

ÇEVİRİLER

KANAAT SUÇU

Prof. Dr. Erik Wolf (Çeviri: Prof. Dr. Erol CİHAN
/Doç. Dr. Feridun YENİSEY)

«Kanaat suçu»¹ Kavramından, failinde, bir görevin yapıldığı Kanaatinin saik olarak bulunduğu, beşer cezalandırılan fiil anlaşılır.

Bu sözcük, yeni olarak ortaya çıkmaktadır; sözcüğün işaret ettiği maddi olay, ötedenberi beşeri niteliktedir. Sözcük, resmi Alman Ceza Kanunu Tasarısında, kanaat suçu faili için, özel bir ceza öngörülmesi amacıyla yapılan tartışmalar aşamasında oluşmuştur. Maddi olay, özel nitelikteki beşeri bir psikolojik durumu işaret etmekte ve çok zorlu bir açmazlık halinden ibaret bulunmaktadır; Sözkonusu be-

*) Erik Wolf, Tübingen, 1927.

1) Kaynaklar: Buerschaper, Deutsche Richterzeitung 1926, H. 3, s. 73; Bumke, DJZ. XXX, H. 1; Dehnow, Gross'Archiv 78, s. 71; Ebermayer, DJZ. 1925, H. 10, s. 765 f.; Finger, Ger Saal XCII, s. 84, R. Gaupp Der Ueberzeugungsverbrecher MoSchrKrPsych. XXVII, s. 394 f. Höpler, Gutachten z. XXXIV, DJT. in Köln, 1926. Liepmann in der Frankf. Ztg. LXIX, Nr. 192; Reform des Strafrechts 1926 s. 133; MaSchr XVI s. 284; Löwenstimm, Fanatismus als Quelle des Verbrechens, Gross'Archiv, Bd. L; Michel, Verbrechensursachen und Verbrechensmotive MoSchrKrPsych. XVI, XVI, S. 249 ff. Nagler, Der Ueberzeugungsverbrecher Ger Saal XCIV, S. 48 ff; Radbruch, Der Ueberzeugungsverbrecher Z. 44, S. 43 ff. DJZ. 1925, Sp. 1286; Richard Schmidt. DJZ. 1925, Sp. 1281; Wach, DJZ., H. 7 Wachenfeld, Goltd. A. LXIX, S. 361; Erik Wolf, Das Tatmotiv der Pflichtüberzeugung als Voraussetzung einer Sonderstrafe. Z. 46, S. 203 ff.; Zum Problem der Anerkennung von Ueberzeugungsberbrechen. Z. 47, S. 396 f.

şeri olan bu psikolojik durum, ahlâk dünyasının birbirine zıt iki ilkesinin doğurduğu bir gerginlikten kaynaklanmaktadır. «Kanaat suçu» sözcüğünün işaret etmiş olduğu gerilim, kendini şöyle göstermektedir: ahlâken tasvip edilen maddi bir olayla, ahlâken reddedilen olaya bağlı bir **kanaati** ilgilendirmektedir; ancak sadece bu nedenle, özel bir durum ortaya çıkmaktadır. Gerçekten reddedilen şey, kabul edilen, tasvip edilen şeyle, hukuka uygun kılınmak istenmektedir. Biz, bu gerginliği önemli görmekteyiz; zira tasvip edilenle ilgili kanaati, yüce telâkki etmeye ve reddedilen şeyi, yani suçu ise, tasvip etmemeye alışmışızdır. Şu halde bizim temayülümüzü, sempatimizi uyandıran husus, herşeyden önce gerginliğin **şiddetidir**; ancak ikinci olarak onun **muhtevası** gelmektedir. Suç; bir normun ihlal edilmesi demek olup inanaarak hareket edilmesi ise, bir normun izlenmesi anlamındadır. Buna göre, kanaat suçu, düzeni korumak için mücadele verirken, düzenin ihlâl edilmesi anlamını taşır. Başka bir deyişle, bir hayat kuralı, başka bir hayat kuralına uyulması suretiyle ihlâl olunmaktadır.

Bu suç tiplerinin birbirine bağlanması, çelişik görülür. Emrin ihlâli suretiyle, emrin yerine getirilmesi nasıl mümkün olabilmektedir? Bu husus, iki farklı emrin geçerlik kazanma konusunda, birbirleriyle yarışmasıyla açıklanabilir. Suç kavramı içine alınarak korunan ve ihlâl edilmemesinin zorunlu olduğuna inanılan düzen, pozitif hukukun koyduğu normdur. Böyle bir düzenin ihlâlinden bahsedildiğinde, ihlâl, normun içerdiği fikrin reddedilmesi anlamını taşımaz, aksine tarihsel bir gerçeği ifade eden kanunun hükmü ihlâl edilmiş olur. Bu hükmü ihlâl eden kişi, hükmün içerdiği düşünceyi tümüyle reddeden bir kişi değildir. O, sadece, ampirik, tarihsel bir hukuk kuralını ihlâl eden kişidir. Bu ihlâli, daha iyi, daha gerçek ve daha doğru bir hukuki düzenlemeyi elde etmek için verilen bir mücadele niteliğinde değildir. Buna karşılık, kanaat suçlusu, yerine getirilmesi gereken bir emri, yerine getirmeye çalışan bir kişidir; bu davranışı bir kereye özgü ve belli itici güçlerle oluşmuş vicdani kanaatinden doğmaktadır. Otonom ahlâkî kişiliğin iste-

ği ile, otonom hukuk düzeninin isteği, birbirlerini karşılıklı olarak bertaraf eden teorik bir alanda ortaya çıkmazlar; aksine, çatışmalarını mümkün kılan² tarihsel bir ortam içinde kendini gösterirler.

Bu nedenle araştırmamız için herşeyden önce şu hususları belirlenmiş, saptanmış hareket noktaları olarak kabul etmekteyiz: her iki talepten birinin veya diğerinin müteal (aşkın) olarak gerekçelendirilmesinin veyahut tam metafizik bir iman olarak kabul edilmesinin, bizim problemimiz için bir yararı yoktur. Bu iki sistem arasındaki gerilimi, tarihsel ortamdaki fiili bir olay olarak düşünmek zorundayız.

Bu nedenle, herşeyden önce onun muhtevasını açık seçik bir şekilde saptamalıyız. Somut bir insanın somut vicdanî durumu, yürürlükteki somut bir kanunun ona yüklediği bir yükümlülükle çelişki halindedir; gerilimin en genel muhtevası, şimdiye kadar ele almış olduğumuz gibi, budur. Fakat bu nasıl mümkün olabilir? Devlet, kanununu sevk etmektedir ve bundan ötürü sevkettiği kanunun muhtevası ahlâkî nitelikte değildir? Ahlâka uygun bir şey, nasıl olur da ahlâka uygun başka bir şeyin karşısında olabilir ve gerginlik yaratabilir? Devletin hukuka uygun gücü tarafından talep edilen beşeri davranış, münferit insanın vicdanının ta-

2) Burada sözkonusu olan, ahlâki gerçeklik konusudur, bu konu günümüzde ahlâkçılar tarafından araştırılmalıdır. Sözelimi Max Scheler (Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wer-tethik, 3. Aufl. 1927) ve Nikolai Hartmann (Ethik 1926) maddi ahlâk değeri olarak kabul etmektedirler, ancak Eberhard Griesbach ise, bunu günümüzün mücadele durumunu kritik bir şekilde kavrama olarak anlamaktadır. Bu görüş hakkında adigeçen yazarın şu eserlerine bakınız: Probleme der wirklichen Bildung, München 1923; Die Grenzen des Erziehers und seine Verantwortung 1925; Möglichkeit und Begründung der Ethik 1926. Hukuk Felsefesi konusundaki katkıları için ayrıca Erik Wolf'un, Gemeinschaft und Recht als Sinn gegenwaertigen Schicksals (adli makalesine bakınız) (Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie, XX, H. 3, S. 411 ile son.)

lep ettiğinden başkası olabilir mi? Kanaat suçu kelimesini duyduğunuzda, içimizde kendini gösteren ıstırap verici ve taciz edici korkutucu soru, bu imkânın varolup olmadığıdır. Bu korkutucu sorudan, bugün yapıldığı gibi, kanaat suçunun kanunla düzenlenmesi isteği çıkmaktadır; bu düzenleme, olumsuz sonuçlar doğurabilir. Kanaat suçlarının tanımılanması ve müeyyidelendirilmesine ilişkin suç psikolojisi ve politikası sorunları, ahlâk âleminde onun mahiyetinden doğan temel problemden çok değildir; gerçekten kanaatten doğan suç düşüncesi, verilecek kararın enine boyuna düşünülmesini zorunlu kılmaktadır.

Ya cürme hayır demek veya kanaate evet demek suretiyle, tek taraflı değerlendirmeden hareket ederek, sözkonusu bu kararı acele vermek durumunda kalırız. Zira her iki acele karar, aşağıdaki olumsuz sonuçları doğurur; **birincisi**: ahlâken yasaklanana taleb eden devlet ise, bu takdirde devletin hukukunu ihlâl edenin, harekete geçirici saikler ne olursa olsun, davranışı gayri ahlâkidir.

Fail, ahlâka uygun davrandığını sanıyorsa, yanılmıştır. Belki birçok yönden mazur görülebilir³ fakat davranışı asla hukuka uygun olmaz⁴ **İkincisi**: ahlâken beyin yasak olduğunu bize söyleyen sadece **vicdan** ise ve dış düzenin hukuku, ahlâken bağlayıcı gücün içinde bulunmuyorsa, bu takdirde vicdani sebeplerden suç işleyen insan, ahlâkî hareket etmiş olur ve onunla devletin dış gücü ile mücadele etmek gerekir; fakat özel bir deyimle, bu failin muaheze edilen, kötü düşünmeyen⁵ bir insan olduğunun belirtilmesi gerekir.

3) Bu konuda ileride sayfa 17'ye bak.

4) Bu görüş, kanaat suçunu «suçlu çılgınlığı - Verbrecherwahn» olayları olarak kabul etmektedir. Bu konuda bak MilStGB. S. 48; Gerland, Der Entwurf 1925. Allgemeiner Teil (1925), s. 89. Höpler, belirtilen yer, s. 58. Aynı görüş için bak. v. Liszt-Schmitdt, Lehrbuch, 25. Aufl. 1927, s. 40, N. 10. Bu görüşü önceleri ben de benimsemiştim. Z. 46, s. 303. (Graf zu Dohna da aynı görüştedir Verantwortung und Recht (Gesetz und Freiheit. Veröffentl. d. Schule der Weisheit, 2926) s. 81 ve son.

5) Aynı görüş için bak. Radbruch, Z. 44, s. 24 ve Köln'de yapılan

Bu son tutum, kanaat suçlarına özel bir ceza verilmesini kabul edenlerce benimsenmiştir: Yeni Ceza Tasarısında bir nevi hafif hapis (Einschliessung) önerilmiştir; ilk düşünceyi ileri sürenler ise, bu hükmün Tasarıdan çıkarılmasını istemişlerdir. Bunlar, birbiri ile uyuşmayan hukuk normlarının bulunmaması gerektiği şeklindeki hukuk devleti düşüncesine dayanmaktadırlar; öbürleri tolerans fikrine dayanırlar, yani kanaat suçunun kabul edilmesinin, kamusal adaletin doğal bir sonucu olduğunu savunurlar⁶. Tarihsel bakımdan şu tesbit edilebilir ki, değişik zaman ile mekân bakımından, hayatın genel anlam bütünlüğünden kaynaklanan kanaat suçlusunun bir hayati sıkıntısı mevcut değildir, hiçolmazsa, her şeyi sorumlu kılacak nitelikte önemli değildir. Kanunun doğrudan doğruya veya dolayısıyla Tanrı iradesinin bir tezahürü olduğu yerde, onun geçerliliğinin ihlâli elbette ah-lâki olarak düşünülemez. Burada iyi niyetli suçlu, kötü niyetli hareket edene nazaran Allah'a daha uzaktır, çünkü geçerli olan bu normları, kendi kendisini koruması sözkonusu olduğu ölçüde ve takdirde tanıyacaktır⁷. Engizisyon mu-

34 Alman Hukukçular Kongresindeki tebliğ.

6) Bu görüş, prensipleri, toleransa dayanan demokrasiye, kanaat suçunun koruyucusu olarak rolverme anlamına gelir. Ancak demokrasiye inanan insanların demokratik bir yapıya sahip ülkede çoğunlukta olması gerekir. Tabii hukuk açısından «hakiki» bir devlet için mücadele vermek artık düşünülemez: Zira burada kanaat suçu için imkân yoktur. Nagler'in kabulettiği gibi kanaat suçunun kabuledilmesi, demokrasinin ilkelerine uygun olduğu görüşü benimsenemez. Radbruch da, kanaat suçunun kabulünü tolerans fikrine dalandırmasına rağmen bizimle aynı görüştedir. Silâhlarda eşitlik ilkesi, sadece demokratik devletlerde mevcuttur. Wegner de 34. Alman Hukukçular Kongresinde, «Devlet ile Kanaat suçlusu arasındaki mertçe mücadele zorunluluğundan» söz etmiştir. Bu mücadeleyi, bir mücadele olarak kabuletmek sadece demokrasi ilkeleri gereğidir. Bak. Erik Wolf, 47, s. 401.

7) Kanaat suçlusu, bunu yapar gözükmeyebilir. Radbruch da Köln'deki 34. Alman Hukukçular Kongresinde bu konuya kanaat suçlusunun psikolojik bir kriteri olarak değinmiştir. Adi suçlular, yasanın himayesini kendileri için kullanmak isterler; ancak kanaat suçlusu, bundan sarfınazar eder. Radbruch'un bu görüşüne karşı şunlar söylenebilir. 1) Bu görüş, sadece kanaat suçu ile ihlâl edi-

hakemesi, büyücüleri odun yığınları üzerinde yakarken, haklı davrandığını sanıyordu ve Sokrates de, baldıran zehirini içmeyi, gençliği iğfal etmesi sebebiyle haketmişti. Öte yandan tarih bize genel ahlâk bilincinin parçalandığı ve hayat birliğinin zarar görmüş olduğu zaman ve mekânlarda daima, **en âdil hukuka**, hukukun en âdil bir şekilde birleştirilmesi imkânlarına özlem duyduğunu göstermiştir. Zamanımızın da dahil olduğu böyle anlarda, kanaat suçlusunun trajik durumu, hissedilir ve toplumun yaşamı bakımından, kanaat suçlusundan bazı şeyler beklenir.

Devlet **pozitivizmin** varolması gereken yerde kanaat suçlusu olamaz; kanaat suçlusu ister bu, ister şu temel ahlâk anlayışından kaynaklansın, bu ikisi daima tarihsel bir ilişki içinde bulunmaktadır ve bu husus belirtilmek gerekir. Fakat devlet **rölativizminin** bulunduğu yerde, zorunlu olarak genel bir biçimde kabul edilip tanınmak gerekir. Bu süreç acele karar verilmesi anlamına gelir ve böyle uyumsuzlukların daima somut bir şekilde ortaya çıktığı yerlerde, ah-lâkî gerçeklik tarafından aksi ispatlanmıştır.

Çünkü beşeri vicdan olayı, teorik bakımdan saptırılamaz ve tarihsel şartlar da onu etkilemez ve biz, Antigone, Sokrates, Brütüs, Tell gibi insanların kutsal yalnızlıktan ve geri dönülmez bir karar vermeden önce duydukları korkuyu bilmeseydik, bu büyük kanaat suçlularının kişiliklerinden sahibi oldukları olaylardan haberimiz olmayacak ve kendilerini onurlu bir roman kahramanı olarak tarihte ve edebiyatta kutlamıyacak, edebiyete kadar uğurlamayacaktık. Dışa vurulmuş hukuka, içte kalmış gizli hukuku, kabul edilen ah-

len norm uygulanabilir olduğu sürece geçerlidir. (Politik saikle Adam öldüren, kendisinden hırsızlık suretiyle mal çalındığını iddia ederse, bu görüş geçerli değildir); 2) Öbür yandan kanaat suçlusu ile mücadele eden, kural olarak kanunun kendisi değil, kanunun uygulanışdır. Kutsal Crispinus dahi, çalınmış olan ayak-kabıyı, tekrar çalmak isteyen başka bir hırsıza karşı mücadele ederken, kendisinin ihlâl etmiş olduğu bir normun himayesinden yararlanmak istemiştir.

lâkın karşısına sonradan işlenmiş veya açıklanmış bir ah-lâkı koymak ve bunu savunmak, kahramanlığın derecesini belirtmektedir.

Bundan ötürü, kanaat suçunun incelenmesinde, önceden tutum takınmamalıdır, aksine onun görünümünün sınırlarını araştıran bir tutum takınmalıdır. Biz, şimdi kanaat suçlusunun isteklerinin ne olduğunu ve bunların hangi itirazlarla karşılaştığını tanımaya kalkışırsak, o takdirde herşeyden önce, halen sorumluluk altına sokan kanaatten ne anlamak gerektiğini saptamamız şarttır. Bu saptamayla yürürlükteki hukukun hangi suç tiplerinin genellikle görev kanaati saiki ile gerçekleştirilebileceği ortaya konabilir. **İşlenebilen** kanaat suçları çevresinden **tipik** olanları ayırmak gerekir. Önce, kanaat suçunun ne olduğu bilinip tanımlanmış olursa, kimin kanaat suçlusu olduğu sorulabilir ve bir tip mi, yoksa bir somut fenomen mi olabileceği de sorulabilir. Böylece kanaat için yürütülen suç politikası mücadelesinin zorunlu bulunan kritik önbilgileri hazırlanmış olur⁸.

I

Birinci sorumuz şudur: günümüz hukukçuları kanaatten ne anlıyorlar? **Radbruch**'un öğretisine göre **kanaat**, hareket edenin düşüncelerinden anlaşılır⁹ ve Radbruch bu şekilde yeni zamanların kanaat kavramında, psikolojik unsura işaret eder. Sözkonusu bu psikolojik unsur, kanaat kav

8) Bu teorik bilgi, baştan itibaren, problemi çözmek için yaptığım uğraşlar da benim amacımı teşkil etmiştir. Gaupp, adıgeçen eserinin 397. sayfasında, başkalarının daha önce öne sürmüş oldukları sakıncaları benim tekrar ettiğimi iddia ederken, teorik karşı gelmelerin pratik sakıncalarından başka bir şey olduğunu gözden kaçırmaktadır. Açık kapıları, açmaya çalıştığımı iddia eden Nagler'e de (Adı geçen eser, s. 61) aynı cevabı verebilirim.

9) Ancak bu kriter uygulamada kullanılmaz. Çünkü önceki düşünceye dayanan bir kanaatin varlığı ile ilgili olan sonuç, kolay kolay değiştirilemez. Bir çok kanaatlerin kaynağında genetik ve psikolojik bir düşüncenin yattığı doğru olabilir, bu yüzden düşünce, kanaatın bir işareti olamaz.

ramının en önemli varlığı olarak görülmek gerekir ve öyle sayılması da olağandır. Biz, hukukçular, mantığa uygun bir şekilde unsurlardan oluşan bir kavramı anlamaya alışmışızdır¹⁰. Psikolojik mantık, bu konuda bizi desteklemektedir. Kanaat, Sigwart'a göre emin olma duygusudur.

Kanaatler, sadece gerçek olan, objektif bulunan, ölçülebilen ve tartılabilen şeylere ilişkin olabilir. Bundan dolayı emin olma duygusu, kanaatın bir fertle sadece psikolojik olarak oluşması demek değildir, aksine subjektif fakat aşkın (müteal)-genellikle geçerli bulunan tasavvurlarda yeretmiş olan düşünce biçiminde ifade edilmek istenir. Kanaat suçlusu probleminde hukukçular için sözkonusu olan kanaat muhtevası burada **hakikatin** herkesçe paylaşılması anlamında olması zorunlu değildir, aksine sözkonusu olan **doğruluk** konusundaki somut bir inanıştır; yani mantıki bir tasavvur değil, aksine nihai amaca yönelik bir tasavvurdur. Bu, kanaat suçunu işleyence, yapılması isabetli bir davranış, hayat tecrübesi olarak kabul edilmelidir; bunu değerlendiren bir kimse yani hâkim, sanık tarafından kendisine kanaati sebebiyle hareket ettiği doğrultusunda anlatılandan böyle bir hareket biçimine götüren bir düşünce yolu bulmalıdır; hakim bu tecrübeyi (olayı), fikren tekrar ortaya koyabilmelidir ki, kanaat suçunun varlığının sorumluluğunu kabul edebilsin. Çünkü sanığın sadece kanaatinden dolayı böyle hareket etmiş olduğu iddiasına karşı, muhakeme hukukuna ilişkin sebeplerden dolayı inanmak durumunda olamaz. Hâkime yüklenmiş olan, anlama faaliyetinden ne anlaşılması gerektiğinden ötede bir psikolojik yol gösterici gereklidir. Kanaatin saptanmasında daima onun muhtevası da birlikte ele alınmalıdır; çünkü ahlâki bilinçte yatan bir (doğru olduğu kanaati) yerleşmiştir, yani belirli **muhtevası** olan bir inanış vardır. Hakim daima deruni nitelikte olan **değer problemini** ortaya koyacaktır. Böyle bir kanaat beslenebilir mi ve bir hayat tecrübesinin varlığı hakkındaki **sap-**

10) Alman Ceza Usul Yasasının 261. maddesinin yorumunda, bunu açıkça ortaya koymaktadır.

tama hükmü ile bu olayın ahlâki imkânı hakkındaki değer hükmü, bir araya gelebilir mi?¹¹ Çünkü hukuken gözönünde tutulabilen sadece doğruluğuna inanma **itici-dürtücü gücüdür**. Bu, hâkimce de vicdanen kabul edilmelidir. Hâkimin ilk görevi, kanaatın tesbiti olmayıp, bu inanışın, **fikrin saiki olduğunun tesbiti hususudur**¹².

Günümüz rasyonalist (akılcı) kanaat kavramının karşısında bundan daha eski bir tasavvur vardır: bu anlayışa göre, kanaat getirmek, akıldışı açıklamalara dayanıyordu. Bu anlamda, kiliseye göre kanaat, af demektir. Mantıkî düşüncelerin ötesinde bir **açıklamaya** iman eden kimse¹³, kanaat sahibidir. Günümüzde de dini ve birçok politik görev kanaatleri bu yoldan ve mantıki bir düşünce sonucu olmadan meydana gelmektedir. Bu hallerde ne düşüncenin unsuru ile ne de akli kesinlik ile değerlendirilebilen bir fail dürtüsüne ulaşılmaz. Failin sonraki yaşamı, hâkime bir kanaatin varlığı hakkında kesin kanaat verebilir. Her kim, dini ihtar rüyasının veya bir dua hayali sonucu, belirli görevlerin yerine getirilmesini cezalandırılabilir bir şekilde ihmal ederse, fazla düşünülmemiştir ve hareketinin genel zorunluluğu, zamana bağlı olmadan geçerliliğine ilişkin bir duygusu yoktur. Daha çok şahsa sıkı sıkıya bağlı bir ha-

11) Don Karlos'taki insanları iyi tanıyan papazın çok kullandığı deyim burada da geçerlidir: «Kanaat getirmiş olana, inandırmak zor gelmez».

12) Genel Tasarının 71. maddesi, bu saiki çarpıcı saik olarak kabul etmiştir. Ancak böyle bir düzenlemenin psikolojik açıdan mümkün olmadığı Buerschauper tarafından önceleri açıklanmıştır. (Bak. Adıgeçen eser, s. 73. Ayrıca bak. Erik Wolf, Z. 46, s. 212. Michels, Adıgeçen eser, s. 269).

13) Kanaat getirme (Überzeugen) sözcüğünün eski Alman Muhakeme Hukukunda kullanılış şekli de, bu görüşü açıkça desteklemektedir: Überzeugen, yani bir konuda kesinlikle inandırmak, 7 tanık ile yeminini güçlendirmek anlamına gelmektedir, bu ise objektif gerçek olanın güçlendirilmesi değil, yemin edenin duyularla algıladıklarının, kavranma şekli ile beyan edildiğinin güçlendirilmesi anlamındadır Bu konuda bak. von Kries, Lehrbuch, des Strafprozessrechts, 1892, s. 13.

yat olayının açığa vurulması, ona böyle davranma görevini yüklediği için ve bunun doğruluğuna kendisi kanaat getirmiş bulunduğundan, böyle davranmıştır. Bu da gösteriyor ki, kanaat suçlusunun durumunu anlayabilmek için psikolojik ve mantıki kanaat kavramı yeterli olmamaktadır. Zira kanaat, sadece harekete getirici olduğu için, gözönünde tutulmakla kalmamak, aksine, **ahlâki bir saik**, fiilin **muaheze edilebilirliğini** bertaraf ettiği için de gözönünde tutulmalıdır. Saikler, **sorumluluktan kurtardıkları**, kusuru hafiflettikleri için hukuken önemlidir. Sorumluluğu bertaraf edici bu durum, zorlayıcı illiyet rabitasından veya mükellefiyet yükleyici değerlerden de kaynaklanabilir. Burada sözkonusu olan ikincisidir. Kanaata getirme olayı, fail açısından o kadar kuvvetli o kadar aşılması güç bir saik anlamına gelmelidir ki, bu nedenle karşı saiklerin, etki yapması ortadan kalkmış olsun. Fakat bu görüş, Tasarının görüşü ve kanaat suçlusu için özel bir cezanın verilmesi anlayışında olanların telâkkisi de değildir. **Saikin yoğunluğu** değil, aksine onun **ahlâki değeri** tayin edici niteliktedir. Saikin manevi itici gücü değil, aksine onun ahlâki iradenin teşekkülüne etkisi sözkonusudur. Tasarı'nın 71. maddesinde sadece **mükellefiyet** altına sokan kanaattan bahsedilmesinden de bu anlaşılmaktadır. Fakat görevler, sadece ahlâki yasalardan doğabilir. Ahlâki açıdan değerlendirildiğinde hukuka aykırı olduğu kabul edilen bir hareket, sadece amaca uygun olduğu kanaati ile kişiye o hareketi yapma mükellefiyetini yüklemeyiz. Böyle bir ahlâka aykırı veya ahlâken önemsiz, mücerret amaca uygunluk düşüncesini, «kanaat» olarak nitelendirmek, dil duygusuna da aykırıdır.

II

Mükellefiyet yükleyici kanaat kavramı konusunda bu incelemeyi yaptıktan sonra, hangi suçların böyle bir kanaat sebebiyle işlenebileceği araştırmasına geçelim. Öncelikle bedene ve hayata karşı olan suçlar önemlidir. Bir insanın, mükellefiyet yükleyici bir kanaatin sonucunda **kasten öldürülmesi**, çoklukla vukubulmaktadır. Hemen hemen bütün si-

yasal cinayetlerin sebebi, bir kimsenin bir insan hayatının ortadan kaldırılmasının, topluluğa yarar sağlayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ritual mord (dini âyin kurallarına ilişkin adam öldürmeler) denilen ve bâtil itikatlara dayanan cinayetlerde, sözgelimi yaşayan, canlı çocukların etrafının duvarla örülerek kapatılması, böylece onların duvarlara sağlamlık ve uzun yaşam kazandırmak için kurban edildiği haller, burada zikredilebilir. Acı çeken ve ölümü isteyen ikşiye karşı duyulan ahlâki acıma duygusu, failin fiilinin tek saikini oluşturduğu takdirde, **talep üzerine adam öldürme** olayı, kanaat suçuna dönüşebilir.

Ana-baba öldürmenin, kanaat suçu olarak ortaya çıktığı haller vardır; sözgelimi, anneyi kötü muameleye maruz bırakan babayı, çocukların, anneyi himaye etmek amacıyla öldürmeleri. Başka bir suçu işlemek için (StGB. m. 214) bir insan hayatının feda edilmesi özel hali de burada önemlidir: politik belgeleri, vatan aşkı ile çalan hırsızın, kendisine karşı koyan arşiv görevlisini öldürmesi. Duchobory tarikatı, görev kanaati ile **çocuk öldürmeyi** tanımaktadır. Daha önce doğmuş olanlara iktisadî hayat bahşetmek amacı ile doğacak olan **çocuğun düşürülmesine** de rastlanmaktadır. Diğer bir örnek de, anneyi kurtarmak için, gebeliğe son veren doktor örneğidir. Şu olayda ise başka bir özellik vardır: bir tarikata mensup olması sebebiyle günün belirli saatlerinde dua etme mükellefiyeti, vecibesi altında bulunduğu inanan hastabakıcı, hastaya su vermeyi ihmal etmiştir. Hasta ise, yataktan kalkıp, bardağı almak isterken düşmüş ve ölmüştür. Burada sözkonusu olan kanaat suçu, **taksirle adam öldürmektir**. Taksirle adam öldürmeler genellikle, kanaat suçu olarak, nadiren gerçekleşirler. Şuurlu taksir halinde ise durum farklıdır. Doktor tarafından genetik endikasyon nedeniyle gerçekleştirilen hadım etme hareketi, **müessir fiil** işlemeye ilişkin bir mükellefiyeti oluşturur. Ayrıca tarikat kurallarınca zorunlu sayılan, âyin esnasındaki kamçılama, buna bir örnek oluşturur. **Âcizleri kendi haline terketme** ile **zehirleme filleri**, tehlike suçlarıdır. Ancak bu iki fiilden, sadece birincisi, kanaat suçu olabilir. Sözgelimi Homeros Mitolojisi veya İsparta Kanunları, buna örnektir.

Örf ve âdetten doğan **düello** mükellefiyetinin ne zaman **ahlâki bir görev** kanaatini oluşturacağını¹⁴ (örneğin, hakarete uğrayan baba için mücadele), söylemek güçtür. İşte burada görev kanaati kavramında bir **tarihi faktör** de açıkça kendini göstermektedir. Görev imajı değişir ve bununla birlikte belirli bir kanaatin hâkim tarafından mükellefiyet yükleyici olarak tanınması şansı da onunla birlikte değişir. Önceleri, kural olarak, günümüzde ise sadece istisnai durumlarda, düello için ahlâki görev kanaatinin mevcut olduğu kabul edilebilir. Malvarlığına karşı suçlar incelendiğinde, **dolandırıcılık** ve **sahtekârlık fiillerinin** bu zamana kadar, kanaat suçları olarak işlendiğini (**piç fravs** denilen) görürüz. Hasta kocasına güneye bir seyahat olanağı sağlamak için bir imza sahtekârlığını yapan, Ibsen'in Nora'sı, belge sahteciliği fiilini, görev kanaati ile işlemiştir. **Şahsi menfaat** sağlamayı cezalandıran cürümlerin büyük çoğunluğu, kanaat suçu kavramının kapsamına girmez. Fakat, m. 289 da düzenlenmiş olan kullanma hırsızlığı (furtum possessionis) (Yeni AlmCK. m. 248b) ve gümrük kaçağı eşya alarak, gemiyi tehlikeye düşürme suçları, kanaat suçu olarak telakki edilebilir: tesadüfen bir cinayet tanığı olan kişi, faili izlemek için ahırdan komşusunun atını alır veya kaptan yabancı ülkedeki gizli ajanlar aracılığı ile, yurduna karşı bir savaş tehlikesi olduğunu öğrenir ve gemi sahibinin bilgisi olmaksızın gemiyi cephane ile yüklerse, bu fiiller de, kanaat suçu sayılırlar.

Hırsızlık için, kutsal Crispinus örneği vardır: Fakirlere ayakkabı yapmak için, zenginin derileri çalınmıştır. **Michel**¹⁵, bu konuda bir örnek daha vermektedir; bir yeğen, slovenlerin yandaşı olduğu ve Almanları suçladığı için teyzesine güya kızarak, ona karşı hırsızlık yapmıştır. **Nası ızrarı**, kanaat sebebiyle işleyenlerin tarihsel bir örneğini, sembollerin tahripçileri vermektedir. **Yağma**, kanaat suçu olarak nadi-

14) Bu farka Wach da işaretetmektedir (Adıgeçen eser, s. 531). Aynı şekilde Ebermayer, adıgeçen eser, s. 765.

15) Adıgeçen eser, s. 273.

ren ortaya çıkar, fakat düşünülebilir. Aynı biçimde **koruktarak faydalanma** (erpressung) da düşünülebilir; Ancak amacın hukuka aykırı malvarlığı kazancı bir 3. şahıs lehine olmalıdır. **Av suçu** konusunda örnek bulabilmek için, aslanla geyik öyküsünü, insanlık âlemine aktarmak yeter. Bir ormancı, hasta çocuğuna, vahşi hayvan çorbası pişirmeyi ister, bu amaçla kamuya ait bir ormandaki geyiği öldürür. Vesayet altına alınmış şahsın, malvarlığı arasına politik kanaati sebebiyle kötü sayılan devlet kâğıtlarını sokan vasi, kanaat suçlusu olarak emniyeti suistimal fiilini işlemiştir. Basın yolu ile kamuoyunu aydınlatmak için işlenen **hakaret suçları**, her türü ile kanaat suçunu oluştururlar. Buna karşılık henüz patolojik sınır içinde bulunan tarikatçı hariç, hiçkimse görev inancı sebebiyle, ahlâka karşı suç işlemez. Ancak, Gustav Wyneken davasındaki gibi daha çetrefil durumlar olabilir. Meslek sırrını açıklayarak bir doktorun, evlilik yapmama ihtarı, ölmekte olan ve yaşayan iki kimse arasındaki gerekli belgeler olmaksızın evlilik bağına kuran bir papaz; evlilik öncesi çocuğu, zımni olarak tanıyan ve kendi adına kaydettiren koca hallerinde, sırrın ihlâli ile **şahsi hal kayıtlarında sahtecilik** suçları, kanaat sebebiyle işlenen suç niteliğindedir. Ancak, bu durumlarda, herhalde hukuka aykırılık bilincinin eksikliği sebebiyle, kusurluluğu doğuran kasit yoktur. Bunalım halinde olan bir kimseyi, intiharına mani olmak amacıyla bir yere kilitleyen kişi, kanaat suçu olarak **hürriyeti tahditi** işlemiş olur, cebir kullanma suçu da düşünülebilir. İçerde bozulmuş bir su tesisatını kapatmak için veya harpte yaralananlara yer temin etmek için seyahate çıkmış olan komşusunun kapısını zorla açan kimse de, ahlâki bir görevin itelediği mesken masu niyetini ihlâl eden fail olarak sayılmalıdır.

Böylece şu noktaya varmış oluyoruz ki, pozitif hukuk (de lege lata) açısından kanaat suçlarının çoğunluğunda zaruret hali düşüncesinin egemen bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Tasarının öngördüğü biçimde zaruret hali genişletilirse, bu halde işlenen bir çok fiilde, problem, ceza konusu tartışılmadan ya (AlmCK. m. 54 deki) **kusur sorununun**

reddedilmesiyle veya AlmMK. m. 904 deki hukuka aykırılığın reddedilmesiyle, karara bağlanacaktır.

Burada mükellefiyet yükleyici kanaatlerin, kusuru kaldırmağa ne kadar elverişli olduğu düşüncesi önplâna çıkmaktadır. Daha önce, 34. Alman Hukukçular Kongresi'ne verdiği raporda, Höpler, hukuka aykırılığın mükellefiyet altına sokucu hareket etme kanaatinin kabul edilmesiyle ortadan kalkıp kalkmayacağı meselesini ortaya atmıştır. Bu soruya en koyu subjektivistler de olumsuz cevap vermek zorunda kalmışlardır. Çünkü, göreve uygun fiilin, hukuka uygunluğunu tesis etme imkânı, göreve aykırı hareketin, hukuka aykırılığı gerçekleştirilmesi kadar azdır¹⁶.

Fakat failin kanaat suçlusu olduğunun kabul edilmesiyle, muaheze edilebilirliğin ve bununla bağlantılı olarak **kusurun ortadan kalkıp kalkmadığı** sorunu, apayrı bir sorundur. Buna evet cevabını vermek zorunluğunun bulunduğu zannedilir. Ancak kusur isnadı hareketin göreve aykırılığına dayanmakta olup görevlerin çatışması halinde sözkonusu olmamaktadır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesi için görevi yerine getirme, failden subjektif olarak beklenebilir olmalıdır. Hukukun yüklediği bir mükellefiyetin yerine getirilmesi, kendi bilincinde doğru isabetli olarak telâkki ettiği hareketi yapan kişiden beklenebilir mi? Hayır. Bu takdirde de kusurdan bahsedilebilir mi? Tekrar hayır. Bu son cevabı, **Freudental**¹⁷ veriyor ve düşüncesini imparatorluk Mahkemesinin 4. Ceza Dairesinin kararlarına dayandırmaktadır¹⁸. Buna göre mükellefiyet yükleyici kanaatin, kusuru kaldırıcı özelliği, normcu kusur teorisinin bir sonucudur. Ancak bu sonuç, uygulamada ağır sonuçlar doğurucudur. Ne var ki bu sonuç, burada bu kusur anlayışının uygulanabilir niteliğinin sınırını göstermektedir. Yani bireysel görev ta-

16) Aynı fikir için bak. Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit, s. 77. Ayrıca bak. Erik Wolf, Z. 46, s. 211, Z. 47, s. 398.

17) Schuld und Vorwurf, 1922, s. 19.

18) RG. XXXVI, na. 113; 30, na. 6.

savvurlarının bir sınırı olmalıdır; bu sınır, Devletin ahlâk konusundaki zihniyetinde olan taban ölçüsüdür. Bireysel ahlâk bakımından beklenilemez nitelikte olan şey, toplumsal ahlâk bakımından da beklenilemez niteliktedir ve beklenilmemelidir de. Kusur, mücerret göreve aykırılık olmayıp, aksine devlet görevine aykırılık olduğu için, kanaat suçlusunun, bireysel görev kanaati, onun toplumsal göreve aykırılığını özürlü kılmaz¹⁹.

Suçları incelemeye devam edersek, görev kanaatinden doğan suçların ana grubuna, Devlete karşı işlenen suçlarla birlikte gelmiş bulunuyoruz. **Vatana ihanet** (Hochverrat) ile onun hazırlık hareketleri, kanaat suçlarının tipik örneğidir. **Devlet sırrının ifşası** halleri (Landesverrat) enderdir; yurttaşın, Devletine karşı olan sadakat ilişkisinden, bunu ihlâl etmeye yönelik ahlâki mükellefiyet yükleyen daha yüce bir ahlâkî bağlılığın bulunulması zor düşünülebilir. Bununla beraber, Fechenbach olayında ve Magdeburg davası nedeniyle şunu görmüş ve öğrenmiş oluyoruz ki, sarsılmaz ve her tartışmanın dışında geçerli olduğuna inanılan toplumsal değerlerin ötesinde, hukuka bağlı bir toplumda bu uyumsuzluğun gerçekten varolduğunun kabul edilmesi, toplumsal değerlerin tartışmasız olarak kabulünden daha önemlidir.

Oyların satın alınmasının kapsamı olayını da incelememize dahil edecek olursak, **yurttaşların haklarına karşı olan suçlar** da kanaat suçları fiiller olarak işlenmiştir. **Mukave-met, isyan ve karışıklık çıkarma** gibi pek çokları da, devlet kuvvetlerine karşı cürümlerin kapsamına girer. Bunlar da kanaat suçlarıdır; çok yakın zamanların örnekleri, belleklerde canlı olarak bulunmaktadır. Bunların içinde en büyüğü olarak Orta Almanya isyanı zikredilebilir. Bu nitelikteki **sulh-sükûn ihlâlleri** arasında, ülkenin sükûnunu bozma ile **tah-**

18) Bunu önceden Z. 47, s. 398 de açıklamıştım. Ayrıntılı gerekçe için bak. Erik Wolf, Theorie der strafrechtlichen Schuld I (yayımlanmamıştır).

rik fiilleri sık sık **silâhli çete kurma**, (Landzwang)-Kamu düzenini bozma fiilleri, nadiren, m.130 a daki Kanzel suçu (**Kürsüden propaganda**) ise daima, kanaat suçu olarak işlenmektedir. Örnek bulmak için Michael Kohlhaas'a kadar uzanmaya gerek yoktur. Ayrıca, **Devlet-i tahkir ile mührün fekki** suçu da düşünülebilir; nihayet, **hâkimiyet işaretlerini bozma** suçu da, fanatik, politik çılgınların işlemiş olduğu, tipik bir kanaat suçudur. Gerçek **memur suçları** konusunda «Venedik Taciri»nde Bassanio'nun şu ricasını hâkim yerine getirmeye eğilim gösteriyorsa, bu takdirde, görev kanaati sebebiyle gerçek bir memur suçunu işlemiş olur: «büyük bir hak için, küçük haksızlık yapın. Otoriteniz, itibarınız için bir defa kanunu çiğneyiniz». Eşe veya arkadaşına sadakatten doğan **yalan yere yeminler** de edilmiştir, aynı şekilde **cürüm eşyasını ve suç failini saklama** halinde benzer saiklerle kanaat suçu gerçekleştirilebilir.

III

Gerçekleşmesi imkânı olan ve gerçekleşen kanaat suçlarında, küçük bir grup vardır ki, bunların işlenme saiki, **tipik** görev kanaatidir. Genel adaba karşı suçlar, mülkiyete karşı, bedene ve hayata karşı suçlar da, ancak çok nadir ve yukarıda belirtilenler gibi tarihe geçmiş olaylarda, kanaat suçu olarak tanımlanabilirler: Kutsal Crispin ve onun masallara geçmiş deri hırsızlığına kadar, kanaat suçlusu hırsızı bulabilmek için geri gitmeliyiz. Prens Windischgraetz'in sahtekârlığının, tarihsel açıdan, kanaat sebebiyle işlenen sikke sahteciliği suçunu oluşturup oluşturmadığının üzerinde durmuyorum. Bu tek, tek olaylar bir defalıktır ve azdır; genelleştirme alay konusu olur. Fakat «siyasi suç» genel kavramı içinde ele alınabilecek olan çok sayıda suç vardır; ve bu suçlar, işlenmelerindeki tipik özellikler ve bununla bağlantılı olarak işleyen kişilerin kanaat suçlusu olmaları sebebiyle önem kazanırlar. Çünkü tıbbi kanaat suçları, çoğunlukla, hukuk açısından, zaruret halleri olarak ortaya çıkarlar. Ancak tıbbi endikasyon (tıbbi müdahaleler) ve genetik ve-

ya sosyal müdahale sebebi ile operasyonların yapılması istisnadır ve doktorların küçük bir bölümü tarafından yapılmakla birlikte, çoğunluğu teorik olarak bu uygulamaya da eğilimlidirler. Aynı şekilde sırrın ihlâlinde, zaruret hali söz konusu olabilir. Fakat bunun kıyasen uygulanması bir kanaat suçunun somut olayında, mahkumiyete yol açamaz ve düello probleminin önemi, yıldan yıla kaybolmaktadır. Böylece gözüküyor ki, kanaat suçlusunun iddiası, sadece dar bir temele dayanmaktadır; ancak burada özel bir önem kazanmaktadır: özellikle siyasal suçlarda durum böyledir. Diğer bütün hallerde, uyuşmazlık durumu, **bir kezliktir**, tipik bir uyuşmazlık yoktur. Bunlar gözönünde tutulup gelecekteki hukukta zaruret hali kavramının genişletilmesi söz konusu olduğunda bu kanaat suçunun genel olarak düzenlenmesi gerekmez. Hatta en az gerekli olduğu yerde, genel hüküm koymak suretiyle gereksiz olarak «vasatî bir ölçü» koymak tehlikesi doğar.

Ancak siyasal suçlarda durum başkadır. Burada genel sorumluluk duygusu, bu uyuşmazlık halini önceden tahrik etmiştir. Böylece Milletlerarası iade hukukunda, siyasal bir suç sozkonusu olduğunda değil, siyasal saiklerle işlenmiş olan âdi bir suç olduğu takdirde de²⁰, iade reddedilmektedir.

20) Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin İçtihadı özellikle ilgi çekicidir. Mahkemenin görüşü, bizim burada temsil ettiğimiz görüşe yakın bir şekilde, mükellefiyet yükleyici kanaat kavramından hareket etmektedir. Mahkeme, eylemin ahlâki amacı ispat edilemediği takdirde, iade isteğini kabul etmiştir. Wassilieff davasında olduğu gibi (İsviçre Federal Mahkemesinin 1908 tarihli p. 544 kararı) sadece failin kendisini güvence altına alma saiki ile eylem gerçekleşmiş bulunduğu için, bir rus polis memurunun katili, iade edilmiştir. Ancak İsviçre İç hukukunu incelersek, kanaat suçlarına karşı takınılan toleranslı tutumun hemen değiştiğini görürüz. İsviçre Federal Anayasasının 112. maddesi uyarınca, siyasal suçluların yargılanması, Kanton Mahkemeleri tarafından yapılamaz. Bu konuda sadece Federal Mahkeme yetkilidir. Bu yüzden Mahkeme içtihatları «siyasal suçlu» kavramını belirlemek zorunda kalmış ve bu kavramı saptarken, iade hukukundakine oranla, daha dar tutmuş ve politik görev kanaati

Suç türlerinin incelenmesi, tipik kanaat suçlarında söz-konusu olanların, genellikle siyasal suçlar olduğunu ortaya koyduktan sonra, artık bu durumun fail açısından incelenmesine geçebiliriz. Buraya kadar yaptığımız açıklamalara göre; problemin subjektif yanının dahi bir genelleştirmeye elverişli olmadığı bir kanaat suçunun oluşması için daha çok, bir insanın bir defaya özgü ve şahsa sıkı surette bağlı, tekrar edilemeyen bir hayatî sıkıntının, zorlu durumun varolması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Ancak olaya bir de yakından bakalım. Genel telâkkiye göre²¹ Kanaat suçlusu, **psikolojik suçlu** tipi sayılır. Bununla birlikte, kanaat suçlusunun psikolojik yapısının saptanması mümkün müdür, bu düşünülebilir mi? Kanaatin psikik yönü şudur: psikolojik unsurlar yardımıyla kavradığı ve kesin olduğuna inandığı yaşantıdır. Gördüğümüz gibi etik muhteva da daima önemlidir. Kanaatin mantıkî muhtevası (şekli amaca uygunluk) psikolojik olarak kavranabilir, ancak bu husus, Tasarı'nın gerekçesinde açıklandığı gibi önemsizdir. Aksi halde, gelecekteki ticari girişimleri için bir iflâsı, amacına uygun bulan ve hile ile bunu gerçekleştiren tacirin de, kanaat suçlusu olarak kabul edilmesi zorunluluğu doğar. Bu olamaz, problem daima ahlâka bir uyuşmazlıktan doğmaktadır: önemli olan daima, olayın ahlâkî karakteri ile görevlerdir. Görev kavramı ise, aprioridir, hiçbir psikolojik analiz, onu ortaya çıkartamaz. Kant'ın da öğrettiği gibi, bir görevin varlığı sadece bilgidен ve onu temellendiren bir ahlâk konu-

ile işlenen adi suçları siyasal suçlara dahil telâkki etmemiştir. Yüksek Mahkemenin bu tutumu siyasal suç kavramı etrafında bir tartışma yaratmıştır. Diğer memleketlerde de, buna benzer görüşler vardır .Ancak İspanya ve Şili'deki suçüstü yakalanan ve eşine ihanet eden karı veya kocanın, diğer eş tarafından öldürülmesine cevaz veren düzenleme hariç tutulmamalıdır. Bu gibi hallerde ahlâki bir gerekçe ileri sürülmemelidir. Bu konuda bak. von Cleric, Leitfaden d. Rechtsprechung d. Schweiz. Bundeges. 1924, s. 124 ile son.

21) Bu konu şimdiye kadar bilimsel açıdan az incelenmiş olup, söylenenler hakkında bak. Radbruch, Z. 44, s. 34 ile son; Gaupp, Adıgeçen eser, s. 395.

sundan doğabilir. Fakat bu bilgi, bir değer bilgisidir ve bir kimsenin göreve uygun hareket edip etmediğinin saptanması da bir değer hükmüdür. Bundan dolayı, kanaat suçlusunun tanıtıcı özelliği asla psikolojik (kanaat) değildir, aksine ahlâki (mükellefiyet) olan tanıtıcı özelliğidir. Burdan şu çıkmaktadır ki, kanaat suçlusunu sadece **anlaşılabilir**, fakat **saptanmış olamaz**: psikoloji, **Heinrich Rickert**'in deyişiyle, değer kavrayışının saptanmasına bile yaramaz. Kanaat suçlusunun daima bir kereye özgü bir değer hükmü ile saptanabileceğini kabul ettikten, psikolojik bir kriter konamayacağı belirlendikten sonra, fiilin saiklerini gözönünde tutan yürürlükteki hukukun, **zihniyeti** önplâna alıp niçin **doğal ruh yapısını** gözönünde tutmamış olması, insanı şaşırtmaz. Bu açıdan bakıldığında, en yeni tasarının 72. maddesi hükmünün, yürürlükteki Kanunun 20. maddesi hükmü karşısında, şimdiye kadar **şerefsizce** zihniyet halinde, ağır hapse hükmedilmesi gereken durumlarda, bundan sonra **onurlu** zihniyet halinde, **hafif hapse** hükmetmek gerekecektir. En yeni Tasarının söylemi, bu arada gerçekleşen Meclis görüşmelerinden ortaya çıktığına göre, müstakbel hukukun şimdiki ile olan bağlantısını teyid etmektedir. Meclise verilen Tasarının 72. maddesi, ferdi ahlâk niteliğinde bir anlayışa²² sahiptir. Böylece Genel Tasarının eski 71. maddesinin analitik bir yorumuna gerek kalmamaktadır²³.

Ancak kanaat suçlusunu tipi sorunu hakkında, şunlar söylenebilir: Tasarı'nın en yeni metnine ve bugüne kadarki telâkkilere göre, kanaat suçları, özet, münferit olaylar olarak düşünülmüştür, buna karşılık 1925 tasarısı, tipik kanaat suçlusunu ele almak istemişti.

Tip kavramı, kendisini tekrarlayan ve olayların oluşum seyrinde aynı kalan, anlamındadır. Bu, sayı ile saptanabilir. Ancak bunun yapılabilmesi, kanaat suçlularında, özellikle suç psikolojisi tiplerinde mümkün olmamaktadır. En

22) Böyle bir tanımlamaya karşı, gerekçeleri Guckenheimer, (Der Begriff der ehrlosen Gesinnung in Strafrecht, 1922) adlı eserinde açıklamaktadır.

23) Bu konuda bak. Erik Wolf, Z. 46.

büyük itiyadî suçlu, en çok sabıkası olandır. Fakat büyük kanaat suçlusunun daima, sadece bir eylemi olmuştur, bu fiilini, facia durumunun ürünü olarak gerçekleştirmiştir. Tipik suçlunun (itiyadî, meslekî suçlu), istatistik açıdan önemi bulunmasına karşılık, kanaat suçlusunun tarihsel önemi vardır^{23a}. Ne var ki kanaat suçlarının tekrarlanması olanağı bulunduğu takdirde, problem değişmektedir. Burada bir defaya mahsus olan uyuşmazlık yerleşmiş bir komplekse dönüşmektedir: burada sözkonusu olan, bir şeye inanmış olan kişi değil, fanatiklerdir²⁴; mükellefiyet altında olanlar değil, aksine körükörüne inanan yanlış kanaatte ısrar edendir. Böyle haller hastalık kavramının kapsamına kaymaktadır. Susmayan mızımız şikâyetçiler de²⁵, buraya dahildirler.

Kanaat suçu problemi genel olarak subjektif açıdan kavranamaz ve eğer problematik durumun en kuvvetli bir şekilde ortaya çıktığı siyasal grubu olmasa, kanaat suçlusu tipini açıklayan kanun maddeleri de anlaşılmaz olurdu. Bir siyasal suçlu olarak sadece devlete karşı bir suç işleyen şahıs nitelendirilemez ayrıca politik saiklerle hareket eden

23a) Bu tekrarlanabilen ve çok tekrarlanan olayın bir defaya mahsus tarihsel kanaat eyleminin aksi, bazı teorileri doğurmuştur. Söz gelimi bunlardan birine göre, kanaat suçlusu, özellikle tehlikelidir. Ve bu yüzden toplum, kendisini, ondan korumalıdır. Diğer bir görüşe göre ise, kanaat suçlusundan daha az tehlikede bir şey yoktur. Çünkü, bu çoklukla amatörce çalışmaktadır, kendisinin yakalanmasına yol açmaktadır ve eylemi bir defaya mahsus olup, bir daha tekrarlanmayacaktır (Burada, tarihsel anlamda kanaat suçlusu kastedilmektedir). Görüşlerden ilki, Radbruch tarafından Köln'de yapılan Alman Hukukçular Kongresinde ileri sürülmüş olup, ikincisi Nagler tarafından Ger. Saal adli derginin c. XCIV cildinde ileri sürülmüştür. Nagler burada, tanınmış bir İrlandalı casus örneğini vermektedir. Bu casus 1. Dünya Savaşında Groteks'te, kendi beceriksizliği ile kendisini yakalatmıştı.

24) Bu konuda ayrıca, yerleşik kanaat suçlusunun patolojik tipini tanımlayan Gaupp'a bak (Adıgeçen eser, s. 398).

25) Bak. Gaupp, Adıgeçen eser, s. 399; Nagler, Adıgeçen eser.

suçlu da²⁶ siyasal suçludur. Özellikle bunda bir çok hallerde ahlâki aykırılık hukuk düzenine eş değerli olur, bunun için tekrarı mümkündür ve patolojik olmaksızın, tipik olduğu görülür. Zira siyasal suçlular savaşımını, çoğunlukla hakiki ve mevcut bir devlete karşı yürütürler ve bütün varlıklarını bu amacı gerçekleştirmek için durmaksızın adarlar. Gerçi burada bir tipten söz edilebilir fakat bu, ağır teorik hatalara yol açabilir ve sonuç da pratik olarak aslında kanaat suçlusunu diye nitelendirilmeyecek konuları, kanaat suçlusunu saymaya yol açar. Cezanın tayini açısından siyasal, özel bir hüküm getirilmesi, daha açık, daha basit olacaktır.

V.

Tüm kanaat suçlarının ne fiilden, ne de failden hareket edilerek, basit bir şekilde ele alınmasına imkân olmadığını görmüş bulunuyoruz. Yapılacak son iş, ayırteci kriterin, kanaat suçlusunun uyuşmazlığında değil, aksine bu tip suçluluğun sebeplerinde araştırılması gerektiğidir. Bu nedenle, görev kanaatine ilişkin saikin, görev kanaatini tayin eden ahlâki güçler, kudretler açısından derinlemesine incelenmesi gerekir. İlk bakışta, şu saptanabilir ki, Brütüs, Tell, Ravailac, Kohlhaas gibi tipik olmayan, bir defaya özgü hareket eden kanaat suçlularının yanısıra, bir dizi tipik nitelikteki suçlu, görev kanaati ile ve birkaç kez işleyen, kendilerine siyasal suçlu denilen ikinci bir grup suçlu vardır; bunların dışında 3. bir grup suçlu vardır ki, bunlar belirli ölçüde önceden, doğuştan kanaat suçlusudurlar: anarşistler, komünistler, irredentistler*, sufragetler*, dinsel fanatikler bu arada zikredilebilir. Gerçekten böyle bir gruba mensup olmak demek, bu grup yararına yapılan her cezalandırılır hareketi en azından tasvip anlamındadır. (İmparator-

26) İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararındaki tanımlama şöyledir: (BG. XXXII. I, 336); Siyasal suçtan anlaşılan, aslında adi bir suç olup, düzenlenmesinin özellikleri, saikleri ve failin amacı ile siyasal olan bir suçtur.

*) İtalya'da siyasi hareket yandaşı.

*) İngiltere'de ve ABD nde kadın ve erkek eşitliği yandaşı.

luk Yüksek Mahkemesinin, komünist partisinin idarecileri hakkında verdiği en son kararlar, örnek olarak verilebilir.) Doğal olarak bunlar da geniş anlamda, siyasal suçludurlar, ancak bunların eyleme dönüşen kanaatleri yoktur²⁷, aksine kanaatleri pasiftir. Bu gibi hallerde görev kanaati, bireyin üstünde olan bir parti veya grup şuurundan doğmakta ise, bu gözlem, tipik ve tarihsel kanaat suçluları ile karşılaştırılmada, bunların da, eninde sonunda daima bir sosyal etik, toplumsal fakat ferdî olmayan otonom görev kanaatini yerine getirmek istediklerini ortaya koyacaktır. Bilimsel kanaatlerine itaat ederek bir açığa karşı çıkan bilim adamlarının da nihaî amaçları devlete ilişkindir ve ferdî değil toplumsal saiklerle hareket etmektedirler, mevcut ve mer'î hukuk nizamı ile ters düşen kanaatler kural olarak ferdi değil toplumsal ahlâka ilişkindir: bu eylemler genellikle burada söz konusu olan ahlâki şahsiyete değil ahlâki devlete ilişkin olurlar. Diğer bir söyleyişle kanaat suçlusunun bir tipi olduğu söylenebilecekse, bunun sosyolojik olabileceği ortadadır. Bu görüş Radbruch'un Köln'deki hukukçular Kongresinde yaptığı açıklamada su yüzüne çıkmıştır. Kohlrausch ise tam aksi kanaatdedir^{27a}. Bu yazara göre, Radbruch tarafından formüle edilmiş olan 71. madde hükmü, bu günkü İmparatorluk Meclisi teklifinin 72. maddesi karşısında ferdi görüşü aksettirmektedir.

Buna göre tipik kanaat suçlusunun kavranması için takip edilecek yol, toplumsal açıdan tipikleştiren anlayıştır, yoksa psikolojik açıdan genelleme yapan tanım ve ahlâki ferdi değerlendirme değildir. Bu görüş siyasal görev kanaatinin affettirici etkileri görüşünü de değiştirmektedir. Sos-

27) Kanımca, Radbruch'un görüşü olan, kanaat suçlusunda daima bir aktif olarak çalışan kişiyi şartkoşma düşüncesi hatalıdır. Bak: Radbruch, Adıgeçen eser, s. 44. Aksi görüş için bak. Erik Wolf, Z. 46, s. 204.

27a) Yazar, kanaat suçlusunun kabulü imkânından, genel devlet ahlâkı sebepleri ile sarfınazar etmektedir. Bak. «Über Strafrecht-srefom» adlı tebliğ 1927, s. 22.

yal ahlâki ibr görev aslında ahlâki bir isnadı ortadan kaldırmalıdır.

Burada objektif olarak, tarihi bir hakikat olarak mevcut olan devletin, sadece düşüncede var olan bir devlete nazaran öncelik hakkı bulunduğu düşünülebilir: Hukuk düzeninin kendisi devlet görüşünün vücut bulmuş şeklidir. Devletin yüklediği bir göreve aykırılık olarak alındığında kusur, hakiki bir devletin varlığı ile bağdaştırılamayan bir fikre hizmet söz konusu olduğunda, mazur görülemez²⁸.

Bu bakış açısından, kanaat suçlusunda belirli bir toplumsal şuuru taşıyan insanı görürüz. Bu şahıs dinî veya sosyal bir gruba ait olabilir ve kendisini devlete nazaran daha üst değerde hissedebilir.

Bundan çıkan sonuç şudur ki, kanunun kanaat suçu hakkında kabul ettiği düzenleme, genel ve temel bir düzenleme ise, bir şahsi-ahlâkî, insanî tutumu ifade etmez, aksine devletin yanında sosyal ahlaki mükellefiyetler yükleyen bazı kudretlerin varlığını kabul anlamına gelir.

Sadece minüskül Hukuk düzeni tarafından kabul edilmiş olan mükellefiyetlere karşı gelen görevlerin tanınması değil, aynı zamanda kanun tarafından tasvip edilen görüşe ters düşen sosyal ahlakî ödevlerin de tanınması kanaat suçlusu için bir özel ceza tertibi düşüncesinin hukuka uygun hale getirilmesini ifade edecektir.

Genel bir kanun hükmünün tarifinde, kanaat suçlusu şöyle ele alınabilir: Hukuk düzeni ile ters düşen bir grup şuuruna sahip olan kişi, kanaat suçlusudur. Burada başlan-

28) Wachfeld'in (adıgeçen eser, s. 361) görüşünün aksine, kanaat suçlusunun reddine ilişkin temayül, anılan yönde gelişmektedir. Aynı şekilde İsviçre'de hakim olan görüş dahi, yurtiçinde işlenen siyasal suçlarda, kanaat suçluluğunu kabul etmemektedir. Bu konuda bak. Fleiner, Schw. Bundesstaatsrecht, s. 75.

gıçta tanımlamış olduğumuz sorun, bir defaya mahsus olan irade uyuşmazlığı, tamamıyla ortadan kalkmaktadır. Zira kendi grubu böyle bir karşılmeyi kabul etmemektedir; aksine bunu ideal olarak kabul etmektedir. Bir defaya mahsus bir düşünce ile hareket eden kanaat suçlusu ise (böyle bir suçlu tipini kelimenin anlamından ve kanaat kavramının analizinden çıkartmış bulunuyoruz), daha önce de söylemiş olduğumuz gibi, bu genel hükümden fazla bir şey elde edemeyecektir. Mükerrir kanaat suçlusu bu genel hüküm tarafından bir «tip» seviyesine çıkartılacak, oysa fiili bir kez işleyen kanaat suçlusu, «tipik» olarak tanımlanmak suretiyle, değerden düşürülecektir. Böylece, gurubun varlığı tanınacak, ancak birey, kimliğinin öğrenilmesinden korktuğu hallerde, sosyolojik açıdan hakir görülen bir tip sayılacaktır.

Siyasal ve dinsel saiklerle gerçekleştirilen kanaat suçlarının asıl saikinin gurup şuuru olduğu ve günümüzdeki kanaat suçu sorununun burada yattığını aşağıdaki düşünceler açığa vurmaktadır: Birey dinsel kanaata bir defaya mahsus bir yaşantının sonucunda varmış olabilir; kural olarak bu kanaatini doğumundan itibaren, bir inanç olarak, başkaları ile paylaşmaktadır. Görev bu gibi hallerde artık kendi içinden çıkmamaktadır, aksine bağlı bulunduğu inanç cemaatinden doğmaktadır.

Bu gibi hallerde kilise objektif bir hayat düzeni olarak devletin yanında bulunur ve tarihteki seyrinde ahlâken görevler yükleyen her iki kudretten öncelik sahibi olmuştur. Tabii hukukun bu gerilimi ortadan kaldırmaya yönelik çabaları, başarısız kalmıştır. Günümüzde dünya ve din işleri birbirinden tamamen ayrılmıştır. Eski Yunanlıların devleti ilâhileştirmeleri ve Augustus'un Tanrı devleti tarihe geçmiş birer örnek olmakla birlikte günümüzde tarihsel değeri olamaz. Yunan Mitolojisinde bir defaya mahsus nitelikte bir dinsel kanaat suçu Antigone trajedisinde gerçekleşmiştir. Bugün dinsel kuralları hukuku ihlâl etmeye zorlayan guruplar söz konusudur. Menonitlerin askerlik görevini kabul etmemeleri örnek olarak gösterilebilir.

Siyasal kanaat suçlarının toplu özellikleri, soruna doğrudan doğruya ışık tutabilecek niteliktedir. Hiç kimse kendisi için politikacı olamaz ve politik yaşantı sadece toplumsal bir yaşantıdır. Bu yaşantı aynı şekilde düşünen insanlara bağlılıkla kendisini gösterir. Bu birlik şuuru hareketin saikini ortaya koyar. Böylece insanın kendisine mahsus çatışması meydana çıkar: Yürürlükte bulunan hukuk düzeninin yüklediği görev şuuru ile çatışma halinde bulunan söz konusu politik gurup şuurunun yüklediği görev şuuru. Politik saiklerle adam öldüren kural olarak adam öldürmeyi ahlâka aykırı görebilir ama bağlı bulunduğu birliğin sosyal ahlâki görüşüne göre adam öldürmeyi doğru ve yerinde bulabilir. İşte böylece kanaat suçlusunun devletin kanunu ile tanımlanması ve bireyin kişisel-ahlâki hissiyatı ile tanımlanmaması gerektiği sonucuna varmaktayız.

Sonuçta bu değerın muhtevası nedir diye soracak olursak, bu değerın ceza hukuku normunda belirlenmiş olan değere tekabül etmesi gerektiğini söyleyebiliriz. Mevcut devlette başka türlü olamayacağı kanaat suçlusunun içeriğini teşkil ettiği değerın «hakiki» bir devlete ait olması gerektiği anlaşılır. Bundan çıkan sonuç şudur ki, kanaat suçlusunun sosyal ahlâki değeri, ceza hukuku normları ile belirlenmiş olan bir devlet düzenine ters düşen bir değerdir. Bu değer çok nadir hallerde şekli bir hakkaniyet fikri veya tolerans fikri olabilir. Tipik siyasal kanaat suçlusı daima yeni bir devlet ve hukuk düzeninin savunucusu olacak ve eylemi fırtınadan önceki şimşegi andıracaktır.

Kanaattan dolayı işlenen suçlar sonucunda teorik açıdan söylenebilecekler bugün için bu kadardır, hayatın bu görünümünü açıklamak bizim için **bilimsel bir görev** idi, bunu daha ileri götürmek günümüz hukukçularının görevidir. Burada kesin sonuçlar isteyenlerle tolerans sahibi olanların ve klâsiklerle ceza hukukunda reform isteyenlerin bir mücadelesi söz konusudur. Ancak bu mücadeleye girmek ceza hukuku biliminin görevi değildir.