

ÇEVİRİ

İTALYAN CEZA KANUNU TASARISI*

Çeviren: Ar.Gör. Vesile Sonay Evik**

Konu ve çalışmanın metodu hakkında ön inceleme

21 Ekim 1998 tarihinde Adalet Bakanı, Parlamento ve Bakanlık Komisyonları tarafından yapılan çalışmalardan hareket ederek, ceza kanununda reform çalışmalarını yapmak gerektiğini; öncelikle de şu konularda inceleme yapılması gerektiğini ortaya koydu: a) genel önleme ve özel önleme gereklerinin uyumlaştırılarak rasyonelleştirilmesine yönelik bir perspektifle yaptırımlar konusu; b) cezai koruma gerektiren hukuksal yararların ve suç tiplerine ilişkin kabul edilebilecek uç noktaları belirledikten sonra, cezai müdahale alanının daraltılması konusu. Üniversite öğretim üyelerinden, ceza hakimleri ve avukatlarından oluşan bir uzmanlar komisyonu kuruldu. Komisyonun amacı: ceza kanununun genel kısmıyla özel kısmının reform önceliklerini ve bu konudaki eğilimlerini ve ayrıca Parlamantonun incelemekte olduğu önlemlerle Adalet Bakanlığı nezdinde oluşan diğer çalışma grupları tarafından yapılan çalışmalarla koordinasyon içinde (özellikle de tüzel kişilerin cezai sorumluluğu ve depenalizasyon konusunda) yetki kanunu tasarısının kriterlerini ortaya koyan bir raporun yazılması idi.

Çalışmanın tamamlanması süresi, 30 Haziran 1999 olarak

* İtalyan Adalet Bakanlığı tarafından 1.01.1998 tarihli kararname ile kurulan Bakanlık Komisyonu'nun hazırladığı Ceza Kanunu Reform Tasarısı'nın ceza sistemi ile ilgili kısım hariç tam metnidir. Komisyon tasarımı 15.07.1999 tarihinde tamamlamıştır.

** İstanbul Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

belirlendi. Komisyon, kuruluş kararnamesinde bulunan belirlemeleri dikkate alarak belgenin yazılması için sürenin dar olduğu; bu nedenle de genel kısım ile özel kısmın aynı özenle çalışılmayacağı, öncelikle genel kısmın ele alınacağı ve özellikle özel kısım açısından ilgili disiplinin dayanması gereken genel kriterlere ilişkin görüşleri şimdilik bir tarafa bırakmanın uygun olacağı görüşüne vardı.

Parlamentoda tartışılan veya onaylanan tasarılarından kesin sonuçlara ulaşılamamış ve özellikle özel kısmın ayrıntılı bir analizi için genel kısmın esasındaki tercihler hakkında ve özel kısmın ayrıntılarının dayandığı genel kriterler hakkında uzlaşma gerekiyordu.

Komisyon Bakanlık tarafından alınan bilgileri takip ederek Parlamento ve Bakanlık komisyonu tarafından ceza kanununun reformu konusunda gerçekleşen çalışmaların; özellikle 1992 Pagliaro Komisyonu tarafından hazırlanan yetki kanunu tasarısı ve XII. Yasama dönemindeki Senatonun Adalet komisyonu tarafından hazırlanan genel kısım reformu kanun tasarısını dikkate alarak, 26 Ocak 1999 tarihinde Cumhuriyet Senatosu'nun Adalet komisyonu inceleme kurulunda sunulan açıklamalı raporun analizinden yola çıktı.

Komisyon çalışmaları, alt komisyonlar tarafından oluşturulan ortak raporların araştırılması, incelenmesi ve yazılması ve Genel Komisyon tarafından bu raporların tartışılması ve gözden geçirilmesi faaliyetlerinden oluştu.

12 Haziran 1999'da tamamlanan oturumlarda karşılaşılan bazı problemler hakkında ortaya çıkan görüşlerin farklılığı dikkate alındı. Komisyon tamamen alt komisyonlarda ve genel oturumlarda hazırlanan metne dayanarak son raporun yazılması görevini Başkana verdi. Alt komisyonlar ve üyeler tarafından oluşturulan raporlar, genel tartışmada bazı noktalarda aşılmış da olsa 1 ve 13 numaralı metinde ele alındı.

I. Eylemin Hukuksal Yararı İhlal Etmesi Zorunluluğu (Ç.N. hukuksal yararı ihlal etmeye uygunluğu) ve Ceza Hukuku Açısından Önemsiz Olması

Eylemin hukuksal yararı ihlal etmesi zorunluluğu ve özellikle ceza hukuku açısından önemsiz olması cezacılar arasında tartışmalara neden oldu. Komisyon konuyu bir alt komisyona verdikten sonra alternatif tasarılar oluşturularak teknik hukukçular arasında ve özellikle politikacılar arasında tartışılan sonuçlara atıf yapılarak herkesin bulunduğu oturumda ilkin iki konu tartışıldı.

1. Eylemin hukuksal yararı ihlal etmesi zorunluluğu

Komisyon her şeyden önce en son yapılan reform projelerinde sürekli yer alan eylemin hukuksal yararı ihlal etmesi zorunluluğu prensibinden hareket etti. Bu prensip Pagliaro yetki kanunu taslağında, başlangıç maddelerinden birinde tesadüfi olmaksızın kanunilik prensibinin belirtilmesinden hemen sonra düzenlenmişti ve cezalandırabilirliği hukuksal yarara zarar veren fiillerle sınırlayacak şekilde normun yorumlanması prensibini öngörmeyi teklif ediyordu (4/1). 4 Kasım 1997 'de iki meclisten oluşan komisyon (bicamerale) tarafından kabul edilen Anayasanın ikinci kısmının revizyonu tasarısında "suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kişi somut bir ihlal meydana getirmediği cezalandırılmayacaktır" şeklinde açıklanmıştı. Komisyon, kanuna böyle bir prensibin eklenmesi yönündeki görüşlerin de ötesinde, (en önemli) hukuksal yararları korumayı amaçlayan ve özellikle korunan menfaate zarar veren hareketlerin cezalandırılmasını sağlayacak şekilde suç oluşturan fiilleri olabildiğince kesin olarak tanımlayan bir ceza hukuku çerçevesinde, ceza sorumluluğunu, korunan hukuksal yararı ihlal etmeye bağlamanın mutlak bir ihtiyaç olduğu görüşündedir. Sonuç olarak yeni ceza kanunu, suç oluşturan fiilin cezalandırılması için ceza normu tarafından korunan hukuksal yararı ihlal etmesi gerektiği prensibini baş unsurlar arasında açıkça açıklamalıdır.

Uyuşmazlıklar kuralın tanımlanması şekillerinde ve ona

ilişkin özel pratik sonuçlarda ortaya çıktı. Bu uyuşmazlıklar doktrinde son 30 yılda tartışılan ihlal prensibi hakkında ortaya çıkan farklı görüşlerin önlenemez yansımasıydı. Komisyonun bir kısmı, ceza kanununa suçun ihlal etmesi zorunluluğu prensibinin bicamerale komisyonunun yazarları tarafından geniş şekilde düzenlendiği gibi olması gerektiğini ileri sürdü: suç olarak öngörülen bir fiili işleyen kişi, korunan hukuksal yararı somut olarak ihlal etmedikçe cezalandırılmayacaktır. Bu tercihin anlamı açıktır. Amaç suçun yapısal unsurları arasına ihlali ekleme ve sonuç olarak hakime ceza normu tarafından öngörülen soyut unsurları oluşturan bir fiilin normun korumaya yöneldiği yararı somut olarak ihlal etmediğinde ceza sorumluluğunu kaldırma imkanının verilmesi ve bunun açık bir normda belirginleştirilmesidir. Doktrinin bir kısmı bugün ceza kanunu 49/2den bu sonucun çıkarılabileceğini ileri sürmektedir.

Komisyon üyelerinin bir kısmı tarafından bu düzenlemenin pratik önemi, özellikle tehlike suçları alanında, korunan hukuksal yararı somut olarak ihlal etmesi için zorunlu olarak somut tehlike suç vasfını almaları gerektiği şeklinde ortaya kondu. Yukarıda bahsedilen 49/2nin yorumlanması tesadüfi değildir. Doktrin ve içtihadın bir kısmına göre Rocco ceza kanununda öngörülen soyut tehlike suçları veya en azından bunların büyük bir kısmı, somut tehlike suçu olarak anlaşılmalıdır.

Komisyonun diğer kısmına göre Pagliaro yetki kanunu taslağı modeline göre ihlal prensibi ceza kanununa yorum kriteri olarak getirilmelidir. İhlalin suç tipinin yapısı itibariyle açıklanması gerektiği önşartından hareket edilerek, ceza normu tarafından belirtilen temel unsurlara kurucu ek bir unsur olarak kabul etmeye gerek olmadığı belirtilmiştir. İhlal, suç tipinin anlamını ve değerini araştırmak için başlıca ve esaslı unsur olsa da yorum rolü gerçekleştirilmelidir. Yapısal olduğu görüşüne göre tipiklik alanı suçu tanımlayan unsurlar arasında yer alan ihlalle birlikte belirlenir. Yorum görüşüne göre ise suçu tanımlayan unsurlar tipikliğin dış sınırını oluşturur, tipikliğin içinde ihlal diğer ayırıcı unsur işlevi görür.

Komisyonun diğer üyeleri, bu perspektifte özellikle ihlal prensibini kabul etmenin ne soyut tehlike suçlarına karşı tavır alma, ne de hakime suç tipinin yapısını değiştirme yetkisi verme anlamı almaması gerektiğini açıkça belirttiler.

2. Eylemin ceza hukuku açısından önemsiz olması

Komisyon, her şeyden önce yargıya, bir suç tipine uymasına rağmen ceza hukuku açısından önemsiz kabul etmeye neden olabilecek marjinal durumları koğuşturulamaz ve cezalandırılmaz olduğunu açıklama imkanının verilmesi bahsinden hareket etti.

Bir açıdan, eylemin önemsiz olmasının, bizim düzenlememizde çocuk hukukunda sınırlı olarak zaten mevcut olduğu saptandı, 22.9.1998 tarihli, 448 sayılı Cumhurbaşkanı Kararname-sinin 27/1' de "hazırlık soruşturması sırasında eylemin hafifliği ve hareketin tesadüfiliği ortaya çıkarsa savcı, yargılamanın devamının küçüğün ıslahına zarar verebileceği halde hakimden eylemin önemsiz olmasından dolayı koğuşturmama kararı vermesini talep eder".

Diğer açıdan sorunun güncelliği vurgulanarak, bazı kanun tasarılarında (medeni uyuşmazlığın tanımı konusundaki hükümleri içeren kanun tasarısı 4625) duruşma salonlarının tıkanıklığını açmak amacıyla koğuşturulamaz ve bunu takiben cezalandırılmazlık sebepleri altında eylemin önemsiz olmasının dikkate alınması aşağıdaki şekilde öngörüldü:

1. Yasanın üst sınırı 3 yılı aşmayan hapis cezası veya yalnız para cezası veya söz konusu cezayla birlikte para cezasının öngörüldüğü suçlardan dolayı eylemin ceza hukuku açısından önemsiz olduğu sonucu çıkarsa fail cezalandırılmaz.
2. Korunan hukuksal yarara göre meydana gelen zarar veya tehlike az ise ve hareketin şekli, tesadüfiliği, suçlunun suç işleme yeteneği ve kusurun derecesi değerlendirildiğinde ceza davasının açılması kamu yararı açısından gerekli değilse sanık cezalandırılmaz.

3. Eylemin ceza hukuku açısından önemsiz olması sadece savcının veya sanığın talebi varsa kabul edilebilir. Ceza davası açılmışsa eylemin önemsizliği sanık buna karşı koymazsa kabul edilebilir”.

Millet Meclisi tarafından ve daha sonra da Meclis Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen uzlaşma hakiminin ceza yetkisi konusunda yetki kanunu tasarısına göre (16/1) “eylemin hafif olması ve hareketin tesadüfi olması halinde yargılamaya devam edilmesi, soruşturmaya maruz kalan kişinin veya sanığın iş, eğitim, aile, sağlık ihtiyaçlarına zarar verebilecekse yargılamanın sonuca bağlanması mekanizması getirilmesi” öngörülmüştür.

Söz konusu kurum, ceza adaletine yönelik olması nedeniyle önemli olsa da Carotti tarafından eklenen testten çıkarıldı ve bugün için ceza sistemine getirilmesi beklenmemekte; Komisyon Avrupa’da benzer kurumların kullanılması örnekleri üzerine, kurumun olası kullanılmasının getireceği problemlere karşı koymak gerektiği görüşündedir.

Komisyonun bir kısmı, yargıya verdiği aşırı keyfilik ve kamu davasının mecburiliği ilkesine ilişkin olarak nasıl tanımlanırsa tanımlansın anayasal sorunlar nedeniyle yeni kurumun getirilmesine tamamen karşıdır.

Komisyonun diğer kısmı ise sorunlardan kaçmayarak bu konuda oldukça açık bir tutum benimsedi. Kurumun her ne olursa olsun küçükler söz konusu olduğunda iyi işlediği saptanmıştır. Koğuşurmama (veya ihlalin olmadığı kabul edilmesi) konusunda görülen uygulamalar dikkate alınırca, kriterin fiilen herhangi bir düzenleme ve kontrol olmaksızın zaten belirli bir genişlikle uygulandığı görülmekte, bu konuda esaslı ve rasyonel bir düzenlemenin olması, kanunilik alanında olumlu bir etki yaratacaktır. Nicelik açısından önem arzetmeyen suçlarda zararın az olması veya eylemin hafif olması kriteriyle ceza hukuku açısından önem arzeden alanın bulunmadığı kabul edildi (örneğin malvarlığıyla ilgili suçlar, vergi suçlarında tipik de olsalar, cezalandırabilirliğin yeterlilik sınırının kullanılması söz konusudur). Anayasaya aykırılık şüphelerinin görünüşte bir problem oluşturduğu ileri sürüldü, ceza (kamu)

davasının mecburiliği prensibi, savcıya adalet ve diğer nitelikteki özel ve kamusal menfaatler arasında ikincileri (kamusal menfaatleri) üstün tutarak değerlendirme görevini veren belirli özel durumları öngörmesi imkanını ortadan kaldırmaz; savcının bu değerlendirmesinin ayrımcılık yapmamayı garanti eden mecburilik prensibine bağlı değerlere zarar verecek şekilde olamayacağı esastır. Bu yüzden mecburilik prensibi “siyasal güce rastlantısal ve ani sebeplerden dolayı ceza davasının açılmasını engelleme yetkisinin verildiği haller olarak değil, kanun tarafından önceden belirlenen durumlara dayanarak genel kategoriler” şeklinde oluşturulmaktadır.

Komisyon üyeleri yeni kurumun gelişine karşı koymadılar, (her şeye rağmen lehe bir kurum olduğu unutulmasın) ceza sorumluluğu sistemini bozmaksızın kurumun kullanılabileceği sınırlar hakkında dikkatlice düşünmek gerekir.

Bu konuda bazı şartlar belirlendi:a) kurumun uygulanma alanının cezanın yeterlilik sınırıyla sınırlanması gereği b) somut olarak önemsizlik hükmü için, fiilin esas unsurlarının öncelikle dikkate alınması: eylemin özel hafifliği, zararın veya tehlikenin azlığı ve kusurun derecesinden ortaya çıkan eylemin özel hafifliği c) a ve b’de belirtilen unsurların varlığına rağmen önemsizliğin kabulünde negatif sınırlar olarak oluşturulması gereken, eylemin tesadüfiliği veya fail tarafından tekrar edilemez olmasının tahmini gibi eyleme yabancı unsurların dikkate alınması d) değerlendirme kriterlerini somut olarak başka bir hareketin gerekmediği durumlara genişletme imkanı.

Komisyonun bazı üyeleri, yargılama alanında koğuşturma sebebi olarak düzenlenmesi şartıyla (maddi ceza hukuku alanında cezalandırılmazlık sebebi olarak değil) kurumun getirilişine karşı olmadıklarını açıkladılar.

II. Cürüm/Kabahat Ayrımının Kaldırılması veya Korunması

Suçların cürüm ve kabahat olarak ikili ayrımı önce alt komisyonda sonra komisyonda geniş tartışma konusu oldu. Üyelerin bir kısmına göre ceza konusunda etkili değişiklikler geti-

ren (tutuklama yerine yarı tutukluluk, tutuklamanın kalkması gibi) Pagliaro yetki kanunu taslağı ile Riz kanun tasarısının öngördüğü kabahatlerin muhafaza edilmesi modelinin aşılarak, (kabahatleri) ortadan kaldırma zamanı gelmiştir.

Gerçekten önemsiz ihlalleri depenalize ederek ve diğerlerini cürüm olarak öngörerek kasti ve taksirli sorumluluk halinin gerekli olduğu hallerde taksirli durumları açıkça düzenleyerek (değişik cezalandırarak) suçlar sistemini basitleştirmeye yönelik bu tasarının sebepleri şu şekilde özetlenebilir: a) suçların bir kategoriye yerleştirilmesinde yapılan tercihin sık sık irrasyonel ve tesadüfi olması, bunlar arasında yalnız para cezası ile cezalandırılan cürümlerin varlığı ve oldukça ağır fiillerin kabahatler arasına yerleştirilmesi söz konusu; b) taksirli hareketlerle kasti hareketlerin tek bir çerçevede ele alınması; c) oldukça önemli kabahatlerin zamanaşımının uzun ve araştırmasının (ispatının) zor olması nedeniyle kolayca işlenebilirliği; d) düzenlenen cezaların sık sık infaz edilmemesi veya hatta infaz edilemezliği ve sonuç olarak sayısız kabahatlerin öngörülmesinin gerçekten sembolik olması; e) çok sayıda kabahatlerin öngörülmüş olması.

Komisyonun diğer kısmı ise kabahatler modelinin muhafaza edilmesinin yararlı olacağı görüşündedir. Buna dayanarak altı çizilen hususlar şunlardır:

- a) etkililiğin (belirli) sınırlarını aşan bir depenalizasyonun gerçekleştirilmesi zorluğu karşısında cürümler kategorisinin gereğinden fazla artma tehlikesi;
- b) suç tipinin dinamik yapısına özel uygunluğu nedeniyle kabahat modelinin sürekli geçerliliği (taksir veya kast şeklinde ayrımsız sübjektif unsurla sırf hareket suçları ve soyut tehlike suçları)
- c) kolaylıkla cürümlere dönüştürülemez kabahatlerin öngörülmesi (örneğin, iş güvenliğine ilişkin kabahatler), ve böylece yargı kontrolüne maruz kalmaya devam amacıyla her ne olursa olsun depenalizasyondan kaçınmak gereği;

- d) Pagliaro yetki kanunu taslağında tedbir kurallarına aykırılık, yetki, izin, kontrol veya gözetim gibi idari yetkilere bağlı faaliyetlerin kurallarına aykırılık oluşturan suçlar ve küçük ihlal fiillerinden oluşan üç kategori suç şeklinde belirlenen kabahat suçu modelinin geçerliliği.

Kabahatlerin kolayca zamanaşımına uğramasını önleyecek şekilde düzenlenmesi veya yaptırımların sürekli etkisizliğinin uygun bir disiplinle aşılması üzerinde duruldu. Her şeye rağmen hafif hapis cezasının kaldırılması ve onun yerine Pagliaro yetki kanunu taslağındaki modele göre hapisten başka cezaların getirilmesi konusunda uzlaşıldı.

III. Kusurluluk Prensibinin Gerçekleştirilmesi

1. Genel prensipler

Ceza hukukunun vazgeçilemez (olmazsa olmaz) temel prensiplerinden biri olan kusurluluk prensibinin belirlenmesi doktrinde ortak görüşü oluşturmaktadır. Prensibin anayasal önemi Anayasa mahkemesi tarafından 364/88 sayılı esas kararda açıklandı. Kusurluluk prensibinin tam uyumlaştırılması ceza kanunu reformunun esas gayesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Sübjektif isnadiyetin (sorumluluğun-imputazione soggettiva) yapısına ilişkin olarak yürürlükteki sistemin esas yapısı geçerli kabul edilmekle birlikte, kusurluluk prensibinin tam gerçekleştirilmesine yönelik değişikliklerin yapılması ve gereksiz hükümlerin çıkarılması gerektiği belirtilmiştir.

Bu perspektifte benimsenenler:

a) sübjektif isnadiyetin (sorumluluğun) temel şekli olarak kast ve taksirin öngörülmesi;

b) fiili hata veya yanılma halinde ve Anayasa Mahkemesi tarafından açıklanan şekilde fiilin hukuka aykırılığı hakkında kusursuz hata veya yanılma halinde ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi;

c) taksirli cürümlerin açıkça öngörüldüğü haller dışında cürümlerde kast sorumluluğu;

d) kabahatlerde (eğer kabul edilirse II.'ye atfen) kast veya taksirden fark olmaksızın sorumluluk;

2. Kast ve taksir

Rocco kanununun tanımları çözümler getirmekten çok problemlerin doğmasına yol açmıştır. Reform alanında ortaya konan tercih, yeni ve daha uygun tanımlarla pratiği yönlendirme veya hukuk kültürünün rasyonel kurumlarının işlemesine bırakılarak kanuni herhangi bir tanımdan vazgeçilmesidir. Hukukun kesin (belirgin) olması gereği nedeniyle kanuni tanımların tercih edilebilir olduğu kabul edilmiştir.

2.1. Kasta ilişkin sorunlar

Kusurluluğun en ağır şekli ve cürümlerin sübjektif isnadiyetinin normal kriteri olan kasta ilişkin temel konularda uzlaşmıştır. Kast, hukuka aykırı fiilin gerçekleştirilmesi hakkında bilinçli irade demektir; bilinç, yapılan fiilin ceza hukuku bakımından tipikliğinin bütün unsurlarını kapsamalıdır.

Muhtemel kast, teoride ve pratikte problemleri alanı oluşturmaktadır. Pagliaro taslağı, "muhtemel kastı, şüpheye yer vermeyecek şekilde kapsayan" bir kast tanımı yaparken kasten sorumluluğu, hareketlerinin sonucu olarak kesin olmayarak tasavvur eden failin fiillerine genişletme gereğini açıklamakla yetinmiştir. Gerçekte reform alanında yapılması gereken, muhtemel kastın zaten tartışmasız olan normatif durumunu sağlamlaştırmak değil, tersine kastın bu şeklinin sınırlarını belirlemektir: "riskin kabul edilmesi" şeklindeki formül tamamen gereksizdir; uygulama, tanım açısından, ispat ve uygulama açısından kastın genişletilmesi tehlikesini ortaya koymaktadır.

O halde hukuka aykırı fiilin iradi olarak gerçekleştirilmesi, neticenin öngörülmesi veya (daha genel olarak) fiilin kesin olmayarak tasavvur edilmesi gibi minimum koşulların belirlen-

mesi söz konusudur. Tecrübeye göre kanun koyucunun şunları belirlemesi yararlı olabilir:

a) kasten isnadiyet için her ne olursa olsun tipik fiilin genel bir imkanla değil, yüksek ihtimalle, gerçekleşmesinin tasavvur edilmesi;

b) tasavvurun konusu, hukuka aykırı herhangi bir şeyin genel olarak tasavvur edilmesi değil, somut olarak gerçekleştirilen fiilin (kesin olmayarak) ihtimal dahilinde olmasıdır.

2.2. Taksire ilişkin sorunlar

Taksire ilişkin olarak, esas alınan taslak, tedbir fonksiyonu gören davranış kurallarına uymayarak gerçekleştirilen fiil nedeniyle sorumluluğun yüklenmesini öngörmektedir. Rocco kanununun formülüne ve bunun uygulamasına göre değişik problemler oluşmuş ve ortaya konmuştur:

a) Taksir hükmüne ilişkin tedbir kurallarının belirlenmesi. Öngörebilirlik ve önleyebilirlik kriterlerine göre oluşturulabilen "formalize edilmemiş" kuralları (özen, tedbir, uzmanlık) ve normatif düzeyde tipikleştirilen kuralları (kanunlara uymama vs.) dikkate alan yürürlükteki model geçerli olarak kalmaktadır.

b) Öngörebilirlik sorunu: neticenin öngörülmesi (daha iyi söylemek gerekirse, somut olarak gerçekleştirilen tipik bir fiilin) tedbir kuralına aykırılık oluşturan taksirli suç tipini karakterize eden bağımsız bir unsur olarak dikkate alınmalı veya alınmamalı mı? Geçmiş yıllarda amyantın ortaya çıkışıyla tümöre ilişkin davalarda olduğu gibi yargılama konusu olaylarda konunun önemi iyice ortaya çıkmıştır: taksirle adam öldürmeden dolayı sorumluluk için tozların ortaya çıkmasına ilişkin genel tedbir kurallarına aykırılık yeterli midir yoksa fiil yapılırken bilinebilen bilgiler ışığında tümörden ölüm neticesinin öngörülebilirliği aranır mı?

c) Önlenebilirlik sorunu: özen kuralına uygun bir hareket

dahi yapılmaksızın neticenin önlenmediği ortaya çıkar-
sa taksirle sorumluluk kabul edilebilir mi?

- d) Taksirin ölçüsü. Pagliaro taslağı (12. Madde) taksirin tanımının “bütün isnadiyet şekillerinde sıkı sıkıya kişiye bağlı bir kritere dayanarak” yapılmasını önermektedir. Belirleme pek açık olmasa da taksiri sırf objektif olmayan bir kritere bağlamak gerektiğini ifade etmektedir. Böyle bir amaç için faaliyet tipine göre farklı model fail kriteri yeterli midir veya kişisel yeteneksizlik durumlarına önem verilebilir mi (verilmeli mi) ?
- e) Mesleki faaliyetlere ilişkin taksirin ölçüsü: Özel zorluğu olan mesleki çalışmalar nedeniyle medeni kanunun öngördüğü ağır taksirin sınırı ceza hukukunda da geçerli midir? Uygulama, belirli çalışmaların özel zorluklarını dikkate alarak acemilik nedeniyle taksirin sınırlanması gerektiğini kabul etmektedir. Normatif düzeyde başka alanlarda öngörülen sorumluluğun olası sınırları prensibinin ceza hukukunda da geçerli olduğu açıkça ifade edilebilir.
- f) İzin verilen risk. Tehlikeli faaliyetlerin gerçekleştirilmesi konusunda kabul edilen ortak görüş, izin verilen riskin sınırlarının menfaatlerin dengelenmesine dayandığını kabul etmektedir: bir yandan faaliyetin gerçekleştirilmesi menfaati diğer yandan ona bağlı riskin ölçüsü (zararlı neticelerin ihtimali ve doğası itibarıyla). Tehlikeli faaliyetler disiplninde bu dengelemenin somutlaştırılması kritik noktayı oluşturmaktadır.

Taksire göre, kanun, tüzük vs. tarafından oluşturulan daha karmaşık tedbir kuralları sistemi dikkate alınır: böyle sistemler olduğunda genel taksir kriterlerine ilişkin kıstasları uygulamak mümkün müdür? Prensip olarak kanun koyucu tarafından sınır değerlerini veya diğer belirli parametreleri belirleyerek kabul edilebilir riskin sınırlarını değiştirmek için genel taksir kıstaslarının kullanılmayacağı uyarısıyla olumlu cevabın geçerli kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Kuralın kesin olması ile “bütün alanı” koruma gereği arasındaki ilişkinin

önemi, Anayasa mahkemesi tarafından 312/96 (riskin en aza indirilmesi için kanunun gerekli teknik, organize ve usuli tedbirlere atfı) incelenen sorunlarla iyice gösterilmiştir. Mahkeme tarafından önerilen çözüm (değişik sektörlerde genellikle kabul edilen standartlara ilişkin olarak) kuralın belirliliğini sağlamaya yöneliktir, tedbir kurallarının uygulamayı kontrol etme fonksiyonu olan (demek ki sadece geçerli kılmayan) özel normatif boyutunu kaybetme riskini taşımaktadır. Burada radikal bir soru sorulmaktadır: izin veren kaynak tarafından genel yönerge olarak özel nitelikler belirtilmeksizin (yeteri kadar) belirli kurallarla belirli riskleri en aza indirme gibi genel koşullar, ceza alanında doğrudan uygulanabilir mi?

3. Hata halleri

3.1. Hukuki hata

Hukuki hata, Anayasa mahkemesi tarafından 364/88 sayılı kararla yeni bir boyut kazanmıştır. Yapılan fiilin hukuka aykırılığı hakkında hata (veya yanılma) kusursuz ise (kusursuz hata veya yanılma halinde) (anayasal bağla) kusurluluğu ortadan kaldırır.

Ceza hukukuna veya genel hukuka aykırılığı bilmek gerekir mi gerekmez mi sorunu (doktrinde ve içtihatla uyumsuzluk olan) failin kusurluluğunu kabul etmek için yapılan fiilin hukuka aykırılığını bilme imkanını yeterli kabul ederek çözümlenlidir. Kural hakkında hatayı (önlenebilen hata da dahi olmak üzere) mazur gösteren daha geniş bir anlama doğru gidiş, cezalandırma yetkisinin keyfi müdahalelerinden bireyin korunmasında, ceza sisteminin genel önleyici etkisini zayıflatma riskini taşır. Kasten sorumluluğun yüklenmesi (yani kusurluluğun en ağır şekline göre ve kabul edilen yaptırımsal sonuçlarla) fail tarafından her zaman fiilin hukuka aykırılığının bilinebilir olması şartıyla fiilin istenerek gerçekleştirilmesine dayanır. Suç tipinin uygun olarak seçilmesi ve oluşturulmasıyla, hukuka aykırılık hakkında kabul edilebilir hata alanını en aza indirmek gereği tabii ki öncelikli gelmektedir.

3.2. Fiili hata

Suç oluşturan fiil hakkında "esaslı" hatanın önemi, kast ve taksir hakkındaki prensiplerin mantıki sonucudur ve açıkça kabul edilmese de tanınmaktadır. Fiili hata kastı kaldırır, taksirliyse taksiri kaldırmaz, kusursuzsa taksiri kaldırır.

Ceza kanunu dışındaki kanunlar hakkında hata özel bir problem ortaya çıkarmaktadır, içtihat ve doktrin arasında tartışma konusudur. Reform açısından yürürlükteki 47.maddenin son fıkrasının doğru yorumunun ve tercih edilen çözümün ne olduğunu belirlemek önemli değil, her şeyden önce kusurluluk prensibi tarafından konulan koşulları dikkate alarak ve mevcut yorum belirsizliklerini ortadan kaldırarak açık normatif bir formül bulmak gerekir. Teorik olarak olsa da açık bir norm, bazılarında gereksiz gibi gelebilir, bu konuda muhtemelen ispat kolaylığı açısından içtihat tarafından kabul edilen hukuki prensipleri öngören yerinde bir normla uygulamanın düzeltilmesi zorunluluğu karşısında özel bir disiplin gerekli olabilir. Amaç, hukuki profil veya her ne olursa olsun cezai tipikliğin dayandığı değerlendirme açısından hataya düşerek, fiilin anlaşılmasını etkileyen hatanın genel prensiplerinin uygulanmasını sağlamaktır.

3.3. Birden fazla suç arasında ayırıcı unsurlar hakkında hata ve hukuka uygunluk sebepleri hakkında hata

Birden fazla suç arasında ayırıcı unsurlar hakkında hata konusunda kabul edilebilir olduğu düşünülen çözüm, (yürürlükteki 47.maddenin 2.fıkrasından belirli olmasa da çıkarılabilir) daha hafif suçtan cezalandırmadır (Pagliaro, 15.madde)

Hata disiplininin genel kriterleri, yürürlükteki sistemde olduğu gibi (59.madde) ve Pagliaro taslağının önerdiği gibi (15.madde) hukuka uygunluk sebepleri hakkında hata konusunda da geçerli kabul edilmelidir.

4. Objektif veya olağandışı sorumluluk hallerinin kaldırılması

4.1. Reformun genel hatları ve özellikleri

Kusursuz sorumluluğun herhangi bir şeklini kaldırma amacı (Pagliaro taslağı, 12.madde) doktrin tarafından ortak olarak kabul edilmekte ve Anayasa Mahkemesi tarafından (364/88 ve 1085/88 sayılı kararlar) kabul edilen bir prensibin zorunlu uygulamasını oluşturmaktadır. Bilindiği gibi bu konuda Mahkeme 364/88 sayılı önemli bir kararında (*obiter dictum*) Anayasanın 27. Maddesinde kesin bir objektif sorumluluk yasası koyulmasa da "fiille fail arasındaki bağı ilişkin Anayasanın 27. Maddesinin ilk fıkrasına uygun olması için failin en azından taksirinin olduğu, suç tipinin en önemli unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi gerekir" görüşünü kabul etmiştir. Mahkeme tarafından belirlenen modelde her ne olursa olsun kusurlu olarak gerçekleştirilen hukuka aykırı bir fiilden dolayı sorumluluğu öngören bir sistemin içinde cezalandırabilirlik önşartları arasına failin kusurluluğundan etkilenmeyen sırf objektif unsurlar, istisnai ve artık (kalıntı) bir alan olarak muhafaza edilebilir.

Sırf objektif sorumluluğun kabul edilmezliği kusurluluk prensibinin garanti fonksiyonuna -Anayasayla ilişkili- dayanır. Bu unsurlar: a) ihlal açısından korunan menfaate zarar veya tehlike gerçekleştirilmesine ve dolayısıyla hukuka aykırılığın kabul edilebilirliğine dayanır. b) yahut ceza açısından, yaptırımın uygulanması söz konusu unsurların varlığına dayanır: kusurluluk prensibine uygun bir sistemde objektif cezalandırabilirlik koşulları olamaz, ayrıca kanun koyucu ağırlaştırıcı sebeplerin sırf objektif olması kriterini aşarak bunları (kısmen) kabul etmiştir.

Sorumluluğun sırf objektif önşartlarının kabul edilebilen tek kategorisi cezalandırabilme şartlarıdır, bu şartlar, (şarttan bağımsız olarak) hukuka aykırılığı kabul edilen fiili dıştan gelen sebeplerle sonradan ceza sorumluluğunu sınırlamaktadırlar. Yukarıda belirtilen kriterlerden esinlenen reform şu şekilde olmalıdır:

- a) Kast veya taksirden başka hukuka aykırılığın isnad edilmesi şekillerini meşru kılan hükümlerin kaldırılması (yürürlükteki kanununun 42. maddesinin 3. fıkrası gibi)
- b) Objektif cezalandırabilme şartları disiplininin değiştirilmesi. Yürürlükteki hüküm (44.madde) gereksiz yere tekrarlanan bir şekil, objektif cezalandırabilme şartlarının varlığını bir şekilde yeniden tanıma, ancak kanun koyucunun objektif cezalandırabilme şartları öngörme imkanına açık sınırlar getirmemekte ve özel kısım hükümlerini yorumlayana cezalandırabilirliğin diğer ön şartlarından objektif cezalandırabilme şartlarını ayırması için uygun kriterleri belirtmemektedir. Genel kısım düzeyinde objektif cezalandırabilirlik şartlarına ilişkin bir hüküm, bu kategoriye sokulabilecek unsurların belirlenmesi kriterini gösterdiğinde somut normatif bir anlam kazanabilir.
- c) Kastın aşılmasının genel şeklini, kastın aşılması suç tiplerini ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçları (bunları kaldıran genel nitelikteki hüküm ile) kaldırma. Bunlarda ağırlaşmış neticeden sorumluluk, kasti esas-suçun işlenmesinin öngörülebilir (taksirli) bir sonucu değildir, sadece *versari in re illecita* kriterine dayanır. Bu gerçekleştirildikten sonra, özel kısımda taksirli sorumluluk altında kişi veya kamunun bütünlüğüne karşı kasten saldırgan veya tehlikeli hareketlerle istemeyerek ölüm, yaralama veya yıkım hallerini açıkça düzenlemek ve bunları diğer taksir hallerine göre daha ağır, ama gerçekleştirilen neticenin taksir özelliğine uygun ölçüde ve özel kusurluluk şekline uygun yaptırımla cezalandırmak gerekir.
- d) Taksirli sorumluluğun genel prensiplerine uyararak yürürlükteki *aberatio delicti* (83. Madde) düzenlemesini kaldırma.
- e) Özel kısımda ve özel ceza yasalarında: a) objektif (daha ağır - *obbiettive di maggiore punibilita*) cezalandırabilme koşullarını tümünden kaldırma; b) suçun kurucu unsur-

larına ilişkin (korunan menfaati zarar veya tehlikeye sokan) kusurluluğu kaldıran hükümleri kaldırma; c) objektif cezalandırabilme veya daha ağır cezalandırabilme koşullarına esaslı olarak yer veren suç tiplerinin reformu (özellikle iflas suçları).

- f) *Aberratio ictus* konusunda: gerek genel kriterlerin uygulanabilmesiyle kurumun kaldırılması, gerekse yürürlükteki düzenlemenin muhafaza edilmesine ilişkin gerekçeler ortaya konmuştur.

4.2. Şeriklerden biri tarafından istenilenden başka suç işlenmesi hali ve mahsus suça ortaklık

İstenilenden başka suçtan sorumluluğun yürürlükteki düzenlemesi'nin Anayasa Mahkemesinin (42 sayılı 1965 tarihli) kararına göre ve Pagliaro taslağının değişiklik önerisine göre (başkaları tarafından işlenen suçun taksirle kolaylaştırılması), sübjektif sorumluluğun normal şeklinden sapmadır: Yapısal olarak taksirli olan bir sorumluluk kastenmiş gibi isnad edilirse (epeyce indirme söz konusu olsa da) kasten işlenen suç için öngörülene bağlı bir ceza gerektirir ve yapısal olarak taksirli olan sorumluluk alanı, taksirli suçlar olarak öngörülmemeyen suçları da kapsamaktadır.

Kusurluluk prensibiyle pek bağdaşmayan bu düzenleme şekilleri, suç politikası gerekleriyle de haklı görülemezler. Taksirli olarak öngörülmemeyen fiillere ilişkin olarak taksire dayanan sorumluluk alanının genişletilmesi, taksirli cürümlerin, özel kısımda kanunkoyucu tarafından tercih edilmesi ile bağdaşmamaktadır. Faillerin sorumluluğuna bağlı olarak kasti neticelerin gerçekleştirilmesine taksirli katılmaların cezalandırılmaması, genel önleme açısından bir boşluk oluşturmaz, kanun koyucu tarafından yapılan bir değerlendirmedir. Başkaları tarafından kasten gerçekleştirilen neticelerin taksirli cürümler olarak da öngörülmesi, taksirle bir katkı sağlayan kişiye, taksirli cürüm için öngörülen cezanın uygulanmasıyla taksirli sorumluluğun yüklenmesi sistemine uygundur. Taksirli cürüm için esas cezaya bağlı olarak cezanın ağırlaştırılması, an-

cak istenen suçta suç ortaklığı hareketi, gerçekleştirilen neticeyi önlemeye yönelik tedbir kuralını bilinçli olarak ihlal oluşturduğunda ve özel önemi olan menfaatler söz konusu ise haklı olabilir.

Somut olarak, sorun özel kısımda ortaya çıkmaktadır: ceza kanununun 116.maddesinin uygulanma şeklinin gösterdiği gibi burada esasen, belirli cürümlerin icra hareketlerinin öngörülebilir gelişimine ilişkin olarak kişi bütünlüğü veya hürriyetinin uygun olarak korunmasının sağlanması söz konusudur. O halde, anormal modellerle cezalandırabilirliği genişleten genel koşullar yerine sorunu özel kısma taşımak daha iyidir. Müdahale edilmesi gereken tipik haller belirlendikten sonra (kişiye karşı cürümler, yağma, diğer şekillerde adlandırılan haller) taksirle kolaylaştırma özel şekilleri öngörülebilir veya taksirle gerçekleştirilenlere kasten gerçekleştirilenler için öngörülen cezaların uygulanması önlenerek özel ağırlaştırıcı sebepler düzenlenebilir.

Genel nitelikte bir düzenleme (esasen gereksiz olan) muhafaza edilmek isteniyorsa sübjektif sorumluluğun genel prensipleri suç tipinde düşünülebilir. (şeriklerden her biri kusurluluğu ölçüsünde sorumlu olur; şeriklerden biri tarafından istediğinden başka bir suç işlenmişse, bu davranışında en azından taksir saptanabildiğinde ve fiil kanun tarafından taksirli cürüm olarak öngörüldüğünde sorumlu olur).

Komisyon, mahsus suça dışarıdan suç ortaklığı konusunda Pagliaro yetki kanunu taslağında önerilen testi (özel suç tipinin kusurluluk prensibiyle nasıl bağdaştığı açık değil) kabul etmemekte, kusurluluk prensibini anlaşılır biçimde gerçekleştiriminin tek yolunun, bu şekildeki suç ortaklığı disiplini sübjektif sorumluluğun genel prensiplerine tabi tutarak ceza kanununun 117.maddesinin kaldırılması gerektiği görüşünü savunmaktadır .

4.3. Basın veya radyo-televizyon yoluyla işlenen suçlar

Basın yoluyla işlenen suçların yürürlükteki disiplini (57 vd. maddeleri) 116.maddeyle aynı yapısal özellikleri taşımakta-

dır: Burada da genel kısım mekanizması ile özel kısımda taksirli suçlar olarak öngörülme neticelerine ilişkin olarak taksire dayanan sorumluluk alanı genişletilmekte ve yapısal olarak taksirli olan fiillere kasten işlenen cürümler için öngörülen cezalar uygulanmaktadır.

Pagliario taslağı (31.madde) önemli değişikliklerle yürürlükteki disiplinin izinden gitmektedir: basın ve radyo-televizyonun birbirine yakın olmasını nazara alarak - ceza normunun yöneldiği kişiler olarak sorumlu müdür veya müdür yardımcısı - kontrolü gerçekleştirmekle görevlendirilen kişilerin öngörülmesi ve taksirle önlememeden dolayı cezanın belirgin şekilde indirilmesi söz konusudur.

Sorun, esas olarak özel kısımda kasten işlenen suçlar olarak öngörülen sınırlı bir grup düşünce suçları ile ilgilidir. Taksirle önlememe hareketlerini cezalandırarak ceza sorumluluğunu "garanti" süjelerine genişletmek gerekir mi gerekmez mi sorunu bu suçların her biri için bağımsız olarak ortaya konabilir. Genel kısım mekanizması, global olarak olumlu cevap vermektedir, gazetecilik ve radyo-televizyonculukta hiyerarşik kontrol yetkilerinin varlığı zorunludur.

Çözümü özel kısım hükümlerine veya iletişim araçları hakkında organik bir kanuna bırakmak tercih edilebilir. Yine de ceza kanununda bütünsel bir mekanizma muhafaza edilmek isteniyorsa: taksir kriterine bağlılığı etkin kılmak, taksirli önlememe için kasti fiile öngörülenden bağımsız bir ceza öngörmek ve sorumluluğu zorunlu olarak yöneticilere yükleyen model kabul edilerek gazetecilik veya radyo-televizyonculuk disiplinine ilişkin opsiyonların engellenmesi önlenmelidir.

4.4. Suça tesir eden sebepler

Pagliario taslağı ağırlaştırıcı sebeplerin yüklenmesi için taksir kriterini muhafaza etmiş ve taksire bağlanmayan hata-dan dolayı varsayılan hafifletici sebeplerden yararlanma anlamında hafifletici sebeplere kadar genişletmiştir. Pozitif olarak değerlendirilmesi gereken kusurluluk prensibinin gereklerine

göre bir uygunlaştırma söz konusudur. Her şeye rağmen önerilen çözümlerin tam bir değerlendirilmesinin yapılması için suça tesir eden sebepler disiplini yaptırım açısından da tam olarak gözden geçirmek gerekir.

IV. İhmali Suçlar ve Karmaşık Organizasyon Alanında Garanti Durumları

1. İhmali suçlar

Hareket etme emirleriyle bireylerin özgürlük alanına müdahale edilmesi ve kişi sorumluluğu kriterlerinin zorlanması riski nedeniyle esas amaç ihmal suçlarının etkili bir şekilde seçimi olmalıdır. İhmal sorumluluğunun esas önemli hukuksal yararların başka şekilde korunamamasında aranmalıdır, sonuç olarak garanti ve genel önleme fonksiyonu sağlayan ihmali suç tipinin oluşturulması bir zorunluluktur.

1.1. Gerçek ihmali suçlar

İhmali suçların kanunkoyucu tarafından (esas ihmali suçlar) tam ve bağımsız olarak düzenlendiği hallerde esas sorun, ceza yaptırımı ile karşılanan hareket etme görevinin şartlarını belirlemedir.

Kanunkoyucu için esas amaç, hareket emrinin iyi çizilen ve anlaşılır tipik durumlara bağlanmasıdır (yasallık prensibinin öngördüğü açıklık), belirli menfaatlerin belirli bir şekilde korunması için harekete geçme sorununa başvurmak ve bunun için ihmalin ihlal özelliğinin esasını ve ihmal edenin kusurluluğu hakkında hüküm için sağlam bir temel oluşturmak gerekir.

1.2. İhmal suretiyle icra suçları

Önemli garanti durumlarının belirlenmesi sorunu

Genel olarak kabul edilen modele göre (Rocco kanununda da artık kabul edilen yoruma göre) harekete geçme görevinin

esas ı özel kısım ceza normundan gelmemekte, bir garanti durumundan kaynaklanmaktadır, fiilin gerçekleştirilmesiyle engellenmemesi bir kabul edilmektedir. Yasallık prensibine uygunluk ve her ne olursa olsun hukukun belirlilik kuralı, cezaen korunan durumların yasal temellerinin olmasını gerektirir.

Reform projeleri esas olarak, değişik düzenleme alanlarındaki hükümlere atıf yaparak cezaen korunan durumların belirlenmesi genel kriterini açıklama görevini genel kısmın bir hükmüne bırakan disiplinin şekli yapısını muhafaza etmektedirler. Pagliaro taslağı (11.madde) ceza hukuku bakımından garanti ve gözetim görevinin önemini kanunun öngördüğü özel hallerle sınırlayarak koruma ve gözetim görevleri arasında bir ayırım getirmeyi önermektedir.

Ceza hukukunda genel bir hüküm aracılığıyla hukuk düzeninin diğer alanlarına atıf yapan yürürlükteki model, belirli olmaması ve ceza hukukuna özel değerlendirmelere göre koruma durumlarını belirlememesi nedeniyle koruma sisteminin tutarlılığını ve bütünlüğünü sağlayamamaktadır.

Normatif bir formulün tanımlanması için öncelikle cezaen korunan yararların uygun koruması için tercih edilmesi gereken garanti durumlarının neler olduğunu veya tartışılması gerekenleri belirlemek yararlı olabilir. řu şekilde bir taslak düşünülebilir:

- a) Ehliyetsiz kişilere karşı koruma durumları (küçükler, akıl hastaları, riskli faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde bir uzmana bırakılan kişiler)
- b) Tehlike kaynakları üzerinde kontrol durumları. Burada dikkat edilen özellikle, müteşebbis niteliğinde olsun olmasın karmaşık organizasyonlar tarafından tehlikeli faaliyetlerin yönetimi.

Önemli menfaatler: kişi bütünlüğü, kişi ve kamunun güvenliği, çevrenin korunmasıdır. Aynı perspektifte, bir tehlike oluşturabilecek şeylerin gözetimi sorunu ve tehlikeli faaliyetlerin varlığı söz konusudur.

- c) Başkasının işlerinin idaresi görevi (tüzel kişiler ve benzerlerinde yönetim, idare ve kontrol görevleri)
- d) Tedavi faaliyetlerinin veya özel veya kazazedelere yardıma ilişkin görevler.
- e) Bütün yukarıda sözü edilen alanlarda polis kuvvetlerine ilişkin özel şekillerle üçüncü kişiler yararına hukuka aykırı fiillerin engellenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır.

2. İhmalin nedenselliği sorunu

Sistemik alanda Rocco kanunda garanti durumlarına ilişkin hükümler, nedensellik sorunundan kurtarılmalıdır. Garanti durumları artık nedenselliği değil, "engellemeyen" ihmalin tipikliğini oluşturur. Nedenselliğin maddi önşartları hakkında genel kriterler geçerli olmalıdır. Bu yeni bir değerlendirmeyi ve neticenin engellenmesi kesinlikten uzak bir ihtimal derecesiyle elde edilebilir olsa da ihmalin nedenselliğini kabul eden içtihadın bu konuda yönlendirmesiyle oluşturulacak bir hükümle düzeltmeyi gerektirir.

Nedensel değerinden şüphe edilen kusurlu yerine getirme (engellememe) karşısında olası koruma boşlukları gerçek ihmali suç, sırf hareket suç tiplerinin öngörülmesiyle (muhtemelen, zararlı neticenin gerçekleşmesinin öngörülebilmesi cezalandırabilme şartıyla ancak ihmali hareketin değerine göre ölçülen yaptırımla) önlenabilir.

Doktrindeki bir görüş, İhmal suretiyle icra suçunun yürürlükteki disiplinin (40/1) yalnızca doğal neticeli suçlarla ilgili olduğunu savunmaktadır. Bu sınırlama içtihat tarafından dikkate alınmadı, ayrıca esaslı nedenlere de dayanmamaktadır: ihmali sorumluluk alanının belirlenmesinde rasyonel kriter, engellenecek fiillerin yapısı değil, garanti durumlarının fonksiyonudur.

2. Karmaşık organizasyonlar alanında garanti durumları

Ceza sorumluluğu konusunda genel prensipleri yeniden belirlerken (şirket veya benzeri) karmaşık organizasyonlarda (oluşumları için zorunlu merkezleri ne olursa olsun) "sorumlu kişiler" hakkında genel prensipleri saptamanın gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ceza kanununda sistemin esası olan prensiplerin öngörülmesi, temelinde kesin olmayan ve karşıt görüşler getiren bir içtihat hukukunda savunulmuş olan ve bugün savunulabilir olan çözümlere en kesin ve tutarlı esası verebilir.

Temel sorunlar şunlardır. a) organizasyonun yönetimindeki kişileri, esas garanti olarak belirleyen sistemi muhafaza etmek mi, değiştirmek mi, terk etmek mi b) birden fazla düzeyde garanti durumları sistemi oluşturmak mı ve oluşturulacaksa nasıl? c) görevlendirme alanı ve koşulları neler olmalıdır.

Doktrinde ve içtihatla bu hususlarda benzer bir çalışma var ve belirsiz de olsa normatif esas açıklıkla belirtilmemiş olsa da bu çalışmalardan kabul edilebilir tek bir modele ulaşılabilir. Kanun düzeyinde en anlamlı test 626/94 kanun kararnamesi ile getirilen iş güvenliği konusundaki disiplindir.

Karmaşık organizasyonlarda garanti durumlarının belirlenmesinde temel kriter, yetkiler ve görevler arasındaki uyum olmalıdır. Söz konusu şeylerin garantisini, (hareket etme görevlerinin öngörülmesini gerektiren) yerine getirilmesini sağlama (hukuki ve fiili) yetkisine sahip olan kişilere verilebilir.

Bundan şu kurallar çıkar (garanti durumları alanında subjektif kusurlulukla sınırlanan ceza sorumluluğu):

a) Düzeni ve faaliyetleri bu konudaki menfaatlerin korunmasına uygun şekilde organize etme yetkisiyle (göreviyle) donatılan, organizasyonun yönetimindeki süjede birincil garantiyi belirleyen sistemin muhafaza edilmesi.

b) Organizasyonun karmaşık yönetimine ilişkin "devredilemez" görevlerin seçimiyle, yönetimdeki kişiye düşen garanti tipinin belirlenmesi. 626/94 kanun kararnamesinin sistemine

dayanan risklerin önceden değerlendirilmesi ve güvenliğin genel olarak programlanması, organizasyonun varlığına ve faaliyetlerine ilişkin, cezaen korunan menfaatlere karşı herhangi bir risk için zorunlu olarak oluşturulan bir modeldir; yönetimdeki kişi tarafından yüklenilen garanti, uygun bir enformasyonla güvenliğin genel organizasyonuna dayanır. Programlanması gereken tedbirlerin ve değerlendirmelerin tekniklerine ilişkin olarak teknik nitelikli kişilerden yararlanma imkanı vardır (hatta 6262/94 kanun kararname sisteminde risklerin değerlendirilmesinde işbirliği zorunludur). Yönetimdeki kişinin devredilemez görevi, teknik çalışanların işlerinin uygun olarak gerçekleştirilmesi koşullarını sağlama ve yapımını kontrol etme ve bunun sonucu olarak organizasyon tedbirlerini almaktır.

c) Hukuksal şekli (şirketsel yapı) değil mevcut organizasyonu ve yetkiyi (yapıldığı alanda ve ölçüde şirket gruplarının bütün içinde yönetiminin önemi, bugün 626/94 kanun kararname sisteminde olduğu gibi yeterli finansal, teknik – fonksiyonel bağımsızlığı olan değişik yapıların önemi) dikkate alarak garanti pozisyonunun ilişkin olduğu organizasyonun belirlenmesi.

d) Çeşitli düzeylerdeki yetkiler ve sorumluluklar arasında uyum: cezaen korunan şeylerin korunması, (karar verici ve etkili danışmanlık) her düzeydeki görevlerin icrasına bağlıdır, iş güvenliği konusunda bugün açıkça öngörülen birden çok modele göre özel bir garanti durumu oluşturulmalıdır.

e) Organizasyonun boyutlarından bağımsız olarak yetkilendirmenin kabul edilebilirliği. Hukuksal yararların korunması açısından bizi ilgilendiren yetkilendirmenin zorunluluğu değil, kabul edilen organize sistemin uygunluğudur. Prensipten olarak, söz konusu menfaatlerin korunması için yetkilerin değişik şekilde paylaşılması aynı şekilde işlevsel olabildiğinden kabul edilebilir: bunlar arasında tercihi yapmak, organizasyonun tüm sorumluluğuna sahip olan kişiye düşer. Değişik organizasyon modellerinde sistemin değişik sujelerinin görevleri arasında farklı bir alan ve farklı bir ilişki (rekabet veya karşılıklı kabul etmeme olabilir) olabilir. Bizi ilgilendiren sorun, özellikle de harcama yetkilerinin bölüştürülmesidir: harcama yetkile-

rinin sınırlanması diğer yetkilerin ve buna ilişkin görevlerin geçerli olarak verilmesini engellemez ve bununla bağlantılı olarak harcama yetkisinin saklı tutulması yetki verenin (potansiyel) arda kalan sorumluluk alanını oluşturur. Cezaen korunan menfaatlerin korunması nedeniyle belirli görevlerin fiilen kabul edildiği alanlarda içtihadın bir kısmı tarafından kabul edilen yetki vermenin açık olması gereği aşılabılır.

Pagliario taslağında (11.madde) garanti yükümlülükleri ile gözetim yükümlülükleri arasında bir ayırım önerilmiştir. Gözetim yükümlülükleri için daha sınırlı bir değer öngörülmüştür: bunların ihlal edilmesi "engellemenin ihmal edilmesi" nedeniyle sorumluluğu gerektirmez, ancak açıkça suç olarak öngörülmüşse (gerçek ihmali anlaşılabilir) dikkate alınır. Yürürlükte ve gelişen hukuka yabancı olan bu ayırım, gözetim yükümlülüğünün içeriği hakkındaki belirsizlikleri ve "durum sorumluluğu" mantığına göre sorumluluğu genişletme risklerini ortadan kaldıracaktır; diğer yandan kolaylıkla haklı görülemez şekilde ceza sorumluluğunun sınırlanmasını gerektirebilir.

Gözetim yükümlülüğünü her bir garantörün özel görevlerine ilişkin garantinin esaslı bir durumu olarak kabul eden sistem, daha rasyonel olabilir. Yönetimdeki kişi için özellikle gözetim yükümlülüğü iyi bir organizasyonun yeri doldurulamaz unsurunu oluşturmaktadır.

V. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka uygunluk sebeplerinin yürürlükteki disiplini, çoğunlukla uygun görülmeyle beraber, suç tiplerini ortadan kaldıran sebeplerinin daha iyi tanımlanması ve tipikleştirilmesine ilişkin problemler ortaya çıkarmaktadır.

Pagliario yetki kanunu taslağı, doktrinin bir kısmı tarafından kabul edilen eğilimi takip ederek, suçu ortadan kaldıran sebepler kategorisini, (objektif) hukuka uygunluk sebepleri (16. madde) ve kusurluluğu ortadan kaldıran sübjektif sebepler (17.madde) olarak iki alt kategoriye ayırmak gerektiğini ileri sürmüştür. Özellikle zorda kalma kurumuna ilişkin olarak pratik problemlerin doğmasına neden olan bu ayırım, komisyo-

nun bir kısmı tarafından yürürlükteki kanunun bütünsel yapısını korumak gerektiği düşüncesiyle eleştirilmiştir.

1. Hakkın icrası, görevin yerine getirilmesi, kanuna uygun bağlayıcı emir (yetkili merciin emri)

Hakkın icrası ve görevin yerine getirilmesi halleri problem oluşturmamaktadırlar. Sonuç olarak reform yürürlükteki disiplini kabul etmelidir. Bağlayıcı meşru emre ilişkin olarak emrin denetlenemezliğinin (geleneksel alanlar olarak askeri hiyerarşi, devletin silahlı organize sivil teşkilatı ve adli yardımcılarında) söz konusu olduğu hallerin tipikleştirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerekir. Belirlilik için bundan başka, esas (muhteva) itibariyle kanuna aykırılığın denetlenemeyeceğini, ancak emir suç teşkil ediyorsa emri alanın onu yerine getirmemek zorunda olduğunu, emrin suç teşkil ettiği açıkça olmasa da anlaşılıyorsa yerine getirmeyi reddetmek zorunda olduğunu (veya her halde reddetmeye izin verildiğini) açıkça belirtmek gerekir. 10.01.1957 tarihli 3 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesinin 16 ve 17.maddelerinde düzenlenen devletin sivil görevlilerinin hiyerarşik bağımlılığı konusunda Komisyon, kanuna açıkça aykırı olan emrin yazılı olarak tekrarlanması halinde yerine getirilmesi gerektiği prensibinin muhafaza edilip edilmemesi gerektiğini tartışmıştır.

Geleneksel olarak özel emir suçu ortadan kaldıran sebepler arasında kabul edilmez. Bu konuda her şeye rağmen iki seçenek olabilir: ya emrin içeriği kanunlara uygundur ve o halde yerine getirilmelidir (veya getirilebilir) ya da kanunlara aykırıdır ve yerine getirilmesi halinde gerek emri verenin gerekse onu yerine getirenin duruma göre cezai veya hukuki sorumluluğu söz konusudur. Pagliaro yetki kanunu taslağı "kanun tarafından özel olarak tanınan bir yetkiyle donatılan özel şahsın emri, emir göreve ilişkin faaliyetleri ilgilendirdiğinde ve görevli haklı olarak hukuka uygun olduğuna inanıyorsa", emir alan özel görevlinin zorluk içinde olduğunu dikkate alarak sorumluluğu kaldıran sübjektif sebepler altında öngörmüştür (17.madde,n. 2). Gerçekte bu halde emrin varlığı ve bağıllık durumu sübjektif kusurluluğu ortadan kaldıran sebepten çok "hukuka

uygun olduğuna haklı olarak güven” yani son analizle, kanuna aykırı olan bir emrin hukuka uygun olduğu hakkında hatalı görüş olarak çıkar. Esaslı hata alanının (zorunlu) genişletilmesi söz konusu, böyle kabul edilse bile otoritenin emri konusunda genel prensip haline gelmemesi için neden yoktur.

2. Yasal savunma ve zorda kalma

Yasal savunma ve zorda kalmayı her yönüyle düzenleyen yürürlükteki disiplin gerek yorum alanında uzlaşmış olanlara şekil vermeye yönelik gerek çözülmemiş problemleri çözmeye yönelik bazı açıklamalar gerekmektedir.

Özellikle gerekenler:

a) Suçu ortadan kaldıran her iki sebebin, Ceza Kanununun 59.maddenin 1.fıkrası tarafından belirlenen genel disiplin doğrultusunda objektif olarak mı gerçekleştiklerini, yoksa onların etkisinin tehlike durumunun algılanışına mı bağlı olduğunu açıklığa kavuşturma;

b) Kesin olarak “araçlar arasında orantı” kavramı aşılarak, her iki durumda karşıt menfaat sahiplerinin bulunduğu farklı durumlar dikkate alınarak yararlar arasındaki oranın yasal savunma ve zorda kalma hallerinde farklı olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklığa kavuşturmak (Pagliaro taslağında 16.maddenin 3 ve 4 numaraları her iki hukuka uygunluk sebebinde orantıyı değerlendirme şeklini ayırmıştır);

c) “Başka şekilde önlenemez tehlike” şartının hangi ölçüde yasal savunmada da önemi olduğunu açıklığa kavuşturmak;

d) Yasal savunmada saldırganın cezalandırılmamak için saldırmak amacıyla kendisini bu duruma sokması halinde hukuka uygunluk sebebinin işlemeyeceğini öngörmek (Pagliaro yetki kanunu taslağı bu anlamda açıklık getirmiştir);

e) Zorda kalma konusunda, “kişiye ağır zarar” ifadesinin neden olduğu şüpheli yorumlar karşısında hangi yararların gerçekten “korunabileceğini” açıklığa kavuşturmak (Pagliaro yetki kanunu taslağı kişinin vücut bütünlüğü veya maneviya-

tına ilişkin kişinin kendi veya başkasının tüm menfaatlerine karşı ağır olan veya olmayan zarar tehlikelerini suçu ortadan kaldıran sebep olarak değerlendirmiş ancak orantı açısından hukuka uygunluk sebebinin kesin olarak sınırlayarak bu genişletmeyi dengelemiştir);

f) Zorda kalmanın uygulanma alanını kişisel nitelikteki menfaatlerle sınırlamaya devam edilmek isteniyorsa malvarlığı ile ilgili menfaatler konusunda başkası tarafından malvarlığıyla ilgili bir menfaati tehdit edilen kişinin, daha az değerdeki menfaatine zarar vermesi durumunu açıkça düzenlemek gerekir: doğal olarak, yardım edenin sorumluluğunu kaldırmak için bugün yorum yoluyla negotiorum gestio veya öngörülen rıza kurumuna başvurulabilir, halbuki bu hali açıkça düzenleyen bir normun getirilmesi tercih edilebilir (Pagliaro yetki kanunu taslağı 16.maddenin 2.numarası öngörülen rızaya ilişkindir);

g) Ceza Kanununun 54.maddesinde düzenlenen zorunlu yardım ile doktrinin bir kısmına göre Ceza Kanununun 593.maddesinden çıkarılabilen "yardım yükümlülüğü" kurumları arasındaki ilişkiyi tanımlamak; zorunlu yardıma ilişkin hükümde bulunan bazı uygunsuz ifadeleri kaldırmak;

h) Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olan kişiye zorda kalmanın uygulanamayacağı konusunda yürürlükteki disiplinin katılığını azaltmak ve Pagliaro taslağının etkisi üzerine "tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü olmakla birlikte üstün önemi olmayan şahsi bir menfaati kurtarmak için hareket eden" kişiye hukuka uygunluk sebebinin uygulanamayacağını belirtmek.

Esas sorun, zorda kalmanın Pagliaro yetki kanunu taslağında öngörülen objektif hukuka uygunluk sebepler ve sorumluluğu kaldıran subjektif sebepler şeklinde ikiye ayırmak gerekip gerekmediğine ilişkindir. Komisyonun bir kısmı tarafından ikiye ayırmaya daha genel olarak objektif hukuka uygunluk sebepleri yanında sorumluluğu kaldıran subjektif sebepler kategorisinin oluşturulmasına karşı çıkmıştır. Yeni kanunun oluşturulmasında tercih edilmesi gereken bu olacaksa, (huku-

ka uygunluk sebebi olarak anlaşılan) zorda kalma hali, korunan menfaatin feda edilene göre üstün bir değerde olmasını ilke olarak ileri süren Pagliaro önerisinin aşırı sertliğinden kaçınarak karşıt menfaatlerin eşitliğini dikkate alan oran kavramına bağlanmak gerekir.

Pagliaro tasarısındaki sorumluluğu kaldıran subjektif sebeplerin genel şeması karşısında Komisyon, 17. Maddenin 3 ve 4 numarasında öngörülenlerden (başkasının rızasına güvenme, fiil özel menfaate karşı işlendiğinde failin o şeyin sahibinin rıza gösterdiğine inanmakta haklı olduğunda) ikisinde, esasen hata halinde bulunulduğu ve böylece sorumluluğu kaldıran subjektif sebeplerin yeni özel bir kategorisinin değil, kusurluluğa etki eden sebeplerin olduğunu kabul etmiştir.

3. Silahların hukuka uygun olarak kullanılması

Komisyon söz konusu hukuka uygunluk sebebinin gözden geçirilmesi talepleri üzerinde durmuştur. Bu konudaki alternatifler, yürürlükteki durumu kaldırarak Zanardelli kanunundaki yapıyı getirmek veya (Pagliaro yetki kanunu tasarısında 16.mad.n.6'da öngörülen çözüm) zorunluluk ve orantı şartlarını ekleyen bir reform veya kuşkusuz gerçekleştirilmesi kolay olmayan daha sofistike çözümler (örneğin kamusal gücün şiddet veya aktif direnmeye koymak zorunda olması halinde silah kullanılmasını da meşru kılarak veya pasif direnmeye karşı koymak zorunda olması halinde ise yalnızca daha az saldırgan fiziki zorlama araçlarının kullanılmasını kabul ederek ikli ayırım) getirilebilir.

4. Mağdurun rızası

Mağdurun rızası konusunda kullanılmayan bazı hakların sınırlanmasında (kamunun güveni, kişi hürriyeti, fiziki bütünlük) ve özellikle rızanın geçerlilik (yaş) şartlarına ilişkin olarak bazı şüpheler ortaya çıkmıştır.

Pagliari yetki kanunu taslağı bu ikinci profili görev edinmiştir. 16. Madde 2 numarada mağdurun rızasını, konusu kul-

lanılabilir (mağdurun rızası olabilen) menfaatler olan suçlarda, hareketin niteliğine göre hak sahibini rızaya ehil kabul edip geçerliliğini öngörmek gerektiğini belirtmiştir. Varsayılan rızanın varlığını söylenen sınırlar dahilinde, önşartları olarak özellikle fiil anında menfaat sahibinin karşı çıkmaması ve objektif yararın bulunması gerektiğini belirterek kabul etmiştir. Bu şekilde bir kişinin kendisinin daha önemli değerdeki malvarlığıyla ilgili yararı kurtarma niyetiyle başka bir kişinin malvarlığıyla ilgili yararına zarar verdiği halleri açıkça düzenleme gereğiyle karşılaşmıştır.

5. Yeni bir genel hukuka uygunluk sebebi mi?

Pagliario yetki kanunu taslağı bugüne kadar suskun kalınan hukuka uygunluk sebeplerinin yazılı olmayan prensiplerine ve mesleki uzmanlık kurallarına bırakılan hassas bir alana müdahale etmiştir: tedavi faaliyeti ve operatörlerin müdahaleleri. 16. Maddenin 5. Numarası a) mağdurun rızası olan veya imkansız hallerde varsayılan rızasının kabulü b) riski aşan sağlık avantajı. c) en iyi bilim ve tecrübe kurallarına uyulması halinde tedavi faaliyetlerinin her zaman hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir. Komisyon bu alana müdahale zorunluluğu ve özellikle de aşağıda belirlenen şekilde oluşturulan bir normla müdahale konusunda şüphelerini ortaya koymuştur:

a) Müdahale etmek, pratik ve içtihatla artık kabul edilen prensiplere bırakmanın daha yararlı olduğunu kabul eden bir disiplini sertleştirme riskini kabul etmek demektir;

b) Varsayılan rıza konusunda doktorun müdahalesinin (ameliyatın) kanuna uygun (haklı) olabilmesi için hastanın doğru olarak bilgilendirilmesi gerekir: doktrinde bu konuda hala şüphe vardır ve yetki kanunu tasarısı buna karşı koymaya çalışmıştır;

c) Sağlık açısından gerçekleşecek yararın riski aşıp aşmadığını belirlemek her zaman kolay değildir, böylece bunun hukuka uygunluk sebebinin açık şartı olarak eklenmesi tehlikesi ortaya çıkmaktadır;

d) Pagliaro taslağında c) altında belirtilen şart bir hukuka uygunluk sebebi olmaktan çok kusurun bulunmamasına ilişkin kabul etmiştir;

e) Daha acil olarak karşı koyulması gereken probleme müdahale edilmemiştir: yeterli olarak bilgilendirilmemiş hallerde varsayılan rızanın kabulü konusunda, doktor aleyhine kişiye karşı kasti cürümler veya kastın aşılması cürümlerinin varlığını kabul eden en son içtihadi eğilimlere karşı tavır almak gerekir.

VI. Teşebbüs ve Kalkışma Suçları

Teşebbüs kurumunun reform gerektiren prensipleri 3 grup içinde düzenlenebilir. İlgili konular:

a) teşebbüsün uygulanması alanında; b) teşebbüsün yapısında ve yaptırma tabi tutulmasında; c) teşebbüse bağlı veya teşebbüsle iç içe olan kurumların disiplninde (gönüllü vazgeçme, aktif pişmanlık, kalkışma suçları)

1. Teşebbüs

1.1. Komisyon, teşebbüsün uygulanması alanına ilişkin olarak, bazı Avrupa ülkelerinde bulunan farklı çözümlerden hareket etmiş, yürürlükteki disiplni muhafaza etmenin gerekli olup olmadığını veya kurumun uygulanması alanının sınırlanmasının tercih edilip edilmeyeceğini tartışmıştır.

Komisyonun çoğunluğu, genel önleme açısından suç politikası gereği bir indirim kabul etmemiş, ancak gerçek ihmali suçlara (doktrinin bir kısmı tarafından karşı çıkılan) karşı teşebbüs kurumunun uygulanmamasının en azından düşünülebileceğini ileri sürmüştür; sorunun pratik sonucunun doktrinel ve içtihadi çalışmaya kendi çözümünü getirebileceğini saptamıştır.

Bazı komisyon üyeleri, cezai müdahalenin öne alınmasını açıkça belirli, prensip olarak daha ağır suçlarla sınırlayarak teşebbüsün uygulanması alanının belirgin şekilde sınırlanması görüşlerini dikkate almak gereğini ileri sürmüştür.

1.2. Teşebbüsün yapısı ve yaptırıma tabi tutulması konusunda yürürlükteki disiplin, daha çok subjektif bir eğilimden esinlenerek yenilenebilir.

Teşebbüsün yapısı konusunda İtalyan Ceza Kanunu, teşebbüsün oluşumunu, tamamlanmış suça ilişkin kurucu harekete (*condotta costitutiva*) yönelik her hangi bir bağdan ayırarak şüpheye yer vermeyecek şekilde suç işlemeye yönelen uygun hareketler kavramının belirsiz sınırlarına tabi tutar. Uygunluk şartı, teşebbüsün tipikliğine bir şey sağlamadığı gibi hareketlerin şüpheye yer vermeyecek şekilde yönelmesi şartı da sırasında tipikliğe bir şey eklemediği için hakim esasında kurumun içeriğini ve sınırlarını belirlemede serbest kalmaktadır.

Avrupa hukuk sistemlerinin büyük bir kısmında teşebbüs hareketi, tipik hareketin icrasının başlangıcı kavramıyla belirlenmeye devam edilmektedir. Bazı hallerde bu kavrama sadece basit bir atıf yapılmaktadır (Fransız Kanunu, İsviçre Kanunu, İsviçre Avam tasarısı); diğerlerinde icranın başlangıcı formülü "dış olaylar (*fatti esteriori*)" atfıyla zenginleştirilmiştir (Belçika Kanunu, İspanyol Kanunu) veya "icra hareketleri"nin analitik bir tanımı yapılmaya çalışılmıştır (Portekiz Kanunu), bu şekildeki tanım hareketin belirlenmesine gerçek bir katkı sağlayabilecek derecede değildir, suçun maddiliği genel prensibinden kaynaklanan suçun dışa vurulması gerektiği bilinen bir şeydir. Esas sorun, cezalandırılabilir hareketin gelişim derecesinin belirlenmesidir. Bunun sonucu olarak icranın başlangıcı kriteri öngörülme istenir.

Uygun ve şüpheye yer vermeyecek şekilde yönelen hareketler formülü, teşebbüs hareketinin uygun bir şekilde tipikleştirilmesini sağlamaz, icra başlangıcı formülünün teşebbüsün tipikliğini özel kısımdaki suç tipinden ayırmak özelliği vardır. İcra başlangıcı formülü "sihirli bir formül" olmasa da kullanıldığında yargısal keyfiliği azaltır, her ne olursa olsun en garantili formüldür, en azından cezaen önemli olarak nitelenen hareketlerin ayırım gözetmeksizin öne alınmasına bir engeldir.

Bilindiği gibi cezalandırılabilir hareketin kavramsal olarak sınırlanması, icranın başlangıcından hemen önce olan ve somut olarak cezalandırılabilmesi gereken tamamen atipik hareketleri, icra başlangıcına sokma imkansızlığıyla karşılaşmaktadır. Ayrıca 1930'da Zanardelli ceza kanunu tarafından kullanılan icranın başlangıcı formülünün terk edilerek onun yerine hareketlerin uygunluğu ve şüpheye yer vermemesi formülünün tercih edilmesi gereğini ve buna benzer gerekleri açıklar.

Karşılaştırmalı hukuk, her iki karşıt ihtiyacın uyumlaştırılmasını sağlamaya yönelik kanuni çözüm örnekleri sunmuştur. 1975 tarihli Alman Kanununda ve 1974 tarihli Avusturya Kanununda örnek olarak tipik hareketi belirleyen kriter "suçun icrası" kavramından oluşmaya devam etmiş, anak cezalandırabilirliğin sınırı, icra hareketlerinden hemen önceki hareketlere bağlı olarak öne alınmıştır. Portekiz Kanunu benzer şekilde, yapılan hareketleri takiben icra hareketleri izleyeceği "ortak tecrübeye" göre öngörülebiliyorsa icra hareketleriyle eş tutmuştur.

Komisyon, cezalandırabilme faaliyetini öne almayı sınırlama ve italyan disiplininin Avrupa düzenlemeleriyle uyumlaştırma açısından teşebbüsün yeni disiplini, tipik eylemin icra hareketlerinin cezalandırabilirliği kavramıyla objektif bir yöne yönlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

Tipik eylemin icra başlangıcı formülüne dönüş, bir yandan kabul edilen kriterin aşırı sertliklerini engellemeyi diğer yandan cezalandırabilme alanın aşırı sınırlandığı itirazlarını aşmayı amaçlayan (özellikle nedensel olarak yönelinen suçlara ilişkin olarak gelişebilecek) düzeltmelerle birlikte yapılmalıdır. Bu açıdan "hemen" olma yardımcı kriteri diğer olasılıklardan daha kesin ve sınırlayıcı gözükütüğünden tercih edilebilir.

Son zamanlardaki italyan reform tasarılarında da (Pagliaro yetki kanunu taslağı ve Riz tasarısı) teşebbüsün yapısını mümkün olduğunca kişisel-sübjektif nitelikteki bağlardan ayırarak maddiliğe dayandırma gereğine dikkat çekilmiştir. Bu amaç, şüpheye yer vermeyecek şekilde yönelen uygun hareketler şartına "objektif olarak" zarfı eklenerek gerçekleştirilmiştir.

Ancak belirlendiği gibi eylemin objektifliği zaten suçun maddeliği prensibinde saklı olduğu için ve Pagliaro yetki kanunu taslağının verdiği tanımda objektifliğin belirtilmesi, kanun koyucunun hareketlerin şüpheye yer vermeyecek şekilde yönelik olması şartının objektifliğini üstün tutma niyetini ortaya koyabileceği için bu ("objektif olarak") zarfın eklenmesinin, teşebbüs hareketinin açıklığa kavuşturulmasına bir katkı sağlayacak derecede olmadığı düşünülmüştür.

Teşebbüsün yaptırıma tabi tutulması konusunda teşebbüsü, tamamlanmış suç ile eşit kabul eden (Avusturya ve bazı yönlerden İngiltere) veya teşebbüs için cezanın indirilmesini ihtiyari olarak öngören (İsviçre-Almanya) gibi bize coğrafi olarak yakın düzenlemeler bulunsa da Komisyon, tamamlanmış suçla teşebbüsün neden olduğu zararın ağırlığının farklı olmasını dikkate alarak yürürlükteki ceza kanunu tarafından öngörülen indirme rejiminin muhafaza edilebileceği görüşünü benimsemiştir .

1.3. Komisyonun çoğunluğu, teşebbüsün kast sorunuyla ilgili olarak, daha açık ifadeyle, teşebbüs ile muhtemel kastın bağdaşabilirliği konusunda esasen artık içtihatla olgunlaşan muhtemel kastın teşebbüste kabul edilemeyeceği eğiliminden hareket etmenin en iyi çözüm olduğu görüşündedir. Gerek Pagliaro tasarısı gerekse Riz tasarısı bu anlamda dikkate alınmamıştır. Her şeye rağmen iki testten en doğru formülün birincisi (Pagliaro tasarısı: her kim, neticeye neden olma amacıyla – (niyetiyle-intenzione) - veya neden olacağından emin olarak hareketleri yaparsa....) olduğu sonucuna varılmıştır, Riz tasarısından farklı olarak (neticeye neden olma niyetiyle yaparsa) teşebbüsün isteyerek olmasından başka doğrudan kast (dolo diretto) ile de bağdaşabileceğini ortaya koymuştur.

Komisyonun bazı üyelerine göre ise bir kere muhtemel kastın fiilin gerçekleşmesinin yüksek ihtimal şeklinde tasavvur edilmesi olarak kabul edilmesi gerektiği açıklanınca, hiçbir şey, teşebbüsle muhtemel kastı bağdaştırmayı engellemez. Eğer reform alanında tercih edilmesi gereken bu olacaksa, belki de her şeye rağmen bu konuda özel (ad hoc) bir norm oluşturmak gerekmez. Teşebbüs tanımı, objektif şartlarının

belirlenmesiyle yapılabilir, otomatik olarak genel disiplin uygulanabilir.

2. Gönüllü vazgeçme (ihtiyari vazgeçme) ve aktif pişmanlık (faal nedamet)

Pagliario yetki kanunu taslağı ve Riz tasarısı gönüllü vazgeçme ve aktif pişmanlık konusunda aktif pişmanlıkta cezanın daha tutarlı olarak indirilmesiyle yetinerek yürürlükte olanın muhafaza edilmesi görüşündeler.

Avrupa panoraması ise, her iki kurumun failin cezalandırılmazlık alanındaki sonuçlarını eşitleme yönündedir (Alman, Avusturya, İspanyol, Portekiz Kanunları, İsviçre Avam Tasarısı). Komisyon bu realiteyi ve reformun amaçları arasına suç mağdurunu korumaya çalışan kişinin teşvikinin koyulması gerektiğini dikkate almış, aktif pişmanlık halinde de cezalandırılmazlığı öngörerek italyan disiplini belirtilen teste uyarmanın uygun olacağını benimsemiştir.

Şerikin yanlışlarını düzeltmeye çalışması konusunda Avrupadaki eğilim, yalnızca şerikin suçu engellendiği hallerde değil, şerik isteğini başaramasa da sonucu engellemek için ciddi olarak uğraştığında da, kurumun öneminin arttığını ortaya koymuştur. Bu gerçek dikkate alınca ve suç politikası gereği varılan yukarıda adı geçen teşvikler dikkate alınca Komisyon suçun işlenmesini engellemeyi başaran şerikin cezalandırılmayacağını, suçun işlenmesini engellemeyi başaramasa da bunun için ciddi olarak uğraşan şerike de aynı şekilde muamelelenin kabul edilmesini önermiştir.

Son olarak failin yanlışını kabul edip düzeltmeye çalışmasına rağmen başka sebeplerden dolayı suçun tamamlanmadığı hale işaret etmek gerekmektedir. Yürürlükteki disipline göre yanlışın düzeltilmeye çalışılması önemsiz kabul edildiğinden cezai baskı basitmiş gibi gözükmesine rağmen bundan başka bir sonuca ulaşmak zordur. Sonuç olarak, yabancı düzenlemelerde cezalandırılmazlığın açıkça öngörülmesi yaygındır (Alman, Portekiz, İsviçre Avam Tasarısı) Komisyon burada da bir uyumlaştırmanın yapılmasını diler.

3. Kalkışma suçları

Gerek Pagliaro tasarısı gerekse Riz tasarısı, kalkışma suçlarını, kurucu unsurlar ve ihlal açısından teşebbüsle mukayese ederek sorunu ele almıştır: “kalkışma suçlarının ve tipik hareketin, zarar neticesinin gerçekleştirilmesine yönelik hareket olarak tanımlandığı suçların cezalandırılabilmesi için teşebbüsün cezalandırılabilme önşartlarının ve koşullarının bulunması gerekir”. Esasta hem fikir olunan amacın değiştirilmesi söz konusu, hukuk düzeninde böyle bir kategorinin rasyonel olarak getirilmesi ve yeterince garanti edilmesi her şeye rağmen uygun gözükmemektedir. Komisyonun görüşüne göre kalkışma suçlarının tipikleştirilmesi sorunu, teşebbüsün yapısına basit bir atıfla çözülemez.

Böyle bir atıf, örneğin serbest hareketli suçlar modelinde (Cumhurbaşkanına karşı suikast, Cumhurbaşkanına karşı hürriyetin ihlali, terörizm ve yıkıcı amaçla suikast vs.) neticenin suçun ihlal ettiği değerde birleşen doğal bir sonuçtan oluştuğu suç tiplerinde “düzeltici” bir rolü gerçekleştirebilir. Suikastın neticesi makroskopik oranlarda olduğunda (örneğin Devletin Anayasasını ihlale teşebbüs, Katliam, kıtal suçları) veya korunan yararı doğrudan ihlal ettiğinde (örneğin Devletin bütünlüğüne, bağımsızlığına karşı kalkışma) bu “düzeltici” rolü gerçekleştiremez. Bu hallerde teşebbüsün ve özellikle de uygunluğun devreye sokulması suç tipinin tipikliğine zarar vererek (görünüşte) bir derece ihlali sağlayabilir. Makro-neticelere göre, derece farkı her şeyi olasılıktan uzak kılacak şekildedir, uygunluk hükmü tipik hareketlerin yeterince belirlenmesini sağlayarak bu derece farkını birleştirebilir.

Bu görüşler ışığında Komisyon, kalkışma suçları sorununun genel olarak düşünüldüğünden tamamen farklı olarak çözülmesi gerektiği görüşündedir. Genel kriterlere başvurmaksızın, sorunu her hale göre veya özelliklerini dikkate alarak bir takım hallere göre çözmek gerekir. Bu ele alma biçimi teşebbüs konusunda önerilen çözümü korumaktadır. Teşebbüs konusunda yürürlükteki ceza kanununun 56. Maddesindeki tanımın keyfilğini önleyebilecek, berlirgin, açık bir tanım getirilmeye çalışılmıştır. Kalkışma suçları konusunda koruma amaç-

larının siyasi olduğu tartışmasızdır, hukuk sisteminde öngörülüş olmalarının mantığı budur, modelin kabulünü haklı kılan özel sebeplerin dikkate alınmasıyla garanti düzeyi aşağı çekilebilir. En uygun biçimde tipikleştirilmeleri, söylendiği gibi özel kısımda yapılabilir.

Bilindiği gibi, kalkışma suçları, bugün özellikle de kamunun selameti aleyhine suçlar ile Devlete karşı suçlar arasında bulunmaktadır. Birincilerde korumanın öne alınmasının mantığı, korunan değer bireyin ötesinde olmasında ve özellikle de hareketin zararı gerçekleştirmesinden önce müdahaleyi gerektiren bazı saldırıların yoğunluğunda görülebilir. İkincilerde öne alma, varlık nedenini bazı değerlerin bazen "üstünlüğü"nde bazen ise cezai müdahale imkanını bütünüyle zora sokmaksızın, korumayı zarara bağlama imkansızlığında bulabilir. Her iki halde de bu modelin öngörülmesinde siyasi bir mantık vardır.

Birincilerin disiplini, korumanın öne alınması gereğini, hareketin tipikleştirilmesi gereğiyle uygun bir biçimde uyumlaştıracak çeşitli koruma tekniklerinden esinlenen çözümler getirmiştir. Koruma teknikleri şu şekilde özetlenebilir: a) somut tehlike suçları, netice kamunun selametine karşı somut tehlike olduğunda serbest hareketliden, bağlı hareketliye veya her ne olursa olsun yeterince tanımlanan hareketten başka doğal bir neticenin de belirtildiği suçlara kadar çok değişik derecelerde suç tipinin tanımlanması söz konusudur; b), sırf hareket suçları, netice suçları olabilen değişik suç tipleri tanımlarını dikkate alarak olasılık derecelerinin öngörüldüğü soyut tehlike suçları; c) belki de sadece ceza kanununun 435. Maddesindeki suç tipine indirgenebilecek hazırlık hareketlerini cezalandıran suçlar.

İkincilerin öngörülmesinde, normatif öngörüü tipikleştiren benzer ayrıntılar bulunmamakta, ancak geleneksel siyasi-kanuni tercihe göre "her kimmatuf (yönelik) hareketler yaparsa....", "her kim "teşebbüs ederse" formülü ile düzenlenmiştir. Dolayısıyla, bu alanda reform özellikle etkili olmak zorundadır.

Reform, "kişisel-bireysel değerlerin" veya "kamusal değerlerin" veya her ne olursa olsun "makro-ihlallerin" korunmasına göre iki grup suç tipini açıkça ayırarak gerçekleştirilmelidir. Birincide tipikleştirme gereği somut tehlike kriterinin kullanılmasıyla gerçekleştirilir (kamuya karşı suçlarda (delitti comuni) uygunluk elverişsiz genel bir kriter olabilir, ancak siyasi niteliklerinden dolayı suç tiplerinde itirazlar olmaksızın kullanılmış olabilir). İkincide hareket veya neticenin şartlarının değiştiği özel tanım tekniklerinden yararlanılabilir (bu amaçla örnek olarak Anayasayı ihlale teşebbüsün "Devletin anayasal düzeninin izin vermediği araçlarla" gerçekleştiği ceza kanununun 283. Maddesinden ve içten veya dıştan gelen saldırılar olarak kamusal fonksiyonları ihlal ve suiistimal eden hareketin temel iki tipolojisinden esinlenilebilir).

Hukuki koruma gereği, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını gerekli kılıyorsa, bu anlamda çalışmayı hiçbir şey engelleyemez, yeter ki, istisnaen cezalandırılmak istenen hazırlık hareketi uygun biçimde tanımlansın.

VII. Suç Ortaklığı (İştirak) ve Örgütlü Suçlar

1. Suç ortaklığı hareketlerinin tipikleştirilmesi

İştirak (teşebbüs ve ihmali suçlar gibi) suçların tipikliğini genişletir. Zorunlu olan bu genişletme, belirlilik prensibine bağlanan kritere dayanarak suç tipinin kesinliğini zayıflatma riski taşır.

Teşebbüsten ve ihmali suçtan farklı olarak tipiklik alanında yeterince garanti sağlamasa da ceza kanununun 110.maddesi pozitif içerikten yoksun norm olduğundan, her şeye rağmen esas şartlara veya kurala atıf yapılarak, atipik hareketleri cezalandırma (genel) fonksiyonuna ve .şerikler için cezanın dengelenmesine çalışılmaktadır.

Bütün şerikleri somut olarak yapılan hareketten bağımsız olarak ceza açısından eşit kılma şeklindeki kanuni tercih, gerçekleştirilen hareketin özelliğini dikkate alan uygun şekilde bir yaptırımın belirlenmesi açısından da normun kesinliğini (tasatività) zayıflatır.

1930 kanunkoyucusu tarafından suç ortaklığı hareketlerinin tanımlanmasının yapılmamasının sebebi, 1889 ceza kanunu ile yaşanan başarısız tecrübe ve düzenleyenlerin görüşüne göre cezalandırılabilir suç ortaklığı hallerini belirleyebilecek nedensel bir kriterin kabul edilmesidir.

Zanardelli ceza kanunu disiplinine karşı yapılan değerlendirme kabul edilebilir. Suç ortaklığı hallerinin tanımının farklı yaptırım uygulamasının öngörülmesiyle birleşimi keyfiliğe götüren uzlaştırıcı çözümler ve kaypak tanımlarla çözülmüş ve özellikle hakime mantığın açıkça tersine olarak verilmek istenen cezaya göre hareketi niteleyen bir mekanizma vermiştir. Bu disiplinin kabul edilmemesi 110. Maddede açıklanan genel terimlerde nedensel çözümün kabulünü zorunlu olarak gerektirmez. Suç ortaklığı sorunu ikiye ayrılır, biri cezalandırılabilir hareketlerin tanımlanmasına ilişkindir, diğeri ise yaptırımın uygulanmasına ilişkindir. Suç ortaklığının hoşnut olunmayan bu birleşik düzenlemesi suç ortaklığı şekillerinin belirliliğini muhafaza etmeye ve başka yolla ceza açısından farklılaştırmaya çalışan farklı bir disiplini reddetmemekteydi.

Karşılaştırmalı alanda örneğin Fransız Ceza Kanunu farklı bir çözümü kabul etmiştir: şeriki "bir cürüm veya cünhanın hazırlanmasını veya tamamlanmasını yardım veya destekte bulunarak bilerek kolaylaştıran kişi olarak tanımlamıştır. Aynı şekilde bağış, vaatle, tehditle, emirle, yetki veya otoritenin kötüye kullanılmasıyla birisini hukuka aykırılığa teşvik eden veya suç işlemesi için talimat veren kişi de şeriktir (121.7. maddede; benzer şekilde Belçika Kanununun 67. Maddesi; Alman Kanununun 25. § vd. de; Avusturya Kanununun 12.şde; Portekiz Kanununun 26 vd. maddelerinde suç ortaklığı hareketleri sayılmıştır).

Bu çözümün avantajları olarak hakime yol göstermesi ve suça katılanın maddi veya manevi şerik olarak nitelendirilmesinde gerekçe gösterme yükümü getirmiş olması kabul edilebilir, bu avantajlar İtalya'da yürürlükte bulunan durum karşısında başka bir şey daha sağlamıştır: farklı olmayan tek bir model kabul edildiğinde içtihadın yaratıcılığını artırmış ve şe-

riklik ceza kanununun 110. maddesi anlamında sorumluluğun kabulü için tek örnek olmuştur.

Ayrıca özel kısımda intihara katılma hareketlerinin tipikleştirilmesinde (580.madde) kanunkoyucu "her kim suç ortaklığı ederse" diye geniş formül kullanmamış, ancak başkasının kararının oluşmasına yönelik faaliyetin yanında bunun cesaretlendirilmesini de yani daha önce oluşturulan bir kararı keskinleştirmeye yönelik herhangi bir faaliyeti ve intiharın gerçekleşmesinde herhangi bir hizmetle kolaylaştırmayı öngörmeyi tercih etmiştir. Suç ortaklığı hareketlerinin açıkça öngörülmesi gerektiğinin işareti, içtihatı suç ortaklığının genel sorunlarına göre karşılaştırma yapmayan intihara katılma hareketlerinin nedenselliğini yeniden oluşturmaya itmiştir.

1930 kanunkoyucusu tarafından suç ortaklığı hareketlerinin tatminkar şekilde tipikleştirilmesinde önerilen "nedensel" tercih öngörüldüğü üzere, en kötü deneme olmuştur. Güçlü bir eğilim karşısında Yargıtay genel olarak, başka kişilerin gerçekleştirdiği suçun karar, organizasyon veya icra safhalarından sadece birinin gerçekleştirilmesine (prognosi postuma hükümle) uygun maddi veya manevi her hangi bir katkının cezalandırılabilceğini kabul etmiştir. Yüksek mahkemenin suç politikası ve teknik tercihlerin sentezi olarak kabul edilebilecek bir hükmünde, suç ortaklığı olması için her bir katkının, zararlı neticenin nedensel olarak şartı olması gerekmediği belirtilmiştir. "Nitekim, suç ortaklığının nedensel teorisi Ceza Kanununun 110.maddesinde söylenenle karşıttır ve kollektif (ortak) fiile her hangi bir şekilde katkı sağladıklarında atipik hareketlerin tipikliği kabul edilerek suç ortaklığı normunun genişletici fonksiyonunu gerçekleştirmektedir; öte yandan aynı kanun, fiile minimum katılmayı indirim olarak öngörmekle, şart olmayan hareketlerin olabileceğini, bir suçun gerçekleştirilmesi için vazgeçilemez koşul oluşturmayan minimum önemdeki bir faaliyeti kabul etmiştir. Bu açıdan, suç ortaklığının varlığı için iştirak hareketinin, suçun işlenmesine değerli bir katkı sağlayacak bir davranış olarak ortaya çıkması yeterli kabul edilmelidir, suç kararının kuvvetlendirilmesiyle veya diğer şeriklerin çalışmasını kolaylaştıracak ve kısaca şerikin icrayı kolaylaştır-

maya uygun hareketinin etkisiyle neticenin gerçekleşmesi imkânını arttırması gerekir, nitekim örgütlü suçlarda diğer şeriklerin hareketleri kendi hareketleri olarak kabul edilecektir”(11.3.1991 tarihli Yargıtay kararı için bkz. Riv. Pen., 1992, 498).

Tamamen nedensel olmayan katkılara da önem veren, suç ortaklığı alanında neticenin gerçekleşmesi riskini arttırmakla sınırlı hareketlere önem veren, kolaylaştıran veya takviye eden her harekete aynı derecede önem veren bu geniş kriterden vazgeçilmelidir. Yalnızca diğer bir şerikin hareketi açısından tamamen nedensel hareketlere veya tipik hareketleri ayrıntılı olarak tanımlayan ortak suç neticesine önem veren bir norm düzenlenmelidir.

Yukarıda belirtilen nedensel katkıların tipikleştirilmesi gereğini dikkate alan olası bir formül, örnek olarak şu şekilde olabilir: her kim icraya katılır veya teşvik eder veya yardım veya destekte bulunarak icrayı kolaylaştırırsa suç ortaklığı eder. Yardım veya destekleme hareketlerinin zikredilmesiyle nitelenen kolaylaştırma ve katılma olarak belirlenen maddi suç ortaklığının çerçevesi kesin olarak çizilir. Manevi suç ortaklığının saptanması problemini çözmek için çizilen sınırlar dahilinde temel esaslar: icraya teşvik (yani fiilin icrası hakkında doğrudan etki eden hareket) veya diğer şerikin kararını takviye söz konusu olması için, failin hareketinin, fiilin gerçekleşmesine somut olarak etki ederek diğer şerikin kararını takviye ettiğini gerçekten ispatlanması gereğinin altı çizilmelidir. (bu ispat gerçekleşmediğinde yalnızca kararı takviye etmeye uygun hareket olduğunun ispatı (gerçekten takviye değil) söz konusu olduğunda, hukuka aykırılığa pozitif olarak katılmaksızın başkasının cürmi kararının onaylanması veya sadece soyut olarak tasvip edilmesi halinde, manevi faaliyet etkisiz olduğunda zaten tamamen kesin kararını vermiş bir kişiye yöneldiği için veya suçu işleyen kişi farklı nedenlere dayanarak hareket ettiği için, ceza sorumluluğu sonuç olarak kabul edilmez).

İştirak kurumunun reformu gereği, katılma hareketlerinin daha çok belirlilik prensibine göre belirlenmesi ve şerikin so-

rumluluğunun kusurluluk prensibine göre düzenlenmesi Pagliaro yetki kanunu taslağında kabul edilmiştir. Komisyon önerilen formülün şöyle olmasını kabul etmiştir: “karar, hazırlık veya icra safhasında zararlı neticenin gerçekleştirilmesine zorunlu bir katkı sağlayan veya en azından kolaylaştıran kişinin suça iştirak ettiğini öngörmek. Zararlı neticenin gerçekleştirilmesi hareketini en ihtimali, en etkin veya en zararlı kılacak şekilde kolaylaştırmak suç ortaklığıdır”. Bunun dışında giriş raporunda, suç ortaklığını saptamaya uygun nedensel katkıları yetersiz ölçüde tipikleştiren aynı genişleticiler kabul edilir.

2. Katılma hareketlerine yaptırım uygulanması

Avrupa ceza sistemlerinin çoğunluğu şerik lehine cezanın indirilmesini öngörmüştür (Alman Kanunu, İsviçre Kanunu, İspanyol Kanunu, Portekiz Kanunu), şeriklerin hareketlerinin objektif değerini dikkate alarak ceza çerçevesini düzenlediği için bu çözüm kabul edilmelidir, oysa 110.maddedeki uniter çözüm, farklı katkıların değerlendirilmesini cezanın belirlenmesi alanına götürmüştür, fiil ile sanığın kişiliği arasında haklı olmayan bir benzetme yapmıştır, bu Ceza Kanunu 114. maddenin uygulanmamasını da açıklamaktadır.

Mamafih, karşılaştırmalı tecrübe, katkının minimum objektif önemine göre hafifletici sebep olarak öngörülmesi gerektiği için cezanın indirilmesi olarak da hareketin tanımlanmasından çok, ortak fiildeki önemine ilişkin olduğunu göstermiştir.

Çizilen perspektifte Pagliaro yetki kanunu taslağınının 28/1 maddesi var: “Katılmanın soyut şekline ilişkin olmaksızın, suçun gerçekleştirilmesinde her birinin fiili katkısına bağlı olarak şerikler için farklı sorumluluk öngörmek. Suçun gerçekleştirilmesinde sadece kolaylaştıran bir katkı sağlamayı hafifletici sebep olarak öngörmek.” Mamafih kolaylaştıran kişinin özel hareketinde hafifletici sebebe ilişkin bazı şüpheler var, yetki kanunu taslağı sisteminde zorunlu suç ortaklığı haliyle çatışmaktadır. Yaptırımın belirlenmesine bağlı olmayan bu ayırım, suç ortaklığına ilişkin olarak hareketin sadece objektif minimum

önemini ortaya koyduğunda hepsinden öte, yorum tartışmalarına neden olma riskini taşır. (örneğin bir silahın sağlanması zorunlu suç ortaklığı mı yoksa kolaylaştırmayı mı oluşturur?)

Bu açıdan basit önemdeki hareketlere ilişkin zorunlu uygulama olarak hafifletici sebebin öngörülmesi önerilir.

3. İcra yoluyla işlenen suça ihmali hareketle katılma

Önleme yükümlülüğü olan kişinin neticeyi engellenmemesi, o neticeye neden olmaya eşittir (ceza kanunu 40) Önleme yükümlülüğü olan tarafından bilerek hareketsizlik neticeye göre nedensel olarak önemli bir hareketi gerçekleştirir. Böylece başkalarıyla anlaşarak kendisi için hukuken zorunlu hareketten çekinen kişinin, suç alanında şerik olarak nitelendirme imkanı doğar.

Önleme yükümlülüğü olanın ihmali önceden bir anlaşma olmaksızın olursa, bazı zorluklar gerçekleşir. Bu halde suç ortaklığı sorumluluğunun kabulü için ihmal edende suç ortaklığı kastı, yani fiilin gerçekleştirilmesinde başkaları ile işbirliği isteği bulunması gerekir. Mamafih, neticenin gerçekleştirilmesine karşı kişinin davranışı ne olursa olsun, hangi sebebe dayanırsa dayansın, ihmali hukuka aykırılıklarda manevi unsurun özelliği nedeniyle bu istek neticeyi önlememe ile çakışır; ihmal edenin kastı ile sorumlu olunacak suçun nedeni arasında bir uyumsuzluk olabilecektir. Bazı içtihadi farklılıkları önlemek için subjektif şartların dikkatlice araştırılması gerekir, yani suç ortaklığı kastı (örneğin anne 14 yaşındaki kızının ırzına geçilmesinde hazır bulunup da hareketsiz kalırsa korkudan veya memnuniyetten yani fiili istemeyerek veya isteyerek) zorunlu olmaksızın koruyucu hareketsiz kaldığı her halde sorun ortaya çıkaracaktır (bilinmelidir ki bu hallerde kast ihmal edenin sonraki davranışından ortaya çıkarılır, örneğin fiilin ihbar edilmemesi, sonraki kasta başvurulması riskini de taşır).

Suçta katılma halinde sorun herhangi bir çıkış yolu getirmemektedir. Tesadüfi suçlarda ihmal yoluyla suç ortaklığını sınırlamak isteyen tez ile dolaylı veya muhtemel kastın varlığı

halinde suç ortaklığını reddeden tez, sadece önceden anlaşmanın olduğu hallere önem veren görüşler aşırı sınırlayıcı olarak ortaya çıkmaktadır. Sorunu sınırlama gereği kabul edilince neticeyi önleme hukuki yükümlülüğünün saptanmasıyla komisyon ihmali hareketler için önceden anlaşma olan haller dışında icrai suça ihmali suç ortaklığı hareketleri için cezanın indirilebileceğine hükmederek herşeye rağmen başka bir hafifletici sebebin (zorunlu değil ihtiyari hafifletici sebep) öngörülmesi gerektiğini kabul etmiştir.

4. Ceza Kanununun 111. ve 112. maddelerindeki sebepler

111. maddedeki konuya ilişkin olarak Komisyon uygulama şüphelerini önlemek için yürürlükteki 46,48 ve 54'e göre tercih edilecek olanla disiplini uyumlaştırmak gereğinin altını çizerek özel bir normun öngörülmesi gerektiğini kabul etmiştir. Pagliaro yetki kanunu taslağında geniş olarak çizilen yol uygundur: suç ortaklığı hükümleri şeriklerden biri isnad kabiliyeti olmasa da veya şahsi nedenlerle cezalandırılmaz olduğunda da uygulanır; suçta kişinin isnad kabiliyetini veya cezalandırılabilirliği kaldıran kişi için ceza artırılır.

Ağırlaştırıcı sebeplere ilişkin olarak, yürürlükteki 112 nci maddedeki gereksiz düzenleme yerine basit bir disiplinin getirilmesi öngörülmüştür: cürmî faaliyeti organize eden ve yönetenler ile suçta kendilerine bağlı ve isnad kabiliyeti azaltılmış kişiler meydana getirenler aleyhine ceza artırılır.

5. Taksirli suçlarda suç ortaklığı

Komisyon a) Kurumun öngörülmesinin gerek Pagliaro tasarısı, gerekse Riz tasarısı tarafından kabul edildiğini dikkate almıştır, oysa doktrinde öteden beri normun kaldırılması gerektiğine ilişkin tartışma bulunmaktadır b) Taksirli suçları ve suç ortaklığını genel olarak öngören 113üncü maddenin varsayılan cezalandırma fonksiyonuna ilişkin olan normun muhafaza edilmesini destekleyen sebeplerin kesin olmadığı görüşün-

dedir. c) Avrupa şartlarında normun mutlak orijinalliğini kabul ederek, normun kaldırılması görüşüne varmıştır

Yargıtay tarafından kabul edilen ortak görüş karşısında başkasının kasti fiiline taksirle suç ortaklığının öngörülmesinin gereksiz olduğunu kabul etmiştir.

6. Suçun işlenmesini takip etmeyen teşvik ve anlaşma

Komisyon ihlal etme zorunluluğu prensibinin genel olarak kabul edilmesiyle konunun işlenemez suçla birlikte çözülmesi gerektiğini kabul ederek suçun icrasını takip etmeyen teşvik ve anlaşmanın cezalandırılmayacağına ilişkin formülün muhafaza edilmesi gerektiği görüşündedir.

7. İstenmeyen suçtan şerikin sorumluluğu ve mahsus suça ortaklık

Bu konuda daha önceden objektif veya anormal sorumluluk hallerinin kaldırılmasına ayrılan bölümde açıklananlara atıf yapılmaktadır.

8. Hukuka uygunluk sebepleri ve suça tesir eden sebepler

Pagliario yetki kanunu taslağı 30. maddede şöyle düzenlenmiştir: “Şeriklere yalnızca hukuka uygunluk sebepleri ve objektif suça tesir eden sebeplerle, suçun işlenmesini kolaylaştıran sübjektif suça tesir eden sebeplerin uygulanmasını öngörmek”; benzer durum Riz tasarısında da bulunmaktadır. Doktrin tarafından 118. maddeye yöneltilen eleştirilerin ve en son içtihadın ulaştığı yorum sonuçları dikkate alınarak yürürlükteki 118. ve 119. maddeleri kapsayan şu şekilde bir normun kabul edilmesi gerekir: Hukuka uygunluk sebepleri ve objektif suça tesir eden sebeplerle suçun işlenmesini kolaylaştıran sübjektif suça tesir eden sebepler suç ortaklığı eden herkese karşı uygulanır.

9. Örgütlü suçlar

Komisyon, örgüt kavramının süreklilik ve uygunluk ile özelleştirilmesi gerektiğinde birleşmiştir. Tüm üyelerin katıldığı oturumlarda bazı üyeler suç organizasyonunun uygunluk ve süreklilikten başka, amaç suçları gerçekleştirmeye uygun olması gerektiğini savunmuşlardır. Buna karşı örgütün işlemek için kurulduğu suç tiplerinin belirlenmesi yoluyla veya amaç suç için öngörülen cezaya maksimum genel bir sınır getirerek suç işlemek için örgütlenme suçunun uygulama alanının sınırlandırılmasına ilişkin değişik eğilimler ortaya konmuştur.

Örgütlü suç ile suç ortaklığı arasındaki ilişkinin neden olduğu uzun tartışmalardan sonra, komisyonun çoğunluğu, en son içtihadi çalışmaların sonuçlarına ve doktrinin bir kısmının katıldığı görüşe uygun olarak üye ile şerik kavramlarının tipikleştirilmesi görüşüne varmıştır. Bu açıdan şu tip geniş bir formülasyonu kabul etmiştir: üye, örgütün organize yapısına bilerek katılan kişidir; belirlenen cezalar, örgüte katılma halleri dışında örgütün amacının gerçekleştirilmesi veya örgütün muhafaza ve devamı için bilerek ve isteyerek bir katkı sağlayan kişiye uygulanabilir.

Komisyonun bir kısmı, suç ortaklığının genel tip olarak formülasyonunun hakim tarafından aşırı keyfi uygulamalar tehlikesini önleyemeyeceğini ileri sürmüştür. Sorunun ciddiliği dikkate alınarak suç organizasyonunun üyesi olmayanlar için (politikacılar, meslek sahipleri, müteşebbisler) örgütün amacını gerçekleştirmesini davranışlarıyla kolaylaştıranlar veya örgütün muhafaza ve devamına katkı sağlayanlar için özel kısımda yardım-yataklık suçu gibi özellikli ve daha kesin nitelikler öngörülmesi gerektiğini belirtmiştir.

Komisyon, bazı şekli değişiklikler dışında mafya tipi örgütlenmenin yürürlükteki tanımını değiştirmemek gerektiği görüşündedir. Yerleşmiş içtihadi geleneğin sonucu olan bu tip örgütte örgütlü suç için öngörülen genel kriterlerin uygulanması gerektiği açıktır.

Uzun tartışmalardan sonra yürürlükteki 416ter'in kaldırıl-

ması veya muhafaza edilmesi yönünde karşıt eğilimler ortaya konmuş; yokluğu nedeniyle şimdiye kadar suç tipinin uygulanmasını zorlaştıran, "vaad" ve "başka yarar"ın eklenmesiyle 416ter'in muhafaza edilmesi gerektiği görüşü baskın gelmiştir ("belirlenen ceza, 416bis maddesindeki haller dışında 416bis'in birinci fıkrasında para veya diğer yararın verilmesi veya vaadi karşılığında oy vaadi elde edene de uygulanır").

Siyasi nitelikteki örgütlü suçlar için devlete karşı suçlar reformu bahsine atıf yapılır.