

# DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE CEZA HUKUKU REFORMLARI: İSVİÇRE'DE CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ŞARTLARI

*Criminal Justice Reforms in Turkey and in the World: Conditions of Punishability in Switzerland*

**Prof. Dr. Günter HEINE**

Çeviren: **Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR**

## I

Geçtiğimiz asrın doksanlı yıllarının başında suç politikası zaviyesinden bakıldığında İsviçre, o güne kadarki ceza hukuku binasının temellerinin bir kısmının mevcut yeni suç politikası ihtiyaçlarını taşıyamadığı büyük bir şantiyeyi andırıyordu. Bu durum, evvela kökenleri Carl Stooss tarafından 1893/94 yıllarında<sup>453</sup> kaleme alınan ön tasarılar kadar dayandırabilecek olan Ceza Kanunu'nun temel kaidelerinin, hiçbir zaman esaslı bir değişikliğe uğramamış olmasından kaynaklanıyordu. Cezalandırılabilirliğin koşullarının tespitinde kendisine başvuru sistem ve metodolojinin hâlâ tamamen 19. Asırdaki ceza hukuku öğretisini yansıtırıyor olması ve gerek öğretinin gerekse de uygulamanın kendilerini çoktan günün gereklerine uydurmuş olması karşısında ceza hukukunun genel hükümlerinde bir ıslahatın yapılması elzem hâle gelmişti. Müteakip sayfalar, bilhassa ceza kanuna göre cezalandırılabilirliğin şartları ile alakalıdır. Bu nedenle, ceza kanunu hükümlerinde bir diğer esaslı reforma uğramış olan hukuki neticeler mevzuuna yalnızca kısmen değinilecektir. Bu husustaki ana konu başlıkları kısa süreli şartsız hürriyeti bağlayıcı cezaların geri plana itilmesi,<sup>454</sup> güvenliği temin etmeye yönelik tedbirlerin genişletilmesi, bilhassa süresiz muhafaza altına alma ve II.2.âda daha yakından ele alınacak olan sonradan muhafaza altına alma kararıdır.

İsviçre Ceza Kanunu, özel hükümlerde de bu sıralar günceldir ve bunun nedeni de federal devlet tarafından kontrol edilen kendi kendini düzenleme modeli sebebiyle kısmen ihraç maddesi hâline dönüşen kara paranın aklanması suçları, bir bütün olarak malvarlığına karşı ve evrakta sahtekârlık suçları reformunun yanısıra terörizmin finansmanı suçu (Ceza Kanunu m. 260<sup>quinquies</sup>) örneğinde olduğu gibi uluslararası mükellefiyetlerin gereğinin yerine getirilmesi için yapılan düzenlemelerdir. Buna ilâveten, yeni bir Genç Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş ve 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren de 26 farklı kanton ceza muhakemesi kanunu, yeni İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu marifetiyle yürürlükten kalkacaktır.

## II

Cezalandırılabilirliğin şartları hususunda İsviçre kanun koyucusunun genel

\*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>453</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Stratenwerth, Mélanges-Gauthier, ZStrR 114 (1996), 4 vd.*

<sup>454</sup> Mamafih bu husustaki reformun reforme edilmesi söz konusudur. Bu husustaki uluslararası temayüle ve eskiden beri cari olan itirazlara karşın kanun koyucu, uygulamandan gelen ısrarlı tenkitler neticesinde kısa süreli şartsız hürriyeti bağlayıcı cezayı yeniden uygulamaya sokulmasına karar vermiştir. (Krşl. 30 Haziran 2010 tarihli Ceza Kanunu'nun Değiştirilmesi ile ilgili Açıklayıcı Rapor).

itibarıyla ilgili düzenlemelerinin, mukayeseli hukuktaki tesiriyle birlikte müşterek Almanca konuşan hukuk ailesi ile karakterize edilen ceza hukukunun güncel gelişimine büyük ölçüde uyduğunu söylemek mümkündür. Bununla birlikte, bu düzenlemeler kısmen İsviçre’ye mahsus hususiyetleri aksettirmekte ve belli noktalarda ceza hukuku korumasında İsviçre lider rolünü üstlenmeye gayret etmektedir.

### 1. Suçun Unsurlarının Üç Aşamalı Yapısı ve Müstakil Hukuki Müesseseler

Temelleri *Hans Schultz* tarafından 1985 yılında bir ön Tasarıyla<sup>455</sup> atılan ve 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunu Genel Hükümler Reformu’yla İsviçre, kendisini **suçun unsurlarının üç aşamalı yapısına** uyumlu hâle getirmiştir. Cürümler, üç yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardır. Cünha ise üç yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasını gerektiren suçlardır (m. 10). Yeni düzenlemenin sonucu olarak bazı suçların sınıflandırılmasında değişiklikler ortaya çıkmıştır: Örneğin, güvenliğe karşı suçlar sahasında (örneğin kamu güvenliğinin ateşli silahlarla tehlikeye sokulması, m. 260<sup>quater</sup>) veya malvarlığı ceza hukukunda (örneğin, çek ve kredi kartının kötüye kullanılması [m. 148]) olduğu gibi belli suçlar cürüm hâline getirilmiştir. Yine birtakım suçlar da alenen suç işlemeye ve şiddet eylemlerinde bulunmaya tahrik (m. 259) veya mahkumların serbest bırakılması (m. 310) suçlarında olduğu gibi cünha seviyesine indirilmiştir.

Kanundan bağımsız olarak gelişmiş hâkim doktrine kısmen uygun olarak, bundan böyle kanunen kastın niteliğinin açıklığa kavuşturulduğu söylenebilir. Buna göre **kast** subjektif haksızlık unsuru olarak anlaşılmakta (Ceza Kanunu m. 12 f. 2) ve **haksızlık bilinci**, kusur (Ceza Kanunu m. 21) kapsamında ele alınmaktadır. Hukuka uygunluk sebebi olan ve mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinin yanısıra meşru savunmada, hukuka uygunluk sebebi olan meşru savunma ve mazeret sebebi olan meşru savunma (yani meşru savunmada sınırın aşılması, m. 16) olarak ayrılmıştır. Bundan başka, **taksirli suçun** Kanundaki tanımından ve yerinden yola çıkılarak taksirle işlenen haksızlığın, her zaman şahsileştirilmiş bir mükellefiyete aykırılık rabitasını icap ettirdiği neticesine varılmaktadır.<sup>456</sup> Bu, hukuk düzeninin her vatandaşın yüksek düzeyde dikkat ve özen talep ettiği anlamına gelmektedir. Yetenek, eğitim ve tecrübelerine binaen kişisel olarak daha büyük bir dikkatle eylemde bulunabilecek olanlardan, daha büyük dikkatle eylemde bulunmaları beklenmektedir.

Vurgulanması gereken bir husus da **meşru savunmada**, Almanyada olduğu gibi cesur bir savunma hakkı tanımak yerine, yalnızca koşullara göre münasip bir savunmanın hukuka uygun olacağına düzenlenmiş olmasıdır. Bu tarz bir düzenleme ile hukuk düzeninin korunması ilkesi önemli ölçüde sınırlandırıldığı gibi, bu düzenleme münasip bir savunmanın her zaman ölçülülük ilkesinin kısıtlaması altında olduğu anlamına gelmektedir.<sup>457</sup>

**Zorunluluk hâlinde**, örneğin halk sağlığı gibi umuma ait hukuki değerlerin ve bu nedenle de uyuşturucu madde ticaretindeki menfaatin, m. 17’nin lafzına binaen zorunluluk hâlinin kapsamında olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>458</sup> Buna

<sup>455</sup> *Hans Schultz*, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils usw., Bern 1987, ilk olarak 1985 senesinde Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanmıştır.

<sup>456</sup> *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 2005, § 16 N 12 ilave kaynaklar ihtiva etmektedir.

<sup>457</sup> Krşl. *Stratenwerth*, Strafrecht AT I, § 10 N 73 vd.

<sup>458</sup> *Seelmann*, Basler Kommentar Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art 17 N 3 ek kaynaklar ihtiva etmektedir.

karşılık İsviçre’de, umuma ait hukuki değerler konusunda kanuni bir düzenlemeye gidilmemiş, bu hususta *kanun üstü* hukuka uygunluk sebepleri alanına müracaat edilmektedir, ki bu kapsamda *haklı menfaatlerin korunması* da yer almaktadır.<sup>459</sup> Mamafih, bu silsile aceleci bir şekilde devletin zorunluluk hâli müessesesine başvurulmasına mâni olmaktadır. Yakın zamanlarda, Almanya’da bunun aksine tezahürler görülmüştür.<sup>460</sup>

Bir diğer yenilik de **mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinde** (m. 18), daha önceki tehlikenin ortaya çıkmasında failin kusuru bulunmaması gerektiği koşullundan, bundan böyle sarfınazar edilmiş olmasıdır. Bu kısıtlama, hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hâli bakımından gerekçelendirilmemiş ve mazeret sebebi olan zorunluluk hâli için ise oldukça katı düzenlenmişti. Aksi takdirde, kendisi tarafından düşüncesizce provoke edilen fevri karakterdeki bir kişinin hayati tehlike arzeden saldırısından korunmak için olayla ilgisi olmayan yayaların arkasına geçerek korunmaya çalışan ve bu nedenle bunların hayatını tehlikeye atan kimsenin bir sınırlama olmaksızın cezai sorumluluğuna gidilmesi gerekirdi.<sup>461</sup> Bununla birlikte, yeni Kanun’a göre de tehlikeye katlanma mükellefiyeti söz konusu olabilir. Bilhassa bu, failin tehlikeye mükellefiyete aykırı olarak yol açtığı ve yalnızca tehlikeyi değil, aynı zamanda zorunluluk hâlini de öngörebileceği vâkıalar için geçerlidir.<sup>462</sup>

M. 18 **mazeret sebebi olarak üçüncü kişi lehine kurtarma yardımı**nı da kapsamaktadır. Mamafih bu mazeret sebebi olan üçüncü kişi lehine kurtarma yardımı, failin tehdit altındaki hukuki değerle münasebeti bakımından açık bir normatif filtre ihtiva etmediği için sorunludur (bu durum komşu memleketlere nazaran farklılık arz etmektedir). Böylece, bu husustaki salahiyet, meclisten yargıya nakledilmektedir. Yargı, beklenebilirliğin hangi şartları altında faile ceza verilmeyeceğine karar verebilir. Bu noktada ortaya çıkan soru, yardımda bulunan kişi ile hukuki değerlerini kurtarmak istediği kimse arasında yakın bir münasebetin (kanun dışı olarak) gerekli kılınıp kılınamayacağıdır. Bu literatürde kabul görmüştür.<sup>463</sup> Ancak doğrusu bunu İsviçre bakımından reddetmek olacaktır. Meclis, kararını bu hususta yakın bir münasebet talep etmemekten yana vermiştir. Bunun nedeni de muhtemelen, İsviçre toplumunda gelişmiş olan veya gelişmiş olduğu varsayılan dayanışma yükümlülüklerine, başka yerlere nazaran daha geniş bir hukuki alan sağlanmak istenmiş olmasıdır.<sup>464</sup>

**İştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme** (Ceza Kanunu m. 23 f. 2-4) müessesesi de kanunen düzenlenmiştir. Bu hususta evvela, gönüllü vazgeçme

<sup>459</sup> Krşl. BGE 94 IV 70, *Stratenwerth*, *Strafrecht AT I*, § 10 N 58.

<sup>460</sup> Örneğin, kamu vergi açığını kapatmak için suç işlenmek suretiyle elde edilmiş banka verilerinin satın alınması bağlamında bkz. *Ambos*, *Datev-Magazin* 2/2010, 43 f. S. karşı görüş *Heine*, *FS-Roland v. Büren*, 2009, 922, 929.

<sup>461</sup> *Stratenwerth*, *Strafrecht AT I* § 11 N 73, *Seelmann*, *BSK*, Art. 17 N 6.

<sup>462</sup> *Heine*, *recht* 2008, 259.

<sup>463</sup> *Frischknecht*, *recht* 2008, 190 vd.

<sup>464</sup> *Heine*, *recht* 2008, 260. Elbette, zorunluluk hâlinde yardımda bulunan kişinin, tıpkı kendisi tehlike altında bulunan kişininkine denk, etkili bir çatışma baskısı altında olması gerekir. Bu çatışma baskısının varlığı daha ziyade, yardımda bulunan kişiye, yardımda bulunulan kimselerin yakınlık derecesi arttığı hallerde kabul edilmelidir (*Stratenwerth/Wohlers*, *StGB Handkommentar* 2. Aufl. 2009, Art. 18 N 4; ve *Trechsel/Jean-Richard*, *StGB Praxiskommentar*, 2008, Art. 18 N 5). Fakat, mevcut sosyal dayanışma yükümlülüklerinin varlığı ilgili vakada söz konusu ise yardımda bulunulabilecek kimseler yakın münasebet içinde olunanlarla sınırlı olmayacaktır.

imtiyazının daha eski Ceza Kanunu’nun (1942) yürürlüğe girmesiyle birlikte, sadece ihtiyari bir ceza affı veyahut cezada indirime gidilmesini öngörmüş olduğu kaydedilmelidir. İsviçre’nin, örneğin Almanya’da olduğu gibi tam ve eksik teşebbüs ayırımı konusundaki yönü tam ceza muafiyeti veya ceza indirimi arasında belirlenen geniş bir çaplı bir tartışmadan<sup>465</sup> büyük ölçüde kurtulmuş olması bu esnek çözümle irtibatlandırılabilir. Hâl böyleyken, İsviçre’deki yeni düzenleme kendisine rehber olarak Alman Ceza Kanunu § 24 f. 2’yi almıştır. Lâkin bu hukuk mukayesesi yapılırken, Alman öğretisindeki hâkim görüşe göre tam da hususta “kesinlikle hatırı sayılır bir başarı sağlayamamış” bir madde olduğu hususu nazarı itibara alınmamıştır.<sup>466</sup> Daha açık bir ifade ile bu düzenleme, gönüllü vazgeçmeyi isteyen suç ortağına birtakım ilâve kuşku uyandırıcı yükler getirmektedir. Zira yeni düzenlemeye göre eskisinden farklı olarak artık suç ortağının, suç fiiline olan katkısını geri alması yeterli olmayacaktır. Bilakis gönüllü vazgeçmeyi isteyen suç ortağı kanunen, suçun tamamlanmasının önlenmesinde katkıda bulunmakla veya herhalde bunun önlenmesi için gayret sarfetmekle mükellef kılınmıştır.<sup>467</sup> Böylece Almanya’dan, öğretinin de kâfi surette mâlumu olan sistematik belirsizlikler ithal edilmiştir.

Bir başka yenilik de uzun zamandır eksik olan **temsil ilişkilerinde cezalandırılabilirlik** (m. 29) konusunda genel bir düzenlemenin yapılmış olmasıdır. Bu madde hükmüne göre, bir tüzel kişinin mükellefiyete aykırı fiillerinin, onu temsil eden gerçek kişilere isnat edilmesi mümkün olmaktadır. Bu mesele şimdiye kadar yargı tarafından yalnızca hukuki metotların tatbiki suretiyle ele alınıyordu.<sup>468</sup> Zira bu neviden bir düzenleme esas olarak yalnızca malvarlığı ceza hukuku için mevcuttu.

Elbette, hangi sahaların *kanunen düzenlenmediği* hususu da önem arz etmektedir. Bu kapsamda, **faillik** müessesesi yer almaktadır ve bu tercih, Uzmanlar Komitesi Tasarısı’yla tamamen uyumludur. Bu tercihe, bir hukuk mukayesesine dayanılmak suretiyle şöyle pragmatik bir gerekçe arzedilerek: Bu hususta yapılacak bir kanuni düzenleme “ya eksik ya da çok karmaşık olacaktır” denmiştir.<sup>469</sup> Bu nedenle böyle bir düzenleme yapmak yerine bu meseleye mahsus hususi şartların geliştirilmesi vecibesi, yargı ve öğretiye bırakılmıştır. Yargı ve öğreti ise müşterek faillik ve dolaylı faillik müesseselerini uzun zaman önce kabul etmiştir. Fiil üzerinde hâkimiyet nazariyesinin değişik biçimlerinin de gözle görülür derecede tesirleri söz konusudur. Tabii ki birçok münferit mesele hakkında tereddütler mevzuu bahistir. Federal Mahkeme bu tereddütlerin giderilmesi için belli noktalarda sözcülük vazifesini üstlenmiş ve her seferinde önemli gelişmelere imza atmıştır. Örneğin, Rolling-Stones-Vakası’nda (BGE 113 IV 458) taksirli müşterek faillik üzerinde Mahkeme’nin yaptığı tartışma, Almanya’yı da önemli ölçüde etkilemiştir.<sup>470</sup> Ayrıca, von Roll- Kararı’nda Mahkeme ilk kez örgüt üzerinde hâkimiyet hukuki müessesine ticari işletmelerle ilgili olarak başvurmuştur.<sup>471</sup> Nihayet Antilop Eti-Kararı da (BGE 119 IV 289) tarafsız hareketlerle yardımda bulunma hususunda ilkeler ihtiva etmektedir.

<sup>465</sup> Bkz. Eser, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 24 N 12 vd.

<sup>466</sup> Bkz. Eser, in Schönke/Schröder, § 24 N 74.

<sup>467</sup> Bkz. Heine, FS-Eser, 2005, 504 bu sahifede ek kaynaklar da zikredilmiştir.

<sup>468</sup> Bu hususta bkz. Stratenwerth, Strafrecht AT I, § 13 N 145 f vd.

<sup>469</sup> Botschaft Bundesrat, BBl. 1999 I 2012.

<sup>470</sup> Bkz. Heine, in Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, N 115 vor § 25.

<sup>471</sup> Bkz. Heine, ZStrR 119 (2001), 32 und in Schönke/Schröder, § 25 N 25a-c.

## 2. Kanunilik İlkesi

Yeni Ceza Kanunu genel hükümleri, hukuk devleti bakımından eski çözüme nazaran daha iyi temellere oturtulmuştur. Örneğin bu, Ceza Kanunu m. 19 f. 4 hükmünde kasdi olanın yanısıra taksirli **sebebinde serbest hareketi** de, yani kusur ehliyetine kaçınılabılır bir hareketle zarar vermesi ve bunun yanında bu hâldeyken işlenen fiili öngörebilmesi hâlini, kapsamaktadır. Bu nedenle İsviçre’de hukuk devleti bakımından, örneğin vaziyetin hiç de tatmin edici olmadığı Almanya’ya nazaran hukuk devleti bakımından daha ikna edici bir çözüm söz konusudur.<sup>472</sup>

### a. Kanunların Geçmişe Yürütülmesi Yasağı, ne bis in idem ve Güvenlik Tedbirleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (“AİHS”) onaylanmasından önce Federal Mahkeme, kanunların geriye yürütülmesi yasağının güvenliği sağlama amaçlı ve eğitici tedbirlere genişletilmemesi görüşündeydi (BGE 97 I 919 E. 1a und b). Artık Yüksek Mahkeme, kanunsuz ceza olmaz ilkesini açıkca bütün güvenlik tedbirlerini kapsayacak şekilde tarif eden yeni Ceza Kanunu m. 1’i ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) büyük bir ihtimalle muhafaza altına almayı ceza olarak tasnif edecek olmasını göz önünde bulundurmak suretiyle bir U-dönüşü gerçekleştirmiştir (2007): **Kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı**, “bir suç nedeniyle karar verilebilecek olan ve suçun işlenmesinden öngörülemez olan ceza niteliğindeki **devlet tarafından tatbik edilen zorlayıcı tedbirlere uygulanacaktır**” (BGE 134 IV 129, E. 3.3.3). Bu karar birçok sebepten özel bir ilgiyi hak etmektedir: İlk olarak, İsviçre Yüksek Mahkemesi her daim kendisi için önemli bir referans noktası olan Alman Anayasa Mahkemesi’nin bu husustaki görüşünden bilinçli olarak ayrılmıştır. Alman Mahkemesi, kanunların geçmişe yürütülmesi yasağının iyileştirme ve güvenlik tedbirlerine ve özellikle güvenlik nedeniyle muhafaza altına almaya uygulanamayacağı görüşünü savunarak Anayasa m. 103 II’nin etkisini sadece cezalarla sınırlamıştı (2004).<sup>473</sup> İkinci olarak, Federal Mahkeme AİHS’i (m. 7 I) doğru yorumlamıştır. Zira AİHM 17.12.2009<sup>474</sup> tarihli sansasyonel kararında Alman Anayasa Mahkemesi’nin hakkında karar verdiği bu vakada AİHS 5 ve 7. (kanunsuz suç olmaz) maddelerinin ihlâl edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, güvenlik nedeniyle muhafaza altına almanın pratikteki biçimini de göz önünde bulundurmak suretiyle bu güvenlik tedbirinin ceza olarak kabul edilmesi gerekir ve bu nedenle kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı kapsamındadır, demiştir.<sup>475</sup>

Bu, yeni kanun yürürlüğe girmezden evvel (1 Ocak 2007) suç işleyen faile yeni kanunun uygulanabilmesinin, prensip olarak yalnızca bu kanunun daha katı düzenlemeler getirmemesi hâlinde mümkün olacağı anlamına gelmektedir.<sup>476</sup>

**Muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesi** (Ceza Kanunu 65 II) konusunda *ne bis in idem* ve kanunların geçmişe yürütülmesi yasağı bakımından bazı

<sup>472</sup> Bkz. Heine, FS-Eser, 503.

<sup>473</sup> VerfGE 109, 133, mukayese ediniz ayrıca BVerfGE 109, 190, Fischer, StGB 57. Aufl. 2010, § 66b N 6 vd.; eleştiri için bkz.. Kinzig, NJW 2003, 911 ff. Karara konu olan vaka, ilgiliye güvenlik nedeniyle muhafaza altına almanın ilk defa uygulanmasında geçerli olan 10 senelik azami sürenin geriye yürür şekilde kaldırılmasıyla ilgiliydi.

<sup>474</sup> M Almanya’ya karşı, 19359/04.

<sup>475</sup> Daha fazla malumat için bkz. Kinzig, NSTZ 2010, 233.

<sup>476</sup> BGE 134 IV 129, krşl. Heine, recht 2008, 252.

özel sorunlar söz konusudur.<sup>477</sup> Herşeyden evvel, Ceza Kanunu Genel Hükümler Reformu’nda yapılan “sonradan iyileştirmeler” kapsamında getirilen Kanun’un son hükümler kısmının 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi hükmüne göre suç fiilini bu değişiklikler yürürlüğe girmezden evvel işleyen failer bakımından da sonradan muhafaza altına alma kararı verilebilmesi imkânı getirildiğinden, bu durum bu güvenlik tedbirinin tatbik edileceği bu durumdaki kişiler bakımından AİHS 7 f. 1 hükmünün ihlâlî anlamına gelecektir. Zira, önceki Kanun’a göre (Eski Ceza Kanunu m. 42, 43 Ziff. 1 f. 2) bu güvenlik tedbiri, bu durumdaki bir failin suçu işlediği veya hüküm giydiği sırada düzenlenmiş değildi.<sup>478</sup>

Kanun koyucu, diğer hâllerde hükümlünün lehine uygulanacak olan yargılanmanın yenilenmesini, aynı şartların varlığı hâlinde failin aleyhine uygulanmasını da yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda öngörmüştür (bkz. m. 410 f. 1 b. a). Bu tarzda geleneksel bir muhakeme ilkesinin altüst edilmesi neticesinde, karar verildiği sırada mevcut olan ancak mahkemeye sunulmamış olabilecek delil ve olgular belirleyici olacaktır. Bu müessesenin bu şekilde düzenlenmesi özel olarak AİHS m. 5 f.1<sup>479</sup> ile ilgili bir sorun teşkil etmemesine karşın AİHS 7 numaralı protokolün m. 4 f. 1 ile tam bir uyumsuzluk içindedir. *Ne bis in idem* kuralı bu düzenlemeyle ihlâl edilmiştir; çünkü ilk karar sırasında gerekçelendirilmeyen teşhislerin, ilk defa hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında ortaya çıkması nedeniyle hâlihazırda hakkında hüküm verilmiş bir fiile uygulanan yaptırımın ağırlaştırılması söz konusudur.<sup>480</sup> Muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesinin yalnızca mahkumiyet kararı verildikten sonra ortaya çıkan olgulara dayanılarak karar verilmesini öngören Almanya ile mukayese dikkate şayandır (Alman Ceza Kanunu § 66b). Almanya’da, savcılık itirazı söz konusu olmadığı sürece önceki kararların düzeltilmesine izin verilmemektedir.<sup>481</sup> Bu, Almanya’yı *ne bis in idem* kuralını ihlâl etmekten korumakta, buna karşın güvenlik amacıyla muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesinde AİHS 5 I hükmüne göre müdahale yetkisi mevcut değildir.<sup>482</sup>

Her iki ülke de bu meseleyi temelden tekrar ele almalı ve güvenlik nedeniyle muhafaza altına almayla ilgili sistemlerin tamamını reforma tâbi tutmalıdır. Bu nevi bir reform kapsamında özellikle muhafaza altında tutulan kişilerin barınma şartlarının iyileştirilmesi, terapi imkânlarının genişletilmesi, fakat aynı zamanda gerekli hâllerde salıvermeden sonra sürekli gözetim altında bulundurmaya ihtiva etmelidir.<sup>483</sup>

<sup>477</sup> Bu hususta, bu güvenlik tedbirinin yeni kanun yürürlüğe girmezden evvel “bir suç işlemiş veya hüküm giymiş” failere de uygulanıp uygulanmayacağı sorusuyla karşılaşıyoruz. Ceza kanununun son hükümler kısmının 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi.

<sup>478</sup> Bkz. *Stratenwerth/Wohlers*, StGB Handkommentar, Schlussbestimmungen StGB Ziff. 2 N 2, *Trechsel/Pauen Borer*, StGB Praxiskommentar, 2008, Art. 65 N 8, *Kunz/Stratenwerth*, Jusletter v. 13.12.2004, N 25, krşl. *Heer* BSK, Art. 65 N 32.

<sup>479</sup> Bkz. EGMR Urteil v. 17.12.2009, 19359/04, RZ 86 vd..

<sup>480</sup> Bkz. *Stratenwerth/Wohlers*, StGB Handkommentar, Art. 65 N 2, *Trechsel/Pauen Borer*, StGB Praxis-kommentar, Art. 65 N 5.

<sup>481</sup> BGH v. 22.2.2006, 5 StR 585/05 E. II. 2 a. cc.

<sup>482</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Kinzig*, NStZ 2010, 239 ek kaynaklarla birlikte., krsl. 11.08.2010 tarihli, “Güvenlik Amacıyla Muhafaza ve Hâl ile Gidiş Denetimi Tedbirlerinin Yeniden Düzenlenmesi İçin Bir Kanun Tartışma Tasarısı”, hrsg. v. deutschen Bundesministerium der Justiz.

<sup>483</sup> Krşl. *Bartsch*, Sicherungsverwahrung – Recht, Vollzug, aktuelle Probleme 2010, 203 vd.



### b. İhmâlî ve Özgü Suçlar

Genel hükümler reformunun başarılarından biri de **ihmâl** suretiyle icra konusunda açık bir kanuni hüküm getirilmiş olmasıdır (m. 11). Genellikle vatandaş, pasif kaldığı hâllerde prensip olarak sadece kriminal düşüncüler beslemesi nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Bilakis böyle bir sorumluluk sadece onun garantör sıfatı taşıması hâlinde söz konusu olacaktır. Garantörlüğün kapsam ve muhtevası evvelden beri tartışmalıdır. Bu nedenle, kanun koyucunun bu hususta kanuni bir esas ihdas etmiş olması memnuniyet vericidir. Elbette garantörlüğün kaynakları konusunda Ceza Kanunu m. 11 açıkça, bunların Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmadığını ifade etmektedir. Bu sebeple yalnızca garantörlüğün sebepleri değil, daha da önemlisi garantörlük mükellefiyetlerinin de sınırları hâlâ açıktır. Bunun bir sebebi de, kanun koyucunun garantörlerin özel mükellefiyetini açıkça belirtmekten imtina etmiş olmasıdır.<sup>484</sup>

**Özgü suçta iştirak** müessesesi de yeni düzenlenmiştir (m. 26). Böylece, hukuki özel faillik niteliği hususundaki, bilhassa kamu görevlisi işlevi ve şerik bakımından ortaya çıkacak hukuki neticelere dair tartışmaya kanuni düzenlemeyle son verilmiştir. Buna göre, hem gerçek özgü suçlar hem de gerçek olmayan özgü suçlar bakımından bağluluk kuralı kabul edilmiştir; ancak şerik bakımından mecburi ceza indirimi öngörülmüştür.

**Bir ticari işletmedeki suçlar** için esas olarak, gerçekten işletme adına hareket etmiş olan veya hareket etmiş olması gereken gerçek kişiler sorumlu olacaktır. Malum olduğu üzere, bir suçun oluşması için özel bir mükellefiyetin ihlâli gerekli kılınmış ve bu mükellefiyetin bir tüzel kişiye yüklenmiş olduğu hâllerde birtakım zorluklar ortaya çıkmaktadır. Bu isnatla alakalı boşluğu artık eskiden özel alanlara mahsus düzenlemelerin yerine Ceza Kanunu m. 29, genel bir düzenleme marifetiyle doldurmaktadır. Bu suretle, suç tipinde öngörülen özel mükellefiyet yalnızca tüzel kişileri kapsadığı (örneğin işyerindeki kazaları önlemek için gerekli tedbirleri alma mükellefiyeti, m. 230) hâlde, somut ihlâlin bağımsız karar verme yetkisini haiz bir çalışandan kaynaklandığı vakalar çözüme kavuşturulmuştur. M. 29 suçun isnat edileceği kimse hususundaki bu boşluğu, genel olarak bağımsız karar yetkisini haiz çalışanlar veya gerçekteki yöneticiye ilgili suçun isnadı imkânını getirmek suretiyle kapatmakta ve böylece kendisini Avrupa anlayışına uyumlu hâle getirmektedir.

### 3. Kusur İlkesinin Güçlendirilmesi

Kusur ilkesine, önceye nazaran daha sistematik bir geçerlilik tanınmıştır. Böylece, mazeret sebebi olan zorunluluk hâlinde failden, tehlike altındaki hukuki değerden sarfi nazar etmesi talep edilemiyorsa artık o kusursuz hareket (daha önce ceza indirimi ifadesi kullanılıyordu) etmiş olacaktır. Buna ilâveten, elverişsiz teşebbüste failin ağır bilgi ve anlama hatası söz konusu ise ceza verilmemesi öngörülmüştür ve kusur yeteneğindeki zayıflama hâlinde de yeni bir mecburi ceza indirimi getirilmiştir.

### 4. Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Almanya'dan farklı olarak İsviçre kanun koyucusu, 1 Ekim 2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere **tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında sorumluluğu-**

<sup>484</sup> Krşl. *Stratenwerth/Wohlers*, StGB Handkommentar Art. 11 N 1 vd.

**nu** kabul eden cesur bir Tasarı’yı, Ceza Kanunu’nun genel hükümlerine dâhil ederek yürürlüğe sokmudur. Zira “böyle bir sorunun varlığını kabule, bu hususta bir düzenlemenin lüzumuna ve mümkün olup olmadığına en nihayetinde öğreti değil, kanun koyucu karar vermiştir”.<sup>485</sup> “Kendine has bir yapısı olan bir isnat” sistemi temelinde tüzel kişilerin sorumluluğu iki ihtimalde ortaya çıkmaktadır: Birincisi, tüzel kişi bünyesinde işletmeye özgü bir suç “tüzel kişinin örgütsel zaafıyla ilgili sorumluluğu ancak ilgili fiilin tüzel kişideki bir gerçek kişiye isnat edilememesi hâli”dir (bu tüzel kişinin cezai sorumluluğunun yedekliği olarak ifade edilmektedir, Ceza Kanunu m. 102 f. 1). İkincisi ise Kanun’daki listede sayılan yedi suçtan dolayı (örneğin, yolsuzluk suçları ve kara paranın aklanması), tüzel kişinin bu nevi suçları önlemek üzere lüzumlu ve beklenebilir örgütsel tedbirleri almadığı hâllerde tüzel kişinin cezalandırılmasıdır (Ceza Kanunu m. 102 f. 2).<sup>486</sup> Diğer tüm meseleler, uygulama ve öğretime bırakılmıştır.

Fakat **yaptırım** konusunda, yani 5 milyon Frank’a kadar para cezası ile İsviçre kanun koyucusu bu konuda bilhassa yaptırım çeşitliliğine sahip Güney Batı Avrupa memleketlerinden ayrılmaktadır.

**Uygulamada** bugüne kadar bu madde **oldukça az bir önemi** haiz olmuştur. Şimdiye kadar tüzel kişilerin sorumluluğu ile alakalı yalnızca iki vaka ele alınmıştır. Bu vakalarda, hizmete mahsus bir araç vasıtasıyla trafikte işlenen cünhalarda mesul şoförün tespit edilememesi söz konusuydu.<sup>487</sup>

Bu örnek bize üç farklı hususta bazı sonuçlara varmamızı sağlamaktadır: İlki, tek başına içeriği boş bir normun, çok sayıda farklı yorumun gelişmesini teşvik ettiği ve bunun da uygulamayı kararsızlığa sevk ederek yalnızca sembolik ceza hukukundan doğru bir temayülü ortaya çıkarmasıdır. İkincisi, tüzel kişilerin sorumluluğunun Ceza Kanunu’ndaki düzenleniş biçimi, tüzel kişilerin sorumluluğunun katı bir şekilde bireysel ceza hukukunun öncüllerine göre kabul edilmesi temayülünü desteklemektedir. Üçüncü olarak, bu düzenleme birçok nedenden ötürü güdülen amaca hizmet etmemektedir<sup>488</sup> ve bu nedenle bireysel ceza hukukunun yanında, bir ölçüde Avusturya ve İtalya’yı takip ederek, ikinci bir yol tesis edilmelidir.

<sup>485</sup> Botschaft Bundesrat, BBl. 1999 | 2141.

<sup>486</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Heine*, recht 2005, 1 vd.

<sup>487</sup> Krşl. *Niggli/Gfeller*, BSK, 2. Aufl. 2007, Art. 102 N 54 ilave kaynaklar zikredilmiştir.

<sup>488</sup> Daha fazla bilgi için bkz. *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, 241 vd.





