

HÜRRİYETİ BAĞLAYICI CEZALARIN ALMAN VE TÜRK CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ (*)

Prof. Dr. Hans Heinrich JESCHECK

Tercüme eden :

Prof. Dr. Ayhan ÖNDER

Konferansımda “Alman ve Türk Ceza Hukukunda Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Yeri”, derken yalnız Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar üzerinde değil, aynı zamanda Hürriyeti Bağlayıcı cezalardan sakınmak için kabul edilen Hürriyeti Bağlayıcı Tedbirler ve özellikle ceza yerine tedbirlerin uygulanabileceği haller üzerinde de duracağım. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar, tedbirler ve bunların seçimlik olarak bugünkü hukuktaki durumunu ve uygulanış biçimini açıklayacağım. Bu arada kanunkoyucunun bugün temel görüşünün ne olduğunu ve suçlulukla mücadelede bunu nasıl gerçekleştirdiğini belirteceğim. Konunun esasını elbetteki, Federal Alman Ceza Hukuku teşkil edecektir; ancak, türkçe lisanını bilmemekle beraber, imkânlarımın elverdiği ölçüde Türkiye’deki durum ile olan ilişkisini karşılaştıracam. Bu karşılaştırmayı 1926 tarihli Türk Ceza Kanununun Prof. Naci Şensoy tarafından almancaya yapılan ilk tercümesine ve Dr. Teoman Oğuzhan’ın yeniden tercüme ettiği ikinci basımına, buna Doç. Dr. Erdener Yurtcan tarafından yazılan Girişe dayanarak yapacağım. Bundan başka, 1965 tarihli Türk Ceza İnfaz kanununun ve buna istinaden çıkarılan İnfaz Tüzüğü’nün Prof. Ayhan Önder tarafından yapılan tercümelerinden ve bunlar için yazdığı

(*) Bu tercüme Prof. Dr. Hans Heinrich JESCHECK’in 25 Mayıs 1982 tarihinde İstanbul Hukuk Fakültesinin davetlisi olarak verdiği konferanstır.

Giriş yazısı ile yine aynı yazar tarafından 1960 yılında "Günümüzde Yabancı Ceza Hukuku" serisinin 4. cildinde yayınlanan Türk Ceza Hukuku hakkında yaptığı açıklamalara dayanacağım. Bundan başka, kendisine yaptığım rica üzerine, Dr. Feridun Yenisey, konferansımın Alman hukuku içinde değineceğim "Türk Ceza Hukuku Hakkında Bazı Açıklamalar"ı hazırlamıştır.

Konferansımı aşağıdaki kısımlar içinde vereceğim;

İlk kısımda Hürriyeti bağlayıcı cezaların yerini Alman ve Türk Ceza hukukunun genel sistemi bakımından inceleyeceğim. Bundan sonra *İkinci Kısımda* gerek Almanya'da gerek Türkiye'de Ceza hukuku Reformunun üzerine bina edildiği suç politikasının esaslarını açıklayacağım. Almanya'da müeyyideler sistemi 1975 tarihli ceza kanununun genel kısmında şimdilik son şeklini aldığı halde Türkiye'de 1965 tarihli Cezaların İnfazı Kanunu ile önemli değişiklikler yapılmakla beraber, halâ 1889 Zanardelli Kanunundan 1926 yılında alınan kanunda mevcut müeyyideler sisteminin geçerli olduğu özellikle gözönünde bulundurulmalıdır. 1930 tarihli İtalyan Ceza kanununun etkisinde hazırlanan ve Türk Ceza kanununun genel reformu niteliğini taşıyan 1958 Tasarısı kanunlaşmamıştır. Adalet Bakanı Rocco tarafından hazırlandığı için onun ismi ile anılan Rocco kanunu, esaslı değişikliklerin gerekli olduğu anlaşılmış bulunmakla beraber, İtalya'da bugün de yürürlükte isede, Türkiye'nin devrini tamamlamış bir yabancı kanunu Ceza Hukuku Reformuna esas olarak almaması isabetli olmuştur. Bugün Türk Ceza Kanununun genel reformu yapılırken zamanın gereklerini gerçekleştirmiş kanunlar incelenmelidir. *Üçüncü kısımda*, kısa, orta ve uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların Alman Ceza hukukundaki yerini inceleyecek ve bununla ilgili olarak Türk Hukukunu bazı noktalarda karşılaştıracam. Sonuçta, hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından Alman Hukuku için yapılmış bulunan bazı reform tekliflerini açıklayacağım.

İlk kısma hürriyeti bağlayıcı cezaların her iki ülkenin genel ceza sistemindeki yerine değinerek başlıyorum.

Federal Almanya'da hürriyeti bağlayıcı cezalar ve para cezaları, cezalar sisteminin üzerine oturduğu iki sütunu teşkil ederler. Hürriyeti bağlayıcı ceza Almanya'da tek nevi cezadır. Eskiden mev-

cut ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezaları ayırımı kaldırılmıştır. Para cezalarının yeniden düzenlenmesi ile 1975 yılında İskandinav gün-para cezası sistemi kabul edilmiştir. Bu sistemde hakim olan fikir, para cezasının üç aşamada tayin edilmesidir; ilk aşamada hakim haksızlığın ağırlığına ve kusurun derecesine göre, gün sayısını tesbit eder; ikinci aşama, failin şahsi ve iktisadi ilişkileri gözönünde bulundurularak her gün için ödenecek para miktarının tesbitidir; üçüncü aşama toplam para cezasının ödenme şeklidir. Bir gün-para cezasının bir günlük hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilmesi, para cezalarının tahsilini temin etmektedir.

Türkiye’de cezalar sistemi aynı şekilde hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezasına dayanmaktadır. Ancak, hürriyeti bağlayıcı cezalar eski Alman hukukunda olduğu gibi, üç şekle ayrılmaktadır; bunlar cürüm için ağır hapis ve hapis, kabahat için hafif hapis cezalarıdır. Ceza İnfaz Kanunu modern telakki içinde kısa ve uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ayırımını yapmış olması itibariyle, değişik nevide olan hürriyeti bağlayıcı cezaların farklı bünyelerine rağmen, bilhassa infaz şekli ve usulü bakımından aralarında herhangi bir ayırım yoktur. Hürriyeti bağlayıcı cezaların neveleri bakımından eskiden yapılan ayırımın bugünkü önemi başka sahalardadır; örneğin mahkemelerin görev kaidelerinde, cezaların ertelenmesinde, ve tekerrür hallerinde olduğu gibi. Para cezası Ceza İnfaz kanununa göre, failin iktisadi durumu, aile sorumluluğu, sağlık durumu, yaşı gözönünde bulundurularak tayin edilmekte olup, Türk Ceza Hukuku Reformu gün-para cezaları sistemini kabul edecek bir aşamaya gelmemiştir.

Almanya’da müeyyidelerin uygulanmasında para cezaları geniş ölçüde ön sırayı almaktadır. Bu, son senelerde gün-para cezası sisteminin kabulü ile oldukça hızlanan uzun bir gelişmenin sonucudur. 1980 yılında bütün hükümlülüğün % 82,5 ini para cezaları teşkil ettiği halde, hürriyeti bağlayıcı cezalar yalnız % 17,5 tir. Bu hürriyeti bağlayıcı cezalardan da % 65,5 i ertelenmiştir. Almanya’daki 1980 yılına ait kat’i rakkamlar aşağıdaki şekildedir; para cezalarına mahkumiyet 494, 114, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet 104, 850 dir. Buna göre, gerçekte hürriyeti bağlayıcı cezaların suç politikasında “ultima ratio” olduğu söylenebilir. Ancak bu mesut tablonun para cezalarının pek çoğunun ödenmemesi sebebiyle hür-

riyeti bağlayıcı ceza olarak infaz edilmesi ile önemli derecede bozulduğu da görülmektedir. Bundan ileride sözedilecektir.

Tahmin ediyorum ki, Türkiyedeki uygulama değişik bir görünümde. Büyük bir ihtimalle Türkiye'de de Fransa ve İtalya da olduğu gibi, hürriyeti bağlayıcı cezaların adedi ön sırayı işgal etmekte ve böylece para cezaları ikinci sırada yer almaktadır. Cezaların ertelenmesinde; hapis ve hafif hapis cezalarında bir yıla, ağır hapiste 6 aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaların ertelenmesi mümkün olduğuna ve evvelce hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlülüğü ertelemeye engel teşkil ettiğine göre, Türk hukukunda cezaların ertelenmesi Almanya'ya nisbetle daha seyrek uygulanmaktadır. Almanya'da kabahatler ceza hukukundan çıkarılıp düzene aykırılık hukukuna dönüştürüldüğü halde, Türk hukukunda kabahatlere mahsus bir ceza nevi olan hafif hapis cezası mevcut olduğuna göre, hürriyeti bağlayıcı cezalar daha da önem arz etmektedir.

1975 Reformundan sonra son senelerde hürriyeti bağlayıcı cezalar Almanya'da üç önemli noktada kesin belirleyici kıstaslara kavuşmuştur. Evvela, Federal Alman Anayasa Mahkemesi 1977 yılında verdiği bir kararda (BVerfGE, 45, 187) müebbet hürriyeti bağlayıcı cezanın Anayasaya uygunluğunu tastik etmiştir. Diğer ülkelerde de, örneğin İtalya'da bu mesele hakkında verilen kararlarla, müebbet hürriyeti bağlayıcı cezanın Anayasaya uygunluğu kabul edilmiştir. Daha önce müebbet hürriyeti bağlayıcı cezalarda af imkânı varken Federal Alman Anayasa Mahkemesi müebbet hürriyeti bağlayıcı cezalarda da şartla salıvermenin hakim kararı ile uygulanmasına yönelik kaide konulması hususunda kanunkoyucuya görev vermiş ve bu görev Alman Ceza Kanununa ilave edilen yeni 57 a maddesi ile 15 yılın infaz edilmesi halinde şartla salıvermenin gerçekleştirilebileceği kabul edilerek yerine getirilmiştir.

İkinci olarak, şimdiye kadar bazı Federal Devletlerde örnek kurum şeklinde mevcut olan sosyal terapi kurumlarının genel nitelikte kurulması 1. Ocak 1985 yılına kadar ertelenmiştir. Böylece, sosyal terapi kurumu hiçbir zaman hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine geçen (md. 65 StGB) bir tedbir olarak kabul edilemeyeceği, bugünkü uygulamada olduğu gibi hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının bir şeklini teşkil edeceği de açıklığa kavuşmuş oldu. (md. 9 StVollG.)

Bununla beraber diğer sistemin faydaları da olabilirdi. Hakim hükümlüyü yeteri kadar tanımadan ve onda tedbirin niteliğini anlama konusunda bir fikir oluşturmada, kararında hükümlü hakkında sosyal terapiye hükmedebilmesinden ziyade, ceza infazı sırasında ciddi şahsiyet araştırmasına tabi tutularak sosyal terapiye ihtiyacı olan hükümlülerin seçilmesi ve bu kuruma nakledilmesi, terapinin başarısı ve uygun şartların tesbiti bakımından kurumun muvafakatının da aranmış olması daha yerinde olabilirdi.

Üçüncü olarak Almanya'da ceza infazı 16. Mart 1976 tarihinde Ceza İnfaz Kanunu ile — tarihimizde ilk defa olarak — ve esasları kanun niteliğinde tesbit edilmiştir. Önemli bir yenilik de ceza hükümlülerinin yerine getirilmesi ve ceza infazı sırasında önemli kararların verilebilmesi için Fransız ve İtalyan örneği bir infaz mahkemesinin kabul edilmiş olmasıdır. Freiburg Max-Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsünde (Dünlel/Rosner, Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970, 1981) yapılan ve tamamlanan bir uygulamalı araştırmaya göre de, ceza infazının son on yıl içinde oldukça ıslaha doğru değişen bir tablo gösterdiği anlaşıldı. Ceza infaz için kurumların idaresi bakımından ayrılan meblağ son on sene içinde reel olarak iki katına çıktı. Para cezaları ön sırayı aldığı halde, mal aleyhine işlenen suçlardaki artış ve para cezalarının ödenmemesi sebebiyle bu cezaların hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilen kısmı sonucu, Federal Almanya'da ceza hükümlülerinin toplam adedi yine de yüksektir. Ceza ehliyeti olan her yüzbin kişide bu sayı 1974 yılında 55,5 iken bugün 60'ın üzerindedir. Hükümlü sayısı karşılaştırmaya tabi tutulursa, bu rakkam Hollanda'da 11,1 Fransa'da 45,5, Demokratik Alman Cumhuriyetinde 179,7'dir.

Bu karşılaştırma Türkiye ile yapılırsa, aşağıdaki durum görülür:

Federal Almanya'dan farklı olarak Türkiye'de halen, Anayasa Mahkemesinin 1963 tarihli kararı ile Anayasaya uygunluğu kabul edilen ölüm cezası vardır. Bu hal karşısında müebbet hürriyeti bağlayıcı cezanın Anayasaya aykırılığı sorunu hiçbir zaman ortaya çıkmayacaktır. Almanya'da olduğu gibi Türk Ceza İnfazı Kanunu da müebbet hürriyeti bağlayıcı cezada şartla salıverilmeyi, iyihal şartı ile, 24 yılın infaz edilmesi halinde, kabul etmektedir. Sosyal terapi

kurumları Türk Ceza İnfaz sisteminde mevcut olmadığı gibi, şimdilik öngörülmemektedir. Bununla beraber Almanya'da olduğu gibi, 1965 tarihli Cezaların İnfazı Kanunu ile ceza infazının esasları modern penoloji metod ve vasıtalarının gözönünde bulundurulduğu bir kanunda tesbit edilmiştir. Hükümlü adedinin Türkiye'de ne miktar olduğunu tesbit edebilecek durumda değilim. Bana verilen bilgiye göre, 1982 yılında Ceza infaz kurumlarının genel nüfusu 82.000 dir. Bu rakkamın 35 000 i tutuklu, 47 00 i ise hükümlüdür. Bu durum Federal Almanya ile karşılaştırılır ve Türkiye'nin nüfusu 45 Federal Almanya'nın 60 milyon olduğuda gözönünde bulundurulursa Türkiye'de her 100 000 kişide hükümlülük 107 dir ki, Almanya ya oranla yüksek bir rakkamdır.

Bu açıklamalarla sizlere Alman ve Türk Ceza Hukuku genel sisteminde hürriyeti bağlayıcı cezaların durumunu gösterdikten sonra, şimdi ikinci ana bölüm olan *Suç Politikasının Esaslarına* geçiyorum.

Alman Ceza Hukuku Reformunun en önemli safhası, 1954 yılında Ceza Hukukunda aşırı uçların görüşlerine yer vermeyen Büyük Ceza Hukuku Komisyonunun görevlendirilmesi ile başlamıştır. Ceza Hukukunun tamamen kaldırılması veya bunun yerini mutlak uygulanan tedbirler hukukunun alması istekleri radikaller tarafından büyük bir heyecanla yayıldığı, bizde de işitilmiş olmakla beraber, bu görüşü savunanlar dışında, hiç kimse tarafından ciddiye alınmamıştır. Ceza Hukukunun önemli bir biçimde etkisinin azaltılması ve ceza yerine süresi belirsiz tedbirler veya Ceza Hukuku dışında bulunan sosyalizasyon programlarının konulması adalete zarar verebileceği gibi, cezanın genel önleme niteliğini de zayıflatacak ve sanığın muhakeme hukukunda sahip olduğu garantileri de tehlikeye sokabilecektir. Diğer taraftan, netice itibarile, gayesi genel önleme olan hürriyeti bağlayıcı cezaların en ideal bir infaz sisteminde dahi uygulandığı kişi üzerinde daima zararlı olduğu modern humanizm ve sosyal bilimlerden öğrenilince, bu cezanın basit ve orta derecede olan suçlar alanında uygulanmasından azami derecede sakınılması gerekecektir. Bu itibarla, şu söylenebilir ki, Almanya'da Ceza Hukuku Reformu aşırı uçlar arasında orta yolu seçmiştir. Ne, örneğin ABD ve İsveçte yakın zamana kadar uzun süreli, süresi önceden bilinmeyen müeyyideler için uygulanan tedavi

fikri, ne de diğer aşırı ucu teşkil eden sosyalist Doğu Avrupa Devletlerinde uygulanan ve infaz edilen aşırılığa kaçan katı bir hürriyeti bağlayıcı cezalar sistemi kabul edilmiştir. Alman Ceza Hukuku Reformunda hakim olan fikir şudur: gerekli olduğu kadar az hürriyeti bağlayıcı ceza, mümkün olduğu kadar fazla sosyal yardım.

Çeşitli müesseselerin değişik açılardan incelendiği iki yeni Ceza Kanunu Tasarısının birbirleriyle karşılaştırılması ve birlikte Federal Mecliste müzakere edilmesi bu ara yolun bulunmasını kolaylaştırdı. 1962 Tasarısı olarak bilinen Ceza Hukuku Büyük Komisyonunun hazırladığı Tasarının önemi Genel Kısımda cezalandırılabilmenin şartlarının düzenlendiği kaidelerin açık seçik olması ve özel kısımdaki suç tiplerinin kat'i bir ifade ile tesbit edilmiş bulunmasıdır. Buna karşı, Tasarının hukuki neticeler sisteminin hürriyeti bağlayıcı cezalara ve özellikle Ceza Hukukunun cezalandırıcı telakkisine dayanması ve kendisini bundan çok az kurtarabilmesi, modern suç politikası ile beslenmiş görüş biçiminin eleştirisine hedef oldu. Almanya'da 1962 Tasarısına karşı zamanla gelişen muhalefet, önemli şekilde değişen suç politikası telakkilerini ortaya koydu ve reform çalışmasına ikinci büyük etki bu istikamet tarafından yapıldı. 1966 yılında, 1962 Tasarısına çok yönlü bir eleştiri teşebbüsüne girişildi ve bunlar aynı düşünce etrafında toplanmış olanların hazırladıkları bir kanun tasarısı haline getirilerek Alternatif Tasarısı olarak yayımlandı. Bu İkinci tasarının üstünlüğü özellikle modern suç politikasının gereklerine uygun tutarlı ve düzenli telakki içinde cezalar ve tedbirleri tesbit etmiş olmasıdır. Bu iki tasarıdan bir bütün meydana getirmek için bilimsel görüşlere veya suç politikası telakkilerine dayanmayan üçüncü bir güce ihtiyaç vardı. Bu da her iki tasarının sentezi olarak Federal Meclisin Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonunca 1966-1969 yılları arasında yapılan müzakerelerle gerçekleştirildi. Federal Meclis aşırı taleplere yer vermemek kaydı ile ileriye yönelik her gelişmeye açık olduğunu gösterdi. Böylece sosyal şuurumuzda tereddütsüz bir gerçek olarak kabul edilen kusur ve sorumluluğun Ceza Hukukunun ahlaki esası olduğu görüşü, reformda yine muhafaza edildi ve suçun önlenmesine yönelik bir Ceza Hukukunda birleştirildi.

Alman Ceza Hukuku Reformunda mukayeseli hukukun da çok önemli katkısı olmuştur. Büyük Ceza Hukuku Komisyonunun mü-

zakereleri için mukayeseli hukuk araştırmaları hazırlandı. Alternatif tasarıya esasen Almanlardan başka İsviçre Ceza Hukuku hocaları da katılmıştı. Federal Meclis müzakerelerinde devamlı olarak mukayeseli hukuka ait raporlar da bulunduruldu. Alman eseri tamamlandıktan sonra, bizim tesbit ettiğimiz esasların uluslararası ortamda nasıl bir değer taşıdığıının anlaşılması için tekrar tekrar uluslararası reform hareketleri ile genel ilişkisi araştırıldı. Dünya ile olan devamlı temas ve dışa açılma sayesinde, Alman Ceza Hukukunda, özellikle Kant ve Hegel tarafından savunulan cezanın kefaret fikrinin yerini itidalli bir şekilde kusur prensibi ile bağlı bir genel önleme esasının aldığı görüldü.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Alman Ceza Hukuku Reformunun gelişmesine yaptığı etki de küçümsenmemelidir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararı ile (BVerfGE 6,389/43/: 20,253/331/) kusur prensibinin bir Anayasa kaidesi olduğunu tasdik etti. Ve bu prensip Ceza Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde řu şekilde ifade edildi: "failin kusuru cezanın tayininin esasıdır". Para cezasının (Geldbusse) yaptırıcı niteliğe sahip ve fakat bunun hakim tarafından tayin edilme zorunluğu olmayan bir müeyyide olduğunu kabulü ile (BVerfGE 22, 78/81/: 27, 18/33/3 basit işler için düzenlenen Ceza Hukuku, düzeni ihlal hukukuna (Ordnungswidrigkeitenrecht) dönüştü. Diğer taraftan, Federal Anayasa Mahkemesi gebeliğin sürelerle bağlı olarak durdurulabilmesinin Anayasaya aykırılığına karar vermiş, böylece fiillerin suç olmaktan çıkarılabilmesinde Anayasa tarafından sınır konulduğunu da açıklamıştır (BeVerfGE 39, 1). Müebbet hürriyeti bağlayıcı ceza hakkında daha önce belirtilmiş bulunan görüşü ile Anayasa Mahkemesi cezanın genel önleme niteliğinin Alman Ceza Hukukunda kendisinden vazgeçilmesi imkânsız bir ciddiyete sahip olduğunu da açıklamış oldu.

Ceza politikası bakımından müeyyide alanındaki bu iki esas fikir içinde Almanya'da hürriyeti bağlayıcı cezalar mümkün olduğu kadar az uygulanmakta ve kusur prensibi ceza tayininin esasını teşkil etmektedir.

Para cezalarına öncelik tanıyan prensip, ve hürriyeti bağlayıcı cezaların gerektiğinde (ultima - ratio) uygulanması görüşü, bu cezaların 6 aydan az olması halinde gerçekleştirildi. Böylece, ilk

planda basit suçlar alanında bu cezadan vazgeçilebileceğine olan inanç sebebi ile kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar istisna haline geldi. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın yerini para cezası aldı. Bununla beraber kanunkoyucu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza tayini yasağına iki istisna getirdi. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların uygulanmamasının ilk istisnası “hukuk düzeninin korunmasının zorunluğu olduğu” haldir. (CK. m. 47, f. 1). Bunun anlamı Federal Mahkemenin ifadesi ile şöyle açıklanabilir: Suç alışılmamış bir hukuk düşmanlığı veya saygısızlık anlamında görüldüğü veya ihlal edilen normun ciddiye alınmadığı hususunda toplumda yaygın bir kanıyı vurgulayınca, aksi halde, “adliyenin fonksiyonunu yerine getirebilmesinde kuşku yaratacak, bunun sonucunda toplumda hukuka olan inanç ciddi bir şekilde tehlikeye düşecektir. (BGHSt 24, 40/46/). Birinci istisnanın genel önlemenin vazgeçilmez gereğini aksettirmesine karşı, ikinci istisna özel önleme esasını gözönünde bulundurmaktadır. Eğer fail yaptığı spekülasyonlarla yalnız para cezası ile kurtulmak istemişse, veya fail basit suçlar işlemiş olmakla beraber, devamlı mükerrir ise, “hürriyeti bağlayıcı cezanın faile hissettirilmesinin kaçınılmaz olduğu hallerde” kısa süreli de olsa hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilebilir. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadan kaçınılması stratejisinin Alman Hukukundaki ikinci bir aşaması daha ortaya çıkar: buna göre, hakim olumlu sosyal tesbitler karşısında 6 aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaları *daima* erteleyecektir (m. 56). Böylece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanmamasını realist bir suç politikası sınırında tutabilmek için, kanunkoyucunun kendisi ile tutarlı bir davranış içinde olduğu söylenebilir. Buna karşı, son zamanlarda bazı ülkelerde kabul edilmiş olan —örneğin Türkiye’de de uygulanan— hafta sonu infaz veya yarı hürriyet rejimi içinde infaz veya ertelenen hürriyeti bağlayıcı cezanın kısmen infazı gibi, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz tarzı şeklindeki gelişmeye iltifat edilmedi.

Alman Hukukunda kusur prensibinin anlamı, cezanın verilebilmesi için yalnız failin fiili sebeble muaheze edilebilmesinin tesbit edilmesidir. Her şeyden önce kusur prensibinden anlaşılan, cezanın şartı olmasıdır: öyle ki, kusursuz hareket eden kişi cezalandırılmaz. Kusurlu hareket etmeyen cezalandırılmayacağına göre kusur prensibinden çıkan ilk zorunlu sonuç cezanın şartını teşkil etmesi-

dir. Diğer sonuç, cezanın kusur ölçüsünden fazla olmamasıdır. Öyle ise, ne objektif sorumluluk, ne de güvenin temini, kusur ölçüsünün üzerinde hürriyeti bağlayıcı bir cezanın verilebilmesine sebep olamaz. Özel önleme niteliği sebebiyle kusurun ölçüsünden *daha az* bir cezanın tayin edilebilip edilemeyeceği meselesi doktrinde tartışmalı ise de, içtihat bunu haklı olarak kabul etmemektedir. Bu hususta Federal Mahkeme aşağıdaki şu formülü belirtmiştir: “ceza ve kusur arasındaki oran esas olduğuna göre, kusura uymayan ne fazla ne de az ceza verilemez” (BGHSt 24, 132/134/: 29, 219/321/). Kusur prensibinin anlamı, cezanın failin şahsi sorumluluğunun derecesine uydurulması ve bir ölçü prensibi olunca, kolaylıkla belirebilecek ve toplum tarafından anlaşılacaktır. İşte bu sebeptir ki, kusura uygun bir cezanın verilmesi ile, adaletin gerçekleştirildiği topluma en iyi bir şekilde gösterilebilir ve genel önlemenin gereklerinin de yerine getirilmiş olacağı kabul edilir. Ceza failin fiildeki kusuruna göre tayin edilince, cezanın kısa süreli olması halinde toplumun tehlikeli suçlulardan korunması görevini üstlenmediği görülür ve bu halde kusur prensibinin kendisi ile tutarlı olabilmesi için müeyyideler sisteminin iki izlilik, yani hürriyeti bağlayıcı cezalar ve emniyet tedbirlerinden oluşması gereklidir. Cezanın infazından sonra uygulanan süresiz emniyet altına alma tedbiri Alman Ceza hukukunda iki izliliği karakteristik bir şekilde vurgulamaktadır. Ancak, bu müessesenin son senelerde uygulanması, sayı itibarile oldukça gerilemiştir. 1970 yılında hükümlülük 110 iken, 1980 yılında yalnız 41’dir. Toplam olarak kurumda emniyet altında bulundurulananların adedi 250’dir. Kusur prensibinden fedakarlık yapılmadıkça toplumun korunması için tehlikeli suçluların emniyet altında bulundurulabilmeleleri imkansızdır. İşte bu sebeptir ki, emniyet altına alma meselesi Almanya’da henüz halledilemedi. Toplumun tehlikeli suçlulardan korunması gereğine yönelik uygulamanın hürriyeti bağlayıcı cezaları uzun süreli olarak verme yoluna gittiği gözlenmektedir.

Türk Hukuku da kusur prensibini, failin kusuru ölçüsünde cezalandırılacağı şeklinde anlamaktadır. Ancak, bunun önemli istisnaları da vardır. Bir defa, kabahatlerde kast veya taksirin mevcut olup olmadığı araştırılmadan, hareketin suç tipine uygunluğu —aynen İngiliz Amerikan Hukukunda olduğu gibi —(Strict liability)— cezalandırmada yeterli olarak kabul edilmektedir. Bundan başka, eski Al-

man Hukukunda olduğu gibi, netice sebeble ağırlaşmış suçlarda failin netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması da aranmamaktadır. Nihayet, —eski Alman hukukunda ve bugünkü İtalyan Hukukunda olduğu gibi— hukuki hata esaslı hata sayılmamaktadır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalar ve emniyet tedbirleri şeklindeki iki izlilik Türk Hukukunda tam isnat kabiliyetini haiz olan failer için mevcut değildir. Süresiz bir tedbir olarak emniyet ve muhafaza altına alma ve tedavi tedbiri suç işleyen akıl hastaları, uyuşturucu madde ve alkol müptelaları için kabul edilmiştir. Ancak, buna karşı Almanyadaki emniyet altına alma kaidesi ile karşılaştırılacak bir müessese Türk Hukukunda olmadığı gibi, İtalyan Hukukuna da ilk defa 1930 Rocco Kanunu ile girmiştir. 1958 Türk Ceza Kanunu Tasarısı suçu itiyat haline getirenlerin emniyet altına alınabilmesini ilk defa öngörmüş ise de, yukarıda değindiğimiz gibi, bu tasarı kanunlaşmamıştır. Türk Hukukunda toplumun tehlikeli suçlulardan korunabilmesi tekerrür hükümlerinin uygulanması sonucu cezanın ağırlaştırılması ile temin edilmektedir.

Konferansımın 3. Bölümünde, kısa süreli, orta süreli ve uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara gelmiş bulunuyorum.

Daha önce değindiğimiz gibi, Almanya'da teorik olarak para cezalarının ön sırayı alması sonucu 6 aydan daha az olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, istisna halini aldı. Ancak, kısa süreli de olsa, hürriyeti bağlayıcı cezalardan vazgeçilemeyeceği olgusu karşısında uygulama bu istisnaya başvurmaktadır. 1980 yılında Almanyada 6 aydan az 50324 hürriyeti bağlayıcı ceza hükmünden % 79'u ertelenmiştir. Alman Hukukunda para cezalarının ödenmemesi halinde çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ertelenmesi sistemi kabul edilmediği için, bu hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlüleri cezalarını çekmek zorundadırlar ve böylece kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, burada karşımıza çıkmaktadır. Mahkemelet, gün para cezalarında gün süresini nadiren yüksek tesbit etmeleri sebeble genellikle bu süreler, 20-30 gün arasında değişmekte, bazen 30 güne kadar olabilmektedir. Para cezasını ödememesi sebebiyle hürriyeti bağlayıcı cezayı çekmek zorunda olan şahıs gurubu, esasta para cezalarında % 5,5 gibi oldukça düşük bir rakkam ise de, bütün para cezalarına hükümlülük adedinin 500 000 olduğu

düşünülürse, önemli bir yer işgal ettiği görülür. 1978 yılında para cezasının yüksekliğinden değil, meblağ az dahi olsa ödeme gücünün olmamasından dolayı ödenmemesi sebebiyle hürriyeti bağlayıcı ceza olarak infaz edilen hükümlülük 28 000'dir. Burada bahis konusu olan kişiler gurubu genellikle mal aleyhine basit suç işlemiş oldukça fazla sabıkası olan, mesleki durumu fena ve bozuk bir aile ilişkisi içinde yaşayan, esasen toplum dışında kalmış, cezaevleri nüfusunun çoğunu teşkil eden kişilerdir. 1979 yılında İtalyan Anayasa Mahkemesi, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmesini Anayasaya aykırı bulmuş ve bunun yerine kamuya faydalı bir işte çalıştırılmayı ve gözetim altında serbestiyi kabul etmiş olduğu halde, Almanya'da para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilme imkanının fakirler bakımından sakıncalı olduğu ve Anayasaya aykırılığı henüz bir karar ile tesbit edilmemiş olmakla beraber, bunun yakın bir zamanda gerçekleşeceği muhakkaktır. Para cezası yerine hürriyeti bağlayıcı cezadan başka bir alternatif Alman Hukukunda yoktur. Berlin ve Hamburg'ta para cezasından çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezanın sakıncalarına engel olmak için, kamuya faydalı bir işte çalıştırma kabul edilmiş ise de, şimdilik büyük bir başarıya ulaşamamıştır. Bununla beraber, bu konuda son söz henüz söylenmiş değildir.

Türkiye'de de mümkün olduğu ölçüde 6 aya kadar olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların tahdidine çalışılmaktadır. Ceza İnfaz Kanunu kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine bir gün karşılığı kabahatlerde 50.— ila 100.— TL, cürümlerde 100.— ila 200.— TL. arasında para cezasını, zararın tazminini, eğitim kurumuna devamlı keza kısmen oldukça sert yasaklar da kabul etmiştir. Bundan başka, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın hükümlünün oturduğu yerde, hafta sonunda veya yarı-hürriyet içinde infazına da karar verilebilmektedir. 1981 tarihli bir hükme göre, bir aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalar daima para cezasına çevrilecektir. Belirtilen bu iki hal, genel önleme etkisini azaltmaması için askeri mahkemelerden verilen kararlarda uygulanmayacaktır.

Para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilmesini kabul eden eski Ceza Kanunu hükümleri 1965 Ceza İnfaz Kanunu ile kaldırılmıştı. Hürriyeti bağlayıcı ceza yerine daha önce İtalya'da Zanardelli Kanununun da kabul ettiği gibi, kamu hizmetlerinde ça-

lıştırılma esası getirilmişti. Ancak, bu yeni düzenleme, Almanya'da olduğu gibi başarılı olmadı ve para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilmesi kabul edilerek 1965'den önceki sisteme dönüldü.

6 aydan 2 yıla kadar olan orta uzunluktaki hürriyeti bağlayıcı cezalar Almanya'da orta ağırlıktaki (derecedeki) suçlar için, tereddütsüz esas cezadır. Hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suistimal, yatakılık, tefecilik gibi mal aleyhinde işlenen önemli suçlarda, 180 ile 360 gün arasındaki para cezaları —bu 6 aydan bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaları karşılar— hürriyeti bağlayıcı ceza yanında seçimlik olarak tesbit edilmiş olması karşısında mahkemelerin oldukça sık ertelemelerine rağmen bu hürriyeti bağlayıcı cezaya değil de, para cezasını seçmeye mütemayil olacakları düşünülebilir-se de, çok ilginçtir ki, bu yola gidilmemektedir. Bunun sebebi mahkemelerin bu suçlarda para cezasını oldukça hafif görmeler i ve adil olmayacağı kanısına sahip bulunmalarıdır. 180 ile 360 gün arasındaki para cezaları her yıl 784 mahkûmiyet hükmünün altına düşmektedir. Yani yerine para cezasının verilebilmesi mümkün olan 6 aydan bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlerinin oldukça az bir kısmını oluşturmaktadır. Bu para cezasının önündeki para cezası dilimi 91 ile 180 gündür ve mahkemelerce özellikle basit suçlar gurubu içinde ağır telakki edilenler bakımından çekingen davranılmakta, bir yılda verilen 7657 mahkumiyet hükmü ile oldukça az uygulanmaktadır. Buna karşı, orta ağırlıktaki suçlarda verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar, bu cezaların üst sınırında seyrek olmakla beraber, genellikle ertelenmektedir. Bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaların yarısından fazlası ertelendiği halde, bir yıl ile iki yıla kadar olanlarda erteleme oranı % 18,5'dir. Bu durum bu süredeki cezaların ertelenebileceği kabul edilmekle beraber, "fiilde ve hükümlünün şahsında" bulunması gerekli bazı özel şartlara bağlanması erteleme uygulananabilmesini istisnai bir hale getirmiş olmaktadır (m. 56, f. 2).

Almanya'da ertelenmesi mümkün olmadığı için uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalardan anlaşılan 2 yıldan fazla olan cezalardır. 1980 yılında Almanya'da 5 156 olyda uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmiştir. Hükümlünün infaz kurumunda bulunma süresini daralttığı ve hürriyetten mahrumiyetin meydana getirebileceği

sakıncaları imkân nisbetinde azalttığı ve infazda hükümlüler için gerekli olan etkileri mümkün olduğu kadar gerçekleştirdiği için, şartla salıverilme imkanı uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarda önemli role sahiptir. Alman Hukukunda şartla salıverilme yapılan olumlu sosyal tesbitlerdeki normal durumda 2 aydan az olmamak şartı ile cezanın 2/3'ünün çekilmiş olması halinde mümkündür. (CK. m. 57, f. 1). Bir yılda şartla salıverilenlerin bilhakkın tahliye edilenlere oranı ucu ucuna % 30 gibi oldukça düşük bir rakkam ise de, bunun sebebi kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar ile para cezasından çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezalarda şartla salıvermenin imkansız oluşu ve bu cezaların adedinin fazlalığıdır. Uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarda şartla salıverilmenin uygulanabilmesi için kaide, cezanın 2/3'ünün infaz edilmiş olmasıdır. Ancak, "fiilde ve failin şahsında mevcut özel haller" sebebi ile ve en az bir yıl olması kaydı ile cezanın yarısının infaz edilmiş bulunması halinde, bir imtiyaz niteliğinde, şartla salıverme de kabul edilmiştir (CK. m. 52, f. 2). Burada, bahis konusu olan bu hal, bir istisnadır. Müebbet hürriyeti bağlayıcı cezada da 15 senenin infazı ile şartla salıverme imkanını getiren yeni hüküm (CK. m. 57 a) 1 Mayıs 1982 tarihinde yürürlüğe girmiş olması sebebiyle, uygulaması hakkında henüz bir sonuç mevcut değildir. Eyaletlerde, müebbet hürriyeti bağlayıcı cezalarda şimdiye kadar af yolu ile salıverme, cezanın ortalama 17-18 yılının infazından sonra gerçekleştirilmekte idi.

Türk Ceza İnfaz Kanunu cezaları yalnız kısa ve uzun süreli olmak üzere ikiye ayırmıştır. 6 aydan fazla olan hürriyeti bağlayıcı cezalar uzun sürelidir. Türk Hukukunda da hükümlülük süresinin 2/3'ünün iyihalde geçirilmesi halinde, kısa ve uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarda şartla salıverme mümkündür. Alman Hukukunun aksine infaz kurumunda en az geçirilmesi gereken bir süre olmadığı için kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalarda da şartla salıverme gerçekleşebilmektedir. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, örneğin oturulan yerde infaz gibi, özel bir infaz şekli içinde gerçekleşmekte ise, şartla salıvrme mümkün değildir.

Son olarak, Almanya'da hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından üzerinde durulan diğer bazı reform tekliflerine de bir göz atmak istiyorum. Alternatif Tasarının 6 aydan az olan hürriyeti bağlayıcı cezaların tamamen kaldırılması konusundaki isteği, yaptığımız bütün

açıklamalar karşısında gerçeğe uygun değildir. Gerçekten şudur ki, cezaların para cezası lehine önemli bir şekilde gerilemesine rağmen, her sene 50.000 kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi, uygulamada bu cezadan vazgeçilemeyeceğini göstermektedir. Herşeyden önce, ertelenmiş cezanın kısa bir süresini infaz eden Fransız örneği düşünülmelidir. Para cezalarının hürriyeti bağlayıcı cezalara çevrilebilme imkanının tamamen kaldırılması, para cezalarının etkinliği bakımından tehlikeli olur. Bunun yerine hükümlünün çalışarak para cezasını ödemesi yoluna gidilmeli ve eğer hükümlü çalışma zorunluluğunu yerine getirmediği takdirde, bu halde para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilmelidir. Bu durumda fakir hükümlünün zarar görmesinin haklı bir sebebi olamayacağı için, para cezasından çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezanın da yükümlülükler tesbit edilerek ertelenmesi kabul edilmelidir. "Failin ileride tekrar suç işlemeyecek hale getirilmesi, para cezası ile elde edilebilecekse" 2 yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezaların para cezasına çevrilebilmesi alternatif tasarının diğer bir önerisidir. Bugün dahi mahkemeler 180 ve 360 gün üzerinden para cezalarını verebilme imkanına sahip olduğu halde, yok denecek kadar az uyguladıkları ve teklif edilen şekil sonucu para cezasının 360 ile 720 gün olarak verilebileceği gözönünde tutulursa, bence bu öneri bir ütopyadır. Bundan başka bugün elde edilen tecrübelerle göre az bir miktar para cezası dahi geliri az kişilerce ödenemediğine göre, gün para cezalarında gün adedinin önemli derecede arttırılması, bu cezanın ödenmemesi sebebiyle çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezaların da ciddi bir şekilde artmasına sebep olacaktır. Alternatif Tasarının ertelemeye normal sürenin iki yıla çıkarılması önerisi bence yerindedir: böylece, bugün için bir senenin üzerindeki cezalar bakımından erteleme imkanı da artık istisna olmaktan çıkmış olacaktır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalarla ilgili diğer hususlarda Almanya'daki mevcut kaide bence dengelidir; yani bir taraftan ağır olmadığı gibi, diğer taraftan genel önleme görevini yerine getirmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezalar alanında daha başka bir reforma gidilmesinde bugün için herhangi bir sebep yoktur.

Ümit ediyorum ki, hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından Alman tecrübeleri, yapacağı reformda Türk Kanunkoyucusuna faydalı olur. Beni dinlediğiniz için sizlere teşekkür ederim.