

Ana Konu

“1997 TÜRK CEZA YASASI TASARISI”NA İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Çetin ÖZEK*

Giriş

Ceza Yasası'nın çağdaştırılması için 1989 yılından bu yana, üç aşamada yapılan komisyon çalışmalarının sonunda “1997 Ceza Yasası Tasarısı” oluşturuldu. Basındaki açıklamalara göre, “Mecelleden bu yana yapılmış ilk yasa” olarak nitelendirilen “Tasarı”, nedense, üniversite hukuk fakültelerine, Yargıtay'a, barolara, ceza hukuku alanında uzman hukukçulara gönderilip, bilimsel tartışmaya açılmadan, T.B.M.M. Adalet Komisyonu'na sunuldu. Böylece, 21.11.1990 tarih 3679 sayılı Yasa'nın ve T.B.M.M. İç Tüzüğünde yapılan değişiklikten yararlanarak, Tasarı'nın Komisyonda incelenip, kabul edilmesi ve T.B.M.M. Genel Kurulunda, “tek madde ve tek genel müzakere” ile yöntemi izlenmeye başlandı. Adalet Komisyonu da, inceleme ve değerlendirme için yeterli olmayan süre içinde görüş belirtmeleri için, Tasarayı, yargı yerlerine ve üniversitelere gönderdi.

Yeni bir ceza yasası yapılması, Ülke açısından hayati önem taşıdığı yadsınamaz. Bu nedenle, Tasarı'nın, bilimsel ve yargısal tartışmaya sunulmadan, Adalet Komisyonu'nun “müzakeresine” konu yapılması, konunun önemiyle olması gereken orantılı “ciddiyet”e uygun bir davranış değildir. Adalet Komisyonu üyelerinin tümünün hukukçu olduğu varsayılsa dahi, çoğunun ceza hukuku uzmanı olmaması, yaygın, ciddi tartışmalara konu olmamış, bir tasarıdan, çağdaş bir “yasa” çıkaramaması doğaldır.

Nitekim, Tasarı, gün ışığına kavuştuğunda da, 1989 yılında yapılan “ön-tasarı”nın mantık ve anlayışından farklı olmadığı, o dönemde yapılan eleştirilerin değerlendirilmediği, hatta yeni eleştiri konularının da eklendiği görüldü. Başta Yargıtay olmak üzere, Barolar Birliği, bazı il Baroları, İstanbul, İzmir, Ankara Hukuk Fakülteleri yaptıkları toplantılarda, hem izlenen yöntemi, hem de içeriğini, sistemini, mantığını, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'nı, ciddi bilimsel, çoğu haklı, gerekçelere dayanarak eleştirdi.

1998 yılından bu yana bugüne kadar, “beğeniden” çok “eleştiri” konusu olan bir “taslak-tasarı”nın, bilimsel platformda tartışılmadan, siyasal komisyonlarda ele alınması gibi, örneğine rastlanması güç, uygun olmayan, hatta tehlikeli bir yöntemi yerinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ile İstanbul Barosu'nun öncülüğünde, başta İstanbul Hukuk Fakültesi “Ceza ve Usul Hukuku Ana Bilim Dalı” öğretim üyelerinin çoğunluğunun ve diğer hukuk fakültelerinin öğretim üyelerinin, İstanbul Barosu

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuk Profesörü

temsilcilerin katılımıyla oluşturuldu*.

Komisyon, öncelikle, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı”nın genel sistemini değerlendirmeyi ve vardığı sonuçları, ilgili siyasal kuruluşlara, yargı yerlerine ve diğer Hukuk Fakültelerine sunmayı, gerekirse yayınlamayı görev saydı.

Komisyon görevini, salt Tasarı’nın “genel kısım”ının sistemiyle sınırlamış değildir. “Özel Bölüm”e, “ceza yaptırımına” ve genel bölümde yer alan belirli konulara ilişkin görüşleri de komisyon üyeleri arasında yapılan iş bölümü kapsamında “rapor” olarak açıklayacaktır.

Komisyon, yaptığı çalışmalar sonucunda, Tasarı’nın genel yapısına ilişkin verileri içeren “rapor”u hazırlaması için Prof. Dr. Çetin Özek’i Raportör olarak görevlendirmiştir.

Tasarı gerekçesinde genel olarak, Tasarı’nın, “yeni”, “özgün”, “çağdaş” ve “demokratik” olduğu savı ileri sürülmektedir. Bu savlar ile Tasarı’nın sistemi birlikte değerlendirildiğinde, Tasarı’nın “kimliği” ortaya çıkacaktır.

Yeni “yasa” mı?

Basında çıkan haberlere göre, Tasarı’nın, “mecelle”den bu yana yapılmış ilk yeni yasa olduğu iddia edilmektedir. Tasarı TBMM tarafından kabul edildiğinde, elbette, “Türk yasası” olur, fakat, bu olgu “yasa”nın, orijinal, kendine özgü yeni yasa olması anlamına gelmez. Yasanın- tasarının yeniliği, yapıldığı “zamana” göre değil, içeriği, sistemi, çağdaşlığı açısından değerlendirilir.

Bu açıdan değerlendirildiğinde, 1997 Ceza Yasası tasarısı, 1889 Zanardelli, 1930 Rocco yasaları kuralları’nın, Sayın Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında kurulan komisyonun hazırlandığı 1987 “öntasarısı”nın belirgin izlerini taşıyan ve günümüze kadar yapılan değişikliklerden oluşmuş, belirli bakış açısına dayanmayan bir “ceza tasarısı”dır. Gerçekten, 1926 yılında kabul edilen Ceza Yasası’nın kaynağı, bilindiği gibi 1889 Zanardelli İtalyan Ceza Yasasıdır. Bu yasada dahi, 1810 Fransız Ceza Yasası’na dayanan 1274 Osmanlı Ceza yasasından alınmış kurallar yer almıştır. T.C.K.da 1936 yılında yapılan kapsamlı değişiklik ise, Rocco yasası olarak anılan, 1930 İtalyan faşist ceza yasasına dayanmaktadır. Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında, 1987 yılında hazırlanan ve 1989 yılında gözden geçirilen “öntasarı” ise, tasarıların gerekçelerinde de belirtildiği gibi, yürürlükteki Türk Ceza Yasası’nın günün gereksinimlerine göre elden geçirilmesiyle oluşturulmuştur. 1997 Ceza Yasası Tasarısını hazırlayan komisyon da, 1989 tasarısını gözden geçirmekle görevlendirilmiştir (Tasarı gerekçesi, s. 135).

Belirtilen nedenle, kurulan komisyon, tümünden yeni bir ceza yasası yapmakla görevlendirilmiş değildir. Çalışmalar da bu doğrultuda, 1989 öntasarısının maddelerinin teker teker müzakere edilmesiyle gerçekleştirilmiştir. Nitekim, “gerekçe”de, “1989 metnini hazırlayan heyet, 1989 Komisyonu, bu metni yeniden gözden geçiren heyet, 1997 Komisyonu olarak anılacaktır” denilmektedir. (s. 141). Bu açıdan, 1997 Ceza

*Komisyona.: Prof. Dr. Aysel Çelikel, Prof. Dr. Çetin Özek, Prof. Dr. Kayıhan İçel, Prof. Dr. Erol Cihan, Prof. Dr. Uğur Alacakaptan, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Prof. Dr. Süheyl Donay, Doç. Dr. Füsün Sokullu Akıncı, Doç. Dr. Yücel Sayman, Yd. Doç. Dr. Fatih S. Mahmutoğlu, Yd. Doç. Dr. Serap Keskin, Av. Ergin Cinmen ve Av. Osman Ergin katılmıştır.

Yasası Tasarısı, birbirinden farklı siyasal ve hukuksal nitelikte olan 1889 ve 1930 İtalyan ceza yasalarının kurallarıyla, bu kurallarda değişiklik yapan 1987, 1989 ön tasarıları ile 1997 de yürütülen çalışmada yapılan eklemelerden, değişikliklerden yapılan çalışmasında yapılan eklemelerden, değişikliklerden oluşan, yer yer bir biriyle çelişen, karma bir tasarıdır. 1987 ve 1989 ön tasarısı'nın ve 1997 Tasarısı ile 1987 Tasarısının "genel gerekçesi"nin genelde aynı olması da son "tasarı"nın, özgün, yeni bir "ceza yasası" olarak nitelendirilmeyeceğini kanıtlar. Diğer bir deyişle, 1998 Ceza Yasası Tasarısı, ne "zaman", ne de "içerik" açısından yeni olmayan, üç aşamada, T.C.K.'nin değiştirilmesi ve yapılan eklemeler ile oluşturulmuş bir "Ceza Tasarısı"dır.

1997 Türk Ceza Tasarısı'nın kendine özgün sistemi var mı?

I- *1997 Taslağı'nın, farklı anlayışta hukuksal kuralların karmasından oluşturulması, yeniliği iddia edilen Tasarı, kendine özgün bir yasada varlığı zorunlu belirli sistemden yoksun kalmasına da yol açmıştır.*

Tasarı'nın gerekçesinde, ceza hukukunda kriminolojik etkenlerin baskın nitelik taşıdığı belirtilmektedir (Genel gerekçe, 136). Gerçekten de, "Tasarı", günümüzde geçerliliğini yitirmiş bir anlayışı ifade eden, ceza hukukunu, "cezalandırma hukuku" olarak algılayan anlayışa üstünlük vermiştir. Bu anlayış, "ceza normu"nu, "cezalandırma normu" ile özdeşleştirmiştir ve bu görüşe dayanan ceza hukuku, "hukuka aykırılık", "korunan hukuksal yarar", "hukuksal yararı ihlale uygun eylem", "ceza sorumluluğunu sınırlayan kurallar" gibi çağdaş sorunlara yeterince önem vermeyen, geleneksel sistemdir. Bu sistem, genelde, "ceza normu" kavramını ve yapısını irdelemeyen, hatta umursamayan görüşü ifade eder. Bu nedenle, geleneksel görüşe göre, "ceza hukuku", yasanın, hatta yönetsel gücün, yasakladığı veya emrettiği davranışa aykırı eylemi işleyen kişinin cezalandırılmasından ibarettir. Tekrar etmek gerekirse, bu ceza hukuku anlayışı, ceza hukukunun, "failin cezalandırması hukuku" olarak kavranması sonucunu yaratır.

Belirtilen anlayış kapsamında, cezalandırmanın nedeni, kişinin "norma" aykırı davranmasıdır. Bu nedenle de, korunan yarar, normu koyan siyasal otoritedir. Bu açıdan da, siyasal güç, bir eylemi "suç olarak tanımlamak", "cezasını belirlemek", "cezayı infaz etmekte", "yargılama ilişkisinde", subjektif hak sahibidir. Geleneksel anlayışı benimseyen sistemin oluşturulması ve savunulması ile, aksi iddia edilse dahi, insan hakları temeline dayanan çağdaş ceza hukuku arasında uzlaşmaz, temel çelişki vardır.

II- Fransız burjuva devriminin siyasal sistemi, çağın tüm toplumsal, hukuksal sistemi değiştirdiği gibi, ceza hukukunu da doğal olarak etkilemiştir. Devrimin anayasası sayılabilecek 1789 Bildirgesinin oluşturduğu "liberal jandarma devlet" düzeninde, örneğin, yasallık kuralı kabul edilmiş, cezaların ve infazının insan haysiyetine uygunluğu kabul edilmiştir. Özellikle o dönemin Rocco, Carrara gibi cezacılar, "toplumsal sözleşme" kuramı ve mantığı kapsamında, "suçun konusunun" bireysel hakları olduğunu kabul etmişlerdir. Fransız burjuva devrimi, "toplumsal sözleşme" gibi, soyut, doğa ötesi kuramlara dayandığı, "burjuvazi" de kendisini çağın ve geleceğin son sosyal sınıfı olarak kabul ettiği için, "bireyi" öne çıkarmasına karşın, bireyin varsayılan haklarına güvence sağlamak gerekliliğini duymamıştır. "Doğaüstü ulus-devlet" anlayışının, "bireye" "vaat" edilen, "özgürlük", "eşitlik", "kardeşlik"i sağlayacağı hayaline kapılanılarak, bireyin hakları "toplumsal sözleşme"nin soyut, doğaötesi güvencesine bırakılmıştır.

Burjuvazi'nin hesabı tutmamış ve karşıtı sınıflar ve siyasal akımlarla uğraşmak zorunda kalmıştır. Anarşist, sosyalist akım ve eylemler, liberal siyasal sistem, karşıt akımları, siyasal sistemleri ezmeye yönelik siyasal güç niteliğini almıştır. Liberal devletin dayanağı olan doğaötesi kuramlar, aşağıda değineceğimiz gibi, despotik siyasal gücü koruyucu işlevi üstlendi. Nitekim XIX. yüzyılın son, XX. yüzyılın ilk çeyreğinde, özellikle, İtalyan krallıklarının demokratik yasalarında liberal, özgürlükçü kuralları sınırlayan yasa değişiklikleri yapılmıştır. T. C. K. nun kaynak yasası olan 1889 Zanardelli Yasası da aynı doğrultuda değiştirilmiştir. 1926 yılında kabul ettiğimiz "yasa", değiştirilmiş yasadır.

Özellikle, burjuvazinin en acımasız, Fransız devrimi'nin bireyi öne çıkararak mantığını ret, özgürlükleri inkar eden koruyucu sistemi olan, "nazizm" ve "faşist sistem", kendi yasal düzenlemelerini oluşturmuştur. Kısaca değinilen tarihsel olgular, bireysel haklara güvence sağlanmadıkça, ceza hukukunun, "cezalandırma hukuku" olmaktan kurtulamayacağını ve "bireyin" siyasal gücün, suçu belirlemek, yargılamak, cezalandırmak, cezayı uygulamak konularında, keyfi işlemlerinden kurtulamayacağını kanıtlamıştır.

III- Bu nedenle, savaşın yıkımından, faşizmin zulmünden ders alan insanlık, bireyi ve haklarını, despotik siyasal güçlerin ihlalini önleyecek "güvence" ve "yaptırım" içeren uluslararası insan hakları sözleşmelerini ve örgütlerini oluşturmuştur. Siyasal gücün, insan haklarını ihlali açısından, "cezalandırma hukuku" en etken ve tehlikeli silahtır. Belirtilen nedenle, ceza hukukunu insan hakları ile sınırlamaya yönelik, yasalarda değişiklik yapılmış, yeni ceza yasaları yapılmıştır. Özellikle, faşizmi yaşayan, İtalyan ve Alman yasalarında köklü değişimler yapılmış, Portekiz ve İspanyol yasaları tümünden yenileştirilmiştir. Bu yasal düzenlemeler gelişerek, yeni bir "ceza hukuku" anlayışını yaratmıştır. Özellikle, 1975 yılından bu yana, "suç kavramı", "cezalandırma sebebi", "ceza sorumluluğu kuralları", değişmiştir. Bu değişiklikler, bireye, 1789 Bildirgesi'nin soyut ve doğaötesi anlayışını geçersiz kılan, somut, siyasal gücü sınırlayan, bireysel hakların ihlalini denetleyen ve yaptırım uygulayan, evrensel, demokratik ceza hukuku sistemini oluşturmuştur.

Bu sistemde, "ceza" sorumluluğun belirlenmesi ve kişiselleştirilmesi açısından önem taşısa da, "ceza normu", korunması amaçlanan hukuksal yararı ihlal edebileceği öngörülen dış dünyada yaratılan eylemi, "suç" olarak tanımlar. Ceza normunun tanımladığı suç tipleri, "ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı" nı belirler. Ceza ise, "ceza normu" nun suç olarak tanımladığı, hukuka aykırı ve kusurlu tipik eylemin işlenmesi durumunda, "ceza normuna" "bağlı norm" dur. "Yasak" kuralını belirleyen "ceza normu" ise bağımsız normdur. Ceza normu'nun "yasak kuralı" korunan hukuksal yararı ihlal edeceği öngörülen eylemi belirlediğine göre, ceza hukuku, cezalandıran değil hakları koruyan hukuktur.

IV- Tasarının hazırlanmasında, esas itibariyle, Anayasasında, "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kuralına yer vermeyen, "dış dünyada korunan yararı ihlal eden eylem", "nedensellik bağı", "hukuka aykırılık", "eylemin hukuksal yararı ihlale uygunluğu", "kesin kes yasallık", "genel anlamda işlenemez suç" kavramlarını kuralla bağlamayan, "yasallık kuralını" kısmen yeni kabul eden 1994 Fransız Ceza Kanunu, diğer yeni ceza yasaları ve bu doğrultudaki çağdaş öğretiyi irdilemeden, "çağımız ceza hukukunun en mükemmel bir eseri olmak özelliğini taşıdığı" iddiasıyla (Gerekçe, 136)

neredeysse salt Fransız Ceza Yasasına dayandırılması, Tasarı'nın ceza hukukunun çağdaş sorunlarına ilişkin kurallarından yoksun kalmasına yol açmıştır.

İzlenen yöntem, diğer yeni ceza yasalarının ve tasarıların öngördüğü, bireyi despotik siyasal güçlere karşı koruyan, anayasal-evrensel güvencelerden yoksun bırakan bir "Ceza Yasası Taslağı" ortaya çıkmıştır. Nitekim, günümüzde, suç "bireyin haklarının ihlali olarak kavranırken, "kriminolojik, extra-penal" temellere dayandırılan cezalandırma anlayışı, insan hakları ve anayasal kurallarla sınırlı çağdaş ceza hukuku anlayışı ile çelişmektedir.

V -Elbette, Fransız Ceza Yasası da yeni bir yasadır ve 1789 Bildirgesini yeniden hayata geçirdiği iddiasındadır. Bu iddia, belki de, Fransız genel hukuk sistemi kapsamında haklı bir iddiadır. Fransız hukuk sisteminde, idari yargı yönetsel gücü sınırlayarak, bireysel hakları güvence altına almak gücüne sahiptir.

Gerçekten, 1958 Fransız Anayasası'nın, 34., 37. ve 38 maddeleri, normatif alanı "yasama" ve "yürütme" arasında paylaşmıştır. Anayasa'nın 34. maddesi, "yasalar parlamentoda oylanır" demekle beraber, bu görev sınırlandırılmıştır. Örneğin, 34. maddeye göre, yasama organı'nın, ceza hukuku ile ilgili yapabileceği yasalar belirlenmiştir. Anayasası'nın 34. maddesine göre, "cinayet ve cünhalarla bunlara uygulanabilecek cezalar, ceza muhakemesi usulü kuralları, genel af, yeni yargı düzenlemeleri ile yargıçların statüleri" yasa ile belirlenir.

Anayasa'nın 37. maddesine göre ise, "yasa alanına giren konuların dışında kalan hususların yürütmenin düzenleyici işlemi kapsamında olduğu kabul edilmektedir". Bununla da kalınmamış, normatif paylaşmayı korumak ve normatif alanda organların birbirinin alanına girmesini önlemek amacıyla yönelik anayasal sistem oluşturulmuştur.

1958 Fransız Anayasa'nın 41. maddesine göre, yürütmenin düzenleyici işlemi kapsamındaki düzenlemenin, 'yasa' şeklinde yapılması durumunda Danıştay'ın görüşü alındıktan sonra hükümet kararnamesi ile değiştirilebilir. Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra belirtilen yasaların değiştirilebilmesi ise Anayasa Konseyinin, "yasa" düzenlemesinin, "düzenleyici işlem" kapsamında olduğuna karar vermesine bağlıdır. Görülüyor ki, Fransız anayasal sistemi, yarı başkanlık sisteminin ve tarihsel geleneklerin etkisiyle, "yürütmenin özerk(saklı) düzenleme alanı yaratmış ve bir açıdan yasa ile düzenleme alanına üstün tutmuştur.

Türk anayasalarının hiç birinde, normatif düzenleme, yasama ve yürütme alanları arasında paylaşılmamıştır. 1982 Anayasası'nın 8. maddesi de, "yürütmeyi", "görev-yetki" olarak "düzenlemiştir. Bu açıdan "normun yasallığı", "kesin kes", "biçim açısından yasa" ile sağlanır. Fransız ve Türk anayasaları arasındaki temel sistem farkı irdelenmeden, Fransız Ceza Yasası'nın temel alınması doğal olarak, Anayasamıza aykırı düzenlemelere neden olur.

Örneğin, 1958 Fransız Anayasası, "hukuka aykırılık alanı yaratmak iktidarını", "yasama-yürütme" arasında paylaştığı ve "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kuralını içermediği için, "tüzel kişilerin ceza sorumluluğu", "yürütmenin özerk düzenlemeleri ile hukuka aykırılık alanı yaratılması", "yasallık kuralına aykırı sorumluluk" halleri Fransız anayasal düzeni açısından geçerli düzenlemelerdir. Buna karşın, Fransız Ceza Yasası'ndan Tasarıya aktarılan benzeri düzenlemeler, hem Anayasaya, hem de 1926 yılından bu yana yerleşmiş ceza hukuku sistemine aykırıdır.

Belirtilen sistem farkı, aşağıda belirteceğimiz gibi, salt yasa”, “eylem olmadan ceza sorumluluğu olmaz”, “istenmeyen neticeden sorumluluk olmaz”, “kusursuz sorumluluk olmaz” gibi, temel, hatta, anayasal kurallara aykırı düzenlemelere yol açtığı gibi, Tasarı’nın, ceza sorumluluğu açısından varlığı gereken düzenlemelerden yoksun kalmasına yol açmıştır. Bu nedenle, “eylem”, “hukuka aykırılık”, “hata”, “korunan hukuksal yarar”, eylemin hukuksal yararı ihlali” gibi günümüzün insancıl ceza hukukunun temel kuralları Tasarıda yer almamış veya yetersiz düzenlemeler yapılmıştır. Aynı sebeple, Tasarı’ya, cezaların infaz yöntemini, yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakmak gibi Anayasa’ya aykırı kurallara yer verilmiştir.

VI- Günümüzde, insan haklarıyla-anayasal kurallarıyla bağımlı, demokratik, çağdaş ceza sorumluluğu:

- 1- “kesin kes yasallık” kuralının ve bu kuralın kapsamındaki uygulama kurallarının varlığına,
- 2- İradi bir hareketle dış dünyada değişiklik yaratılmasına (eylem),
- 3- “Eylem”in korunan hukuksal yararın ihlaline uygunluğuna,
- 4- “Kusurluluk” kurallarına dayanmaktadır. (*nullum crimen sine lege, actione, iniura, culpa*).

Değinen kurallar, bir bütün olarak ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılığı tanımlayan, “ceza normu”nu oluşturan “yasama organı”nı sınırlar ve hukuka aykırılık alanı oluşturulması, anayasal denetim konusu olur. Diğer bir deyişle, siyasal güç, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılığı yaratmak, korunan hukuksal yararı belirlemek açısından sınırlı ve denetlenen bir güçtür.

Yargı da, değineceğimiz gibi, ceza normunun koruduğu hukuki yararı ihlal edeceğini öngörerek ihlalini önlemek için suç saydığı eylemle sınırlı karar vermek zorundadır. Diğer bir deyişle, somut olayda, işlenen eylemin hukuksal yararı ihlal etmeye uygunluğunu denetleyerek hüküm vermek zorundadır.

VII- Tasarı ise, 1789 anlayışıyla, sistemleştirildiği için değinen demokratik kurallara uygun düzenlemelerden yoksundur. Örneğin, Tasarı’da “yasallık kuralı”, 1789 Bildirgesi’nin, kuvvetler ayrılığı kuralına dayanan “kanunsuz suç olmaz” kuralını aşmamıştır. Diğer bir deyişle “suçu” belirlemek açısından sadece, “yönetsel güç” sınırlandırılmıştır. Hatta, Fransız Anayasası’nın ve Ceza Yasası’nın, yönetsel güce de suç oluşturmak olanağını tanıdığını belirtmiştik. Bu anlayışın “tasarı”yı da etkilediği de görülmektedir.

Buna karşın, çağdaş “yasallık” kuralı açısından, “yasama” ve “yargı”yı sınırlayan kurallara yer verilmemiştir. Halbu ki, “yasallık kuralı” salt “kanunsuz suç olmaz” deyişini aşan bir anlama ulaşmıştır. Bu kapsamda, “salt yasa” kuralı benimsenerek, yönetsel güce, olağan durumlarda, ceza normu koyarak, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratma yetkisi tanınmamıştır. İnsan haklarının korunması ve bireyin anayasal haklarını ihlal etmesi olasılığı olan eylemlerin suç olarak tanımlanması, Anayasa kurallarıyla, yasama organının görevi sayılmıştır. Bu doğrultuda, “faşizm”in ve “nazizm”in tarihsel uygulamalarından ders alınarak, “yasama”nın “ceza normu” koymak görevi, “kesin kes yasallık”, “dış dünyada yaratılan eylemin hukuksal yararı ihlale

uygunluğu" ve ceza sorumluluğunun anayasal kuralı olan, "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kuralları (*funzioni della tassativa -determinatezza della fattispecie*) ile sınırlandırılmış ve anayasal yargı denetimine konu olmuştur.

Yargısal uygulamanın da, ceza normunun, anayasal kurallarına uygunluğu da, yargısal yetki de, "dar yorum" ve "takdir yetkisinin" ceza normunun "amaç ve sebebi" kapsamında olması, diğer bir deyişle, ceza normu açısından eylemin "hukuka aykırılık bağı" bulunması kuralı ile sınırlandırılmıştır. Bu açıdan, ceza hukuku açısından yorum'un tek özelliği, sanıldığı gibi salt "kıyas yasağı" değildir. "Dar yorum" kuralı, yargı kararıyla, ceza sorumluluğunu genişletecek yorum yapılmasını engellemektedir. "Hukuka aykırılık bağı" ise, yargılanan somut olayda, "eylemin", korunan hukuksal yararı ihlal etmeye uygunluğu anlamına gelir. Bu uygunluk özellikle, tehlike suçlarında aranmak gerekir. Önlenmek istenen tehlikeyi yaratmaya elverişli olmayan eylem "tipik eylem" değildir. Nitekim, çağdaş ceza hukuku öğretisinde, "işlenemez suç" deyimini, salt teşebbüs açısından değil, korunan hukuksal yararı ihlale elverişli olmayan tüm eylemler için geçerli sayılmaktadır.

VIII- Görülüyor ki, ceza hukuku "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkmış, bireyin haklarını koruyan, güvence sağlayan hukuk olmuştur. Özellikle, 1975 yılından bu yana gelişen çağdaş ceza hukuku, geleneksel yaklaşımları eskitmiştir. Örneğin, "suç" kavramı değişmiştir. Biçimsel açıdan, "suç", "ceza normunun tanımladığı eylemdir. Bu tanım geleneksel tanımdır. Buna karşın, "öz bakımından suç", normun koruduğu "yararı" ihlal eden somut eylemdir.

Bu yönde, cezalandırmanın sebebi de değişmiştir. Gerçekten, ceza normunun bir eylemi suç olarak tanımlaması, ne "siyasal gücün otoritesini", ne "toplumsal savunmayı, etik değerleri" korumak ve de failin tehlikeliliğini önlemek" amacına yönelik değildir. Amaç, demokratik düzende, bireyin sahip olduğu hakların ihlalini önlemektir. Bu açıdan, ceza sorumluluğunun konusunu "fail" değil, "hukuksal yararın ihlali oluşturmaktadır. Bu açıdan, "insancıl ceza hukuku"nu oluşturmakta, siyasal güç, "ceza sorumluluğunun kurallarını belirlemekte", "suç tanımı yapmakta", "cezaları belirlemekte", "yargılama yöntemlerini saptamakta", "cezanın infazında" sübjektif bir yetki sahibi olmayıp, insan haklarıyla sınırlı "görevle" yükümlüdür.

Belirttiğimiz konuda genelleme yapmak gerekirse, Tasarı, siyasal gücün "yasak" kuralına aykırılığını suç sayan ve cezalandırmayı amaç sayan geleneksel ceza hukukunu benimseyen, temelde Fransız Ceza Yasası olmak üzere, T. C. K. ve başka yasalardan alınmış, yer yer, birbiri ile özde çelişen normlardan oluşan ve dolayısıyla kendine özgü sistemi, özelliği olmayan bir Tasarıdır.

1998 Ceza Yasası Tasarısı çağdaş mı?

I- Değinilen çağdaş kurallar açısından, "1997 Ceza Kanunu Tasarısı" değerlendirildiğinde, belirtilen çağdaş bir anlayışa uygun ve "yeni ceza yasa tasarısı" niteliğinde" olmadığı kabul edilmek gerekir. Esasen, yukarıda belirtildiği gibi, geleneksel bir anlayışın egemen olduğu ve ".... birbiri ile özde çelişen normlardan oluşan ve dolayısıyla kendine özgü sistemi, özelliği olmayan bir tasarı..." çağdaş olma şansı yoktur.

Tasarının kriminolojik temellere dayandığını vurgulayan, cezalandırmaya öncelik veren gerekçesi dahi, Tasarı'nın çağdaş anlayıştan uzak olduğunu kanıtlamaktadır.

Yeni ceza yasaları ve tasarıları, ceza sorumluluğu'nun, insan hakları sözleşmeleri ve anayasal kurallar ile belirlendiğini ve sınırlandırıldığını vurgulamaktadır. Ceza normları, doğaötesi, soyut kuramlara göre değil, bireyin anayasal haklarının korunması amacıyla yönelik "hukuka aykırılık alanları yaratmaktadır. İnsancıl, demokratik ceza hukukunun hayata geçirilmesini sağlayacak güvenceler düzeni de oluşturulmaktadır. Bu güvenceler, gerçekte, bireyin "korkusuz yaşamak", anayasal haklardan yararlanmasının güvencesidir.

II- Çağdaş ceza sorumluluğu'nun başta gelen güvenceleri, "yasallık" ve "ceza sorumluluğunun kişiselliği" kurallarıdır.

1- Yukarıda değindiğimiz gibi, "yasallık kuralı" günümüzde, "kanunsuz suç olmaz" deyişini aşmıştır; salt bu deyişin bireyin güvencesi olamayacağını, naziler ve faşizm kanıtlamıştır. 1930 İtalyan Ceza Yasasında da, Führer'in hukuk düzeninde de, kendince, "yasallık" kuralı vardı. Fakat keyfi cezalandırma, sorgusuz sualsiz, yargısız infazlar da vardı. II. Dünya Savaşı'nın bu pratiği, kavramın kapsamının yaygınlaşmasını, insan haklarının evrensel düzeyde kurumsallaşmasını, bireysel hakları güvence altına alan kuralların anayasalarda ve ceza yasalarında yer almasını, bu kapsamda adil yargılanmayı, insan haysiyetine aykırı cezalandırma ve ceza infazın yasaklanmasını ve değinilen güvencelerin ihlali önlemeye yönelik ulusal ve uluslararası denetleme sistemlerinin oluşmasını sağlamıştır.

2- Yukarıda değindiğimiz gibi, günümüzde *yasallık*, ceza sorumluluğuna yol açacak her etkenin, kuşkuyla yer bırakamayacak kesinlikte ceza normunda belirtilmesi zorunluluğunu ifade ediyor. Ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılığın, "salt yasa" ile yaratılabilmesi, ceza sorumluluğunun anayasal kurallarına aykırı, örneğin kusursuz sorumluluk ceza normu yaratılamayacağı kuralı da, "yasallık" kuralı kapsamında sayılmaktadır. Kaldı ki, korunan hukuksal yararın ve ihlali de, "yasallık" kuralına ilişkindir. Ceza normu, demokratik, insan haklarına saygı gösteren siyasal sistemlerde, ceza normu, insan haklarını ihlal eden "suç tiplerini tanımlayamaz ve korunan hukuksal yarar ihlale uygun olmayan eylem suç sayılmaz. Örneğin, dış dünyada değişiklik yaratmayan eylem ceza sorumluluğu yaratmaz. Kısaca değinilen yasallık kuralları, "yasama"nın, ceza hukukunu ilgilendiren "hukuka aykırılık alanı" yaratmak konusunda sınırlı ve denetlenen bir görev gördüğünü, sübjektif takdir hakkı olmadığı anlamına gelir. Bu sınırlama, "yargılama", "cezalandırma" ve "cezanın infazı" açısından da geçerlidir.

3- Yine yukarı da değinildiği gibi, yargı da, ceza normunu uygulamakta, "yasallık" kuralı ile sınırlı hüküm verebilir. Diğer bir deyişle, ceza normunda hukuka aykırılığın, somut olayda gerçekleşip, gerçekleşmediğini değerlendirmekle görevlidir. Ceza normu korunan hukuksal yarar ihlale uygun eylemi suç olarak tanımlar. Yargı da somut olaydaki eylemin korunan hukuksal yarar ihlale uygunluğunu saptadığında hüküm verebilir. Diğer bir deyişle, "yargı", "eylem ile "hukuka aykırılık bağı bulunması" ile sınırlıdır. Yargı'nın "takdir hakkının sınırlılığı" ve "dar yorum" kuralları da, yasallığın güvencesi olarak kabul edilmiştir.

"Yasallık" konusunda belirtilen kurallar, kuramsal açıklama değildir. Yeni ceza yasalarında yer almış kurallardır. Örneğin, 1995 İspanyol Ceza Yasası'nın "Giriş Bölümü"nde, "*Ceza Yasasının Uygulama ve Cezalandırma Güvenceleri*" başlığı altında, yukarıda değindiğimiz kuralları, 9 paragraf da ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

II- Tasarıda ise, insan haklarıyla bağımlılık kuralına yer verilmek şöyle dursun, aşağıda değineceğimiz, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı düzenlemelere yer verilmiştir.

1- Yasallık kuralı, salt "kanunsuz suç olmaz" kuralı olarak algılanmış, siyasal gücün hukuka aykırılık oluşturmak görevi belirginleştirilmemiştir. Özellikle, 1982 Anayasası'nın bireye karşı devleti korumaya yönelik "demokratik değeri" göz önünde bulundurulursa, siyasal gücün bireyin demokratik haklarını sınırlamak, düşünceyi suç saymak konusunda hukuka aykırılık alanı yaratmak konusundaki uygulamanın süreceği açıktır. Fransız Ceza Yasasında da yer almasına rağmen, soyut "yasallık" kuralını, uygulamada, sınırlayabilecek "dar yorum" kuralının yasada yer almasına ilişkin yapılan öneri de, Komisyonda kabul görmemiştir.

2- Yukarıda değinildiği gibi, "öz bakımından suç", normun öngördüğü hukuksal yararın ihlalidir. Bu açıdan da, hukuksal yararı ihlale uygun, dış dünyada değişiklik yaratan "eylem" gerçekleştirilmedikçe "suç" oluşmaz. Tasarı'nın "İkinci Kısım" başlığı, "Suç" dur ve ikinci kısmın, "birinci bölümü", "teşebbüs" başlığını taşımaktadır. (mad. 18, 19) Tamamlanmış suça ilişkin hiçbir kural yoktur. Suçu oluşturacak "eylemin" niteliğine ve "hareket", "netice" ve "nedensellik bağı" öğelerine ilişkin düzenleme yoktur. Bu konuda yapılan öneri, gereksiz görülerek tartışmaya dahi açılmamıştır.

Gerçekte, "yasallık kuralı" nın özünü oluşturan "eylem"i düzenlemeyen bir ceza yasası veya tasarısı var mıdır? Varsa, bu "tasarı" çağdaş olabilir mi? Dış dünyada değişiklik yapmayan ve ceza normunun koruduğu hukuksal yararı ihlal edeceği öngörülen "eylem, olsa olsa düşünce açıklaması olur.

3- Dış dünyada değişiklik olmadan ceza sorumluluğu olmaz kuralı ("nullum crimen sine actione), Roma hukukundan günümüze kalan bir kuraldır ve çağdaş ceza hukukunun da temel kurallarından biridir. Bu kural, ceza sorumluluğunun ve düşünce açıklama hakkının güvencesi sayılmaktadır. Nitekim, çağdaş yasalarda, ceza normunun koruduğu hukuksal yararı "ihlal" edeceğini öngördüğü "eylemin", dış dünyada yaratılan değişikliğin niteliği belirlenmiştir.

Örneğin,

a) İtalyan Ceza Yasası'nın 40. maddesi, yasanın suç saydığı zarar veya tehlike neticesini yaratmaya uygun ihmali veya icrai hareketi olmayan kişinin cezalandırılmayacağını belirtmektedir. Öğretide, bu kuralın, "koşulların eşitliği" temeline dayanan nedensellik bağına da tanımladığı savunulmaktadır. Kaldı ki, 41. maddede sebeplerin içtimai sorununu, koşulların eşitliği kuramına uygun olarak düzenlenmiştir. Günümüzün "yasallık kurallı" anlayışına göre, suçu tanımlayan ceza normu, ancak korunan hukuksal yararı ihlal etmeye uygun eylem hukuka aykırı sayılmaktadır. 40. ve 41. maddeler değinilen "yasallık" kuralını ifade etmektedir. İtalyan Ceza Yasası'nın 49. maddesi de, "işlenemez suç" başlığı altında, korunan yararı ihlale uygun olmaması veya konusu bulunmaması nedeniyle zarar veya tehlike yaratmayan eylem nedeniyle sorumluluk doğmayacağını belirtmektedir. Bu kural da, yine "yasallık" kuralı kapsamında, somut olayda eylem ile korunan yarar arasında "hukuka aykırılık bağı" olmayan eylemin cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Bu kural, yargısal yorumu sınırlama kuralıdır.

b) İspanyol Ceza Yasası'nın 10. maddesinde, "Cürüm ve kabahat, yasanın cezalandırdığı, kasten veya taksirle işlenen icrai veya ihmali eylemdir" denilerek, bir açıdan "suç" tanımlanmıştır. İnsan haklarına saygın bir yasa olduğu için, İspanyol Ceza Yasası'nın 11. maddesi, sorumluluğun yaygınlığını önlemek amacıyla, "ihmal hareket" kavramını sınırlı biçimde tanımlamıştır. Yukarıda değindiğimiz, İspanyol Ceza Yasası'nın öngördüğü "Güvence Kuralları"nın 4/2. maddesinde, yasanın bir eylemi suç olarak tanımlamakla amaçladığı yararı ihlale uygun olmayan icrai veya ihmali hareketin cezalandırılmayacağı ve "yargı"nın da bu değerlendirmeyi yapmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

c) Portekiz Ceza Yasası'nın 10. Maddesi de, "ihmal suretiyle icra suçu"nu tanımladığı gibi, dış dünyada değişikliğin hukuksal yararı ihlale uygunluğu da koşul olarak vurgulanmıştır.

d) Alman Ceza Yasası'nın 13. paragrafı da, "ihmal suretiyle icra suçları"ni tanımlamıştır.

4- "Eylem"nin niteliğinin belirlenmesi bir yana, "eylem" kelimesinin dahi ağza alınmadığı Tasarı, bu tutumu ile içi doldurulmamış "yasallık" kuralını kabul etmiş olduğu gibi, hukuksal yararı ihlal etmeye ve uygun olmayan, "ceza normunun, sebep, mantık ve amacı" ile "hukuka aykırılık bağı" bulunmayan bir eylemin dahi suç sayılmasına yol açabilecektir. Bu anlayış kapsamında, genel anlamda "işlenemez suç" kavramına da yer verilmemiştir. Kısa bir deyişle, suçun objektif unsurunu tanımlamayan, umur-samayan bir ceza yasası tasarısı yapılmıştır. Günümüzde, suç, korunan yararın ihlal eden "eylem" olmasına karşın, ne "hukuksal yarar", ne "eylem, ne de "hukuksal yararın ihlali" sorunlarına çözüm getirecek düzenleme yoktur. Özellikle tehlike suçlarında hukuksal yararın ihlali, eylemin önlenmek istenen netice açısından somut tehlike yaratmasına bağlı görülmektedir. Somut tehlike yaratmaya uygun olmayan "eylem" özellikle, siyasal suçlarda kişi özgürlüğünü sınırlayıcı, haksız cezalandırmalara yol açar. Nitekim özel bölümde bu türden suç tipleri vardır. Bu konuda, silahlı çete, "anlaşma", "tahrik, teşvik" gibi tehlike suçları örnek gösterilebilir. Bu suçlarda, eylemin önlenmek istenen tehlikeyi yaratmaya uygunluğu" koşulunun bu türden maddelerde yer almasına ilişkin öneriler kabul edilmemiştir.

5- Teşebbüs bakımından da, "icra hareketi", suçun tamamlanması açısından uygun(elverişli) harekettir. Tamamlanmış suç ile, teşebbüs derecesinde suç arasındaki fark işlenmek istenen suç tipinin öngördüğü neticenin gerçekleşmemesidir. Fakat teşebbüs halinde de netice vardır. Fakat bu netice", eylemin kesildiği andaki "netice"dir. Ve hareketin kesildiği andaki "netice", teşebbüse konu olan eylemin ihlal edeceği hukuksal yarara, zarar vermeye veya tehlike yaratmaya uygun ise, "icra hareketi" gerçekleşmiş olur. Bu nedenle, "icra hareketi" yerine "uygun hareket" terimi kullanılmak gerekir. Nitekim, Kaynak Yasa da da aynı terim kullanılmıştır. Değinen nedenle, teşebbüs, korunan hukuksal yararı ihlal eden, tamamlanmamış eylemdir. Kısacası, "teşebbüs" kesinlikle "eylem"e ilişkin hukuksal sorundur.

Tasarı'nın 18. maddesi ise "kastın belirginliği"ni icra hareketinin koşulu saymaktadır. Kast, işlenmek istenen suçun türünü belirler, teşebbüsün koşulu "hareketin" neticeye uygunluğuna bağlıdır. Tasarı, eylemin neticeye uygunluğunu göz önünde tutmadığı ve "kastın belirginliğini" ölçüt saydığı için, iradeyi cezalandırmış olmaktadır.

6- Tasarı, özellikle “ağırlaşmış müebbet hapis” cezasının uygulanma koşullarını, yönetsel gücün düzenleyici işlemlerine bırakmıştır. Fransız Ceza Yasası hayranlığı, “cezaların yasallığı” kuralı açısından da geçerli olan, “salt yasa” kuralına, dolayısıyla Anayasanın 38. Maddesine aykırı düzenlemeye yol açmıştır.

7- Tasarı, “netice”, “nedensellik bağı”, “çok neticeli sapma”, “suçta sapma”, hukuka uygunluk sebeplerinde hata”, “eylemde hata” konusunda ya düzenleme yapmamış veya yeterli, belirgin düzenlemeler gerçekleştirilmemiştir. Halbu ki, “yasallık” salt suç tipleriyle sınırlı değildir. Değinen “kavramlar” da sorumluluğu etkilediğine göre, bu konularda “yasallık” açısından düzenlemesinden yoksun bir Tasarı ortaya çıkmıştır.

III- Anayasamızın 38. maddesi ceza sorumluluğunun kurallarını belirlemektedir. Tasarı da, özellikle “ceza sorumluluğunun kişiselliği” kuralına aykırı düzenlemelere yer verilmiştir.

1- Bilindiği gibi, “ceza sorumluluğunun kişiselliği” kuralı, çağdaş ceza hukukunun temel taşı oluşturmaktadır. Değinen kural, “salt kusur” ve “salt irade” sorumluluğuna dayanan despotik sistemlerin uygulamalarını önlemeye yönelik güvence kuralı’dır. 1961 ve 1982 Anayasaların’da yer alan “şahsilik” kuralı, kişinin kendi kusurlu eyleminden sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin kusurlu sayılan iradi hareketiyle nedensel bağı olan hukuka aykırı bir neticeden sorumlu tutulmasıdır. Belirtilen nedenle, “eylem+kusur” sorumluluğu anlamına gelen “şahsilik kuralı” Anayasa tarafından kabul edildiğinde, “objektif sorumluluk”, “istenmeyen neticeden sorumluluk”, “salt irade nedeniyle sorumluluk” türleri, “şahsilik” kurallıyla çelişir ve dolayısıyla Anayasa’ya aykırı olur. Gerek 1961, gerek 1982 anayasalarının gerekçelerinde de, ceza sorumluluğunun, ancak, kusurlu hukuka aykırı eylemden doğacağı vurgulanmıştır. Değinen, “anayasal kural “ın ceza sorumluluğunu sınırlaması gerekirken, sorumluluğun kişiselliği kuralına aykırı düzenlemeler yapılmıştır.

1- Ceza sorumluluğu’nun kişiselliği kuralı”, failin kendi eyleminden sorumluluğu anlamına geldiğine göre, sorumluluk, iradi ve nedensel değer taşıyan insan eyleminin, “ceza normu”nun koruduğu “hukuksal yararı” ihlal etmesine bağlıdır. Nitekim, ceza normu, “korunan hukuksal yararı ve hukuksal yararı ihlal modellerini belirler. Bu açıdan, dış dünyada yaratılan değişikliğin, hukuka aykırı olup olmadığı, eylemin, “normun önlemek istediği ihlal modeli” açısından eylemin, “normun tanımı”na uygun olup olmadığının saptanmasına bağlıdır. Bu değerlendirme, eylemin norm açısından objektif değerlendirilmesidir. Diğer bir deyişle, “eylemin niteliğinin” irdelenmesidir. Tasarı ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, “eylem” kavramına, olgusuna değinmemekle, “yasallık” kuralları açısından olduğu gibi, “sorumluluğun kişiselliği” kuralının “objektif” değerlendirme yönünü eksik bırakmıştır. Bu yöneliş, hukuksal yararı ihlal eden bir eylemin olmamasına rağmen, salt iradenin ve düşünce açıklamasının suç sayılmasına yol açabilecek yöneliştir.

2- Değinildiği gibi, ceza sorumluluğunun kişiselliği, aynı zamanda, korunan hukuksal yararı ihlal eden, iradi ve nedensel değer taşıyan “eylem” kusurlu olması zorunluluğunu da kapsamına almaktadır. Eylemin kusurluluğu, eylemin, ceza normu açısından “sübjektif” değerlendirilmesiyle belirlenir. Eylem’in, gerek objektif, gerek sübjektif açıdan, ceza normunun öngördüğü ihlal modeline uygunluğu, “eylemin tipikliği” anlamına gelir. Bu nedenle, iradi ve hukuksal yarar modelini ihlal eden veya kusurlu insan eylemi olmadıkça, suç tipine uygun, hukuka aykırı eylem olmaz.

Buna karşın, Tasarı ceza sorumluluğunun kişiselliği anayasal kuralına aykırı düzenlemeleri içermektedir.

3- Özellikle, “tüzel kişilerin sorumluluğunu” öngören ve Fransız Ceza Yasasından esinlenerek Tasarı'nın 26. ve 27. maddeleri, bir tür dayatmayla kabul ettirilmiştir. “Tüzel kişiliğin”, kendine özgü iradesi olmadığı gibi kendiliğinden nedensel değer taşıyan bir eylemde gerçekleştirmesi olanağı da yoktur. Bu açıdan, tüzel kişi suç faili olarak kabul edilemez. Suç faili, sadece, kendiliğinden, iradi hareketiyle, isteyerek dış dünyada değişiklik yaratan ve iradi hareketinin kusurlu olup olmadığı tartışılabilen “gerçek kişi”dir. Tüzel kişiliğin işlemlerini gerçekleştiren de, gerçek kişi olduğuna göre, tüzel kişiliğin, tüzel kişi suç faili sayılması, ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralına aykırıdır. Kaldı ki, “kusurluluk” “tercih yeteneğini” gerektirir. Tüzel kişiliğin, “tercih yeteneği” yoktur.

Belirtilen nedenle, tüzel kişiliğin, kast” veya “taksir” derecesinde irade ile hareket etmesi düşünülemez. Bu açıdan, tüzel kişiliğin ceza sorumluluğu, objektif sorumluluktur. Hatta, tüzel kişiliğin işlemleri gerçek kişiler tarafından gerçekleştirildiği için, tüzel kişiliğin sorumluluğu 3. şahsın eyleminden sorumluluk sayılabilir. Öğretide de, tüzel kişilerin sorumluluğunun kabul edilmesi durumunda, “kişisel ceza sorumluluğu” ve “tüzel kişilik sorumluluğu” türünden iki ayrı ceza sorumluluk sistemi oluşacağı ileri sürülerek, risk sorumluluğu yaratıldığı için eleştirilmektedir.

Tüzel kişiliğin suç faili olarak cezalandırılmasıyla, tüzel kişiliği temsil etmeyen, paravan kişiler kullanılarak, kayıt dışı, hukuka aykırı gelir kazanç sağlanması”, aynı yöntemle “karapara aklanması” ve özellikle ekonomik faaliyetlerde, benzeri hileli, aldatıcı işlemlerin önleneyeceği, hukuka aykırı eylemlerin gerçek faillerinin cezalandırılabilmesi ileri sürülmektedir.

Bu savın gerçeğe uygun olduğu varsayılsa dahi, ceza sorumluluğunun temel anayasal kuralını ihmal etmek, bireyin güvenceleri ihlal edebilecek başkaca sapmalara yol açabilir. Sorumluluğun kişiselliği kuralında sapma, bireyin güvenliği açısından, sapma ile sağlanacak yararı aşan tehlike yaratır.

Kaldı ki, tüzel kişiliğin cezalandırılması ile sağlanacağı varsayılan yarar, demokratik sorumluluk kurallarına uygun yasal önlemlerle de sağlanabilir.

Örneğin:

a) İtalyan Ceza Yasası'nın 648 ve 648 bis maddeleri, “kara para aklama suçuna” ilişkin “dolayısıyla faillik” düzenlemesi ile “gerçek failin” cezalandırılmasını sağlamıştır. Kaynağı kanıtlanamayan mal ve gelirlere el konulmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Mafya türü örgüt suçunu cezalandıran 416. bis maddesini tamamlayıcı suç tipleri oluşturulmuştur. 416 bis. maddesinin 7. bendi, mahkumiyet halinde suçtan elde edilen menfaatin kime ait olursa olsun müsaderesi gibi düzenlemeler yapıldığı gibi, yargılama yöntemleri açısından da özel normlar kabul edilmiştir.

b) Alman Ceza Yasası'nın 14. paragrafı da, “başkası için hareket” başlığı altında, tüzel kişiliği temsile yetkili organın veya böyle bir organın üyesinin; şahıs şirketini temsil eden şerikin; bir kimsenin temsilcisinin, bu sıfatla hareket etmesi durumunda, maddede yer alan koşullara göre, hukuka aykırı eylemden sorumlu tutulur.

c) Portekiz Ceza Yasası'nın 12. maddesinde de, Alman Yasası'nın 14. paragrafında yer alan hükme benzeyen bir yasal düzenleme yer almaktadır.

Tasarıya yerleştirilen, tüzel kişinin, tüzel kişi olarak suç fail olmasına ilişkin düzenleme, Fransız Anayasası'nda "sorumluluğun kişiselliği" kuralı yer almadığı için anayasaya uygundur; fakat, anayasal sistemimiz açısından anayasaya aykırıdır. Kaldı ki, ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralı anayasalarımıza girmeden önce dahi, tüzel kişiliğin ceza sorumluluğunun, ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralına aykırılığı öğretide savunulmuştur. Örnek vermek gerekirse, hocamız Ord. Prof. Dr. Tahir Taner, 1949 tarihli Ceza Hukuku kitabında bu görüş savunmuştur.

2- Ceza sorumluluğunun kişiselliği, kişinin istediği neticeden sorumlu tutulmasını gerektirir. Belirtilen nedenle, "kastın aşılması", "netice sebebiyle ağırlaşmış suç", "gayri muayyen kast", "sebebine serbest hareket" gibi istenmeyen sebeplerinin varlığı tartışılmaktadır.

Buna karşın, Tasarı, "istenmeyen neticeden sorumluluk" hallerini, sübjektif sorumluluk türü olan "taksir"den önce tanımlanması dahi, ceza sorumluluğunun kişiselliğine ilişkin anayasal kuralının umursanmadığını kanıtlamaktadır.

Aynı doğrultuda, T. C. K. nun da yer almayan "cezalandırabilme şartı" Tasarınının 21/3. maddesinde, "taksir" sorumluluğundan önce tanımlanmış ve bu durumda kastın aranmayacağı vurgulanmıştır. Esasında niteliği tartışmalı olan, "cezalandırılabilme şartı" kabul edilerek "objektif sorumluluk" türü yaratılmıştır. Örneğin, 1993 tarihli Vassalli ön-taslağı'nın 13. Maddesinde, "cezalandırma şartı"nın, suçun tipikliğine ilişkin olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, cezalandırılması şarta bağlı suçlarda da kusurluluk aranmak gerekir.

VI- Tasarı'ya egemen olan anlayış ve çelişkiyi kesin olarak belirlediği için, özellikle, Tasarı'nın 2. maddesi üzerinde ayrıntılı olarak durmayı yararlı sayıyoruz.

1- Tasarının 2. maddesinde, "Kanunun bağlayıcılığı" başlığı altında yer alan "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralını sınırlamaya yönelik 2. bendi, değiştirilerek, hem Anayasa'nın 38. maddesine aykırı ve işlerliği olmayan şekilde yeniden düzenlenmiştir. T. C. K. nu'nun 44 maddesinde yer alan "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının, çağdaş ceza yasalarına göre çok katı ve ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralına aykırı olduğu görüşüyle, ekstra penal normların madde kapsamından çıkartılmasını ve ceza normlarının bilinmesinin objektif olarak kaçınılmaz olması durumunda, normu bilmemenin mazeret sayılmasını önerilmiş ve kabul edilerek Tasarı'nın 2. maddesi, "*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz- Bilmemek önlenemez bir nedenden kaynaklanmışsa yukarıdaki hüküm uygulanmaz*" şeklinde değiştirilmiştir. Maddenin gerekçesinde, " bilmemenin kaçınılmaz olması halinde de, kanunu bilmemenin mazeret sayılmamasının, kişinin sadece bildiği şeylerden sorumluluğu, diğer bir deyişle, sorumluluğun kişiselliği kuralına aykırı olacağı, bu kuralın "kast kuralı"na getirilen bir istisna olduğu belirtilerek savunulmuştur".

2- Daha sonra, ilk değişiklikten vazgeçilerek, 2. madde'nin, mantık ve sistem olarak tümünden değiştirilmiştir. Tasarı gerekçesinde, Fransız Ceza Yasası'nın 122-3. Maddesinden esinlenerek "karine"ye sınır getirildiği belirtilmiştir: Buna göre, a) Kişi kanunu bilmeyecektir, b) Bu bilmeme sakınılamayacak, bir hatadan kaynaklanacaktır,

c) Kişi bu sebeple fiili meşru sanacak, fiilin meşruluğuna inanmış olacaktır, d) İzah edilen inancının, arz olunan nedenlerle haklılığını ispat edecektir (*Gerekçe*, 159).

3- Tasarının 2. maddesindeki her iki düzenlemesinin gerekçesi aynı elin mahsulü olmasına karşın, soruna ilişkin değerlendirmeler çelişiktir. *İkinci düzenlemenin* gerekçesinde, “yasayı bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, “karine” olarak nitelendirilip, kuralın “ceza sorumluluğuna ve isnat yeteneğine ilişkin bir konu olmayıp kanunun bağlayıcılığı ilkesini ifade ettiği...” belirtilmektedir. Bu görüş kapsamında, ancak devlet kuruluşlarının beyan ve yanlış yorumu nedeniyle kaçınılmaz “hata” doğabileceği, diğer hallerde “kanunu bilmemeyi sonuçlandıran hatadan sakınmak mümkündür” sonucuna varılmıştır” (*Gerekçe*, 159-160) Böylece, “sorumluluğun kişiselliği” kuralı, bir kez daha gözden çıkartılmış, bireyin fiil veya hukuki nedenle düştüğü kaçınılmaz hata halinde dahi objektif sorumluluk benimsenmiştir. Belirtilen bu görüş, kuralın” tarihsel kökenine uygun, çağdaş, demokratik yasal düzenlemelerle çelişiktir.

3- Gerçekten, “Ignorantia juris non excusat-kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, katı, sert ve objektif ceza sorumluluğu anlayış ve sistemi, Kilise hukuku tarafından kabul edilmiştir. Bu da doğaldır. Hıristiyan teokrasisi, din kurallarıyla hukuk kurallarını özdeşleştirdiği için, normu bilmemeyi, dinsel kuralı bilmemek olarak algılamış ve “mazeret” saymamıştır. Günümüzün yasal düzenleme yapısı ve toplumsal yaşamın karmaşık düzeni göz önünde tutulduğunda, “kanunu bilmemeyi sonuçlandıran hatadan sakınmak mümkündür” yargısı geçerli ve gerçekçi bir yargı değildir.

Çağdaş yasalarda ise, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının sınırlandırılmasına yönelik yeni düzenlemeler yapılmaktadır. Değinilen yeni düzenlemelerin hepsi de, bilmek olanağı olmadığı durumda bilmemenin mazeret sayılması doğrultusunda “kuralı” sınırlamaktadır. Ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralı, kişinin ancak bildiği-istediği neticelerden sorumlu tutulmasını gerektirdiğine göre, failin, eylemin hukuka aykırılığını, diğer bir deyişle, eylemin, ceza normu tarafından suç olarak tanımlandığını bilmesi ve bu hususun araştırılması gerekir. Bu durumda, “kastın şumulü” kuralı gereğince, kişi, işlediği fiilin yasada suç olarak tanımlandığını bilmiyorsa, o kişinin cezalandırılmaması gerekir. Gerçekten de, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, fiilin hukuka aykırılığı ile ilgili olmayıp, “kusurluluk/kast” unsuruna ilişkindir. Hukuka aykırı fiil “suç tipine uygun” olmadıkça, ceza sorumluluğu doğmayacağına göre, önemli olan, kişinin suç tanımını/ceza normunu bilip bilmesidir. Hukuka aykırılık, tüm hukuk düzeni ile ilgili bir değerlendirmedir. Her hukuka aykırı fiil suç değildir. Ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık, ceza normunun suç olarak tanımladığı hukuka aykırı eylemdir. Bu açıdandır ki, hukuka aykırı bir fiil işlendiğini bilen, fakat fiilin “suç tipi”ne uygun olduğunu bilmeyen kişinin iradesi, suç oluşturan bir neticeye yönelik sayılamaz. Bu nedenle de, ceza normunun “yasak - emir” kısmıyla ilgili bilgisizlik, esas itibarıyla kast derecesindeki kusurluluğu ortadan kaldırır. Dolayısıyla, ceza normunu bilmediği halde cezalandırılan kişi, çağdaş ceza sorumluluk sisteminin temel ilkelerine aykırı olarak cezalandırılmış olur. Böylece, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı, gerçekte, ceza sorumluluğunu genişletici, temel kurallara ayrıcalık getiren bir niteliktedir. TCK’nun “kast” kuralını getiren 45. maddesinden hemen önce 44. maddede bu kurala yer vermesi de, kuralın ceza sorumluluğu ile ilgili olduğunu ve 45. maddedeki genel kurala istisna getirildiğini göstermektedir. “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralını açıklamaya yönelik görüşler ne olursa olsun, ger-

çekte bu kuralın getirdiği objektif istisna, pratik zorluklardan doğmaktadır. Her olayda, failin yasayı bilip, bilmediğinin araştırılmasının yaratacağı sorunlar nedeniyle, bu kural kabul edilmiştir. Belirtilen nedenle, Tasarı'nın 2. Maddesinin gerekçesinde iddia edilen, kuralın "ceza sorumluluğu ile ilgisi olmadığı savı" yerinde değildir. Kaldı ki, 1889 Ceza Yasası döneminde dahi, kuralın ceza sorumluluğuna ilişkin olduğu kabul edilmiştir. Nitekim, Ord. Prof. Tahir Taner de, kuralı, kusurluluk unsuruna ilişkin görmektedir.

4- Kastın şumulünü bertaraf eden "kural"ı haklı göstermeye yönelik görüşlerin hiçbiri, geçerlilik kazanmamıştır. "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralına geçerli bir mantık bulmak amacıyla ileri sürülen görüşler içersinde en yaygın olanı, vatandaşın yasalarını mutlaka bilmesi gerekeceği, yasayı bilmenin bir görev olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu görüşe göre, vatandaş ve ülkede bulunan yabancılar, o ülkenin yasalarını bilmekle görevli olduklarına göre, yasayı bilmemek görevin yerine getirilmemesi anlamını taşır. Görevini ihmal eden vatandaşın, bu ihmal nedeniyle düştüğü hatadan yararlanmaması gerekir. Bu görüş, gerçekte bağdaşmayan bir hususu kurallaştırmakla, fiili imkansızlığı yasallaştırmıştır. Halbuki, yasaların, hayatın akışına aykırı, gerçekte bağdaşmayan varsayımlara dayanarak ceza sorumluluğunu genişletici kurallar konulmamalı, "karine"ye dayanılarak sorumluluk kabul edilmemek gerekir. Yasaların, o ülkede yaşayan herkes tarafından bilinmesi gerekeceği savı, günümüzdeki yasal düzenlemelerin özelliği göz önünde bulundurulduğunda, geçerliliğini büsbütün kaybetmiştir; ekonomik, istisnai suçların yaygınlaşması, gelişen teknolojinin yarattığı yeni suç tipleri, ülkeden ülkeye suç tiplerinin değişkenliği, o ülkede yaşayan herkesin yasaları bilebileceği ve bilmesi gerekeceği varsayımını geçersiz kılmaktadır. Birçok suç türü, o konuda uzman olmayan hukukçular tarafından dahi bilinemezken, sade vatandaşın bütün yasaları bilebileceği varsayımına dayanılarak kural oluşturulması, adaletsizliğe yol açar "Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralı, hukuka uygun iradeyi, iyi niyeti dahi cezalandırmaktadır; kural, hukuka uygun iradenin cezalandırılmasını önleyecek şekilde uygulanmak gerekir. Bu açıdan, normatif olarak yasanın bilinmesi gerekeceği ve bilmemenin mazeret sayılmayacağı kabul edilse dahi, somut olayda yasayı bilmeme durumunun kanıtlanması halinde kusurluluğun yok sayılması yerinde olacaktır.

5- Özellikle, kabahat türünden suçlarda yasayı bilmemek, sorumluluğu ortadan kaldırmalıdır. Varsayımlar, günlük hayat tecrübesiyle uyumlu olmak zorundadır. Somut olayda, varsayım geçersiz ise, istisnai kural da geçersiz olur; "kastın şumulü" genel kuralına göre hüküm vermek gerekir. Bu açıdan, kuralın görünüşteki mutlak ve kesin ifadesine rağmen, her somut olayda kişinin bilmek imkanı değerlendirilmek gerekir. Yasanın haklı ve geçerli sebeplerle bilinmemesi durumunda kural uygulanamaz. Örneğin, düşman tarafından işgal edilmiş bir bölgede yaşayan bir vatandaşın ülkesindeki yasaları bilmemesi durumunda kural işlememek gerekir. Aynı şekilde, küçüklerin ve akıl hastalarının, somut olayda yasayı bilebilip, bilemeyeceği araştırılmalıdır. Yabancı ülkede yaşayan vatandaşlar ve yabancılar, ülkenin yasalarını bilemeyebilirler. Bu açıdan her somut olayda, isnat edilen fiilin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle, yasanın bilinebilip, bilinmeyeceği araştırılmak gerekir. Somut olayda, yasanın suç failince bilinmezliği, yasaları bilmek görevinin ihlali niteliğinde değilse, kusurluluğun kalktığı kabul edilmek gerekir. Gerçekten, "yasaları bilmek görevi", "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kuralının ön-şartıdır. Önşart ortadan kalktığında, genel kural olan, "kast kuralı" uygulanmak gerekir. Nitekim son yıllarda yeni yapılan ceza yasaları ve yasa değişiklikleri, kuralın uygulanma koşullarını sınırlamıştır. Sınırlamalar farklı olsa

dahi, tümü, kuralın katı uygulamasının, bilmek, istemek kurallarına aykırı olduğu gerekçesine dayandırılmıştır. Diğer bir deyişle, kuralın ceza sorumluluğuna ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiştir.

6- Örneğin, 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 5. maddesi de, 1889 Ceza Yasası'nda olduğu gibi, sadece ceza normunun bilinmemesinin mazeret sayılmayacağını kabul etmiştir. Madde'ye, sonradan, "önlenemez nedenle de olsa, ceza normunun bilinmemesi de mazeret sayılmaz." ifadesi eklenmiştir. İtalyan Anayasa Mahkemesi, "önlenemez sebeple normun bilinmemesi"nin de mazeret sayılmayacağı kuralını, "normun varlığını öğrenmek" olanağının mutlak olarak bulunmadığı durumlarda, kanunu bilmemek konusunda failin kusuru olmadığı için, sorumluluğun ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralına aykırı olacağı görüşüyle, değinilen kuralı, iptal etmiştir. (23 Mart 1988 tarih ve 364 sayılı kararı) Yasa'nın 47. maddesi de, "fiili hata" oluşturmamak koşuluyla, "ceza normu" dışında kalan normların bilinmemesini mazeret saymıştır. Yasa'nın 48. Maddesi de, normun varlığı konusunda hataya düşürülerek suç işlenmesi durumunda, hataya düşürenin suçu işlemiş sayılacağı kabul edilmiştir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi 5. maddeyi kısmen iptal etmeden önce de, İtalyan Yargıtayı, "kabahat" türünden suçlarda "iyi niyetli" bilmemeyi de mazeret saymaktaydı. *Vassalli* tasarısının 15. maddesinde de, ceza normunun, "yasak kuralı"(precetto) konusunda kusursuz hatanın mazeret sayılmasını kabul ediyor ve failin taksiri bulunduğu ve suçun taksirle işlenen suç olması halinde, failin taksirli suçun cezası ile cezalandırılmasını öngörüyordu.

7- Alman Ceza Yasası'nın 17. Paragrafı da değiştirilerek, "*Yasak Hata*" başlığı altında, "Fail fiilin icrası sırasında hukuka aykırı hareket etme bilincine sahip değil ise ve bu hatasından kaçınmıyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz. Fail hatasından kaçınabilecek idi ise, cezası mad. 49. 1. fıkrasına göre hafifletilir" hükmü kabul edilmiştir. "Yasak hata" veya "yasak normu hakkında hata" terimleri, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" anlamında kullanılmaktadır. 1995 yılında değiştirilen 1982 tarihli Portekiz Ceza Yasası'nın 17. maddesi de, "yasakta hata" başlığı altında, hemen hemen, Alman Ceza Yasası'nın 17. paragrafı hükmünü tekrarlamıştır.

8- 1995 yılında yürürlüğe giren İspanyol Ceza Yasası'nın 14/3. maddesi de, "işlediği eylemin ceza yasasına göre yasak olduğu konusunda kaçınılamaz hataya düşen kişinin cezai sorumluluğu yoktur. Kaçınılabılır bir hataya düşülmesi durumunda ceza indirilir" kuralını içermektedir.

9- İsviçre Ceza Yasası'nın 20. maddesi de, failin eylemin hukuka aykırılığı konusunda haklı hataya düşerse, 66. Maddeye göre yargıç cezayı indirebilir veya cezayı kaldırabilir. İsviçre Ceza Yasası Tasarısı'nın 15. Maddesine göre de, fiilin icrasında hukuka aykırı hareket ettiğini bilmeyen ve bilemeyen kimse cezalandırılmaz. Hata kaçınılabılır idi ise, hakim cezayı indirir.

10- İngiliz hukukunun kendi sistemi kapsamında dahi, hukuksal hata etken olabilmektedir. Suçun işlenmesi, her suç tipi için öngörülen "mens rea"nın, diğer bir deyişle suçun işlenmesine ilişkin subjektif unsurların varlığına bağlıdır. İradede iyi niyetin ve bilgisizliğin sorumluluğun kalkması sonucunu kaldıracağı kabul edilmektedir.

Görülüyor ki, Tasarı'nın 2. maddesi, ne yasal düzenleme biçimi ne de kuralın hukuksal kavranış açısından, belli başlı çağdaş yasal düzenlemelerle uyumlu değildir. Kanımca, 2. madde, Sayın Prof. Dr. Eralp Özgen'nin belirttiği gibi Anayasa'nın 38.

maddesinde yer alan tüm anayasal güvencelerle ve çağdaşlıkla çelişmektedir.

Ceza Tasarısı demokratik mi?

I- Günümüzde ceza yasası'nın demokratik olup olmadığı, ceza sorumluluğunun niteliğine, ceza normunun, "suç" olarak tanımladığı "yasak kuralı" ile koruduğu hukuksal yarara göre belirir.

Hukuk düzeni, doğada olan, kendiliğinden oluşan, "doğaüstü" veya "doğaötesi" sistem değildir. Hukuk düzeni'nin "yasallığını", "geçerliliğini", "etkinliğini" ve hukuk normlarına itaatin sağlanmasını, norma aykırı davranışlara yaptırım uygulanmasını haklı göstermek için, "doğaüstü" veya "doğaötesi" temellere dayanılsa dahi, "hukuk düzeni", insan eli ürünü normatif sistemdir.

1- Birey', hukuk düzeninin normlarına uygun davrandıkça, sorumluluğu olmaz. Bireyin sorumluluğu'nun ön-şartı, norma, hukuka aykırı eyleminin olmasıdır. Hukuk düzeni bütün olduğuna göre, hukuka aykırılık da genel bir kavramdır. Bir eylemin bir hukuka uygun diğer bir hukuk dalı açısından hukuka aykırı olmasına olanak yoktur. Diğer bir deyişle hangi görüş açısından olursa olsun, hukuka aykırılık, eylem ile "hukuk düzeni" arasındaki çelişkidir. Buna karşın, hukuka aykırı eylem, "suç" değildir. Doğada da, kendiliğinden "suç" oluşturan eylem yoktur.

Fransız devrimini izleyen liberal dönemde, kuvvetler ayrımı kuralı temeline dayandırılan ve bireysel güvence olacağı varsayılan, "ceza normunun yasallığı" kuralı kabul edilmiştir. Bu kural gereğince, dış dünyada değişiklik yaratan hukuka aykırı eylemlerden, "ceza normu" tarafından "suç" olarak tanımlanması bir tercihtir. Bu tercih, yasa ile yapıldığına göre, hukuka aykırı eylemlerin suç olarak tanımlanması siyasal gücün "siyasal tercihidir. Belirtilen durumda, "suç" sayılan hukuka aykırı eylemi saptayan ve "yaptırımı"ni belirleyen, ceza normudur.

2- Yukarıda belirtildiği gibi, hukuka aykırılık genel bir kavramdır, normatif sistem bütündür. Ceza normları da, normatif sistem bütünü kapsamındadır. Buna karşın, ceza normu her hukuka aykırı eylemi "suç" olarak tanımlamadığı için, *sadece "suç" olarak tanımlanmış olan hukuka aykırı eylemler ceza hukukunu ilgilendirir.* Belirtilen durumda, *"ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı"* siyasal güç'ün siyasal tercihlerine, diğer bir deyişle, siyasal gücün niteliğine, amacına, ideolojik temeline, anayasal sistemine uygun olarak oluşturulur. Bu açıdan, ceza sorumluluğu ve ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı ile siyasal, toplumsal yapı arasında şaşmaz nedensellik vardır. Bu nedensellik, İtalya'da, faşizmin, Almanya'da nazizmin egemen olmasının ardından oluşturulan yasal düzenlemelerle kanıtlanmıştır.

3- Yasallık kuralı gereğince, "suç tipini" tanımlayan ve öngörülen "ceza yaptırımını" belirleyen, "ceza normu"dur. Ceza normu, "yasak kuralı-precetto", "yap" veya "yapma" türünden, "davranış modellerine" uygun davranılması komutunu içerir; komuta aykırılık ise, ceza normu'nun "yasak kuralı"na bağımlı, "ceza yaptırım normunun uygulanmasına yol açar. Belirtilen, durumda, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılığı oluşturan ceza normudur.

Belirtilen durumda, ceza normu'nun yasallığı, biçimsel de olsa bireye güvence sağlayan ön-şart"dır. Diğer bir deyişle, ceza yargısında, eylemin hukuka aykırılığını ve

uygulanacak yaptırımını belirlemek konusunda “yargı yeri”nin takdir yetkisi yoktur. Bu nedenle de, *biçimsel açıdan “suç”, “ceza normu tarafından toplumsal yapı açısından açıkça hukuka aykırılığı öngörülen ve ceza yaptırımını uygulanarak önlenmesi amaçlanan, belirginleştirilmiş, sınırlandırılmış insan eylemi”* olarak tanımlanabilir.

4- Biçimsel norm tanımında, *“açıkça hukuka aykırılığı öngörülen eylem”* deyişine yer verilmiştir. Bu deyiş, değişik dönemlerde, değişik eylemlerin, niçin açıkça ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırı sayıldığıının sebebinin saptanması anlamına gelmez. Halbuki değişen koşullarda, normun, *“açıkça hukuka aykırılığını öngördüğü eylem”* değiştiği gibi, sorumluluk kuralları da değişebilir. Diğer bir deyişle, gerek “suç”, gerek “ceza sistemi”, suçtan doğan sorumluluk sistemi değişir. Belirtilen durumda, değişen koşullarda, *“ceza normunun bir eylemi “suç” olarak tanımlamasının sebebinin, ihlal modellerini, sorumluluk kurallarını, ceza yaptırımının nitelik ve infazını”* saptamak, *“açıkça hukuka aykırılığı öngörülen eylem”*in belirlenmesi anlamına gelir.

5- *“Ceza normu”*, bir eylemi suç olarak tanımlayarak, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırı bir eylem yaratarak, korunması öngörülen “değeri”n, insan davranışıyla dış dünyada yaratacağı değişikliğin, korunan hukuksal değer ihlalini önlemeyi amaçlar. *Bu amacın ve ihlal modellerini kapsayan tanım, suçun öz açısından tanımı anlamına gelir. Bu açıdan, biçimsel tanım, “norm-eylem” ilişkisini belirlerken, öz açısından tanım “korunan hukuksal yarar-korunan değer ihlali” ilişkisini ifade eder*, bir eylemin niçin hukuka aykırı sayılıp, hangi koşullarla cezalandırıldığını belirler. Suçun öz açısından tanımı, değişen zamanda, değişen korunan yararın değişimi belirlediği için, ceza sorumluluğu’nun tarihsel gelişimini belirler.

Korunması öngörülen hukuksal yararın, diğer bir deyişle, suç sayılan hukuka aykırılık alanı ve ceza sorumluluk sistemi, siyasal gücün siyasal tercihi ile belirlendiğine göre, suç sayılan hukuka aykırılık alanının niteliği ve ceza sorumluluk kuralları ile siyasal sistem arasında şaşmaz bir ilişki vardır. Diğer bir deyişle, korunan hukuksal siyasal niteliği, cezalandırma nedenini, niteliğini ve sınırlarını da belirler. Ceza yasaları’nın “özel bölümü”nün tasnif sistemi de, “suçun özü”nü oluşturan kurallarla uyumlu olarak yapılır.

Kısa bir deyişle, “öz olarak suç” sistemi, eylemin suç sayılmasının ve cezalandırmanın mantığını belirler.

II- Ceza yaptırımını ile korunan yararın, tarihsel gelişim bir açıdan ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanının gelişimi anlamına gelir. *“Günah=suç”* anlayışıyla başlayan, beliren doğaüstü ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık sistemi, uzun ve maceralı yolculuktan sonra, insan haklarıyla sınırlı hukuka aykırılık düzenine varmıştır.

XIX. yüz yılın sonunda tohumları atılan ve XX. yüzyılın ilk çeyreğinde egemen olan, kanlı, despotik büyük irtica, 1789 Devrimi’nin liberal-özgür-bireyci kalıntılarını silip süpürmüştür. Devrimin doğaötesi-soyut temele dayandırılan, bir açıdan “romantik” özgürlük düzeni, bireysel haklara güvence sağlayacak somut, ayağı yere basan sistemlerden yoksun olduğu için, faşizm’in ve nazizm’in sistemine yenik düşmüştür. Liberal düzene “tepki hukuku” olan faşist ve nazi ceza hukuku sistemine ilişkin örnekler, çağdaş demokratik, insancıl ceza hukukuna ulaşan değişimin itici gücü olmuştur.

Liberal döneme “büyük irtica”, doğaötesi temele dayanan, romantik özgürlük

düzeninin güvencesi olmadığını ve özellikle, özgürlük kavramı'nın, "birey-birey" ilişkisi olmayıp "siyasal güç-birey" ilişkisi olduğunu kanıtlamıştır. Bu gerçeğin kavranması, bireyin, siyasal güce karşı korunması zorunluluğunu öne çıkarmıştır. Diğer bir deyişle, "insan hakları" kurumsallaşmıştır. Tarihsel süreçte ceza hukukunun, despotik, gaddar siyasal gücün elinde ne derece tehlikeli silah olduğunun anlaşılması, aşama, aşama, insan haklarına dayanan, anayasal kurullarla bağımlı ve sınırlı, insancıl gelişmesini sağlamıştır. Özellikle, 1975 yılından bu yana, ceza hukukunda demokratik devrim gerçekleşmiştir. Bir ceza yasasının, demokratik, insancıl olup, olmadığı, değinilen gelişimin verilerine uygunluğuna göre belirlenmek gerekir.

1- II. Dünya savaşını izleyen yıllarda yapılan yeni anayasaların, hemen, hemen hepsinde, ceza sorumluluğu'nun demokratik, insan haklarına uygunluğunu sağlayacağı öngören kuralları, anayasal düzenleme konusu oldu. Bu kapsamda, insan hakları sözleşmelerine uygun anayasalar, ceza yargısı açısından, insan haklarının güvencesi sayılmaktadır.

Bu konuda, 1948 İtalyan, 3 Kasım 1946 Japon, 8 Mayıs 1949 Alman, 9 Haziran 1875 Yunan, 27 Kasım 1978 İspanyol ve 1976 Portekiz anayasaları örnek gösterilebilir. 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, değinilen demokratik anayasalar arasında sayılmak gerekirdi. Ne yazık ki, 1982 Anayasası yürürlüğe girdi. Eski anayasalarda da, demokratik çizgide değişiklikler yapıldı.

2- Belirtilen anayasalarda, ceza sorumluluğu'nun genel kuralları, ceza normu'nun suç sayılan hukuka aykırılık yaratmasına ilişkin sınırlar, ceza yaptırımının niteliği ve amacı, temel ceza yargılama yöntem kuralları, ceza infaz koşulları ve yasaklarına yer verilmiştir. Bu açıdan, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratmaktan başlayarak ceza infazına varan aşamalar, ceza yargısı bütünü oluşturur; bu kapsamda, "ceza yargısı", demokratik anayasal kurullarla sınırlı, insan haklarına ve saygınlığına uygun ve "adil" olmak zorundadır.

3) Nitekim, yeni ceza yasaları, ceza yargısı siteminin, anayasal kurullara, dolayısıyla insan haklarına uygunluğunu koşul saymaktadır. Bu konuda, yeni Fransız Ceza Yasası, İspanyol Ceza Yasası, Portekiz Ceza Yasası, İtalyan Ceza Yasası'nda yapılan 1975 yılında yapılan değişiklik ve sonrakiler, Alman Ceza Yasasında yapılan değişiklikler, yeni İtalyan Ceza Yargılama Yöntem Yasası ve kadük olan Vassalli Ceza Tasarısı, hepsi, insan haklarına uygunluk gerekçesine dayandırılmıştır.

4) Ceza hukukundaki demokratik, insan haklarına saygın ceza hukuku, "cezalandırma hukuku" olmaktan çıkmış, "bireysel hakları koruma hukuku" olmuştur. Gerçekten, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı, anayasal sistem ile sınırlı olduğuna göre, siyasal güç, görevli, yükümlü ve bağımlı iktidardır. Belirtilen nedenle siyasal gücün, "ceza yargısı bütünü" konusunda, kendisine özgü yetkisi yoktur. Bu nedenle de, siyasal güç, suç sayılan hukuka aykırılık yaratmak, ceza yaptırımının niteliğini ve infazını belirlemek, ceza yargılama yöntemlerini saptamak konusunda, uluslararası sözleşmelerin ve anayasanın kurullarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, ceza sorumluluk koşullarını belirlemek ve uygulamak, siyasal güç açısından, "sübjektif hak" olmayıp, "yükümlendiği görev"dir.

5- Kısaca değindiğimiz gelişim, “korunan hukuksal yarar” ve “cezalandırma sebebi” değişmiştir. Korunan hukuksal yarar, doğrudan veya dolaylı bireysel subjektif haklardır. Suçun pasif süjesi birey olmasa dahi dahi, korunan hukuksal yarar bireye ilişkindir. Örneğin, “devlete karşı suçlar”ın pasif süjesi birey değildir. Buna karşın, devlet şahsiyet olmadığı için, kendisine özgü yararı yoktur. Örneğin, terör suçları, bireyin demokratik anayasal düzende yaşama hakkına karşı sayılır. Siyasal güç, insan haklarını ihlal eden suç tiplerini suç olmaktan çıkarmak ve anayasal düzende yer alan bireyin subjektif hakların ihlalini önleyecek suç tiplerini tanımlamakla yükümlüdür. “Çevre”, “bilgilenme”, “özel yaşamın korunması” gibi yeni suç tipleri, değinilen yükümlülüğün ürünüdür.

Bu kapsamda, bu günkü anlayışa görüşe göre, bir eylemin cezalandırılmasının sebebi, ne etik değerler, ne devletin hukuk siteminin ihlal edilmesi, ne toplumsal savunma, ne de failin tehlikeliliği değildir.

Öz bakımdan, bir eylemin cezalandırılması, “korunan yararın” somut olarak ihlal etmesidir. Bugün, tüm ceza öğretisi, “hukuksal yarar”ın ihlali sorunu” üzerinde durmaktadır. Bu sorun kapsamında, bir eylemin cezalandırılması, “eylemin hukuksal yarara zarar vermeye uygunluğu”, “hukuka aykırılık bağı”, “hukuksal yararı ihlal eden, somut zarar veya tehlike yaratması” gibi koşullar aranmaktadır. Diğer bir deyişle, günümüzde, cezalandırma, faili niteliğinden değil, eylemin hukuksal yararın ihlal edilmesinden kaynaklanmaktadır. Belirttiğimiz çağdaş ceza hukuku güvence altına almıştır. Yukarıda belirttiğimiz, yasama organını ve yargı uygulanmasını sınırlayan, “kesin kes yasallık kuralı” ve korunan hukuksal yararı ihlal eden, iradi ve kusurlu dış dünyada değişiklik olmadıkça ceza sorumlu olmayacağını ifade eden, “ceza sorumluluğu'nun kişiselliği” kuralı, çağdaş ceza hukukunun güvence kurallarıdır.

Tasarı'nın, hem çağdaş ceza hukuku anlayışına ve güvence kurallarına gereken yeri vermediğine işaret etmiştik.

III- Tasarı, suçları, T.C.K.'nin da olduğu gibi, üç büyük kısım altında toplamakla beraber, T.C.K.'nundan farklı olarak, bireye karşı suçları “birinci kısım altında”, “devlete karşı suçları” ise, “üçüncü kısım” altında toplamıştır. Çağdaş, demokratik ceza yasaları da, aynı yöntemi benimsemiştir. Bu farklılığın nedeni olarak Tasarı gerekçesinde, “Öntasarı kişilere karşı suçlara özel hükümlerin başında yer vermiş bulunmaktadır. Böylece Öntasarı insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği üstün değeri ifade etmek ve esasını oluşturan suç ve ceza politikasının temel hedefini bir kere daha vurgulamak istemektedir” denilmektedir (*Gerekçe*, 155).

1- Bireye karşı suçlara, “özel bölüm”ün başında yer verilmesi gelişmiş güzel bir tercih değildir. Bireysel hakları ihlal eden suç tiplerinin, özel bölümün başında yer alması, yasa'nın, bireysel hakların korunmasının en üstün hukuksal yarar olarak kabul etmesi anlamına gelir. Doğal olarak, bireysel hakları koruyan suç tiplerinin salt özel bölümün başında yer alması yeterli olmayıp, gerek “genel kurallar”ın, gerek “özel bölüm”de yer alan suç tiplerinin, ceza normu tarafından, insan haklarına, bireysel haklara güvence sağlayacak şekilde tanımlanmış olmak gerekir. Bu nedenle, bir yasa'nın demokratik olup olmadığı, suç tipleri'nin yerine göre değil, ceza normu'nun “koruduğu hukuksal yarar sistemi”ne göre belirir.

2- Tasarı gerekçesinde, “...suçlar, ihlal eyledikleri hukuki yararın niteliğine göre, üç büyük kısım halinde toplanmış ve tasnif edilmiştir.....Öntasarı söz konusu yararları üç büyük kısım halinde tasnife tutmaktadır. *Başta kişilere ait yararlar gelir. İkinci olarak toplumun, üçüncü olarak da, toplumun en büyük teşkilatlanmasını oluşturan devletin yararları söz konusu olur*” denilmektedir (Gerekçe, s. 154).

Gerekçe de yer alan, “.... *devletin yararları söz konusu olur*” deyişi, Tasarı'nın demokratik ve çağdaş nitelik taşımadığını kanıtlayabilecek nitelikte, iki haklı ipucu vermektedir.

a) Tasarı gerekçesinde yer alan, “özel bölümün” ayırımına ilişkin açıklamalar, aşağıda belirtileceği gibi, “suçun “pasif süjesi” ile “korunan hukuksal yarar” kavramlarının birbirine karıştırıldığını kanıtlamaktadır. Gerçekten, “bireyin yararları-devletin yararları” ayırımını yapan Tasarı, ceza hukukunun çağdaş anlayışıyla çelişerek, pasif süjeyi kendine özgü yarar sahibi olduğu yanılığısına düşmüştür.

b) Gerekçe de yer alan, “devletin yararları söz konusu” deyişi, devletin “şahsiyet” olarak kavranması anlamına gelir. Bu anlayış, 1930 Rocco İtalyan Ceza Yasası'nın ve dolayısıyla T. C. K. nu'nun anlayışıdır. Günümüzde, gerek öğreti, gerek yeni ceza yasaları, devletin şahsiyet olarak algılanmasının, bireyi dışlayan despotik yönetimlere yol açacağını-haklı olarak- ileri sürmektedir.

Belirtilen durumda, “bireyin yararı- devletin yararı” ayırımını yapan bir yasal düzenleme insan haklarına güvence sağlayan, “bireysel hakları” korunan yarar olarak benimseyen ceza yasası olamaz. Bu açıdan, bireye karşı suçların başa alınması, tasarının tersinden okunması anlamına gelir.

3- Siyasal bir örgütlenme olan “devlet”in, Tasarı da olduğu gibi, kendine özgü kişiliği ve çıkarları olduğu anlayışı, devletin kendisini koruyabilmek için sınırsız yetkiyle donatılmasına yol açar. Bu durumda, yukarıda belirttiğimiz gibi, korunan hukuksal yarar, “siyasal iktidar düzeni ve iktidarı”dır. Siyasal güç, bu durumda, “ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratmak”, “yargılama yöntemlerini saptamak”, “suçun cezasını, niteliğini, infazını belirlemek” konusunda, sübjektif hak sahibi sayılır. Diğer bir deyişle, bu anlayış, siyasal güce, ceza normu'nun koruduğu hukuksal yararı gönlünce saptamak iktidarını da elde etmesini sağlar.

1789 Devrimi'nin, “toplumsal sözleşme” ve “doğal haklar” kuramına dayanan özgürlük düzeni, “özgür insan” ile doğaötesi(mistik), bireyden soyutlanmış “ulus-devlet”i birbirinden ayırmıştır. Bu ayırım, liberal, bireyci siyasal temelini oluştururken, giderek “despotik yönetimlere” yol açmıştır.

Gerçekten, liberalizme tepki olan “faşizm” ve nazizm”, değişik temellere dayan- sa da, giderek, bireyi dışlayan ceza sorumluluğu sistemine ulaşmıştır. Doğaötesi “devlet-ulus” anlayışı, “devlet-ulus çıkarları” ile “bireyin çıkarları” arasında çelişki olabileceği varsayımına dayanarak, siyasal sistemin izin vermediği düşünce ve davranışları, devletin korunması adına, suç saymış, “bireysel hak” kavramını yadsımıştır. Bu anlayış, bireyi, siyasal işlerlik dışına atmış, deyim yerindeyse, “tanrı”nın yerini “ulus-devlet almıştır. Bu kapsamda, her suç doğrudan veya dolayısıyla devlete karşı sayılarak, bireysel hakların, özgürlüklerin sınırlanması, devletin meşru müdafaası” olarak nitelendirilip, haklı sayılmıştır.

1930 İtalyan Ceza Yasası, 1889 İtalyan Yasası'nın "devletin güvenliğine karşı" saydığı suçları değiştirerek, "devletin siyasal çıkarlarına karşı" gördüğü suç tiplerini, "devletin şahsiyetine karşı cürümler" başlığı altında toplamıştır.

Devletin "şahsiyet" olarak kavranması, öncelikle, "kişi"nin, doğaötesi "ulus-devlet"dışında bir "yaratık" sayılması anlamına gelir. Devletin şahsiyet" olarak nitelenmesi, İtalyan faşizminin, bireyden soyutlanmış "devlet-ulus çıkarları"nın, korunması amacıyla, özgürlük alanını istediği gibi sınırlayabilme iktidarının, devlet gücünün hukuksal temelini oluşturmaktadır. değerlendirme bireysel bir saptama değildir. 1930 İtalyan Ceza Yasası'nın "Bakanlık Raporu"nda, yasanın "faşist ideoloji" ye göre düzenlediği vurgulanarak, liberalizm ve bireycilik, devleti zayıflattığı için eleştirilmektedir. Ulusun yararını faşist partisinin belirttiği ve kişinin bu doğrultuda davranmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Devlet de, adeta dinselleştirilerek, korunması zorunlu en üstün "varlık" olarak kabul edilmektedir. Faşist sistemin, etik değerlerini, siyasal düzenini, çıkarlarını, otoritesini kapsayan gücün de, kendine özgü yapısı, hakları ve "şahsiyeti" olan devlettir. Devlet şahsiyetinin işlerliğini sağlayan ise, "duçe", "faşist partisi", "gran consiglio del fascismo"dur.

1936 yılında T. C. K. nun da yapılan yasal değişikliklerle, devlete karşı suçların, neredeyse tümü, 1930 Ceza Yasasına uygun hale getirilmiş, "devletin güvenliğine karşı cürümler" başlığı, "devletin şahsiyetine karşı cürümler" olarak değiştirilmiştir. Yıllarca, 1936 değişiklikleriyle getirilen sistem, Ülkemizde de özgür düşünceyi sınırlamış, bireyi resmi görüşlere uygun düşünmek zorunda bırakmıştır. Faşizmin yıkımından sonra, 1930İtalyan Ceza Yasasında yapılan değişikliklerle faşizmin belirgin kuralları giderilmiş, kalanlar da, çağdaş demokratik kurallara uygun olarak yorumlanmıştır. Örneğin, "devletin şahsiyetine karşı cürümler" başlığı yerinde durmaktadır. Buna karşın, bireyden soyutlanmış, "devletin kendine özgü yararı" olduğunu ileri süren bir bilim adamı yoktur. Aksine, insan hakları ile sınırlı, insancıl ceza hukukunu, korunan hukuksal yararın bireysel haklar olduğunu savunan, çağına yakışan bilim adamların başında İtalyan cezacıları gelmektedir.

Tasarı'da belirtilen, "devletin kendine özgü yararları" olduğu iddiası Roco Yasası'nın ve T. C. K.'nun anlayışının benimsendiğini kanıtlamaktadır. Bu anlayış, yukarıda da belirttiğimiz gibi, devletin korunması için, bireyin haklarının sınırlandırılmasına olanak sağlamaktadır. Hakların sınırlanması, "devletin meşru müdafaa hakkı" sayılarak, haklı görülmemektir. Bu doğrultuda, Tasarı da yer alan suç tipleri, "Millete, Devlete ve Kamusal Suçlar" başlığı altında toplanmış olmasına karşın, bu suç tipleri, "devleti şahsiyet" sayan anlayışla uygun olarak tanımlanmıştır. Bu suç tipleri, 1982 Anayasası'nın, özgürlükten korkan, devleti, bireye karşı korumak amacına uygundur.

4- Tasarı, devletin kendine özgü yararları olduğunu kabul etmekle, devleti doğaötesi, bireyin dışında bir kişilik varlık olarak algılayan gelenekçi anlayışı benimsemiş olmaktadır. Geleneksel görüş, devletin fonksiyonlarının korunmasını, "devletin kendine özgü çıkarlarının korunması olarak algılamaktadır. Bu anlayış kapsamında, esasen, devlet'in suçu önlemek yükümlülüğü öngörüldüğü için, işlenen tüm suçların, hiç değilse dolayısıyla, devlete karşı işlendiği kabul edilir. Bu varsayım kapsamında, korunan hukuksal yarar, devletin, "hukuk düzenini oluşturma-devletin suçu önleme iktidarı"dır. Bu durumda, "ihlal edilen hukuksal yararın "maddi konusu" ve "pasif süjesi" başka olmasına karşın, "devlete özgü yararın" ihlal edildiği öngörülür.

Aynı düşünce biçimi kapsamında, devlet, birey ve toplum dışında soyut bir "varlık", hatta "kişi" olarak algılandığı için, devlet'in kendine özgü çıkarları'nın varlığı ve korunmasının zorunluluğu öngörülmüştür. Bu durumda, devlete özgü sayılan çıkarlar, "devletin doğrudan korunan yararı" olarak algılandığı için, bireyi dışlayan, hatta "bireye rağmen" bazı eylemlerin suç sayılması sonucunu yaratır. Bu durumda, normun koruduğu, "hukuksal yarar", "devlete özgü" sayıldığı için bireysel haklara göre üstün değerde tutulur. Bu durumda da, "devlet çıkarları- birey çıkarları" ayrımı, giderek, devletin çıkarları ile bireyin çıkarlarının çelişebileceği anlayışına ulaşır. Kısa bir deyişle, "devletin yararı" olarak nitelendirilen fonksiyonları bireye yansıtılmadıkça, doğaötesi, soyut kavramlar korunmuş olur.

Çağımızda geçerliliğini yitiren, geleneksel görüşe göre, devlet'in korunması gereken kendine özgü yararları, "siyasal yararlar", "yönetsel yararlar", "yargısal yararlar" olarak belirlenmiştir. Nitekim, Tasarı da, "devletin siyasal iktidar düzenine", "kamu idaresine", "adliyeye-yargılamaya" ilişkin yararlar, "devletin yararları" kapsamında sıralanmıştır (*Gerekçe, s. 155*).

Belirtilen anlayış kapsamında, "devletin siyasal iktidar düzenine", "kamu idaresi"ne, "adliye"ye suçların ihlal ettiği "hukuksal yarar", devletin, "siyasal", "yönetsel", "yargısal" otoritesidir. Örneğin, "iftira rüşvet suçu, memurun kişilere karşı muamele, yargıca hakaret v. s. suçları bireysel yararlar zarar vermesine karşın, bu suçlarının cezalandırılma mantığı, devlet iktidarının ihlalidir. Diğer bir deyişle, ihlal edilen yarar, devlete özgü yarardır.

5- Liberal dönemin ürünü olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu, güvencesiz bıraksa da, "birey"e önem verdiği için, devlet'in korunması ile "ulus" çıkarlarının korunduğunu kabul etmiştir. Yasa, "siyasal", "yönetsel", "yargısal" gücü fonksiyon olarak kavranmış, devlet de bu kapsamda işlenen suçların pasif süjesi sayılmıştır. Her türden fonksiyonun normatif düzenlemeye uygunluğunun sağlanması, devlete özgü yarar olarak değil, devletin görevine ilişkin iktidar sayılmıştır. Öğretide de, devletin fonksiyonlarına karşı suçların cezalandırılmasındaki amacın da, bireyin subjektif hakları olduğu kabul edilmiştir.

Tasarı da devam ettirilen, "devletin şahıs olarak kendine özgü, doğrudan yararları olduğu" anlayışı, Rocco Yasası'nın dayandığı faşist ideolojinin ürünüdür. 1936 yasa değişikliği aynı sistemi, T. C. K.'na taşımıştır. Bu anlayış, bireyi dışlayan, "şahsiyet" saydığı "devletin sınırsız otoritesini", "devletin yararı" olarak nitelendirerek dayatması sonucunu yaratır.

Çağımızda, devlet, insan haklarına dayanan anayasal kurallarla bağımlı "görevleri" yerine getiren bir siyasal örgütlenmedir. Siyasal gücün, kendiliğinden bir iradesi yoktur. Devlet, bireyin haklarını koruyup, güvence sağlamakla, insan haklarının ihlalini önlemekle, değişen koşullara uygun olarak gereken suç tiplerini tanımlamakla görevli siyasal güçtür. Bu çağdaş, insan haklarına uygun anlayış kapsamında, devlete karşı suçlarda, devlet pasif süje sayılsa dahi, korunan hukuksal yarar bireyin haklarıdır. Kısa bir deyişle, demokratik düzenlerde, suçu önlemek için, insan haklarının sınırlanması, devletin meşru müdafaa hakkı gibi despotik görüşlerin sözü dahi edilemez.

Çağımızın, demokratik sistemlerinde, "devlet", salt "pasif süje" olarak kavran-

maktadır. Suç'un doğrudan veya dolayısıyla şahsiyet sayılan devlete özgü yararları ihlal ettiği anlayışı geçerliliğini yitirmiştir. Bu nedenle, devlet, fonksiyonlarının normatif düzene uygunluğunu sağlayarak, bireysel yararları korumakla yükümlü siyasal örgütlenmedir. Siyasal güç'ün, insan haklarına uygun davranarak, bireyin hakların güvence sağlaması, devletin "lütfu" değil görevidir. Nitekim, örneğin, devletin siyasal iktidar düzenine suçlar, bireyin demokratik düzende yaşamak hakkını engellediği için suç sayılmaktadır. Terör eylemleri de, belirtilen anlayış kapsamında görülmemektir. Örneğin İtalya'da terör ile mücadele amaçlı özel yasalar; İtalyan Ceza Yasası'nın aynı amaca yönelik 270bis., 280. ve 289bis maddeleri, genelde, "anayasal demokratik düzeni terör anacıyla yıkmaya yönelik suçlar" olarak nitelendirilmektedir. Kaldı ki, terörle mücadelede için olsa da, ceza sorumluluğu'nun genel kurallarına, "adil yargılama kurallarına, insan haklarına aykırı düzenleme yapılamaması kuraldır. Kamu idaresine karşı hukuka aykırı eylemler de, bireyin, dürüst, eşit, iyi işleyen yönetim düzeninde yaşamak hakkını ihlal ettiği suç sayılmaktadır. Adliyeye karşı suçlar da, adil yargılama kurallarının ihlalinin önlemeye yönelik düzenlemeleri içermelidir.

Kısa bir deyişle, devletin hukuka aykırı eylemin pasif süjesi olması, ihlal edilen yararın devlete ait olduğu anlamına gelmez.

Devletin kendine özgü "yararı" olduğu anlayışını benimseyen Tasarı'nın, çağdaş demokratik anlayışla çeliştiği kabul edilmek gerekir. Geçekten, Tasarı, bireyin güvencesi açısından tehlike yaratan suç istisnai suç tiplerini muhafaza ettiği gibi, bugünkü sorumluluk alanını dahi yaygınlaştıracak düzenlemeler yapılmıştır.

IV- Bireysel hakların korunan yarar olarak algılanması, bireysel hakları koruyucu yeni suç tiplerinin tanımlanmasına, özellikle devlete karşı suçların bazılarının eskimesine yol açtı. Devletin kendine özgü yararı olduğu anlayışının tarihe karışması, değinilen despotik mantıkla tamamlanmış, bireysel hakların sınırlayan suç tipleri eskitmiştir. Bu değişim, bireysel haklara güvence sağlamak anlamına gelmektedir. Tasarı ise, "bireysel yararlar" yerine varsaydığı "devlete özgü yararları" üstün tuttuğu için, bireysel yararları, özgür davranışı sınırlayan suç tiplerini muhafaza etmiş, hatta yaygınlaştırmıştır.

1- Devlete karşı suç işlemeye yönelik eylemlerin, işlendiğinde, onanması olanaksız "zarar" veya "zarar tehlikesi" yaratacağı varsayılarak, "amaç suçun" önlenmesi amacına yönelik, istisnai suç türleri tanımlanmıştır. "Silahlı çete" suçu gibi "cezalandırılan hazırlık hareketleri", "belirli amaç etrafında örgütlenme suçları", "anlaşma suçları", "tahrik, teşvik, övme, propaganda suçları", "ihbar yükümlülüğünü ihmal suçu" gibi suçlar bu kapsamdadır. Bu istisnai suç tiplerini, genelde "zarar neticesi" yaratmamasına karşın, amaç suçun işlenmesi konusunda "tehlike" veya "zarar tehlikesi" yaratacağı öngörülerek suç sayılmıştır. Bu türden suçlara, amacı ve niteliği göz önünde bulundularak, "tehlike suçu" denilir.

2- Demokratik, çağdaş ceza hukuku öğretisinde, somut tehlike yaratmayan eylemin cezalandırılmayacağı kabul edilir. Gerçekten de, tehlike suçları, eylemin, ancak önlenmek istenen "zararı" yaratmaya uygun ise cezalandırılabilir. Diğer bir deyişle, eylemin suç olarak tanımlanmasının "sebeup ve mantığı" kapsamında olan somut eylem, cezalandırılabilir. Devlete karşı suçların önlenmesine yönelik, değinilen, "tehlike suçları" ancak, amaç suçun işlenmesine uygun olduğu zaman cezalandırılabilir. Eylemin,

“zarar neticesi”ni yaratmaya uygunluğun olmamasına rağmen cezalandırılması, başta düşünce açıklamak hakkı olmak üzere, demokratik hakların sınırlandırılması sonucunu yaratır.

Genelde, “tehlike suçları”, özellikle “zarar tehlikesi” suçları, “zarar neticesi” doğurmadığı için, kişinin haksız yere, istemediği neticeden sorumlu tutulması tehlikesini yaratabilir. Belirtilen nedenle, özellikle, ceza normunun, “zarar tehlikesi suçu” olarak tanımladığı eylemin, somut olayda, “amaç suçun işlenmesi” açısından “somut-objektif tehlike yaratmasına” uygunluğu aranmak gerekir. Diğer bir deyişle, somut eylem, önlenmek istenen, “tehlike neticesini” yaratmaya uygun ise, eylem suç sayılmak gerekir.

Nitekim, 125. madde de yer alan, “...matuf bir fiil...”, 146. madde de yer alan, “..... anayasayı tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men’e cebren teşebbüs edenler.....” deyimleri “, eylemin önlenmek istenen “zarar neticesini yaratmaya uygunluğu kuralını ifade etmektedir. Tehlike suçlarında, eylemin, öngörülen tehlikeyi yaratmaya uygunluğu kuralı, bireyin haklarını güvence altına alan, ceza hukuku kuralı olmuştur.

Nitekim, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, değinilen evrensel kurala uygun kararında:

“Yukarıda açıklanan belirlemeler dahilinde incelendiğinde, tebliğname de işaret olunduğu üzere eylem, mahkemenin de kabul ettiği 12 Eylül 1980 sonrasında bu tür örgütlerin dağıtılıp etkisiz hale getirildiği dönemde, yeniden örgütlenmeye yardım amacına dayalı ve şahsa işlenmiş olup, örgütsel bağlılık ve ülke genelindeki organik bütünlük yönünden vahamet taşımamakta ve toplumda etkinlik yaratacak bir niteliği de bulunmamaktadır. Bu itibarla gaye suçun gerçekleştirilmesine yönelik cebre dayalı icrai hareket olarak kabulü, bu gayeye ulaşma tehlikesi doğurmaya yetersiz ve önemsiz bir eylem niteliği taşıması nedeniyle mümkün değildir. Belirtilen nedenlerle mahkemenin, eylemin T. C. K. ‘nun 146. maddesi kapsamına girdiği yolundaki kabulünde isabet görülmemiştir” görüşüne varmıştır(Yar. 9 C. D. nin, 12. 5. 1987 gün ve 1987/ 739 sayılı Kararı, YKD, Eylül 1887. 1423-1426).

Bu karar, 146. maddeye ilişkin olmakla beraber, tüm tehlike suçları açısından geçerlilik değeri vardır.

“Silahlı çete-cemiyet suçu” açısından da, madde de sıralanan “amaç suçları işlemeye uygunluk aranmak gerekir. Nitekim, öğretide, silahlı çetenin amaç suçu işlemeye uygun güçte olması, diğer bir deyişle, “silahlı örgütün” amaç suçun işlenmesi konusunda, “zarar tehlikesi “ yaratacak yapıda olması, suçun koşulu sayılmaktadır. Bu kapsamda, “örgütün”, işlenmesi istenen amaç suçun niteliğine uygun, yeterli üyeye, silah gücüne sahip bulunması ve askeri düzende, disiplinli, emir-kumanda düzeninde olması aranmaktadır. Nitekim, gerek Askeri Yargıtay gerek Yargıtay, 125. ve 146. madde uygulamasında, silahlı örgütün, tüm ülkeye yaygın, etken ve disiplinli, yapıda olmasını aramaktadır.

Belirtilen nedenle, “silahlı çete suçu” zorunlu olarak “çok failli suçtur. Nitekim T.C.K.’nin 168. maddesi de, işbölümüne dayanan “çok failli suç” olarak tanımlanmıştır. 168. madde, çete mensuplarını, “cemiyet-çete teşkil eden”, “çetede amirliği kumandayı üstlenen”, “özel bir vazifeyi üstlenen”, “çetenin sair efrat” olarak bu tasnif etmiştir. Bu tasnif, “silahlı çete”nin, çok failli düzende, iş bölümüne dayanan amaç

suçun işlenmesine uygun örgüt yapısını belirlemektedir. Çete mensubunun, işlevi konumu, çete mensubunun, "amaç suçun" işlenmesi konusundaki eylemin nedensel değerine göre belirlenmektedir. Örneğin, çetenin sair efradının cezasının, diğer çete mensuplarından az olması "hafifletici sebep" değildir. Çete'nin sair efradının eylemleri, amaç suçun işlenmesinde daha az nedensel değer taşıdığı için cezası da azdır. Görülüyor ki, "silahlı çete- cemiyet suç tipi", amaç suçun işlenmesine, zarar tehlikesi yaratmasına uygunluk kuralına göre tanımlanmıştır.

3- Tasarı çalışmalarında, tüm demokratik, çağdaş ceza yasalarında yer alan, eylemin korunan hukuksal ihlale uygunluğu kuralını ifade eden düzenleme yapılarak, bireysel güvence sağlanmasına ilişkin öneri kabul edilmemiştir.

Günümüz ceza hukuku sorumluluğunun temel kurallarından olan, eylemin dış dünyada yaratılan değişikliğin korunan hukuksal yararı ihlali koşulunu, yukarıda da belirtildiği gibi, "eylem" kavramına değinmeyen Tasarı'nın, tehlike suçlarında, eylemin önlenmek istenen zararı yaratmaya uygunluğunu umursamamasına şaşkırmamak gerekir.

4- Kaldı ki, 125. madde de yer alan ve eylemin "zarar neticesini yaratmaya uygunluğu" nun aranması koşulunu ifade eden, "... matuf fiil" deyişi, Tasarı'da 125. maddenin yerini alan 356. madde de kullanılmamış, "teşebbüs eden kimseye..." denilerek sorumluluk alanı yaygınlaştırılmıştır. Özellikle, Tasarı'nın 18. maddesi, "teşebbüs" kavramını, "kastın belirginliği" temeline dayandırdığına göre için, "kast edilen, fakat, amaçlanan neticeyi yaratmaya uygun eylem de cezalandırılabilir.

4- Ceza sorumluluğunu genişleten diğer bir örnek de, "zarar tehlikesi suçu" olan "silahlı çete" suçunun uygulanması konusunda Tasarı'nın benimsediği sistemdir. T. C. K. nu'nun 168. maddesinde yer alan "silahlı çete" suçu, maddede belirtilen "amaç suçun" önlenmesine yönelik, cezalandırılan hazırlık hareketidir. Belirtilen nedenle de, "amaç suçun"da işlenmesi durumunda, "gelişimli suç" olur ve failin salt amaç suçun cezası ile cezalandırılması gerekir.

Silahlı çete suçunu tanımlayan Tasarı'nın 372. maddesine, "Silahlı örgütün amacını oluşturan suç işlendiğinde bu maddede yazılı fiillerden dolayı faile ayrıca ceza verilir" hükmü eklenmiştir.

12 Mart ve 12 Eylül parantez dönemlerinde sıkıyönetim mahkemelerinin dahi öngörmediği, iltifat etmediği uygulamayı benimsemiş olmamaktadır. 168. madde, maddede belirtilen "amaç suçlar"ın hazırlık hareketlerini cezalandıran istisnai bir suç tipidir. Belirtilen durumda, "amaç suç" işlendiğinde, "hazırlık hareketleri"de, "işlenen amaç suç"un yapısında kaynaşmış olur. Diğer bir deyişle, belirtilen durumda, "gelişimli suç" türü oluşmuştur. Tasarı'nın düzenlemesi, bir suçun, "tamamlanmış suç" ile tamamlanmış suçun hazırlık hareketlerinin ayrı ayrı cezalandırılması anlamına gelir.

Tasarı, belirtilen durumda, "gelişimli suç" türünü göz ardı ederek, 372. maddeye değinilen "kuralı" eklenirken, şaşılacak derecede hatalı bir gerekçeye dayanmıştır. 372. maddenin gerekçesinde, "maddenin son fıkrası, silahlı örgütün amacını oluşturan suç işlendiği takdirde, işlenen suçun cezası ile birlikte, bu maddeden de ayrıca ceza verileceği hükmünü getirmiş, böylece öntasarının "cürüm işlemek için örgüt kurmak" suçunu örgüt suçunu cezalandıran 291. maddesi ile denge sağlanmıştır" denilmektedir. (Gerekçe, s. 311).

Halbuki “silahlı çete suçu” ile “cürüm işlemek için örgüt kurmak” suçunun niteliği farklıdır. “Silahlı Çete”, belirli bir amaç suç tipini işlemeye yönelik hazırlık hareketidir ve bu açıdan “zarar tehlikesi suçu”dur. “Suç işlemek için örgüt kurmak suçu ise”, herhangi bir veya birden fazla cürüm türünden suç işlemek için anlaşmayla gerçekleşir. Bu nedenle, öğretide, suç işlemek için örgüt suçu “soyut tehlike suçu” olarak nitelendirilir. Bu durumda, örgütün suç işlemesi, örgütü kurmak eyleminden bağımsız suçtur. Silahlı çete suçunun işlenmesi ise, maddede belirtilen suç tiplerinden, belirli bir suç türünü işlemeye uygun silahlı örgütlemenin varlığına bağlıdır. Bu açıdan, aşama aşama gelişen tek eylem vardır. Bu nedenle, getirilen hüküm, denge sağlamak bir yana, iki suç türünün farklılığı kavranamadığı için, denge, birey aleyhine bozulmuştur.

4- İddia edildiği gibi Tasarı çağdaş demokratik verilere uygun yapılmış olsaydı, T.C.K.nun’da yer alan “eskimiş” ve bireyin demokratik düzende yaşamak hakkını ihlal tehlikesi yaratan suç tipleri kaldırılır veya tehlike yaratmayacak şekilde yeniden düzenlenirdi.

Örneğin, T. C. K.’nun 154., Tasarı’nın 371. maddesinde yer alan, “Halkı Tahrik” suç tipi, “beyaza norm” niteliğinde olduğu gibi, “yayınlanmamış yayını” suç saydığı için, somut tehlike yaratmağa uygun olmayan bir eylemi cezalandırmaktadır. Bu türden suç tiplerinin esasen, Ceza Yasasında olması, yeni yasa niteliğinde olduğu iddia edilen Tasarı’da muhafaza edilmesi için gerekçe oluşturmaz. Kaldı ki, Tasarı istenmeyen neticeden, somut tehlike yaratmayan neticeden sorumluluğu benimseyen bir anlayışla hazırlanmıştır. Bu nedenle de, günümüzde anormal, objektif ceza sorumluluk alanını yaygınlaştırmıştır. Bu nedenle, tehlike neticesine uygunluk kuralını göz ardı eden Tasarı’nın 154. maddeyi ve benzeri maddeleri, örneğin 143. maddeyi kaldırmasını beklemek hayal olur.

Halbuki, korunan hukuksal yararın “bireysel haklar” olduğu, ceza sorumluluğunun anayasal kurallarla düzenlenip, sınırlandığı anlayışının ceza hukukuna egemen olması, devletin korunması kavramını tümünden değiştirmiştir. Bu nedenle de, demokratik dünyada, özellikle devleti koruduğuna inanılan geleneksel suç tiplerini eskitmiştir. Bu eskime, özellikle, tahrik, teşvik, övme suçlarını etkilemiş, “decriminalizasyon” hareketine yol açmıştır.

Bu olgu, her ne sebeple olursa olsun Ülkemizde de görülmüştür. Örneğin, T. C. K.’nun 140., 141., 142., 163. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kapsamda, Komisyonunda, T. C. K.’nun, 155. maddesinde yer alan “halkı askerlikten soğutma suçu”nun, Ceza ve Askeri Ceza yasalarında askerlik hizmetini güvenceye alan yasal düzenlemeler olduğu için “zarar tehlikesi” yaratmayacağı, düşünce açıklamak ve haber vermek hakkını sınırladığı gerekçesiyle, bu suç tipine gerek olmadığı, Askeri Yargıtay adına Komisyona katılan Daire Başkanının da olumlu oyuyla kabul edilmiştir. Bu gerekçeye karşın, “Vatanın düşman güçlerine karşı korunması bakımından her Türk vatandaşının kanuni yükümü dışında askerlik hizmetini severek ve isteyerek yerine getirmesi şarttır” gerekçesiyle (*Gerekçe s. 312*) aynı suç tipi Tasarı’nın, 377. maddesinde yer almıştır.

5- Tasarı’nın 359. maddesi, T. C. K. nu’nun 127. maddesinde yer alan, “milli yararlar karşı hareket” suçunu yeniden düzenlemiştir. Öncelikle, T.C.K.nun 127/3. maddesi’nin, Tasarı’nın 359. maddesine göre, daha belirgin, kesin kes yasallık kuralına uygun olduğu kabul edilmek gerekir. Tasarı’nın 359. maddesi ise, neredeyse “kazustik”

yöntemle, değişik türden seçimlik eylemleri sıralamıştır. Bu yöntem, devletin kendine özgü yararları olan şahsiyet sayan anlayışa yakışmaktadır. Gerçekten, 359. madde'nin, "cezalandırılmayan bir eylem kalmasın" endişesiyle kaleme alındığı, madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. Gerçekten, madde gerekçesinde, madde de yer alan seçimlik hareketleri ve uygulama koşullarını ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu kapsamda, Maddenin 2. fıkrasında yer alan basın yoluyla propaganda örneği, hiç bir yasa ve yasa gerekçesinde görülmemiş şekilde, somut suç saptaması yapılarak verilmiştir.

Madde gerekçesinde: "..... Türk askerinin Kıbrıs'tan çekilmesi veya bu konuda Türkiye aleyhine çözüm yolunun kabulü için veya sırf Türkiye'ye zarar vermek amacıyla, tarihi gerçeklere aykırı olarak, Birinci Dünya Savaşı sonrasında Ermenilerin soykırıma uğradıklarının basın ve yayın yoluyla propogandası'nın yapılması gibi"denilmektedir (*Gerekçe*, s. 305).

Her halde, tarihsel gerçekleri saptayan, Kıbrıs'ın ve Türkiye'nin dış politikasına yön veren, tarihsel ve siyasal incelemesini engelleyen bir ceza yasası veya ceza tasarısı görülmemiştir.

V- Anayasayı ihlal suçunu tanımlayan Tasarı'nın 363. maddesi' nin de, hukuka uygun, demokratik yöntemlerle de olsa, 1982 Anayasası'nın değişmezliğine "bekçi" olduğu anlaşılıyor..

1- 363. madde'nin gerekçesinde, "Başlangıç Kısmında" yer alan kuralların, ".... siyasi iktidarın kuruluş ve işleyişine egemen olması gereken ilkeler bulunmaktadır"..... "Siyasi iktidarın kuruluşu ve işleyişine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü Anayasal düzeni teşkil etmektedir. Bu düzeni hukuka aykırı saldırılardan koruma amacını güden bu madde, soyut olarak ve statik anlamda korumaktadır. Bu itibarla madde ile korunmak istenen hukuki menfaat, Anayasa düzenine egemen ilkeler ve istemlerdir" (*Gerekçe*, s. 307). Bu nedenle de, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümlerine aykırı olarak ve Anayasasının müsaade etmediği usullerle teşebbüs edenler cezalandırılırlar".

2- Salt 363. madde dahi Tasarı'nın ne ölçüde "demokratik" olduğunu belirlemektedir. Anayasa'nın değişim usullerine uygunluk, anayasa değişikliğinin hukuka uygunluğu koşul sayılsa dahi, "anayasanın hükümlerine aykırı değişiklik yapılmayacağı" iddiası, değişim usullerine uygun anayasanın hükümlerine aykırı değişim, 363. maddeye göre suç sayılacaktır.

Tasarının 363. maddesinde yer alan, "anayasanın hükümlerine aykırı olarak değiştirilmeyeceği"ne ilişkin ifade, özellikle "gerekçe" de yapılan açıklamalar kapsamında değerlendirildiğinde, "siyasal iktidar düzeninin değişmezliği"nin, "anayasal kural" sayıldığı sonucuna varmak gerekir. Bu durumda, hukuka uygun anayasa değişiklikleri, ancak, 1982 Anayasası'nın ilkeleri ve sistemi kapsamında yapılacak biçimsel değişimler olabilir. Demokratik düzen, çoğulcu düzendir. "Çoğulculuk" ile "çok partili düzen" eş anlamda değildir. Çoğulcu sistem, her türden siyasal görüşün, siyasal iktidara talip olma hakkının tanındığı düzendir. Tasarı'nın 363. maddesi ise mevcut anayasal düzenin değişmezliğini koruduğu ve siyasal iktidar düzeni değişimini suç saydığı için, çoğulculuğu, dolayısıyla da demokrasiyi içine sindiremeyen anlayışın ürünüdür. Birey, anayasal, siyasal iktidar düzenine uygun düşünmek zorunda değildir; buna karşın uygun davranmakla yükümlüdür. Bu durumda, bireyin "oyunun kurallarına"

uygun davranarak siyasal iktidar düzeninin değişimini istemesi ve bu doğrultuda demokratik haklarını kullanması hukuka uygundur. Tasarı'nın 363. maddesi ise, demokratik hakları suçladığı gibi, bireyin 12 Eylül siyasal iktidar düzenine uygun düşünmesini de dayatmaktadır.

Bu niteliği ile, 363. madde, 12 Eylül hukuku'nun antidemokratik anayasal düzeninin korunup, sürdürülmesi amacıyla kaleme alınmış olsa gerekir. Böyle bir anlayış, olsa olsa "tek parti iktidarı"na, "monarşilere", "despotik yönetimlere" yaraşır. Anayasayı ihlal suçunu tanımlayan Tasarı'nın 363. maddesinin de, hukuka uygun, demokratik yöntemlerle de olsa, 1982 Anayasası'nın "bekçisi" olarak düzenlediği anlaşılıyor.

3- 363. madde'nin gerekçesinde, "Maddede, 'teşebbüs edenler' ibaresi kullanılmış olduğundan, Anayasanın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen üzerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye Anayasanın hükümlerine aykırı ve Anayasanın müsaade etmediği bir usulle icraya başlama cezalandırma için yeterlidir. "denilmektedir. Tasarıda yer alan bu açıklamalarla, anayasal sistemin değiştirilmeyeceğini pekiştirildiği gibi sorumluluk alanı da, olabildiğince genişletilmiştir. Tasarı, "suçun maddi" unsuru'nun "suça teşebbüs" olduğunu belirterek sadece eylemin "hareket ögesi"ne önem vermiştir. Halbuki, özellikle "zarar suçları"nda, korunan hukusal yararı ihlal eden failin, "bireyin nedensel iradi hareketiyle dış dünyada yarattığı değişiklik"tir. Bu açıdan, korunan hukuksal yararı ihlal etmeyen bir eylem hukuka aykırı olmayacağına göre, soyut "teşebbüs" suçun neticesi olarak nitelendirilemez. Kaldı ki, "teşebbüs", ceza normu'nun öngördüğü "netice"nin gerçekleşmemesi anlamına geldiğine göre, tebbüsden söz edilebilmesi için, failin öngördüğü hukuka aykırı neticeyi yaratmaya uygun hareketleri yapmasına karşın neticenin gerçekleşmemesi gerekir. Bu açıdan, ceza normu, "teşebbüsü" değil korunan hukuksal yararı ihlal edecek hukuka aykırı neticeyi cezalandırmaktadır.

Gerçekten, gerek T. C. K. nun 146. maddesinin de, gerek Tasarı'nın 363. maddesinde, önlenmek istenen "zarar netice"si belirtilmiştir. Örneğin, 146. madde de yer alan, "ihlal", "tağyir, "ilga" anayasal düzenin ihlal eden neticelerdir. Aynı şekilde, 363. madde de yer alan, anayasanın "öngördüğü düzeni ortadan kaldırmak", "bu düzen yerine başka bir düzen getirmek". "bu düzenin fiilen uygulanmasını sanı önlemek" ceza normunun öngördüğü neticelerdir. Belirtilen durumda, anayasayı ihlal suçu "zarar" suçudur ve zarar suçlarının yapısal açısından özelliği yoktur.

Özellik, "eylem" açısından değil, eylemin cezalandırma açısındandır. Suçun işlenmesi durumunda, eylemin cezalandırılması olanağının sınırlı olacağı öngörülerek, T. C. K. nu'un 61. ve 62. maddelerine göre, teşebbüs durumunda uygulanması gereken ceza indirimini uygulanmamaktadır. Öğretide, "*peşinen tamamlanmış suç*" olarak adlandırılan bu suç türlerinde, "tamamlanmış suç - teşebbüs" ayrımı yapılmadığı için, normatif açıdan *tehlike suçudur*. Bu durumda, işlenmek istenen suça ilişkin hareketlerin, ceza normunun öngördüğü neticeye uygunluğu aranmak gerekir. Gerçekten, teşebbüs durumunda da netice vardır. Bu netice, normun öngördüğü netice olmayıp, hareketlerin kesildiği andaki neticedir. Bu durumda, teşebbüsün varlığı, işlenmek istenen suça yönelik olan hareketlerin kesildiği andaki durumu'nun amaç suçu gerçekleştirmeye uygunluğuna bağlıdır. Neticeye uygunluğu olmayan eylem, başka bir suçu oluştursa da amaç kapsamında cezalandırılmaz. Aksine uygulama, sorumluluğu genişleten, haksız cezalandırma olur.

Örneğin, anayasayı ihlal etmek için oluşturulan “silahlı çete”nin eylemi’nin, 372. (168) maddeye göremi yoksa, 363(146.)maddeye göre mi? cezalandırılacağı, eylemin, ihlale uygun olduğuna belirlenmek gerekir.

Bu konuda, Tasarı’nın devleti kutsayan anlayışı ve bu anlayışa uygun sitemi göz önünde tutulursa, sorumluluğu geliştireceği kaçınılmaz gibi gözükmektedir.

Gerçekten:

1902 Anayasasının değişmezliğini öngören Tasarı, her eylemin anayasal düzeninin ihlali sayılmasına kapıyı açmıştır.

Tasarı, tehlike suçlarında eylemin tehlike yaratmaya uygunluğu kuralını ret etmiştir.

Tasarı, hukuksal görüşü benimseyerek, dış dünyada gerçekleştirilen değişikliğe (netice) yer verneyip, suçu “hareket” olarak algılamıştır.

Tasarı gerekçesinde, suçun icra hareketlerine başlanması, anayasal düzenin ihlali için yeterlidir denilmektedir. İcra hareketinden ne anlaşıldığı belirtilmemiştir. İcra hareketi, Tasarı’nın 18. maddesine göre saptanacaksa, kişinin, eyleminden önce iradesi nedeniyle sorumlu tutulması sonucu doğacaktır.

VI- Günümüzün demokrasileri, bireyin bilgilenmesini içine sindiren, “saydam yönetimlerdir. Özellikle, “bireysel bilgilenme hakkı”, bilgilenmiş toplumun oluşmasının özüdür. “Bireysel bilgilenme hakkı”, bireyin kendisine veya başkasına ait bilgileri, ilgili yönetsel güçten almak hakkıdır ve “saydam yönetim” sisteminin olmazsa olmaz koşuludur.

1- Demokratik düzenlerde, siyasal güç’ün bireyden saklayacağı bir şey olamayacağı kabul edildiği için, günümüzde, “demokrasi” ile “saydam yönetim-güneş ışığında yönetim” neredeyse eş anlamdadır. Saydam yönetim “bireysel bilgilenme hakkı”nın işlerliğini sağlar. Bilgilenme süreci, “bilgilenmiş birey”i yaratır. “Bilgilenmiş birey”, kendince sağlıklı tercihleriyle, siyasal ve demokratik katılıma katkı sağlar. Bilgilenme, bir açıdan, günümüzün “doğrudan demokrasi” sistemidir. Bireysel bilgilenme hakkı”, iletişim araçları açısından da, “haberci” nin haber kaynağına ulaşmak hakkını sağlar. Toplumsal bilgilenme, “özgür”, “yaygın”, “çok yönlü”, “doğru”, “saptırılmamış” haber, bilgi dolaşımıyla sağlanır. Kitle iletişim araçlarıyla, “özgür, doğru, çok yönlü, saptırılmamış bilgi ve haber dolaşımı” bir süreçtir. Bu süreç, “bilgilenmiş toplumu” üretir. Bu üretim, “saydam yönetimleri” gerçekleştirir. Çok yönlü bilgi dolaşımı, çoğulcu, uzlaşmaya dayanan demokratik yaşama işlerlik sağlayan en önemli etkenlerden biridir.

2- Bu açıdan, özgür bilgi dolaşımını sınırlayan her türden yönetsel yetki, “sansür” dür. Aynı şekilde düşüncenin özgürce açıklanmasını önleyen ceza normları gerçekte “bilgilenmiş toplumu”, “saydam yönetimi” engeller. Halbuki, bireyin hakkı sayılan, bilgilenme, günümüzde, “bireyin bilgilenme görevi” olarak algılanmaktadır.

Devletin kendine özgü korunması gereken yararı anlayışına dayanan yasal düzenlemeler de, bireyin bilgilenmesi, ne “hak”, ne de görevdir. Değinen despotik sistemler’de ise, “bilgilenme”nin sınırlanması, “devlete özgü yarar” kapsamındadır. Bilgi-

lenme hakkını ve dolayısıyla saydam yönetimi engellemek konusunda, en etken silah, “devlet sırrı” sistemidir.

3- “Sır”, bilmek hakkı olan kişiler dışında kalanların bilgiye ulaşamaması anlamına gelir. İtalyan Krallıkları'nın yasalarında, devlet sırrı, genellikle, sadece savaş sırasında ulusal savunmaya ilişkin bilgilerle sınırlıydı. 1889 Zanardelli Ceza Yasası, savaş olmasa da, “devletin dış güvenliği” ne karşı suçlar kapsamında, sadece “ulusal savunma”ya ilişkin bilgileri “devlet sırrı” olarak düzenlemiştir. Yasa, birinci dünya savaşı sürecinde, 1915 yılında değiştirilmiş ve savunmaya ilişkin olmak koşuluyla, “devlet sırrı” kavramının kapsamı genişletilmiştir.

1930 İtalyan Ceza Kanunu, bireyi dışlayan, sadece, faşist partisinin karar ve emirlerine “itaat etmek, inanmak, savaşmak”la yükümlü kişi olarak gören faşist bir anlayışla yapıldığı için, “devlet sırrı” kavramının kapsamını olabildiğince genişletmiştir. Faşist düşünce, yönetsel gücün kararlarla, niteliğine bakılmaksızın, “sır alanı” yaratılmıştır. Bu kapsamda, ulusal savunmayla ilgisi olmayan olguları da “devlet sırrı” sayılması sistemi oluşturulmuştur.

4- Yönetsel kararlar, niteliği açısından sır oluşturmeyen bilgilerin sır sayılması, faşizmin çöküşünden sonra, “devlet sırrı alanı”, demokratik, bilgilenme hakkı”na saygın, saydam yönetimi içine sindiren ülkelerde olabildiğince sınırlandırılmıştır.

Örneğin, yönetsel gücün kararıyla, devlet sırrı yaratılması olanağını öngören İtCK'nun 262. (TCK. 137) maddesi'nin anayasaya aykırılığı itirazında bulunulmuştur.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, yönetsel gücün sır saydığı bilginin gerçekten sır sayılması gerekip, gerekmediğinin yargıç tarafından saptanması gerektiği gerekçesine dayanarak, anayasaya aykırılık itirazını yerinde görmemiştir. Anayasa Mahkemesi, ayrıca, devlet sırrı kavramına açıklık getiren yorumlar yapmıştır. Mahkemeye göre, niteliği itibariyle “sır” niteliği olmayan bilgilerin sır sayılarak, bireyden saklanması, İtalyan Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan, “bireyin kendini geliştirme hakkını” sınırlar; bu nedenle de, bilginin sır sayılabilmesi için, bilginin açıklanmasının demokratik anayasal düzene zarar verecek veya devletin başka devletlere karşı güvencesiz bırakacak, savunmasını zaafa düşürecek nitelikte olması gerekir. Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi, İtCK. nun 262. maddesini iptal etmemekle beraber, ancak niteliği açısından gizli kalması zorunlu bilgilerin devlet sırrı sayılmasını öngörmüştür.

Devlet sırrı kavramını sınırlamış olmasına rağmen, “karar, öğretilde elleştirilmiştir. Özellikle, eski Ceza Usul Kanunu'nun 342. ve 352. maddelerin sağladığı, “devlet sırrı” iddiası ile tanıklıktan kaçınmak hakkı'nın, savunma hakkını sınırladığı iddiası, eleştirilere yol açmıştır.

Yapılan eleştiriler, 24 Ekim 1977 tarihli ve 801 sayılı Yasa'nın kabulüne yol açmıştır. 801 sayılı Yasa, “devlet sırrı” kavramına açıklık getirmiş, bilginin sır sayılmasına ilişkin yöntemi belirlemiş, özellikle bilgilenme hakkına güvence sağlayan bir yasal sistemi gerçekleştirmiştir. Bu ve buna benzer ülkelerde yapılan düzenlemeler, demokrasilerde, “memleketin ali menfaatleri”nin, bilgiyi sır saymakla değil, saydam, bilgilenmeye açık sistemle korunabileceği gerçeğini ve ülkelere saygınlık sağladığını kanıtlamaktadır.

5- Bu anlayış kapsamında, yasal düzenlemelere ve öğretiyeye göre, “devlet sırrı”nın niteliği ve belirlenmesi konusunda öngörülen kural ve sınırlamaları sıralamakta yarar vardır:

a) Kabul edilebilen “devlet sırrı”, niteliği nedeniyle sır sayılması gereken bilgidir. Ulusal savunmaya, uluslararası ilişkilere, demokratik düzeni korumaya yönelik bilgi örnek gösterilebilir.

b) Yönetmelik gücün kararıyla “devlet sırrı” saptaması genel olarak, demokratik anayasal düzeni korumaya yönelik ve sır sayılması zorunlu olan bilgiler için “kabul edilebilir”. Bu saptama da yargı tarafından yapılır.

c) Bilginin, nitelik açısından olsun, yönetmelik kararları olsun, “sır” olarak saptanması açısından “yetki” ve “yöntem” belirgin olması gerekir. “Bireysel gücün” keyfi kararıyla “sır” saptaması yapmak olanağı yoktur. Nitekim, İtalya’da 24 Ekim 1997 tarihli ve 801 sayılı Yasa’nın 2. maddesi, bilginin sır olduğu önerisinde bulunmak yetkisini, “başbakan”ın başkanlık ettiği komisyona vermiştir. Kararı ise, “millet vekilleri” ile “senatörler”den oluşan, “parlamento komisyonu” vermektedir. Parlamento komisyonu karara varamadığı takdirde, “senato” ile “millet meclisi”nin ortak toplantısında olumlu veya olumsuz bir karara varılır. Millet Meclisi Başkanı, “sır” sayılan bilgiyi korumakla yükümlüdür.

d) Devlet sırrı’nın saptanma yetki ve yönteminin belirginliği de, bilgilenme hakkının ve saydam yönetimin varlığı açısından yeterli güvence sayılmamaktadır. Bilginin sır olup olmadığına karar vermek yetkisi de sınırlıdır. Diğer bir deyişle, bilginin sır sayılmasının, gerekçesi, sebebi belirgin olmak gerekir.

b) Devlet sırrı ile ulusal savunma güvencesi arasında nedensel bağlantı olmak gerekir. Diğer bir deyişle, “sır” sayılan bilgi ile “ulusal savunmanın ihlali” konusunda uygunluk bulunması gerekir

6- Öğreti ve bazı yasal düzenlemeler, devlet sırrı olamayacak bilgi ve olguları belirlemiştir.

a) Örneğin, İspanyol Ceza Kanunu’nun 598-603. maddeleri, salt ulusal savunmaya ilişkin her türden bilgi ve olguların devlet sırrı konusu olabileceğini öngörmektedir. Yeni Portekiz Ceza Yasası da, 316. maddesi de, devlet sırrı sayılabilecek bilgi ve olguları dört bent de, sınırlı ve belirgin olarak sınırlamıştır. Devlet sırrı sayılabilecek bilgi ve olgular devletin ulusal savunmaya ve devletin bütünlüğüne ilişkindir. İki yeni ceza yasası da, yönetmelik yetkinin, belirlediği “devlet sırrı”na yer vermemiştir. Alman Ceza Yasasında da, yönetmelik yetki tarafından öngörülmüş devlet sırrı alanı yoktur. Esasen, devlet sırrı suçlarının toplandığı Alman Ceza Yasası’nın, bölümün başlığı, “dış güvenliğe tehlike yaratan vatana ihanet”dir. Bu da, ancak devletin dış güvenliğine tehlike yaratmaya uygun bilgi ve olguların devlet sırrı sayılabileceği anlamına gelir.

b) Tarihsel olgular, diplomatik ilişkiler, bilimsel bilgilerin sır olmayacağı kabul edilir.

c) Hukuka aykırı eylemler “sır” sayılamaz. Bu kural, Alman Ceza Kanununun’un 93. paragrafında açıkça belirtilmiştir.

d) Sırrın, kitle iletişim araçlarıyla açıklanması, eğer somut tehlike yaratmıyorsa suç sayılmaz.

e) Bireyin kendisine ait bilgi, bilginin niteliği ne olursa olsun "sır" sayılamaz.

f) Bilgilenme hakkı üstün değerde olduğu için, sansür niteliğinde, haber vermek hakkını sınırlayan, "devlet sırrı" saptaması yapılamaz.

7- "*Bilgilenme hakkı*"nın, devlet sırrı iddiasına karşı korunması da gerekli görülmektedir. Diğer bir deyişle, "bilgilenme hakkı"na güvence yöntemleri uygulanmaktadır.

Örneğin, İsveç'te, bilginin sır sayılması'nın yerindeliği, "ombuds-man" tarafından denetlenir, kararlara karşı itirazlar, yargı organı tarafından karara bağlanır.

ABD'de de, "sansür" sayıldığı için, "ön yasaklama" kararı verilemez. Açıklanacak bilgi ve belgenin, "sır" niteliğinde olup olmadığı, yargı kararı ile belirlenir.

8- İtalya'da, bilginin devlet sırrı olduğu iddiasıyla, bilgi istemini kabul etmezse, kişi, idari yargıya başvurup kararın iptalini isteyebilir.

Ayrıca, "devlet sırrı" iddiasında bulunularak tanıklıktan kaçınmak olanağı da sınırlandırılmıştır.

İtalyan Ceza Usul Yasası'nın 202. maddesinde, "*devlet sırrı*" konusunda tanıklık yapılamayacağı kuralı konusunda, 24 Ekim 1977 tarihli ve 801 sayılı "Devlet Sırrı Yasası"nın 15. maddesi uygulanmaktadır. Yasa'nın 15. maddesine göre, yargıç veya "soruşturma komisyonu" önünde, istihbarat elemanları, "kamu görevlisi", "kamu hizmeti" yapanlar, devlet sırrı oluşturan konularda tanıklıktan kaçınmak zorundadır. Mahkeme, devlet sırrı konusunda tanıklıkta ısrarlı olması durumunda, "devlet sırrını" belirlemekle görevli, "Komisyon başkanı" "başbakan", "devlet sırrı" konusunda tanıklık yapıp, yapılamayacağı konusundaki kararını, yargıç'a bildirir. Diğer bir deyişle, yargılama yöntem yasası'nın 202. maddesi uygulanır. Başbakan'ın kararı olumsuz olduğunda, sorun, Parlamento'ya getirilebilir. Parlamento, devlet sırrı sayılan bilginin açıklanmasında sakınca olmadığına karar verdiği, "idare" de görüşünü değiştirmedeği takdirde, "sorun", "güvenoyu" yöntemiyle çözülür.

"Mafia türü organize suç" konusunda oluşturulan, "Parlamento araştırma Komisyonu-*La commissione d'inchiesta*")da da 202. madde uygulanmaktadır. Buna karşın, öğretilde çoğunlukla, soruşturma komisyonu yasa ile kurulduğu için, Yargılama Yöntem Yasası'nın 202. maddesinde öngörülen, "sır" sınırının uygulanmasına gerek olmadığı savunulmaktadır. Hatta, "sır" sınırının uygulanması durumunda, soruşturmanın boşuna açılmış olacağı görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, komisyonu kuran yasa, adli otoriteye göre daha çok yetki, daha az sınır getirebilir. Buna karşın, öğretilde çoğunlukla, soruşturma komisyonu yasa ile kurulduğuna göre, yasa'nın, "sır" sınırını kaldırılacağı kabul edilmektedir. Hatta, "sır" sınırının uygulanması durumunda, soruşturmanın boşuna açılmış olacağı görüşü savunulmaktadır. Bu görüşe göre, komisyonu kuran yasa, adli otoritenin sahip olmadığı yetkiyi Komisyona verebilir ve sınırları azaltabilir.

İtalyan Anayasası kurallarına göre, "millet meclisi" ve "senato" temsilcilerinden oluşturulan, parlamento'yu temsil eden "üçüncü meclis" gibi çalışan, "bicamerale"

denilen komisyon'un hazırladığı "anayasa taslağı"nın 79. maddesi, kamu idaresinin saydamlığını, anayasal kural saymıştır. Tasarı'nın 82. maddesi de, "Kamu idaresi"nin kurallarına uygunluğunu denetlemekle görevli, senato tarafından seçilen, "*autorità garanzia*" kurumunun oluşturulması öngörülmüştür. Bir bakıma "*ombudsman*" sistemi kabul edilmiştir.

8- Kurallara uygun sır saptaması sürelidir. Diğer bir deyişle, "sır" sayılan bilginin bu niteliğini sürdürüp sürdürmediği, belirli aralıklarla denetlenmek gerekir. Örneğin, İtalya'da, sır sayılan bilginin, bu niteliğini sürdürüp, sürdürmediği, altı ayda bir denetlenmek gerekir. Ayrıca, bilginin "sır" sayılmasını öneren komisyon da, incelemeyi beklemeden, bilginin "sır" niteliği kalmadığına karar verebilmektedir.

9- Sanırım, Ülkemizde mevcut sır alanı, demokratik olduğunu iddia eden, hiç bir ülkede yoktur. Bu yargıyı salt ceza yasasının sistemi için belirtmiyoruz. Yukarıda, kısaca değindiğimiz, değişik ülkelerdeki kural ve yöntemler hatırlanırsa, vardığımız yargının, abartılı olmadığı kabul edilmek gerekir. "Mit yasası", "Milli Güvenlik Kurulu Yasası", "İdari Yargılama Usulleri Yasası", "Devlet Memurları Yasası", "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Kanunu" gibi yasalarla, ceza yasası dışında "devlet sır alanları" yaratılmıştır. TBMM İçtüzüğü'nün 102. maddesi, "meclis soruşturması" kapsamında, tanık, hatta "zanlı" konumundaki kişilerin, bilginin "devlet sırrı" olduğu savına sığınarak, Ülkenin, dolayısıyla, bireyin çıkarlarını ilgilendiren "ke-pazelikler" in örtülmesini sağlamaktadır. Yargıtay kararıyla hukuka aykırılığı saptanmış eylemler "devlet sırrı"perdesi arkasına sığınmaktadır. Kaldı ki, bireyin, hakkındaki bireysel bilgi, devlet sırrı sayılarak, savunma hakkı sınırlandırılabilmektedir.

10- Yukarıda belirttiğimiz gibi, İtalyan Krallıkları'nın ceza yasalarında, devlet sırrı, genellikle, sadece savaş sırasında ulusal savunmaya ilişkin bilgilerle sınırlıydı. 1889 Zanardelli Ceza Yasası, savaş olmasa da, "devletin dış güvenliği" ne karşı suçlar kapsamında, sadece "ulusal savunma"ya ilişkin bilgileri "devlet sırrı" olarak düzenlemiştir. Yasa, birinci dünya savaşı sürecinde, 1915 yılında değiştirilmiş ve savunmaya ilişkin olmak koşuluyla, "devlet sırrı" kavramının kapsamı genişletilmiştir. T.C.K.'nin devlet sırrı'na ilişkin düzenleme, 1889 İtalyan Ceza Yasası'nın 1915 yılında değiştirilmiş sisteminden alınmıştır. Yasa'nın ilk şekli, devletin dış veya güvenliğine tehlike yaratacak bilgi ve olguları devlet sırrı niteliğinde görüyordu. Örneğin, Ceza Yasası'nın 137. maddesinin ilk şeklinde, özetle, "sulhta veya harpte ordu ve donanma makamları tarafından neşrolunacak tebliğlerden ve askeri daireler tarafından müsaade olan hadisten başka, kara, deniz ve hava kuvvetlerinin yapacakları hareketlere ve müdafaa vasıtalarına dair" yayın yapılmasını suç sayılmıştır.

T.C.K.'da 1936 yılında yapılan değişiklikle, devlet sırrı sistemi tümünden değiştirilerek, Rocco Yasası'nın "faşist mantığı" na uygun devlet sırrı sistemi yasamıza yerleştirilmiştir. Faşizm, despotik yönetsel gücünü yüceltip, bireyi dışladığı için, bireyin neyi bilip, neyi bilmemesi gerektiğini belirlemekte, "devlet sırrı" kavramını ölçüt olarak kullanmıştır. Diğer bir deyişle, "devlet sırrı" uygulaması, kişinin, "bilmesine izin verilen alan" ile "bilmesi yasaklanan alanı" belirlemenin aracı olmuştur. Bu belirleme, doğal olarak, yönetsel gücün kararlarıyla yapılmıştır. Bu kapsamda, ulusal savunmayla ilgisi olmayan olgu ve bilgilerin de, "devlet sırrı" sayılması sistemi oluşturulmuştur. Ne yazık ki, bu sistem, ülkemizde de, İtalyan faşizmi dönemindeki anlayışı paralelinde

uygulanmıştır. Hem de Rocco Yasası'nın sisteminin yıllardır eleştirilmesine, "bilgilenme" nin demokratik sistemin temel kuralı konumuna gelmesine ve İtalyadaki eleştirilere kulak verilerek, 24 Ekim 1977 tarihli ve 801 sayılı Yasa ile sistemin değiştirilmiş olmasına rağmen, Rocco yasasından alınan "sır sistemi" varlığını sürdürmüştür.

11- Devletin kendine özgü yararı olduğu anlayışını "kural" sayan Tasarı, "devletin sır saklamak yararı" nı muhafaza ederek, sürdürerek, bilgilenme hakkının, saydam yönetimin önünü tıkamıştır. Gerçekten, Tasarı, şimdiki sistemi daha da yaygınlaştıran niteliktedir. Özellikle, Tasarı'nın 394-396 maddeleri, genel olarak, yönetsel gücün yasakladığı bilginin, değişik şekillerde kullanılması suç sayılmaktadır. Yönetsel gücün, takdirine bırakılmış "sır" belirleme yetkisi, siyasi güce, hukuka aykırı eylemleri "sır" olarak nitelendirme hakkının tanınması anlamına gelir. Günümüzde, yönetsel gücün iradesi ile "sır alanı" yaratma olanağını öngören bir sistem yoktur. Tasarı ise, yönetsel gücün, "düzenleyici işlemleriyle" "sır" oluşturma olanağını dahi tanımıştır. Bu anlayış, bireyin bilgilenme ve kendini geliştirme hakkının "idari karar" ile sınırlandırılması anlamına gelir. Tasarı'nın mantığı ile demokratik anlayış arasındaki vurgulamak açısından, İtalya'da, "sır sayılan bilginin, Başbakan başkanlığında bir komisyon tarafından parlamentoya önerildiğini, kararın parlamento tarafından verildiğini belirtmek gerekir. Kaldı ki, Tasarı'nın 488. maddesi, "devlet sırrı" nı cezalandıran 385-398. madde hükümlerinin, "Türkiye Devleti ile aralarında savaş için ittifak veya iştirak olan devlet zararına suç işlenmesi halinde de uygulanır" denilmektedir. Böylece, dost devlette "sır" sayılmayan veya açıklanması suç bilginin ülkemizde suç olabilecektir. 488 madde, Gerekçede, "çağımızın ortak savunma zorunluluğu" ile savunulmaktadır (s. 349). Dost ülkede, genelinde saydam yönetim geçerli olduğu için, Tasarı'nın mantığına uygun sır sistemi kalmadığı için, bu maddenin uygulanmasında "karşılıklı kuralı" fiilen geçerli olmayacaktır.

Buna karşın, Tasarı'nın bu düzenlemesi yasalaşırsa, bireyin bilgilenmesini engellemeyi amaçlayan, yukarıda değindiğimiz bireysel güvencelere sırtını çevirmiş, belki de, tek örnek olacaktır.

VIII- *Devlet idaresine karşı suçlar*, geleneksel despotik devlet anlayışı kapsamında, devlete özgü, doğrudan "yönetsel çıkarları" nı ihlal eden suç sayılır. Diğer bir deyişle, bu suçların cezalandırılmasındaki mantık, yönetsel gücün otoritesine aykırılıktır.

1- Tasarı'nın, kamu idaresine suçlara yaklaşımı da aynıdır. Nitekim, Gerekçede, zimmet, rüşvet v.s. türünden suçların, işlev suçu olduğu ve "*kişilerin devlete karşı muhafaza etmeleri zorunlu olan itimat duygusunu ve görevi, memura halkın güveninin sürekli olmasındaki toplum yararını korumak amacını gütmektedir*" denilmektedir (s. 312).

Nitekim 1930 Rocco Ceza Yasası'nın Bakanlık Gerekçesinde, "devlet idaresi" nin geniş anlamda, devlet denilen varlığın tüm faaliyetini ifade ettiği; dar anlamda ise, "yasama" ve "yargı" faaliyeti dışında kalan "yönetsel" faaliyetler olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda, korunan hukuksal yarar, en geniş anlamda, değişik yönetsel faaliyetlerin, yönetsel gücün öngördüğü normlara uygunluğunu, saygınlığını sağlamaktır (RelazioneDefinitiva', II, 112).

2- Bu birbirine benzer gerekçeler, bireysel, demokratik yararları dışlayan, yönetsel gücün otoritesine mutlak itaati öngören anlayıştır. “Kamu idaresine karşı suçları” bu anlayışa dayandıran çağdaş ceza yasası kalmamıştır. Kamu idaresi kurallarına aykırılık, siyasal/ yönetsel gücün otoritesinin ihlal edildiği için değil, kurallara aykırılığın bireysel yararları zarar vermesi olasılığı nedeniyle suç sayılmaktadır. Gerçekten, kamu idaresi düzenine aykırı eylemlerin cezalandırılmasıyla, korunan hukuksal yararın, bireyin, iyi işleyen, eşit ve hukuka uygun davranan yönetsel düzende yaşamak hakkının sağlanması olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, İtalyan Anayasası'nın 97. maddesi, değinilen kuralı içermektedir. Genelde kamu görevlisinin katıldığı “mafya türü örgüt suçları” da, bireyin “iyi işleyen kamu idaresinde yaşamak hakkına” karşı suç sayılmaktadır. Aynı şekilde, kamu görevlisinin görevi ihmali veya her türden görevi kötüye kullanması, “iyi idare”, kamu idaresinde “eşitlik” ve “hukuka uygunluk” kurallarını ihlal ettiği için suç sayılır. İspanyol Ceza Yasası da, kamu görevlisinin, bireyin demokratik haklarını ihlalini, “anayasaya aykırılık suçu” saymaktadır.

3- Tasarı'nın benimsediği ve Rocco Ceza Yasası'nın ve dolayısıyla, T.C.K.'nin öngördüğü “devletin yönetsel otoritesinin” devlete özgü korunan yarar olduğu anlayışına dayanan “kamu idaresine karşı suçlar” sistemi, faşizmin yıkılışından sonra en çok eleştirilen hükümler olmuştur. Rocco Yasası'nın öngördüğü “kamu idaresine karşı suçlar sistemi”nin, faşist sistemin anlayışın özelliklerini yansıttığı ve demokratik 1948 Anayasa hükümleri ile çeliştiği kabul edilmiştir. Bu nedenle de, demokratik kamu idaresine yaraşan, bir sistem oluşturulması amacıyla, değişik tasarılar yapılmıştır.

Faşist siyasal/yönetsel güç, doğrudan finans, borsa, yatırım ve ekonomik kuruluşlara doğrudan katılmasını gerektiren bir anlayıştır. Bu yasal sistemin, ekonomik ve siyasal yapısal değişimin doğurduğu gereksinmelere cevap veremediği gibi, *Rocco Yasası*'nın, kamu idaresi anlayışının, özellikle ekonomik alanda kamu idaresi fonksiyonlarını sınırladığı, anayasal düzen açısından sorun yarattığı öngörülerek, İtalyan Ceza Yasası'nın da, 1990/86 ve 1997/ 234 sayılı yasalarla yapılan, reform sayılan değişikliklerle, “kamu görevlisi-birey” ilişkisi oluşturulmuş ve “kamu idaresi” ve “kamu görevlisi” kavramları, Anayasal kurallara uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.

4- Gerçekten, İtalyan Anayasası'nın 41. maddesi, ekonomik girişimin “özel” ve “özgür” olduğunu kabuk ederken, özgür ve özel ekonomik girişimin, kamu yararına, bireyin mutluluğunu ve güvencesini sağlayacak nitelikte olması koşulunu da öngörmüştür. Özgür ve özel ekonomik girişimin, kamusal ve bireysel değerlere zarar verecek nitelikte gelişemeyeceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın, 41. maddesi, kamu ekonomisi ile özel girişim'in, anayasal amaca uygun işlerliğini sağlayacak, koordinasyonu, programı, denetimi gerçekleştirecek sağlayacak yasal düzenleme yapılmasını öngörmüştür.

Belirtilen kapsam da, İtalyan Anayasası'nın 47. maddesi de, devleti, bireyin “birikimi”nin her türünü teşvik edip, korumakla, bu alanda disiplini ve koordinasyonu sağlamakla, kredileri düzenleyip, denetlemekle, bireyin konut edinmesini, “menkul değer” sahibi olmasını kolaylaştırmakla görevlendirmiştir.

Ekonomik düzenin özelleştirilmesi ve Anayasa'nın 41. ve 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, kamu idaresi fonksiyonlarında köklü değişikliğin olduğu kabul edilmek gerekir. Anayasa'nın öngördüğü yükümlükleri üstlenen kamu idaresi, kamu

hizmetlerini, koordine eden, denetleyen, ekonomik faaliyetin kamu yararına olmasını ve bireyin anayasal haklarını sağlayacak sistemin kurallarını oluşturmakla görevlendirilmiştir. Bu doğrultuda, kamu idaresi, toplumsal yaşamda önemli ekonomik kuruluşların denetimini ve kurallarını belirlemek amacıyla örgütlenmek zorunda kalmıştır. Değınilen değişim sonucunda, kamu idaresi'nin özel ekonomik alanın toplumsal gelişimini denetleme ve düzenleme yükümlülüğünü üstlenmesi, devletin ekonomik alanın anayasal kurallara uygunluğunu sağlamak gibi önemli işlev görmesi anlamına gelmektedir.

Kamu idaresi anlayışındaki bu köklü değişim, despotik düzenin, demokratik kamu idaresine dönüşmesidir. Bu dönüşüm, kamu idaresine karşı suçların, şahsiyet sayılan devlete özgü yararları değil, bireysel yararları ihlal ettiğini kanıtlar.

Tasarı ise, suç tiplerinde teknik değişiklik yapmakla beraber, anlayış açısından Rocco-T. C. K. çizgisini sürdürmüştür.

5- Despotik siyasal gücün egemen olduğu yönetimlerde, genelde bireyin subjektif hakları sınırlanıp, demokratik güvencelerden yoksun bırakıldığı gibi, özellikle, kamu idaresinde, "yönetmel güç-kamu görevlisi" vardır. Bu ilişki kamu görevlisinin, siyasal güce mutlak bağımlılığı, kapıkulu" düzenidir.

İtalya'da, kamu idaresi kavramı ve kamu düzenine karşı suçlar konusunda gerçekleştirilen reform, kamu idaresi ile kamu görevlisi ilişkisinin de, demokratik çizgide değiştirmiştir. Bu kapsamda, kamu görevlisi de demokratik haklara kavuşmuştur. Demokratik kamu idaresi düzeninde, "yönetmel güç-birey" ilişkisi oluşturulmuştur.

Devlet ve kamu idaresi konusunda geleneksel anlayışı benimseyen Tasarı, *Rocco-T.C.K-Tasarı çizgisi*'ne sadık kalmıştır. Nitekim, kamu görevlisine itibar sağlamayı amaçlayan Tasarı, kamu görevlisinin çağdaş demokratik, ekonomik haklarını önleyici normları değiştirmek bir yana, sorumluluğu yaygınlaştıran suç tipleri oluşturmuştur.

6- Örneğin, Tasarı'nın 485. maddesi, "görevini yapmama ve terk" suçunu düzenlemiştir. Bu madde, hemen hemen, T. C. K. nu'nun 236. maddesinden alınmıştır. Zanardelli Ceza Yasasından alınan 236. maddenin ilk şeklinde, üç veya daha fazla kamu görevlisinin ittifak ederek görevi terk etmesi suç sayılarak, para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

1930 İtalyan Ceza Yasası'nın 330. maddesi, faşist düşünceye uygun olarak, kamu görevlilerinin örgütlenmesini, grev yapmasını, görevi terkini, işin yavaşlatılmasını, örgütlü eylemleri v.s. suç saymış ve değinilen eylemlerin ağır cezalarla cezalandırılmasını öngörmüştür. 1936 yılında yapılan yasa değişikliğinde, T.C.K.'nun 236. maddesi, Rocco Ceza Yasası'nın 230. maddesi'ne göre değiştirilmemiştir. T.C.K.'nun 236. maddesi 12 Eylül parantez döneminde, 2370 sayılı Yasa değiştirilmiştir. Bu değişiklik, 1982 Anayasası'nın yasaklarını güvenceye almak amacıyla, muhtemelen, İtalyan Ceza Yasası'nın 330. maddesinden esinlenerek yapılmış olsa gerekir. İki madde arasındaki benzerlik değinilen izlenimi yaratmaktadır. Tasarı'nın 485. maddesi de, yukarıda belirtildiği gibi, T.C.K.'nun 236. maddesinde yer alan yasakları sürdürmektedir. Bu açıdan, T.C.K.'nun 336. maddesi de, Tasarı'nın 435. maddesi de kamu görevlilerin çağdaş, demokratik, evrensel hakların kullanılmasını suç saymaktadır.

İtalya da, demokratik kamu idaresi reformunu gerçekleştiren, 12 Haziran 1990

tarikh ve 186 sayılı, kamu görevlisinin demokratik haklarını sınırlayan 330. maddeyi yürürlükten kaldırdı. Değınilen gelişim, sanırım ki, değışen dünyada, giderek bireyin güvenliğini ve demokratik hakları pekiştirmeyi üstlenirken, Tasarı'nın, Rocco Yasasının çizgisini izlediğine ilişkin saptamayı kanıtlamaktadır.

7- Tasarı'nın, 483. maddesi "genel olarak görevi kötüye kullanmak", 486. maddesi ise "görevi ihmal" suçlarını tanımlamaktadır. Tasarı'nın bir çok maddesinde, "görevi ihmal" ve "görevi kötüye kullanmak suçlarına yer verilmiştir. Bu kapsamda, yeni suç tipleri de tanımlanmıştır. 483. ve 486. madde ise, kamu görevlisinin başkaca, işleyebileceği, "görevi kötüye kullanmak" ve "ihmal" eylemlerini cezalandırmak amacıyla yöneliktir. Her iki madde de, kazuistik yöntemle, her yana çekilebilecek açıklamalarla sorumluluk alanını genişleten "kesin kes yasallık" kuralıyla bağdaşmaz niteliktedir.

8- 485. maddesi'nin gerekçesinde, "memur tabirine 4. maddenin 4. nolu bendindeki hüküm gereğince, kamu hizmeti görevlileri de dahildir. Ancak bunlar arasında işçi niteliğini taşıyanların grev hakları saklıdır" denilmektedir (*Gerekçe, s. 348*).

Tasarı'nın, "Tanımlar başlığını taşıyan 4. maddesi'nin, 4. bendi "memur", 5. bendi de, "kamu hizmeti yapmakla görevli" kavramını tanımlamaktadır. Bu tanımlar kamu görevlisi tarafından işlenen tüm suçlar için geçerlidir.

Bilindiği gibi, T. C. K. nun 279 maddesi, "memur" kavramını tanımlamaktadır. Madde'nin ilk şeklinde, "Kanununun tatbikatında devletin veya vilayet ve nahiye ve kariyelerin nezareti altında bulunan bir hizmette maaşlı veya maaşsız, daimi veya muvakkat vazife gören memur sayılır" tanımı yapılmıştır.

1936 yılında yapılan yasa değışikliğı ile, memur tanımı değıştirildiği gibi, "amme hizmeti görmekle muvazzaf olan" kamu görevlisi kategorisi kabul edilip, tanımı yapılmıştır 1930 İtalyan Ceza Yasası'nın 357. ve 358 maddelerinin aktarılmasıyla yapılan değışlikte, "memur" ile "amme hizmeti görmekle muvazzaf" kişi ayrımını, sağlıklı, kesin kes belirleyecek bir kriter yoktur. Bu nedenle de, ve bunca yıldır kimin "memur", kimin "amme hizmeti gören diğerk kişi" olduğu sağlıklı olarak saptanamamış, değışen zamanda, değışik kriterler kullanılarak, birbiriyle çelişen uygulama yapılmıştır. Kaldı ki, KHK ile KİT çalışanlarının işledikleri bazı hukuka aykırı eylemlerin, "memur" gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Aynı doğrultuda başka örnekler de vardır. Bu kapsamda, kamu görevlilerinin niteliğı ve aralarındaki fark açısından gerçek bir karmaşa vardır. Bu karmaşa, bütün kamu görevlilerinin, "memur" sayılması gibi bir sonuç doğmuştur.

9- Değınilen karmaşanın sebebi, 1936 yılındaki yasal değışimin salt tanımlar açısından yapılmasıdır. Gerçekten, İtalyan Ceza Yasası, kamu idaresine karşı suç tiplerini tanımlarken, failin, "memur veya kamu hizmetiyle görevli" olması gerekliliğini vurgulamaktadır. Bu nedenle de, İtalya'da, "memur"- "amme hizmeti ile yükümlü olan" ayrımı belirgin uygulanmakta, Ülkemizde görülen karmaşa olmamaktadır.

279. maddenin ikili ayrımı Tasarının 4/4. maddesinde aynen kabul edilmiştir. Bu durumda, şimdiki karmaşa sürecektir. T. C. K. nu aratacak derecede suç tiplerini ve cezaları öngören Tasarı'nın, karmaşayı çözecek bir sistem oluşturmaması, önemli bir eksik olduğu gibi, kamu görevlilerinin sorumluluğunu genişletecek sebeptir.

VIII- Adliyeye karşı suçlar, İtalyan krallıklarının ceza yasalarında "kamu idaresi-

ne karşı suçlar kapsamında görülmüştür. Adliyeye karşı suçları, kendine özgü suç grubu olarak, ilk düzenleyen ceza yasası, 1889 Zanardelli Ceza Yasasıdır. 1889 Ceza Yasası, “kuvvetler ayrımı” kapsamında, “adli fonksiyon” ile “yönetmel fonksiyon”un farklı olduğunu öngörerek, “adliyeye karşı suçları” ayrı bir “bab” altında toplamıştır.

1- 1889 Ceza Yasası'nın gerekçesine göre, adliyeye karşı suçların hukuksal konusunu, devletin adli fonksiyonları oluşturmaktadır. Bu açıdan, bu suçların pasif süjesi devlettir. Her türden fonksiyonun yasal düzenlemeye uygunluğunun sağlanması, devlet otoritesinin gereğidir. Bu açıdan, adli fonksiyonu düzenleyen normlarını ihlal eden eylemler, normların etkenliğini zayıflatır veya ortadan kaldırır. Adli fonksiyonların etkenliğini yitirmesi ise, adli fonksiyonun norma uygunluğunun birey açısından sağlayacağı yararları zarar verir, bireyin devlete olan güvenini sarsar. Öğretide de, adliyeye karşı suçların, bireyin sübjektif haklarına güvence sağlamak amacıyla cezalandırıldığı kabul edilmiştir(Babboni in Florian, 1).

2- 1930 İtalyan Ceza Kanunu ise, adliyeye karşı suçların cezalandırılması nede-nini de, faşist devlet anlayışı ile açıklamaktadır. Gerçekten, “Bakanlık Gerekçesi”nde, 1889 Ceza Kanunu'nun bireyci yaklaşımı eleştirilerek, adliyeye karşı suçların yeni düzenlenmesiyle, faşist devlet otoritesinin saygınlığının ve etik değerlerinin daha enerjik biçimde korunduğu belirtilmektedir. Adli fonksiyonlara karşı eylemlerin cezalandırılması'nın, devletin temel fonksiyonlarından birinin korunması anlamına geldiği belirtilirken, böylece faşist hukukun geçerliliğinin sağlandığı kabul edilmektedir. Esasen, siyasal, yönetmel ve adli iktidarlar bir bütündür ve doğal olarak ve bunların korunması, faşist devlet'in korunması demektir. Adli fonksiyonların korunması da, devletin adli iktidarının saygınlığını ve otoritesinin en geniş şekilde korunması anlamına gelmektedir; böylece, halkın faşist devlete güven ve moral yapı gelişmiş, korunmuş olacaktır. (Relazione Ministeriali, II, 161).

Bu görüş, devleti kendine özgü yarar sahibi şahsiyet sayan faşist düşüncedir. Bireyin sübjektif hakkı kavramını ret eden faşizm, bireyin haklarına güvence sağlamak amacını gütmeyip, faşist devletin adli otoritesini korunan yarar olduğunu öngörerek, gönlünce, bireyin özgürlük haklarını engelleyen yasal düzenlemeler yapabirmiştir.

3- Adli fonksiyonların korunması açısından, çağdaş anlayış ise, soruna “insan hakları” açısından yaklaşmaktadır. Devlet ve dolayısıyla “devlete karşı suç” kavramındaki değişimler, yukarıda kısaca değinildiği gibi, “bireyin haklarının, özgürlüğünün ve kişiliğinin korunması”nı temel amaç durumuna getirmiştir. Devlete karşı suçların dahi, bireyin siyasal, yönetmel, adli haklarına zarar vermesi açısından sistemleştirilmesi çağdaş anlayışı oluşturmaktadır.

Soruna değinilen anlayış açısından yaklaşıldığında, adli fonksiyonların norma aykırılığına neden olan hukuka aykırı eylemlerin cezalandırılmasının nedeni, bu tür eylemlerin kişi haklarına, kişi güvenliğine zarar vermesidir. Çağdaş demokratik devletin adli fonksiyonları'nın amacı, kişi hak ve özgürlüklerini, hukuk devleti ilkesini sağlamak olmalıdır. Bu nedenle, adli fonksiyonlara aykırı eylemler, gerçekte bireye güvence sağlayan hukuk düzenine, hukuka bağlı uygar toplum düzenine karşıdır. Değinilen nedenle, adli fonksiyonların korunması nedeni, bazı cezacıların yaptığı gibi “kuvvetler ayrılığı” gibi kuramlara dayandırılmamak gerekir. Adli fonksiyonlara karşı eylemlerin cezalandırılmasının mantığı, doğrudan doğruya uluslararası sözleşmelerden ve demok-

ratik anayasa kurallarından kaynaklanmaktadır. Uluslararası sözleşmelerde Anayasalarda, birey'in yargıya başvurmak, savunma hakları açıkça belirtilmiştir. Yargıya başvurmak, savunma hakları biçimsel haklar değildir. Bu hakların varlığı, adli faaliyetin, bu hakları sağlayacağı öngörülen normlara uygunluğuna bağlıdır. Bu açıdan, adli faaliyete karşı eylemlerin suç sayılması, devletin birey'e armağanı olmayıp, anayasal görevidir. Devlet, bireyin anayasal haklarına geçerlilik sağlamak zorundadır; adli faaliyetin norma uygunluğunu, kişi güvenliğini sağlamak da aynı zorunluluk kapsamındadır. Böylece, adli faaliyetin amacını oluşturan, "adalet", "norma uygun yargılama", "eşitlik" kuralları gerçekleştirilerek "adil yargılanma hakkı" sağlanmış olacaktır.

"Adil yargılanma hakkı", salt evrensel nitelikteki yargılama yöntemlerine uygun yargılama anlamına gelmez. *Genelinde, adil yargılanma hakkı, yargı güvencesinden yararlanmak hakkı anlamına gelir.* Bireyin suçlanmasından başlayıp, infaza kadar olan süreç açısından öngörülen normların geçerliliğinin sağlanması da adil yargılanma hakkı kapsamındadır.

4- Doğal olarak, Tasarı'nın adliyeye karşı suçlara ilişkin yaklaşımı, devletin kendine özgü yararının korunması doğrultusundadır. Diğer bir deyişle, devletin yargılama faaliyetine ilişkin öngördüğü normlara uygunluk, devlet adına korunan hukuksal yararlarıdır. Bu nedenle de, Tasarı'nın belirgin niteliği, bireye yükümlülük buyurması ve "adil yargılama" kuralıyla çelişen, "sır düzeni" yaratmasıdır.

Değinilen kapsamda, adliyeye karşı sayılan klasik suç türleri'ne yer veren Tasarı, bu suçları bireyin yargı güvencesini sağlamak amacıyla değil, devletin öngördüğü norma aykırı oldu için suç saymaktadır. Örneğin, "iftira", "suç tasnii" gibi eylemler bireye karşı suç sayılırken, Tasarı bu suçları, adliyeye karşı suç saymaya devam etmiştir. Bu kapsamda, istisnai nitelikte "peşinen tamamlanmış" suç tipleri tanımlamıştır.

Buna karşın, yargısal görevle yükümlü kamu görevlisinin, bireyin yargı güvencesine yönelik suçları, yeni yasalarda, adliyeye karşı sayılırken, Tasarı "bireye karşı suç" olarak düzenlemiştir.

Bireyin "dürüst, iyi işleyen, eşit davranan" kamu idaresinde yaşamak hakkını ihlal eden Mafya türü örgüt" suçu ile mücadele amacıyla, örneğin İtalya'da, adliyeye karşı suçlar kapsamında da yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler, genelde, "mafya türü davranışla" gerçekleştirilen gizli birleşmeleri çözmeye, saydamlığa yöneliktir. Tasarı ise, bu türden yeni suç tiplerini içermediği gibi, "sır saklama hakkı" tanınarak, "çete güvencesi" yaratılmıştır.

5- Genelde, suçun önlenmesi, işlenen suçun öğrenilmesi ve yargılanmasına bağlıdır. Suçun kovuşturulması, hukuk devleti gereğidir. Bu açıdan suçun kovuşturulması, ülkede yargı güvencesinin sağlanmasına katkı sağlar. Değinilen nedenle, suçtan zarar görsün veya görmesin suç sayılan hukuka aykırı eylemlerin kovuşturulmasını sağlamak yükümlülüğü öngörülür. Bu yükümlülük, salt eylemi duyurmakla da sınırlı değildir. Eylemle ilgili bilgi ve varsa kanıtları vermek, aldatıcı davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülükler de kabul edilmiştir.

Devlet memurunun görevi nedeniyle öğrendiği suçu "ihbar" etmesi de görevin gereği olarak görülür. Bu açıdan, suçu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemek, "görevi ihmal suçu"nun özel bir şeklidir. Suçun ihbarı genelinde bir "kamu görevi" olarak gö-

rülüp genel bir yükümlülük yaratıldığına göre, bu görev devlet memuru açısından öncelikle kabul edilmek gerekir; ihbar, memur açısından görev oluşturduğuna göre, ancak görev nedeniyle öğrenilen suçların ihbarı açısından savsaklama halinde suç söz konusu olur. Örneğin, T.C.K.'nin 235. maddesi, kamu davasıyla takip edilen bir suçu görevini yaptığı sırada öğrenen memura ihbarını suç saymıştır.

Belirli meslek sahipleri açısından da, özel hallerde suçu ihbar yükümlülüğü kabul edilmiştir. Bir suç işlendiğini öğrenmek olasılığı büyük olan meslek sahipleri, suçu ihbar etmekle yükümlü sayılmıştır. Örneğin, T.C.K.'nin 530. maddesi, hekim, cerrah, ebe ve sair sıhhiye memurlarını, işlenmiş bir cürüm "asarını gösteren" bir durumu, ihbar etmekle yükümlü saymıştır.

İtalyan Ceza Kanununun 365. maddesi de, doktorları, eczacıları, veterinerleri, dişçileri, sağlık hizmeti yapanları "ihbar yükümlülüğü kapsamında saymıştır. Buna karşılık, diş teknisyeni, gözlükçü, ortopedik araç ve protez teknisyeni gibi sağlık hizmetlerine yardımcı olan meslek sahiplerine suçu ihbarla ihbarla yükümlü tutmamıştır. Bu durumda, 530. madde İ.C.K.'nin 365. maddesine oranla daha kapsamlıdır

6- Vatandaşın suçu ihbar yükümlülüğü de kabul edilmektedir. Suçların soruşturulabilmesi, adil yargılamanın gerçekleştirilmesi, toplumsal güvencesi olarak kavrandıkça bireylerin, konumları ne olursa olsun, ihbar yükümlülüğünün kapsamı genişlemiştir. İhbar yükümlülüğü vatandaş açısından bir görev olarak kabul edildiği için suç faili sadece vatandaş olabilir. Vatandaşın suçu ihbarla yükümlü tutulması, suçluların yargılanmasından beklenen yararın, amacın sağlanmasının bir yöntemi sayılmaktadır. Suçun kovuşturulması, sanığın, mağdurun ve genelde bireyin yararınadır. Bu nedenle de, suç oluşturan hukuka aykırı eylemin tarafı olmayan kişinin de ihbar yükümlülüğü yoktur. Suçu saptamak ve suçluyu yakalamak, esasta kolluk gücünün görevidir. Bu açıdan da, birey'in suçu ihbar yükümlülüğü sınırlı ve anayasal haklara zarar vermeyecek şekilde düzenlenmek gerekir.

Nitekim İtalyan Ceza Kanunu'nun 364. maddesi sadece müebbet ağır hapis cezasını gerektiren devletin şahsiyetine karşı suçlar açısından vatandaşın suçu ihbar yükümlülüğünü kabul etmiştir.

7- Bununla beraber, "klasik liberal demokrat devlet" anlayışının aşıldığı ve bireyin de güvenli toplum düzeninin oluşmasına katkıda bulunması gerekliliği kabul edilerek, "adliye ile beraber hareket" kuralı kabul edilmektedir Nitekim, İtalya'da, 15 Ocak 1991 tarihli 8 numaralı Yasa ile 15 Mart 1991 tarihli 82. sayılı Yasa, belirli suçlarla mücadele için "adaletle işbirliği"ni öngörmektedir. Bu kapsamda siyasal amaçlı hürriyeti sınırlama, yağma, "organize" suçlarla sınırlı olarak, bireyin suçu ihbarına ve korunmasına ilişkin kurallar getirilmiştir.

Belirtilen türden suç tipleri, istisnai düzenlemelerdir. Muhtemel suçun ihbarı, genelde, öğrenilmesi zor olan ve önlenememesi ağır zarar yaratacak suç tipleri ile suça katılan kişilerin "kişisel sorsuzluğu" elde etmek veya "hafifletici sebep" den yararlanmak için suçun ihbarını sağlayarak, suçun işlenmesini veya tamamlanmasını önlemeye yönelik "pişmanlık yasaları" için geçerlidir.

8- T.C.K.'nin 296. maddesi de, 12 Mart parantez döneminde, sıkıyönetim idaresi tarafından arananların ihbarını sağlamak amacıyla değiştirilmiştir. Bu değişiklikle, hapis

cezasını gerektiren tüm suçlar açısından herkesin ihbar yükümlülüğü kabul edilmiştir. Madde'nin, değişiklikten önce de cezalandırdığı, "suçtan yararlanma", "yataklık", "kanıtları saklamak, bozmak" gibi eylemler de varlığını sürdürmüştür. 296. madde değiştirilmeden önce de var olan, devletin şahsiyetine karşı suçlar açısından ihbar yükümlüğünü öngören T.C.K.'nun 151. maddesi de varlığını sürdürmüştür. Bu yasal düzenleme, "kasten" veya "sanıya" dayanan gerçek dışı ihbarlara yol açmış, birçok kişinin, boş yere, eziyet çekmesine, işkence görmesine, yargılanmasına neden olmuştur.

Tasarı, T.C.K.'nun 296. maddesinin suç saydığı eylemleri ayrı ayrı maddelerde, suç olarak tanımlamıştır. 442. madde, "cürmü bildirmeme", 443. madde, "kötü muameleleri bildirmeme", "444. madde, "gerçeğin meydana çıkmasını engelleme", 446. madde de, "cürüm failine yataklık" suçlarını cezalandırmaktadır.

9- Tasarı'nın, "cürmü bildirmeme" başlığını taşıyan 442. maddesi, salt işlenmiş suçun değil, "önlenebilmesi veya neticelerinin sınırlanması halen mümkün olan ve faillerinin, ayrıca önlenebilmesi olanaklı yeni cürümler işlemelerinin de muhtemel bulunduğu cürümlerin faillerini, "kabul edilebilecek bir sebep olmadan" ihbar etmemeyi suç saymıştır. Böylece, işlenmesi varsayılan suçların dahi ihbarı yükümlülüğü yaratılmıştır. İşlenen suçun cürüm olması yeterli görülmüş, para cezası ile cezalandırılan, hatta taksirle işlenen suçların da ihbar zorunluluğu kabul edilmiştir.

Maddenin gerekçesinde, "ihbar keyfiyetinin, "bir insanlık görevi olarak tespit" edildiği belirtilmektedir. (*Gerekçe*, s. 335)."

Suç tanımı, belirsiz, tahmine dayanan, bireylerin olguları algılama, değerlendirme niteliklerine göre değişen, sübjektif kararlarına göre uygulanabilecek niteliktedir. Diğer bir deyişle, "insanlık görevi" bireysel değerlendirilmelerin insafına kalmıştır. Bu suç tanımı, çağdaş "*kesin kes yasalık*" kuralıyla çelişir. Suç tanımının belirtilen niteliği, "insanlık görevinin gerçekleştirilmesi" yerine, "insan hakları ihlali" yaratması daha baskın olasılıktır. Gerçekten, bir kişiye kasten suç isnadında bulunulduğunda, maddenin belirtilen niteliği açısından, "eylemde hata" sorumluluğu kaldırır, iftira suçu oluşmaz. 442. madde kapsamında cezalandırılma tedirginliği, şüpheli bir olayı ile ihbarda bulunan kişi de, ihbar edilen eylemin gerçek olmadığı saptandığında da, hatalı davranmış olsa dahi, eylem taksirlidir ve iftira suçu oluşmaz. Kısaca, 442. madde, gerek ihbarda bulunan, gerek ihbar edilen açısından kişiliğe saldırı ve kişi güvenliğinin ihlal açısından haksız davranışlara yol açar.

9- 442. madde'nin, "Planlanan Suçların İhbar Edilmemesi" başlığını taşıyan Alman Ceza Yasası'nın 138. Paragrafından alındığı anlaşılmaktadır. Bu madde, ihbar yükümlülüğünü tüm cürümler için değil, salt, maddede sıralanan suç tipleri için öngörülmüştür. İhbarı zorunlu görülen suç tipleri, genelde, toplumsal tehlike yaratan suç tipleridir. Bu kapsamda, genocid, vatana ihanet, yağma, paralarda sahtecilik, adam öldürmek, kamunun selametine karşı suçlar, uçak kaçırmak, hava ve deniz yolu aracına saldırı suçları örnek gösterilebilir. Alman Ceza Yasası'nın, 26 Ocak 1998 tarihli Yasa ile değiştirilen 139. paragrafında, "planlanan suçların ihbar edilmemesini" haklılık sağlayan çok sayıda sebep sıralamıştır.

İspanyol Ceza Yasası'nın 450. maddesi, "suçu önlemekte ve ihbar etmekte ihmal" suç saymaktadır. Maddenin birinci bendine göre, kendisi veya başkasına tehlike

yaratmamasına rağmen, bir kişinin hayatına, sağlığına, beden bütünlüğüne, özgürlüğüne, cinsel özgürlüğüne yönelik saldırıyı derhal önlemeyi ihmal eden kişi, adli yeye karşı suç işlemiş olur. 450. maddenin 2. bendi ise, 1. bentte değinilen suçlardan birinin işlendiğini gördüğü ve suçu takiple bir otoriteye başvurmak olanağı olduğu halde, suçu ihbar etmeyi ihmal eden kişi suç işlemiş olur.

Görülüyor ki, Alman ve İspanyol ceza yasaları, toplumsal yaşama veya bireye karşı saldırıları, olanağı göz önünde tutularak, önlemeyi amaçlamaktadır. Diğer bir deyişle, korunan hukuksal yarar devletin kendine özgü yargı otoritesi değil, bireysel veya toplumsal güvencedir.

10- Tasarı'nın 422. maddesi ise ihbar yükümlülüğünü tüm cürümleri kapsar şekilde düzenlemiştir ve gerekçesi açıklanmamıştır. Tüm suçlar açısından, önleme ve ihbar yükümlülüğünün kabulü, Tasarı'nın "bireyi" değil, şahsiyet saydığı devletin yargı otoritesini, hukuksal yarar saydığını göstermektedir. Bu kanı, soyut bir yargı değildir. Gerçekten, Tasarı'nın 459. maddesi'nin gerekçesinde, "suçun koruduğu hukuki yarar Devlet otoritesine karşı itaat ve saygı zorunluluğudur" denilmektedir (*Gerekçe*, 340). ve, 458. maddesinin gerekçesinde de, Madde, "hükmen sahiplerine teslim edilen taşınmaz mallara tekrar el atılması veya muhafaza edilmek üzere resmi makamlarca, resmen teslim edilen taşınır malların alınması veya tahrif edilmesini veya ortadan kaldırılması cezalandırmakta ve böylece aynı zamanda mülkiyet ve zilyetlik haklarını korumakta, böylece devlet otoritesine itaati sağlamak amacını sağlamak amacını gütmektedir. Suçun koruduğu değer mal değil ve fakat devletin otoritesidir" denilmektedir (*Gerekçe*, 341).

Tasarı'nın gerekçesinden alınan ve başka örnekleri verilebilecek, bir kaç cümle dahi, Tasarı'nın "bireyi" dışlayan, devlet "otoritesini" yücelten mantığını kanıtlıyor.

11- Yukarıda değindiğimiz gibi, memurun görevi nedeniyle öğrendiği suç, belirli meslek icra edenlerin meslekleri nedeniyle saptadığı suç ihbar yükümlülükleri vardır. Bu türden yükümlülük her ceza yasasında vardır. Yükümlüye aykırılık görevin ihmali sayılır. Tasarı'nın 484. maddesi, "memurun suçu bildirmemesi", 468. maddesi, "sağlık mensuplarınca cürmün haber verilmemesi" suçunu cezalandırmaktadır. İstisnai ve yasallık kuralıyla örtüşmeyen, 442. maddeye aykırılığın cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis ve para cezasıdır. Buna karşın, genel kabul gören, "memurun yükümlülüğü ihmal" suçu, dört aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla; sağlık mensupları'nın ihbarı ise "kabahat" suçu sayılıp, salt para cezası ile cezalandırılmaktadır. Görevli olanlar ile görevli olmayan kişilerin suçu ihbar ihmal eylemleri arasındaki, cezalandırma açısından öngörülen, ters orantının mantığı anlamak zordur.

11- Tasarı'nın 442., 443., 448. maddeleri, "sır güvencesi" sağlamaktadır. "Güven- celi sır alanı", "adil yargılanma hakkını" zedeleyecek sonuçlar yaratabilecektir.

Suç ihbar yükümlülüğünü öngören 442. maddenin 2. fıkrası, "failin usul ve furuu bunların eşleri, eşlerinin kardeşleri ve eşleri ve meslek veya devlet hizmeti nedenleriyle gizli nitelikte bilgileri açıklamaları suç olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanamaz" denilmektedir.

Tasarı'nın, "kötü muameleyi bildirmemeyi" suç sayan 443. ve "masum kişi lehine tanıklığın ihmali" cezalandıran 448. maddelerinde de, "devlet hizmeti nedenleriyle

gizli nitelikte bilgileri açıklamaları suç olan kişiler” hariç, sır saklama güvencesi sağlayan kural tekrarlanmıştır.

“Sır saklama güvencesi”, adil yargılama sağlamaya yönelik olduğu varsayılan yargılama kurallarının uygulanmasında, özelde savunma hakkını, genelde yargı kararının norma uygunluğunu zedeler. Usul-fürü ilişkileri ve meslek sebebiyle öğrenilen bilgi saklanması, bireysel güvence sağladığı için haklı görülme gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 38. maddesinde, “hiç kimse kendisini ve kanunda belirtilen yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” denilmektedir. Avukat, doktor gibi meslek sahipleri de, icra ettikleri meslek gereği öğrendikleri bilgileri saklamaları, yasal kuraldır.

Buna karşın, yukarıda belirttiğimiz gibi, yönetsel kararlar ile “denetimsiz sır” oluşturulabilen, neredeyse, “sırrın”, “öğrenilmesine izin verilen bilgi”den fazla olduğu ülkemizde, “devlet sırrı” güvencesi, ceza normunun koruduğu “yararın”, devlet tarafından korumasız bırakılması anlamına gelir. Kaldı ki, devlet memuru'nun görevi nedeniyle öğrendiği suçu ihbar etmekle yükümlü iken, bir açıdan kamu düzenini korumakla görevli “memur”a, “mutlak sır saklama güvencesi verilmesi çelişkidir.

Gerçekten, 442. madde, suçun, planlanan suçun önlenmesini “insanlık görevi” sayarken, “sır güvencesi, suçun kararması, hatta suçsuzun suçlanması, suçlunun “kahraman” ilan edilmesi sonucunu yaratacaktır. Özellikle, organize suçların, yapıları nedeniyle ortaya çıkarılması güçlüğü, mafya türü örgüt” türü suçlar açısından, “sır savunmasını” sınırlamaya yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır. Tasarı'nın sağladığı “sır güvencesi” ve “yönetsel gücün “devlet sırrı” oluşturma özgürlüğü”, doğal olarak, hukuk devleti kural ve inancını daha da zedeleyecek, “saydam yönetim” umudunu yok edecektir. Suçun ihbarını, insanlık görevi sayan Tasarı, devlet sırrını, bir suçun takipsiz kalmasına, suçsuz bir kişinin suçlanmasına, suçlunun kurtulmasına üstün değerde görmektedir. Bu durumda gerekçe birbiriyle çelişmektedir. Gerçekten, bireyleri tüm suçları ihbar etmekle yükümlü sayarken, “devlet”, kendisi bile, bile, suçun açığa çıkmasını engellenmesine olanak tanımaktadır.

Kaldı ki, Madde'nin 2. fıkrasının ifadesinden anlaşılacak, bilginin gizlilik niteliğini, açıklanmasının suç olduğunu da, “devlet hizmeti nedenleriyle gizli nitelikte bilgilere” sahip olan kişi takdir edecektir. Bu takdir keyfi bir yargıdır. Nitekim, hepimizin bildiği gibi, yakın geçmişte, kendince değerlendirmelerle, devlet sırrı” ardına sığınarak, T.B.M.M. komisyonların, mahkemelerin çağrılarını umursamayan, tanıklıktan kaçınan, devletin en üst düzeyde yöneticisine bilgi vermeyen, bu nedenle de vahim suçların örtülü kalmasına yol açan sözde yöneticilere tanık olduk. Tasarı ise, hukuk devleti kuralına aykırı değinilen olguları önleyici yasal düzenleme yapması gerekirken, 442. madde, hukuka aykırı eylemlere meşruiyet sağlamıştır.

Nitekim, yukarıda belirtildiği gibi, İtalya'da, Parlamento Komisyonu'nu Kuran Yasa, İtalyan Ceza Yargılama Yöntem Yasası'nın devlet sırrı konusundaki hükümlerinin, organize suçlar açısından da uygulanmasını öngörmüştür.

Tasarı'nın da, hiç değilse, devlet sırrı saptamasını, sübjektif, keyfi nitelikten kurtarmak için, CMUK'nun 49. maddesi paralelinde bir yasal düzenleme yapması gerekirdi.

Sentez

I- Ceza Yasası Tasarısı konusunda saptadığımız dört soruya ilişkin açıklamalarla, çağdaş, insancıl ceza hukuku sistemleri ile Tasarı'nın sistemini karşılaştırmalı olarak sonuca varmayı amaçladık. Doğal olarak, Tasarı'da da, çağdaş normlara yer verilmiştir. Örneğin, "dolayısıyla faillik", "hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kusursuz hata", "ölüm cezasının kaldırılması" gibi genel kurallar ve özel bölümde yeni suç tipleri tanımlanmıştır. Buna karşın değinilen normlar, Tasarı'nın sistemini belirleyici nitelikte değildir. Kaldı ki, Tasarı da yer alan ve sistemi belirlemeyen eleştirilere açık normlara da değinmedik. Örneğin, suç tasnifinde üçlü sistemin kabul edilmesine karşın, "kaba-hat" türünden suçların ayrı bir bölüm ayrılmamasına, Tasarı'nın 4. maddesinde yer alan ve olumsuz sonuçlar yaratacak "memur", "yargı görevi", "vatandaş" tanımları, "dolayısıyla faillik hükümlerinin gelişigüzel yerlerde kurala bağlanmasına, "suçların içtima" konusunda, "fikri içtima", "mürekkep suç" ve "müteselsil suç"un eksik ve yanlış tanımlanmasına ve "gelişim suç"a yer verilmemesini eleştiri konusu yapmadık.

Belirtilen nedenle, tek tek genel ve özel normlar yerine, ceza sorumluluğunun dayandığı çağdaş kuralları saptayarak, Tasarı'nın sistemini belirleyen suç tiplerine değindik.

II- Tasarı, güvencesiz geleneksel bireysel aydınlanma anlayışına dayanan kurallar ile bireyi ve bireyciliği dışlayan faşist İtalyan Ceza Yasası'nın despotik kurallarını içeren bu nedenle içinde çelişki barındıran T.C.K.'nin sistemini benimsenmiştir. Diğer bir deyişle, "Tasarı", tabir yerindeyse, T.C.K.'nin gözden geçirilmesiyle oluşturulmuştur. Doğal olarak, geçen süreçte duyulan gereksinmeye uygun olarak "genel" ve "özel" normlar Tasarı'ya eklenmiştir. Tasarı'ya eklenen yeni normlar ve sistemde yapılan biçimsel değişimler, "ceza sorumluluğu", "yasallık", "suç", "cezalandırma", "ceza kavramı", "cezanın infazı" gibi konularda öngörülen çağdaş insancıl, demokratik ceza hukuku anlayışını sağlamamıştır. Bu açıdan, Tasarı, yeni ve kendine özgü sistemi olan bir yasa sayılamaz.

III- Çağdaş, insancıl, demokratik ceza hukuku, bireyi, bireyin haklarının korunmasını amaçlayan hukuk düzenidir. Özellikle, despotik sistemlerde yapılan yoğun ceza yasaları bireyin haklarına güvence sağlamaya yöneliktir. Alman ve İtalyan ceza yasaları ile yakın tarihlerde yapılan İspanyol, Portekiz, Polonya ve Rusya Federasyonu ceza yasaları bu konuda örnek gösterilebilir.

Bu kapsamda ceza hukuku, cezalandırma hukuku olmaktan çıkmış ve insan haklarının güvencesini sağlayan hukuk olmuştur. Bu gelişim, Fransız Devrimi'nin doğa ötesi "doğal haklar" anlayışının güvencesiz özgürlük anlayışından yararlanan "faşist" ve "nazi" barbarlığına tepki olarak gelişmiştir.

IV- Çağdaş güvenceler: Bir hukuka aykırı eylemin ceza normu tarafından suç tanımlanması, siyasal gücün niteliğine uygun tercihinin bağlıdır; bu açıdan ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırı eylem'in ceza normu tarafından tanımlanması siyasal tercihtir. Siyasal tercih, doğal olarak siyasal sisteme göre belirlenir. İnsan haklarını umursamaz siyasal sistemlerde, ceza sorumluluk kuralları ve ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı da, insan haklarını umursamaz nitelikte oluşur. Faşist, despotik bloklar değinilen olgunun tarihsel kanıtıdır.

1- İnsancıl ceza hukukunun başta gelen “güvence”si, salt yönetsel gücü sınırlayan geleneksel “yasallık” kavramını aşan, yasama organının ceza normu koyma, diğer bir deyişle siyasal gücün hukuka aykırılık alanını yaratmak görevini anayasal sorumluluk kuralları ile sınırlayan, ceza normun da açıkça belirlenmiş olmasının öngörüldüğü “kesin kes yasallık” kuralıdır.

Tasarı ise, yeni ve yenilenen tüm ceza yasalarında yer alan değinilen güvencele- rin hiçbiri yoktur. Geleneksel anlamda “yasallık” kuralı ile yetinilmiş; hatta, Fransız Ceza Yasası etkisinde kalınarak, bazı ceza türlerinin infaz koşullarının belirlenmesi, yönetmeliklere bırakılmış ve böylece kesin kes yasallık kuralı kapsamında olan, *salt yasa* kuralı ihlal edilmiştir.

2- Ceza normu'nun *yorumu kavramı* konusunda gerçekleşen yeni görüşler, bireyin sorumluluğu açısından önemli güvence olmuştur. Geleneksel anlayış kapsamında, ceza normu'nun yorumu konusunda tek özellik, *kıyas yasağıdır*. Günümüzde ise, kıyas yasağı yanında, “*ceza normunun dar yorumu*” ve “*yargının takdir yetkisinin sınırlılığı*” kuralları kabul edilmiştir. Kesin kes yasallık anlayışı kapsamında, ceza sorumluluğunun genişletici her türden, her konuda genişletici yorum, “*dar yorum*” kuralına aykırıdır.

Yargı organı da, ceza normu'nun koruduğu hukuksal yararı ihlale uygun olmayan bir eylemi suç olarak cezalandıramaz. Aksine hüküm, işlenemez suçun cezalandırılması olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, “*birey yararına kıyas*”da genelde yorum kuralı olarak kabul edilmektedir.

Tasarı da ise, genişletici yorum anlayışı egemen olduğu için yorum konusundaki geleneksel anlayış sürdürülmüş, güvenceler ret edilmiştir.

3- Çağdaş anlayışta, “suç kavramı” ve “cezalandırma sebebi” değişmiştir. Bir eylemin hukuka aykırı sayılıp cezalandırılma sebebi, ceza normunun koruduğu korunan hukuksal yararı ihlal etmesidir. “Suç” ise korunan hukuksal yararı ihlale uygun eylemdir. Yeni ve yenilenmiş ceza yasalarında, bireyin hukuksal yararı ihlal etmeye nedensel değer taşıyan ihlali veya icrai nitelikte eylemdir. Diğer bir deyişle, bir suçun varlığı, hukuksal yararı ihlal eden, nedensel değer taşıyan eylemle dış dünyada değişikliğin oluşmasına bağlıdır.

Tasarı ise, “eylemi”, çoktan terkedilmiş “hukuksal” anlayış kapsamında, “teknik hukuk” sistemine dayandırmıştır. Bu nedenle de, “eylem” kapsamına yer vermeyen Tasarı, ceza normunun eylemin suç sayılması sebebi kapsamında olmayan eylemin de cezalandırılmasını sağlayan bir sistemi benimsemiştir. Diğer bir deyişle, “hukuka aykırılık bağı” güvencesine yer vermemiştir.

4- Anayasamızın 38. maddesinde yer alan *ceza sorumluluğunun şahsilik kuralı da* sorumluluk konusunda en önemli güvence olarak kabul edilmektedir. Bu kural, öncelikle siyasal gücün ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanını belirlemek görevini sınırlamaktadır. Gerçekten, siyasal güç, ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralına aykırı ceza normu koyamaz. Belirtilen nedenle, siyasal güç, ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırılık alanı yaratmak konusunda sübjektif hak, takdir yetkisi yoktur. Siyasal güç, ceza normu koymak, yargılamak, cezayı belirlemek ve cezayı infaz etmek konusunda, insan haklarına dayanan anayasal kurallarla sınırlı ve anayasal denetime bağlı “görev” görmektedir.

Ceza sorumluluğunun kişiselliği kuralı, bireyin ancak, iradi olarak dış dünyada isteyerek yarattığı, kusurlu eyleminden sorumlu olması anlamına gelir. Bu nedenle, bireyin dış dünyada yarattığı değişiklik, ancak istenen ve kusurlu ise, suç tanımı açısından “tipik” sayılır. Bu açıdan, birey, istenmeyen sonuçlardan ve kusurlu olmayan eyleminden sorumlu tutulamaz. Bu nedenle, ceza sorumluluğunda, üçüncü kişinin eyleminden, korunan hukuksal yararı ihlal etmeyen değişiklikten, kusursuz, objektif sorumluluktan doğan sorumluluğa yer yoktur.

Anayasamızın 38. maddesinde sorumluluğunun kuralının yer almasına karşın, Tasarı da bu kurala aykırı düzenlemeler yapılmıştır.

Belirtilen nedenle, Tasarı, ceza hukuk alanında yerleşik, çağdaş insan hakları güvencelerinden yoksundur.

V- Değinilen güvenceler, demokratik, insancıl ceza hukukunun vazgeçilmez koşullarıdır. Özellikle, ceza normunun koruduğu hukuksal yarar siyasal sistemin ve dolayısıyla ceza hukukunun niteliğini belirler. Çağımızda, demokratik sistemlerde, insan haklarına saygın ceza hukuk sorumluluk sisteminde korunan hukuksal yarar, “bireyin” ve bireysel haklardır. Bu kapsamda, siyasal güç, bireyin sahip olduğu hakları korumakla görevlidir. Ceza yargısı bir bütün olduğuna göre, hukuka aykırılık alanının belirlenmesinin insan haklarının korumasını amaçlaması, ceza yargılamasında bireysel yargılama güvencelere işlerlik sağlanması, cezanın insan haysiyetine uygun olması ve ceza infazının faili “iyileştirme” amacına yönelik olması, *adil yargılama* bütününe sağlar.

1- Ceza normu'nun koruduğu hukuksal yararın bireysel yararın olması, her ceza hukukunu ilgilendiren hukuka aykırı eylemin, doğrudan veya dolaylı olarak bireye karşı olması anlamına gelir. Bu nedenle, pasif süje bireye ait olmasa dahi hukuka aykırı eylem bireyin haklarını ihlal etmiş olur. Örneğin, terör suçlarının pasif süjesi devlet olmakla beraber, eylem bireyin demokratik anayasal düzende, güvenli yaşama hakkını ihlal etmektedir. Belirtilen durumda, siyasal güç, bireyin özgürlük, demokratik haklarını ihlal eden eskimiş suçları suç tiplerini kaldırmak, değişen koşullarda ortaya çıkan hakların ihlalini önleyici ceza normu yaratmakla görevlidir.

2- Liberal döneme tepki olarak ortaya çıkan, bizim ceza yasasını da etkileyen despotik Rocco Yasası, bireyi dışlayıp, “ulus-devlet” anlayışı devleti kendine özgü hak sahibi “şahsiyet” sayarak, devletin korunması bahanesiyle, bireyin hak ve özgürlüğünü yok eden sistemi oluşturup, uygulamıştır. Bu nedenle, korunan hukuksal yararın bireysel haklar olduğu anlayışının egemen olmasıyla, eski düşünce biçimleri değişmiş ve özellikle, devlete karşı siyasal sayılan suç tipleri, “suç olmaktan çıkartılmıştır” (discriminazione). Bu kapsamda “devlet” kendine özgü haklara sahip şahsiyet sayılmaktadır. Bugünkü anlayışa göre, devlet, insan haklarını gerçekleştirmekle görevli ve yükümlü bağımlı iktidardır. Çağdaş devlet, saydam yönetimi, bilgilenmeyi, bireyin kendinin gelişimini, özgür düşünceyi, korkusuz yaşamasını güvenceye alan siyasal örgütlenmedir. Devlet'in kendine özgü hakları olan şahsiyet sayılması, çağdaş devlet, demokratik devlet kavramıyla bağdaşmaz. Yeni yasalarda ve ceza yasalarında, birey, kendisine tanınan ve sınırlanabilen veya gereğinde kaldırılan hak sahibi, hakkın objesi değil, süjesi sayılmaktadır. Klasik-geleneksel anayasalarda yer alan haklar, “hak listesi” olmaktan çıkartılıp, güvenceye kavuşturulmuştur.

3- Devlete karşı suçlar genelde tehlike suçu niteliğindedir. Bu nedenle, zarar ne-

ticesini yaratmaya uygun olmayan eylemin suç sayılarak, bireyin korunan hukuksal yararı ihlal etmeyen eylemi nedeniyle cezalandırılması sonucu yaratmaktadır. Dahası, giderek düşünce açıklanması, cezalandırma sebebi ile hukuka aykırılık bağı olmayan eylemin suç sayılması olağan hale gelebilmektedir. Oyunun koşullarına göre, anayasal sistemin, devletin anayasal düzeninin değişmezliği savunulmakta, bu saydam yönetimin önlenmesi amacıyla, devlet sırrı sistemi oluşturulup, bireyin bilgilenme hakkı sınırlandırılmakta, bilgilenme olanağı sınırlandırılıp, hatta suç sayılabilmektedir.

4- Tasarı ise, çağdaş demokratik güvenceler'den hiç birine yer vermemiştir. Kısaca vurgulamak gerekirse:

a) Tasarı, kendisini faşist ilan eden 1930 İtalyan Ceza Yasası'nın devleti, kendine özgü hakkı olan şahsiyet sayan mantığına uygun mantığı benimsemiştir. Belirtilen mantık ile, çağdaş demokratik anlayışla temelde çelişiktir. Tasarı, devleti korumak bahanesi ile bireysel özgürlükleri sınırlama otoritesini yasallaştırmaya yönelmiştir.

b) Tasarı, siyasal, yönetsel ve yargısal normlara aykırılığı, devlet otoritesine aykırılık sayarak, korunan hukuksal yararı, devlete özgü haklar olarak kavrayarak, bireysel hakların korunmasının hukuksal yarar olduğu çağdaş anlayışıyla çelişmiştir.

c) Dış dünyada yaratılan değişikliğin korunan hukuksal yarara uygunluğu koşuluna genelde yer vermeyen Tasarı, devlete karşı sayılan tehlike suçları açısından zarar yaratmaya uygunluğu koşulunu da öngörmeyerek, işlenemez suçun suç sayılmasını kurala bağlayarak bireyi güvencelerden yoksun bırakmıştır.

d) Anayasal sistemin değişiminin 1982 Anayasası'nın "başlangıç" kuralları dışında değişmeyeceği kuralını benimseyerek, anayasal düzeninin "oyunun kuralına" uygun değişikliğini dahi suç saymıştır.

e) Devlet sırrı sistemini, günümüzdeki sır alanını yaygınlaştıran Tasarı, yönetsel güce sır yaratma yetkisi tanıyarak "saydam yönetimi" engelleyip, bireyin bilgilenmesi hakkını tümünden sınırlamıştır.

Yukarıda değinilen örnekler dahi, Tasarı'nın çağdaş demokratik anlayışla çeliştiğini kanıtlamaktadır.

Tasarı'nın bu hali ile yasalaşması, Türkiye'nin çağdaş, demokratik, bireysel güvenceleri benimsenmiş, insan haklarına saygın, insancıl ceza yasasına ulaşmak açısından yıllar geçmesi gerekecektir. Bu Tasarı'nın yasalaşması, ağızımızdan düşürmediğimiz fakat gerçekleştiremediğimiz "demokratikleşme"nin hayal olması anlamına gelir.