

KITAP İNCELEMESİ

Doç. Dr. Kayıhan İÇEL

I — *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1970, XXXV — 717 sahife (DM. 39. 50).

1) Yapıtın özeti.

Hamburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Profesörlerinden *E. Schmidhäuser*'in bu yapıtı, müellif tarafından önsözde işaret edildiği üzere, geleneksel ceza hukuku öğretisi ile amaçsal hareket öğretisi (finale Handlungslehre) arasındaki karşıtlığı gidermek ve böylece ceza hukuku öğrenimini kolaylaştırmak amacını gütmektedir. Bu uzlaştırıcı niteliği yapıtın Alman Ceza Hukuku alanında yeni bir aşama teşkil etmesini sonuçluyor. *Prof. Schmidhäuser* bu amaca uygun bir yapıt meydana getirirken, Federal Almanya Ceza Kanununun 1.4. 1970 tarihinde yürürlüğe giren değişikliğini nazara aldığı gibi, bununla yetinmiyerek 1.10.1973 tarihinde yürürlüğe girecek değişikliği de gözönünde tutmuştur. Böylece okuyucu Alman Ceza Hukuku Reformunda öngörülen yenilikleri bu yapıttan öğrenmek olanığına sahip bulunmaktadır.

Ceza Hukukunun genel kısmına ilişkin tüm problemleri kapsayan yapıt dört kitâptan meydana gelmektedir. Temel esaslarla ilgili birinci kitâpta ceza hukukunun genel kısmı hakkında bilgi verilmekte, bu alandaki temel kavramlara değinilmekte ve suç teorisine ilişkin açıklamalarda bulunulduktan sonra Alman Ceza Hukukunun tarihi gelişimi ele alınmaktadır. Birinci kitabın sonuncu bölümü ceza hukukunun kaynaklarına ayrılmıştır. Ceza Kanunlarının ödevleri, yorumu, tekniği, yürürlük alanı bu bölümde ele alınan konulardan.

Yapıtın ikinci kitabının konusu «suç»tur. Suç unsurları ve Alman Ceza Hukuku Biliminde suç sistematığının gelişimi hakkında

genel bilgileri içeren giriş kısmından sonra yer alan ikinci kısımda «icrai suç» kavramı sekiz bölüm içinde incelenmektedir. Bu kısmın yapının sekizinci bölümü olan ilk bölümünde «hukuka aykırılık» kavramı şimdiye dek alışılmamış bir biçimde izah olunmaktadır. Örneğin hukuka aykırılık unsurları genel ve özel olmak üzere ikiye ayrılmakta ve «fail», «fiil durumu», «fiil» hukuka aykırılığın genel unsurları arasında gösterilirken, «garanti yükümlülüğünün ihlali» gibi bazı kavramlar özel nitelikteki hukuka aykırılık unsurları şeklinde isimlendirilmektedir. İkinci kitâpta bulunan yapının dokuzuncu bölümünde çeşitli hukuka uygunluk sebepleri ayrı ayrı tetkik edilmektedir. «Kusurluluk» unsuru da yapının bu kitâbında bulunan onuncu bölümde ele alınmaktadır. Kusurluluğun genel unsurları «kusura yeterlik» ve «kast» — «taksir» şeklinde ikiye ayrılarak, «kusura yeterlik» adı altında isnad kabiliyeti incelenmekte ve bundan sonra kast ile taksir kavramları hakkında ayrıntılı bilgi verilmektedir. Yapının bu bahsinde göze çarpan özellik, kast (Vorsatz) kelimesi yerine diğer ceza hukuku yapıtlarında raslanmayan «Vorsätzlichkeit» kelimesinin kullanılmasıdır. Kusurluluğun özel unsurları başlığı altında ise kanunun bazı paragraflarında belirli bazı suçlar yönünden aranan subjektif unsurlara değinilmiştir. Kitabın onbirinci bölümünde incelenen konu «kusurluluğu kaldıran sebepler» dir. Yapıtta «mazeret sebepleri - Entschuldigungsgründe» şeklinde isimlendirilen bu sebepler arasında zorda kalış (zaruret hali), yetkili merci tarafından verilen emrin ifası gibi hukuka uygunluk sebepleri de sayılmış ve böylece şimdiye dek ceza hukuku yapıtlarında görülen olağan sistemden ayrılmıştır. Kitâbın bu kısmında iştirâk ve teşebbüs bahisleri de bulunmaktadır.

İkinci kitâbın üçüncü kısmı «ihmalî suç» kavramına ayrılmıştır. Bu kısımda ihmalî suça ilişkin temel sorunlara değinildikten, ihmalî suçların çeşitlerinden bahsedildikten ve icrai suçlarla bir karşılaştırma yapıldıktan sonra, bu çeşit suçların unsurları icrai suçlardaki sistematige uygun biçimde ayrı ayrı ele alınarak incelenmektedir. Yapının onyedinci, bu kısmın ikinci bölümünde ihmalî suçlarla iştirâk ve teşebbüs konuları çok özlü bir biçimde kaleme alınmıştır. Özellikle «dolayısıyla faillik - Die mittelbare Täterschaft) ve icrai hareketle ihmalî bir davranışa iştirâk bahisleri bakımından müellif bilimsel yeteneğini açıkça ortaya koymaktadır.

Yapının aynı kitabının dördüncü bölümünde «suçların tekliği ve

çokluğu» konusu incelenmiştir. Bu konu hakkında bazı genel problemlere işaret olunduktan sonra, «suç teklifi» genel kavramı içinde «doğal hareket teklifi», «müteselsil suç», «tecavüz birliği - die Angriffseinheit» ve «görünüşte içtima» kavramları ele alınmaktadır. Müellif, «fikri içtima» ve «cezaların içtimaı» müesseselerini ise «suç çokluğu» başlığı altında inceleme konusu yapmıştır.

Yapıtın üçüncü kitâbında bulunan ondokuzuncu bölümde ceza hukukunun «cezalar» dışında kalan müeyyidelerinin önşartları gösterilmiştir.

«Ceza Hukukunun Müeyyideleri» konusunu içeren dördüncü kitap müeyyideleri «misilleme teşkil eden müeyyideler» ve «misilleme teşkil etmeyen müeyyideler» olmak üzere ikiye ayırmaktadır. «Misilleme teşkil eden müeyyideler» şeklinde nitelendirilen cezalar «asal cezalar» ve «yan cezalar» olarak iki ayrı başlık altında toplanmış ve asal cezalar da «hürriyeti bağlayıcı cezalar» — «para cezası» ayırımına tabi tutulmuştur. Bu bölümde çeşitli cezalar ayrı ayrı incelenirken ve özellikleri belirtildikten sonra, «cezaların tesbiti ve hesaplanması» konusu da yine aynı bölümde ayrıntılı biçimde tetkik edilmiştir.

Dördüncü kitabın ikinci, yapıtın yirmibirinci bölümünde incelenen «misilleme teşkil etmeyen müeyyideler» içinde «deneme süresi sırasında cezası tecil edilen kişiye yüklenen ödevler» ile «iyileştirme ve emniyet tedbirleri» ele alınmaktadır.

Yapıtın ve dördüncü kitâbın sonuncu bölümü ise, diğer Alman Ceza Hukuku yapıtlarında olduğu gibi, «genç suçlular için ceza hukuku» bahsine tahsis olunmuştur. Bölümün ilk kısmında genç suçlular için ceza hukukunun uygulanma alanı ve suç ile müeyyide kavramları açısından genel ceza hukukundan ayrıldığı noktalar üzerinde durulduktan sonra, ikinci kısımda genç suçlular için ceza hukukunun gösterdiği gelişim anlatılmakta ve nihayet sonuncu kısımda ceza hukukunun bu kesimindeki müeyyideler tek tek ele alınarak ayrıntılı olarak izah edilmektedir. Alman Çocuk Mahkemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin açıklanması niteliğine sahip bulunan bu kısımda, müellif, genç suçlular için tepki araçlarından olan «terbiye tedbirleri», «disiplin araçları» ve «hürriyeti bağlayıcı ceza» kavramlarını açıkladıktan sonra, çocuk mahkemeleri kanununun müeyyideler sisteminin diğer özelliklerini belirtmektedir.

2) Yapıta ilişkin görüşümüz.

Geleneksel ceza hukuku öğretisi ile amaçsal hareket öğretisi arasındaki karşıtlığı gidermek amacıyla güden bu yapıt kanımızca hedefine ulaşmıştır. Gerçekten, *Baumann* (1), *Mezger - Blei* (2) ve *Sauer* (3) tarafından izlenen geleneksel sistematikten yapıtta yer yer uzaklaşmaktadır. Şöyle ki; geleneksel sistematikte suçun unsurları «tipe uygun hareket», «hukuka aykırılık» ve «kusurluluk» olmak üzere üçe ayrılarak incelenmekte ve ilk olarak hareket kavramı hakkında bilgi verildikten sonra «nedensellik bağlantısı» ve «ihmalî fiiller» hep «tipe uygun hareket» unsuru içinde izah olunmaktadır. «Hukuka aykırılık» unsuru yönünden ise, «şekli ve maddî hukuka aykırılık kavramları» ve «hukuka uygunluk sebepleri» ele alınmaktadır. Suçun üçüncü unsuru olarak gösterilen «kusurluluk» geleneksel öğretilerde kast ve taksir ayırımına dayanılarak açıklanmaktadır. Geleneksel öğreti suçun belirttiğimiz üç unsurunu tetkik ettikten sonra ki, «suçun özel görünüş biçimleri» başlığı altında «teşebbüs», «iştirâk» ve «suçların içtima» müesseselerini inceleme konusu yapmaktadır. *Schmidhäuser*'in incelemekte olduğumuz kitabında ise, suçun genel unsurları teorisi yönünden icrai-ihmalî suç ayırımı temel ayırım olarak görünmekte ve müellif her iki suç tipi bakımından «hukuka aykırılık» ve «kusurluluk» unsurlarını ayrı ayrı ele alarak incelemektedir. Bunun gibi, «iştirâk» ve «teşebbüs» konuları da suçun özel şekilleri olarak gösterilerek icrai-ihmalî suç ayırımına uygun tarzda iki ayrı yerde gözden geçirilmektedir.

Suçun unsurlarını icrai-ihmalî suç ayırımına uygun biçimde incelemesi açısından, amaçsal hareket öğretisi tarafından izlenen yeni sistematiğe (4) yaklaşan *Schmidhäuser*'in yapıtı, ihmalî suçu icrai suçun yanında asal bir kavram olarak ele alması ve özellikle taksirli

(1) *Baumann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bielefeld 1968.

(2) *Mezger-Blei*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München 1968.

(3) *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, Berlin 1955.

(4) Bu sistematiği izleyen yapıtlara örnek olarak bk.: *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage, Berlin 1969; *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Berlin 1969; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Karlsruhe 1965.

suçları kusurluluk unsuru içinde tetkike tabi tutması bakımından sözü geçen öğretilerden ayrılmaktadır. Bu ikinci husus yani taksirin özel bir suç şekli olarak gösterilmeyip, kusurluluğun bir nevi şeklinde belirtilmesi yapıtın geleneksel öğretiye yaklaşan yönünü teşkil etmektedir.

Kanımızca yapıtın suçun genel unsurlarını icrai ve ihmali suçlarda ayrı ayrı incelemesi ve taksirli suçları suçun özel bir görünüş şekli olarak değil, kusurluluğun nevelerinden biri şeklinde göstermesi ve böylece geleneksel öğreti ile amaçsal hareket öğretisini uzlaştırmak yoluna gitmesi gerek bilimsel sistematige uygunluk açısından gerekse pedagojik yönden çok yerinde olmuştur. Gerçekten, icrai ve ihmali suçların bazı noktalarda birbirlerinden çok farklı özelliklere sahip bulunmaları, suçun genel unsurlarının bu iki suç tipi bakımından ayrı ayrı ele alınarak belirtilmesini zorunlu kılmaktadır. Böyle bir sistematik içinde iki suç tipinin farklı niteliklerine değinmek olanağı elde edilmiş olmakta ve bu suretle ceza hukuku ile ilk kez karşılaşan kişiye sözü geçen farklı özellikleri topluca görmek ve öğrenmek fırsatı verilmektedir. Taksirin kast ile birlikte kusurluluk içinde incelenmesinin yararları ise açıktır. Taksirle kastın hareketin iradiliğine ilişkin ortak noktaları ve şuurulu taksirin neticenin öngörülmesi yönünden dolus eventualis'e yaklaşması böyle bir ortak incelemenin yararlarını gösterecek niteliktedir.

Schmidhäuser'in ceza hukuku genel kısmına ilişkin bu kitabını yepyeni bir sistematik içinde ceza hukukunun temel kavramlarını inceleyen gerçekten övgüye değer bir yapıt olarak Alman Ceza Hukukuna ilgi duyan herkese hararetle tavsiye ederiz.

II — *Heinz Kraschutzki*, Die Gerechtigkeitsmaschine, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1970, 260 sahife (DM. 19.80).

1) Yapıtın özeti.

Adalet Mekanizması (Die Gerechtigkeitsmaschine) adını taşıyan bu kitabın muhtevsından bahsetmeden önce müellifi hakkında bir miktar bilgi vermek istiyoruz. *Kraschutzki* 1891 yılında Danzig'de doğmuş, Birinci Dünya Savaşında deniz subaylığı yapmış, 1926 dan itibaren Alman Barış Derneğinde görev almış ve aynı zamanda «Das

Andere Deutschland» haftalık dergisinin siyasî muharrirliğini ifa etmiş bir kimse. Üçüncü Reich devrinde İspanya'da bulunması ve İspanya İç Savaşında ömür boyu hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılması müellifin hareketli hayatından bir diğer yön. Dokuz yıl çeşitli İspanyol Cezaevlerinde kaldıktan sonra tekrar Almanya'ya dönen *Kruschutzki* sekiz yıl süre ile çeşitli infaz kurumlarında görev almış. Bu süre içinde tanık, ilirkişi ve dinleyici olarak sık sık çeşitli davaların duruşmalarında hazır bulunan yazar Alman Cezaevlerinden başka, İngiltere ve Hindistan'da da infaz kurumlarını tetkik etmiş bir kimse.

Gerek mahkûm gerekse görevli olarak cezaevlerinde tecrübe kazanan bir şahıs tarafından bu kitabın kaleme alınmış olması, bize önemli bir özellik olarak gözükmektedir. Kitapta giriş kısmından sonra, adalet mekanizmasının anlam ve amacı ele alınmakta ve misilleme, korkutma, terbiye hedefleri üzerinde ayrı ayrı durulmaktadır. Kitabın ikinci kısmında adalet mekanizmasında görev alacak kişilerde bulunması gereken vasıflardan ve özellikle bu kişilerin yetiştirilmeleri konusundan bahsedilmektedir. Müellif tecrübelerine dayanarak ve çeşitli olaylardan örnekler getirerek bu şahıslarda bulunması gereken vasıfları önermektedir. Kitabın üçüncü kısmı «suçlu» ya tahsis olunmuştur. Bu kısımda cinsî suçlu, itiyadî suçlu, politik suçlu gibi suçlu tipleri ele alınmakta ve ayrıca kadın suçluların özellikleri üzerinde durulmaktadır. Kitapta dördüncü kısımda tutukluluktan, beşinci kısımda duruşmalardan, altıncı kısımda mahkemelerin hatalı kararlarından ve muhakemenin yenilenmesinden bahsedildikten sonra, yedinci kısımda «af» müessesesi incelenmektedir. Mahkeme masrafları ve zararların tazmini gibi mali konuları kapsayan sekizinci kısmı izleyen «infaz kurumları» kısmı kanımızca kitabın en ilginç yönünü yansıtmaktadır. Gerçekten bu kısımda cezaevlerinde mahkûmlara yapılan kötü muamelelerden, kalabalık cezaevlerinden, mahkûmların sağlık ve seksüel sorunlarından söz eden müellif, sözü geçen kurumlardaki yaşantılarından edindiği tecrübelerin çok ilginç verilerini okuyucuya sunmaktadır. Kitabın onuncu bölümü de infaz müesseselerindeki mahkûmların çalıştırılmaları ve yetiştirilmeleri gibi sorunlara ışık tutmakta, onbirinci bölümle ise mahkûmun cezaevinden tahliyesinden sonraki yaşantısına ilişkin sorunlara değinilmektedir. Müellif yapıtının sonuncu bölümünde ceza adalet reformuna ve özellikle infaz kurumlarına ilişkin bazı önerilerde bulunarak incelemesine son vermektedir.

2) Yapıta ilişkin görüşümüz.

İncelediğimiz kitâp sistematik bilimsel bir yapıt olmaktan çok, infaz kurumlarını yakından tanıyan, bu alanda büyük tecrübesi olan, mahkûmların sorunlarını bilen bir kimse tarafından kaleme alınmış bir inceleme olarak önem taşıyor. Kitâpta verilen çeşitli örnekler ceza infaz hukukunun teorisi ile uğraşanlara yön gösterecek nitelikte. Bu bakımdan, kitâbı okuyan bir ceza hukukçusu sadece teorik izahlarla yetinilmemesi gerektiğini ve uygulamanın yakından izlenmesi zorunluluğunun bulunduğunu görüyor. Kitâbın özellikle infaz kurumlarının sorunlarını kapsayan kısımları infaz hukuku ile ilgilenenler için çok yararlı.

Doç. Dr. Kayihan İÇEL