

CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN TEMELLERİ VE SINIRLARI

Suç Kavramı Üzrine Düşünceler (*)

Prof. Dr. Wilhelm GALLAS

Tercüme : Dr. İzzet ÖZGENÇ

Yürürlükte olan Ceza Kanunumuza ilişkin uzun zamandan beri teşebbüs edilen genel reformun başarılı bir şekilde sonuçlandırılması doğrultusundaki güncel gayretler, genel ilgiyi yeniden ceza hukukunun ana meselelerine yöneltti. Bu arada, pek çok kişi için artık nihai olarak haledilmiş gözüken cezanın anlam ve amacına müteallik eski tartışmanın, önceden olduğu gibi şimdi de düşünceleri harekete geçirdiği gözlemlendi; bunun yankısı büyük günlük gazetelerin okuyucu mektuplarına kadar izleniyor. Buna karşılık, kamu düşüncesi suç sorusuyla, bu sorunun esas anlamı itibarıyla olmaktan ziyade, yürürlükte olan Ceza Kanunundaki suç katalogunun yeni hukukta (yeni Ceza Kanununda) sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı, genişletilip genişletilmeyeceği veya bu sınırlama ya da genişlemenin sınırı noktai nazarıyla meşgul olmaktadır; yetişkin kişiler arasındaki homoseksüelliğin şimdiye kadarki cezalandırılabilirliğinin telâfi edilip edilmeyeceği veya özel konuşmaların ses kayıt cihazları vasıtasıyla gizli surette dinlenmesinin gelecekte cezai müeyyide altına alınıp alınmayacağı gibi. Bu arada, bazı suç tiplerinin ilgası veya yeniden tesisi hususundaki soru, suçun niteliğini neyin ortaya koyduğu, bunun hangi maddi şartlara bağlı olduğu, kanunkoyucunun bir insan davranışını cezai müeyyide altına almak zorunda ve etkisinde olup olmadığı soru(lar)ını ön plana çıkarmaktadır. Gerçi bu bağlantı uzman kişilerce yapılan tartışmalarda tanınmamış değildir; ancak, görebildiğim kadarıyla, suç teşkil eden davranışın genel maddi kriterlerine ilişkin soruya, sözkonusu sorunun hukuk politikası açısından taşıdığı anlam itibarıyla ve fakat aynı zamanda dogmatik neticeleri nedeniyle iktisap ettiği ölçüde

(*) Sözkonusu metin, Gallas'ın Heidelberg Üniversitesi'nin 578. yıldönümü münasebetiyle 28 Kasım 1964 tarihinde yaptığı rektörlük konuşması olup, Gallas : *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlin, 1968, sh. 1-18'de neşredilmiştir.

dikkat her zaman tevcih edilmedi. Ceza hukuku reformunun varmak durumunda olduğu kararlar açısından, bu meseleye ilişkin esaslı bazı düşünceler ithaf etmek muvafık olur.

I

Yürürlükteki hukukun bulunduğu konumdan hareketle insanın suç nedir sorusunu sorması halinde, ilk olarak, gerçi itiraz edilemez ve fakat belki de sadece geçici (bir) cevap ortaya çıkmaktadır : Suç, hukuk düzeninin cezai müeyyide altına aldığı insan davranışlarıdır. Fakat, şu kesin ki, bu suretle suç sadece şekli anlamda tarif edilmektedir. Gerçi insan bu tanım vasıtasıyla -adam öldürme, hırsızlık veya hakaret gibi- belirli fiillerin "suç" olduklarını tespit edebilir. Fakat, bu fiiller, bunları suç kategorisi niteliğine sokan genel maddi vasıfları haiz oldukları için değil; bilakis, hukuk bunların işlenişine belirli bir hukuki netice, cezayı bağladığı ve böylece bunları suç olarak nitelendirdiği için, böyle görünmektedirler. Meseleye böyle bakılırsa; belirli fiiller suç oldukları için cezalandırılabilir (fiiller) değil, aksine bunlar cezalandırılabilir (fiiller) oldukları için suçlular (demek olurdu).

Fakat, bununla son sözün söylendiği(ni kabul etmek) güçtür. Belli bir davranışın cezai müeyyide altına alınması daha ziyade maddi mülahazalara dayanmalıdır. Bu (maddi mülahaza)lar, ancak cezai müeyyide altına alınan davranışın bizzat kendisinde bulunan sebeplere bağlanabilir. O zaman, bu sebeplerin neler olduğu ve aynı zamanda, ne derece bu konuda bütün cezalandırılabilir hareketler için müşterek olan (sebeplerden) sözedilebileceği sorulabilir. Ancak bunun imkan dairesinde olması ölçüsünde suç, muhteva itibarıyla umumî bir şekilde belirlenebil(ecekt)ir; sadece şekli değil, aksine maddi suç kavramından bahsedilecektir.

Bu meyanda, hukuk düzenini muayyen bir insan davranışını cezai müeyyide altına almaya sevkeden (sebepler)in ne(ler) olduğu meselesini izah etmek isteyen kişi, önce cezanın niteliği ve fonksiyonuna ilişkin soruyla karşı karşıya girmektedir. Zira, insan cezanın ifade ettiği anlamı bilmeden, bir insan davranışının hangi özellik ve şartlarının hukukun bu reaksiyonunu gerekli kıldığını ve böylece, bu fiilin suç olarak görünmesini sağlayacağını müşahede edemez. Bununla beraber, cezaya ilişkin her maddi tanım, kendisi açısından suç kavramına atıfta bulunmaktadır. İnsan, cezaya suçun keffareti veya suçun önlenmesini sağlayan tedbir olarak belirleyebilir : Suç kavramıyla ilişki kurmadan ceza hiçbir zaman tanımlanamaz. Fakat, bu suretle biz bir fasıt daire içine düşmekte, iki belirsiz ile bir eşitlik sağla(mış ol)maktayız : Cezayı gerektiren (her fiil)

suç, ve suça mukabil gerekli görülen (müeyyide de) ceza olarak telâkki edilecektir.

ESuç ve ceza kavramlarının birbirlerine olan karşılıklı bağımlılıklarının ortaya çıkardığı ikilemden ilk görünüşün aksine, ancak en azından bu iki kavramdan bir tanesinin, diğerinin tanımının kendisiyle bağlantı kurabileceği müstakil belirlenebilir unsurları veya ilişkileri haiz olması halinde, bir çıkış yolu bulunabilir. Bu amaçla ilk defa suç (kavramı) ele alındığında, şu şekilde düşünülmesi gerekir: Ancak bir fiilin alelîtlak cezaya layık olduğunu, bu fiilin cezaî müeyyide altına alınmasının mutlak (bir şekilde) gerekli olduğunu ve cezayı bizzat tür ve ölçü itibarıyla fiile karşı belirlenmiş bir hukukî netice olarak gösteren özelliklerin varlığı halinde, müstaköil, başka bir ifadeyle, her defasında bu fiile (karşı) öngörülen cezaî müeyyideden bağımsız bir suç (kavramı)dan bahsedilebilir. Bu durumda, suç kavramının ceza kavramından bağımsızlığına, ceza kavramının suç kavramına bağımlılığının uygun düşmesi gerekir. Bu doğrultuda suç ve ceza kavramlarına açıklama getiren en manidar ve insicamlı teşebbüse Hegel ve (Hegel) Ekolünde rastlamaktayız. Buna göre, suç, bireyin iradesinin umumun iradesine muhalefet etmesidir, bir başka ifadeyle, hukuku şuurlu bir şekilde ihlâl eden her fiildir. Fakat, sözkonusu muhakemeye sadık kalındığında, bu tür bir davranış mutlak bir şekilde geçerlilik arzetmesi gereken hukuku hukuk olarak nefyettiği için, kavramsal zorunlulukla bu nefyin (tekrar) nefyi talebi, başka bir ifadeyle, hukukun ihlâline eşdeğerde bir keffaret ile suçu tekrar bertaraf eden ve ihlâl edilen hukuku tekrar kaim kılan ceza talebi, ortaya çıkmaktadır.

Pozitif hukukla bağdaşmaması (sebebiyle), daha önce Hegel'in suç kavramına itirazda bulunulmuştur. Pozitif hukuk gerçekten hukuka aykırı (olan) şuurlu her fiili cezaî müeyyide altına almamaktadır; (bunun için) insanın yalnızca hukukî sonuçlar doğuran sözleşmeye aykırılık teşkil eden sayısız olayları düşünmesi yeterlidir. Bu pratik düşüncelerin arkasında esaslı bir eleştiri yatmaktadır; ki bu (eleştiri) karşısında sadece Hegel'in çözümü değil, bilakis suçu bizzat kendisinden hareketle, başka bir ifadeyle, cezaî müeyyide altına alınışından bağımsız bir şekilde belirlemeye çalışan her teşebbüs akamete uğramaktadır. Müşahede edebildiğimiz kadarıyla ve Hegel sisteminde görüleceği gibi, böyle bir bağımsızlık ile, cezaî müeyyidenin yalnız başına bir anlam ifade etmeyeceği, (ve) bunun ancak belirli fiillerin neticesi olarak görüneceği farzedilmiştir. Fakat, bu (anlayış), keffarete ilişkin mutlak zorlamayı istihdaf etmektedir; ki bu mutlak zorlama, felsefi bir telâkki olarak taşıdığı anlamı

zedelemeksizin, cezalandıran devlete hiç et nuno (şimdi ve burada) yüklenen görevlerle bağdaşmaz. Aynı zamanda laikleştirilmiş ve hürriyetçi (bir telâkkiyle) organize edilmiş bir toplumun temsilcisi olarak devlet, ceza gücünün tatbikiyle mutlak ahlâki bir ideali gerçekleştirmek zorunda olmayıp, daha ziyade hukukun ve toplumun korunmasına ilişkin pratik görevlerini yerine getirecektir; (bu suretle devlet) sadece adalet(i gerçekleştirmek) için adalet yapmayacak, umumun refahına haklı bir surette hizmet edecektir. Bu nedenle, bütün dünyalık cezalar, bir amaç, gaye unsurunu mündemiçtirler; işte, önceden ve böylece bir gayeye matuf olmaksızın suçu belirleme gayretlerinin daha baştan akamete uğramaya mahkûm olduğu (gerçeği), bu amaç unsurunda yatmaktadır.

II

Suç (kavramı)nı bizzat kendisinden hareketle maddî bakımdan belirlemenin imkânsız olduğunu tespit ettikten sonra, böyle bir belirleme için düşünülebilen hareket noktası olarak sadece ceza kalmaktadır. Bu suretle, biz önce cezanın niteliği ve fonksiyonuna ilişkin soruyla karşı karşıya gelmekteyiz. Bu konuda eskiden beri ileri sürülen ve girişte sözü edilen teorik tartışmalar burada ortaya konulamaz. Biz, daha ziyade yürürlükte olan hukukun esasını teşkil eden ve kanaatimize göre gelecekteki ceza hukuku açısından 1962 Tasarısının bağlı kalmak istediği ceza telâkkisini hareket noktası almaktayız. Buna göre, ceza her halde özü itibarıyla bir keffarettir, misillemedir. Bu, şu demektir: Cezalandırdığı zaman hukuk (a bağlı) toplum, işlenen suçun ağırlığına eş düzeyde bir fenalığa çarptırmak suretiyle faile, hukuka göre müstahak olduğu ve davranışını tasvip etmeyen bir cevap vermektedir. Müteakip düşüncelerimiz açısından önemli olan şu ki, bu tanımla, gerçi ceza kavramı ve muşahas olaydaki ölçüsü belirlenmiştir; fakat, cezanın amacı konusunda henüz birşey söylenmiş değildir. Meğer ki, kefaret amacın bizzat kendisi ola. Fakat bu, günümüz devletine yüklenen görevlerle bağdaşmayan bir düşünce olarak reddetmiş bulduğumuz kefarete ilişkin mutlak cebir düşüncesine (bizi) geri götürdü. Devletsel ceza hukuku hizmetleri (ne ilişkin) prensip olarak sadece nisbî kefaret teorisi, bir başka ifadeyle, kefaret cezasında toplumu koruyan bir araç ve böylece amaç enstrümanı gören telâkki, dikkate alınmaktadır.

Gerçi önleme amacı, niteliği gereği cezayı müstakbel suçların işlenişini önleyen tedbir olarak telâkki eden modern ceza hukuku ekolünün talep ettiği "amaç ceza" anlamında, aynı zamanda ceza kavramını ve muşahas (olaydaki) ölçüsünü belirlememektedir.

(Bununla) daha ziyade Şu kastedilmektedir: Eger ceza niteliği ge- reği keffaret ise ve buna bağlı olarak, miktarı işlenen fiilin ağırlı- ğına göre ve fakat nleme etkisi dikkate alınmaksızın belirlenecek ise, devlet de, kendi cezaı müeyyide tatbikini, bu müeyyideye mah- kmiyetin ahlâki talep(ler)e uygunluğu veya (işlenen) suça karşı- lık (verilmiŐ) insicamlı bir cevap olarak görünüŐü dolayısıyla meŐ- rlaŐtıramaz. Böyle bir cezanın bildirimini ve buna mahkmiyet ka- munun menfati aÇısından kaÇınılmaz ve aynı zamanda hukukun ko- runmasına ilişkin ll bir araç olarak görünmesi halinde, ilk de- fa bu meŐrluktan söz edilebilir. Bu da gerçekleŐmiŐ bulunmakta- dır: Mstahakına göre faile muamele eden ve bu suretle faili iŐle- diği fiilden sorumlu bir kişi olarak telâkki eden bir ceza ile tehdit ve buna mahkmiyet, toplum genelinin etkili ve aynı zamanda ada- let duygusuna ve fert hürriyetine uygun bir Şekilde hukuka itaate ilişkin eğitimini ve suç iŐlemekten korkmasını, kısaca cezanın "ge- nel nleme" etkisiyle kastedilen hedefe ulaŐmayı mümkün kılmak- tadır. Bunun haricinde, bu tür bir cezaya mahkmiyet ve bunun in- fazı, faile cezasını çekerek kusurundan arınma imkanını vermekte ve ona gelecek için bir uyarı olarak hizmet etmeye ve bu suretle "zel nleme" etkisine elveriŐli olmaktadır. Şu var ki, itiyadi ve mp- tel suçlular karşısında, ls bakımından (işlenen) fiilin ağırlığı- na bağlı olan keffaret cezasının özel enleme etkisi kural olarak aka- mete uğramaktadır. Fakat bu, ceza esasen sarfnazar edilemez ol- duğu için, yürürlükte olan hukukumuzda olduğu gibi, ceza karak- teri olmayan emniyet ve islah tedbirleriyle cezanın tamamlanması- nı gerektirmektedir.

Her halde aŐıkr ki, modern keffaret cezası için karakteristik olan bizatihi keffaret oluşu değil, aksine "keffaret suretiyle nle- me"dir. O halde bu, aynı zamanda amaç için bir araç (durumunda)- dır. Fakat, bu yalın amaç-cezanın aksine, nev'i Şahsına münhasır bir araç(tır). Cezaı müeyyide ile tehdit ve cezaya mahkûm etmeden önleyici etki beklendiği için, cezanın fiile nisbetle, fiil lsnde bir keffaret olması gerekmez. Ceza kavramı ve cezanın amacı birbirin- den ayrık olarak (düŐünülecektir).

Ceza kavramından suçun araŐtırılan maddi unsurları hakkında neyin ortaya çıkacağı tetkik edildiğinde, ortaya çıkanın suç ve ceza kavramlarının karşılıklı bağımlılık iliŐkisi aÇısından görünenden daha fazla olduğu anlaŐılacaktır. Ceza, sadece suça karşılık veril- miş bir cevap değildir; ceza kavramına ilişkin açıklamanın ortaya koyduğu gibi, o daha ziyade muayyen bir anlamı mündemiç bir ce- vaptır. Bu muayyen anlamın cevaplandırılacak olan (soru)ya bir

geri etkide bulunması gerekir. Ceza, hukuk(a bağlı) toplum tarafından fiilin tasvip edilmediğini ifade ettiğine ve fail çarptırıldığı fenalıkla hukuka göre müstahak olduğu şeye düşer kılındığına göre, o (fail)in bu fiili işlemek suretiyle hukuk düzenini ihlâl etmiş, bu fiille bir haksızlık icra etmiş olması gerekir. İcra edilen haksızlık ancak şu şartla cezayı hak etmektedir: Fail (bu fiili, haksızlığı) gerçekleştirmekten kaçınabilirdi, bir başka ifadeyle, davranışı dolayısıyla onun muaheze edilmesini gerektiren kusuru sözkonusudur. Böylece, haksızlık ve kusur suçun niteliğine ilişkin unsurlara dahildirler.

Bu kavrayış, manidar olmakla beraber, suç (kavramı)nın tanımını yapmak için yeterli değildir. Hegel'in suç teorisine ilişkin (açıklamalarda) tesbit edildiğine göre, hukukun cezaî müeyyide altına almadığı (ve fakat) hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde işlenen sayısız davranışlar mevcuttur. Bir fiile gerçek suç karakterini veren (unsurlar)ın ne(ler) olduğuna, suç teşkil eden haksızlığı medenî ve inzibatî hukuka ilişkin sonuçlar doğuran diğer haksızlıklardan ayırmanın ne olduğuna ilişkin soru hâlâ cevaplandırılmış değildir. Gerçi bu hususa ilişkin bir başka noktası yine ceza kavramından elde edilmektedir. Bu (şunu) ortaya çıkarmaktadır: İfadesini keffaret cezasında bulan özel sosyal etik bir tasvipsizliği haklı kılacaksa, suç teşkil eden, kriminal haksızlık, normal haksızlığı aşan ölçüde bir şenaati mündemiç olmak mecburiyetindedir. Ancak, önemli olmakla beraber, bu tespit de bizi fazla ileriye götürmemektedir. Çünkü, bu cevabın bizzat kendisi, ceza kavramı, bir hukuka aykırı davranışın ne zaman böyle ziyade bir haksızlığı ifade ettiği ve böylece cevap olarak cezayı "hakettiği" hususunda bir izah getirmemektedir. O zaman, suçu diğer haksızlıklardan maddî olarak ayıran hususlara ilişkin malumat için başka bir kaynak araştırılmalıdır. Bizzat suç kavramından bu hususta hiçbir şey elde edilemeyeceği ve suç kavramının artık daha da (bize) yardımda bulunamayacağı tesbit edildikten sonra, mümkün teşhis kaynağı olarak (geriye) sadece cezanın amacı kalmaktadır.

Ayrıca, bizim ceza kavramı ile cezanın amacı arasındaki ilişki hakkında bulduğumuz açıklama(lar)a göre, cezanın amacına ilişkin soru, cezanın muşahhas olaydaki miktarını belirleyen sebeplere ilişkin soruyu ifade etmemektedir: Bu (sebepler) haklı bir keffaret düşüncesiyle esaslı bir şekilde tesbit edilmişlerdir. Cezanın amacına ilişkin soru (ise), daha ziyade, devlet içinde organize olmuş hukuk(a dayalı) toplumun muayyen bir davranışı bir keffaret cezasıyla müeyyide altına aldığı zaman götüğü amaca ilişkin soruyu

ifade etmektedir. Fakat, gerçekte, bununla, aranmakta olan ve bize suç teşkil eden davranışın asli unsurlarının izinin keşfedilmesini mümkün kılan bağlantı noktası nihayet bulunmuş gözükmektedir. Çünkü, şayet hangi amaç mülahazalarının hukuk düzenini bir ödüncü geri ödemeye veya satın alana satın alınanın teslimine ilişkin hukuki yükümün ihlâlini değil de, hırsızlık, dolandırıcılık ve müessir fiili cezaî müeyyide altına almaya sevkettiğinin bilinmesi halinde, hangi özel vasıf veya ilişkilerin suçu diğer haksızlık(lar)dan ayıracağı hususunun da açıklık kazanması gerekecektir.

Hukuk(a dayalı) toplumun cezaî müeyyide altına almakla takip ettiği amaç, görebildiğimiz kadarıyla, toplumu suçtan korumakta ortaya çıkmaktadır. Suçun önlenmesine ilişkin bu genel hedef, ilk etapta bizi fazla ileriye götürmemektedir. Çünkü, bizim daha yakından belirlemek istediğimiz suç, burada bilinen bir büyüklük olarak farzedilmektedir. Örneğin hırsızlık (fiili)nin cezaî müeyyide altına alınmasının hırsızlıklara karşı korunmaya hizmet edeceğinin tesbitiyle, hukuk düzeninin, cezasız bırakılan diğer haksızlık(lar)ın aksine, hırsızlık (fiili)ni neden cezaî müeyyide altına aldığı hususunda henüz hiçbir bilgi edin(e)memekteyiz. Biz, ancak şu şekilde düşündüğümüz takdirde, bu sorunun cevaplandırılmasına yaklaşmaktayız: Hukuk(a dayalı) toplum, bu tür fiillerin önlenmesi için, herhangi bir (vasıtan) ziyade, kendi tasarrufunda bulunan (ve) ceza mahiyetinde (bir) vasıtayı ikame etmektedir. Çünkü, şayet bu (toplum), her türlü haksızlığın değil de, sadece muayyen fiillerin önlenmesi amacıyla böyle hareket ediyorsa, burada özel ilişkilerin ceza vasıtasıyla korunmayı zorunlu gösterdiği sebebi açığa çıkmaktadır. Böylece, bir tarafta (yer alan) suça, diğer tarafta (yer alan) kamunun özel bir koruma ihtiyacı tekabül etmektedir.

III

Bu suretle düşüncelerimizin takip edeceği yol belirlenmiş bulunmaktadır: Cezaî müeyyidenin esasını teşkil eden her müşahhas koruma ihtiyacından, bizzat suç teşkil eden davranışın tabiatı hususunda bir sonuç çıkarılıp çıkarılamayacağı, çıkarılabilecekse ne derece çıkarılabileceği sorulabilir. Burada önce, kendi tasarrufundaki zecrî vasıtalarından en şiddetlisiyle muayyen fiillere karşı gelmeye hukuk(a dayalı) toplumu sevkedenin ne tür sebepler olduğu hususu açıklanacaktır. İlk bakışta sadece bir sebep müşahade edilmektedir: Bu tarzda fiillerin önlenmesine duyulan yüksek alâka. Burada kendiliğinden anlaşılmaktadır ki, bu tür yükselmiş koruma ihtiyacı, sadece, bu fiilleri diğerlerinden ayıran özel sosyal değersizliğe dayanabilmektedir. (Bu suretle), müdafaa amacıyla fiilin suç karakteri arasındaki köprünün kurulmuş olması gerekir.

Bu arada ve her halde yalın amaç noktai naazrından bakıldığında, şu şekilde de düşünülebilir: Hukuk(a bağlı) toplum, muayyen emir ve yasakları idame ettirmek için inzibati cebir veya ilgili şahsın hukuki yol(lar) hakkında bilgilendirilmesi gibi daha az incitici diğer vasıtaların kendi tasarrufunda olmaması sebebiyle, ceza vasıtasına müracaat etmektedir. Böyle olsaydı, fiilin (ifade ettiği ve) bu (suç)ları diğer haksızlıklardan ayıran değersizlikten ziyade, bu (fiil)leri mutlak önleme ihtiyacının başka bir surette tatmin edilmemesi durumu, bunların cezaî müeyyide altına alınmasını gerektirecekti. (Bu durumda,) ceza, hukukun ikamesi için sadece “geçici” (ve) “yardımcı” bir vasıta olarak düşünülecekti; fiilin “suç” olarak tavsif edilmesi, müzakere konusu davranışın cezalandırılabilirliğini artık ifade etmeyecekti. Maddî değil, sadece şekli bir suç kavramı sözkonusu olurdu. Kısacası, bu anlamda bir ceza gücünün uygulanması, bizim burada hareket noktamızı teşkil eden ceza kavramıyla ve suçun niteliğine ilişkin buradan çıkardığımız sonuçlarla çelişki arzederdi. Haklı bir keffaret olarak cezanın mündemiç olduğu özel moral değersizlik yargısı, böylebir lekeyi, damgayı haketmeyen fiillere de şamil kılınabilirdi. Bunun haricinde, ceza ile bağlantılı müdahalenin ağırlığı açısından, yükselmiş koruma ihtiyacı olmadan ceza ile tahdit, güdülen amaçla uygulanan vasıta arasındaki nisbete de aykırı düşerdi. Başka silah bulunmaması halindè bile serçeye topla ateş edilmemelidir.

Yürürlükteki hukukun buna rağmen bu düşünceleri dikkate almayan cezaî müeyyidelere yer verip vermediği hususu şimdi açıklanmayacaktır. Hukukumuzun adam öldürme, yağma, hırsızlık, dolandırıcılık, vatana ihanet, yalan yere yemin, evrakta sahtekârlık gibi fiillere müteallik (öngördüğü) “klasik” cezaî tehditlerin, varlıklarını, toplumun yükselmiş koruma ihtiyacına ve buna bağlı olarak, bu (fiil)leri suç teşkil etmeyen haksızlıklardan maddî bakımdan da ayıran niteliklere borçlu oldukları hususunda tereddüt(ümüz) her halde mevcut değildir. Bu (fiil)leri hareket noktası ittihaz etmekteyiz. Bundan böyle, suçun niteliğine ilişkin araştırmamızda, bu fiillerde yükselmiş koruma ihtiyacını neyin ortaya koyduğunu ve bu (yükselmiş koruma ihtiyacı) hakkında genel, suçun belirlenmesini sağlar (nitelikte bir ölçü olarak) ne derece bahsedebileceğini tetkik etmemiz gerekir.

Gördüğümüz gibi, ceza ile tehdit edilen davranışın kusurlu bir haksızlık olması gerektiği ceza kavramından çıkarılmış (bir sonuç) olduğu için, yükselmiş koruma ihtiyacının temeli, ilk etapta, fiilin yükselmiş haksızlık ve kusur muhtevalarında araştırılacaktır. Bu-

rada, yükselmiş haksızlık muhtevasını bir (yalın) norm olarak hukuk normunun ihlâli ortaya koyamamaktadır. Ne hukukun emir veya yasakları, ne de bunlara aykırılık bu tarzda tavsif edilebilir. Bir diğeri gibi, bir fiil "yasaklan"mamış veya "emredil"memiş olabilir. Daha ziyade, bir hukuk normunun ihlâli, ilk defa normun maddi anlamına, yani normkoyucunun bununla güttüğü amaca dayanılması halinde derecelendirilebilir olacaktır. Hal böyle olunca, normların altından her defasında hukukî emir veya yasağın korunmasını amaçladığı "hukukî menfaatler" ortaya çıkmaktadır. Bu, ihlâleri ceza ile müeyyide altına alınmış normlar için de sözkonusudur. Böylece, öldürme yasağı hayatı, hırsızlık yasağı mülkiyeti, hakaret yasağı hayşiyeti koruyacaktır. Bu suretle, hukuk normunun ihlâli, aynı zamanda (bu) hukuk normuyla korunan hukukî menfaatin ihlâli demek olacaktır. Fakat, hukukî menfaatin ihlâli olarak nazarı itibara alındığında, hukuka aykırı fiil derecelendirilebilir (nitelikte) olan maddi bir haksızlık muhtevası kazanmaktadır: Çünkü, ihlâl edilen hukukî menfaat, bir defa, menfatlerin sosyal hiyerarşisi içindeki yerine göre, yüksek veya az bir değere sahiptir. -Meselâ, hayat, mülkiyete nazaran daha değerlidir (ve buna bağlı olarak), adam öldürme, hırsızlığa nazaran daha ağır bir haksızlıktır. Diğer taraftan, maddi haksızlık muhtevası, ilgili hukukî menfaatin ihlâl edildiği vaziyetle birlikte (de) yükselip azal(abil)ir: Diğer bakımlardan aynı şartlarda işlenmeleri halinde, 100 Mark'a ilişkin hırsızlık 10 Mark'a ilişkin olanda daha ağır basacaktır. Burada açıklananla kesişen diğeri bir ayırım (ise), normun bazen hukukî menfaati sadece zarardan değil de, aynı zamanda tehlikeye düşürmekten koruyacağı hususundan kaynaklanmaktadır. Böylece, örneğin sarhoşluk nedeniyle araç kullanamayacak durumda olan bir şahsın kamuyu tehlikeye düşüren araç kullanımı veya kendisini idare edemeyen yardıma muhtaç birisinin hayatı tehlike tevlit edecek tarzda terkedilmesi, tehlikeye maruz bırakılan hukukî menfaatin zarar görüp görmemesine bakılmaksızın, ceza ile tehdit edilen birer haksızlık (niteliğindedir)dirler. Şu ortadadır ki, hukukî menfaati tehlikeye düşürmeye ilişkin bu tür bir yasağa aykırı davranan şahıs, aynı hukukî menfaati zarara sokmaya ilişkin yasağı ihlâl eden şahsa nazaran daha az bir haksızlık işlemektedir. Terk (fiili) adam öldürme (fiili)ne nazaran haksızlık muhtevası itibarıyla daha hafif bir fiildir.

Bununla beraber, bu düşüncelerimizle meselemizi henüz halletmiş değiliz. Gerçi biz, suçta bunu hayat, hürriyet veya mülkiyet gibi hukukî menfaatlerin zarara veya tehlikeye maruz bırakılması olarak gösteren bir maddi haksızlık muhtevası keşfettik ve bununla beraber, suç teşkil eden haksızlığın ağırloğunun çokluğu veya azlığı

ğı konusunda bir kıstas da bulduk. Fakat, bir fiilin ille de ceza ile tehdit edilip edilmeyeceğinin ve binaenaleyh, suç olarak görülüp görülmeyeceğinin neye bağlı olduğuna ilişkin soru bu suretle henüz cevaplandırılmış değildir. Çünkü, bizim ihlâl edilen hukuk normuyla bunun tarafından korunan hukuki menfaat ve buna bağlı olarak, toplumun hukukun korunmasına ilişkin ihtiyacı arasında kurduğumuz köprü sadece suç teşkil eden haksızlığa değil, bilakis mücerret bir haksızlığa müteallik bulunmaktadır. Sözleşmeye dayanan ödeme veya teslim yükümlülüğüne aykırı davranışın bir başkasının mülkiyetine ilişkin hukuki menfaati ihlâl etmesi gibi, suç teşkil etmeyen haksızlık da hukuki menfaatleri zarara veya tehlikeye maruz bırakabilirdir. Suç teşkil edenin suç teşkil etmeyen haksızlıktan ayrılmasını sağlayan karakteristik bu türden bir hukuki menfaat ihlâlinde değil, daha ziyade, bu (hukuki menfaat ihlâli)nin özel nitelik veya niteliğinde yatmaktadır.

Gerçi niceliksel unsur bir davranışın suç karakteri hakkında sadece istisnaen bir değeri haizdir. Pratik bakımdan tek önemli örneği ammenin selâmeti aleyhine işlenen cürümler oluşturmaktadır. Sözelimi yangın çıkartma suçu kural olarak belirsiz bir sayıdaki insan veya eşya ile bağlantılı tehlikenin önlenmesi amacıyla cezai müeyyide altına alınmaktadır. Bunun haricinde, gerçi hukuki menfaat ihlâlinin kapsamı, tehdit konusu cezanın miktarı (nın belirlenmesi) açısından bir rol oynamaktadır; fakat, cezalandırılabilir “olup olmadığı” konusunda oynamamaktadır. Taraflardan birine malvarlığına ilişkin 50.000 Mark’ı baliğ bir zarar tevhit eden bir sözleşmeye aykırılık cezasız iken; sadece 1 Mark’a ilişkin hırsızlık cezalandırılabilir bir hareket (olarak) kalmaktadır.

Bu suretle, biz, ikinci ihtimale, hukuki menfaati tehdit eden fiilin özel niteliğine yöneltilmekteyiz. Bu (nitelik), ya ilgili hukuki menfaatin değerine, ya da bu (hukuki menfaat)e yöneltilen saldırının tarz veya yoğunluğuna dayanmaktadır. Yürürlükteki hukukun “klasik” ceza tehditleri bu kıstas vasıtasıyla tetkik edildiğinde, ceza hukukuna ilişkin korumanın, özel değerli hukuki menfaatlerden sadece sözelimi “elit” olanları için geçerli olmayıp; daha ziyade, taşıyıcısı olarak devletin, kamunun veya ferdin görüldüğü hukuki menfaatlerin büyük bir kesimini ihata etmesi (gerceği) ortaya çıkmaktadır; ki, bu (husus) ilk bakışta hayret uyandırıcı bir durum olarak görülür. Bir hukuki menfaat, yani idamesine mutlak bir hukuki alâka duyulan bir menfaat, ceza hukuku tarafından sadece istisnai olarak hiçbir açıdan korunma (altına alınma)yabilir. Bu, örneğin kendi (bağımsız) adıyla müsemma hukuk (dalları) için ge-

çerlidir; şu kadar ki, telif ve marka hukuk(lar)ına ilişkin bir husus (ta ceza hukuku koruması yine) sözkonusu olmaktadır. Diğer taraftan, hukuk düzeni özel kıymeti haiz hukukî menfaatlere yönelik tecavüzleri mutlak bir şekilde cezaî tehdit altına almamaktadır. Şöyle ki, hayat ve vücut bütünlüğü, ancak kusurlu bir şekilde bunları ihlâl eden hareketin cezaî tehdit altına alınması noktasında imtiyazlı bir statü kazanmaktadırlar; bunun yanı sıra, bu (menfaat)ler mücerret bir tehlikeye karşı ancak belirli şartlar altında ceza hukuku tarafından korunmaktadırlar. Bunun haricinde, (kendisine yönelik saldırının) cezalandırılabilir "olup olmama(sı)" hususundaki soru açısından, ilgili hukukî menfaatin değeri de, sadece, mesele teşkil eden (bu) hukukî menfaatin idamesine ve saygınlığına kamunun duyduğu alâka ile birlikte ceza hukukuna ilişkin korumanın kapsamının düzenli bir şekilde artışı noktasında bir rol oynamaktadır. Sadece tamamlanmış fiilin mi, yoksa teşebbüsün de mi; fiilin sadece kasten işlenmesinin mi, yoksa taksirle işlenmesinin de mi; hukukî menfaatin sadece zarara sokulmasının mı, yoksa tehlikeye maruz bırakılmasının da mı cezalandırılabilir olduğu ve hukuk düzeninin düşünülebilir saldırı tarzlarının çokluğunu hangi kapsamda ceza ile tehdit edeceği bu alâkanın derecesine bağlı olabilir (eceptir).

Gerçi, ceza hukukuna ilişkin korumanın genişletilmesi ve önceden tesbit ettiğimiz gibi, tehdit konusu cezanın yüksekliği ve bununla birlikte suçun ağırlığı, ilgili hukukî menfaatin sosyal (değerler) sıralama(sın)da işgal ettiği yere bağlıdır. Fakat, bir davranışın suç kalitesi mutlaka krounan hukukî menfaatin belirli bir değer yüksekliğiyle ilk defa başla(mış) olamaz. Bütün suçlar için bunları suç teşkil etmeyen diğer haksızlık(lar)dan ayıran müşterek (özellik), koruma konusu (hukukî menfaat)in işgal ettiği sırada değil; daha ziyade, buna yöneltilen saldırının (işleniş) tarz ve yoğunluğunda yatmaktadır. Buna göre, suçun niteliğini keşfetmek için müteakip araştırmalarımıza buradan başlamak mecburiyetindeyiz. Sadece hukukî menfaatlerin korunması düşüncesine yönelik bir mülahazanın, bir davranışın cezalandırılabilirliğinin temel ve sınırlarını her defasında belirleyen karmaşık mülahazalara muvafık düşülebilmek için, yeterli olmadığı burada ortaya konulacaktır.

IV

Herkes tarafından bilinen belirli suç tiplerinden hareket etmemiz halinde, her şeyden önce, bu mülahazaların nevi şahsına münhasırlığı ve çok yönlü oluşu ortaya çıkmaktadır. Burada ilk defa şu soruyu sormak istiyoruz: Hukukumuz bir yandan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin taraflardan birisinin malvarlığı için çok ağır

olsa bile bir zarar doğuracak mücerret bir şekilde yerine getirilmemesini cezasız bırakırken, diğer yandan hırsızlık ve dolandırıcılığı neden ceza ile tehdit etmektedir? Bu (fark), her defasında koruma altına alınan hukukî menfaatin değer farklılığından kaynaklanmaktadır. Çünkü, dolandırıcılık ve hırsızlık dahi sadece mülkiyete ve münferit mülkiyet haklarına müteallik bulunmaktadırlar. Yine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda kural olarak bir ihmalin, (buna karşılık) hırsızlık ve dolandırıcılıkta (ise) kural olarak bir icrai fiilin sözkonusu olması hususu da (buradaki) ayırıcı kıstas(ı) ol(uştur)amaz. Çünkü, hem cezalandırılmayan icrai hareket(ler), hem de cezalandırılabilir ihmal(ler) mevcuttur. Buna karşılık, ayırımın esasını şu düşünce ortaya çıkarmaktadır: Ödünç alınan iade edilmesi veya (sözleşme konusu) eşyanın teslim edilmesi gibi sözleşmeye dayanan bir yükümlülüğü yerine getirmeyen kimse, esas itibarıyla (sözleşmenin diğer taraf(ın) a edimin yerine getirilmesi veya tazminat talebini havi bir dava ile böyle bir davranışın sonuçlarına karşı kendisini koruma imkânını bahşetmektedir; buna karşılık, hırsızın veya dolandırıcının fiili hukukî korumanın bu tür imkânlarını öncelikle devre dışı bırakmayı istihdaf etmektedir. Hırsızlık fiiline maruz kalan şahıs, kendisine ait eşyayı kimin çaldığını farketmeyecektir; (yine,) dolandırılan şahıs, aynı değerde bir karşı edimle yanıtılmak suretiyle kendi icratının doğuracağı zarara muttali olamaması nedeniyle korumasız kalacaktır. Böylece, hırsızlık ve dolandırıcılık, mülkiyet için zarar doğuran sözleşme ihlallerinden gerçi tehdit edilen hukukî menfaatin niteliği dolayısıyla değil; fakat, daha ziyade bu (hukukî menfate yönelen saldırının arzettiği büyük tehlike dolayısıyla ayrılmaktadır.

Şu da ilave edilmelidir ki, bir başkası zararına bu suretle zenginleşme teşebbüsü çok büyüktür. Bu husus, mülkiyete ilişkin düzenleme(ler)in var olduğu zamanlardan beri, ta eski zamanlardan bugüne kadar, hırsızlık için sözkonusudur; buna karşılık, dolandırıcılık, modern dünya'mızda bariz olduğu gibi, iktisadi ilişkilerin nazikleşmesi ve karmaşıklaşmasıyla birlikte bir kitle suçu haline dönüşmüştür. Burada şu ortaya çıkmaktadır ki, hırsızlık ve dolandırıcılık kendi yapı ve karakteristiklerini sadece hukukî amaç mülahazalarına borçlu değildirler -bu husus, diğer klasik suçlar için de sözkonusudur-; daha ziyade, hukuk toplumsal hayatta varlık sürdüren ve kendisine takaddüm eden sosyal davranış tiplerine yönelmektedir.

Sorularımızın sonuçlarını elde etmiş bulunmaktayız: Bir yandan, hukuk mahkemesine müracaat ederek bizzat kendisine yardım-

da bulunması, mücerret sözleşmeye aykırı (olarak) malvarlığına ilişkin bir zarar ile tehdit edilen (taraf)ın esas itibarıyla takdirine bırakılabilirken; (diğer yandan,) mağdurlarının korumasızlığı ve teşebbüs edilen fiilin ağırlığı nedeniyle, hırsızlık ve dolandırıcılığa karşı hukuk(a bağlı) toplumu tatmin etmesi gereken bir ziyade koruma ihtiyacı mevcuttur; mülkiyet güvencesi ve buna bağlı olarak da sosyal düzen konusunda hiçbir surette tereddüde mahal verilmeyecektir. Fakat, etkili (bir) korumayı hırsızlık ve dolandırıcılığın ancak ceza ile tehdit edilmesi temin etmektedir. Sadece cezaî tehdidin ihtiva ettiği ikaz ve özel tasvipsizlik, bu tür fiillere ilişkin yasak(lar)a hukuk(a bağlı) toplumun en azından büyük bir çoğunluğunun sadık kalmasını temin etmektedir. Burada ayrıca, cezanın ifade ettiği kötülükten korkuya dayanan ürpertici etki(nin değeri) fazla abartılmamalıdır. Esas itibarıyla hukuka itaat eden toplum fertlerinin bu sadakati, her halde önemli ölçüde moral telâkkilerden veya geleneklerden kaynaklanmaktadır. Toplum fertlerinin hukuka olan sadakatlerinin kritik an(lar)da dahi muhafaza edilmesi gerektiği, itaatsizliğin ortaya çıkaracağı zararlı neticeler hususundaki telâkkiden ziyade, hukuk(a bağlı) toplumun suç teşkil eden davranışı cezalandırmak suretiyle ifade ve beyan eylediği moral diskalifikasyon sayesinde toplum fertlerinin hukuka sadık kalmaları gerektiği hususundaki inanç(lar)ının pekişmiş ve sağlamlaşmış hissetmelerine bağlıdır.

Cezanın "sosyalpedagojik", (hukuka bağlı kalınması gerektiği hususundaki) telâkki(yi) pekiştiren bu etkisinin dayanağını teşkil eden, ve keffaret niteliği taşıyan cezanın bağlı bulunduğu moral değersizlik yargısı, ayrıca, bu davranışın suç niteliği (arzedip etmediği)nin bağlı bulunduğu şartlara da etkide bulunması gerekir. Bu (suç teşkil eden davranış)ın, ceza ile tehdit veya cezaya mahkûm edilmek suretiyle bu (davranış)a damgasını vuran ayıbı da haketmesi gerekir; başka bir ifadeyle, daha önce tesbit ettiğimiz gibi, bu (davranış)ın, suç teşkil etmeyen haksızlık(lar)dan moral değersizliğin baliğ olduğu bir ziyade ölçüyle de ayrılması gerekir. Buna göre, hırsızlık ve dolandırıcılığın suç karakteri, bunların mülkiyete ilişkin düzenleme(ler) açısından arz ettikleri özel tehlike ile, henüz yeterince izah edilmiş olmamaktadır. Daha ziyade, bu fiillerin özel bir **muahaze edilebilirlik** (karakter)lerinin de var olması gerekir.

Bir yandan sözleşmeyi ihlâl eden (taraf)ın, diğer yandan hırsız ve dolandırıcının davranışında kendisini izhar eden tutum ve zihniyetteki farklılığın gözönünde bulundurulması halinde, hırsızlık ve dolandırıcılığın bu ziyade ayıbı, lekeyi gerçekten de münde-

miş oldukları ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeyi ihlâl eden (taraf), hukuk adaleti değirmenlerinin zorunlu olarak yavaş öğüttükleri gerçeğini diğer tarafın zararına olarak kendi menfaati için vefasızca kötüye kullanması halinde, muhakkak ki aykırı bir davranışta bulunmaktadır. Fakat o, tabir caizse, en azından niyetini açık bir şekilde ortaya koyarak mücadele etmektedir; ve en azından kendisini esas itibarıyla sosyal mücadele kurallarının alanıyla sınırlı tutmaktadır. Hırsız ve dolandırıcı (ise) farklı (bir metod izlemekte)dirler. Her ikisi de kendi davranışlarıyla devletin sağladığı hukukî koruma imkânını devre dışı bırakmayı ve bu suretle, bir başkasının malvarlığını kendi istifadelerinin korumasız objesi yapmayı şuurlu bir şekilde istihdaf etmektedirler; şöyle ki, hırsız, gizli bir şekilde (bir başkasına ait eşyayı) kendi mülkiyetine geçirmek suretiyle barışı bozmaktadır; dolandırıcı (ise), bir başkasının güvenini kurnaz bir şekilde kötüye kullanmaktadır. Bu davranış(lar), sosyal müşterek hayatın temel değerlerini dikkate almamayı ifade etmektedir(ler); ki bu dikkate almama, sosyal moral noktai nazarından hareketle, hırsızın ve dolandırıcının fiil(ler)ine sözleşmeye aykırılığın mündemiç olduğundan esas itibarıyla mukayese edilemeyecek kadar büyük olan bir leke, ayıp (karakterini) vermektedir.

Kendileriyle hırsızlık ve dolandırıcılığın cezaya liyakatliliğini izah ettiğimiz beyyineler, gerçi (bunların) bu fiillere karşı -sözleşmeye aykırılıklardan farklı olarak- medenî hukuk korumasının vasıtalarının işlememekte olduğu hususundan başka bir şey ifade etmedikleri zehabını uyandırabilirler. Öyle ki, biz, aranmakta olan (ve) esas itibarıyla suç teşkil edenle suç teşkil etmeyen haksızlık arasındaki nitelik farkının izini (henüz) bulabilmiş değiliz; daha ziyade, ancak, hukukun idamesi için başka vasıtaların mevcut olmadığı durum(lar)da ceza ile tehdit yoluna gidildiğini tesbit etmiş bulunmaktayız (şeklinde bir kanaat oluşabilir). Bu(nlar) doğru olsaydı, bizim varsayımımıza aykırı olarak, klasik suç tiplerinde bile ceza kavramıyla suç kavramının birbiriyle uyumunun sadece görüşte sözkonusu olması, (ve) tehdit konusu cezanın kötülük karakterinin ve bu (ceza)yla bağlantılı ayıp ve lekenin uygun haksızlık muhtevasında bir fiil tipini zorunlu olarak şart kılmaması gerekirdi. Bununla beraber, yakından müşahede edildiğinde bu mülahazaların mesnetsiz olduğu görülür. Medenî hukuk korumasını bu tür fiiller açısından yetersiz olduğu (hususu) da hırsızlık ve dolandırıcılığın ceza ile tehdit edilmesini mümkün kılmış olabilir; fakat bunların cezaya liyakatlilikleri buradan değil, bilakis şundan kaynaklanmaktadır: (Daha önce) gördüğümüz gibi, fail, (bir başkasına ait eşyayı) gizlice kendi mülkiyetine geçirmek veya kurnazlık su-

retiyle (suçun mağduru durumundaki) ilgili şahsın savunma imkânlarını bertaraf etmeyi şuurlu bir şekilde istihdaf etmektedir; bu (fiillerin işlenişi)nde hukuk barışına ve mülkiyet (hakkı)na ilişkin güvenceye saldırılar sözkonusudur. Eğer bu saldırılar ceza ile tehdit edilmek suretiyle önlenmeselerdi, sosyal düzenin temelleri sarsılırdı. -Bir netice ki, bu, bir hukukî emre aykırı her davranış ile hiçbir surette bağlantılı değildir; bu (aykırı davranış)la mücadelede medenî hukuk veya idare hukuku vasıtaları yeterli olmamaktadır.

V

Hırsızlık ve dolandırıcılığı mülkiyet açısından zarar doğurucu etkisiyle mücerret sözleşmeye aykırılıklardan ayıran "suçluluk" (karakteri)ni kendisinde bulduğumuz özel tehlikelilikle ahlâka aykırılık arasındaki kombinasyonu diğer geleneksel suç tiplerinin büyük bir çoğunluğu da göstermektedir. Gerçi bazı özelliklerle beraber. Daha önce işaret edildiği gibi, suç karakterinin esasını teşkil eden özel tehlikeliliğin hırsızlık ve dolandırıcılıkta olduğu gibi belirli tecavüzi davranışlara münhasır kılınmadığı, aksine hukukî menfaati ihlâl eden her hareketi mündemiç olan suçlar mevcuttur. Ölüme veya müessir fiile her kastlı veya taksirli sebebiyet veriş cezalandırılabilir (bir fiil)dir. Bu, ihlâl edilen hukukî menfaatin değerinde, hayat (hakkı)nın bertarafını sonuçlayan bütün davranışların eşdeğerliliğinde yatmaktadır. Aynı zamanda, adam öldürme ve müessir fiil, fiilin ifade ettiği özel muaheze edilebilirlik (karakteri)nin doğrudan doğruya kendisinden kaynaklanması itibarıyla, hukukî menfaatin ihlâl edilmesi unsurunun hâkim olduğu suçlar (grubu)na dahildirler. Hukuk(a bağlı toplum)un fertlerinin hayat ve vücut dokunulmazlıkları sosyal müşterek hayat için o derece temel müşterek değerler ifade etmektedirler ki, bunlara riayet etmemenin sosyaletik muaheze edilebilirlik (karakter)i bedihîdir.

Tam tersine, öyle suçlar vardır ki, bunlarda moral değersizlik yönü, fiilin korunan hukukî menfaat açısından arzettiği tehlikelilik karşısında, nisbeten müstakil veya tamamen hâkim unsur olarak görünmektedir. Bir defa bu (tür suçlara, bu (suç)ların işlenişiyle bir özel yükümlülük statüsünün bağlantılı olması itibarıyla, şahsi-etik özellik arzeden suçlar dahildirler. -Rüşvet ve hakimın görevini sui istimal etmesi gibi memur suçları ya da gerçeği söylemek yükümlülüğü altındaki şahidin yalan yere yemin etmesi gibi (suçlar bu kabildendirler). Bunun haricinde, özellikle ahlâka karşı işlenen suçlarda olduğu gibi, umumun moral değer yargılarıyla doğrudan bağlantı içinde olan suçlar, bu (kategori suç)lardan sayılmaktadırlar.

Nihayet, her halde -görebildiğim kadarıyla- doğru olan görüşe göre, korunan hukuki menfaatle hiçbir alâkanın sözkonusu olmadığı, cezai tehdidin daha ziyade sadece muaheze edilebilir karakterdeki davranış için geçerli olduğu suçlar (da), gerçi sadece istisnai durumlarda, mevcuttur. Hayvanlara eziyet etmek, yine görüşüme göre ahlâka karşı işlenen belirli suçlar, ayrıca hayvanlarla cinsi münasebette bulunma ve pezevenklik bu tür suçlardır (!). Gerçi, şayet mutlak keffaret zorlaması düşüncesinden neticeye aykırı bir taviz verilmeyecekse, bu tür fiillerin de cezalandırılması cezanın amacıyla bir ilişki(nin varlığı)nı ve hukuk(a bağlı) toplumun mesele teşkil eden bu fiillerin önlenmesinin yanısıra aynı zamanda suç olarak tavsif edilmesine de ilgi göstermesini zorunlu kılar. Kişi eğer bu ilgede aynı zamanda hukukî menfaati görmek, ki bu başlı başına izaha muhtaç (bir mesele)dir, ve böylece tek bir (çözüm) yol(u)nun tekrar kurulabileceğine inanmak istiyorsa, bu durumda ama sadece (fasit) bir daire içinde dolaşmış ve esas mesele(yi cevaplandırmak)-tan kaçmış olacaktır. Makul olan teşebbüs, korunan hukukî menfati toplum fertlerinin ahlâkî duygularında müşahede etmektir. Fakat, bu telâkki de mesele(nin esası)na uygun düşmemektedir. Bu (düşünce) menfat kavramının tabiatına aykırı düşmektedir; buradan anlaşıldığı gibi, suç teşkil eden hareketin muaheze edilebilirlik (karakteri)nin esasında önşartını teşkil eden menfaat ihlâli, burada (adeta) bu (muaheze edilebilirlik)in neticesi olarak tezahür etmektedir: Hayvanlara eziyet etmek gibi fiiller, ahlâkî duygu(lar)ı ihlâl ettikleri için muaheze edilebilirlik (karakteri)ni kazanmamaktadırlar; bilakis, bunlar muaheze edilebilir (fiiller) oldukları veya öyle göründükleri için, bu duygu(lar)ı ihlâl etmektedirler. Gerçekte ise, bu fiillerde sözkonusu olan menfaat değerlerinin değil, bilakis zihniyet değerlerinin korunmasıdır, ki bu daha fazla izah edilecektir.

Bir fiilin ceza ile tehdit edilmesinin kural olarak bu (fiil)in özel tehlikeliliğini ve muaheze edilebilirliğini önşart olarak zorunlu kılması hususundaki tesbitle gerçi biz bir davranışın suç niteliği (arzedip etmediği) konusunda bir maddi kıstas kazanmış bulunmaktayız. Fakat, bu kıstas, gerekli tehlikeliliğin ve muaheze edilebilirliğin ölçüsüne ilişkin soruyu "özel" sıfatıyla cevaplandırmaktan ziyade ziyade tasvir etmesi itibarıyla, henüz belirsiz ve buna bağlı olarak tatmin edici olmayan (bir kıstastır. Bu konuda acaba daha fazla bir şey söylenebilir mi? Muhakkak ki bir fiilin suç karakteri için gerekli tehlikelilik ve muaheze edilebilirlik niceliğinin tam olarak çıkarılabileceği bir kıstas olamaz. Fakat, şayet cezalandırılabilirlik konusundaki kararın keyfilik veya hayalilikle mahkûm edilmemesi isteni-

yorsa, müstakil fiil tiplerinin suç karakteri (arzedip etmediği)ne ilişkin sınırların hangi hususlar dikkate alınarak belirleneceği konusunda en azından bazı esaslı tesbitlerde bulunulması gerekir.

Suçun tehlikelilik yönü sözkonusu olduğunda, (bu konuda) esas olan prensip anahatlarıyla buraya kadar söylenen(ler)den ortaya çıkmaktadır. Ceza ile bağlantılı bulunan tecavüz ve ayıp (davranış)ın ağırlığı açısından, topluma hukuki menfaatlerin korunması noktai nazarından bu vasıtayı kullanması sadece şu itibarla meşrû kılınmıştır, ki mesele teşkil eden (bu) tarzdaki saldırıların esaslı bir şekilde önlenmesi sosyal düzenin varlığı ve işleyişi için kaçınılmazdır. O zaman umumun korunma ihtiyacından (meseleye) bakıldığından, bir fiilin "özel" tehlikeliliği, bunun önlenmesi gerekliliğinden başka hiçbir şey ifade etmemektedir. Hırsızlık ve dolandırıcılığın cezasız bırakılmasının mülkiyet güvenliği ve buna bağlı olarak sosyal düzeni mutlak bir şekilde zedeleyeceğine ilişkin tesbitimizle, sözkonusu suçlar açısından bu şartı daha önce teyid etmiş bulunmaktayız.

Suçun muaheze edilebilirliğine ilişkin soruda mesele daha da zorlaşmaktadır. Ceza ile tehdit edilmekle bir fiile münasip görülen özel moral tasvipsizliği bu fiilin "hak ed"ip etmediği neye göre tayin edilecektir? Bu sorunun tevcihi, gerçekten (bir) suçun cezaya liyakatliliğinin önceden, yani bizzat bunun kendisinden hareetle belirlenmesine ilişkin teşebbüs, ve bununla beraber, tarafımızdan reddedilen mutlak keffaret teorisine bir dönüş, anlamına gelmemekte midir? Öyle ki, burada şu gösterilecektir: Bizim bir yandan keffaret olarak ceza kavramında karar kılmaya, diğer yandan cezaî tehdidin önleyici amacından hareketle suçun maddi muhtevasını belirlemeye ilişkin gayretimiz, gerçekte birbiriyle muvafık düşmeyen (iki nokta)yı birbirine muvafık düşürmeyi (mi) amaçlamaktadır? Gerçekte ise esas zorluk burada yatmaktadır. Fakat, eğer muaheze edilebilirlik sorusu için insicamlı bir şekilde bu ana kadar tutulan yolda karar kılınırsa, bu (zorluk) aşılabilir gözükmemektedir. Bu, şunu ifade etmektedir: Suçun özel bir moral ayıp (hıhk karakteri)ni mündemiç olması gerektiği, keffaret olarak ceza kavramından ortaya çıkmaktadır; (ve) fakat, bu muaheze edilebilirliğin ölçüsü, cezaî tehdidin koruma amacından hareketle belirlenecektir. Burada iki husus şart koşulmaktadır: Bir defa, sosyal moralin esas varlığı, birbirleriyle uyumlu bir şekilde toplum fertlerinin kendileri için bağlayıcı olarak belirli teml etik değerleri ve davranış kurallarını tasdik etmeleri itibarıyla, reel geçerlidir. Bundan sonra, hukuk koyan devlet bile, genel anlamda geçerli (bir) değer telâkkisinin ne derece

mümkün olduğu hususundan bağımsız olarak, kendi koruma fonksiyonu dahilinde toplumun bu değer **yargılarına** bağlanmak hakkına sahiptir ve yükümlüdür. Buradan hareket edildiğinde, eğer uygun hukuki reaksiyon olmadan, yani cezalandırılmadan bırakılırsaydılar, sosyal moralin gereklerini hiçe sayma örneklerini teşkil eden ve aynı zamanda toplum fertlerinin hukuka sadakat ve itaatlerinin temellerini sarsacak (nitelikte) olan bu tür fiilleri ceza ile tehdit etmek, umumun koruma ihtiyacı nokta-i nazarından, makul ve isabetli gözükmektedir.

Adam öldürme ve müessir fiil, hırsızlık ve dolandırıcılık, yağma ve cebir kullanma gibi suçlar ve her halde klasik suç tiplerinin çoğunda, fiilin cezaya layık muaheze edilebilir (karakteri)nin şartlarının tammlanmış olduğu konusunda hiçbir tereddütümüz) yoktur. Çünkü, burada, kişiye ve eşyaya yönelik ve cezai müeyyide altına alma saldırılar, aynı zamanda sosyal müşterek hayatın temel moral değerlerine aykırı düşmektedir. Fakat, moral muaheze edilebilirliğin, gerek hukuki menfaatin zarara veya tehlikeye maruz bırakılmasıyla beraber, gerek yalnız başına, cezanın temelini oluşturduğu olaylar mesele teşkil etmektedir. Buraya özel bir dikkat tevcih edilmelidir. Çünkü, ceza ile tehdidin menfaatlerin korunması şartından tecrit edilmesi, çok kolay bir şekilde cezalandırmanın "moralleştirilmesi" ve bununla beraber, ferdi hürriyet alanının uygun-suz bir şekilde kısıtlanması tehlikesini ortaya çıkarır; ki bu ferdi hürriyete, her halde bir liberal demokraside, sadece sosyal bakımdan **zorunlu** müdahaleler meşrû kılınmış gözükmektedir. "Bir hayvana gereksiz yere eziyet ve merhametsiz bir şekilde kötü muamele eden" kişi(nin bu davranışı)nı cezai müeyyide altına alan hayvanlara eziyet etme suçu (!), kanaatime göre, her ne kadar sadece moral bakımdan muaheze edilebilir bir fiil karakteri arzetseler bile, (yukarıda sözünü ettiğimiz) bu endişeye rağmen cezalandırmayı hakeden ve meşrû gösteren (bu tür) fiillerin her halde mevcut olabileceğine ilişkin örneği teşkil etmektedir. Hayvan, işi değildir ve bunun sonucu olarak, bir hukuki menfaatin taşıyıcısı olamaz. Gerçi o bir eşyadır; fakat, hayvana eziyet etmenin cezalandırılmasında bu eşyanın malikinin korunması da sözkonusu değildir; bu hususta malvarlığına zarar vermeye ilişkin ceza kuralı mevcuttur. Burada ise, bir yaratığa karşı kötü muamelede bulunan bir insanın tezellül etmesi ve bu suretle ortaya çıkan bir vahşilik, vicdansızlık örneği sözkonusudur. Bunun yanısıra, ayrıca hayvan(lar)a karşı suçluluk duygusu ve dinî telâkkiler (burada) bir rol oynamakta mıdır: Her halde hayvana eziyet eden şahsın davranışı ve bu davranışın sergilediği zihniyet (de) sosyal müşterek hayatın temel değerlerini

zedelemektedir. Bu şahsın cezalandırılması, yakışıksız ve rahatsız edici (bir durum) olarak telâkki edilir ve sosyal bakımdan infisahi bir etki yaratır. Bizim tezimize uygun olarak, cezalandırılabilirlik meselesi bu tür olaylarca bile umumun koruma ihtiyacına ilişkin bir mesele (olarak anlaşılmalı)dır. Ancak etkileri itibarıyla sosyal tehlikeli(lik) ve muaheze edilebilir(lik özelliği arzeden) bir davranış, ceza ile tehdidi meşrû kılmaktadır. Bir suçun (normal) olaylardaki gibi) asli olarak ihlâl edilen menfaat değerleriyle mi, yoksa (istisnai durumlardaki gibi) ihlâl edilen zihniyet değerleriyle mi karakteristik olmasına göre, fiile cezaya liyakatlilik (özelliğini veren davranış da, ya muaheze edilebilir olması itibarıyla sosyal tehlikeyi hiz, ya da sosyal tehlikeyi haiz olması itibarıyla muaheze edilebilir bir davranıştır. Suçun niteliğini ortaya koyan, tehlikelilikle muaheze edilebilirlik arasındaki birliğe ve bu birliğin ifade ettiği, koruma ihtiyacıyla sosyal moralin birbirinden ayrılmaz bütünlüğüne Hellmuth Mayer'in şu isabetli formülüyle işaret edilmiştir: Fail, (işlediği) suçla toplum için "katlanılmaz" bir sosyal aykırı davranış bir sosyal aykırı davranış "örneğ"i vermektedir.

Bütün bu mülahazalardan bir netice çıkarmadan önce, suçun buraya kadar ortaya çıkan yapısına bir husus daha ilave edilecektir. Hukukumuzun müşahhas suç tipleri, sadece suçun (yukarıda) ortaya konulan anlamda cezaya layık (bir fiil) olduğu düşüncesi esas alınarak kanunda tarif edilmiş değildir. Daha ziyade, ferdi hürriyet ve hukuk güvencesine duyulan alâka, ve aynı zamanda tatbik edilecek olan hukuk kurallarının "kabili tatbik" olması gerekliliği, umumun korunma ihtiyacının dikkate alınmasında belirli sınırlar çizmektedirler. Bu hususlardan her biri, ceza ile tehdit edilen fiillerin sınırları kesin bir şekilde belirlenen "suç tipleri"nde yoğunlaşmalarını zorunlu kılar; ki bu suç tipleri, cezalandırılabilir (fiiller)in alanını mümkün olduğu kadar açık seçik ve aynı zamanda herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde tayin etmekte ve hakim aşılmaz nitelikte isbat güçlükleri tahmil etmemektedirler. (Ancak), cezaya liyakatli (davranış)ın idrakinde belirli sınırlamalar yapmadan bu hedefe ulaşı(a)maz. Öyle ki, ahlâka karşı işlenen suçlarda genç mağdurlara ilişkin belirli bir koruma yaşının tayini, ferdi olgunlaşmadki gecikmelere muvafık düşmemektedir. Bunun haricinde, her halde hürriyet esasına dayalı olarak organize olmuş bir toplumda fertler için maksimum bir hürriyet alanının muhafazasına duyulan temel alâka problem teşkil eden olaylarda cezaya liyakatli (davranış)ın alanı sınırlandırılırken bu alâka ile umumun koruma ihtiyacı arasındaki karşılıklı dengenin itinalı bir şekilde ölçülmesini (kurulmasını) gerekli kılmaktadır. Bu mesle, örneğin devleti koruma-

ya yönelik suç (tipleri)nde hâd safhaya ulaşmaktadır; ki bu suçlarda, devletin güvenliğini sağlama ihtiyacının büyük bir anlam ifade etmesine karşılık, (kişilerin) düşünce ve eleştiri hürriyetine duyulan alâkanın da dikkate alınması gerekir.

VI

Burada söylenen(ler)e bir göz gezdirildiğinde, suç kavramının ilk etapta ortaya koyduğu boşluğun, ceza kavramından ve cezaî tehditlerin koruma amacından hareketle, belli bir dereceye kadar doldurulabildiği gözlenmektedir. En sade bir formülle ifade edilirse, suç, maddi muhtevası gereğince **cezaya layık** (ve) kusurlu (bir) haksızlıktır. Fakat, “cezaya layık (olmak)”, bir sosyal aykırı davranış örneği olarak, öyle tehlikeli ve muaheze edilebilir, öyle katlanılmaz (bir davranış)ı ifade etmektedir ki; devlet baskısının en katı vasıtası olan ceza ile bir reaksiyon ve sosyal tasvipsizliğin en sert ifadesi, umumun koruması için, zorunlu ve ölçülü görünmektedir. Bu tanımın bile izah edilmeye muhtaç unsurları ihtiva ettiği aşikârdır. Fakat, suç konusunda genel olarak daha fazal bir şey söylenilmemektedir. Şu anda bulunduğumuz noktadan hareketle, suçun maddi kavram (muhtevası)nın mutlak olarak değil, aksine, ancak nisbi olarak belirlenebileceği ortaya çıkmaktadır. “Nisbi”(dir); çünkü, suçun maddi kavram muhtevasının belirlenmesi toplumun korunma ihtiyacına ve muşahhas tarihi durum içerisindeki değer yargılarına bağlanmak zorundadır. Muhakkak ki, insan varlığının temel şartları suçta yansıdığı için, suç tipinin bütün zamanlar ve bütün milletler açısından geçerlilik bulan muayyen bir çekirdek unsuru mevcuttur. Fakat, bunun haricinde, cezaî tehditler zaman (içinde dünya) görüşündeki ve hayat şartlarındaki değişikliklerle, milli, kültürel ve toplum politikasındaki farklılıklar tarafından karakterize edilmektedirler. (Hatta) bizim kendi hukuk sahamızda bile bizler, suç kataloğundaki devamlı değişikliğin şahitleriyiz. Teknik çağ bize sadece trafik ceza hukukunu sunmadı ve bize yakında sadece mahrem alanının modern teknik imkânların kötüye kullanılmasına karşı korunmasına ilişkin ceza kurallarını getirmede. Bu (teknik çağ), aynı zamanda bizim zihniyet değerlerinin korunma liyakatliliği konusundaki telâkki(ler)imizi de değiştirdi. Önceleri sadece moral (değerleri ilgilendiren) bir mesele olan kaza olayları sırasında yardım etme yükümlülüğünün ihlâli, bugünkü hayat şartlarında eksik dayanışmanın katlanılmaz ve bu nedenle cezaya layık bir örneği olarak tezahür etmektedir.

Suç kavramının nisbiliğine, **Binding**'ten beri suç kavramının **nakıs, boşluklarla malûl olma** özelliği olarak adlandırılan husus(un

da) ilâve edil(mesi gerek)ir. Suç tipleri, kendi bütünlükleri içinde menfaatlerin ve zihniyet değerlerinin mükemmel korunmasına ilişkin efradını cami bir sistem oluşturmamaktadır. Bu (suç tipleri) o (sistem)i teşkil etmeyecek ve edemeyeceklerdir; çünkü, cezaî tehditlerin, sadece, toplumun korunmasına duyulan alâka içinde önlenmeleri kaçınılmaz gözüken davranışları “ayrıntılı noktalarıyla” tazammun etme ödevleri vardır. Bizim (daha önce) gördüğümüz gibi, buraya şu husus da ilâve edilmelidir: Hürriyet, hukuk güvenliği ve tatbik kabiliyeti mülahazalarıyla, bizzat burada belirli sınırlamalar gerekebilecektir. Ceza hukukunun zorunlu olarak nakıs, boşlukları malûl olma özelliğinin idraki, hukuk politikası açısından büyük bir anlam ifade etmektedir. Çünkü, sadece ceza ekonomisine ilişkin değil, bilakis, her şeyden önce hukuk devletine ilişkin mülahazalar, ceza hukukunun bu (suretle) kendisini sınırlamasına sebebiyet vermektedirler. Fert, kendi hareket hürriyetine yönelik olan ve sosyal bakımdan zorunluluk arzetmeyen müdahalelerle rahatsız edilmeme hakkına sahiptir. Daha önce belirttiğimiz gibi, bu (husus), özellikle, hukukî menfaatleri korumadan ziyade, zihniyet değerlerini korumaya yönelik ceza tehditleri açısından dikkate alınmak gerekir. Bu hususu vurgulamak için, modern, laikleşmiş ve eşitlik esasına dayalı toplumun, hukukun ve bu arada ceza hukukunun alanını önceleri morale münhasır olan sahalara da genişletme eğilimi gösterdiği ölçüde fazla sebep(ler) mevcuttur. Bazen, ihmal edilen yardıma ilişkin (yukarıda) zikredilen ceza kuralının gösterdiği gibi bir sebeble (sözkonusu genişletme yoluna gidilmektedir). Gerçi, genel olarak, görebildiğim kadarıyla, fert(ler)in hürriyet hakkının bu tür eğilimlere (karşı) koyduğu sınırlara yeterli saygınlık gösterilmeden (bu genişletme yapılmaktadır). Ceza hukukunda halka rağmen fert hürriyetlerinin bu derece sınırlanmasına ilişkin gösterilen cesaret, bugün şunu ifade etmektedir: Sadece, toplumun korunmasına duyulan alâka açısından kaçınılmaz olan yerde cezalandırma yoluna gidilecektir. Görüşüme göre, yeni ceza kanunu tasarısı bile bu cesareti daima göstermedi.

Nihayet, suç kavramının nisbîlik ve boşluklarla malûl oluş karakteri, cezalandırılabilirlik sorusunun zorunlu olarak bir karar unsurunu ve bununla birlikte bir “pozitiflik” unsurunu mündemiç olduğunu ifade etmektedir. Hangi davranışın cezaya layık olduğu genel olarak ve herkes için geçerli bir şekilde söylenemeyeceği için, hic et nunc (şimdi ve burada) hukuk düzeninin hangi fiilleri cezaya layık gördüğünü (müstakillen) belirlemesi gerekir. Kara Avrupası ceza hukuk(lar)ında, hukuk devleti ilkesi gereğince, bu konuda sadece kanunkoyucu yetkilidir. Kanununsuz suç olmaz. Ancak, bu be-

lirlemenin esas itibarıyla hukuk içtihadına bırakıldığı Anglo Sakson hukuku örneğinin gösterdiği gibi, bunun ille de kanunkoyucu tarafından yapılması zorunlu değildir. Bu konuda verilecek kararın neticesi, her halde hukukçunun bir fiili suç teşkil eden tipik fiil olarak tavsif etmesidir. Bu tipik fiil, cezaya layık bulunan ve bu nedenle ceza ile tehdit edilen bir davranışın hukukî bakımdan bağlayıcı olan ve bizde zorunlu olarak kanun tarafından yapılan tanımını ihtiva etmektedir. Bir bakıma, ceza kanunu suç teşkil eden tipik fiillerin bir "katalog"u görünümü arz etmektedir. Ancak bu tipik fiiller arasında bulunan ve cezaya layık (bir) davranış, gerçekten cezalandırılabilir (bir fiil)dir ve sadece maddi anlamda değil, aynı zamanda şekli anlamda bir suçtur.

VII

Buraya kadarki bütün mülahazalarımız, bizim "klasik" suç tipleri olarak tavsif ettiğimiz suçlardan yola çıkmıştır. Fakat, maalesef, sadece bu tür veya bunlarla aynı değerde suç tipleri yoktur. Bizim şu andaki ceza kanunumuz ve fakat özellikle gün geçtikçe sayıları artan yan ceza kanunları, yukarıda belirttiğimiz suç türlerinin yanısıra, öyle bir takım davranış tarzlarını ceza ile tehdit etmektedirler ki; insan, bu davranışları suç teşkil etmeyen haksızlık(lar)dan maddi özellikleri itibarıyla ayırmak veya bu (davranış)larda sosyal aykırı davranışın "katlanılmaz örnekler"ini görmek istediği zaman, terddüde düşmektedir. Galiba, bu tür davranışların cezalandırılmasının sebebi, kendi iradesini ikame edebilmesi için kanunkoyucunun başka bir vasıtaya sahip olmamasında veya sahip olmadığına inanasında yatmaktadır. Açıklamalarımızın başında sadece teorik imkân(lar) olarak gözönünde tuttuğumuz bu (hususlar), tamamen realiteyi yansıtmaktadır(lar)! Burada sözkonusu olan, sözün en geniş anlamıyla, polisiye kurallar, ve fakat aynı zamanda, sosyal politika, tabiat ve kültürün korunması sahasındaki kurallardır. Şu çıktır ki; tekniğin geliştigi ve devletin hayatın her alanına müdahale ettiği bir çağda, bu tür kurallar devamlı önem kazanmaktadır; ve bu kurallara riayet edilmesinin teminat altına alınmasına ihtiyç hissedildiği (de) tartışmasızdır.

Bu koruma ihtiyacına rağmen, bu tür kuralların ihlâl edilmesinde bizim tarafımızdan geliştirilen anlamda bir suç sözkonusu olmaz. En azından şu sebeple ki, yukarıda izah edildiği gibi, keffaret olarak cezanın mündemiç olduğu tasvipsizlik yargısının gerekli kıldığı özel moral ayıp(lılık karakteri) bu tür davranışlarda mevcut değildir. Aynı zamanda, burada sosyal müşterek hayat için (zorunlu olan) asli menfaat ve zihniyet değerlerinin ihlâl edilmesi de söz-

konusu değildir; ki (ancak böyle bir ihtimalde) toplumun kendisini idame ettirmesi doğrultusundaki istek, uygun bir tepkiyi zorunlu kılar. İhlâli cezai tehdit altına alınan bir norma itaat etmeme gerçeği bile, bizzat fiilde bulunması gereken ve fakat ilgili fiilin ihtiva etmediği özel haksızlık muhtevasının yerine ikame edilemez.

Bunun haricinde, burada sadece suç kavramı hakkında çıkarılan sonuçlar sözkonusu değildir. Bu tür fiillerin ceza ile tehdit edilmesi, -hukuk politikası ve hukuk etiği açısından- mutlak bir surette katlanılmaz gözükmektedir. Cezalandırılmak suretiyle faile haketmediği bir leke yakıştırılamaz. Küçük düşürücü karakterinden mahrum bırakılmış bir baskı vasıtası, her halde (sadece) hürriyetten yoksun bırakmadan ibaret olamaz. Çünkü, bir hukuk devletinde ancak gerçek bir ceza olarak, yani ahlâka aykırı fiil için bir keffaret olarak bu tür (hürriyetten yoksun bırakma)ya kendi fiilinden sorumlu olan bir toplum üyesi mahkûm edilebilir.

Sonuç olarak, eğer biz devamlı surette artan bu tür kurallar karşısında sabıkalı kişilerden müteşekkil bir millet oluvereceksek, bu kuralların bize sağlamak istediği himaye çok pahalıya mal olmuş olurdu. Bunun haricinde, bu tür kurallarla ceza düşüncesi mutlak bir surette itibardan düşerdi.

Münferit bir olayda suç teşkil eden haksızlıkla idari itaatsizlik arasındaki ayırımın (ortaya çıkardığı) güçlüklerin ayrıca müşahede edilemeyeceği bu tahlili açıklamaları uzlaştırıcı bir sonla noktalayabilirim. Burada ortaya konulan düşünceler, onlarca yıllık tartışmadan sonra kanunkoyucuyu da ikna ettiler. Kanunkoyucu artık bugün daha ziyade, bizim (ortaya koyduğumuz) anlamda suç karakteri arzetmeyen hukuki ihlalleri mücerret "düzene aykırılıklar" olarak nitelendirmekte ve (bu fiilleri) küçük düşürücü nitelikte olmayan ve para türünden bir "düzen cezası" ile tehdit etmektedir. Bu yolla, bizim Alman ceza hukuku hizmetlerinin malûl olduğu kriminal cezanın tatbikindeki bu aşırı ölçüsüzlükte bir azalma sağlanabileceği (i ümidiyle)!