

ALMAN VE TÜRK CEZA HUKUKLARINDA ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAYICI CEZANIN YERİ(*)

Prof. Dr. HANS-HEINRICH JESCHECK
Freiburg/Breisgau Hukuk Fakültesi ceza hukuku
Profesörü, Max-Planck Uluslararası ve yabancı
Ceza Hukuku Enstitüsü Müdürü

Türkçeye çeviren :
Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE

Alman ve Türk ceza hukuklarında özgürlüğü bağlayıcı cezanın yeri konulu konferansında, yalnızca özgürlüğü bağlayıcı cezayı değil, özgürlüğü kaldırıcı önlemleri, özellikle bu cezanın seçeneklerini (alternatiflerini), bu cezadan kaçınabilmek için kullanılan önlemleri de ele alacağım. Özgürlüğü bağlayıcı cezayı, önlemleri ve seçeneklerini yürürlükteki hukuka göre açıklayacağım. Bu arada suçluluğa karşı mücadelede kanunkoyucuyu etkileyen temel düşünceyi de ortaya koymak istiyorum. Ele aldığım konunun ağırlık noktası, tabiiyle Federal Almanya ceza hukukundadır. Ancak, ülkemdeki durumla Türkiyedeki durumu, Türk dilini bilmeksizin yapabildiğim ölçüde karşılaştırmayı deneyeceğim. Bunun için, 1926 tarihli Türk Ceza Kanununun Dr. Teoman OGUZHAN tarafından Almancaya yapılan ve Prof. Dr. Naci ŞENSOY'un çevirisinin ikinci baskısını oluşturan çevirisine ve bu çeviride Doç. Dr. Erdener YURTCAN'ın yazdığı giriş yazısına dayanıyorum. Bundan başka, 1965 tarihli Türk «Cezaların İnfazı Hakkında Kanun»un ve ilgili Yönetmeliğin çevirisi, Prof. Dr. Ayhan ÖNDER'in giriş yazısı, ayrıca aynı Yazar'ın, 1960 da «Günümüzün yabancı ceza hukuku» dizisinden IV. Cilt içinde yayınlanan Türk ceza hukuku ile ilgili çalışması dayandığım kaynaklar arasındadır. Ayrıca, ricam üzerine Dr. Feridun YENİSEY, «Türk ceza hukuku üzerine bazı düşünceler» konulu bir çalışma hazırladı ki bu çalışmada işlenen fikirler konferansımın Alman hukuku ile ilgili bölümüne mâtuftur.

Konferansımı aşağıdaki biçimde BÖLÜMLERE ayırdım :

(*) 1.6.1982 tarihinde Ege Hukuk Fakültesinde verilen konferans.

BİRİNCİ BÖLÜMDE özgürlüğü bağlayıcı cezanın Alman ve Türk hukuk sistemlerinde yerini açıklamak istiyorum.

İKİNCİ BÖLÜMDE, Almanyada ceza hukuku reformunun ve Türk ceza hukukunun dayandığı suç politikasının esaslarını izah edeceğim. Burada göz önünde tutulmak gerekir ki, Almanyada yaptırıcı (müeyyide) sistemi reformu, 1975 tarihli Ceza Kanunu'nun yeni Genel Bölümü ile geçici bir sonuca ulaşmıştır; halbuki Türkiyede yaptırıcılarla (müeyyidelerle) ilgili bölümü, 1965 tarihli «Cezaların İnfazı Hakkında Kanun»la önemli ölçüde değiştirilmiş olmakla birlikte, bu gün de 1889 tarihli ZANARDELLİ Kanunundan alınmış olan 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu yürürlüktedir... Türk Ceza K.nu toptan değiştirmeyi amaçlayan ve 1930 tarihli İtalyan Ceza K.nun etkisi altında hazırlanmış olan 1958 tasarısı kanunlaşmamıştır.

Tasarıyı yasama meclisine sevkeden adalet bakanının adını taşıyan ROCCO kanunu İtalyada henüz yürürlükte ama şimdi bu Kanunun esaslı şekilde değiştirilmesi için fikir birliğine varılmıştır. Ve isabet olmuştur ki Türkiye kendi ceza hukuku reformu için eskiymiş yabancı bir kanuna dayanmamıştır. Bu gün Türkiyede ceza kanunu reformu için çağa uygun örnekler aranmalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜMDE, Alman ceza hukukundaki kısa, orta ve uzun özgürlüğü bağlayıcı cezaların yerini göstereceğim ve bazı noktalarda Türk hukuku ile karşılaştırmalar yapacağım. Son olarak, Almanyada özgürlüğü bağlayıcı cezalara ilişkin bir kaç reform önerisini açıklayacağım.

İlk bölümde her iki ülkede özgürlüğü bağlayıcı cezaların ceza sistemlerindeki yerlerini açıklamaya başlıyorum.

Özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezası, Federal Almanyanın ceza sisteminin dayandığı iki sütundur. Almanyada özgürlüğü bağlayıcı ceza tek biçimdir. Evvelki ağır hapis, hapis ve hafif hapis ayırımı artık kaldırılmıştır. Para cezası, 1975 de, İskandinav ülkelerinin «GÜNDELİK PARA CEZASI» (*) sisteminden alınmıştır. Bu sistemin temel düşüncesi, para cezasının üç ayrı işlemde belirlenmesidir. İlk işlemde hâkim, suçun ağırlığına ve kusurun derecesine göre kaç günlük ceza alınacağını, yâni gündeliğin sayısını tespit eder. İkinci işlem, failin kişisel ve ekonomik ilişkilerine göre gündeliğin miktarını belirlemekten ibarettir. Üçüncü işlemde gündeliklerin toplamını yâni tüm cezanın ödeme biçimi üzerinde karar verilir.

(*) Türkçede oldukça yeni bulunmuş bir terimle «gün para cezası» diye anlatılan kavramın doğru adı, kanaatimce «gündelik para cezası» olmak gerektir. Güne isabet eden para -ücret veya ceza- böyle ifade edilebilir.

Böylece belirlenen toplam cezanın yerine -gerekirse- özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazı biçimindeki sert uygulama, para cezasının yerine getirilmesi bakımından zorunlu olan etkinliği sağlar.

Türkiyede de yaptırıcı sisteminin dayanakları, özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezasıdır. Ancak, vaktiyle Almanyada yapıldığı gibi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın üç çeşidi birbirinden ayrılmıştır. Cürümler için ağır hapis ve hapis, kabahatler için hapis cezası. Özgürlüğü bağlayıcı cezanın çeşitleri (veya biçimleri) arasında objektif (sachlich) bir fark yoktur. Her hâl ü kârda yerine getirmenin biçimi bakımından böyle bir ayırım söz konusu değildir. Çünkü Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, özgürlüğü bağlayıcı cezaları, modern tarzda sadece kısa ve uzun süreli cezalar diye ayırmıştır. Bu cezaların eski ayırımı bu gün başka alanlarda, örn., mahkemelerin görevini saptamak veya tekerrür hâlinde cezanın ertelenmesi bakımından bir anlam taşır.

Gerçekte para cezası, Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanuna uygun olarak failin ekonomik ilişkilerine, nafaka yükümlülüğüne, sağlık durumuna ve yaşına göre takdir edilir. Ancak Türk ceza hukuku reformunda henüz gündelik para cezası sistemine gidilmemiştir.

Almanya para cezası, uygulanan yaptırıcı olarak ön plandadır. Bu, son on yıllarda gündelik para cezasının konulması ile çok hızlanmış olan bir uzun gelişmenin sonucudur. 1980 de tüm mahkûmiyetlerin %82,5 para cezası idi. Ve ancak %17,5 oranında özgürlüğü bağlayıcı ceza makûmiyeti vardı. Özgürlüğü bağlayıcı ceza hükümlerinin %65,5 ertelenmiştir. Almanyada 1980 de mutlak rakamlar şöyle görünüyor: Para cezası mahkûmiyetleri 494 114, özgürlüğü bağlayıcı ceza mahkûmiyetleri 104 850'dir. Denebilir ki, özgürlüğü bağlayıcı ceza, suç politikasının fiilen ULTIMA RATIO'su, yâni «son çare»si oldu. Tabii bu uygun durum, infazda para cezasının yerine uygulanan özgürlüğü bağlayıcı ceza (yedek ceza veya kaim ceza) yüzünden farkedilir biçimde bozuldu. İlerde bundan söz edeceğim.

Tahmin ederim ki, Türkiyede uygulama başka türdür. Çok muhtemeldir ki Fransada veya İtalyada olduğu gibi Türkiyede de özgürlüğü bağlayıcı ceza ön plandadır ve para cezası bundan sonra gelir. Türk hukukuna göre hapis veya hafif hapiste bir yılı, ağır hapiste 6 ayı geçmeyen cezalarda mümkün olan erteleme, Almanyadakine oranla daha az uygulanmaktadır. Ayrıca, daha önce bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet ertelemeye engel olmaktadır. Almanyada ceza hukuku dışında bırakılmış ve «düzensizlik» (Ordnungswidrigkeit) olarak düzenlenmiş bulunan kabahatlerde de özgürlüğü

bağlayıcı cezanın yeri (ve önemi) vardır. Çünkü kabahatler için hatta özel bir ceza çeşidi, hafif hapis (Haft) öngörülmüştür.

Almanyada özgürlüğü bağlayıcı cezanın yeri 1975 reformundan sonra sonyıllarda üç önemli noktada açıklığa kavuştu :

Önce, Federal Anayasa Mahkemesi 1977 de verdiği (BVerf GE 45, 187) bir kararda ömür boyu hapis cezasının Anayasaya uygunluğunu açıkladı. Bu sorun üzerinde karara varmış olan öteki ülkelerde, örn., İtalyada, ömür boyu hapis cezasının anayasaya uygunluğu kabul edildi. Bununla birlikte Alman Federal Anayasa Mahkemesi kanunkoyucuya, af imkânı yanında, hâkim hükmü ile ömür boyu hapis cezası için de şartla salıverilme imkânının getirilmesini telkin etti. Ve bu arada Ceza Kanununa yeni 57 a Paragrafının konulması sâyesinde, 15 yıllık bir infazdan sonra şartla salıverilme yolu açıldı.

İkinci olarak, bu güne değin ancak bir kaç federe ülkede örnek kurum olarak var olan sosyal tedavi kurumlarının genelleştirilmesi, 1 Ocak 1985 tarihine ertelendi. Bu demektir ki, sosyal tedavi kurumu, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yerine geçebilen yedek önlem olarak (Alman CK. Paragraf : 65) ceza hukukunda yer almayacaktır, tersine bu günkü düzenleme biçimi ile kalacaktır; bu düzenlemede sosyal tedavi kurumu, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yalnızca bir infaz biçimidir (9. Pragraf StVollz G). Ancak bunun faydaları da olabilirdi. Sosyal tedavide yatkın (istidatlı) olan mahpusların, esaslı bir kişilik araştırmasına dayanılarak seçimi, infaz sırasında yapılabilir ve bir sosyal tedavi kurumuna gönderilme kurumun kabulüne bağlanabilirdi. Böylece, sosyal tedavi için hâkimin kararında belirtilen sosyal tedavi şartlarından daha iyi şartlar yaratabilirdi. Çünkü hâkim hükmü yeterince tanımadan ve ona bu önlemin anlamını açıklayamadan sosyal tedavi kararı vermektedir.

Üçüncü olarak, Almanyada ceza infazı, 16 Mart 1976 tarihli Ceza İnfazı Kanunu ile -tarihimizde ilk kez- yasal bir temele dayandırıldı. Büyük bir yenilik olarak İtalyan ve Fransız örneğine göre, ceza infazında en önemli kararları verecek olan infaz mahkemesi kurulu Freiburg Max-Planck yabancı ve uluslararası ceza hukuku Enstitüsünün yakında tamamlanmış olan empririk araştırması (DÜNKEL/ROSNER, Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970, 1981), son yıllarda esaslı biçimde iyileşmiş olan ceza infazının bir dönüm noktasında bulunduğunu göstermektedir. İnfaz için harcanan para bütçede son on yıllarda bir kat daha arttı. Para cezasının ön plana geçmesine rağmen Federal Almanyada mahpusların sayısı yine de yüksektir. Çünkü mala karşı işlenen suçlar bakımından suçluluk artmaktadır. Para cezasına hüküm giyenlerin

sayıca önemli bir bölümü cezasını hapis cezası olarak çekmektedir. Mahpusların sayısı, 1974 yılında ceza yeteneği taşıyan her 100.000 kişide 55,5 kişi idi. Bu gün bu rakam 60'ın üstünde olabilir. Karşılaştırılırsa bu rakam Hollanda'da 11,1, Fransada 45,5, Demokratik Almanya'da 174,7 dir.

Bu bakımdan Türkiyedeki durumla yapılan karşılaştırma şunu gösterir :

Federal Almanyadan farklı olarak Türkiyede ölüm cezası vardır. Anayasa Mahkemesi, 1963 de verdiği bir kararla bu cezanın Anayasaya uygunluğunu kabul etmiştir. Ömür boyu hapsin Anayasaya uygunluğu sorunu Türkiyede henüz ortaya çıkmış değildir. Türkiyede Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, Almanyada olduğu gibi ömür boyu hapse mahkûm olanlar için de iyi halleri dolayısıyla şartla salıvermeyi öngörmüştür. Ancak bu, cezanın 24 yılının çekilmiş olması şartına bağlıdır (m.19). Türk infaz sisteminde sosyal tedavi kurumları yoktur ve şimdilik düşünülüyor.

Bununla birlikte ceza infazı, 1965 tarihli Cezaların İnfazı Kanunu ile Almanyada olduğu gibi, modern ceza biliminin (pönolojinin) yöntemlerini ve araçlarını dikkate alan yasal bir temele konulmuştur.

Türkiyede mahpusların sayısını tesbit edemedim. 1977 de 36.271 kişi özgürlüğü bağlayıcı cezaya hüküm giymişti. Bu sayı, 100.000 den çok kişinin özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olduğu Federal Almanya ile karşılaştırılırsa ve Türkiyenin 44 milyonluk nüfusuna karşı Almanyada 60 milyon kişinin yaşadığı düşünülürse nisbeten küçük bir sayıdır.

Sizlere Türk ve Alman ceza hukuku sistemlerinde özgürlüğü bağlayıcı cezanın yerini gösteren bu açıklamadan sonra **İKİNCİ ANA-BÖLÜM'e, SUÇ POLİTİKASININ ESASLARI'na** geliyorum.

1954 de görevlendirilen Ceza Hukuku Büyük Komisyonu ile son aşamasına ulaşan Alman ceza hukuku reformu aşırı durumlardan uzak olmakla karakterini belli eder. Ceza hukukunun kaldırılmasını veya ceza hukuku yerine sadece önlemleri içeren bir hukuk konulmasını isteyen sesler bizde de işitilmekte idi. Ancak bunları söyleyen radikal grupların dışında hiç kimse bu gibi istekleri ciddiye almadı. Ceza hukukunda çok ileri giden bir değiştirme ve cezaların yerine süre bakımından belirsiz önlemlerin veya ceza hukuku dışında kalan sosyalizasyon programlarının geçmesi, adaleti zedeleyebilir, genel önleme amacını zayıflatabilir ve sanığın yargılama hukukundaki durumunu tehlikeye koyabilirdi. Öbür yandan, modern beşerî ve sosyal bilimlere bize öğretti ki, ideal bir infaz sisteminde bile özgürlüğü

bağlayıcı ceza hükümlü için daima zararlıdır ve nihayet genel önleme amacı ile açıklanabilen bu ceza, hafif ve orta ağırlıktaki suçluluk alanında geniş ölçüde vazgeçilebilir bir cezadır. Böylece denilebilir ki, ceza hukuku reformu Almanyada aşırı uçlar arasında orta bir yol tuttu.

Almanyada ne tretman ideolojisine, örn., yakın zamana değin Amerikada ve İsveçte uzun süreli, belirsiz yaptırımlar içeren sistem, ne de Doğu Avrupa sosyalist devletlerinde özgürlüğü bağlayıcı cezaların uygulanışında görülen aşırı sertlik alındı. Alman ceza hukuku reformunun temel düşüncesi şudur: Zorunlu olduğu ölçüde özgürlüğü bağlayıcı ceza, mümkün olduğu kadar çok sosyal yardım.

Bu orta yolu bulmayı kolaylaştıran olguya gelince; Değişik fikirler yeni bir ceza kanunu için hazırlanan iki tasarıda yer aldı. Parle-mentoda bu değişik fikirlerin karşılaştırılması ve birlikte görüşülmesi imkânı doğdu. Ceza Hukuku Büyük Komosyonu'nun 1962 tasarısı diye tanınan tasarısı, her şeyden önce, Genel Bölümde (Umumi Kısımda) cezalandırma şartlarını özenli ve dikkatli düzenlemek, Özel Bölümde suç kalıplarını (suç tanımlarını) kesin anlatımlarla ortaya koymuş olmak bakımından önemlidir. Buna karşılık, özgürlüğü bağlayıcı cezaya dayanan ve özellikle zorlayıcı (zecri) hukuk olarak anlaşılan ceza hukuku, eski hâlden çok az ayrılabilen «hukuksal sonuçlar sistemi», yâni yaptırımlar sistemi ile az zaman sonra modern suç politikasının eleştirilenlerine hedef oldu.

1962 tasarısına karşı gittikçe yayılan muhalefet Almanyada suç politikasına ilişkin düşüncelerde esaslı değişikliklere yol açtı ve reform için ikinci büyük hız (hamle) bu yönden geldi. 1966 da bir alternatif tasarı yayınlandı. Bu tasarı, 1962 tasarısı üzerindeki değişik eleştirileri bir kanun teklifi biçiminde birleştirme girişimini ortaya koyuyordu. Bu ikinci tasarının iyi tarafı, her şeyden önce, modern suç politikasının gerekleri anlamında cezaları ve güvenlik önlemlerini tutarlı ve mantıklı kavrayışdır. Bu iki tasarıdan yeni bir eser, bir bütün meydana getirmek için artık bilimsel teorilerle veya suç politikasına ilişkin taslaklarla uğraşmayacak üçüncü bir ele ihtiyaç vardı. Bu üçüncü kuvvet, Bundestag'ın (Alman yasama meclisinin) ceza hukuku reformu için kurduğu özel bir komisyon oldu. Sözü geçen Komisyon, görüşme yolu ile 1966-1969 yıllarında her iki tasarıdan bir sentez çıkarmayı başardı. Bundestag, aşırı isteklere tâviz vermeden bilimsel gelişmeye açık olduğunu gösterdi. Böylece ceza hukukunun kusur ve sorumluluk kavramlarında yatan (meknuz olan) manevî-ahlakî temeli, sosyal bilincimizin şüphe götürmez realitesi olarak re-

formda da korundu ve suçu önlemeye yönelmiş bir ceza hukuku ile bağdaştırıldı.

Bundan başka karşılaştırmalı (mukayeseli) hukukun Almanya-da ceza hukuku reformuna önemli bir hizmeti oldu. Ceza Hukuku Büyük Komisyonun görüşmeleri karşılaştırmalı hukuk araştırmalarından yararlandı. Alternatif tasarıda Almanların dışında İsviçreli ceza hukukçularının da katkıları vardır. Bundestag'daki görüşmelerde de karşılaştırmalı hukuktan aralıksız faydalanma yoluna gidildi. Alman reform eseri tamamlandıktan sonra bizce kabul edilen görüşlerin uluslararası ilişkiler bakımından anlamını belirlemek ve denetlemek üzere uluslararası reform hareketi ile sürekli olarak karşılaştırmalar yapıldı. Dünya ile sürekli temas ve dışarıya açık olma, bizi şu sonuca ulaştırdı : Cezanın amacı olarak özellikle KANT ve HEGEL geleneği ile Alman ceza hukukuna nüfuz eden ödetici ceza (kefaret) düşüncesi yerini yavaş yavaş, kusur ilkesi ile sınırlı ve ölçülü bir genel önlemeye bıraktı.

Federal Anayasa Mahkemesinin, Alman ceza hukuku reformu üzerindeki etkileri de küçümsenmemelidir. Anayasa ilkesi olarak kusur ilkesinin teyidi (BVerf GE 6, 389/43/; 20, 253/331/), Ceza K.nun 46. Paragrafının 1. Fıkrasında şöyle anlatıldı : «Ceza ölçüsünün temeli failin kusurudur». Zorlayıcı (zecrî) bir ceza olarak kabul edilmekle birlikte para cezasının zorunlu olarak mahkemece verilecek bir ceza olmaktan çıkarılması,yâni bu cezanın yargı mercilerinden başka organlarca da verilebileceğinin kabulü, basit suçlarla ilgili ceza hukukunun, bir düzensizlik hukuku (Ordnungswidrigkeitenrecht) na dönüşmesini mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesinin, gebeliğin ilk 12 haftası içinde çocuk düşürmenin caiz olduğunu açıklayan kanun hükmünü Anayasaya aykırılığı yüzünden iptal etmesiyle anlaşıldı ki (BVerf GE 39, 1) eylemlerin adli suç olmaktan çıkarılması (Entkriminalisierung) ancak Anayasanın koyduğu sınırlar içinde mümkündür.

Ayrıca, Federal Anayasa Mahkemesi ömür boyu hapsin Anayasaya aykırı olmadığını bildiren kararı ile Alman ceza hukukunda cezanın, genel önleme için vazgeçilmez olan ciddiliğinin muhafaza edilmekte olduğunuteyit etti.

Almanya'da yaptırıcı alanında suç politikasının iki yön verici (müdür) fikri vardır : Özgürlüğü bağlayıcı cezanın olabildiğince az kullanılması ve ceza ölçüsünün temeli olarak kusur ilkesi.

Son çare (Ultima ratio) düşüncesi, 6 aydan aşağı özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından para cezaları lehine bir **ÖNCELİK ŞARTI**

(Prioritaetsklausel) ile gerçekleşmiş oldu. Böylece kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza istisna haline geldi. Hafif suçlarda bu cezadan vazgeçilebileceğine inanıldı. Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine para cezası kaim oldu. Bununla birlikte kanukoyucu özgürlüğü bağlayıcı ceza yasağına iki istisna koydu. Birinci istisna şudur : Eğer hukuk düzeninin korunması için kısa süreli bir özgürlüğü bağlayıcı ceza vargeçilmez ise (Alman CK. 47/1. Paragraf). Bu hükümle düşünülen, Federal Mahkemenin bir kararında şu biçimde anlatılmıştır : Aksi halde, diyor Yüksek Mahkeme, «Adliye duyulan güvenin azalması sonucu halkın hukuk hissiyatı (veya zihniyeti) için ciddi bir tehlikeden endişe edilebilirdi» (BGH St. 24, 40/46). Çünkü eylem, olağanüstü bir hukuk düşmanlığı veya bir gözödönmüşlük (gaddarlık) belirtmektedir veya halk arasında yaygın olup çığnenen normu ciddiye almayan bir zihniyetin ifadesidir. Birinci istisna genel önlemin mübrem icaplarını göz önünde tuttuğu halde, ikinci istisna özel önlemeyi dikkate almaktadır. Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza, bir de bu cezanın etkisi çok gerekli ise, yâni ceza vargeçilmez ise verilmektedir. Çok gereklidir, çünkü fail, nasıl olsa bir para cezası ile atlatırım, diye spekülasyon yapmış, hayale kapılmıştır veya fail hafif suçlar alanında da olsa mükerrirdir, suçu tekrar işlemiştir. Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezadan kaçınma stratejisi, Alman hukukunda ikinci bir aşamada daha ortaya çıkmaktadır : 6 aydan az cezayı gerektiren suçlarda sosyal prognoz, suçlu hakkındaki tahmin ve teşhis umut verici, uygun ise ceza daima ertelenir (Alman CK. 56. Paragraf). Denebilir ki, kanunkoyucu, özgürlüğü bağlayıcı cezayı vermekten kaçınırken gerçekçi bir suç politikasının sınırları içinde tutarlı hareket etmiştir. Buna karşılık öteki ülkelerde -örn., Türkiye- yeni bir gelişme dikkate alınmamıştır. Bu gelişme şudur : Özgürlüğü bağlayıcı ceza, hafta sonu hapsi (Wochenendarrest) olarak veya hükümlü günün bir kaç saatinde serbest bırakılarak veya ertelenmiş bir cezanın bir bölümü çektirilerek infaz edilir.

Alman hukukunda kusur ilkesi şu anlama gelir : Ceza ancak failin eyleminden dolayı kınanabilmesi konusundaki tesbite dayanmalıdır. Kusur ilkesinden çıkan zorunlu sonuç, bir yandan cezanın kusuru şart kıldığıdır; kusursuz hareket eden kimse cezalandırılmaz. Öbür yandan, ceza kusurun ölçüsünü de aşmamalıdır. Buna göre ne objektif sorumluluk vardır ne de özgürlüğü bağlayıcı ceza güvenlik sebepleri ile kusurun yukarı sınırını aşabilir. Cezanın, özel önlemeye ilişkin sebeplerle kusur ölçüsünün altına inip inemeyeceği yâni faile kusurundan az ceza verilip verilmeyeceği sorunu bilimde tartışmalıdır, ancak mahkeme içtihatları bunu haklı olarak reddetmektedir. Federal Mahkeme bunu aşağıdaki biçimde formülleştirdi : «Adaletli

bir kusur misillemesi anlamıyla ceza, kusurun ne altına inebilir ne üstüne çıkabilir» (BGH St. 24, 132/134 ; 29, 319/321). Kusur ilkesinin ruhu, cezanın failin kişisel sorumluluğuna ve böylece pratikte kullanmaya elverişli ölçü prensibine dayanmasında ve halk tarafından anlaşılmasındadır. Bu sebepten kabul edilir ki kusura göre belirlenmiş ceza, topluma, adaletin uygulandığını göstermek ve böylece genel önlemenin gereklerini de yerine getirebilmek için en uygun vasıta dır.

Kusur ilkesinin zorunlu bir sonucu, özgürlüğü bağlayıcı cezanın ve güvenlik önlemlerinin ayrılması biçimindeki İKİ YÖNLÜLÜK (Zweispurigkeit) tür. Failin kusuruna göre ölçülmüş ceza, eğer çok kısa ise, tehlikeli faile karşı toplumun güvenliğini sağlama görevini yüklenemez. Cezalar ve güvenlik önlemleri ayırımının karakteristik ifadesi, Alman hukukunda cezanın infazını izleyen süresiz güvenlik önlemidir. Ancak son yıllarda bu önlem sayı bakımından geriledi. 1970 de 110, 1980 de sâdece 41 mahkûmiyet vardı. Toplam olarak güvenlik önlemleri altında bulunan hükümlülerin sayısı 250 dir. Toplumunu, özellikle tehlikeli suçlulara karşı korumak için güvenlik önlemlerinden vazgeçmek, kusur ilkesi feda edilmediği sürece her halde mümkün değildir. Ama yine de güvenlik önlemi problemi Almanya da henüz çözülmüş değildir. Ööyle görünüyor ki uygulama, tehlikeli alışkan (itiyadî) suçlulara karşı toplumu korumak ihtiyacını özgürlüğü bağlayıcı cezalarla karşılamaktadır.

Türk hukuku da failin kusuruna göre (kusuru ölçüsünde) cezalandırılması anlamında kusur ilkesini kabul etmektedir Ancak bu ilkenin önemli istisnaları vardır. Önce, kabahatlerde Anglo-Amerikan hukukundaki «strict liability» hallerinde olduğu gibi, cezalandırma için suçkalıbına uygun bir eylemin bulunması yeterlidir; kasdın veya taksirin bulunmasını aramaya gerek yoktur. Bundan başka, önceki Alman hukukunda olduğu gibi, kasdı geçen suçlarda failin, sonuç bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması istenmez. Nihayet Türk hukukuna göre, önceki Alman hukukunda ve şimdiki İtalyan hukukunda olduğu gibi, hukukta yanılğı (hata)'ya itibar edilmez.

Özgürlüğü bağlayıcı ceza ve güvenlik önlemleri ikiliği Türk hukukuna göre tam kusur yeteneği taşıyan failer için yoktur. Bununla birlikte suç işlemiş olan akıl hastaları, uyuşturucu madde ve alkol düşkünleri için, eğer bunların güvenlik önlemine ve tedaviye ihtiyaçları varsa, süresiz önlem olarak bir tedavi kurumuna yerleştirme öngörülmüştür (Çev. notu : TCK. 46/3, 404/2, 573, «iyileşinceye değin»). Buna karşılık Türk hukukunda Alman hukukundaki «Sicherungsverwahrung» kurumuna benzer bir düzenleme yoktur (Çev. notu :

Bu, alışkan ve genel güvenlik için tehlikeli suçluların bir tedavi kurumuna konulmasıdır). Bu kurum İtalyan hukukuna da 1930 tarihli ROCCO kanunu ile getirildi. İlk kez 1958 tarihli Türk tasarısı alışkan suçlulara karşı Sicherungsverwahrung'u almak istedi ama dediğim gibi bu tasarı kanunlaşmadı. Toplumun tehlikeli suçlulardan korunması, Türk hukukunda tekerrürden ötürü cezanın ağırlaştırılması ile sağlanmaktadır.

Konferansımın üçüncü Bölümünde artık tek tek KISA SÜRELİ, ORTA SÜRELİ ve UZUN SÜRELİ ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAYICI CEZALARA geliyorum.

Daha önce gördüğümüz gibi, 6 aydan az kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza, Almanyada para cezasının birinci sırayı alması ile istisna durumuna geldi. Şu var ki pratikte bu istisnaya bu gün de oldukça sık raslanmaktadır; bu, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezanın vazgeçilmezliğini gösterir. Almanyada 1980 de, 6 ayın altında 50.324 mahkûmiyet hükmü verildi. Ama bu cezaların %70'i ertelendi. Ayrıca mahkûm olduğu para cezasını ödüyemediği için kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezayı çekmek zorunda kalan kişiler de vardır. Çünkü Alman hukukuna göre para cezasının yerine geçen yedek ceza (kaim ceza) ertelenmez.

Para cezasının yerine geçen özgürlüğü bağlayıcı ceza, kural olarak 20-30 gün tutar, kimi zaman 90 güne kadar çıkar; ancak daha uzun olmaz. Çünkü mahkemeler gündelik sayısını çok nadir olarak daha yüksek takdir ederler. Para cezasını ödemediği için özgürlüğü bağlayıcı cezayı çekmek zorunda kalan kişiler grubu, para cezasına mahkûm sayısına göre uygun bir nisbet içinde görünmüyor. Gerçekten bu, para cezası mahkûmiyetlerinin %5,5 bölümü olarak azdır. Şu var ki yılda yaklaşık 500.000 para cezası mahkûmiyeti söz konusu olunca mutlak sayı önemli bir yekûn olarak ortaya çıkıyor. 1978 yılında para cezası yerine özgürlüğü bağlayıcı cezayı çeken mahkûm sayısı yaklaşık 28.0000 kişi idi. Burada sebep, para cezasının yüksekliği değil, tersine, az bir meblağı bile ödemek konusundaki çaresizlik idi. Bu ödeme güçlüğü söz konusu olduğu kişiler çevresi, özellikle mala karşı suç işleyen ağırca sabıkalılarından, iş ve güç durumu kötü olanlardan, aile ilişkileri bozulmuş kimselerden yâni toplumun kenarda kalmış gruplarından oluşmaktadır. Esasen cezaevi topluluğunu (sakinlerini) oluşturan da bu kişilerdir. z

Para cezası yerine çektirilen yedek cezanın, fakirlerin zararına olması açısından Anayasaya aykırı olup olmadığı sorunu Almanya da henüz bir mahkeme kararı konusu olmadı. İtalyan Anayasa Mahkemesi, para cezası yerine özgürlüğü bağlayıcı cezanın, yâni

yedek cezanın Anayasaya aykırı olduğunu kararlaştırdı. Şimdi bu ceza yerine yedek araç (Ersatzmittel) olarak kamuya faydalı iş ve gözetim altında serbestlik geçti. Bu gelişmeden sonra Almanyada da şüphesiz bir değişiklik olacaktır. Alman hukuku, özgürlüğü bağlayıcı cezanın para cezasından başka bir seçeneğini (alternatifini) tanımıyor. Berlinde ve Hamburg'da özgürlüğü bağlayıcı cezadan kaçınabilmek için kamuya faydalı iş kabul edildi, ama şimdilik büyük bir başarı elde edilemedi. Ancak henüz son söz söylenmiş değildir.

Türkiye de 6 aya kadar olan kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezayı sınırlandırmak için uğraşmaktadır. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine yedek ceza olarak para cezasını öngörmüştür. Bir günlük hapse karşılık kabahatlerde 50 Türk lirasından 100 TL.sına cürümlerde 100 TL.sından 200 TL.sına kadar para cezasına hükmedilebilir. Bundan başka, zararın tazmini, bir eğitim kurumuna konulma ve bunlar gibi çeşitli ve bir bölümü ile çok radikal (zecri) yasaklar. Ayrıca özgürlüğü bağlayıcı cezanın, ev hapsi (oturduğu yerde hapis), hafta sonu hapsi veya gece hapsi biçiminde İNFAZI emredilebilir. 1981'de konulan bir hükme göre bir aya kadar olan özgürlüğü bağlayıcı cezaların ve Basın Kanununa göre sorumlu yazı işleri müdürleri hakkında verilecek özgürlüğü bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilmesi zorunludur. Bu iki çevirme mecburiyeti de askerî mahkemelerce verilen cezalarda, bu kararların genel önleyici etkisini zayıflatmamak için kabul edilmemiştir.

Eski Ceza Kanununda yedek cezaya ilişkin hükümler 1965 tarihli Cezaların İnfazı Hakkında Kanunla kaldırılmıştır. Yedek ceza yerine, İtalyada ZANARDELLİ kanunun yaptığı gibi, kamu hizmetlerinde çalıştırma getirildi. Ancak bu yenilik, Almanyada olduğu gibi başarılı olmadı. Bundan ötürü 1965 den önceki yedek cezalar sistemine dönüldü.

Almanyada 6 aydan 2 yıla kadar olan orta süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar, orta ağırlıktaki suçluluk için tartışılmaz tek cezadır. Bu cezalar çoğu kere ertelenir. Ancak hayrete şâyandır ki para cezası verme imkânı bu cezayı hiç etkilemez. Halbuki hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma (Unterschlagung), yataklık, Wucher (çev. notu : bu suç, bir kimsenin zor durumundan faydalanarak her türlü menfaat sağlama eylemidir, tefecilikten geniş bir kavramdır) gibi mala karşı işlenen en önemli suçlarda 180'den 360 gündeliğe kamarkı bu, çevrilirse 6 aydan 1 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza demektir- para cezası özgürlüğü bağlayıcı cezanın seçeneği (alternatif) olarak konulmuştur. Mahkemeler kolayca para cezasına hükmedebilirlerdi ama bunu yapmıyorlar. Çünkü mahkemeler bu alanda para cezasının çok yumuşak buluyorlar ve bundan ötürü adaletli

görmüyorlar. Sayısı, 180 ile 360 arasında değişen gündelikle cezalandırılan suçlarda mahkûmiyet hükümleri yılda 748 sayısına inmekte, yâni 6 ay ile 1 yıl arasındaki hapis mahkûmiyetlerinin küçük bir bölümüne düşmektedir. Halbuki bu suçlarda, dediğim gib, para cezasına hükmedilebilirdi. Demek ki özgürlüğü bağlayıcı ceza tercih edilmektedir. Bu aşamada önceki 91-180 gündelik arasında da gündelik ceza hükmetme imkânı da mahkemelerce yılda 7657 mahkûmiyet hükmü ile nisbeten az kullanıldı. Bu olgu, hafif suçluluğun yukarı basamağında yâni nisbeten ağırca olan hafif suçlarda bile para cezası verm ekonusundaki büyük çekingenliği göstermektedir.

Buna karşılık orta suçluluk alanında özgürlüğü bağlayıcı ceza çok kez ertelenmektedir; şüphesiz nisbeten ağırca olan suçlarda erteleme daha da azdır. Bir yıla kadar olan özgürlüğü bağlayıcı cezalar, olayların yarısından çoğunda ertelendiği halde, bir yıldan iki yıla kadar çıkan cezalarda ertelenme nisbeti sâdece %18,5 tir. Bu, erteleme-yi bu alanda tecviz eden, ancak, «eylemde ve hükümlünün kişiliğinde» bulunması gereken özel sebeplere bağlayan kanun hükmünden (Alman CK. Paragraf : 56/2) ileri gelmektedir. Bu hüküm burada ertelemeyi istisna hâline getirmiştir.

Almanyada uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezadan anlaşılın, 2 yıldan çok olan cezadır. Çünkü bu alanda erteleme mümkün değildir. 1980 de Almanyada 5156 olayda uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedildi. Bu cezalarda şartla salıverilme imkânı esaslı bir rol oynar. Bu sâyede ceza evinde kalma zamanı sınırlanır, hapsin mahpus üzerindeki zararlı sonuçları, olabildiğince azaltılır ve hükümlünün düzenlemesine yarayan infaz kurumları etkilerini mümkün olabildiği ölçüde artırabilirler.

Alman hukukuna göre şartla salıverilme, normal halde uygun sosyal prognoz (teşhis ve tahmin) yapılabilmişse ve fail ceza süresinin üçte ikisini ve her halde iki ayını doldurmuşsa, uygulanabilir (Alman CK. Paragraf : 57/1). Gününden önce salıverilenlerin sayısı ceza süresini tamamladıktan sonra salıverilenlerin yılda ancak %30'udur. Ama bu nisbeten düşük pay (Quota, kota), kısa cezaların büyük sayısı ile ve yedek cezalarla, yâni para cezalarından çevrilen cezalarla açıklanabilir. Çünkü bu cezalarda şartla salıverilme mümkün değildir. Daha uzun özgürlüğü bağlayıcı cezalarda cezanın üçte ikisi çekilince şartla salıverilme kuraldır. Ceza süresinin yarısı tamamlandıktan sonra ve en azından bir yıllık süre dolduktan sonra şartla salıverilme, ancak özel kolaylık olarak öngörülmüştür. Bu salıverilmenin şartı şudur : «Eğer eylemde ve failin kişiliğinde özel hal-ler varsa» (Alman CK. Paragraf : 57/6). Ama burada çok az uygula-

nan bir istisna söz konusudur. Ömür boyu hapiste 15 yılı doldurduktan sonra şartla salıverilmeye ilişkin hüküm, 1 Mayıs 1982 de yürürlüğe girdi.

Bu hükmün uygulanması bakımından henüz tecrübe sahibi değiliz.

Federe devletlerin, şimdiye değin af konusundaki uygulamaları ömür boyu hapiste ceza süresinin ortalama 17-18 yılını çeken hükümlünün salıverildiğini gösteriyor.

Türkiyede Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, yalnızca kısa süreli ve uzun süreli cezaları ayırmıştır. Uzun süreli cezalar, 6 aydan çok olan özgürlüğü bağlayıcı cezalardır. Türk hukuku da uzun ve kısa süreli cezalarda şartla salıvermeyi kabul etmiştir. Bunun için hükümlünün iyi hâli ve cezasının üçte ikisini çekmiş olması gerekmektedir. Alman hukukundaki hükmün tersine, Türk hukukunda salıverilme için belli bir süre cezanın çekilmiş olması şartı yoktur. Bundan ötürü, kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalarda da şartla salıverilme mümkündür. Ancak, kısa süreli ceza, kolaylık sağlayıcı biçimde, örn., hükümlünün oturduğu yerde çektirilmesi biçiminde infaz edilmekte ise şartla salıverilme imkânsızdır.

Son olarak, Almanyada özgürlüğü bağlayıcı cezanın devam eden reformu için ileri sürülen ve konuşulmakta olan önerilere bir göz atmak istiyorum.

Yukarda sözü geçen alternatif tasarının, 6 aydan aşağı özgürlüğü bağlayıcı cezanın büsbütün kaldırılması yolundaki isteği, yapılan açıklamalardan sonra gerçekçi görünmüyor. Para cezaları için tanıyan sert bir «öncelik şartı»na rağmen yılda 50.000 den çok kısa özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmesi gösteriyor ki bu ceza uygulamada vazgeçilmez bir cezadır. Daha iyisi, Fransız örneğine göre ertelenmiş cezanın kısa ve kısmi infazını düşünmektir. Yedek özgürlüğü bağlayıcı cezanın kaldırılması önerisi, para cezasının etkisi için tehlikeli olurdu, yani bu cezanın etkisini çok azaltırdı. Bunun yerine cezayı çalışarak çekme imkânı öngörülmelidir. Ve hükümlü çalışma yükümlülüğünü yerine getirmese o zaman yedek özgürlüğü bağlayıcı ceza uygulanmalıdır. Yedek cezanın -bazı yükümlülükler konularak- ertelenmesi yolu da açılmalıdır. Çünkü kimin ve niçin fakir olduğu ve bu bakımdan zarar göreceği bilinmez.

Alternatif tasarının başka bir önerisi, iki yıla kadar olan özgürlüğü bağlayıcı cezanın da para cezasına çevrilmesidir. Öneri şudur: «Eğer, failin bir daha suç işlememesi bir para cezası ile sağlanabilirse» ceza ertelenmelidir. Ben bu öneriyi de ütöpik (hayali) buluyorum.

Çünkü bu öneri, 360 gündelikten 720 gündeliğe kadar para cezasına hükmedilebilmesi demektir. Halbuki mahkemeler şimdiki 180-360 arasında değişen gündelik sayısını bile hemen hiç uygulamıyorlar. Ayrıca, gündeliksayısının hızla yükselmesi, yedek cezaların sayısını da önemli ölçüde artırır. Bizim tecrübemize göre çok daha az para cezaları bile az gelirli kimselerce ödenmemektedir. Alternatif tasarının erteleme imkânının genişletilmesi konusundaki önerisi bence savunulabilir. Böylece bir yıldan uzun süreli cezanın ertelenmesi de istisna olmaktan çıkmış olur.

Özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin öteki bütün sorunlarda Alman hukukunun şimdiki düzenlemesi bence dengelidir. Bu demektir ki bir yandan sert ve şiddetli değildir, öbür yandan, genel önlemin gerekleri için yeterlidir. Özgürlüğü bağlayıcı cezalar bakımından daha ileri giden bir reform için şimdilik bir sebep yoktur.

Umarım ki özgürlüğü bağlayıcı cezalar konusundaki Alman tecrübeleri Türk kanunkoyucusu için faydalı olabilir.

Sizlere beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.