam olma hakkına sahip. Hiç olmazsa bu çelişkiyi yaş sınırını yükselterek gidermemiz mümkündür.

Ayrıca, günümüzde insan hakkı olarak kabul edilen, bizim Anayasamıza da geçmiş, kesin bir yargı olmadan hiç kimsenin suçlu sayılamayacağı hakkındaki hükme de aykırı bir durum var 11 yaşdan küçük çocuklar hakkında. Mevcut yasa ve taslak her ikisi de diyorki, 11 yaşından küçük kimseler hakkında takibat yapılmaz, ama işlediği suç şu kadardan ağırorsa şu yaptırım; peki o kişinin o suçu işlediğini nasıl saptıyorsunuz takibat yapmadan. Bir yargıç kararı olmadan o kişinin hapisaneye değil, ama icabında velisinden alınıp tedavi kurumuna konma vesaire gibi hürriyetini tehdit edici uygulamayı nasıl uyguluyorsunuz. Anayasamız, kesin yargı olmadan suçluluk sabit olmaz diyor. Biz 11 yaşından küçük kişiye, değil yargı kararı, takibat dahi olmadan sen suçlusun diyoruz, sana şu uygulamayı yapacağız. Demekki Anayasamıza aykırı bu hüküm de malesef halen devam ediyor.

Teklifte benim çağdaş bulamadığım ve hatta biraz da tehlikeli bulduğum yeni bir hüküm de 28 inci maddeyle getirilmiş. 28 inci maddede hukuka aykırılığı kaldıran sebepler arasında yer alıyor diyor ki, «Kanun ve nizamlardan veya bir mesleğin icrasından doğan bir hakkı kullanan kimseye ceza verilmez.» Evet, kanundan doğan bir şeyi kullanan kişiye ceza verilmez, bu doğru, zaten bu 26 ncı maddede belirtilmiş; ama bir mesleğin gereğini yerine getiren kimseye ceza verilmez ne demektir? Bir polis mesleğini yerine getiriyor, mesleğinin gereğini yerine getiriyor diye haksız yere hürriyet kısıtlamaları yapsa, haksız yaralamalar yapsa acaba gereğini yerine getirmesi onun için bir mazeret nedeni olup cezasızlık nedeni olmaya devam edecek midir? Hatta işlenen fiil bir öldürme fiili, ise, mesleği icabı öldürdü deyip Anayasamıza da aykırı olarak buna yine cezasızlık tanıyan bu hükmü kabul edecek miyiz? Kanun ve nizamlar diyor taslak, kanun ile nizamı ayırmış, o halde nizam dediği tüzükler, yönetmelikler. Mesleğin icabı dediği yine belki emir ve yönetmeliklerle olan şey. Demekki

yönetmelik, tüzük emirlerine veya anir emirlerine, mesleğimi yerine getiriyorum diye uymak cezasızlık nedeni. Öte yandan Anayasamız 137 nci maddesinde «emri icranın suçu ortadan kaldırmayacağını» beyan ediyor. Bu hüküm kanımca, pek fazla beğenmediğimiz Anayasamızı bile aşan bir hüküm niteliğinde.

Diğer bir nokta, eski yasaya oranla hâlâ belirli klasik haklar, hürriyetler korunurken, aynı şiddetle yeni ortaya çıkan bir takım haklar hürriyetlerin korunması ya unutulmuş veya çok hafif cezalarla atlatılmış. Örneğin, Anayasamızda da bir hak olarak belirtilen çevre sağlığının korunmasına ilişkin hiçbir cezai hükme ben rastlayamadım. Oysa günümüzde artık temiz bir çevreye sahip olma hakkı yaşam hakkı kadar önemli bir hak olmaktadır insanlar için. Yeni bir tasarı yaparken 1987 yılında bunu nedense unutuyoruz.

Ayrıca, yeni tasarı 205 inci maddesinde diyor ki, «Bozulmuş olduğu veya kullanma süresi dolduğu için kamu sağlığı bakımından tehlikeli olan her nevi besin mukabil şeyleri satan vesaireye beş aydan bir yıla kadar hapis» Kamu sağlığı için tehlikeli maddeyi satan ve bu suretle adeta hem de sağlığı tehlikeye düşürüp, karşıdakini bir nevi dolandıran kişiye beş aydan bir yıla kadar hapis, klasik dolandırıcılığa altı aydan üç yıla, basit hırsızlığa altı aydan üç yıla, hapis öngörüyor. Artık, vatandaş sağlığına karşı suçları da biraz daha klasik suçlardan daha ağır suçlar arasında kabul etmemiz gerekir diye düşünürüm.

Yeni teklifte önemli bir husus, 150 ve 154 üncü maddeler arasında getirilmiş. Konuşmaların gizli olması ve bunun kayda alınması ayrı bir suç yapılmış, son derece olumlu. Ancak, bu olumlu maddenin peşine 154 üncü maddede bir hukuka uygunluk hali getirilmiş. «Eğer suçun takibi ve önlenmesi amacıyla bir yargıç kararıyla veya acele hallerde yetkili mercii emriyle yapılırsa ceza verilmeyecek.» Yargıç kararını yine olumlu karşılayalım, ama acele hal nedir, yetkili mercii kimdir? Yani kısacası her hal acele hal sayılabilir, polis telefonunuzu da dinleyecektir, evinizi de dinleyecektir ve bu suç olmaktan çıkarılmıştır. Sır dokunulmazlığı bu suretle ortadan kalkma yolundadır, Türkiye müstakbel Watergate'lere belki sahne olacaktır bu madde kabul edildiğinde. Bundan daha önemli bir sakıncayı yine 154 üncü madde getiriyor, diyor ki; «Bu yolda elde edilen bilgi, vesika ve resimler yargılamada delil olarak kullanılabilir.» Oysa biz bugüne kadar hukuk teorisyenleri olarak iddia ediyoruzki hürriyetlere aykırı olarak, Anayasal hür-

riyetler zedelenerek elde edilen bilgiler yargılamada delil olamazlar. Bizim ceza usul yasamızın kendisinden tercüme edilerek alındığı Almanya'da Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi bu türlü bilgileri delil olarak kabul etmemekte, sadece o kadarla da kalmamakta, zincirleme fonksiyonu adı altında bu türlü bilgiler dolayısıyla elde edilen delillerin dahi yargılamada delil olamayacağını hükme bağlamaktadır. Çağdaş hukuk bu yöndeyken, biz 154 üncü maddemizde polis emriyle hürriyetleri tahdit ederek sır dokunulmazlığı zedelenerek elde edilen bilgiler duruşmada delil olur hükmünü yasaya getirmek istiyoruz ki, bu yasaya bu nedenle de çağdaş diyemiyorum.

Bir nokta da 389 uncu maddemiz, eski 243 üncü maddenin bir tekrarı, işkence yapanlara verilecek cezayı hükme bağlıyor. 389 uncu maddemiz, kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip bulunan memurlardan birisi, sanık bulunan kimselere suçlarını söyletmek için işkence eder veya haysiyet kırıcı muamelelere başvurursa bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilir. Doğru bir hüküm, çünkü bunu en basitinden insanlığa karşı suç diye niteliyoruz. Cezası bir yıldan beş yıl. Biraz karşılaştırma yapalım. Hırsızlıkta bazı hallerde, mesela geceleyin yapılan hırsızlıkta üç yıldan altı yıla, demekki gece bir arkadaşının evinden eşya çalmaktan daha basitmiş işkence. Basit yağmada zor kullanıp gözünden gözlüğünü almada ceza beş yıldan on yıla, işkence çok daha hafif bir eylem demekki. 1987 yılında bir yasa insanlığa karşı bir suçu bir hırsızlıktan da hafif görüyorsa ona çağdaş demek oldukça zor. Bunu da bir yana bırakalım. Bir yeni fıkra eklenmiş maddeye, diyor ki; «Suçun, yani işkence suçunun, amirin etkileyici müdahalesiyle işlendiği sabit olan hallerde faile verilecek cezanın yarısı indirilir.» Bir kere ne demek amirin etkileyici müdahalesi? Hangi müdahale etkileyicidir, hangisi etkileyici değil? Ayrıca, yine Anayasamızın 137 inci maddesinde «amirin emri mazeret değildir» denir. Biz burada getiriyoruz, amirin emrini cezayı yarı nispette azaltacak, bir mazeret olarak işkencecilere bir yerde hodri meydan diyebilmek için.

Beni dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ederim.

BAŞKAN — Efendim, Sayın Eralp Özgen'e çok teşekkürler.

Son konuşmacımız Sayın Nevzat Toroslu sizlere nasıl bir ceza hukuku anlayışının ürünüdür bu tasarı; bu konuda görüşlerini açıklayacaklar.

Buyurun efendim.

DOÇ. DR. NEVZAT TOROSLU — Efendim ben teknik konulara girmeyeceğim. Daha ziyade bu öntasarı veya taslağın nasıl bir ceza hukuku anlayışının ürünü olduğunu belirtmeye çalışacağım.

Ceza hukukunun tarihi, pek çok yönden, insanlık tarihinin özel bir görünümünden ibarettir. Zira söz konusu tarih, insanlık tarihinin adaletsizliklerini olduğu kadar, daha onurlu daha insanî bir sosyal hayat biçimine yönelik gelişmelerini de ortaya koymaktadır. Ceza hukukunun bir yandan her teşkilatlanmış toplumda birlikte yaşamının temel şartlarını savunma işlevini yerine getirirken, diğer yandan da çok defa bir baskı ve ayrıcalıkları koruma işlevi gördüğünü yine ceza hukuku tarihinden çıkarmak mümkündür. Ceza hukuku tarihine bu açıdan bakıldığında, üç ayrı ceza hukuku anlayışından söz etmek mümkündür : a) Baskıcı ceza hukuku, b) ayrıcalıkçı ceza hukuku c) Özgürlükçü ceza hukuku.

a) Baskıcı ceza hukuku, mutlakiyetçi düzenlerdeki ceza hukudur. Bu tip düzenlerde, ceza hukuku, hükümdarın despotizminin aşırı iktidarının bir aracı olarak işlev görüyordu. Bu tür ceza hukuku, modern zamanlarda da, daha az mutlakiyetçi olmayan totaliter tipteki düzenlerde ortaya çıkmaktadır. Nitekim, öz ve hedef yönünden farklılık göstereseler bile, bu tip düzenlerin hepsi de, ceza hukukunu, daha az etkili olmayan polis hukuku ile birlikte, resmî doğruyu veya devletin doğru kabul ettiğini, düşünce ayrılıklarına karşı korumanın, politik altetmenin ve iktidarı korumanın, aracı olarak kullanmaktadırlar.

Bu ceza hukuku, hukuka aykırı fiiller (suçlar) yönünden, temel özelliğini, suçların fazla ayrıntılı olmasından, suç tanımlarının meşru olanla olmayanının sınırına tam bir açıklık getiremeyecek biçimde kötü yapılmış olmasından ne monarkın ve onun memur - yargıcının yasal tanımlarda yer almayan hareketleri dahi cezalandırabilme konusundaki aşırı yetkilerinden almaktaydı. Suçun teolojik - etik anlayışı gereği «kamu otoritesi»ne aşırı bir koruma sağlanmaktaydı. Bu nedenle de sadece bu otoriteye yönelik hareketler değil, her türlü eleştirisel düşünceler de devlete karşı suçlar hâline getiriliyordu. Benzeri bir koruma, insan kişiliğinin neredeyse hükümlerliği ve maddî uzantısı olarak anlaşılan «mülkiyet»e de bahşedilmekteydi. Bu ceza hukuku, aynı şekilde bugün için genellikle insan bilincinin özgür dünyasına ait olduğu kabul edilen

alanları dine karşı suçlarla kuşatarak, insan bilincini katı bir biçimde kontrol altına alıyordu.

Baskıcı ceza hukukunun suçlunun kişiliği ile ilgili anlayışı da daha az katı değildi. Bu hukuk, suçluyu, başkalarının varlıklarına (maddi, manevi) saldıran bir vahşi olarak değerlendiriyor ve onun acımasızca cezalandırılmasını, çoğu zaman da ortadan kaldırılmasını öngörüyordu.

Cezaî sonuçlar konusunda korkutma ve acı verme esas alındığından, cezalar da, gerek öz gerekse infaz yönünden, fiilin ağırlığı ile herhangi bir orandan söz edilmesini imkânsız kılacak derecede sert ve zalimce idi. Ölüm ve müebbet hapis cezasından cismanî cezalara (uzuv kesme, kırbaçlama, işkence, damgalama gibi) kadar her türlü cezaya yer veriliyordu.

b) Fransız ihtilalinin etkisiyle mutlakiyetçi devletten, yegane gerçeklik olarak bireyi kabul eden ve sosyal grupları sadece bir bireyler toplamı olarak anlayan liberal devlete geçiş, baskıcı ceza hukukundan ayrıcalıklı ceza hukukuna geçişin de başlangıcı olmuştur.

Liberal devlet, «sübjektif hak»ı yeni sistemin temeli haline getirmek, özgürlük, eşitlik ve mülkiyet haklarını ve bunların garantisini olan kuvvetler ayrılığını, kanun hakimiyetini ilan ederek birey ile devlet arasındaki ilişkinin yeni ve modern sınırlarını oluşturuyor ve insanın onur ve değerini, insan olmanın tabii hakları olarak, insana iade ediyordu. Ancak özgürlüğün sadece «devlete karşı özgün olma», eşitliğin sadece «kanun önünde eşit olma» biçiminde anlaşılması, aynı şekilde mülkiyetin de ihlal edilemez ve tamamen bireyin hizmetinde olarak kabul edilmesi ve devletin, üretim ve mübadele alanlarında bile herkese en geniş hareket özgürlüğünü garanti altına alarak, kendisine sadece birey özgürlüklerini inkâr edici müdahalelerden kaçınma şeklindeki negatif görevi tanımasının sonucu liberal devlet, özel teşebbüslerin serbest rekabeti yönünden üretim araçlarından yoksun olanları çok kötü bir duruma sokuyordu. Böylece, gerçekte daha önceleri var olan ve kan esasına dayalı asalet ayrıcalıklarının hukukî rejiminin yerini mülkiyet, zenginlik esasına dayalı fiili ayrıcalıklar rejimi almış oldu.

Liberal devlet anlayışının ceza hukukunun liberalleşmesine olan katkısını inkâr etmek mümkün değildir. Ancak en geniş bireysel özgürlükleri ilan eden, fakat bunların ekonomik - sosyal ön koşulla-

rını gerçekleştirmek görevini üstlenmeyen ve yasal eşitliği gerçek anlamda bir eşitliğe üstün tutan bir toplumdaki temel hayat şartlarının korunması aracı olarak anlaşılması sonucu liberal ceza hukuku, kaçınılmaz bir şekilde, liberal özgürlüklerin gerçek muhatabı olan zengin sınıfların ayrıcalıklarını korumak, yani bu sınıfları «tehlikeli sınıflar» diye nitelendirilen sınıflara karşı savunmak işlevini yerine getirmiştir.

Şu halde ayrıcalıkçı ceza hukuku, sosyal sınıflar arasındaki derin fiili veya hukuki ayrıcalıklar üzerine dayandırılan ve bireyci-liberal tipteki demokrasilerin hakim olduğu toplumlara özgü bir ceza hukukudur. Bu ceza hukuku, mutlakiyetçi devletin baskıcı tipinden uzaklaşmış ve ilan edilen işlevinin özgürlükleri korumak olmasına rağmen, karşıt sosyal çıkarların çatıştığı durumlarda ekonomik yönden daha güçlü olanın çıkarını, güçsüz olanın zararına, korumaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu ceza hukuku, eşit olmayanlar arasında eşitliği ve özgürlüğü sağlamaktan çok eşitler arasındaki eşitliği ve özgürlüğü garanti altına almaktadır.

c) İdeal ve kehanete dayalı bir açıdan gerçek insan özgürlüğünün, ancak her şeyden önce kendi doğasından kurtulmuş olan insanlar yönünden artık yararsız, alamsız hale geldikleri için devlet, hukuk ve yasaklamalardan insanın tam olarak kurtulması ile sağlanabileceği söylenebilir. Ancak tarihi - gerçekçi bir açıdan özgürlük, sadece insanlığın medeni ve biyolojik gelişiminin bugün için ulaştığı düzeye göre kavranılabilenden ibarettir ve bugünkü gelişim düzeyine göre ceza hukuku vazgeçilmesi imkansız bir gerçekliği oluşturmaya devam etmektedir.

Yasaklamaların vazgeçilmez oluşu karşısında, çağımızın problemi, yasaklamaları özgürlüğe hizmet edecek biçimde anlamak ve oluşturmaktır. Aydınlanma döneminin liberal düşüncesinden miras olarak kalan özgürlük idesinden vazgeçmeyen, ancak özgürlüğü azınlığın ayrıcalığı olmaktan kurtarmak için öze ilişkin (maddi) bir eşitlik arayan batı uygarlığında «üçüncü tip bir toplum» çalışmaları, yani özgürlüğü güvence altına alan bireysel unsur ile eşitliği güvence altına alan sosyal unsur arasında yeni bir uzlaşma sağlama çalışmaları devam etmektedir. Zira öze ilişkin, gerçek bir adalet ve daha eksiksiz bir umanizm ancak bu ikisinin sentezinden doğabilir.

Şu halde ceza hukuku, bireysel taleplerle sosyal talepler arasında, bu arada özgürlükler ile sosyal savunma arasında, uzlaşma çalışmalarına katılarak ve iki temel ilkeyi esas alarak özgürlükçü işlevini gerçekleştirebilir. Bu ilkelere birincisi ceza hukukunun liberalleştirilmesidir. Bundan amaç, ceza hukukunun insan haklarını (hayat, fizikî bütünlük, sağlık, şeref vb) ve dokunulmaz özgürlükleri (vicdan, söz, din, örgütlenme, toplanma seyahat vb.) baskı altında tutmanın değil, bunların özel veya kamusal sülhlerin saldırılarına karşı eşit bir biçimde ve ayırım yapmaksızın korumanın vasıtası olmasıdır.

Bu anlamda, bugün ceza hukukunun ideolojik ve etik olmaktan uzaklaştırılması, yani a) ceza hukukunun fikir ayrılıklarını bastıran ve plüralizm ilkesiyle çatışan tamamen politik yapıdaki suçlardan (sadakatsizlik, düşünce suçları gibi) ve mağdursuz suçlar diye adlandırılan (pornografi, fahişelik, uyuşturucu madde kullanma, çocuk düşürme) suçlarından temizlenmesi, b) ayrıca ceza hukukunu gerçek anlamda bir antisosyallik niteliği taşımayan önemsiz fiillerden kurtarmak, onun gereğinden fazla genişlemesini önlemek ve her teşkilatlanmış toplum yönünden önemli olan menfaatleri koruma şeklindeki aslı görevini devam ettirebilmesini sağlamak için «dépénalisation»a (belli fiiller için her türlü cezalandırıcı müeyyidelerden vazgeçme) veya «décriminalisation»a (ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiilleri idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiillere dönüştürme) gidilmesi gereği kendisini hissettirmektedir.

Söz konusu ilkelerin ikincisi ise, ceza hukukunun sosyalleştirilmesidir. Bundan amaç, ceza hukukunun toplumsal menfaatleri (sağlık, çevre, estetik malvarlığı, iş güvenliği vb) korumanın, sosyal bağdaştırma (mütecannisleştirme) sürecini tahrik etmenin ve demokratik - sosyal hukuk devleti hedefinin gerçekleştirilmesinin aracı olarak da görev yapmasıdır.

Liberal devlet ceza hukukunun, sadece koruyucu işlevine, yani bireylerin en geniş hareket özgürlüğünün jandarmalığını yapma işlevine karşılık, modern devlet ceza hukuku, dış görünüm ve hedef farklılıklarına rağmen, ceza hukukuna tahrik edici, geliştirici bir işlev de yüklemektedirler. Zira ceza müeyyidesi sadece sosyal korumanın hizmetindeki bir güç belirmesi değil, aynı zamanda sosyal düzenin gelişmesi ve iyileştirilmesinin de aracıdır. Devlete ve hukukun işleyişine yüklenen görevlerin giderek artması sonucu ceza hu-

kuku, terim etmeyi icraî davranışlardan oluşan geleneksel alandan ihmalî davranışlar alanına doğru yaygınlaştırmak suretiyle önleyici, yasaklar koyucu bir hukuktan yapıcı, yani emirler koyucu bir hukuka doğru da değişikliğe uğramaktadır.

Böylece yukarıda sözü edilen dépenalisation ve décriminalisation sürecine karşılık, bir başka yönden, yani bireysel hakların ve özgürlüklerin yeni ihlal edilmiş biçimleri yönünden olduğu kadar, bir zamanlar sınırsız genişlikte anlaşılan özel faaliyetler alanına girerken bugün artık toplum için zararlı kabul edilen davranışlar yönünden de bir pénalisation (müeyyide altına alma) ve criminalisation (cürüm haline getirme) süreci kendini göstermektedir (Toplum sağlığını, ekolojik, artistik ve çevresel varlıklara karşı suçlar, döviz suçları gibi).

«Öntasarı»nın bu ceza hukuku anlayışlarından hangisinin ürünü olduğunu belirleyebilmek için, her şeyden önce, olumlu sayılabilecek bazı değişikliklere ve yeniliklere rağmen, özü itibariyle esas aldığı yürürlükteki kanunun nasıl bir ceza kanunu olduğu üzerinde durmakta yarar vardır.

Yapıldığı zamanın hakim politik - ideolojik anlayışından esinlenen 1889 tarihli Zanardelli Kanununun hemen aynen çevirisi olan 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu liberal - muhafazakâr bir ideolojinin ürünüydü. Ancak bu Kanun, 1936 yılında (3038 sayılı kanunla), tamamen baskıcı bir rejimde ve kooperatif bir toplumda ortaya konan ve baskısı bir burjuva anlayışının ürünü olduğu için bazı yönleri itibariyle baskıcı ve ayrıcalıkçı bir ceza hukukunun özelliklerini taşıyan 1930 tarihli Rocco Kanununa göre yapılan değişiklikler ve getirilen yeniliklerle, sözü edilen özelliğini kaybetmiş, baskıcı ve ayrıcalıkçı özellikler taşıyan bir ceza kanununa dönüşmüştür. Ne var ki, bununla da yetinilmemiş, daha sonraki yıllar da toplumda sık sık yaşanan olağanüstü şartlara çözüm getirmek bahanesiyle, ceza hukukunun liberalleştirilmesi ve sosyalleştirilmesi isteklerinin giderek güçlenmesine aykırı olarak, yapılan değişiklikler ve getirilen yeniliklerle Kanunun baskıcı ve ayrıcalıkçı özellikleri daha da artmıştır.

Toplumun yaşadığı son olağanüstü şartların yarattığı baskıcı bir atmosferde gerçekleştiren söz konusu «Öntasarı»da yürürlükteki Kanunda yer alan baskıcı ve ayrıcalıkçı hükümlerin kaldırılması şöyle dursun, tam aksine bu tür hükümlerin daha çarpıcı hale getirilmesi ve bunlara yenilerinin eklenmesi kaçınılmazdı. Nitekim

«Öntasarı», gerek genel kısımda gerekse özel kısımda yer alan çeşitli düzenlemelerle, baskıcı bir devlet anlayışını yansıtmaktadır. Bu tür düzenlemeleri suç failinin kişiliği ve cezai sonuçlarla ilgili olmalarına göre üç grupta incelemek mümkündür.

A) Suç alanında : Bu alanda baskıcı sertliğin göstergesi olarak, her şeyden önce, kanunilik ilkesinin, politik -garanti edici işlevinden çok hukukun yegane kaynağının devlet iradesi olduğu doğması yönünden kabul edilmesi gösterilebilir. Nitekim kanunilik ilkesinin politik -garanti edici işlevinin tam olarak gerçekleşebilmesi, yani yargıcın keyfiliğinin önlenmesi, aynı biçimde davrananların hukukî eşitliğinin sağlanması bir arada yaşayaların cezai yönden meşru olanla olmayanı bilebilmeleri ve böylece davranışlarını bilinçli bir şekilde kararlaştırabilmelerinin mümkün kılınması ve nihayet savunma hakkının güvence altına alınması için, kanuni tipin açık ve belirgin bir biçimde formüle edilmesi gerekir. Oysa mevcut rejimi korumak amacıyla öngörülen politik suçların kanunî tarifleri son derece belirsiz olduğu gibi, ayrıca mefruz tehlikelilik de kabul edilmiştir.

İsnadiyetle ilgili olarak sarhoşluk ve uyuşturucu madde konusundaki katı düzenlemeler (m. 38) ve tutkusal durumların ve heyecan hallerinin nazara alınmaması; kusurlulukla ilgili olarak «kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» ilkesinin sadece kanunun bağlayıcılığı ilkesinin ifadesi olarak anlaşılması (m. 2) ve bu bilmemenin mutlak anlamda mazeret sayılmaması, hiç de azımsanamayacak durumlarda objektif sorumluluğun kabul edilmesi ve taksirli sorumluluğu hareketin «tahmin edilemeyen» neticelerine de teşmil ederek taksirli sorumluluğun objektif sorumlulukla adeta aynileştirilmesi gibi, hususlarda «Öntasarısı»nın baskıcı sertliğini ortaya koymaktadır.

Özel kısımda yer alan baskıcı izler daha az yaygın değildir.

Her ne kadar «Kişilere Karşı Suçlar» a) «Öntasarı»da özel hükümlerin başında yer verilmiş ve gerekçede bu değişikliğin «insanı ve insan haklarını korumak ilkesine verilen üstün değer» ifadesi olduğu belirtilmekte ise de, söz konusu suçların düzenlenişindeki yetersizlikler bir yana, kişinin topluma ve devlete karşı işleyebileceği suçları düzenleyen hükümler nazara alındığında, «Öntasarısı»nın insanı ve insan haklarını demokratik ve özgür bir toplumdaki boyutlarıyla kavrayıp koruduğunu söylemek mümkün değildir.

Birkere, esas itibariyle bireysel nitelikte olan ve bireysel özgürlüklere dahil bulunan menfaatler «Öntasarı» da yine kamusal menfaatler olarak değerlendirilmektedir. Nitekim cinsel özgürlük, bireye ait bir hakkın konusu olarak nazara alınmamış; yürürlükteki Kanunda olduğu gibi, «genel ahlak ve adap» kategorisine dahil edilerek bu varlık veya menfaatin kamusalılık özelliği muhafaza edilmiştir.

Yine, esas itibariyle kişi özgürlüğünü ihlal etmelerine rağmen kişilere ait ulaşım araçlarını kaçırma (ve engelleme fiileri «m. 263» topluma ve angarya fiileri «m. 427») ise devlete karşı suçlar arasında düzenlenerek kişinin hareket ve çalışma özgürlüğü, en azından bu fiillerle ilgili olarak, kamusallaştırılmıştır.

Öte yandan «Öntasarı»da ceza hukukunun liberalleştirilmesi sürecine aykırı olarak, cezalandırmanın hazırlık hareketlerine doğru öne alınması [«milli yararlar aykırı hareket» (m. 312), «anayasayı ihlal» (m. 316), «yıkıcı birleşmeler» (m. 325) ve «gerici birleşmeler» (m. 327) gibi], bunların belirsiz ve geniş kapsamlı kavramlara dayandırılması [«aslı olmayan, abartılmış ve özel maksada dayalı havadis veya haber yayma ve milli yararlar zarar verebilecek herhangi bir faaliyette bulunma» (m. 339), «yıkıcı ve gerici birleşmeler» (m. 325, 327) ve propaganda» (m. 326, 328), «milli duyguları yok etme veya zayıflatma» (m. 325/5, 326/5), «kamu düzeni», «hasmane hareketler» (m. 311)] suretiyle baskıcı bir devletin kendine bahşedeceği aşırı korumayı ifade eden politik - ideolojik suçlara yer verilmiştir. Devletin aşırı biçimde korunması, ceza kanununda düşünce suçlarına yer verilmiştir. «övme», «propaganda», «yalan, mübalağalı ve maksatlı haber» ve «maneevi şahsiyeti tahkir ve tezyif» gibi ve devlet sırrının sadece politik nitelikteki sırları dahi kapsayacak biçimde genişletilmesi (m. 343, 349, 352, 356) ile eleştirilere, düşünce farklılıklarına ve kamu oyunun kontrolüne karşı da sağlanmıştır.

B) «Öntasarı»ya hakim olan baskıcı mantık, kendisini failin kişiliğine ilişkin düzenlemelerde de göstermektedir. Nitekim failin tehlikeliliğinin ve genel olarak suçlunun kişiliğinin bilimsel metodlarla ve gereği gibi araştırılması yerine, daha önce mahkûm olmuş olma şartını dahi aramadan, sosyal tehlikelilik varsayımlarına (m. 43, 44, 45) ve zorunlu tekerrüre (m. 46) yer veren «Öntasarı», böylece suçlunun kişiliği konusunda cezai pozitivizmin etkisi ile orta-

ya çıkan yenilikleri nazara almamıştır. Böyle bir anlayışın benim-
senmesi ile, belli bir toplumun ve refinin de suçluluğun sebepleri
arasında yer aldığı ve suçun sadece sosyolojik - tabiatçı anlayışı
yönünden gerçek devlet suçluluğunu ortaya koyabilecek psikolojik,
sosyolojik ve kriminolojik bilimlerin ceza hukukuna girmesi ön-
lenmektedir.

C) «Öntasarı»nın baskıcı özelliği en yaygın ifadesini cezaî
sonuçlar kesiminde bulmaktadır. Bu kesimde, suça karşı en etkili
bir karşı gücün örnek olucu ceza olduğu anlayışına bağlı kalınarak,
yürürlükteki Ceza Kanunu dışında diğer Avrupa ceza kanunlarında
karşılaşılması pek de mümkün olmayan şiddetteki müeyyidelere
yer verilmiştir.

Nitekim ölüm cezası, hiç de küçümsenemeyecek sayıda suçlar
(17 suç) yönünden muhafaza edilirken, müebbet hapis cezasına da
yaygın bir biçimde yer verilmektedir. Ayrıca pek çok suça ve özel-
likle politik ve kamusal otoriteyi ve ekonomik ayrıcalıkları koru-
maya yönelik suçlara ait aslı cezalar da, mevcut kanundaki şidde-
tiği korumaktadır.

Bu arada mala karşı suçlardan, genellikle varlıklı olmayan ki-
şilerce işlenen hırsızlık suçlarına ait cezaların artırılması, yağma
suçları ile ilgili cezaların bir miktar azaltılmalarına rağmen hâlâ
şaşırtıcı ağırlıkta olmaları (örneğin ağırlaştırılmış kasıtlı mües-
sir fiil, hata taksirli adam öldürme suçları için öngörülenden da-
ha ağır olmaları) ve mala karşı suçların büyük bir kısmının, fiziki
bütünlüğe, iffete, şerefe ve özgürlüklere karşı suçların hiç de azım-
sanamayacak bir kısmının aksine, re'sen takibi gereken suç sayılması
da, «Öntasarı»nın ayrıcalıkçı özelliğinin bir yansımasıdır.

«Öntasarı»da, suçların gerçek içtimaî halinde, katı bir biçimde
«ne kadar suç varsa o kadar ceza vardır» ilkesi, çok yüksek sı-
nırlarla, muhafaza edilmektedir.

Para cezaları, miktarlarının yüksekliği, suçlunun ekonomik
durumlarına uydurulamamaları, ayrıca hükümlünün ödeyememesi
halinde hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilir olmaları gibi neden-
lerle «Öntasarı»nın ayrıcalıkçı özelliğini artırmaktadır.

Nihayet «Öntasarı» ile getirilen güvenlik tedbirleri sistemi de,
bazı yönleri ile (örneğin aslı cezaya ek olarak uygulanmaları, şahıs
hürriyetini ciddi şekilde kısıtlamaları, bazı suçları yönünden hük-

medilmeleri konusunda yargıca geniş yetkiler verilmesi gibi) «Ön-tasarı»ya hakim olan sertliğin bir başka ifadesidir ve hukuk düzeninin korunmasına bir başka ve etkili araç sağlamaktadır.

Beni dinlemek lütfunda bulunduğunuz için hepinize teşekkür ederim.

BAŞKAN — Sayın konuklar, çok yapıcı ve hatta yaratıcı görüş ve eleştiriler dinledik. Bu konuşmaların ışığı altında, ama tasarıya küsmeye önerilerinden uzaklaşarak bu tasarının olabildiğince mükemmele yaklaşır hale gelişmesi için elbirliğiyle çalışmalarımızı sürdürmemiz gerektiğini, bunun Atatürkçü kuşaklara düşen bir temel görev olduğunu vurgulayarak toplantıyı kapatıyorum.

Hepinize saygılar sunarım.

**TÜRK CEZA YASASI ÖNTASARISI HAKKINDA
TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİNİN
GÖRÜŞLERİ**

TÜRK CEZA YASASI ÖNTASARISI HAKKINDA TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİNİN GÖRÜŞLERİ

I. GENEL OLARAK

1) Öntasarı hakkında görüşlerimizi belirtmek amacı ile Türkiye Barolar Birliği ve Barolarımız açık oturumlar ve paneller düzenlediler. Bu toplantılar sonucu ortaya çıkan düşünce ve ileri sürülen eleştirilerin daha iyi bir Öntasarının meydana gelmesine katkıda bulunacağına inanmaktayız. Barolarımızın düşüncelerini almış bulunuyoruz. Yetkili mercilere ve halk oyuna sunulan bu kitap Birliğimizin ve Barolarımızın görüşlerini yansıtmaktadır.

2) Ceza Yasalarının bir ülkede yürürlükte olan demokratik ilkelere uygun olması, Öntasarının başarısı için Anayasal bir istektir. Çok daha önce kurulan bir Komisyonda Ceza Yasası «Antidemokratik Yasa» olarak tanımlanmıştı. Öntasarının böyle bir kusuru taşımaması gereklidir. Özgürlüklerin özellikle basın ve fikir özgürlüğünün korunması, çabalarımızın başında gelecektir. Birbiri ardına üç Anayasa değişikliği dönemi yaşadık. Ceza Yasamız ise esaslarında hep aynı kaldı.

Bugün yeni bir Ceza Yasası hazırlamanın karşılaştığı en büyük güçlük, ülkemizde önemli boyutlara ulaşan bir Anayasa tartışmasının gündemde olmasıdır. Yeni bir Yasanın, Anayasa'nın değiştirilmesinin söz konusu olduğu bu dönemde yapılmaması gereği ileri sürülmektedir. Anayasa ile Ceza Yasası arasında geniş boyutlara ulaşan bir ilişki bulunmaktadır. Özellikle, siyasi suçlar konusunda Anayasa'nın temel çizgileri belirlemiş olmasından doğan zorluklar vardır.

3) Hazırlanan Öntasarının «Milli Yasa» olduğu ileri sürülmektedir. Yalnızca hazırlayanların Türk Vatandaşı olduklarından dolayı böyle bir görüş ileri sürülmekte ise, Öntasarı millidir. Esasen çağımızda tüm anlamı ile milli bir yasa yapılması olanaksızdır. Eğer milli gelenek ve özelliklerimiz esas tutulacak ise, bunun için evvela suç ve ceza politikasının saptanması, hangi esasa göre bir yasa yapılacağı tartışmasında bir sonuca varılması, ayrıca kriminolojik, bölgesel, sosyo-psikolojik araştırmaların tamamlanması ve böylece alt yapının oluşturulmasından sonra yasa hazırlama sürecine geçilmesi gereklidir. Böyle bir önçalışma yapılmadığına göre, Öntasarıyı milli olarak nitelene olanağı yoktur. Ayrıca, günümüzde,

Ceza Hukukunun milletlerarası ilkelerinden ayrı, milli bir yasa da düşünülemez.

4) Öntasarının «Yeni bir Yasa» olarak kabulü de olanaksızdır. Öntasarının hükümlerinin çok büyük bir kısmı, yürürlükteki yasanın hükümlerinin aynı veya tadil edilmiş şekli olarak düzenlenmiştir.

5) Öntasarı, demokratik esaslar açısından incelenecek olursa: Suçların tasnifinde ve yürürlükteki yasanın sistematüğinde değışiklik yapılmıştır. Özel hükümlerde kişilere karşı suçlar başa alınmış, devlete karşı suçlar daha sona bırakılmıştır. Bu değışiklik, demokratik ceza yasası anlayışına uygundur. Fakat ikinci kısım olarak düzenlenen topluma ve devlete karşı suçlarda, yürürlükteki yasanın «Devletin Şahsiyetine Karşı Suçlar» bölümünün önemli maddeleri aynen korunmuştur. Sözü edilen maddelerin büyük kısmı ise, 1930 tarihli Faşist İtalyan Kanunundan yasamıza aktarılmış bulunmaktadır. İtalya'da dahi çoğı yürürlükten kalkmış bu antidemokratik hükümlere hazırlanan öntasarıda yer verilmesi öntasarıyı, demokratik esaslara uygun bir öntasarı olmaktan çıkarmıştır.

6) Öntasarıda yer alan 121, 131, 132, 140, 247, 249, 311, 326, 328, 334, 343, 345 ve 363. maddeler ve bu maddelerle ilgili gerçekler, basın özgürlüğüne daha geniş sınırlamalar getirildiğini göstermektedir. aleyhine cürüm işlemek»den söz edilmektedir. Tasarıda ise, bu ismi taşıyan bir bölüm yoktur.

7) Öntasarıda ölüm cezasının muhafaza edilmekte olması, Ceza sorumluluk yaşı konusunda eski sistemin aynen tekrar edilmesi, sorguda işkence yapan kişiye öngörülen cezanın azlığı ve amirin etkisine cezayı azaltıcı nitelik tanınması (Tasarı Md. 389), Öntasarının «çağdaş» nitelikte bir metin olmadığını göstermektedir.

8) Öntasarıda dil konusunda tek biçimliliğe bağılı kalınmamış, bazen yeni sözcükler, bazen eski terimler kullanılmıştır. Ayrıca günlük dilde dahi terk edilmiş sözcüklere (Örneğın mukabele-i bil-misil, mecra, müşahade, şuur, salâh, tecrit gibi) yer verilmiştir.

9) Öntasarının hazırlanmasında çok acele edilmiş, bunun sonucunu dikkatli bir inceleme yapılmamış teknik hatalara neden olunmuştur.

Örneğın;

a) Öntasarının 4. maddesinde «Yargı görevi yapan» kavramı tanımlanırken, yargıçların yanında savcılar da bu tanım içine alınmışlardır. Oysa savcılar «yargı» işlemi yapmazlar «yargı» işlemini ancak «yargıç» niteliğindeki kişi yapabilir. Cumhuriyet Savcıları avukatlar gibi yargının ögelerinden birisidir.

b) Öntasarının 340 ve 433. maddeleri birbirinin tıpa tıp aynıdır. Sadece iki fark mevcuttur. Birinci fark, 340. maddede «Sulh zamanı» denirken, 433. maddede «Barış zamanı» denilmiştir. İkinci fark ise öngörülen ceza farkıdır.

c) Öntasarının 11. maddesinde «Devletin Şahsiyetine Karşı Cürüm»den söz edilmiştir. Öntasarının özel kısmında ise bu şekilde bir cürüm mevcut değildir. Yürürlükteki 1 nci Babın başlığı bu adı taşıırken Öntasarıda bu isim kaldırılmış ancak 11. maddede aynen yürürlükteki tabir kullanılmıştır.

d) Öntasarının 322 ve 323. maddelerinde «Devlet Kuvvetleri aleyhine cürüm işlemek»den söz edilmektedir. Tasarıda ise, bu taşıyan bir bölüm yoktur.

e) Hırsızlık basit, nitelikli ve ağır hırsızlık diye üç tip kabul edilmiştir. Ancak «nitelikli hırsızlık» (Tasarı Md. 157) ile «Ağır hırsızlık» (Öntasarı Md. 158) suçlarına aynı ceza öngörülmüştür. Bu durumda «nitelikli» ve «ağır» diye yapılan ayırımın anlamı kalmamaktadır. Ayrıca «nitelikli» kavramının suçlar için kullanılması uygun düşmemektedir.

10) Yürürlükteki yasa «kabahat» suçlarını ayrı bir kitapta (3. Kitap) düzenlemiş iken, Öntasarıda bu kitap kaldırılmış ve kabahat suçları ile cürüm suçları karışık olarak düzenlenmiştir. Öntasarıda kişilere karşı suçlar, topluma karşı suçlar kısmında kabahat suçları yer aldığı gibi, devlete karşı suçlar arasında dahi kabahat suçlarına yer verilmiştir. Bu durum, kabahatler açısından tam bir sistem-sizlik sonucunu doğurmaktadır. Öntasarıda kabahat suçları, 20 ayırı maddede yer almaktadır. Bunları tümünden ceza yasasından çıkarmak ve İdari Ceza Yasalarına bırakmak ve böylece mahkemelerin bu basit fiillerle uğraşmasını önlemek daha yerinde olur.

II. ÖNTASARININ BAZI MADDELERİ ÜZERİNDE GÖRÜŞLER :

1) Kanunilik :

a) Öntasarıda (Md. 1) suçların kanuniliği ilkesi tekrarlanmış,

güvenlik önlemlerinin kanuniliği maddeye ilave olunmuş, Anayasa ile ilişki sağlanmıştır. Buna karşın Öntasarıda (Md. 98) «güvenlik tedbirlerinin infazında uygulanacak rejim tüzükte gösterilir» denmiştir. Örneğin «ölüm cezası asılmak suretiyle yerine getirilir» diyerek yasa infaz şeklini belirtirken, güvenlik önlemi rejimi için farklı bir tutumun benimsemesi doğru olmayacaktır. Amacın 98. maddede daha açık bir şekilde ifade edilmesi, Tüzüğe bırakılacak hususların açıkça belirlenmesi gereklidir.

b) Tanzimi tasarruflarla suç yaratılamayacağı ilkesi Öntasarıda açıkça ifade olunmalıydı.

c) Özel kanunlarla ilişkiler hükmünün (Öntasarı 3) kanunilik bölümünde değil, yasanın uygulanması bölümünde (2. Bölümde) yer almasının doğru olacağı düşünülmektedir.

d) Tanımların bir arada gösterilmesi (Md. 4) isabetli ise de başta «Kanunilik» bölümünde yer alması yerine özel kısmın başına, «Özel hükümlere özgü genel (müşterek) hüküm» halinde düşünülmesi daha doğru olacaktır.

aa) Tanımlara ilişkin maddede (Md. 4) «aynı nevi cürüm» deyiminin içeriği tafsilen gösterilmiş ise de «aynı nevi cürüm» kavramına «tekerrür» de (Öntasarı Md. 46) yer verilmemiştir. Nedeni hakkında ise gerekcede açıklama yapılmamıştır.

bb) Tanımlar maddesinde (Md. 4, bent 3) «Kız : kız deyiminden kadın ve kızlar anlaşılır» denmiştir. Her halde maddi bir hata bahis konusudur. Çünkü «kadın» deyiminden «kız ve kadın anlaşılır» denilmesi gerekirdi. Eğer «kız» deyiminden «kadın ve kızlar» anlaşılacak olursa, Öntasarınının 274. maddesine bir anlam vermek olanaksızdır.

cc) Bazı konular tanımlara (Md. 4) alınmamıştır, «Aleniyet» gibi (yürürlükteki K. 153, Öntasarı 335).

dd) «Vatandaş» suçun işlendiği anda vatandaşlık yasasına göre vatandaş sayılan kimse olarak saptanmıştır (Öntasarı 4, bent 7). Suçtan sonra Türk Vatandaşı olan kimsenin iadesi (Tasarı 17) düşünülemez. Bu nedenle suçun işlenmesinden sonradaki vatandaşlığa kabul edilmiş olma halinin dikkate alınması gereklidir.

2) Yabancı ülkede işlenen suçta uygulanacak yasa :

Öntasarı 9. maddesinde, yabancı ülkede işlenip de Türkiye'de kovuşturulmakta olan suçta, yabancı yasa ile Türk yasasından han-

gisi sanık lehine ise o yasanın uygulanacağını öngörmüştür. Böylece yabancı yasanın Türkiye’de uygulanma olanağı sağlanmıştır. Bu hüküm herşeyden önce egemenlik kavramı ile bağdaşmamaktadır. Özellikle sanığın yabancı olması halinde karşılıklı olma koşulunun yasada yer almaması da sakıncalıdır.

Yabancı yasayı uygulayacak mahkemede yargılama, iddia ve savunma makamlarının yabancı yasaları, o yasa hükümlerinin kendi ülkelerinde nasıl yorumlanıp, nasıl uygulandıklarını, muhtemel yasa ve içtihat değişikliklerini öğrenip, takip etmeleri gerekecektir ki, bu da olanaksızdır.

3) Faal pişmanlık :

«Faal nedamet» olarak isimlendirilen halin «Öntasarı 20» Genel hükümlerde yer alması ve bütün suçlara teşmil edilmesi isabetlidir. İcra hareketlerini bitirmiş olmak neticenin meydana gelmemesini sağlamak veya neticeyi ortadan kaldırmak biçiminde olan faal pişmanlık, sonuçta «eksik teşebbüs» gibi (Öntasarı 18) cezalandırılmayı gerektirecektir. Metinde «Yasada ayrı hükümler bulunmayan haller» de maddenin uygulanacağı açıklanmıştır.

Neticeyi, tümünden ortadan kaldıran bir hale ceza verilmemesini doğru bulan yasalar da vardır. Öntasarıda böyle bir hükmün yer alması uygun olur.

Öntasarıda «pişmanlık hali ile ilgili hükümleri yer aldığı hal-ler» 125, 325, 327, 331, 371, 372, 390, 395, 413, 214, 252, 284. maddelerdir. Bu maddelerin bazılarının başlığı «faal pişmanlık» bazı-larının ise sadece «pişmanlık hali» olarak ifade olunmuştur. Ayrıca pişmanlığın «takibata başlanmasından evvel» (Öntasarı 125, 331, 371, 372, 390, 252). vuku şart koşulmuş, bazı maddelerde ise «dava açılmazdan evvel» (Md. 395), bazılarında ise «resmi makamlar haberdar olmadan evvel» denilmiştir. Bunların hepsinin genel hü-kümde birleştirilmesi daha doğru olurdu.

4) Kusurluluk :

Öntasarı gerekçesinde kastın tarif edildiği belirtilmiş ise de kastla ilgili maddede (md. 21) böyle bir tarif yer almamıştır. Kas-tın, «neticelerini bilerek ve isteyerek fiili işlemek iradesi» biçi-minde tanımlanması mümkün idi. Maddenin ikinci fıkrası için gerekçede (sh. 41) yapılan açıklamada «irade» üzerinde durulmuş, kastın irade ile ilişkisi böylece dolaylı olarak zaten kabul edil-miştir.

Öntasarının 2. maddesinde «taksir»in tanımlanması isabetli olmuştur. Ancak bu tanımda «tahmin edilmeyen bir neticeye sebebiyet» halinde de taksirin kabul edilmesi, taksirli sorumluluğu objektif sorumlulukla aynıleştirilmiştir. Bu tasarıda sadece tahmin edilebilmesi mümkün sonuçlar taksirli sorumluluğa esas olmalıdır.

5) Hukuka aykırılık :

a) Tasarıda (Md. 27) meşru savunma hakkı genişletilmiş ve yalnız nefis ve ırza yönelik olmak şartı (Yürürlükteki Yasa 49) kaldırılmıştır. Böylece isabetli bir sonuca varılmıştır.

b) Taksirli suçlarda, kusurun derecesine göre cezanın sekizde bire kadar indirilebileceği hükmünün (Tasarı 31), 22. maddenin 3. fıkrasında uygulanmayacağı öngörülmüştür. 22. maddenin 3. fıkrasında failin, taksirli hareketten şahsi ve ailevi durumu bakımından ağır derecede mağdur olması halinde cezanın üçte iki oranında indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilmesi hükmüne bağlanmaktadır. Bu hükme göre faile üçte bir oranında ceza verilebilecektir. Failin şahsi ve ailevi durumu bakımından mağdur olması yanında, kusurunun az olması da mümkündür. Bu durumda, kusur azlığından ileri gelen ceza indiriminden yararlanma hakkının olmamasının makul bir nedeni mevcut değildir.

6) Arızî sebep :

Öntasarıda, arızî sebebin cezayı azaltıcı ya da kaldırıcı etkisi kabul edilmemiştir. Yürürlükteki Yasada (Md. 48) mevcut bu hüküm eğer de olsa uygulanmaktadır. Kaldırılması doğru olmuştur.

7) Ceza sorumluluğu yaşı :

Ceza sorumluluğu yaşı konusunda, yürürlükteki yasadaki hükümler aynen kabul edilmiştir. Ceza sorumluluğunun 11 yaşında başlatılması isabetli değildir. Tüm uygar ülke yasalarında bu yaş 14 hatta 16 olarak kabul edilmiştir. Tam ceza sorumluluğu yaşı da yine uygar ülkelerde 21 yaş olarak kabul edilmiştir.

8) Küçüklere uygulanacak önlemler :

Yürürlükteki yasadaki hüküm aynen alınmıştır. Buna göre 11 yaşından küçük hakkında takibat yapılmaz. Ancak işlediği fiilin yasadaki cezası 1 yıl hapis ya da daha ağır ise bazı güvenlik önlemleri uygulanır. Hakkında «takibat yapılmayan» kişinin fiili iş-

İediği nasıl saptanacaktır? Hakkında takibat yapılmayan küçüğün, fiili işleyen olduğunu kabul etmek, Anayasa'da öngörölmüş bulunan, «yargı kararı ile hakkında kesin mahkumiyet verilinceye kadar kişi masum sayılır» ilkesine aykırıdır.

9) Tasarlanmış sarhoşluk :

Öntasarıda (Md. 38) «iradi (ihtiyari) sarhoşluk» ve «irade dışı sarhoşluk» halleri öngörölmüş, «tasarlanmış sarhoşluk»a temas edilmiştir. Bu bir eksikliktir.

10) Suça İştirak :

a) Asli İştirak de «irtikap edenler», «doğrudan doğruya beraber işleyenler» ayırımı muhafaza edilmiş (Yürürlükteki Yasa 64/1) bulunmakta (Tasarı 39). Uygulamada tereddüt edilen, farklı yorumlanan «doğrudan doğruya beraber işleyenler» hali açıklığı kavuşturulmamıştır. Azmettirmede «şahsi menfaat»in cezayı azaltması sebebinin çikartılması yerinde olmuştur.

b) «Zaruri fer'i İştirak» (Tasarı 40) halinin maddeye fıkra halinde «eklendiği» gerekçede bildirilmekte ise de, Yürürlükteki Yasada bu hüküm mevcuttur (Md. 65/2); bu nedenle yeni eklenen bir hüküm değildir.

11) Hürriyeti bağlayıcı cezalar :

Cezalar Tasarıda «müebbet hapis», «hapis» ve «hafif hapis» olmak üzere üç kısma ayrılmıştır.

a) Cezaların alt ve üst sınırlarını saptamada Öntasarıda yer alan «aksi yasada ayrıca belirtilmeyen haller» formülü (Öntasarı 60), isabetsizdir. Çünkü böyle bir formül cezaların aşağı ve yukarı hadlerinin özel bir yasada değiştirilebileceği olanağını hatırlatmaktadır. Bu ise ceza nevine ait genel aşağı ve yukarı haddin saptanması ilkesi ile bağdaşamaz.

b) Kısa süreli şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaların «hükümlü altmışbeş yaşını ikmal etmiş ise» ve «hükümlülük süresi altmış günü geçmemiş» olması halinde «oturduğu yerde infaz» (Öntasarıda 65. maddede öngörölmüş ise de sadece yaşlılık yeterli değildir. Bunlar hakkında da «hekim raporu ile belgelenmiş olmak» şart koşulmalıydı.

c) Tasarıda 66. maddede müebbet hapisteyirmi yılını dolduran müebbet hapis hükümlülülerinin şart ile tahliye edilecekleri

bildirilmiş, yalnız iki gurup (T.B.M.M. tarafından yerine getirilmesine karar verilmesi sebebi ile haklarındaki ölüm cezaları müebbet hapis cezasına çevrilmiş sayılanlar ile birden fazla müebbet hapis cezaları) mahkumun, iyi hal göstermesi halinde günün birinde serbest kalabileceği ümidinin yok edilmesi isabetli değildir.

12) Ölüm cezaları :

Tasarıda ölüm cezası muhafaza edilmiştir. Uygar Ülkelerde ise bu ceza tamamen kaldırılmış ya da uygulanmaz hale getirilmiştir. Çağdaş bir ceza yasasında, insanlığa aykırı, bu cezanın yer almaması gerekir.

Ölüm cezasının kaldırılmamış olması karşısında hiç olmazsa bu cezanın uygulanma alanını daraltmak amacı ile alternatif ceza (Ölüm cezası yer alan maddelerde yargıca takdir hakkı tanıyan «ölüm cezası veya müebbet hapis» şeklinde bir hüküm) ya da ölüm cezasısının ancak oybirliği ile hükme bağlanabileceği hükmünün öntasarıda yer alması gerekirdi.

13) Para cezaları :

Para cezaları çok fazla artırılmıştır. Ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi bahis konusu olduğuna göre zengin - fakir farkı ortaya çıkmaktadır. O halde yürürlükteki yasanın geçirdiği değişikliklere rağmen, para cezası, sadece «menfaat saiki» ile işlenen suçlara indirgeli olarak öngörülmeliydi. Ayrıca - eğer bunlar dışında da kabul edilecek ise - ödenmeyen para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesi terk edilmeli, bütün cezalar, tazminat nitelikli (Tazminat kabilinden) para cezalarında olduğu gibi- Amme alacaklarının tahsili usulü hakkındaki Yasaya göre (6183) tahsiline çalışılmalı idi (Tasarı 70/10).

Ağır para cezası (Tasarı 67) yirmibin liradan yüzmilyon liraya kadar, hafif para cezası ise onbin liradan beş milyon liraya kadardır. Beş milyon liranın «hafif» sayılması doğru olmadığı gibi iki ceza arasında beş milyon rakkamı tedahül etmekte, cürüm- kabahat ayrımı imkansız hale gelmektedir. Para cezalarının yüz milyon liraya kadar arttırılması büyük adaletsizlikler doğurabilecektir.

14) Taksirli suçlar :

Öntasarınının 62. maddesi hükmü ile, taksirli suçlarda para cezasının «uygulanacağı» belirtilmiştir. «Uygulanabilir» denilmemesi

sonucu, para cezasına çevirme yargıç için zorunlu hale gelmiştir. Bu durumda taksirli suçlarda hürriyeti bağlayıcı ceza öngörül-müş olmasının nedeni anlaşılammamaktadır. Ayrıca, bir yandan tak-sirle ölüme sebebiyetle öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza, yürür-lükteki yasaya oranla ön Tasarıda arttırılırken, öte yandan yü-rürlükteki yasada yargıcın takdirinde bulunan hürriyeti bağlayıcı cezayı para cezasına çevirme olanağını, Öntasarıda mecburi hale getirmek çelişkidir.

15) Fer'i cezalar :

a) Bu cezaların «fer'i ceza olduğu», «Kanuni netice olarak hükmedilemeyeceği» gerekçede (Sh. 65) zikredilmiştir. Yürürlükte-ki Yasada (Md. 31) ise bu mümkündü. Bu değişiklik isabetli ol-muştur.

b) Tasarının 72. maddesinde «bir meslek veya sanat veya ti-caretin icrasının tatili cezası» kural hale getirilmiş ve «suça va-sıta kılınmış meslek, sanat veya ticaret»in kast olunduğu açıklan-mıştır. Fakat «şahsen» icradan mahrumiyet kaydı düşündürücü-dür. Kaldığı «şahsen icradan mahrumiyet» hakkında gerekçede açıklama yoktur. Muvazaa ile ceza uygulanma olanağını kaybede-bilecektir.

c) İşyerinin kapatılması (Öntasarı Md. 56/3, 73) cezasına iliş-kin gerekçede «işyeri kapatılan kişinin başka yerlerde sanatını icra edebilmesi hususunda bir yasağı kapsamadığı» açıklanmış, bu cezanın meslek, sanat ve ticaretin tatili cezasından farklı olduğuna temas edilmiş ise de işyeri kapatılan kişinin başka bir yerde yeniden işyeri açabilmesi izahsız kalabilecektir.

d) Müsaderenin güvenlik tedbiri olmadığı, ceza olduğu belir-tilmiştir. Oldukça çekişmeli olan bu konu üzerinde durulabilir. Ayrıca maddeye (Tasarı md. 76) müsadere edilecek eşyanın «fiil-de iştiraki olan kimselere ait bulunmak» kaydı konmuştur. Yü-rürlükteki maddede ise (md. 36). «eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak» şartı aranmaktadır. Bu husus, uygula-mada büyükce fark yaratır. Kaldığı bu fark hakkında gerekçede (Sh. 67) serahat yoktur. Yürürlükteki yasadaki hüküm daha doğ-rudur.

Müsadere ile ilgili kurallara daha fazla açıklık getirilmesi ge-rektiği kanısındayız. Tecil edilen hafif cezalara hüküm giyen or-man köylüsünün traktör ve hayvanlarının müsaderesi büyük mağ-

duriyetlere neden olmaktadır. Bu açıdan yeni bir düzenlemeyle mağduriyetler önlenmeli hiç olmazsa bazı hallerde müsadere cezasının da ertelenebilmesi için yargıca takdir yetkisi tanınmalıdır.

e) 71. maddede kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası «fer'i ceza» sayılmış, neleri kapsadığı gösterilmiştir. 75. maddede ise «memuriyet sıfatının suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebini teşkil ettiği hallerde» hakimın taktirine göre ek ceza olarak hükmedilebilecektir.

f) Öntasarının 75/2 maddesinde 75/1 fıkrasında düzenlenmiş olan kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının bir meslek ve sanat mensubu olanlarla ticaretle uğraşanlara da uygulanacağı şeklinde anlam çıkmaktadır. Ancak gerekçeden anlaşıldığı üzere maddenin ikinci fıkrasında bir meslek veya sanatın veya ticaretin tatili cezasının uygulanmasının düzenlendiği kesinlikle anlaşılmaktadır. Kanımızca 2. Fıkranın ifade edilmek istenen amacı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekli bulunmaktadır.

g) Öntasarının fer'i cezalar ile ilgili bölümünde, cezaların tesbitine ait 77. temel cezanın tayinine ait 78 ve tutukluluğun mahsubuna ait 79. maddenin yer almasının nedeni anlaşılamamaktadır. Böyle bir düzenleme genellikle uyumlu olan Fer'i cezalar sistemini bozmaktadır.

aa) 416. ve 436. madde -kısmen de olsa- 75. maddedeki hükmün tekrarıdır. Ancak bu hüküm 75. madde ile fark gösterilmektedir. Çünkü 75. maddede kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının uygulanması yargıcın takdirine bırakılmış iken 416, ve 436. maddeler bu cezanın zorunlu uygulanmasını gerektirmektedir.

bb) Yürürlükteki Yasanın 31. maddesinde beş seneden fazla ağır hapse mahkumiyet müebbeten, üç seneden beş seneye kadar mahkumiyetler de ise cezaya eşit süre de amme hizmetlerinden memnuiyet zorunlu -Kanuni netice olarak- uygulanır. Bu maddeye benzer hüküm Tasarıda olmadığına göre amme hizmetlerinden memnuiyet, memuriyetin suç unsurunun veya şiddet sebebi olduğu hallerde (Tasarı 75) uygulanabilecektir. Böylece diğer suçlar (siyasal nitelikteki suçlar, fikir suçları ve adi suçlar) için bu ceza «kanuni netice olarak» uygulanamayacaktır (Gerekçe sh. 65). Bunun sonucu, memur, memuriyetini ve yeniden memur olma olanağını kaybeder iken, daha ağır suçlar, işleyenler bu ehliyetlerini muhafaza edeceklerdir.

16) Cezalar ve sistematik :

a) «Fer'i cezalar» başlığını taşıyan üçüncü bölümde yer alan «Cezaların tesbiti», «temel cezanın tayini», «tutukluluğun mahsubu»na ilişkin hükümlerin fer'i cezalar ile ilgisi olmadığından ayrı bir bölümde yer almaları daha isabetli olurdu.

b) «Temel cezanın tayini» konusunda ayrı bir hüküm konulması (Tasarı 76) ve takdirin sebebinin gösterilmesi lüzumunun belirtilmesi, daima asgari cezanın hükmedilmesine karşı yapılan itirazları gidermiş olacaktır.

17) Cezaların azaltılması :

Öntasarının gerekçesinde cezaların azaltılması yoluna gidildiği belirtilmiş ise de, ceza azaltımına genellikle adi suçlarda yer verilmiştir. Siyasi suçlarda ise genellikle, eski şiddetli cezalar aynen devam etmektedir. Oysa demokratik rejimlerde esas siyasi suçlara hafif cezalar öngörülmesidir.

Ayrıca Öntasarıda, çeşitli suçlara öngörülen cezalar arasında oransızlık büyük ölçüdedir. Suçlara verilen cezaların da bir sistematığe bağlanması gerekir.

18) İctima hükümleri :

Öntasarıda «toplama» sistemi muhafaza edilmiştir. Kural «toplama»dır. Bu kuralda cezanın nevi değişmez. Nitekim, iki müebbet hapis birleşik olursa öntasarı 48/1 yürürlükteki Yasa 70) nevi olarak müebbet hapis baki kalmakta, hücre bölümü artmaktadır. Buna karşın öntasarıda (Md. 48, b. 4) «yirmi dört yıldan aşağı olmamak üzere enaz iki hapis cezasına mahkumiyet halinde müebbet hapis cezası» hükmolunması öngörülmüştür. Burada cezanın nevi değişmektedir.

19) Tekerrür :

a) Tekerrürde yürürlükteki yasaya göre Yargıtay içtihadı ile yerleşmiş, «hükmün kesinleşmesi» kuralı yeterli sayılmıştır. Bu değişiklik olumludur.

b) Tekerrür hükümlerinin, ictimadan sonraya alınması daha doğru olurdu.

c) İki müebbet hapse mahkumiyet halinde ölüm cezası verilmesini öngören yürürlükteki yasa hükmü (Md. 70) başlıkda değiştirilmiş ve hücre cezalı müebbet hapis haline dönüştürülmüş

iken (Tasarı Md. 48), tekerrürle iki müebbet hapis halinde ölüm cezasını öngören hükmün muhafaza edilmiş olması (Tasarı md. 46) büyük bir çelişkidir, özellikle iki hükmün uygulanma olanağının sadece ikinci suçun, birinci suçtan mahkumiyet hükmünün kesinleşmesinden önce ya da sonra işlenmiş olması ile ayrıldığı, tek farkın bu olduğu düşünülecek olursa, çelişki daha iyi ortaya çıkar.

20) Erteleleme :

a) Öntasarı (Md. 80) erteleme olanağını, yürürlükteki yasa-ya göre (Md. 89, İnfaz Y. 6) arttırmış, altı ay ve bir sene olan hadler iki yıla çıkarılmıştır, isabetlidir.

b) Yürürlükteki yasada erteleme olanağı 18 yaşından küçük-lere daha geniş, 15 yaşından küçüklerde ise daha da geniştir. Keza 70 yaşındaki ihtiyarlar için de 18 yaşından küçük olana paralel hüküm mevcuttur. Tasarıda ise, 15 yaşından küçükler hakkındaki hüküm kaldırılmış, 70 yaş ise 65 olarak hükme bağlanmıştır. Bu değişikliklerin nedeni hakkında gerekçede hiç bir açıklama yer almamaktadır. Oysa 15 yaşından küçükler için mevcut olanağın kaldırılması sakıncalı olmuştur.

c) «Erteleme sebebi»nin hükümde gösterilmesi zorunluğu, Öntasarıda «ertelemeye yer olup olmadığı hakkında mahkeme ilamında sebeplerin açıklanması gereklidir» denilmek suretiyle ertelenenin uygulanıp uygulanmayacağı hakkında taktire yer verildiği açıkça belirtilmiştir, isabetlidir.

d) Esas itibariyle cezanın ertelenmesi kabul edilmiş ise de neden daha ileri bir usul olan «davanın (hükmün) ertelenmesi» usulünün kabul edilmediği anlaşılamamıştır.

21) Zamanaşımı :

Yürürlükteki Yasa hükmü (Md. 102) muhafaza edilmiştir (Öntasarı 83) :

a) Bazı suçların yurtdışında işlenmesi halinde dava ve ceza zamanaşımı hükümlerinin uygulanmayacağına ilişkin yürürlükteki Yasa hükümleri (Md. 102/son, 118) aynen benimsenmiş, ayrıca bu suçlar arasına «10 yıldan fazla muvakkat hapis cezalarını gerektiren cürümler» kaydı ilave edilmiştir. Aslında hüküm temelde hatalıdır. Suçun yurt içinde veya dışında işlenmesinin zamanaşımı açısından fark yaratmasının hukuki gereçesi yoktur.

b) Şikayetten vazgeçmenin, kabul etmeyen sanığa tesir etmeyeceği hükmü (Öntasarı Md. 90) Gerekçede yeni hüküm olarak açıklanmış ise de (sh. 71), yürürlükteki Yasada (Md. 99) bu konuda hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle «yeni» değildir.

22) Adam öldürme :

a) Öntasarıda basit adam öldürmede (Md. 99) «Kasten» kelimesinin kaldırılması, yürürlükteki Yasada (Md. 448) «yirmi dört seneden otuz seneye kadar» olan cezanın yirmi yıldan yirmi beş yıla indirilmesi isabetli olmuştur.

b) Öntasarıda (Md. 101) eş ve kardeşi öldürme basit ve taksirli öldürmenin hemen akabinde yer almakta olduğundan bu şiddet sebebinin taksirli öldürmelere de şamil olduğu düşünülebilir. Bunun kasten öldürmelerin şiddet sebebi olduğu belirtilmeli ve ya Tasarının 99. maddesine ikinci fıkra olarak eklenmelidir. Kuşkusuz eş ve kardeş öldürme, «nitelikli öldürme»dir. Fakat Öntasarıda «nitelikli adam öldürme» deyimini ayrı bir hüküm için kullanılmıştır. Gerekçe bu konuda açıklığa kavuşturulmalıdır.

c) Öntasarının 102. maddesi, yürürlükteki Yasanın 450. maddesi hükmünü temel almıştır.

aa) Milletvekilleri aleyhine adam öldürme fiilinin ancak «görevlerinden dolayı» işlenmesi halinde şiddet sebebinin uygulanacağının belirtilmesi isabetlidir.

bb) Kan gütmeye saiki ile adam öldürme şiddet sebebi, Yargıtay içtihadına uygun olarak «münhasıran kan gütmeye saiki» şeklinde ifade edilmiştir. İsbetlidir.

cc) Yapay bir kavram olan «teammüd» kelimesinin muhafazası ve gerekçede yahut metinde kavram hakkında açıklama yapılmamış olması isabetsiz olmuştur.

dd) Birden ziyade adam öldürme ile ilgili hüküm yine Yargıtay içtihatlarına uygun olarak «aynı sebep ve saikle birden fazla insan hakkında» şeklinde ifade edilmiştir ki, isabetlidir.

d) Yeni doğmuş çocuğun «şeref kurtarma saiki» ile öldürülmesinde ceza indiriminin, yürürlükteki yasadaki (md. 453) farklı olarak sadece ana için öngörülmesi (Öntasarı md. 105) olumlu bir değişikliktir. Fakat bu hükmün tamamen kaldırılması yerinde olur.

Zira bu hüküm ilkel bir anlayışı yansıtmaktadır. Şeref kurtarma saikine neden olan fiil ile doğacak çocuğun ilgisi yoktur. Şerefin kaybı söz konusu ise bu kayıp çocuğun doğumundan önce ortaya çıkmıştır ve doğmuş bir çocuğun öldürülmesi ile yeniden kazanılamaz. Ayrıca ülkemizde 10 haftaya kadar çocuğun düşürülmesi serbesttir. Şerefini kurtarmak için çocuktan kurtulmak isteyen ana bu safhada çocuğunu alırdabilirdi. Bu olanağı kullanmayıp, sonra doğan çocuğu öldürmede ceza azaltması uygulamak haksızdır.

e) «Talep üzerine öldürme» (Öntasarı 106) kabul edilmiş, «rıza üzerine öldürme»ye yer verilmemiş, şartlar Tasarıda gösterilmiştir, hüküm esasta isabetlidir. Yalnız bu konunun daha ayrıntılı hükme bağlanması gerekir. Failin, hekim olup olmaması, «iyileşmesi kabil olmayan hastalık» deyiminin anlamı üzerinde açıklamalar gerekmektedir. Bu konuda çok önemli tartışmalar ortaya çıkacaktır. Daha açık düzenlemelere gereksinme bulunmaktadır.

23) Vücut tamamıyetine karşı suçlar :

a) Öntasarıda (Md. 108). Hayati tehlike kavramı aynen muhafaza olunmuştur. Uygulamada Hayati tehlike mevcut olunca öldürmeğe teşebbüs kabul edilmektedir. Bu durumda uygulamada müessir fiilde hayati tehlikeyi cezalandıran hüküm adeta fiilen ortadan kaldırılmıştır. Bu konuda, açıklık gerekir hiç olmazsa gerekçede açıklama yapılması zorunludur.

b) «Uzuv tadili» terimi pek çok kargaşaya neden olmaktadır. Bu konunun hiç olmazsa gerekçede açıklanması yerinde olurdu. Ayrıca Öntasarıda (Md. 108) «on günlük süre» muhafaza edilmiştir. Bu süre tarşılabilir.

c) Taksirli müessir fiilin basit halinde (Öntasarı 111) sadece para cezasının yeterli sayılması üzerinde durulabilir. Kaldıki müessir fiilin para cezasını gerektirmesi de haklı gözükmemektedir.

d) Öntasarının 112. maddesi hakkındaki gerekçede «evlatlık» dan bahis yoktur, gerekçeye ilavesi yerinde olur.

24) Çocuk düşürme ve düşürtme suçları :

a) Öntasarıda, çocuk düşürtme 12 haftadan fazla olmayan gebeliklerde kabul edilmiş (Md. 114/2) iken, gerekçede bir yerde (Sh. 82) «on hafta» dan söz edilmiştir. Bu hatanın düzeltilmesi gerekir.

b) Yürürlükteki yasada (Md. 468) on haftadan fazla olmayan gebeliğe son verme mümkün iken, Öntasarı bu süreyi oniki haftaya çıkarmaktadır (Md. 114/2). Bunun nedeni hakkında gerekçede hiçbir açıklama yer almamaktadır. Nedeninin açıklanması gerekir.

c) Çocuk düşürme suçlarında şeref kurtarma saikinin cezayı indirici etkisinin (Md. 118) sadece gebe kadın için söz konusu olduğu madde gerekçesinde açıklanmıştır. (Sh. 84). Madde metninde ise böyle bir sınırlama mevcut değildir. Madde metninin gerekçeye uygun olarak düzeltilmesi gerekir.

25) Hürriyete karşı suçlar :

a) Tehdit suçunda (Öntasarı 119) «ciddi korku» unsuru maddeye eklenmiştir, yürürlükteki metinde (Md. 191) bu kayıt yoktur. Gerekçede (sh. 85) ciddi korku uyandırmayan beyanlar, mesela tartışmada tehevviiren ağızdan çıkmış sözlerin tehdit sayılmayacağına temas olunmuştur. Gerekçe inandırıcı değildir. Korkunun ciddi olup olmadığının araştırılması güçlük doğuracaktır. Tehditten söz eden 119. maddede sadece «tehdit» denilmesi, 120. maddede ise «cebir veya şiddet» denilmesi arasındaki fark daha açık şekilde gerekçede belirtilmelidir.

Ayrıca yürürlükteki metinde (Md. 191) «Yasada yazılı haller haricinde» kaydı öntasarıya alınmamış, sadece gerekçede kısmen açıklanmıştır.

b) «Teşhir tehdidi» (öntasarı 121) olarak yeni oluşturulan suç tipinin esasında şartlı tehdit halini meydana getirdiği gerekçede (Sh. 87) açıklanmıştır. O halde bunun 119. maddenin ağırlatıcı sebebi, olarak bu maddeye eklenmesi doğru olur. «Basın yoluyla veya her ne suretle olursa olsun açıklama yapmak tehdidi» ise genel tehdit hükmüne, 119. maddeye dahil olmaktadır.

c) İş ve çalışma hürriyetinin ihlali (öntasarı 130) hali gerekçede «serbest hareketli suç» olarak isimlendirilmiş ise de metinde «cebir ve tehdit ile» işlenebileceği açıklanmış cebir ve tehdit 119 ve 120. maddelerde gösterilmiştir. «elebaşılar»ın cezasının arttırılacağı ileri sürülmekte ise de «elebaşı» hukuki bir tabir değildir. Eski dönemlerden kalma bir deyimdir. Bunun yerine, iştirak hükümlerinde yer alan kavramların kullanılması doğru olur.

d) Din ve vicdan hürriyetine ilişkin 131. maddeye «semavi din» ibaresinin konulmaması isabetli olmuş, dinler arası ayırım

reddedilmiştir. Yalnız madde de (131) cebir kelimesi ile yetinilmemiş, «şiddet» ilave edilmiştir. Halbuki diğer maddelerde şiddet cebrin içinde sayılmıştır. Bu kargaşa diğer maddelerde de görülmektedir.

e) Konut dokunulmazlığını ihlalde (Öntasarı 136) «birden fazla kişi tarafından toplu olarak işlenmesi» şiddet sebebi sayılmıştır (Bk. gerekse sh. 99) bazı maddelerde (Örneğin Öntasarı 124) «en az iki kişi tarafından birlikte işlenmek» ibaresi kullanılmaktadır. Topluluğun çeşitli maddelerde kullanıldığı görülmektedir, tek biçimliliğe bağlı kalmak yerinde olur.

Öntasarı (Md. 138) «işyerine girme, çıkmama» yeni bir hükümdür, isabetlidir.

f) Siyasi hakların engellenmesi suçunun Öntasarı (139) hürriyete karşı suçlar bölümünün başına alınması daha doğru olur.

Yasa siyasi hakların kullanılmasını men sonucunu cezalandırdığına göre, ayrıca «kişilerin korkutulması» koşulunun maddeye eklenmesine lüzum yoktur.

Seçim mevzuatı ile ahengi sağlamak için «Yasada ayrıca öngörülme hallerde» maddenin uygulanacağı açıklanmalıdır.

26) Şeref karşı suçlar :

a) Öntasarıda (Md. 140) sövme ve hakaret (maddeli, maddesiz hakaret) ayrımı muhafaza edilmiş, gerekçede (Sh. 100) «genel sistem muhafaza edildiği»ne işaret olunmuştur.

aa) Bu ayrım uygulamada karışıklığa meydan vermekte, güçlükler doğurmaktadır. Önemli olan «halkın husumeti, namus ve haysiyetin zarar görmesi» dir. Hakaretin maddeli olması veya olmaması esasa ilişkin değildir. Her iki halin cezasının aşağı ve yukarı haddinin gösterilerek taktire bırakılması daha doğru olurdu. Nitekim gerekçede (Sh. 101) «ne gibi isnatların haysiyet ve şeref kırıcı, namusu ihlal edici nitelikte olduğunu olayların özelliğine göre hakim taktir edecektir» denilmektedir.

bb) «İhtilat unsuru» Öntasarıya alınmamış, fakat gerekçede de (sh. 100) bunun sebebi gösterilmemiştir. Her ne kadar maddenin (Md. 140) son fıkrasında «aleniyet»ten söz edilmekte ve şiddet sebebi sayılmakta ise de «ihtilat» ile «aleniyet» farklı kavramlardır.

b) İsbat hakkı (Öntasarı 141) bazı «Usul kuralları»nı gerektirir. Bu kurallar öntasarıda yer almıştır. Oysa bu kuralların (Gerekçe sh. 101) Usul Yasasında gösterilmesi daha doğru olurdu.

c) Mağdurun haksız hareketleri ile hakarete sebebiyet vermiş olması (Öntasarı 143) cezanın tümünden kaldırılmasına neden olmalıdır. Yürürlükteki Yasada (Md. 485) dahi sadece cezanın indirilmesi bahis konusudur.

d) Savunma dokunulmazlığı (Öntasarı 144) makul hale getirilmiş, yürürlükteki yasada (Md. 486) yer alan «Dava ile ilgili olduğu takdirde dahi iddia ve müdafaa hududunu aşan» ibaresi maddeye alınmamıştır.

27) Hayatın gizli alanına ve özel hayata karşı suçlar :

a) Öntasarıda (Md. 150, 151, 152) yeni suç ihdas edilmiş, kişiler arasında cereyan eden kamuya intikal etmeyen konuşmaların tarafların haberi olmaksızın dinlenmesi, konuşmaların kaydedilmesi, resim çekici bir araçla özel hayatın ihlal edilmesi suç sayılmıştır. Bu hükümler olumludur.

b) Bu hükümlerden 150/2. maddede «fayda sağlamak» 152/2 madde ise «yarar sağlamak» kavramları kullanılmıştır. Kavram birliğini sağlamak için her iki maddede de «yarar sağlamak» denilmesi yerinde olur.

c) Her üç maddenin (Md. 150, 151, 152) 2. fıkraları aynı hükümleri içermesine göre, ortak madde olarak düzenlenmesi yerinde olur.

d) Öntasarıda (Md. 154) suçun takibi ve önlenmesi amacı ile yargıç, kararı ile dinleme yanında, gecikmesinde sakınca olan halde yetkili merciin emri ile görevlilerce de dinleme mümkün kılınmıştır. Ayrıca bu yolla elde edilen bilgilerin yargılamada delil olacağı da hükme bağlanmıştır.

aa) Suçun takibi sırasında gizli dinleme, yargıç kararı ile olsa dahi, sanığın «susma hakkı»nı ortadan kaldırıcı niteliktedir. Çağdaş ceza muhakemesinde sanığın «susma hakkı» en doğal hakkı olarak kabul edilmektedir. Bu hakkı ortadan kaldıran taslak hükmü, çağdaş hukuka aykırıdır.

bb) Sanığın iradesi dışı veya susma hakkına aykırı elde edilen bilgilerin delil olamayacağı tüm uygar ülkelerin kabul ettiği

ği temel bir hukuk kuralıdır. Öntasarı hükmü ise, susma hakkına aykırı elde edilen bilgilerin delil olabileceğini beyan ederek, çağdaş hukuk kurallarına ters düşmekte, ortaçağ tahkik sistemine ilişkin bir kurala günümüzde yer verme niteliğini taşımaktadır.

e) Tasarıda «bir suçun önlenmesi maksadı ile yetkili hakim» veya «gecikmesinde sakınca bulunan hallerde» başka mercilerce yapılan işlemleri «hukuka uygun» saymak isabetli değildir. Suçu önlemek mazereti, tehlikeli, kötü kullanılmaya elverişli bir uygulamaya sebep olabilir. Suç işlenmeden evvel müdahaleyi «fiile dayalı ceza hukuku» kabul etmemektedir .

28) Malvarlığına karşı suçlar :

a) Basit hırsızlık (Öntasarı 156) aynen muhafaza edilmiş, yalnız «enerji hırsızlığı» açık bir hükümle hırsızlık hükmüne dahil sayılmış, enerjiler arasında fark görülmemiştir, isabetlidir. Nitelikli hırsızlık ile ağır hırsızlık cezasının aynı tutulması, yukarıda belirtildiği üzere, hatalıdır.

Ayrıca «değerin pek hafif» olması cezanın indirilmesini (Md. 160) gerekli kılmaktadır. Buna koşul olarak «Değerin pek yüksek olması»nın da nitelikli veya ağır hırsızlık sayılması doğru olurdu. Bu konuda bir hükme ihtiyaç vardır.

b) Bu bölümde ve diğer bölümlerde bazı suçların «takibinin şikayete bağlı» olduğu ayrı ayrı açıklanmıştır. Bu maddeler sayılarak, tek madde içinde takibin şikayete bağlı olduğunun açıklanması daha doğru olur.

c) Basit inancı kötüye kullanmada (Öntasarı 170) hareket şekilleri tek tek sayılacak yerde hepsini kapsayan «mal üzerinde mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanmak» ibaresi ile yetinmek yeterlidir.

d) Kaybolmuş veya ele geçmemiş eşya hakkında (Öntasarı 172) yürürlükteki yasada (Md. 511) yer alan eşyanın sahibinin bilinmesi ağırlatıcı sebep sayan hüküm Öntasarıya alınmamış, gerekcede (Sh. 98) nedeni de gösterilmemiştir. Ağırlatıcı sebebin öntasarıda yeralması yerinde olurdu.

e) Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu (Öntasarı 173) yürürlükteki yasada olduğu gibi (Md. 509) inancı kötüye kullanmanın bir çeşidi sayılmıştır. Halbuki yeni yabancı yasalar (Alman, İsviçre, Yeni İtalyan Yasaları) bu suçu sahtecilik bölümünde almışlar-

dır. Bu suretle saheciliğe atıf yapan hükme de (Öntasarı 173/3) ihtiyaç kalmaz. Esasen açığa imza ve takip edilerek ele geçirilcn kağıt suçlarında ihlal edilen hak kamununun itimadidir.

Ayrıca yürürlükteki Yasada (Md. 509) «hukukca hükmü haiz muamele» kaydının maddeye alınmaması sebebi gerekçede (sh. 122) gösterilmemiştir.

e) Dolandırıcılıkta (Öntasarı 174) «hulus ve saffetten istifade» unsuru kaldırılmıştır. Hulus ve saffet tabiri esasen yanlış tercüme edilmişti. Esas mağdurun «iyiniyet»inden (Hüsünüyetinden) istifade etmektir. Bu tercüme hatasının düzeltilmesi «iyi niyet» kavramının maddeye ilavesi doğru olurdu. Bu ilave maddeye eklenen (Öntasarı 174/2) hatadan istifade halinde doğalbilecek karışıklığı da önler. Ayrıca nitelikli dolandırıcılık (Öntasarı 175) hali genişletilmiştir. İsbetlidir, yalnız amacın daha belirgin olarak ifadesi yerinde olurdu.

f) Ehliyetsizliklerden faydalanma suçunda (Öntasarı 176) mağdurlar sayılmak (küçükler, mahcurlar ve kocama durumunda olanlar) suretiyle nazara alınmıştır (karşılaştırınız, yürürlükteki Yasa 505). Bunlar dışında kalanlar (Akli durumu ne tam, ne tam olmayan akıl maluliyeti derecesine ulaşmamakla beraber hareket tarzındaki anormallik açıkça görülen kimseler, bilgisizlik, çok kapalı bir hayat sürmekten dolayı tecrübesizlik gibi) ceza himayesinden yoksun bırakılmamalıydı.

g) Öntasarınının 177. maddesinde pansiyon, otel veya han gibi yerlerde kaldıktan yahut lokanta ve benzeri yerlerde yiyip içtikten sonra bedeli ödememe suç sayılmıştır. Bu bir alacak-borç ilişkisi-dir. Borcunu ödememenin suç kabul edilmediği bir sistemde, bunu suç kabul etmek çelişkidir. Ayrıca öngörülen ceza hafif hapis veya hafif para cezasıdır. Yani suç bir kabahat suçudur. Yukarda esasen kabahat suçlarının ceza yasasından çıkarılması gerektiği belirtilmişti.

h) Öntasarıda (Md. 181) yer alan ve «yataklık» başlığını taşıyan suç yürürlükteki Yasadaki suçun (md. 512) esas itibariyle aynıdır. Böyle olunca «yataklık» deyimini isabetli değildir, «cürüm eşyası»na ilişkin bir tabir daha isabetli olurdu.

«Bilerek» kabul şartı, herne kadar «kasıt» açısından lüzumsuz görülebilişe de bu suç açısından -yürürlükteki yasada olduğu gibi- muhafazası yerinde olur. Ayrıca bu suçun yürürlükteki Yasanın

296. (Öntasarı 401) maddesi ile ilgisi dolayısıyla «401. maddedeki hallerin haricinde» kaydının ilavesi doğru olur.

i) Akrabalığı tanımlayan hüküm (Öntasarı 184) herne kadar «yedinci bölümündeki suçlar»a hasredilmiş ise de, tanımlara ilişkin madde içine (Md. 4) aynı şekilde ilavesi doğru olur.

j) «Vahim ve acil bir ihtiyacı karşılamak için azdeğerde malı» çalmanın cezayı azaltıcı sebep sayılmasına ilişkin bir hükmün ilavesi gereklidir.

29) Müşterek hükümler :

Can ve malı korumanın cezasızlık sebebi sayılması hükmü (Öntasarı 185), yürürlükteki Yasadan (Md. 461) şöylece ayrılmıştır.

a) Yürürlükteki yasada (Md. 461) cezasızlık nedeni «...bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartı ile...» koşulluna bağlanmış iken, Öntasarı bu sınırlamayı kaldırmış ve böylece cezasızlık sınırını genişletmiştir. Hiçbir sınır olmadan bu derece geniş bir cezasızlık nedeni kabulü yerinde değildir. Maddede hiç olmazsa «başka türlü kurtulma olanağının bulunmaması şartı ile» sınırının getirilmesi gerekir.

b) 461/2. maddedeki ifrat halinin cezasızlık değil, tahfif sebebi olduğu hükmü benimsenmemiştir. Halbuki «sınırın aşılması» Öntasarıda (md. 29) hükme bağlanmıştır. Meşru müdafaada kabul edilen bir halin can ve mal korumada nazara alınmaması doğru değildir.

c) Cinsi münasebette yakalama (Öntasarı 186) yürürlükteki yasanın (md. 462), bazı değişikliklerle kabulü anlamındadır. Ceza o kadar azaltılmaktadır ki indirim (Altıda veya sekizde bire indirilmekte) cezasızlığa eşittir. Halbuki ağır tahrik hükmü yeterlidir. Karısını bu şekilde yakalayan kocaya öldürme hakkı tanıyan eski anlayış terk edilmelidir. Boşanmanın kabul edildiği bir sistem içinde bu hüküm anlamsızdır. Maddede ölüm cezasından bahsedilmesi teammüt halinde dahî cezanın indirilebileceğini göstermektedir ki bu çok sakıncalıdır.

d) Faili bilinmeyen adam öldürmeye ilişkin Öntasarı hükmü (md. 187) yürürlükteki Yasadan hemen hemen aynen alınmıştır (Md. 463). Sadece son cümle alınmamıştır. Madde iştiraki esas almak-

tadır. Bu durumda sorun iştirak hükümlerine göre çözümlenebilecektir. Doğru olan da budur. Bu nedenle maddeye gerek yoktur.

30) Ekonomik ağırlıklı suçlar :

Ekonomik ağırlıklı suçlar (Öntasarı 175, 180. maddelerde olduğu gibi) açısından özel yasalarla ilişki ve çelişkiler üzerinde durulmak gerekir, özellikle Bankalar Kanunu, Türk Parasının Korunması Kanunu, Gümrük Kanunu gibi Kanunlarla bu maddelerin kargaşa doğurması mümkündür. Ekonomik ağırlıklı suçların ceza kanununa serpilmesi yerine ayrı bir bölümde yer alması daha doğru olurdu. Sistematik yorum kolaylaşır. Çünkü bu suçlarda örneğin mal varlığına karşı değil, ekonomiye karşı işlenen suç vasfı hakimdir. Ya bu suçlar ayrı kanunlarda toplanmalı veya daha geniş bir araştırma ile düzenlenmelidir. Zira ekonomiyi sarsan yalnız bu bir kaç fiil değildir. Örneğin Hayali ihracaatı tahmini hükümlerle önlemek olanağı yoktur.

31) Genel tehlike yaratan suçlar :

a) Tasarı (Md. 189) yürürlükteki Yasanın üç maddesini (Md. 369, 370, 371) tek madde haline getirmiştir. Birinci bölümün adı da «Genel tehlike yaratan suçlar» dır, yürürlükteki kanunun «ammenin selameti aleyhinde cürümler» başlıklı yedinci Bab'ının Birinci Faslıının adını taşıyan «büyük tehlike» suçlarının karşılığıdır.

«Zarar tehlikesinin az olması» (Öntasarı 189/4) yürürlükteki Yasanın (Md. 371) «kıymetce az olmak» ibaresine oranla maksadı daha iyi yansıtmaktadır.

b) Yüzen yapılara ilişkin yürürlükteki Yasanın 377. maddesi Öntasarıya alınmamıştır. Bunun alınmaması eksikliklidir.

Suç konuları maddede sayılmıştır. Yargıtayımızın yalnız bunlar hakkında suçun işlenebileceğini içtihad etmiştir. «Gibi» kelimesinin maddeye konularak «genişletici» yorum sağlanmalıdır.

Madde de «kasten» kelimesi lüzumsuzdur, çıkarılması yerinde olur. Genel kurul gereğince zaten kasıt aranacaktır.

c) Öntasarınının 194. maddesinin gerekçesinde (sh. 134) failin hem nitelikli dolandırıcılıktan hem de bu madde hükmünden cezalandırılacağı açıklanmıştır. Bir fiilin çeşitli hükümleri ihlal halinde iki ayrı ceza verilemeyeceğine göre gerekçe hatalıdır ve değiştirilmelidir (Öntasarı Md. 54).

d) Öntasarının 196. maddesine «limanların yıkılmasına sebebiyet hali» açıkça ilave edilmelidir.

e) İnşaat kurallarına aykırılık (Öntasarı 199) suçunun gerekçesinde (sh. 136) fail «bir inşa veya yıkım işinin idareseini eline almış kişi» olarak tarif edilmiş olması sorumluluğu tahdit anlamına gelir. Bu sınırlama yerinde değildir. Kurala aykırı davranan herkesin sorumlu olması gerekir.

32) Kamunun sağlığına karşı suçlar :

Öntasarı (Md. 203) yürürlükteki Yasanın (Md. 394) kusurlarını taşımaktadır.

Maddede yer alan «içilecek sulara veya yenilecek ve içilecek her çeşit şeyler» kavramı, önemli bazı hususları (hava, diş macunu, sü-rülcek şeyler vb.) içermemektedir. Bunları da kapsayacak daha geniş bir kavram gereklidir.

b) Tağşiş, taklit, tağyir (Öntasarı 204) yürürlükteki Yasada (Md. 395) uygundur. Bununla beraber :

Sağlığın bozulması yolundaki şiddet sebebi yürürlükteki Yasada bu bölümdeki tüm suçlar için (Md. 407) kabul edilmiş olmasına rağmen Öntasarıda (Md. 216) uyuşturucu maddelere hasredilmiştir.

c) «Uyuşturucu madde»ye ilişkin (Öntasarı 212, 213, 214) hükümlerde :

— Uyuşturucu maddenin «Bakanlar Kurulunca tesbit ve ilan» edilmesi esası kabul edilmiş ise de, böylesine bir tesbit zorunluğu her şeyden evvel idari bir müdahale anlamını taşır. Kaldığı yürürlükteki metin bir maddenin uyuşturucu olup olmadığını yargı çevresi içinde tesbit usulünü tercih etmiştir. Bakanlar kurulu yanlış bir taktir ile yetkisini kullanmış olursa yargı denetimi dışında kalmış olacaktır. Kaldığı Öntasarıda (Md. 212/4) «Eroin, kokain, morfin» şiddet sebebi sayılmış, böylece Bakanlar Kurulunun yetkisi dışında bırakılmış, fakat «bu nitelikte olduğu Bakanlar kurulunca tesbit ve ilan olunan maddeler» hükmüne yer verilmiştir. Böylece Bakanlar Kurulu şiddet sebebinin alanını dahi genişletebilecektir.

— «esrar» yürürlükteki yasada şiddet sebebi iken Öntasarıya -isabetli olarak- alınmamıştır. Ancak esrarı Bakanlar Kurulunun diğerleri gibi şiddet sebebi sayması mümkündür.

Öntasarıda (212/2) yeralan Yabancı ülkede çekilen cezânın Türkiye'de çekilecek cezadan indirilmesine ilişkin hüküm isabetli bir hükmüdür. Bununla beraber «mahsup» hakkında kabul edilen genel hüküm (Öntasarı 14) mevcut iken, bu hüküm gereksiz bir tekrar niteliğindedir.

— «Teşekkür olmaksızın birden ziyade kimse tarafından toplu olarak» suçun işlenmesi (Tasarı 212/5) hali, kargaşa doğurmaktadır. «Toplu olarak işleme» nin koşulları da gösterilmemiş bulunmaktadır. Suçu işlemek için «önceden anlaşma» teşekkür için (Öntasarı 212/son) şart sayıldığına göre tereddüt daha fazla artmaktadır.

33) Kalpazanlık ve diğer suçlar :

a) Paraları taklit ve tağyir (Öntasarı 221, 222) yürürlükteki Yasanın aksine (Md. 316) ikiye ayrılmış, taklit ve tağyir eden ile bunda iştiraki olmayan hareketler ayrı hükme bağlanmış, cezaları farklı öngörülmüştür (Gerekçe sh. 14). Bu ayırım isabetlidir.

b) Kalpazanlıkta faal pişmanlık haline (Yürürlükteki Yasa 326) yer verilmemiştir. Böyle olunca genel hükümlerde yer alan faal pişmanlık (Öntasarı 20) hükmünün uygulanması gerekecektir ki her olayda netice alınmayacaktır, Yürürlükteki Yasa bu hali cezazırlık sebebi saymıştır.

c) Paraların kıymetini indirerek tağyir hali (yürürlükteki Yasa Md. 317) Öntasarıda nazara alınmamıştır.

d) Bilmeden aldığı kalp parayı «bilerek» tedavüle koymak (Öntasarı 223) suç sayılmış, yürürlükteki Yasada (Md. 320) yer alan «sarf etmek» hali açıklanmamıştır. Tedavüle koymak, sarf etmekten daha geniş bir terimdir.

e) Özel vasiyetnamelerdeki sahteciliğin resmi evrak sahteciliği gibi cezalandırılması (Öntasarı 240) isabetli olmuştur.

34) Halk guruplarını öldürmeğe tahrik :

a) Öntasarı 245. maddesinde bu fiili «kamu düzenine karşı suçlar» dan saymıştır. Bu ve benzeri konularda Anayasa ile ilişki (Anayasa 14, 18) nazara alınmak gerekirdi. Bu hükmün (Öntasarı 245) gerekçede «soykırım (katliam) adı verilen suç»u teşkil ettiğine (Sh. 158) işaret edilmiş ise de soykırım (genocide) karşılığıdır ve sadece «halkın bir kısmını diğer bir kısmına karşı silahlandırmak» anlamına gelmektedir.

b) Aynı bölümde pek ağır cezalarla cezalandırılan fiiller yanında para cezasını gerektiren suçların yer alması (parayı kabul etmeme suçu gibi Öntasarı 253) sistematik açıdan tutarsızdır.

35) Ulaşım araçları :

Ulaşım araçlarını kaçırma ve engelleme suçunda (Öntasarı 263) teşebbüs haline de tamamlanmış suça öngörülen cezanın verileceği hükme bağlanmıştır. Oysa teşebbüse tamamlanmış suçun cezasının verilmesi ancak çok ağır ve istisnai suçlar hakkında kabul edilebilir. İncelenen suçta ise bu nitelik mevcut değildir.

36) Genel ahlak ve adaba karşı suçlar :

a) Irza geçmek (Öntasarı 269) ile irza tasaddi (Öntasarı 271) arasındaki ayırım uygulamada büyük güçlük doğurmaktadır. Irza geçmeğe teşebbüsün yeterli sayılması daha isabetli olacaktır.

b) «Fucur» olarak isimlendirilen fiilin bağımsız suç sayılması lüzumludur. Pek yakın akraba arasındaki cinsel ilişkinin Medeni Kanunumuzun mehazı olan İsviçre Medeni Kanununun uyguladığı ülke ceza kanununda (Md. 213) İncest) suç sayılması, Mehaz İtalyan Ceza Kanununda da (Md. 337 suç olarak öngörülmesi, neslin korunması, sosyal tepki (standal), aile ahlakı gibi kavramları ihlal etmesi karşısında boşluk doldurulmalı idi. Eğer bu düşünce benimsenirse «Usul, furuğ, kardeşler» arasındaki ilişkiye indirgeli olmak, «cinsel temas» nazara alınmak, fail usul, furuğ ise velayet hakkından mahrum bırakılmak, skandal halinin «cezalandırmak koşulu» sayılmak üzere bir hükmün Tasarıya ilavesi yerinde olur.

c) Müstehcenlik (Öntasarı 277) para cezasının mevkuteler açısından ödenmezse üç yıl hapse çevrilmesini bertaraf etmek için şiddet sebebi sayılmadığı düşüncesi (Gerekç sh. 177) ve «Bilim ve sanat» eserinin saptanmasının kolaylıkla mümkün olduğu düşüncesi yerindedir.

Esasında müstehcenlik «tehlike suçu» olduğuna göre teşebbüs mümkün olmamak gerekir, fakat Tasarıda teşebbüs sayılması mümkün haller maddede sıralanmıştır.

Müstehcen «müstehçen olduğu için değil, belli bir düzenin bozulmaması için» suç sayılmıştır. Aksinin kabulü ahlak - hukuk ayırımını bozar. Bu sebeble ana koşul olarak «aleniyet» kabul edilmelidir.

Madde hükmü tek tek sayma usulüne bağlı kalmış, diğer hükümlerle insicam kaybolmuştur. Bunların hepsini kavrayacak deyimle yetinilmesi doğru olurdu.

d) Kaçırma ve alikomada (Öntasarı 283) yürürlükteki Yasanın (429 ve devamı) sistemi takip edilmiştir.

Reşit olanla «reşit kılınan»ın eşit sayılması ancak Medeni Kanun ile ceza kanunu arasında insicam sağlamak maksadı ile izah olunabilir. Esasında reşit kılınan yaşına göre işlem görmelidir.

Öntasarıda (Md. 283/1), yürürlükteki Yasada (Md. 430) reşit kılınmak açısından mevcut olan fark giderilmemiştir.

Fuhuşu meslek edinene karşı suçun işlenmesinin tahfif sebebi sayılması hükmünün (Yürürlükteki yasa 438) Öntasariya alınması isabetli olmuştur.

Evlenme halinde dava veya cezanın ertelenmesinin etkisini «zamanaşımı sınırına kadar» mevcut saymak (Öntasarı Md. 285, yürürlükteki Yasa 434) her olayda haklı değildir. Bunun bir süre ile sınırlandırılması yerinde olur ve bazı suistimalleri önler.

Ayrıca dava ve cezanın tecili hükmü ile «cezanın ertelenmesi» hükmünün (Öntasarı 80) uygulanması çelişki doğurmaktadır. Genel erteleme hükmünün uygulanmamasını sağlayacak hükme ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç özellikle evlenme vaadiyle kızlık bozma halinde (Öntasarı 274) kendini göstermektedir.

Kaçırılanın yaralanması veya ölmesi halinde cezanın arttırılması hükmünün (Öntasarı 287), yürürlükteki Yasadan (Md. 439) «Ölüm cezası» açısından ayrılması isabetli olmuştur.

Bununla beraber yaralanma veya ölümün «kaçırma yüzünden» olması şartının fiilin maddi unsurunun bütünlüğü içinde meydana gelmesinin şart olduğu gerekçede açıklanmalıdır.

37 — Aileye karşı suçlar :

Zina (Öntasarı 288) muhafaza edilmiştir. Halbuki zinanın suç sayılmaması, boşanma müessesesinin bu ihtiyacı karşılayacağı ile ri sürülmektedir.

a) Bununla beraber bazı isabetli değişiklikler yapılmıştır. Zinada kadın ve erkek açısından fark kaldırılmış, Anayasanın eşit-

lik ilkesi gerçekleştirilmiştir. Ayrıca cezanın infazı, boşanmanın kesinleşmesi şartına bağlanmıştır. Fakat bu açıdan hüküm infaz koşulu olarak kaleme alınmamalı, bir yargılama şartı olarak düzenlenmeli idi. Gereğede (sh. 183) bu konuya temas olunmamıştır. Ayrıca yeni düzenleme önemli ve çeşitli tartışmalara açık bulunmaktadır.

b) Takibin şikayete bağlanması doğru ise de bu koşulun «cürmün işlenmesinde ortak olanlar için de şarttır» hükmüne (Md. 289) yer verilmemeliydi. Zira şikâyet hakkının bölünmezliği kuraldır. Kaldığı bu kuralın sadece zinada zikredilmesi, diğer suçlarda bunun mümkün olacağı zannını doğurabilir. Bu itibarla ortaklaşa işlenen takibi şikâyete bağlı suçlarda sanık ayırt edilmeyeceği hükmünün genel hükümlere (Öntasarı 90) eklenmesi, zinadan çıkarılması isabetli olacaktır.

c) «bilmek» kaydına lüzum yoktur. Kasıt kavramı bilmeği gerektirir.

38 — Vatana İhanet Cürümleri :

a) «Vatana ihanet» terimi doktrinde, Anayasa'da ve kanunlarda kullanılmış olmasına rağmen tam bir tanımı yapılamamakta ve bu terimin hangi suçları kapsadığı kesin olarak bilinmemektedir. «Hiyaneti Vataniye Kanunu» (29 Nisan 336, RG. 7 Şubat 337 ve tadilleri), daha sonra 15 sayılı kanun kapsamı üzerinde duruluyordu. Öntasarı üçüncü kısımda Birinci Bölümde «Vatana İhanet Suçları» başlığı altında 309-315. maddelerdeki suçları bir araya toplamıştır. Fakat böyle bir tasnif vatana ihanet suçlarını çok daralmış hale getirmiş, örneğin «anayasayı ihlal» (Öntasarı 316) (Yürürlükteki Yasa 146), «Vatana İhanet» sayılmamıştır ki izahsız kalmaktadır. Vatana ihanetle bir sadakat görevinin ihlali bahis konusudur, «vatandaş» olmağı gerektirir. Halbuki Öntasarı bu kurala riayet etmemiştir (Bakınız Öntasarı 311/4).

b) Öntasarıda (Md. 309) Yürürlükteki Yasanın (Md. 125) «matuf fiil» terimi teknik bir terim olan «teşebbüs» haline getirilmiştir. Buna mukabil «Devlete karşı savaşa tahrik» suçunda (Öntasarı 311) «bu maksada yönetik fiiller» ibaresi kullanılmış, bu deyimler «...matuf fiil» (Yürürlükteki Yasa 127) ibaresinin karşılığı olarak muhafaza edilmiştir.

39 — Anayasa Düzenine Karşı Suçlar :

a) Öntasarıda (Md. 316) yürürlükteki Yasada (Md. 146) yer alan «Teşkilatı Esasiye Kanunu» terimi «Anayasa'nın Öngördüğü

Düzen» haline getirilmiştir. Yürürlükteki Yasada yer alan «cebre» kelimesi yerine «Anayasa hükümlerine aykırı olarak ve Anayasa'nın müsaade etmediği usuller» ibaresi kullanılmış, «cebir» kelimesine «manevi cebir»in dahil olup olmadığı yolundaki tartışmalar bertaraf edilmiştir. Fakat «cebir» unsuru maksadı daha iyi ifade etmektedir. «Anayasa'nın müsaade etmediği usul» terimi çeşitli yorumlara sebep olabilir. Manevi cebrin maddeye dahil olduğunun gerekçede açıklanması, «cebir» kelimesinin muhafazası daha doğru olurdu.

b) Yürürlükteki Yasanın 146. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve «cezası azaltılmış fer'i iştirak» şeklinde isimlendirilen hükmün Öntasarıda kaldırıldığı görülmektedir. Adı geçen üçüncü fıkra 27 Mayıs'tan sonra kanuna konmuş, iştirak hükümlerinin uygulanması halinin vereceği cezadan daha hafif bir ceza verilmesini öngörmüştür. Kaldırılmaması daha doğru olurdu. Çünkü bu kuralın kaldırılması cezanın çok fazla artmasına neden olmuştur.

c) Buna mukabil Öntasarıda (Md. 318) «Anayasa'nın hükümlerine aykırı olarak ve Anayasa'nın müsaade etmediği usullerle Meclisi ortadan kaldırmak» dan söz edilmekte ise de esasen Anayasa'ya uygun bir usulle Meclisi ortadan kaldırmak mümkün değildir. Meclisin feshi onu ortadan kaldırmak değil, yeni seçime gitmektir. Maddenin buna göre değiştirilerek kaleme alınması doğru olur.

40 — Yıkıcı Birleşmeler :

Yürürlükteki yasamızda 141 ve 142. maddelerde yer alan suçlar, Öntasarıda 325 ve 326. maddelerde yer almıştır. Öntasarının hükümleri, bir kaç değişiklik dışında, yürürlükteki yasanın aynıdır :

a) Maddelerde bazı sözcükler türkçeleştirilmiş, ayrıca teknik bir kavram olmayan «tevessül edenler» sözcüğü yerine, teknik bir kavram olan «teşebbüs edenler» kavramı kullanılmıştır. Bu değişiklik olumludur.

b) Yürürlükteki yasanın 141. maddesinin 1. bendinde yer alan, yasaklanan cemiyetlerden birden fazlasını yönetenlere ölüm cezası verilmesini öngören hüküm, Öntasarıya alınmamıştır. Bu da olumlu bir değişikliktir.

c) Yürürlükteki Yasada bu maddelerdeki suçların cezaları çok ağırdır. Özellikle yaşadığımız olağanüstü dönemde bu maddelerde yer alan bazı suçların cezalarında yapılan büyük arttırma

(22.1.1983'de 141/4. maddenin asgari haddi 8 kat, 142/3. maddenin asgari haddi 5 kat artırılmıştı), öntasarıda aynen muhafaza edilmiştir. Demokratik rejime dönüldüğü beyan edilen bir dönemde hazırlanan Öntasarıda, Olağanüstü dönemin getirdiği ve gerekli gördüğü değişikliklerin aynen muhafaza edilmesi isabetsizdir.

d) Maddenin 1. bendinde «cebir» unsuruna yer verilmemiştir. Yürürlükte bulunan yasanın bu maddelerini 1951 yılında değiştiren hükümet teklifinde «cebir» unsuru mevcut idi. Komisyonda, cebir unsurunun esasen maddenin içeriğinde mevcut bulunduğu gerekçesi ile çıkarıldı. Anayasa Mahkememiz de aynı hususu hükme bağlamıştır. Uygulamada ise bu konuda çelişik kararlara raslanmaktadır.

Öntasarıda bu unsurun açıkça belirtilmemesinin nedeni — gerekçede açıklama bulunmadığı için — bilinmemektedir. «Cebir» unsurunun açıkça yazılmasının gereksiz bir tekrar olduğu düşünülmüş olabilir. Ancak, Öntasarı açıklığa gereksinim duyduğu yerlerde bu şekildeki tekrarlara yer vermiştir. Örneğin aynı maddede (Yeni 325/1. maddede) yasak örgütleri «kurmaya teşebbüs edenlere veya kuranlara» aynı ceza öngörülmüştür. «Kurmaya teşebbüs etmek» kurmak gibi cezalandırıldığına göre, maddede ayrıca «kuranlara» sözcüğüne yer vermek gereksiz bir tekrar iken bu bilinerek yapılmıştır. Nedeni de gerekçede şu şekilde açıklanmıştır. Bu kelimenin (Teşebbüs edenler kelimesinin) kullanılmasından sonra artık «veya kuranlara» kelimesine ihtiyaç bulunmadığı, teşebbüsün ifade olunmasının suçun tamamlanmış şeklini evleviyetle kapsayacağı muhakkak olmakla beraber tereddüt yaratmamak için «kuranlar» kelimesi metin içinde muhafaza olunmuştur (Gerekçe sh. 206) Bu gerekçe «cebir» unsuru için de geçerlidir. Bu durumda maddeye «cebir» unsurunun ilavesi gereklidir. Unutulmamalıdır ki, bu maddelerin kaynağı ilan 1930 İtalyan Faşist Kanununda dahi «cebir» unsuruna yer verilmiştir.

e) Maddelerde yer alan kavramlar gerekçede tarif edilmişlerdir. Bu arada «iktisadi temel düzen» in «Özel teşebbüsü düzenleyen bütün İktisadi münasebetler nizamını ifade ettiği» beyan edilmiştir (Gerekçe sh. 206). Bu tarif hatalı ve sakıncalıdır. «Bütün kurallar» temel düzen ise, temel düzen olmayan kurallar nelerdir? Madde metnine göre «temel» olan ve olmayan düzen ayırımı yapılmak gerekirken, gerekçe özel teşebbüsle ilgili «bütün» kuralları «temel iktisadi düzen» saymak hatasına düşmüştür. Böyle bir kabul, yu-

karda belirtildiği üzere maddede «cebir» unsurunun yer almadığı da kabul edilecek olursa, sonuçta özel teşebbüs, aleyhine söz söylenemiyen bir hukuk düzenini de ifade edebilecektir.

41 — Milli Savunmaya Karşı Suçlar :

a) Askeri komutanlıkların gasbı suçunda yetkili makamlarca komutanlığı terk emrini yerine getirmemek hali Öntasarıda (Md. 333) tekrarlanmış, yalnız yürürlükteki kanunda «makbul sebep olmaksızın terk etmemek» kaydı (Md. 152) metne alınmamıştır. Bu kaydın maddede yer alması yerinde olur.

b) Yabancı hizmetine asker yazmak ve yazılmak suçu Öntasarıda (Md. 336) «hükümetin müsaadesi olmaksızın» kaydına bağlanmış, yürürlükteki yasada ise (Md. 148) «Hükümetin tasvibi olmaksızın» hükmü yer almıştır. Aradaki farka ilişkin açıklamaya gerekçede raslanmamaktadır.

42 — Devlet Güvenliğine ya da Siyasi Yararına İlişkin Bilgiler :

Öntasarının 343 ve 345. maddeleri «Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasi yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri» temin ya da açıklayan kişilerin cezalandırılmasını öngörmektedir. Maddelerdeki suçlarda «casusluk» maksadının bulunmaması gerekir. «Casusluk maksadı» mevcut ise uygulanacak bilgiler 344 ve 346. maddelerdir.

a) Maddelerdeki «Devletin..... iç veya dış siyasi yararları» kavramı ile bu yararlar açısından «gizli kalması gereken bilgi» kavramlarında açıklık mevcut değildir. Bu hali ile «kanunsuz suç ve ceza olmaz» kuralını zedeleyici bir nitelik taşımaktadır. Özellikle «İç siyasi yarar» değişik anlamlara çekilebilecek niteliktedir.

b) Bu sakınca «gizli kalma gereği» nin nasıl saptanacağı konusunda gerekçede yer alan hüküm ile daha da artmaktadır. Gerekçede (sh. 221) yargıcın bunu Bakanlar Kurulu'ndan soracağı, «gösterilecek gerekçeyi inceleyip değerlendirdikten sonra» kararını vereceği belirtilmiştir. Gerekçedeki bu açıklama, yukarıda belirtilen, «İç siyasi yarar» kavramının «siyasi iktidarın yararı anlamına çekilme olasılık ve sakıncasını arttırmaktadır. Ayrıca bu, yargıya müdahale anlamını da taşır.

Bu durumda sözü edilen hükümler basın özgürlüğü açısından büyük bir tehlike teşkil etmektedir.

43 — Kamu hizmeti ve görevlerine karşı suçlar :

a) Zimmet suçunda (Öntasarı 357), zimmete geçirilen şeyin Devlete ait olması şartının aranmadığı, kişilere ait olsa dahi Devlete tevdi ve teslim edilmiş şeyler hakkında da işlenebileceği hususu maddede veya gerekçede açıklanmalıdır. Öntasarının 358. maddesine bakılarak zimmetin Devlet malına karşı olduğu sonucuna varılabilir.

— Esasında Öntasarı (Md. 357), yürürlükteki yasanın aynı hükmünü (Md. 202) tekrarlamaktadır. Zimmete geçirilen şeyin Devlete ait olması kişilere ait olması ve kişinin hatasından istifade suretiyle zimmet (İrtikapta olduğu gibi) biçiminde üç ayrı suç kabülü daha doğru olurdu.

b) Öntasarıda (Md. 361/1) «Rüşvet alan, vait, teahhüt kabul eden»den söz edilmektedir. Halbuki 360. maddede rüşvet, konusu açısından tanımlanmıştır, 361/1. maddedeki kayıtların 360. madde-deki tanıma eklenmesi doğru olur. Ayrıca rüşvetin şartı olan «anlaşma» (Rüşvet mukavelesi) tanımında gösterilmelidir.

— Haksız bir amaç için rüşvet vermenin (Öntasarı Md. 362 f. 1) daha hafif bir suç sayılmasının doğru olmadığı, haksız bir amaç için rüşvet veren kişinin en az memur kadar suçlu sayılması doktrinde savunulmaktadır. Böyle olunca rüşvet alanla, haksız bir husus için rüşvet veren arasında ceza farkı bulunmamalıdır.

Ayrıca böylesine rüşvet verenler için «istenilen şeyin kısmen veya tamamen yapılmış olup olmamasının» cezaya etkili olması hususu rüşvet çeşitleri arasındaki dengeyi bozmaktadır.

c) Mühür bozma suçunun (Öntasarı 370) taksirli şeklinin (Yürürlükteki Yasa 274/3) tasarıya alınmaması nedeni gerekçede (Sh. 232) gösterilmemiştir.

d) Suç eşyasını ortadan kaldırmak suçunda (Öntasarı 371) «faal pişmanlık» hali için metinde «takibata başlanmadan evvel» meydana gelmesi şart koşulmuş, gerekçede (sh. 233) ise «kamu davası açılmadan» kaydına yer verilmiştir. Bu çelişkinin düzeltilmesi gerekir.

e) «Nüfuz Ticareti» adını taşıyan suç (Öntasarıda (Md. 374) hükme bağlanmış, nüfuz ticareti bahanesi ile para alana ceza veri-

lirken, para verenlere herhangi bir ceza öngörülmemiştir. Bu boşluğun doldurulması gerekmektedir. Parayı veren veya menfaat sağlayan kişi masum bir kişi değildir. Maddenin uygulanması için tavassut edilen işin meşru veya gayrimeşru olduğu arasında fark görülmemiştir. Fakat gayrimeşru iş için aracıya para veya menfaat sağlanmış ise daha fazla ceza verilmesi gerekir.

44) Devletin Egemenlik Alametlerine Karşı Suçlar :

Altıncı Bölümün adı «Devletin Egemenlik Alametlerine, Organlarına ve memurlara hakaret suçları»dır. Bu üç kavramın aynı bölümde birleştirilmeleri «sistematik yorum» açısından tenkit edilebilir.

a) Cumhurbaşkanına hakaret Öntasarıda (Md. 383) Adalet Bakanının iznine bağlanmıştır. İzin Bakanlıkça verilmesi bazı çelişkilere yol açabilir. Cumhurbaşkanı tarafından da izin verilmesi doğru olurdu.

b) Bayrağa hakaret Öntasarıda (Md. 384) Devletin Egemenlik alametlerine» karşı suçlar bölümünde, yürürlükteki Kanunda ise (Md. 145) Devletin arsi ulusal şahsiyetine karşı cürümler faslında yer almaktadır. «Egemenlik (Hakimiyet) alametleri» tabirinin yasal tarifi yoktur. Tasarının 418. maddesinde de yabancı devletin hakimiyet alametleri denmiş, yabancı devlet bayrağı için «resmen çekilmiş olmak» şartı aranmıştır. (Yürürlükteki K. 165) bu fark izahsızdır.

Tasarıda «aleniyet» şart koşulmuştur, isabetlidir.

c) «Manevi şahsiyete hakaret» (Tasarı 385) farklı açılardan tahlil edilebilir (Bk. yürürlükteki Y. 159).

— «Tezyif» kelimesinin teknik anlamı yoktur. «alenen tahkir etmek» kavramı yeterlidir. Tezyif aşırı uygulamalara yol açabilir. Gerekeçdeki açıklama (Sh. 239) yeterli değildir. «Hakaret ve tezyifin genel anlamdaki «hakaret ve söğme»den farklı olup olmadığında anlaşma yoktur. Fakat tezyif kelimesinin farklı anlamda kullanıldığı akla gelebilir. «Saygı görevinin ihlali» tezyif ise, konu daha tartışmalı hale ve «kanunsuz suç olmaz» kuralının ihlaline varabilir.

d) «Manevi şahsiyet» terimi yerine «Manevi varlık» teriminin tercihi daha isabetli olurdu (Anayasa 117). Hukukta «gerçek kişilik» «Tüzel kişilik» dışında bir kavram yoktur, «sembolleştirme» ihti-

yacının Anayasanın kullandığı «Manevi varlık» terimi daha iyi kar-şılamaktadır. Kaldı ki maddede «şahsiyet», gerekçede «varlık» ke- limeleri kullanılmıştır.

e) Yürürlükteki Yasada (Md. 159) yer alan «Cumhuriyet» ke- limesi Tasarıya alınmamıştır. Her halde «Türk Devleti» terimine Tasarıda yer verilmiş olması sebep olabilir. Gerekçede bunun açık- lanması gereklidir.

f) Öntasarıda (385/3) askeri veya emniyet kuvvetlerinin «tü- münü temsil edici bir kısmına hakaret»in de manevi kişiliğe yö- nelik hakaret olarak, cezalandırılacağını hükme bağlamıştır. Bu hüküm suçun alanını çok genişletmektedir. Ayrıca belirli kişiler ile kurumu aynı sayılır gibi bir hataya düşmektedir. Bu nedenlerle sa- kıncalı bir hükümdür.

g) Yürürlükteki yasada (159/1) «manevi şahsiyet» terimi yal- nız «Hükümet» ve «Adliye» için, Tasarıda ise «Manevi şahsiyet» sa- dece «Adliye» için kullanılmıştır. Bu açıdan bir ayırım haklı değil- dir. Madde kişileri değil, belli kavramlara duyulan «milli duygu»yu korumaktadır. Bu duygu ise kurumların manevi kişiliklerine du- yulur.

45) Adliyeye karşı suçlar :

1) İkrarı sağlamak :

Suçü söyletmek için işkence (Tasarı 389) suç sayılmıştır.

a) «Kanunen sorguya çekmek yetkisine sahip olanlar» mad- dede suç faili olarak gösterilmiştir. İşkenceyi çok kez bu yetkiye kanunen sahip olmayanlar yapar. Gerekçede (Sh. 240) «Kanunen sa- nıkları sorguya çekmek yetkisine sahip bulunmayan görevliler bu suçun faili olamazlar» denilmekte ise de bu doğru değildir. «Suçu söyletmek için işkence edenler» denilmekle yetinilmelidir. Yürür- lükteki Yasada (md. 243) Öntasarıdaki bu sınırlama yoktur.

b) Suçun amirin «etkileyici müdahalesi ile» işlenmesi halin- de suçü işleyenin cezasından indirim yapılması hükmü (Öntasarı 389/4) yürürlükteki yasada (Md. 243) yoktur. Gerekçede (sh. 241) «amirin azmettiren veya teşvik veya tahrik eden sıfatıyla iştirakten dolayı cezalandırılacağı» kaydedilmiş ise de bu konu «amirin emri» ile ilgilidir. Böyle olunca «konusu suç teşkil eden emri yerine geti- ren ile emri veren sorumlu olur» (Öntasarı 26/3) hükmü karşısın- da bu ceza indirimini haklı görmeğe olanak yoktur. Bu indirimde,

konusu suç teşkil eden emir sözkonusudur. Böyle bir emrin ceza indirimine neden olması Anayasa'ya da (Md. 137) aykırıdır.

c) İşkence, Ülkemiz tarafından da onanmış Milletlerarası anlaşmalarla bir «insanlık suçu» olarak kabul edilmiştir. İnsanlık suçu için öntasarıda kabul edilen ceza miktarları, diğer suçlara oranla, son derece azdır. Örneğin gece vakti yapılan hırsızlığın cezası 3 yıldan, basit yağmanın cezası 5 yıldan ya da bir dernek mensubunun kamuya ait bir levhaya siyasi amaçlı bildiri asması fiilnin cezasını 2 yıldan başlatan öntasarıda, insanlık suçunun cezasının 1 yıldan başlatılması düşündürücüdür. Ceza politikası ve ceza adleti açısından büyük sakıncalar içermektedir.

2) İftira :

a) İftira suçuna (Öntasarı 390) disiplin takibatına ilişkin hükmün ilavesi (Yürürlükteki Yasa 285) isabetli olmuştur. Ancak disiplin takibatı «Adliye karşı suç» sayılamaz. Bu itibarla yedinci bölümün adının «Adalet karşı suçlar» olarak değiştirilmesi yerinde olur. Disiplin takibatının neticesine göre iftira edenin cezasının artırılması açısından (suç isnadında olduğu gibi) şiddet sebebini gösteren bir hükmün kanuna ilavesi gereklidir.

b) «Suçsuz olduğunu bildiği kimseye» suç isnat etmek kaydı çok kez haksız beraatlere sebep olmaktadır. Suçsuz kişiye iftira mümkündür, bunun bilinmiş veya bilinmemiş olması «kasıt» konusuna girer, özellikle maddede zikredilmesi yanlış yoruma sebep olabilir.

c) Kendisini (veya yakınlarını) kurtarmak maksadı ile başkasına iftira etmenin cezayı indirici sebep sayılıp sayılmayacağı üzerinde durulabilir (karşılaştırınız : Yürürlükteki Yasa 285, 288, 296/2).

d) Takibattan evvel iftiradan dönmenin cezayı indirici sebep sayılması (Öntasarı 290/6) yerine «faile ceza verilmemesi»nin daha doğru olacağı, ceza siyasetine daha uygun düşeceği, esasen «eksik teşebbüs» hükmüne benzer bir durumun (Öntasarı 18/2) meydana geldiği düşünülebilir.

TÜRK CEZA YASASI ÖNTASARISINA GÖRE FER'İ CEZALAR

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Avukat Teoman Evren'in İstanbul
Barosunca düzenlenen panelde
yaptığı konuşma,

TÜRK CEZA YASASI ÖNTASARISINA GÖRE FER'İ CEZALAR

Fer'i Cezalar Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Birinci Kitabında **MÜEYYİDE Başlıklı Birinci Kısmın CEZALAR Başlıklı Birinci Bölümünde** yer alan 56. maddesinde sayılarak gösterilmiştir. Öntasarının **ÜÇÜNCÜ Bölüm Fer'i CEZALAR Başlıklı kısmının** 71, 72, 73, 74, 75, 76. maddelerinde tanımları yapılmış, özellikleri açıklanmış, tesirleri ve uygulama şekilleri gösterilmiştir.

Öntasarının İkinci Kitabını oluşturan Özel Hükümler kısmında ise FER'i cezaların düzenlendiği Özel haller öntasarının 147, 211, 218, 262, 304, 366, 381, 397, 403, 416 ve 346. maddelerde belirtilmiştir.

Öntasarının 56. maddesine göre :

Cürüm ve kabahatlere mahsus fer'i cezalar,

1 — KAMU HİZMETLERİNDEN YASAKLAMA CEZASI,

2 — BİR MESLEK VEYA SANAT VEYA TİCARETİN İCRASININ TATİLİ CEZASI,

3 — İŞYERİNİN KAPATILMASI CEZASI,

4 — MÜSADERE CEZASI,

olmak üzere 4 ayrı ceza olarak saptanmıştır.

Böylece :

a — Fer'i cezaların 56. maddede sayılan cezalarla sınırlı olduğu bunların dışında başka bir fer'i cezanın bulunmadığı;

b — Bu maddede sayılan tüm cezaların fer'i ceza niteliğinde bulunduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz sisteme dayalı olarak Öntasarı, TCK. nun 28. maddesinde düzenlenen ve bir fer'i ceza olduğu yasada kabul edilen **EMNİYETİ UMUMİYE İDARESİNİN NEZARETİ MAHSUSASI ALTINDA BULUNDURMAK CEZASI İLE 33. maddesinden düzenlenen kanuni mahcuriyet cezasını kaldırmıştır.**

Halen belirtmeliyiz ki TCK. nun 33. maddesinde fer'i bir ceza olarak düzenlenmiş bulunan kanuni mahcuriyet hali Öntasarının güvenlik tedbirleri bölümünde yer almıştır. Hapis cezasına

hükmedilen failin cezasının infazı süresince mahcuriyet halinde bulundurulabilmesine öntasarı olarak tanımaktadır. Ayrıca Medeni Kanununun 357. maddesi zaten «bir sene veya daha ziyade hürriyeti bağlayıcı ceza ile mahkûm olan her reşit için bir vasi nasbolunacağını» amirdir. Bu kural karşısında, aslında TCK. nun 33. maddesinin uygulanmasına gerek bulunmamaktaydı. Kaldırılmasının da herhangi bir değişikliğe neden olması mümkün değildir.

Ancak EMNİYETİ UMUMİYE İDARESİNİN NEZARETİ MAHSUSASI ALTINDA BULUNDURULMAK cezasının öntasarı ile tamamiyle kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir değişiklik kanımızca çok yerinde ve isabetlidir. Ancak 15.4.1987 gün 3352 sayılı yasa; bu cezayı öntasarıya bırakmadan kesin olarak kaldırmış çok isabetli ve yeniden bir sonuca ulaşmıştır.

1 — KAMU HİZMETLERİNDEN YASAKLANMA CEZASI :

A — T A N I M

Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının öntasarınının 71. maddesinde tanımı yapılmış, kapsamı ve genel esasları gösterilmiştir.

MADDE 71 — Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası, **AKSİ KANUNDA BELİRTİLMİYEN HALLERDE üç aydan beş yıla kadardır.**

Bu ceza, ayrıca kanunda belirtilmeyen hallerde hükümlüyü;

1 — Seçmek ve seçilmek ehliyetinden ve diğer siyasi haklardan,

2 — Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, İl, Belediye, Köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlar tarafından tevcih edilen seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerden,

3 — Furuun üzerindeki vesayet ve kayyumluk halleri hariç olmak üzere, vesayet ve kayyumluğa ait bir hizmette bulunmaktan,

4 — Devletçe veya yetkili ilmi komisyonlarca tevcih olunan rütbe, ünvan, nişan ve madalyalardan.

5 — Yukarıdaki bentlerde yazılı her türlü sıfat, hizmet ve memuriyetlerden birinin bahsettği haklardan ve bunları yeniden elde etmek ehliyetinden mahrum eder.

Öntasarının 71. maddesinin metninden yasaklama cezasının sınırlı olarak sayılan 5 halden mahrumiyeti ifade ettiği açıkça anlaşılmaktadır. **KAMU HİZMETLERİNDEN YASAKLAMA DEYİMİ** Öntasarının bu yaptırımını uyguladığı özel hükümlerinde de aynen kullanılmıştır. Bu nedenle daha dar bir halde örneğin MEMURİYET-TEN MAHRUMİYET gibi uygulanamaz.

B — ÖZELLİKLERİ :

1 — Kamu hizmetlerinden yasaklama fer'i bir cezadır. Bu özellik öntasarının 56. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Tedbir niteliği yoktur. Hükümde ayrıca gösterilmesi şarttır. Hükümde gösterilmemiş olması hükümlü için kazanılmış hak teşkil eder.

2 — Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası sürelidir. Ayrıca süre bakımından da sınırlıdır. TCK. da yeralan ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının böylece öntasarı ile kaldırılması düşünülmüştür. Kamu hizmetlerinden yasaklama cezasına süre yönünden iki ayrı sınır getirilmektedir.

a — Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası **AKSİ KANUNDA BELİRTİLMEDİKÇE üç aydan beş yıla kadardır.** Aksi kanunda belirtildiği takdirde beş yıldan fazla da olabilecektir. Nitekim 217. maddede uyuşturucu madde imal ve ticareti ile uğraşanlar hakkında beş yıldan fazla amme hizmetlerinden yasaklama cezasına hükmedilebilmesi öngörülmüştür. Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası getiren 381, 416 ve 436. maddelerde beş yıllık sınır (beş yılı aşmamak üzere) veya (beş yılı geçmemek üzere) şeklindeki ifadelerle korunmuştur.

b — Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası ayrıca hiçbir halde hükmedilen **şahsi hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçemez.** Bu sınırlama genel hükümlerde yeralan 75. maddede belirtildiği gibi, özel hükümlerde yeralan 217, 381, 416 ve 436. maddelerde de **(Hükmedilen şahsi hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçmemek üzere)** Yahut **(asıl ceza süresine eşit olarak)** biçimindeki tümcelerle ifade edilmiştir.

Böylece öntasarıya göre, asli ceza süresini geçmeyecek şekilde üç ay ile beş yıl arasında bir süre istisnai olarak da 217. maddede düzenlendiği gibi 5 yıldan fazla ancak asli ceza süresine eşit bir süre amme hizmetlerinden yasaklama cezası tayini mümkün olacaktır.

3 — Öntasarının 75/1. maddesine göre kamu hizmetlerinden yasaklama cezası uygulanacak kimseler bakımından da sınırlandırılmıştır. Bu ceza ancak memuriyet sıfatının suçun unsurunu veya **ağırlaştırıcı sebebini teşkil ettiği hallerde memura uygulanabilecektir.** Yani cezanın muhatabı memurdur. Memura uygulanabilmesi de memuriyet sıfatının suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebini teşkil ettiği hallerde sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Memur olmayanlara yasaklama cezasının uygulanması bu gibi kimselerin memurlarla birlikte iştirak halinde suç işlemleri durumunda Öntasarının 41 ve 42. maddeleri gereğince mümkün olabilecektir.

4 — Yasaklama cezasının mütemmim ceza olarak hükümde gösterilmesi şarttır. Bir ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak kararda gösterilmese bile uygulanması mümkün olmayacaktır.

TCK. nun 31. maddesi : Beş seneden fazla ağır hapse mahkumiyet müebbeten ve üç seneden beş seneye kadar ağır hapse mahkumiyet hükmolunan cezaya eşit bir süre «hidematı ammeden memnuiyet» cezasının uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Yasaklama cezası fer'i niteliktedir. Kararda ayrıca gösterilmemiş olsa bile mahkumiyete bağlı olarak hükümlü hakkında kanun gereği uygulanır. Kararda yasaklamadan bahsedilmemiş olması hükümlü için kazanılmış bir hak doğurmaz. Yargıtayımız TCK. nun 31. maddesindeki açık kurala dayalı olarak ağır hapse mahkumiyet hidematı ammeden amhrumiyet cezasını da müstelzim olduğundan ceza mahkumiyetinin neticesi olan bu kabil cezaların hükümde ayrıca gösterilmesine gerek bulunmadığı içtihadındadır.

Öntasarının önemli değişikliklerinden biri yargıca yasaklanma cezasını kararda gösterme zorunluluğunu getirmiş olmasıdır. Kararda gösterilmemiş ise bu ceza uygulanamayacak ve hükümlü yararına kazanılmış hak teşkil edecektir.

C — UYGULANMASI VE TESİRİ

Yasaklanma cezasının uygulanmasında iki şekil vardır.

1 — Hakimin takdirine tabi olarak uygulanan ihtiyari yasaklanma,

2 — Yasa gereğince zorunlu olarak uygulanan yasaklanma cezası,

Birincisi Öntasarının Genel Hükümler kısmında yer alan 75/1. maddede, ikincisi Özel Hükümler kısmının çeşitli maddelerde düzenlenmiştir.

1 — Öntasarının 75/1. maddesi hangi hallerde hakimın takdirine bağılı olarak yasaklama cezasına hükmedilebileceğini saptamıştır. 75/1. maddede «Memuriyet sıfatının suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebini teşkil ettiği hallerde 71. maddenin gösterdiği sınırlar içinde kalmak ve herhalde hükmedilen şahsi hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçmemek üzere, hakimın takdirine göre, fail hakkında verilecek cezaya ek olarak kamu hizmetlerinden yasaklama cezasına da hükmedilebilir. Kanunun bu cezayı ayrıca koyduğu haller saklıdır» denilmemektedir. Madde metninden yasaklanma cezasına hükmetmenin bir zorunluk olmadığı, tamamen hakimın takdirine bırakıldığı, açık şekilde anlaşılmaktadır. Ancak hakimın takdir hakkını kullanıp kullanmadığını hükümde tartışması gerekmektedir. Hakim takdir hakkını yasaklanma cezasının uygulanması doğrultusunda kıllanmak istediği takdirde dikkate alınması gereken hususlar gerekcede şu şekilde açıklanmıştır.

a — Asli failin bir memur olması,

b — İşlediği suçun bir unsurunu memuriyet sıfatının teşkil etmesi veya ağırlatıcı sebebini oluşturması,

c — Hakimın fail hakkında fer'i olarak böyle bir cezanın hükmedilmesinde toplum savunması bakımından yarar bulunduğu kanaatine varması ve buna ilişkin gerekçeyi kararında göstermesi,

Hakim bu koşulların varlığı halinde yasaklanma cezasına hükmedilebilecek ise de cezanın miktarı itibariyle getirilen alt ve üst sınırın içinde kalacak ve hiçbir halde asli ceza sınırını aşamayacaktır.

2 — Öntasarının özel hükümler kısmında bazı maddelerde örneğin 217, 381, 416 ve 436. maddelerinde yasaklanma cezasının zorunlu olarak uygulanacağı haller gösterilmiştir.

Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası ilke olarak, asli cezanın infazından sonra uygulanacaktır. Ancak asli ceza erteleme, özel af gibi nedenlerle infaz edilemiyorsa, erteleme ve özel affın fer'i cezaları kapsamaması halinde, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren uygulamaya konulacaktır. Asli cezanın infazı sırasında da yasaklanma cezası tesir icra edecek, yani hapis cezası infaz edilirken de hükümlü yasaklanma cezasının gerektirdiği mahrumi-

yet halinde bulunacaktır. Zira hükümlünün ceza evinden çıktıktan sonra kullanamayacağı hakları ceza evinde iken kullanabileceğini kabul etmek mümkün değildir. Fakat yasaklanma cezasının fiilen ve hukuken başlaması asli cezanın infazının sona erdiği veya cezanın düştüğü tarihtir.

Asli ceza erteleme ve özel af veya düşme gibi nedenlerle infaz edilemediği takdirde yasaklanma cezasının uygulanabilmesi için ertelemenin fer'i cezayı kapsamaması, yani asli ceza ertelendiği halde fer'i cezanın ertelenmemiş olması veya af tasarrufunda asli cezanın infaz edileceğinin ayrıca belirtilmiş bulunması lâzımdır.

Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının memurlara ve memuriyet sıfatının suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebinin teşkil ettiği hallerde uygulanması önemli bir ayrıcalıktır. Memur olmayanlara kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası verilemeyecektir. Böylece aynı suçu işleyen şahıslardan memur olmayanların cezanın getirdiği mahkumiyetlerden etkilenmemesi önemli bir eşitsizlik ve adaletsizlik olasaktır.

II — BİR MESLEK VEYA SANATIN VEYA TİCARETİN İCRASININ TATİLİ CEZASI

Bir meslek veya sanatın veya ticaretin tatili cezası kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının benzeri mahiyette bir fer'i cezadır. Kamu hizmetlerinden yasaklanma cezası öngörülen hallerde, suç failinin meslek ve sanat mensubu olması veya ticaretle meşgul bulunması halinde tatil cezası söz konusu olmaktadır. Öntasarının 74 ve 75. maddelerinde tatil cezası için Yasaklanma cezasına paralel hükümler getirilerek müşterek düzenlemeler yapılmıştır. Yasaklanma cezası üzerinde yapmış olduğumuz açıklamalar tatil cezası için de aynen geçerli bulunmaktadır. Bir meslek veya sanatın veya ticaretin icrasının tatili cezası suç failinin memur olmaması nedeni ile kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının uygulanmadığı şartlarda failin meslek, sanat, ticaretle uğraşan kişilerden olması halinde seçenek bir ceza olarak düşünülmüştür.

A — T A N I M :

Öntasarının 72. maddesinde tanımı yapılmış ve genel esasları belirtilmiştir.

Madde 72 — Bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının tatili cezası, aksi kanunda belirtilmeyen hallerde üç günden iki yıla kadardır.

Bu ceza hükümlüyü tatil süresince suçta vasıta kılınan meslek veya sanat veya ticaretin şahsen icrasından mahrum eder.

B — ÖZELLİKLERİ :

1 — **Bir meslek veya sanatın veya ticaretin tatili cezası da fer'i bir cezadır.** Tedbir niteliği sözkonusu değildir.

2 — Tatil cezası da sürelidir. İki bakımdan sınırlama mevcuttur.

a — Aksi kanunda belirtilmeyen hallerde tatil cezası 72. maddeye göre **üç günden iki yıla kadardır.** Aksi kanunda belirtilmiş ise iki yıldan fazlaya da hükmedilebilir. Öntasarının 311, 217 ve 304/son maddelerinde (Hapis cezasına eşit olarak) ve 416. maddesinde (Şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı geçmemek üzere) denmek sureti ile iki yıldan fazla tatil cezası tayin edilebileceği kabul edilmektedir.

b — **Tatil cezası hiçbir halde faile hükmedilen hapis cezası süresinden fazla olamaz.** Bu sınırlandırma yukarıda sözü edildiği üzere Öntasarının bazı maddelerinde, (Hapis cezasına eşit olarak) veya (şahsi hürriyeti bağlayıcı cezayı geçmemek üzere) tümceleri ile ifade edilmiştir.

3 — Tatil cezası ayrıca uygulanacak kimseler bakımından da sınırlı bulunmaktadır. **Cezanın muhatabı meslek ve sanat mensubu olanlarla, ticaretle meşgul olanlardır.**

Öntasarının 75/2. maddesinde «Bir meslek ve sanat mensubu olmanın veya ticaretle meşgul bulunmanın suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebi teşkil ettiği hallerde de 72. maddenin gösterdiği sınırlar içinde kalmak ve herhalde hükmedilen şahsi hürriyeti bağlayıcı asli ceza süresini geçmemek üzere, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır» denmek sureti ile genel olarak bir meslek ve sanat mensubu olmanın veya ticaretle meşgul bulunmanın suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebinin teşkil ettiği hallerde meslek ve sanat mensubu veya ticaretle meşgul kimselere tatil cezasının uygulanabileceği gösterilmiştir.

Yukarıya aynen aldığımız metinden 75/1. fıkrasında düzenlenmiş olan kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının bir meslek ve sanat mensubu olanlarla ticaretle uğraşanlara da uygulanacağı şeklinde anlam çıkmaktadır. Ancak gerekçeden anlaşıldığı üzere maddenin ikinci fıkrasında bir meslek veya sanatın veya ticaretin tatili cezasının uygulanmasının düzenlendiği kesinlikle anlaşılmak-

tadır. Kanımızca 2. fıkranın ifade edilmek istene amacı kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açık ve anlaşılır şekilde düzenlemesi gerekli bulunmaktadır.

Öntasarıda tatil cezasının uygulanabileceği kimseler sınırlı bir şekilde sayılmıştır. Meslek ve sanat mensubu olmayanlara veya ticaretle meşgul bulunmayanlara tatil cezasının uygulanabilmesi bunların meslek ve sanat mensubu olanlarla veya ticaretle iştigal edenlerle birlikte iştirak hükümlerine göre suç işlemeleri halinde öntasarının 41, 42. maddelerine göre mümkün olabilecektir.

4 — Tatil cezasının da yasaklanma cezası gibi hüküm de gösterilmesi şarttır. Bir ceza mahkumiyetinin kanuni neticesi olarak uygulanması mümkün değildir. Hangi hallerde ve hangi suç failleri için tatil cezasının uygulanacağı öntasarıda gösterilmemiştir. Böylece öntasarı tatil cezasını bir ceza mahkumiyetine bağlı olarak hükümde gösterilmese bile uygulanmaktan çıkarmış, ancak hükümde gösterilen hallerde uygulanabilir hale getirmiştir.

C — UYGULANMASI VE TESİRİ

Tatil cezasının da iki uygulanma şekli vardır :

1 — Hakimın takdirine bağlı olarak ihtiyari uygulanan tatil cezası,

2 — Zorunlu olarak uygulanan tatil cezası,

Birinci hal öntasarının Genel Hükümler bölümünde yer alan 75. maddede, ikinci hal ise tasarının özel hükümlerinde düzenlenmiştir.

a — Tasarının 75/2. maddesi hangi hallerde hakimın takdirine bağlı olarak tatil cezasına hükmedileceğini göstermiştir. Tatil cezasının hakimın takdirine göre hükmedilebilmesi koşulları yasaklanma cezasının hakimın takdirine göre hükmedilebilmesi koşullarının aynıdır. Şu farkla ki burada birinci şart olarak bir meslek veya sanat sahibi olmanın veya ticaretle meşgul bulunmanın suçun unsurunu veya ağırlatıcı sebebini teşkil etmesinin saptanması gerekir.

b — Öntasarının 211, 217, 304/son, 403 ve 416. maddelerinde tatil cezasının zorunlu olarak uygulanacağı haller gösterilmiştir.

Tatil cezasının uygulanması bakımından kapsamı öntasarının 72/2. fıkrasında açıklanmıştır. **Buna göre tatil cezası hükümlüyü**

tatil süresince suç vasıta kılınan meslek veya sanat veya ticaretin şahsen icrasından mahrum eder. Böyle bir kural zevkedilmekle suçun işlenmesinde rol oynamayan bir meslek veya sanat veya ticaretin bu madde kapsamı dışında kalması ve hükümlünün bütün maişet imkânlarının ortadan kaldırılması sureti ile cazadan beklenen amaçlara tam ters düşen bir sonucun ortaya çıkmasının önlenmesi istenmiştir. Uygulamada suçlunun birden fazla meslek veya sanata sahip olması veya birden fazla işyerinin bulunması halinde tatil cezasının nasıl uygulanacağı tereddütü mucip olmaktadır. Bu nedenle Yargıtay kararlarında genel mahiyette meslek ve sanatın tatiline hükmolunmayıp cürme vasıta kılınan meslek veya sanatın veya ticaretin icrasının tatiline karar verilmesinin gerektiği vurgulanmıştır. Öntasarının sözü edilen kuralı kuşkuları gidermek amacı ile düzenlenmiştir. Böylece tatil cezasının uygulama biçimi de açıklığa kavuşturulmuştur. Zira cezanın işyerinin kapatılması sureti ile mi?, suçlunun ticaret sicilindeki kaydının silinmesi şeklinde mi uygulanacağı yolunda tartışmalar sürmektedir. Öntasarının gerek 72/2. maddesinde, gerekse 211 ve 304/son maddelerinde «failin cürme vasıta kıldığı meslek veya sanat veya ticaretin icrasının tatilinden» sözedilmiş ve böylece ceza faile şahsen uygulanan bir niteliğe kavuşturulmuştur.

Tatil cezası da yasaklanma cezası gibi asli cezanın infazından sonra uygulanacaktır. Yasaklanma cezası üzerinde yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

III — İŞYERİNİN KAPATILMASI CEZASI

İşyerinin kapatılması cezası Öntasarının 73. maddesinde yer almıştır. İşyerinin kapatılması cezası aksi kanunda belirtilmeyen hallerde ÜÇ GÜNDEN İKİ YILA kadardır. 74. maddenin son fıkrasına göre işyerinin kapatılması cezası, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren uygulanır.

Öntasarının Özel Hükümlerindeki 211. maddeye göre kamunun sağlığına karşı suçlar bölümünde yeralan 204 ile 208. maddelerde belirtilen cürümlerinden birine mahkumiyet halinde, ayrıca tertip olunacak ceza süresine eşit olarak failin cürüme vasıta kıldığı meslek veya sanat veya ticaretin icrasının tatiline ve fiilin işleniş şekil ve niteliğine göre ONBEŞ GÜNDEN ÜÇ AYA KADAR işyerinin kapatılmasına da hükmolunur. Ancak işyeri bulunduğu mahal için büyük önem taşıdığı takdirde işyerinin kapatılmasına karar verilemez. 304. maddenin son fıkrasına göre de bu maddede yazılı cü-

rümlerden birine mahkumiyet halinde onbeş günden üç aya kadar işyerinin kapatılması cezasına hükmolunur.

Öntasarının hükümlerine göre işyerinin kapatılması cezasının özellikleri şu şekilde özetlenebilir.

1 — İşyerinin kapatılması cezası **fer'i bir cezadır.**

2 — **Hükümde gösterilmesi zorunludur.** Aksi halde uygulanamaz ve fail için kazanılmış hak teşkil eder.

3 — **Sürekli**dir. Aksi kanunda belirtilmeyen hallerde **üç günden iki yıla kadardır.** Öntasarıda bunun aksine süre tesbit eden bir hüküm yoktur.

4 — **Cezanın muhatabı işyeri sahibidir.** Yani bir bakıma meslek veya sanat mensubu olanlar veya ticaretle meşgul bulunanlardır.

5 — Bu ceza **tatil cezasından farklı olarak sadece iş görülen yerin, örneğin dükkânın, atölyenin, izinsiz ders okutulmuş mahallin ve benzeri işyerlerinin kapatılmasını ifade etmektedir.** İşyeri kapatılan kişinin başka yerlerde sanatını veya işini icra etmemesi konusunda genel bir yasağı kapsamaz.

6 — **Kapatma cezasının uygulanabilmesi için asıl cezanın ertelenmemiş olması şarttır.** Asıl cezanın ertelenmesi halinde kapatma cezası uygulanamaz.

7 — **İşyerinin kapatılması cezası kanunda gösterilen hallerde zorunlu olarak uygulanan bir cezadır.** Ancak öntasarının 211 ve 304/son maddelerine göre işyeri bulunduğu mahal için büyük önem taşıdığı takdirde hakim kapatma cezasına hükmedemez.

8 — İşyerinin kapatılması cezası yasaklama ve tatil cezalarının aksine **hükümün kesinleştiği tarihten itibaren uygulanır.** Asıl cezanın infazını beklemeye gerek yoktur. Bu nedenle hapis cezası infaz edilirken, işyerinin kapatılması cezasının infazına engel bir hal bulunmamaktadır.

SÜRELİ FER'İ CEZALAR HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Fer'i cezalardan kamu hizmetlerinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının tatili, işyerinin kapatılması cezaları sürelidir. Bu nedenle sürenin sona ermesi ile ceza da son bulacağından TCK.nun da yeralan memnu hakların iadesi bölümüne gerek kalmamıştır.

Sürelî olan bu üç fer'i ceza da Öntasarının Genel Hükümler kısmında yer almaktadırlar. **Cezaların süresi aksi kanunda belirtilmeyen haller şartına bağı olarak saptanmış** yasa da veya özel yasa da daha uzun sürelî fer'i cezalara hükmedilebilmesi esasî öngörölmüştür. Nitekim öntasarıda bile daha uzun sürelî fer'i ceza tesbit edildiğini görmekteyiz.

Ceza yasalarının Genel Hükümlerinde cezaları nev'i ve miktar itibari ile tesbit eden kurallar ana ilke niteliğindedir. Bu nedenle genel hükümlerde yeralan bir cezanın daha fazlasını yasa koyucunun tesbit edememesi gereklidir. Cezaların azami ve asgari sınırları tesbit edilmişse herhangi bir özel kanunun bu sınırların üzerine çıkmaması zorunludur. Genel Hükümlerde yeralan cezaların sınırları kanun vazını özel kanun çıkarırken de bağlayan kısıtlayan hükümlerdir. Öntasarı genel kurallarda tesbit ettiği cezaların daha fazlasının özel kanunlarda kabul edilmesine kendisi imkân tanımaktadır. Böyle bir düzenlemeyi öntasarının hatalı bir yanı olarak gördüğümüzü belirtmek gereğini duymaktayız. Genel Ceza kuralları Devletin kendi kendisini bağladığı otolimitasyon kurallarıdır. Bir başka anlamda demokratik kurallardır. Öntasarının kabul ettiği sisteme göre Devletin böyle bir sınırlandırma ile kendi kendisini bağlamasına gerek kalmamaktadır.

Ayrıca özel kanunlarda yeralan ve öntasarıda saptanan genel kurallarla çelişen fer'i cezaların da yürürlüğünü sürdürebilmesine olanak tanımış olmaktadır.

Fer'i cezaların böylesine genel bir esas getirmemiş olması sinucu, özel yasalarla vazedilen çok ağır cezaların sistemi yakın gelecekte alt üst etmesi kaçınılmaz olacaktır.

IV — MÜSADERE CEZASI

Öntasarının 76. maddesinde düzenlenmiştir. TCK.nun 36. maddesinde yeralan hüküm sadeleştirilerek öntasarıya aktarılmıştır. Ancak genel müsadere cezası verilemeyeceğine dair 76. maddeye bir fıkra eklenmiştir.

«Mahkumiyet halinde suçta kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan husule gelen eşya, fiilde iştiraki olan kim-selere ait bulunmak şartı ile müsadere olunur.

Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması veya satılması suç teşkil eden eşya, mahkumiyet olmasa ve faile ait bulunmasa bile müsadere olunur.

Taşınması yasak olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de müsadere sine mümkündür.

Genel müsadere cezası verilemez».

Öntasarının 56. maddesi gereğince müsadere fer'i ceza olarak gösterilmiş ise de maddenin ikinci fıkrasında gösterilen halde **tedbir mahiyetinde olduğu açıktır.** Zira fıkrada sayılan eşya mahkumiyet olmasa ve faile ait bulunmasa dahi müsadere olunacaktır. Diğer taraftan 76. maddeye dayanılarak müsadereye karar verilmediği yahut herhangi bir nedenle müsadere kararı verilmediği hallerde öntasarının madde gerekçesinde açıkça değinildiği üzere CMUK. nun 392. maddesinde belirtilen özel usule göre müsadere kararı alınabilmesi mümkün bulunmaktadır. Öntasarının TCK. nunda olduğu gibi müsadere nin tedbir niteliğini de koruduğu anlaşılmaktadır.

Anayasamız Genel müsadere ye imkân tanımadığı halde TCK. nun 403/son fıkrasına dayanılarak uyuşturucu madde kaçakçılığından ölüm cezasına mahkûmiyet halinde failin bircümle menkul ve gayrimenkul mallarının müsadere sine mahkemelerce karar verilmekte ve bu kararlar yargıtayca onanmaktadır. Anayasanın işlerlik kazanmayan ilkesinin öntasarının 76. maddenin son fıkrasına eklenmesi yerinde olmuştur.

Öntasarıda müsadere ile ilgili özel hükümler de getirilmiştir. 147, 218, 262/son, 304, 366 ve 397/son madde ve fıkralarında müsadere ye ait özel hükümler yer almıştır.

Müsadere ile ilgili kurallara daha fazla açıklık getirilmesi gerektiği kanısındayız. **Tecil edilen hafif cezalara hüküm giyen orman köylüsünün traktör ve hayvanlarının müsadere si büyük mağduriyetlere neden olmaktadır.** Bu açıdan yeni bir düzenlemeyle mağduriyetler önlenmeli hiç olmazsa **bazı hallerde müsadere cezasının da ertelenebilmesi için yargıca takdir yetkisi tanınmalıdır.**

Bütün bunlardan ayrı olarak suça azmettirilen faile azmettiren tarafından verildiği sabit ve **ele geçirilmiş olan paranın müsadere edilip edilmeyeceği** konusu yargı alanında tartışılmaktadır. Bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklığa gereksinme duyulmaktadır.

Öntasarının fer'i cezalar ile ilgili bölümünde, cezaların tesbitine ait 77, temel cezanın tayinine ait 78 ve tutukluluğun mah-

subuna ait 79. maddenin yer almasının nedeni anlaşılamamaktadır. Böyle bir düzenleme genellikle uyumlu olan fer'i cezalar sistemini bozmaktadır.

Öntasarının 87. maddesinde fer'i cezaların zamanaşımı düzenlenmiştir. Fer'i cezalar için belirtilmiş olan sürenin iki katının geçmesi ile bu cezaların zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Ayrıca zamanaşımının asıl cezanın düştüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir.