

İTALYAN CEZA KANUNUNUN TÂDİLİ İÇİN HAZIRLANAN ÖN - TASARININ BİRİNCİ KİTABINA TOPLU BİR BAKIŞ

Doçent Dr. Sahir Erman

İtalya'da ceza hukuku sahasında meydana gelen tahavvüller, bugünkü durumumuzda, bizi bilhassa üç bakımdan alâkadar eder.

Bir kere, İtalya'nın her iki Ceza Kanunu, biri esas itibarile diğeri de kısmen olmak üzere, bizim Ceza Kanunumuzun me hazını teşkil etmiştir; bu itibarla me haz kanunun cari olduğu memlekette yapılmakta olan değişiklikler, kanunumuzun tâdile muhtaç hükümlerini meydana çıkarabilir ve bu hükümler üzerine dikkatimizi çekebilir.

Sonra İtalya'da vukua gelen ve gelmekte olan bu tahavvül, rejim değişikliğine sıkı sıkıya bağlıdır: otoriter bir hükümet şeklinden demokratik bir idareye geçen İtalya'da, eski rejimin damgasını taşıyan hükümleri bir ân evvel kanundan çıkarmak bir zaruretti. Bugün, buna benzer bir zaruretin, memleketimiz için varid olduğu şüphesizdir.

Nihayet İtalya ceza hukuku ilminin beşiği mesabesinde: bu memleketin ceza mevzuatında yapılan her esaslı tâdil, ceza hukukunun inkişafı bakımından, dikkatle nazara alınmak ve üzerinde imali fikir edilmek lâzım gelir.

İşte, tatbiki ve nazari mahiyetteki bu faydalarını belirttikten sonra, italyan ceza mevzuatında son zamanlarda vukua gelmiş olan ve gelmesi mutasavver bulunan tahavvüllerin tetkikine girişelim.

İtalya'da faşizm yıkılıp da, demokrasi rejimi yeniden teessüs ettikten sonra, eski idarenin en bariz hususiyetlerini teşkil eden hükümleri derhal tâdil yoluna tevessül olundu.

İlk olarak tâdilâta maruz kalan hüküm, ölüm cezasına mütedair olandır. Filhakika, 10 Ağustos 1944 tarihli bir Kaymakamlık Teşrii Kararnamesile¹, umumî Ceza Kanunundaki ölüm cezası ilga edilmiş ve

1) Bu kararnamele, Veliht Umberto'nun, henüz Kral unvanını almadan, babası Vittorio Emanuele III ün yerine Kaymakamlık (*Luogotenenza*) yaptığı zamanlarda isdar olunmuşlardır.

onun yerine müebbet ağır hapis cezası ikame olunmuştur. Ancak, şurası kayda şayandır ki, zaten aynı Kararnamece Askerî Ceza Kanunlarındaki ölüm cezaları mahfuz tutulduğu gibi, 10 Mayıs 1945 tarihli bir diğer Kaymakamlık Teşriî Kararnamesile, müteaddit eşhas tarafından müsellâh olarak ve umumî veya şahsî müdafaaya mâni olacak şekilde yapılan yahut umumî istihlâke veya Devletin iktisadî veya askerî kudretine tahsis edilmiş eşya aleyhinde ika olunan yağma suçları ile, mülkiyete veya cebren eşhasa karşı suç işlemek için silâhlı çete teşkili suçu hakkında, bu ceza yeniden ihdas olunmuştur. Keza 2 Ağustos 1946 tarihli Muvakkat Hükûmet Teşriî Kararnamesi², ölüm cezasını, silâhla veya umumî veya hususî müdafaayı selbedecek surette yahut mahsus bir dehşet hali yaratacak şekilde ika olunan yağma, yol kesme ve adam kaldırma suçlarına da teşmil etmiştir.

Yine bir Kaymakamlık Teşriî Kararnamesile (14 Eylül 1944 - na. 288), gayrı muayyen ve gayrı mahdud takdiri hafifletici sebepler kabul olunmuş (m. 2); Ceza Kanununun «Devletin şahsiyeti aleyhinde cürümler» Bâbında mevcut olup da, faşist müesseselere karşı işlenen suçlara taallük eden hükümler ilga edilmiş (m. 3); efradın memur aleyhine suç işlemesi halinde, memurun bu suça kendi keyfî hareketile vazife hududunu aşarak sebebiyet vermiş olması keyfiyeti daima bir tam mazeret sebebi sayılmış (m. 4)³; hakaret suçlarında, bizim 481 inci maddemizde mevcut üç istisnâî halde, hakikati maddenin ispat edilmesine cevaz verilmiştir (m. 5)⁴.

Fakat, bu kısmî ve en âcil tâdiller yapıldıktan sonra, bütün Ceza Kanununu yeni baştan gözden geçirmek ve demokrasi icaplarına uygun bir ceza mevzuatı meydana getirmek lâzımdı. İşte bu maksatlardır ki, 1945 senesinde Adalet Bakanı Tupini tarafından bir Komisyon teşkil edilmiş ve bu Komisyon mesaisine Togliatti ve Grassi'nin Bakanlıkları zamanında da devam etmiştir.

2) Bu Kararnameler, halkın aleyhte rey vermesi üzerine, Krallığın ilga edilmesi ile Müessesan Meclisi tarafından yeni Anayasa yapılıp da Cumhuriyet şekli kabul edilmeye kadar, De Nicola'nın Devlet Başkanlığı altında hüküm sürmüş olan Muvakkat Hükûmet zamanında isdar olunmuşlardır.

3) Halbuki bizim 272 nci maddemiz, bu keyfiyeti, hâkîmin takdirine göre, bazan hafifletici, bazan ise tam bir mazeret sebebi saymıştır.

4) Bu Kararnamelerin tam metinleri için bk. : MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice penale e di procedura penale*, Roma 1946, sah. 409, 411, 418 ve 424.

İlk olarak Komisyonun halletmesi gereken cihet, metod meselesi idi; bu bakımdan Komisyonun sinesinde iki cereyan belirmişti: bir kısım âza 1889 kanununun esas alınıp, bir takım tâdillere yeniden mevkiî mer'iyete konmasını müdafaa ettikleri halde, ikinci kısım âza, 1930 kanununun ilmi bir terakkinin mahsulü olduğunu ileri sürerek, bu kanunun esas ittihaz olunmasını ve fakat 1889 kanununca kabul edilmiş olan demokratik prensipler göz önünde tutularak, tâdil edilmesini iltizam ettiler. Nihayet bu son noktai nazar galebe çalarak mesaiye girildi.

Fakat Komisyon halinde çalışmanın yavaş gitmesi, buna mukabil Ceza Kanununun tâdil zaruretinin ân be ân kesafet kesbetmesi üzerine, Bakan Grassi tarafından bir İcra Komitesi teşkil olunmuş ve bu Komite Ceza Kanununun Birinci Kitabı hakkında yeni bir Ön-tasarı ile bir Esbabı Mucibe Lâyihası hazırlamıştır.

Bundan sonra Komisyon, kanunun diğer kitaplarını ele almışsa da, Bakanlık sözü geçen Ön-tasarı ile Lâyihayı derhal tab'ettirmiş ve mütalâalarını bildirmek üzere, Temyiz, Ağır Ceza ve İstinaf Mahkemelerine, Üniversitelere ve Barolara göndermiştir.

Bu mütalâalar geldikten sonra, Ön-tasarı Komisyonca tekrar gözden geçirilecek, bilâhare Meb'usan ve Âyan Meclislerince kurulacak birer komisyon tarafından incelenecek, nihayet «Kat'i Tasarı» şeklini aldıktan sonra, her iki Meclise sunulacaktır.

İşte biz bu Ön-tasarıyı ele alacak ve Esbabı Mucibe Lâyihasına, muhtelif Üniversite, mahkeme ve Barolarca verilen mütalâalara istinatla, belli başlı ve bizim için en mühim olan yeniliklerini izaha çalışacağız.

Ancak, hükümlerin tahliline girişmezden önce, Ön-tasarının taşıdığı ruha ve Komiteye rehberlik eden umumî kıstaslara kısa bir nazar atfedelim.

İlk olarak göz önünde tutulan esas — yukarda da belirttiğimiz veçhile — faşist rejimin her türlü asârını kanundan çıkarmak ve kanunu demokratik idarenin ruhuna uygun bir hale getirmek olmuştur: «bu maksatla muhtelif cezaların miktarı indirilmiş⁵, fert karşısında Devlete

5) İşaret edelim ki, Ön-tasarının bu temayülüne bilhassa Yargıtay Komisyonunca itiraz edilmiş ve mer'î kanundaki şiddetli cezaların, faşist rejimin ideolojisinden ziyade, Birinci Cihan Harbinden sonra suçluluk sahasında tezahür eden ve bugün dahi görülmekte olan artıştan ileri geldiği tebarüz ettirilerek, suçların bu endişe verici tezayüdü karşısında, alelûmum cezaları hafifletmenin doğru olmayacağı ve bu keyfiyetin demokrasi ile hiç bir alâkası bulunmadığı ilâve edilmiştir (*Relazione della Corte Suprema di Cassazione sul Progetto di Riforma sul Primo Libro del Codice Penale*, Riv. Pen., Şubat 1950, LXXV, 2, 69 - 70).

tanınan pek büyük ve gayri âdil kıymet dolayısıyla, mer'î kanunun bazı noktalarındaki fazla şiddet bertaraf olunmuş ve fakat aksi istikamette ifrata varıp ceza adaletinin tesirsiz kalması tehlikesinin başgöstermesine de dikkat edilmiş; keza objektif mesuliyet esası mümkün mertebe terkedilmek istenilmiş, nihayet siyasi suçluların iade edilemeyeceği kaidesine avdet olunmuştur⁶. Şüphesizdir ki, bu kıstas hususi kısımda ve bilhassa Devletin şahsiyeti aleyhine işlenen cürümler Bâbında daha ziyade tatbik sahası bulacaktır.

Bundan başka Ön-tasarıda manevî mesuliyet esası yine muhafaza edilmiştir. Bu mevzuda Esbabı Mucibe Lâyihasında, sözü geçen esasın içtimaî şuur ve vicdanda yer edinmiş olduğu belirtildikten sonra, manevî mesuliyet prensibinin «içtimaî ve siyasi ilimlerin her sahasında insan şahsiyetinin teyid olunmasını istilzam eden demokratik icaplardan mülhem bulunduğu» da ilâve olunmaktadır⁷.

Keza cezalarla emniyet tedbirleri arasındaki ayrılık ta muhafaza edilmiş, yani bu mevzuda ikilik sistemi benimsenmiştir. Bu sistemin hem suçtan zarar gören içtimaî şuur ve vicdanı tatmin, hem de suç tehlikesine karşı sosyal müdafaayı temin gibi çifte bir muhassenatı olduğunu tebarüz ettiren Lâyiha, tatbikat sahasında göze çarpan noksanların sistemin esasından değil de, teşkilât vasıtalarının kifayetsizliğinden ileri geldiğini söylemektedir⁸.

Ön-tasarı, Birinci Kitabın tanzim tarzını da değiştirmiş ve buna — fikrimizce — çok daha rasyonel bir veçhe vermiştir; yeni sistemin yegâne mahzuru maddelerin çokluğundan ibarettir⁹.

6) S. g. Komitenin Esbabı Mucibe Lâyihasından : MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Progetto preliminare del Codice Penale: Libro Primo, Relazione e Testo*, Roma 1949, sah. 10.

7) S. g. *Progetto*, sah. 11.

8) S. g. *Progetto*, loc. cit.

9) Bu hususta bir fikir vermek için, Ön-tasarının Bâb ve Fasil başlıklarını sıralıyorum :

Birinci Kitap : Umumi hükümler

Birinci Bâb : Ceza Kanunu

İkinci Bâb : Suç

Fasil I : Suçun neveleri

Fasil II : Suçun maddi unsuru

Fasil III : Suçun manevi unsuru

Fasil IV : Tesebbüs

Ön-tasarının ihtiva ettiği ilk yenilik, istisnai veya muvakkat kanunların zaman itibarile tatbikine taallük etmektedir. Bilindiği veçhile, istisnai veya muvakkat bir kanunun mer'iyeti sırasında işlenen suçlar hakkında, sözü geçen kanunlar mer'iyet mevkiinden kalksalar dahi, yine bu kanunların tatbik edileceği (ki buna Ceza Kanunlarının *ileriye şümulü* kaidesi de denilmektedir), doktrin sahasında münakaşa edilen bir cihettir¹⁰. 1930 İtalyan Ceza Kanunu, bu gibi kanunlar hakkında, en lehte olan kanunun tatbik edilmeyeceğini söylemek suretile, mezkûr kaideyi kabul etmişti (m. 2/4). Ön-tasarı ise, aynı kaideyi teyid etmekle

Fasıl V	:	Mesrulyet sebepleri
Fasıl VI	:	Suçta tesir eden haller
Fasıl VII	:	Suçların içtimai
Fasıl VIII	:	Suçun sukutu
Üçüncü Bâb	:	Suçlu
Fasıl I	:	İsnat kabiliyeti ve bunu kaldıran veya azaltan sebepler
Fasıl II	:	Tekerrür
Fasıl III	:	İstirak
Dördüncü Bâb	:	Ceza
Fasıl I	:	Sureti umumiyede cezalar
Kısım I	:	Cezaların neveleri
Kısım II	:	Sureti mahsusada asli cezalar
Kısım III	:	Sureti mahsusada münzam cezalar
Fasıl II	:	Cezaların tatbiki
Fasıl III	:	Cezaların içtimai
Fasıl IV	:	Cezaların infazı
Fasıl V	:	Cezaların sukutu
Beşinci Bâb	:	Medeni müeyyideler
Altıncı Bâb	:	Cürmi tehlikeli hal ve idari emniyet tedbirleri
Fasıl I	:	Cürmi tehlikeli hal ve bunun mahsus şekilleri
Fasıl II	:	Sureti umumiyede emniyet tedbirleri
Fasıl III	:	Şahsi emniyet tedbirleri
Fasıl IV	:	Mali emniyet tedbirleri
Yedinci Bâb	:	Memnu hakların iadesi.

Görülebileceği veçhile cezalara ait bilcümle hükümlerin bir araya toplanması, kanun sistematiği bakımından, bilhassa kayda şayandır.

10) Memleketimiz bakımında bk.: *İleriye şümul lehinde*; TANER, *Ceza Hukuku*, İstanbul 1947, sah. 177; *Kanunumuzun sisteminde buna cezası bulunmadığı hakkında*; EREM, *Türk Ceza Hukuku*, 2. tabı, Ankara 1950, sah. 40.

beraber, müteaddit istisnai veya muvakkat kanunların birbiri arınca mer'iyete girmeleri halinde, maznunun en lehinde olan kanunun tatbik olunacağını ilâve eylemektedir (m. 2/4). Bu hüküm, müellifler tarafından tasvip edildiği halde¹¹, Yargıtayca buna muhalefet edilmiş ve bu suretle istisnai ve muvakkat kanunların haiz olmaları lâzım gelen, mutlaka tatbik edilme hassasından işbu kanunların mahrum edileceği ileri sürülmüştür¹².

Fakat bu mevzuda yapılan en esaslı değişiklik, şüphesiz ki *siyasî suçlara* taallük etmektedir. Filhakika 1930 kanunu, 8 inci maddesile, hem siyasî suçu geniş bir şekilde târif etmiş (f. 3), hem de yabancı memlekette her hangi bir siyasî suçu işleyen vatandaş veya yabancının, Adalet Bakanının talebi üzerine İtalya'da cezalandırılabilceğini tesbit eylemişti (f. 1 ve 2). Keza aynı kanunun 11 inci maddesile işbu 8 inci maddeye atıfta bulunulması neticesinde, yabancı memlekette siyasî bir suç işleyen vatandaş veya yabancının o memlekette muhakemesi icra edilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine, İtalya'da yeniden muhakeme edilmesi imkân altına alınmış (m. 11/2), nihayet 13 üncü madde vatandaşın ve siyasî suçlunun iadesini mümkün kılmıştır.

İşte Ön-tasarı, mülga rejimle sıkı surette alâkası bulunduğu aşikâr olan bu mevzua bambaşka bir veçhe vermiştir.

Bir kere, 8 inci maddedeki siyasî suç târifi, daha daraltılarak, Ön-tasarının 13 üncü maddesinin son fıkrasına nakledilmiştir. İşbu fıkraya göre : «Ceza Kanununun tatbikatında, Devletin siyasî bir menfaatini veya vatandaşın siyasî bir hakkını ihlâl eden her suç siyasî suçtur. Keza daha ziyade siyasî saiklerin tesiri altında işlenen âdi suç da siyasî suç sayılır». Eski târifle olan fark ikinci cümlede, yani nisbi siyasî suçlar mevzuundadır : filhakika kanunda «*Tamamen veya kısmen siyasî saiklerin tesiri altında işlenen âdi suç*» tan bahsedildiği halde, Ön-tasarıya göre âdi bir suçun siyasî mahiyet iktisap edebilmesi için «*daha ziyade*» siyasî saiklerin tesiri altında ika edilmesi iktiza eder. Yani kanuna göre, âdi bir suçtaki siyasî saikler cüz'î bir mevki işgal etseler bile, suçun yine siyasî sayılması icab ettiği halde, Ön-tasarıya göre bu kâfi olmayıp, siyasî saiklerin diğer saiklere nisbetle bir üstünlük arzetmeleri muktazidir. Görüleceği veçhile, Ön-tasarı, bu suretle sübjektif

11) DELITALA, *Sul Progetto Preliminare del Primo Libro del Codice Penale*, (Riv. It. Dir. Pen. Mart - Nisan 1950, III, 2, sah. 160 ve son., bilhâs., sah. 177); bu Rapor Milano Hukuk Fakültesi namına Bakanlığa verilmiştir.

12) S. g. *Relazione*, sah. 71.

nazariye ile üstünlük nazariyesini mezcetmekte, hangi nevi saiklerin suçun işlenmesine daha ziyade müessir olduklarına itibar eylemektedir.

Bundan başka, Kanunun 8 inci maddesinin diğer fıkraları ilga edilerek, yabancı memleketlerde işlenen siyasi suçlardan dolayı İtalya'da tâkibat yapabilmek salâhiyeti kaldırılmış, ancak Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, mühür ve paralarda sahtekârlık, memurların ika ettikleri suçlar ve nihayet hususî kanun veya beynemilel mukavelelerin derpiş ettikleri suçların yabancı memlekette işlenmesi halinde tâkip salâhiyeti muhafaza olunmuştur (m. 7). Bittabi hududsuz tâkip salâhiyetini veren 8 inci madde kalkınca, bu maddeye atıfta bulunmak suretile tekriri muhakemeye cevaz veren hüküm de sakıt kalmıştır.

Suçluların iadesine gelince, Ön-tasarının 13 üncü maddesi bu mevzuu yeni baştan ve Kanunun ifade tarzından da ayrılmak suretile tanzim etmektedir; ehemmiyetine binaen, sözü geçen maddenin birinci fıkrasını aynen nakledeyim :

«Aşağıdaki şartlar içtima ettiği takdirde, suçlunun iadesi kabul olunur :

«1. talebin mevzuunu teşkil eden fiil gerek italyan ve gerek iadeyi talep eden Devlet kanunu tarafından suç olarak derpiş edilmiş olmalı;

«2. bu kanunlardan biri mucibince suç veya ceza sukut etmemiş bulunmalı;

«3. bu kanunlardan her ikisi gereğince de cezai takibatta bulunmak imkân dairesinde olmalı;

«4. iade bir vatandaşa taallük etmemeli;

«5. siyasi bir suç veya buna murtabit bir suç mevzuubahs olmamalı».

Görülüyor ki, Kanun, beynemilel mukavelelerce sarahaten tecviz olunmak şartile vatandaşın iadesini kabul ettiği halde, Ön-tasarı bu hususta kat'i bir memnuiyet vazetmektedir. Fikrimizce, bu mevzuda Hükûmeti serbest bırakmak, yani iadeyi talep eden Devlet mahkemelerine itimadı bulunduğu veya mütekabiliyet esası cari olduğu takdirde, iade edebilme salâhiyetini tanımak, suça karşı beynemilel tesanüdü arttırmak bakımından tercihe şayandır.

Keza Kanunda siyasi suçluların iade edilemeyeceği hakkında bir hüküm bulunmadığı halde, Ön-tasarı bu mevzuda da iadeyi kesin surette meneylemektedir.

Nihayet iadeyi talep eden Devletle kendisinden iade talep olunan Devletin kanunları hakkında vazedilip te, 1930 kanununda bulunmayan

şartlar da, mevzuun etraflı bir şekilde tanzimi bakımından kayda sayandır.

Yine iade hususunda Ön-tasarının ihtiva ettiği bir yenilik te «transit iade» rejimine taallük etmektedir. Kanunda bu mevzuda bir hüküm yoktu ve İtalya'daki tatbikat ta, bu nevi iadeyi kazai mercilerin tetkikinden geçirmeyip, tamamen zabitanın takdirine bırakmakta idi¹³. Halbuki transit iadenin hakiki iadede pek farkı olmadığı gibi, transit olarak iade edilecek kimseyi kazai himayeden mahrum bırakmak da tecviz olunamaz. Nitekim bu mevzuu ele alan Ön-tasarının 14 üncü maddesi şöyle demektedir : «İadeyi kabul veya teklif eden Devletin adli mercilerinin muvafık kararı mevcut olduğu ve 13 üncü maddenin 1, 4 ve 5 inci bentlerindeki şerait bulunduğu takdirde, İtalyan Devletinin ülkesinden transit olarak, yabancı bir Devletten diğer bir yabancı Devlete bir kimsenin iade edilmesine müsaade olunabilir. - Kendisinden iade talep olunan veya iadeyi teklif eden Devlet tarafından, adli bir müdahale vâki olmaksızın, iadeye karar verilmişse, 13 üncü madde ahkâmı tatbik olunur».

Görülüyor ki madde, iki ihtimal derpiş etmektedir : ya iadeyi kabul etmiş olan yabancı Devlet bunu kazai mercilerin kararı üzerine kabul etmiştir, yahut kazai mercilere müracaat etmeden bu yolda bir karar almıştır.

Birinci vaziyette İtalyan Hükümeti ancak şu üç şartı arayacaktır : fiilin talep eden Devletle İtalyan Devleti kanunlarına göre suç olması; transit olarak geçirilmek istenen kimsenin vatandaş olmaması; nihayet siyasî bir suçlunun mevzuubahs bulunmaması. Bu üç şart mevcutsa, transite müsaade edilecektir¹⁴.

İkinci vaziyette ise tamamen idarî bir şekilde iadeye karar verilmiştir. Bunun üzerine transite müsaade edebilmek için 13 üncü maddede mezkûr beş şartın içtimai lâzım gelecektir : bu şartların bulunup bulunmadığına karar vermek salâhiyeti kazai mercilere ait bulunmakta ise de, bu merciin neresi olduğu Ön-tasarıda gösterilmeyerek, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile tesbit edilecektir¹⁵.

«Suç» başlığını taşıyan İkinci Bâbda yapılan ilk değişiklik, Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer almış olup ta, mefruz suçun

13) S. g. Progetto, sah. 21, na. 11.

14) Kaydedelim ki, Ön-tasarıda «iadeye müsaade» edilmekten bahsedilmekte ise de, bu bir ifade zaafidir: İtalyan Devleti için ancak «transite müsaade» etmek mevzuubahs olabilir.

15) S. g. Progetto, sah. 22.

cezalandırılmıyacağı hakkındaki hükmün Ön-tasarı tarafından iktibas edilmemiş olmasıdır. Filhakika, Ön-tasarının 19 uncu maddesi yalnız muhal suçun cezalandırılmıyacağını, fakat fail hakkında emniyet tedbirlerinin tatbik olunacağını tekrarlamakla iktifa eylemektedir. Lâyihada denildiği veçhile, mefruz suçun cezalandırılmıyacağı hususu, tabii olduğu kadar, suçların kanuniliği prensibinin de bir neticesi bulunmakla, tasrih edilmesine hiç te lüzum yoktur¹⁶.

Ön-tasarının suçun maddi unsurun mevzuunda getirdiği son bir yenilik te, sebebiyet alâkasına mütedair bulunmaktadır.

Bir kere sebebiyet alâkasının mevcudiyet lüzumu tekrar edildikten (Kanun, m. 40/1; Ön-tasarı, m. 20/1) ve ihmal suretile icra suçlarında hukuken menetmek mecburiyetinde bulunulan bir neticeye mâni olmanın bu neticeye sebebiyet vermeğe muadil olduğu söylendikten sonra, bu son vaziyette cezanın tahfif olunabileceği ilâve edilmektedir; böyle bir indirme imkânı ise Kanunda mevcut değildir.

Bu tahfif imkânı, Lâyiha tarafından, neticeye mâni olmıyan kimsenin buna bilfiil sebebiyet veren kimseye nisbetle daha az bir kusur derecesi arzetmekte olması ile izah edilmekte, fakat bunun varid olmaması halinde, hâkimin cezayı indirebilmek hususundaki salâhiyetini kullanmayacağı belirtilmektedir¹⁷. Bu suretle cezaların şahsileştirilmesine de imkân verilmiş olmaktadır.

Yine sebebiyet alâkası mevzuunda Ön-tasarının ihtiva ettiği bir yenilik te, sebeplerin içtimama taallük etmektedir. Kanuna göre, failin fiilinden evvel mevcut veya fiille birlikte yahut daha sonra hâdis sebeplerin inzımamı halinde, bu sebepler başlı başlarına neticeyi tevlide kâfi gelmedikçe, sebebiyet alâkası mürtefi olmaz, binnetice failin neticeden mesuliyeti bâki kalır. Ön-tasarı bu hükümleri aynen muhafaza etmekle beraber, fiilden önce mevcut olan veya fiille birlikte tahaddüs eden sebeplerin failce bilinmemesi ve bilâhare inzımam eden sebeplerin failin icra veya ihmalinden müstakil olmaları halinde ve fakat bu sebeplerin neticenin tevlidinde kayda şayan bir tesir icra etmiş olmaları şartile, cezanın indirileceğini tesbit etmektedir (m. 21 : 3). Bu suretle Kanunumuzun 451 ve 452 nci maddelerinde kasden ve müessir fiil neticesi adam öldürme suçları hakkında sebeplerin içtimaı halinde cezanın indirilmesi sistemi, İtalyan Ön-tasarısında bütün suçlara şamil bir mahiyet iktisap etmektedir.

16) S. g. Progetto, sah. 27, na. 22.

17) S. g. Progetto, sah. 28, na. 23.

Lâyiha bu hükmün «müşterek vicdanın icaplarına cevap vermek maksadile» kabul edilmiş olduğunu söylemektedir¹⁸. Buna mukabil, sebeplerin içtimaı halinin umumî bir hafifletici sebep sayılmasına itiraz edilmemiş değildir. Meselâ Yargıtay Komisyonunun raporunda, bu vaziyetin hususî kısımda muayyen bir takım suçlar hakkında derpiş olunması istenmekte ve bunun bütün suçlara teşmil edilmesinin tehlikeli olacağı belirtilmektedir; nitekim, hanede hırsızlık suçunda, kapıyı kırmağa uğraşılırken, kapının pek çürük ve gayri mukavim olmasının, failce bilinmeyen ve fiille birlikte tahaddüs eden bir sebep addile, cezanın tahfifine yol açacağı tebarüz ettirilmektedir¹⁹.

Bu cihetten kat'annazar, Ön-tasarının sebebiyet alâkası mevzuunda hangi nazariyeyi kabul etmiş olduğunu araştıralım. Malûm olduğu veçhile, 1930 İtalyan Ceza Kanununun bu hususta hangi nazariyeyi benimsemiş olduğu kat'i surette bilinmemekte ve muhtelif italyan müellifleri kanunu kendi anlayışlarına göre tefsir etmektedirler²⁰. Ön-tasarının sözü geçen tahfif sebebini ilâve etmesi üzerine nasıl bir sistemin meydana çıktığı cihetine gelince, fikrimizce, Ön-tasarı uygun sebep nazariyesini kabul etmemiştir. Filhakika bu nazariyeye göre, muayyen bir hareketin «sebepe» sayılabilmesi için, günlük hayat tecrübelerine nazaran, muayyen bir neticeyi tevlide salih ve uygun olduğu failce tahmin edilebilmek lâzım gelir²¹. Nitekim 451 ve 452 nci maddelerimizdeki «gayri melhuz» tâbiri, işte bu tahmin edebilme unsurunu ifade etmektedir²².

18) S. g. Progetto, loc. cit.

19) S. g. Relazione, sah. 73.

20) Bu mevzuda bk.: TANER, s. g. e., sah. 314 - 315.

21) TANER, s. g. e., sah. 311.

22) Demek oluyor ki, kanunumuz ölümün failce tahmin edilemeyen bir sebepten ileri gelmesi halinde de failin mesuliyetini — cezayı indirmekte beraber — kabul etmek suretile, uygun sebep nazariyesini ferc etmemiş olmakta ve şartların muadeletli nazariyesine yaklaşıp bulunmaktadır. Filhakika gayri melhuz esbap, normal hayat tecrübelerine müsteniden tahmini kabil olmayan sebeplerdir; bu itibarla, netice bu sebeplerin inzimamı ile vukua gelmişse, uygun sebep nazariyesine göre, failin neticeden mesul olmaması lâzım gelirdi. Bununla beraber, kanunumuz cezayı indirdiği cihetle şart nazariyesini de olduğu gibi kabul etmemiş, bunu biraz tahfif etmeği münasip görmüştür. Şu halde kanunumuz muhaffef bir şart nazariyesini kabul etmiş bulunmaktadır.

İtalyan Ön-tasarısı ise, bu «tahmin edebilme» unsuruna yer vermiş değildir. Ön-tasarıya göre, failin fiilinden önce mevcut veya fiille birlikte hâdis sebepler failce *bilinmiyorsa*, ceza indirilecektir : fail normal hayat tecrübelerine müsteniden bu sebeplerin mevcudiyetini veya hudusünü tahmin edebilecek durumda olsa bile, bilfiil bu sebeplere vâkıf olmadıkça yine ceza indirilecektir. Bilâhare inzimam eden sebeplere gelince, bunların failin fiilinden müstakil olmaları kâfidir : fail bunların inzimam edebileceğini tahmin etmemiş ve edecek durumda bulunmamış olsa bile, mesuliyeti vardır.

Ön-tasarı müessir sebep nazariyesini de, kabul etmemiştir : filhakika evvelce mevcut veya aynı ânda hâdis olan yahut bilâhare inzimam eden sebepler neticenin meydana gelmesinde müessir olmuş bulunsalar dahi, failin mesuliyeti bâki kalmaktadır. Bununla beraber, Ön-tasarı bu nazariyeyi hiç nazara almamış da değildir : evvelce mevcut olan veya aynı ânda tahaddüs yahut bilâhare inzimam eden sebepler neticeye müessir olmamışlarsa, failin mesuliyeti asla değişmez ; müessir olmuşlarsa failin cezası indirilir²³.

Şu halde Ön-tasarı esasta şart nazariyesine bağlanmış ve fakat, müessir sebep nazariyesini de göz önünde tutarak, şart nazariyesinin neticelerini tahfif eylemiştir.

İlâve edelim ki, sebeplerin içtimaı mevzuunda Ön-tasarıca kabul edilen bu hüküm, yukarda arzettiğimiz tenkid dışında, umumiyetle müsaıt karşılanmıştır.

Fakat, Ön-tasarı ile yapılan en mühim değişiklik «Suçun manevi unsuru» başlığını taşıyan Üçüncü Fasla taallük etmektedir.

Evveleminde Ön-tasarının 22 nci maddesi, kast kaidesini beyan ederken, şöyle demektedir : «Kimse... icra veya ihmâl ânında isnad kabiliyetini haiz olmadıkça ve bu icra veya ihmali şuur ve irade ile ika etmedikçe cezalandırılmaz». Kanunun 42 nci maddesile olan fark «icra veya ihmâl ânında isnad kabiliyetini haiz olmadıkça» ibaresinin metne ilâve edilmiş olmasıdır. İşaret edelim ki bu hüküm Kanunun 85 inci maddesinde zaten bulunmaktadır ; bunun kast kaidesine nakli sistematik bakımdan Kanuna yapılmış olan tenkitlere cevap verebilmek içindir²⁴.

23) Halbuki kanunumuzun 451 ve 452 nci maddeleri, failin cezasını tahfif bakımından, inzimam eden veya evvelce mevcut olan sebebin neticenin meydana gelmesinde müessir olması şartını iltizam etmemiş ve böylece müessir sebep nazariyesine — tâli de olsa — yer vermemiştir.

24) S. ij. Progetto, sah. 29, na. 24.

Ön-tasarının manevî mesuliyeti ifade eden bu hükmü muhafaza etmesinin sebeplerini yukarda izah etmiştik. Ancak şurası var ki, sözü geçen hükmün Ön-tasarıda yer almasına muhalefet edilmektedir. Nitekim Milli Baro Konseyi namına verilen raporda, manevî mesuliyet esasının değeri kabul ve determinist telâkki tenkid edilmekle beraber, kanunda bu gibi hukuk dışı kaidelerin yer almamak lâzım geldiği, bu itibarla tutulacak en salim yolun, isnad kabiliyetinden hiç bahsetmeksizin, sadece suçları ve mesuliyetsizlik sebeplerini birer birer tesbit etmekten ibaret olacağı belirtilmektedir²⁵.

Fikrimizce, manevî mesuliyet esasının muhafazası her bakımdan lâzım gelmekte ise de, bir kanunun bu gibi münakaşalı cihetleri tesbite kalkışması doğru olmaz. Kanun hiç bir zaman bir hukuk trete'si olmamalıdır. Nitekim bir buçuk asırlık bir mazisi olan Fransız Ceza Kanununda manevî mes'uliyet hakkında hiç bir hüküm yoktur. Bu itibarla biz de kanunun sadece cezaî mes'uliyeti kaldıran sebepleri göstermekle iktifa edip, irade serbestisi veya determinizm gibi esas itibarile felsefi bir mahiyet arzeden münakaşalar muvacehesinde cephe almamak gerektiği fikrine iştirak etmekteyiz.

Ön-tasarının 23 üncü maddesi, Kanunun 43 üncü maddesine tekabül etmekle beraber, kastlı, kastı aşan ve taksirli suçların târifine daha büyük bir vuzuh vererek, Kanundaki «niyete uygun», «niyeti aşan» ve «niyete karşı» ibarelerini kaldırmıştır. Ancak şurası var ki, taksir, neticenin «tahmin edilmiş olsa bile, fail tarafından istenilmemesi» şeklinde tarif edilmektedir. Fikrimizce taksirin şu târifi yerinde değildir: fail istememiş olduğu neticeyi bilfiil tahmin *etmiş* ve buna rağmen suçu işlemekten çekinmemiş ise, artık taksir değil, muhtemel kast mevcuttur. Nitekim Lâyiha da bunu teslim etmektedir²⁶. Bu itibarla Ön-tasarıda taksir târif edilirken, tahmin *etmekten* değil de tahmin *edebilmekten* bahsedilmiş ola idi çok daha iyi olurdu²⁷ ve muhtemel kastla hareket eden bir kimsenin taksirden mesul olması gibi bir netice tahaddüs etmezdi²⁸.

25) ROSSI, *Sulla Riforma del Primo Libro del Codice Penale: Il parere del Consiglio Nazionale Forense nella Relazione dell'On.*, Paolo Rossi (Riv. Pen., Mart - Nisan 1950, LXXV, 3-4, sah. 177 ve son., bilhâs. sah. 183-184).

26) *S. g. Progetto*, sah. 30, na. 25.

27) ROSSI, *s. g. Relazione*, sah. 199.

28) Muhtemel kast hakkında bk.: ERMAN, *Adam öldürme - İshraf - Taammüdüü intikâh - Fikri ictima* (HEM, XVI, 1-2, sah. 479 ve son.).

Fakat manevî unsur mevzuunda yapılan en mühim değişiklik, siyasi rejimle sıkı surette alâkadar olan basın vasıtasıyla işlenen suçlara taallük etmektedir.

Bu hususta Kanunun 57 nci maddesi, mes'ul müdürü, sadece bu sıfatı dolayısıyla mesul tutmakta ve, müellifin mesuliyeti mahfuz kalmak kaydıyla, suçun tam cezasile cezalandırmaktadır. Ön-tasarı ise şöyle bir hüküm ihtiva etmektedir (m. 24) : «Mevkute vasıtasıyla suç işlenmesi halinde, müellifin mesuliyeti mahfuz kalmak ve iştirak hükümlerine hâlel gelmemek şartile, neşriyata taksirile mâni olmamış olan mes'ul müdür, aşağıdaki hükümler gereğince cezalandırılır :

«1 — Müellifin ika ettiği suç kastlı bir cürümse, bu suç için mevzu olan ceza yarıya kadar indirilerek tertip olunur;

«2 — Müellifin ika ettiği suç taksirli bir cürüm veya bir kabahatsa, bunlar için derpiş edilmiş olan ceza tatbik edilir.

«Ancak, kaza veya mücbir sebep dolayısıyla mes'ul müdür neşriyata mâni olamadığı takdirdedir ki, taksir mürtefi olur».

Görülüyor ki Ön-tasarı, Kanunun bu mevzuda istinad eylediği objektif mesuliyet esasından ayrılmak maksadını gütmüştür. Filhakika Kanunda mes'ul müdür *sadece bu sıfatı dolayısıyla* mes'ul tutulduğu halde, Ön-tasarıda bu mesuliyet mes'ul müdürün taksirine istinad ettirilmekte ve böylece cezaların şahsiliği prensipine sadık kalınmaktadır. Lâyhaya göre, matbuatın ifratlarına karşı tesisi zarurî olan «himaye, cezai mesuliyetin normal prensiplerinden ayrılınımsızın dahi müessir bir şekilde tahakkuk edebilir»²⁹.

Dikkat edileceği veçhile, Ön-tasarıda iki vaziyet birbirinden ayrılmaktadır : filhakika mes'ul müdür suç teşkil eden yazıyı kasden — yani mahiyetini bilerek — mevkuteye dercetmişse, kendisi suçun tam cezasıyla cezalandırılır ve müellifle mes'ul müdür arasında iştirak hükümleri cari olur, daha doğrusu mes'ul müdür fiili doğrudan doğruya beraber işleyen sıfatile, yani maddî aslî fail olarak ceza görür.

Bu vaziyetin haricinde mes'ul müdüre kabili isnat kusur, sadece, icabeden nezaret ve ihtimamı sarfetmiyerek, suç teşkil eden yazının intişarına mâni olamamasından ibarettir; bu kusur ise, taksir derecesinde olup, işlenen suçun nev'ine göre, mes'ul müdürün sorumluluğuna muhtelif şekillerde tesir eder : şayet yazı vasıtasıyla işlenen suç, ancak failde kasdın bulunması halinde cezalandırılabilen bir suçsa — mes'ul müdür kasden hareket etmemiş olduğu cihetle — bu suç için kanunda

29) S. g. Progetto, sah. 30.

tesbit edilmiş olan ceza yarıya kadar indirilir; şayet sözü geçen suç taksirle işlendiği takdirde de cezalandırılabilen bir cürüm veya bir kabahatsa — mes'ul müdür de zaten taksirle hareket ettiği cihetle — suçun tam cezası ile cezalandırılır.

Bununla beraber, Ön-tasarı mes'ul müdür aleyhine gayet kuvvetli bir «taksir karinesi» de tesis etmiştir: mes'ul müdürün vâki neşriyattan mes'ul olamaması için, işbu neşriyata ancak *kaza veya mücbir sebep* dolayısıyla mâni olamadığını ispat etmesi muktazidir.

Mes'ul müdürün taksir sebeble mes'ul tutulması, objektif ve başkasının fiilinden mesuliyet hallerini bertaraf edip, cezaların şahsiliği prensipini teyid etmesi itibariyle müsait karşılanmışsa da, tenkitlere de maruz kalmıştır.

Bir kere, denilmiştir ki, mes'ul müdür yine müellifin fiilinden mes'ul olmakta, ancak cezası indirilmektedir. Netice itibariyle mes'ul müdür, müellifin fiilinden kasden mes'ul olacak yerde, taksirle mes'ul olmakta ve fakat «kendi» fiilinden değil, başkasının fiilinden olan mesuliyeti bâki kalmaktadır³⁰.

Sonra, mes'ul müdürün mes'uliyetini tevlid eden cihet müellifin fiilidir; bu fiil ise, ahvalin ekseriyetinde, ancak kasden işlendiği takdirde cezalandırılabilir: mes'ul müdürü böyle bir fiilden dolayı «taksir» sebeble mes'ul tutmak, ancak kasden ika olundukları takdirde cezalandırılabilen bir fiilden dolayı kendisinde kast bulunmayan bir kimseyi mes'ul tutmak olur ki, kastlı suçlarla taksirli suçlar arasındaki an'anevi tefrike münafi olur³¹.

Buna mukabil, Ön-tasarının basın suçları mevzuundaki hükmü müdafaa da edilmiştir.

Evveleminde denmiştir ki, basın suçlarında mes'ul müdürü bu kusurundan mes'ul tutmak zaruridir, zira müellifle mes'ul müdür arasında iştirakin mevcudiyetini ispat etmek tatbikatta hemen hemen imkânsızdır³².

Sonra, mes'ul müdürün mesuliyetini tevlid eden cihet neşriyata mâni olmamasından ibarettir: müellifin fiili, mes'ul müdürün nezarete kusur ettiğini meydana koyan bir netice, diğer bir tâbirle mes'ul müdürün «kendi» mesuliyetinin tevellüd edebilmesi için tahakkuku gereken bir şarttır; bu şart tahakkuk edince, mes'ul müdürün de taksiri tezahür

30) DELITALA, s. g. *Relazione*, sah. 169.

31) S. g. *Relazione della Corte di Cassazione*, sah. 74.

32) S. g. *Relazione della Corte di Cassazione*, sah. 75.

etmekte ve mes'ul müdür artık müellifin fiilinden dolayı değil, fakat bu kendi taksiri sebebiyle cezalandırılmaktadır³³; bu itibarla başkasının fiilinden mesuliyet esasının bâki kaldığı yolundaki mütalâa varid değildir.

Nihayet bu suretle kastlı bir suçta taksirle iştirak gibi yepyeni ve bir çok hallerde faydalı olabilecek bir müessesenin ihdasından kat'anazar, sadece kasden işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir fiilin taksirle ikâi halinde de cezalandırılması gibi bir vaziyetin tahaddüs ettiği de doğru değildir: mes'ul müdür müellifin kastlı suçundan değil, kendi taksirli suçundan mes'ul olmaktadır; müellifin suçuna vâki atıf sadece cezaya münhasırdır; diğer bir tâbirle mes'ul müdür neşriyata mâni olmamak suretile müstakil bir suç işlemekte olup, bu suçun cezası müellifin işlediği suçun cezası yarıya kadar indirilmek suretile tespit edilmektedir³⁴.

«Teşebbüs» başlığını taşıyan Dördüncü Fasılda yapılan en esaslı değişiklik, bizatihî teşebbüsün mahiyetine taallük etmektedir. Malûm olduğu veçhile, 1930 Kanunu hazırlık ve icra hareketleri arasındaki farkı kaldırarak³⁵, «bir suçun ikâna iltibasa mahal vermeyecek surette müteveccih elverişli hareketleri yapan» herkesi teşebbüsten dolayı mes'ul tutmaktadır (m. 56).

Ön-tasarının 31 inci maddesi ise şöyledir: «Her kim, bir cürmü ika maksadile, bunun icrasına elverişli hareketler yaparsa, faaliyet tamamlanmaz veya netice tahakkuk etmezse, teşebbüs halinde kalmış cürümden mes'ul olur».

Bu mevzuda Lâyhada şöyle denilmektedir: icra ve hazırlık hareketleri arasındaki tefrikin kaldırılması «bir hata mahsulüdür. Kanun hukukî hüküm bakımından mevcut olan bir farkı kaldırabilir, fakat beşeri fiillerin şen'iyetinde meknuz bulunan bir ayırmayı kaldıramaz; ceza bakımından nakıs teşebbüsle tam teşebbüsü bir tutabilir, fakat bir cürmün sadece icrasına başlamış olan kimsenin fiilile, neticeyi tevliid etmeksizin işbu icranın bütün hareketlerini tamamlamış bulunan

33) S. g. *Relazione della Corte d'Appello di Roma*, sah. 106-107.

34) ROSSI, s. g. *Relazione*, sah. 200.

35) TANER, s. g. e., sah. 263, not 21; ancak, surası var ki, Kanun «iltibasa mahal vermeyecek hareketler» demek suretile, hazırlık hareketlerini değil, yine sadece icra hareketlerini cezalandırmakta ve bu suretle bu iki nevi hareket arasındaki ayrılık esasta muhafaza olunmaktadır. Bk.: ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano 1949, sah. 254.

kimsenin fiili arasında mantıkan bir fark gözetmeğe devam olunmasına mâni olamaz; teşebbüs sıfatile cezalandırılabilir hareketler meyanına sadece ihzari olan hareketleri de ithal edebilir, fakat, terkiбі bir formül halinde tespiti müşkül olmakla beraber, hazırlıkla icra safhaları beyninde mevcut olan farkı ortadan kaldıramaz. Bu o kadar doğrudur ki, kaldırıldığı iddia edilen bu farklar, muhtelif şekillerde tekrar başgöstermişlerdir³⁶.

Bununla beraber, Ön-tasarı nakıs ve tam teşebbüs arasında fark gözetmemekte devam etmiş, ancak hâkimin fiilin vahametini nazara alıp, takdir hakkını kullanacağı Lâyhada söylenilmiştir³⁷.

Buna mukabil teşebbüsün şartları meyanında «icraya başlama»nın da ithal edilmesi suretile, hazırlık ve icra hareketleri tefriki, sarahaten kabul edilmiştir. Lâyhada denildiği veçhile, «bu keyfiyetin icra hareketini kat'î bir isabetle târif etmek hususundaki müşkülâta avdet edilmesini mucip olması veya icra hareketile hazırlık hareketi arasındaki farka mütedair eski münakaşaları canlandırması, vatandaşın kendi serbest hareket sahasının hududunu sarıh surette tayin edilmiş ve meşru olmayanın henüz niyet halinde bulunduğu bir safhada işbu sahanın işgal edilmemiş olduğunu görmek hususundaki ihtiyacını bertaraf edemez. Hakikat şudur ki, icra hareketinin teşrii surette sarıh bir târifi mümkün değildir ve hiç bir zaman da olmayacaktır... Bu keyfiyet en yeni doktrinde işin hâkimin takdirine bırakılması lüzumunun hâlâ ileri sürülmekte olmasını izah eder. Bu takdirin başlıca rehberi de «cürmün icrası» olmak lâzım gelir... Umumen kabul edildiği veçhile, cezalandırılacak olan niyet değil, harekettir; hareketin isbat edici kabiliyetine değil, bizatihi mahiyetine bakmak icab eder. Diğer bir tâbirle, az veya çok iltibasa mahal vermeyecek surette tezahür eden niyet değil, bu niyeti tahakkuk ettirmek için mevkii fiile konulan hareket nazara alınmak lâzım gelir... Bu suretle, cezalandırılabilen hareketlerin suçu teşkil eden faaliyetin çerçevesi içinde bulunmak iktiza ettiği ifade olunmaktadır³⁸.

Ancak, şurası var ki, Ön-tasarının bu hükmü umumiyet itibarile müsait karşılanmış değildir.

Filhakika, Yargıtay Komisyonu, zaten Rocco Kanununun mer'iyete girmesinden sonra dahi, hazırlık ve icra hareketleri tefrikinin tatbikatta devam etmiş olduğunu kaydederek, Kanunu bu şekilde tâdil etmek suretile hem değişik tefsirlere yol açabilecek müphem bir hükmün kabul

36) S. g. Progetto, sah. 33.

37) S. g. Progetto, loc. cit.

38) S. g. Progetto, sah. 34 - 36.

edilmiş, hem de vazı kanunun teşebbüs mefhumunu daraltmak fikrinde olduğu zehabının uyanmış olacağını belirttiği gibi³⁹, Milano Hukuk Fakültesi namına verilen Raporda da kanundaki hükmün muhafazası lüzumu müdafaa edilmiştir; Raporda belirtildiğine göre, hazırlık ve icra hareketlerini tefrik mevzuunda, bunların iltibasa mahal verebilecek mahiyette olup olmadıkları kıstası, bir hayli tenkid edilmiştir; fakat bugüne kadar bundan daha münasibi de bulunamamıştır. Bu formülün ifrat derecesine varan tatbiklere yol açabileceği doğrudur; fakat Ön-tasarının kabul ettiği formül de bilâkis gayet dar bir tefsire müsaittir⁴⁰.

Yine bu mevzuda yapılması mutavasser bir değişiklik te, faal nedamet müessesesine taallük etmektedir: Kanuna göre faal nedamet halinde ceza üçte birden yarıya kadar indirilir; Ön-tasarıya göre ise, bu indirme üçte ikiye kadar olabileceği gibi, icra edilen hareketler başlı başlarına daha ağır bir suç teşkil etseler dahi yine tatbik olunur. Bu suretle Ön-tasarı fikri içtima kaidelerinin uygulanmasına mâni olmakta ve faal nedameti daha ziyade teşvik eylemektedir.

«Meşruiyet sebepleri» başlığını taşıyan Beşinci Fasılda yapılan yegâne değişiklik, kanunun hükmünü ve salâhiyettar merciin emrini ifa ile meşru müdafaa ve mecburiyet hallerinde zaruret hududunun kasden aşılması vaziyetinin derpiş edilmesinden ibarettir. Kanunun sözü geçen hududun sadece taksirle aşılmasını göz önünde tutup, işlenen suçun da taksirli olması şartile, failin cezasını indirmesine mukabil, Ön-tasarı aynı hududun kasden tecavüz edilmesi halinde de cezayı tahfif etmektedir.

Altıncı Fasil «suça tesir eden haller» den bâhis olup, en mühim değişikliklerden birine zemin teşkil etmiştir.

Filhakika Kanun ağırlatıcı sebepleri, failce bilinmemiş yahut hataen mevcut zannedilmemiş olsalar bile, faile tahmil ettiği halde (m. 59), Ön-tasarı ancak failin vâkıf olduğu ağırlatıcı sebeplerin nazara alınacağını tesbit etmektedir (m. 38/1). Bununla beraber, aynı Ön-tasarı, suçlunun şahsına bağlı ağırlatıcı sebeplerle, mağdurun yaşına veya diğer bedeni veya ruhi hal ve vasıflarına taallük eden ağırlatıcı sebeplerin, failce bilinmeseler bile, kendisine tahmil olunacağını ilâve eylemektedir (m. 38/2).

Lâyhaya göre, Kanunun sistemi, manevî mesuliyet esasına ve manevî unsurun esası ehemmiyetine münafidir. İstisna edilen ve vukuf şartı aranmaksızın faile tahmil olunan ağırlatıcı sebeplerin ise, mağdurun

39) S. g. *Relazione*, sah. 76.

40) DELITALA, s. g. *Relazione*, sah. 179-180.

mukavemetini zayıflattıkları ve suçun işlenmesini teshil ettikleri göz önünde tutularak, Ön-tasarıda bu yolda bir hüküm sevk edilmiştir⁴¹.

Ön-tasarıdaki bu hüküm müttetikân müsait karşılanmış, hattâ ikinci fıkradaki istisnaların bile kaldırılması teklif olunmuştur⁴². Kastın yalnız suç unsurlarına değil de, ağırlatıcı sebeplere de şamil olması gerektiği ve hemen bütün ağırlatıcı sebeplerin suçun icrasını bir surette teshil ettikleri düşünülecek olursa, objektif mesuliyetin bir tatbik şekli olan bu halin de bertaraf edilmesindeki zaruret ve sözü geçen istisnaları kaldırmadaki lüzum kendiliğinden anlaşılır.

«Suçların içtimaı» adını taşıyan Yedinci Fasılda, ilk olarak yapılan değişiklik, fikrî içtima taallük etmektedir. Filhakika, Kanuna göre, «aynı bir icra veya ihmalle, kanunun muhtelif hükümleri ihlâl edilir veya aynı hükmün müteaddit ihlâlleri vâki olursa» (m. 81/1), hakikî içtima kaideleri, yani, netice itibariyle, cezaların cemi sistemi tatbik olunur. Ön-tasarıya göre ise (m. 51), bu vaziyette en ağır suç için tesbit edilmiş olan ceza yarıya kadar arttırılmak suretile ve fakat cezaların içtimaı neticesinde meydana çıkacak ceza miktarını tecavüz etmemek şartile tertip olunur.

Lâyihada denildiği veçhile, bir tek hareketle aynı veya muhtelif kanun hükümlerini müteaddit defa ihlâl eden kimsenin izhar ettiği suçluluk derecesi, aynı ihlâlleri muhtelif hareketlerle tevliid eden kimseye nisbetle şüphesiz ki çok daha dündür⁴³.

İkinci mühim değişiklik *aberratio ictus*, yani inhiraf haline taallük etmektedir.

Filhakika, Kanunda (m. 82), suçlunun ika edilen suçtan değil de, kastedilen suçtan mes'ul olacağı söylendikten sonra, hafifletici ve ağırlatıcı sebepler mevzuunda 60 ıncı maddeye atıfta bulunulmakta, yani hakikî mağdurun hal ve sıfatından neş'et eden yahut mağdurla suçlu arasındaki münasebetlere taallük eyleyen ağırlatıcı sebeplerden failin mes'ul olamayacağı kabul edilmektedir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden ve Kanunun ağırlatıcı sebepler mevzuunda kabul ettiği sistemden anlaşıldığına göre, hakikî hedefte mevcut olup ta, *aberratio ictus* dolayısıyla tahakkuk edemiyen ağırlatıcı sebeplerden fail daima mes'uldür.

Ön-tasarıda ise, esas kaide muhafaza edilmekle beraber, «tahakkuk etmemiş olan ağırlatıcı sebeplerin fail aleyhine nazarı itibare alınmayacağı» tesbit edilmiş bulunmaktadır (m. 53/1).

41) S. g. Progetto, sah. 38.

42) DELITALA, s. g. Relazione, sah. 172.

43) S. g. Progetto, sah. 43, na. 49.

Bu suretle bir kimsenin cezasının muayyen bir sebeple arttırılabilmesi için, o sebebin bilinmesi ve istenmesinin kâfi gelmeyip, bilfiil tahakkuk etmesinin de şart olduğu fikrine bağlanılmak suretile⁴⁴, sübjektif esastan — ağırlatıcı sebepler mevzuunda — ayrılınarak, fikrimizce, 1889 kanununun sistemine rücu edilmektedir: bilfarz babasını öldürmek isteyip te, inhiraf dolayısıyla, başkasını öldüren kimse, usulü öldürmeden mes'ul olmayacaktır.

«Suçun sukutu» başlığını taşıyan Sekizinci Fasılda kayda şayan bir değişiklik göze çarpmamakta, ancak sistem itibariyle Kanundan ayrılılmaktadır.

Üçüncü Bâb «Suçlu» başlığını taşımaktadır. Bu bâb'ın «İsnad kabiliyeti ve bunu kaldıran veya azaltan sebepler» unvanını taşıyan Birinci Faslında yapılması mutasavver olan en büyük değişiklik, sarhoşluğun cezaî mesuliyet üzerindeki tesirine taallük etmektedir.

Filhakika, kanununa göre «kaza veya mücbir sebepten neş'et etmiyen sarhoşluk, isnat kabiliyetini ne kaldırır ne de azaltır» (m. 92/1). Görüldüğü veçhile, kanuna göre, ihtiyarî sarhoşluk, ister tam isterse kısmî olsun, cezaî mesuliyete müessir değildir.

Ön tasarı ise bu mevzuda tamamen farklı bir sistem tâkip etmekte ve ihtiyarî tam sarhoşlukla, ihtiyarî kısmî sarhoşluğu yekdiğerinden ayırmaktadır.

İhtiyarî tam sarhoşluk halinde, fail taksir sebeble mes'ul olur; ceza bakımından ise şu esaslar göz önünde tutulur: 1) fiil kanunda hem kastlı hem de taksirli bir cürüm olarak derpiş edilmişse, taksirli suç için tespit edilmiş olan ceza tatbik olunur. Bununla beraber, hareket neticenin tevliidine müteveccih olduğu takdirde, kastlı suç için tesbit edilmiş olan cezalar, bir miktar indirilmek suretile tertip edilir; 2) fiil kanunda yalnız kastlı bir cürüm olarak derpiş edilmiş olur veya meydana gelen netice hareketin istihdaf ettiğiinden daha ağır bulunursa, 1 inci faraziyede derpiş edilen indirmeler kastı aşan cürüm hakkında tespit edilmiş olan cezalar üzerinden tatbik edilir; 3) nihayet fiilin bir kabahat teşkil etmesi halinde kanunda yazılı olan ceza aynen tatbik olunur (m. 75).

İhtiyarî kısmî sarhoşluk halinde ise, fail şu hükümler gereğince cezalandırılır: 1) fiil kastlı veya kastı aşan bir cürüm teşkil ediyorsa ceza indirilir; 2) fiil taksirli bir cürüm veya bir kabahat teşkil ediyorsa, kanunda derpiş olunan ceza aynen tatbik edilir (m. 76).

Esbabı Mucibe Lâyihasına göre, kanunun sarhoşluğa hiç bir tesir tanınmaması, «hakikatin tahrifini ifade eder» ve «ceza sisteminin esasını

44) Esbabı Mucibe Lâyihasından (s. g. Progetto, sak. 44, no. 51).

teşkil eden manevî mesuliyet prensibinin vahim bir istisnasını teşkil eyler»⁴⁵. Yine lâyhada denildiği veçhile 1889 kanununun sistemine rücu etmek te muvafık görülmemiştir, «zira sadece cezanın indirileceğini tespit etmek, manevî mesuliyetin bu istisnasını yalnız tahfif edecek yoksa bunu bertaraf eylemeyecektir»⁴⁶.

Bu itibarla ve manevî mesuliyet esasına sadık kalmak maksadile, fiilin işlendiği zamanı nazara almak iktiza eder, zira bu anda anlama veya isteme kabiliyeti mefkut bulunduğu cihetle, her türlü suçluluk şekli mevcut değildir»⁴⁷. İtibar edilecek zaman, alkollü içkinin alındığı ândır; zira bu andadır ki failde, ihtiyatsız bir hareket tarzı müşahede olunabilmektedir. «Bu vaziyette iken işliyebileceği suç ta mezkûr ihtiyatsız hareket tarzından ileri geldiği cihetle, işbu suçun kendisine ancak taksir sebebiyle isnad olunabileceği de açıkça anlaşılır»⁴⁸.

Yine Lâyhadan anladığımızı göre, ön tasarının bu sistemi aleyhine ileri sürülmüş ve komisyonun bazı âzaları tarafından da desteklenmiş olan itirazlar şunlardır :

- 1) Bu sistem, tatbikatta, sosyal müdafaayı temine kifayet etmez;
- 2) Bu sistem gereğince, ancak failde kastın bulunması sebebiyle cezalandırılabilen cürümlerin, taksir sebebiyle de cezalandırılması cihetine gidilmektedir ki, doğru değildir.

3) Nihayet Ön-tasarı taksir sebebiyle cezaî mesuliyeti kabul ettikten sonra, işlenen suç kastlı bir cürümse cezayı indirmekte, taksirli bir cürümse indirmemektedir; halbuki faildeki anormal ruhî durum, her iki vaziyette aynı olduğuna göre, bu şekilde bir ayırma tecviz olunamaz.

Lâyhaya göre bu itirazlar varit değildir. Bir kere sosyal müdafaanın temin edilemeyeceği mevzuubahs olamaz, zira Ön-tasarının sistemi 1889 kanununun sisteminden daha şedit bir tenkili sağlamağa müsaittir.

Sonra, kast ve taksir mefhumları irade ile vazife arasında bir münasebet istilzam ederler ki, anlama veya isteme kabiliyetinin ademi mevcudiyeti halinde böyle bir münasebet kabili mülâhaza değildir. Kaldı ki, Ön-tasarının sisteminde, taksir fiilin ikai ânında değil fakat içkinin alındığı ânda mütalâa edilmektedir. Sadece kastın mevcudiyeti halinde cezalandırılabilen fiillere gelince, fiilin ikai ânında taksire müstenit bir

45) S. g. Progetto, sah. 54, no. 67.

46) S. g. Progetto, loc. cit.

47) S. g. Progetto, loc. cit.

48) S. g. Progetto, sah. 54 - 55.

mesuliyetin varid olamayacağında şüphe yoktur; buna mukabil failin itiyatsız hareket ederek, içki içmesi ânına gidilecek olursa, bu harekette taksiren mes'ul olmasının esasını bulmak mümkündür.

Üçüncü itiraza gelince, hakikat şudur ki, cezanın miktarı, sarhoşluk halini tevlid etmedeki kusurdaki ağırlıktan maada, bu kusurun neticesi olan fiildeki ağırlığa göre ölçülür, bu ağırlık da yalnız bilfiil iras edilen zarara göre değil, hareketin keyfiyetine nazaran tayin edilir. «Açıktır ki, bir şahsı çok fena hareketlerle öldüren sarhoşun fiili neticesinde meydana gelen soysal nefret ve endişe, bir at veya otomobili büyük bir sür'atle sevk ederek bir yolcuya çarpıp ölümüne sebebiyet veren sarhoşun fiilinden mütevellit aynı duygulara nisbetle çok daha vahimdir»⁴⁹.

Ön-tasarının bu hükmü umumiyet itibariyle müsait karşılanmıştır.

Filhakika, bazıları Ön-tasarıdaki sistemin fazla casuiste olduğunu ileri sürerek, daha basit bir formül teklif etmişler⁵⁰; bazıları 1889 kanunundaki hükmün aynen kabulünü ileri sürmüşler⁵¹; diğer bazıları da sarhoşun taksir sebebiyle mes'ul tutulmasının, alkollü mevadın alınması sırasında kendisinde isnat kabiliyetinin mevcut olması şartına bağlamak istemişlerdir⁵².

Ancak, bu sistem değişikliğine muhalefet edenler de olmamış değildir.

Meselâ bunlardan Delitala'ya göre, sarhoşun ilk sarhoş olduğu anda taksiri bulunduğu doğrudur. Fakat suçun işlenmesinden önceki safhalardaki taksir yalnız sarhoşluktan neş'et etmiyebilir. İmdi, Ön-tasarı kasten ika edildiği takdirde cezalandırılabilen suçlarda ancak sarhoşluktan mütevellit taksiri nazara alıp diğer sebeplerden ileri gelen taksiri hesaba katmamak suretile tenakuza düşmektedir. Madem ki, yalnız kastın bulunması halinde cezalandırılan fiilleri, Ön-tasarı, ika ânından daha önceki sahalara müracaat etmek suretile, taksir sebebiyle cezalandırmaktadır, o halde bu taksirin şu veya bu âmilden neş'et etmesi arasında fark gözetilmemek lâzım gelir⁵³.

49) *S. g. Progetto*, sah. 55-57.

50) ROSSI, *s. g. Relazione*, sah. 207.

51) Yargıtay raporu: *s. g. Relazione*, sah. 82.

52) LEONE, *Sulla Riforma del Primo Libro del Codice Penale* (Napoli Hukuk Fakültesi namına verilen Rapordur): *Riv. It. Dir. Pen.*, Mart-Nisan 1950, III. 2, sah. 182 ve son., bilhs., sah. 195.

53) DELITALA, *s. g. Relazione*, sah. 175.

Bundan başka, sarhoşun ika ettiği suç taksirli bir suçsa, bu taksir o kimsenin sarhoş olmasından ibaret olacaktır. Şu halde sarhoş bir halde iken işlenen suç ta, işbu taksirin bir neticesinden başka bir şey değildir; bu itibarla, sözü geçen netice objektif olarak yani sarhoştaki anormal irade nazara alınmayarak, mütalâa edilmek icap eder : sarhoşun işbu neticeyi istemiş olup olmaması, bu mütalâa gereğince, hiç haizi ehemmiyet olmamak iktiza eder⁵⁴.

Kanun, sarhoşluğun cezaî mesuliyeti ne kaldıracağını ne de tahfif edeceğini beyan etmek suretile, alkolün sebebiyet verdiği suçluluğu frenlemek istemiştir. Bu sistemi değiştirebilmek için, evvelemirde, kanunun yanlış olduğunu ispat etmek lâzım gelir. Bu itibarla istatistiklere müracaat icap eder. «Bir kanunun ıslâhı bir nazariye işi değildir ve hukukçular bunu kendi başlarına ifa etmeği iddia edemezler»⁵⁵.

Fikrimizce, sarhoş bir halde iken işlenen suçların adedi, nev'i, ve bu vaziyette olmıyarak ika olunan suçlar sayısına olan nisbeti iyice tesbit edilmeden, bu mevzuda bir sistem değişikliğine gitmek pek tehlikeli olur.

Ancak bu mevzuda cezaların şahsileştirilmesine de ehemmiyet vermek, ve ilk defa ağzına içki koyan bir kimse ile, sarhoş olmayı itiyad haline getiren şahıs arasında fark gözetmek münasip olur⁵⁶.

Filhakika ilk defa sarhoş olan kimse, sarhoş iken ne gibi fiiller ika edebileceğini tahmin etmemiş olabilir; ancak bunların tahmin edilmesi mümkündür ve müdebbir bir şahıstan bu fiillerin tahmin edilmesi de beklenir; bu itibarla mevzuubahs kimsenin taksirle hareket etmiş olması kabul olunabilir; bu böyle olunca da bakılır : işlenen fiil taksirli bir cürüm veya kabahatsa, failin de taksiri bulunduğu cihetle, kendisi suçun tam cezası ile cezalandırılır; işlenen fiil kastlı bir cürüm olup sarhoşluk ta tam ise — kanun kast veya taksiri daima suçun ika ânında nazara aldığı ve bundan ayrılmayı da teviz etmediği cihetle — kendisine hiç ceza verilmemek, iktiza eder; sarhoşluk kısmî ise, failde kast bulunacağı için kendisinin suçun tam cezası ile cezalandırılması, ancak takdiri hafifletici sebeplerle cezasının indirilmesi muvafık olur.

Fail bir kaç defa sarhoş olmuş bir kimse ise, sarhoşken kendisinin ne gibi fiiller ika edebileceğini içmeye başlarken tahmin etmemiş olması artık varit olamaz. Hattâ, denebilir ki, fail neticeyi tahmin ettiği halde, sarhoş olmaktan vazgeçmemiştir; bu itibarla kendisi artık taksirle değil,

54) DELITALA, *loc. cit.*

55) DELITALA, *s. g. Relazione*, sah. 176.

56) Bu noktaî nazar için bk.: TANER, *s. g. e.*, sah. 383.

fakat muhtemel kastla hareket etmiş demektir. Cezai mesuliyetin tevcihi bakımından muhtemel kastla, doğrudan doğruya kast arasında fark bulunmadığına göre, suçun nevi ve mahiyeti ve sarhoşluğun derecesi ne olursa olsun, kendisinin, kasten hareket etmiş sayılarak, suçun tam cezasile cezalandırılması, yani bu vaziyette sarhoşluğun cezai mesuliyete asla tesir etmemesi muvafık olur.

Fikrimizce böyle bir sistemde, hem sosyal müdafaa icapları hem de manevî mesuliyet mülâhazası tatmin edilmiş olacak, hem de cezaların şahsileştirilmesine lâzım gelen ehemmiyet verilmiş bulunacaktır.

«Tekerrür» başlığını taşıyan İkinci Fasılda, tekerrürün evvelki mahkûmiyete istinad etmesi prensipi ile, işbu mahkûmiyetin cezayı düşüren bir sebep inzimam etse bile tekerrür bakımından nazara alınacağı esası muhafaza olunmuştur (K. m. 99, 106; Ön-T., m. 84). Bu fasılda yapılan en mühim değişiklik, suçlunun itiyadi, mesleki ve temayüli olması haline taallük eden maddelerin bu fasıldan çıkarılıp, «Cürmî tehlikeli hal ve idarî emniyet tedbirleri» unvanını taşıyan Altıncı Bâba kısmen nakledilmesinden ibarettir.

Üçüncü Fasil «İştirak» den bahsetmekte olup, Ön-tasarının getirdiği yeniliklerden en mühimleri bu fasla taallük etmektedir. Bu yeniliklerden birincisi, bazı şeriklerce istenmiş olan suçtan başka bir suçun bilfiil ika edilmiş olması haline mütedairdir.

Bu mevzuda kanuna göre (m. 116), bilfiil işlenmiş olan suç istememiş olan şerik dahi, bu suç kendi icra veya ihmalinin neticesi olduğu takdirde, sözü geçen suçtan mes'ul tutulmaktadır. Böylece, bilfarz maddi asli failin işlediği suç istememiş ve ona başka bir suç hakkında karar verdirtmiş olan azmettiren, kendi iradesinin müteveccih bulunduğu suçtan değil, fakat maddi asli failin bilfiil ika ettiği suçtan mes'ul olmaktadır. Bazı müelliflerin aksine olan noktai nazarlarına rağmen⁵⁷, bu vaziyet objektif mesuliyetin tatbik şekline başka bir şey değildir. Netekim Ön-tasarının Esbabı Mucibe Lâyihasında da bu cihet belirtilmektedir⁵⁸.

Filhakika Ön-tasarıya göre (m. 93), meydana gelen suç bazı şeriklerce istenilen suçtan farklı olduğu takdirde, bu şerikler meydana gelen suçtan, ancak işbu suçun kendi taksirlerinden ileri gelmesi şartile, mes'uldurlar. Bundan başka : 1 - şayet fiil kanunda hem kastlı hem de taksirli bir suç olarak derpiş edilmişse, taksirli suç hakkında vazedilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar arttırılmak suretile tatbik

57) MANZINI, *Tratatto di diritto penale italiano*, c. II, Torino, 1950, sah. 523.

58) *S. g. Progetto*, sah. 62 - 63; no. 78.

olunur; 2 - şayet fiil kanunda yalnız kastlı bir suç olarak derpis edilmişse, bu suç hakkında vazedilmiş olan ceza üçte birden üçte ikiye kadar indirilmek suretile tatbik olunur; 3 - kabahatler hakkında ise ceza olduğu gibi tatbik edilir.

Lâyhada denildiği veçhile, şeriklerden birinin istemediği bir suçtan mes'ul olabilmesi için, cürmî bir faaliyete sadece iştirak etmesi ve arada maddî sebebiyet alâkasının bulunması kâfi olmayıp, fiilin şerikin taksirli bir icra veya ihmaline bağlanabilmesi de lâzımdır⁵⁹. Ancak Ön-tasarıdaki bu hükmün müsait karşılanmadığı da göze çarpmaktadır.

Gerçekten Yargıtay Komisyonuna göre, şerikler kastlı bir suçun işlenilmesi hususunda anlaşmaları halde, başka bir suçun vukuu halinde taksir sebebiyle mes'ul tutulmaktadırlar. Bu ise, kasten hareket eden bir kimsenin taksir sebebiyle cezalandırılması demek olur ki, kastla taksir arasındaki an'anevî tefrike mugayirdir⁶⁰.

Roma İstinaf Mahkemesi Komisyonunca verilen raporda da aynı nokta üzerinde durulmakta, ve bu «taksir» in zaten suç işlemek hususunda şeriklerin anlaşması fiilinde meknuz bulunduğu, zira işbu şeriklerin istedikleri suçtan başka bir suçun tahakkuk edebileceğini tahmin etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir: halbuki Ön-tasarı bundan gayrı bir «taksir» i iltizam etmek suretile, «kasttan mütevellit taksir» gibi kabule şayan olmayan bir noktâ nazara istinad etmektedir⁶¹.

Keza Napoli Hukuk Fakültesi namına verilen raporda da, şeriklerin anlaşmak suretile kanunlara muhalefet ederek taksir halinde buldukları ve bundan gayrı bir taksirin aranmasının doğru olmadığı belirtilmektedir⁶².

Nihayet başka bir müellif, mevzuubahs vaziyetin kastı geçen cürüm haline tetabuk ettiğini ve bu hale mütedair ahkâma tâbi olmak lâzım geldiğini ileri sürmektedir⁶³: filhakika, başka suçu istememiş olan şerikin icra veya ihmalden, kendisinin istemediği daha vahim bir netice tahaddüs etmektedir. Diğer taraftan bu aşırı netice, tedbirsizlik veya dikkatsizlik gibi bir taksirden değil, şeriklerin anlaşmasından yeni kastlı hareketlerinden ileri gelmektedir⁶⁴.

59) S. g. Progetto, sah. 63 - 64, na. 79.

60) S. g. Relazione, sah. 82 - 83.

61) S. g. Relazione, sah. 102 - 104.

62) LEONE, s. g. Relazione, sah. 196.

63) DELITALA, s. g. Relazione, sah. 173.

64) EREM, s. g. c., sah. 302.

Bununla beraber, fikrimizce mesele manevî unsurdan ziyade, iştirak kaidelerile ve bazı şeriklerin anlaşma hududunu tecavüz etmelerine mütedair kaidelerle halledilmek iktiza eder : iştirakte mesuliyetin hududu anlaşma ile tesbit edileceği cihetle⁶⁵ bir şerikin anlaşma hududunu tecavüz eden hareketlerinden bu hareketleri istememiş olan diğer şeriklerin cezalandırılmaması lâzım gelir⁶⁶; bu şerikler ancak üzerinde ittifak ettikleri suçtan dolayı mes'ul tutulmak ve işbu ittifaklarında kast bulunduğu cihetle, daima kasten hareket etmiş sayılmak iktiza eder.

Ön-tasarıda, yine iştirak mevzuunda yapılan mühim bir değişiklikte, ağırlatıcı sebeplerin sirayetine taallük etmektedir.

Bu hususta kanuna göre cezayı ağırlatıcı fiili sebepler, bunlara vâkıf olmayan şeriklere de sirayet ettiği gibi, suçlunun şahsından neş'et etmiyen ve bir kısım suçlular hakkında varit olan şahsî sebepler de, suçun işlenmesini teshil ettikleri takdirde, bunlara vâkıf olmayan şeriklere dahi sirayet ederler (m. 118).

Ön-tasarıya göre, fiili sebepler, yalnız iştirak ânında bunlara vâkıf olan şerikler aleyhine nazara alındığı gibi, sırf bir şerikin şahsından neş'et etmiyen şahsî sebepler de, suçun işlenmesini teshil ettikleri ve diğer şeriklerce bilindikleri takdirde, bunlara sirayet ederler (m. 95).

Görüleceği veçhile kanun fiili sebepler hakkında «mutlak sirayet» sistemini kabul ettiği halde Ön-tasarı «vukuf şartile sirayet» sistemini benimsemiş, şahsî sebepler hususunda da kanunda cari olan «suçun işlenmesini kolaylaştıran sebebin sirayeti» sistemini muhafaza etmekle beraber, bunu «vukuf şartile sirayet» sistemile mezcetmiştir.

«Ceza» başlığını taşıyan Dördüncü Bâbda, sistematik bazı değişiklikten ve ölüm cezasına mütedair hükümlerin çıkarılmasından sonra, başlıca tadilat şunlardır :

1 — Müebbet ağır hapis mahkûmlarının açık havada çalıştırılabilmeleri için mevcut olan üç sene cezaevinde kalmaları şartı kaldırılmıştır (K. m. 22/2; Ön-T., m. 102/2); aynı şey muvakkat ağır hapis hakkındaki bir senelik müddet için de yapılmıştır (K. m. 23/2; Ön-T., m. 103/2);

2 — Ağır ve hafif para cezalarının asgarî ve azamî hadleri arttırılmıştır (K. m. 24 ve 26; Ön-T., m. 104 ve 106);

3 — Cezanın tecili mevzuunda 18 yaşından küçük ve 70 yaşından büyük olanlar için hürriyeti bağlayıcı cezaların tecili imkânı iki seneden

65) EREM, s. g. e., sah. 302.

66) TANER, s. g. e., sah. 531, no. 424; EREM, loc. cit.

üç seneye çıkarılmış ve aynı hükümle müteaddit suçlardan mahkûmiyete karar verilmesi halinde, içtima neticesinde elde edilecek cezanın miktarı müsait olduğu takdirde yine tecile mesağ verilmiştir (K. m. 163/2; Ön-T., m. 121/2 ve 3). Yine bu hususta yapılan mühim bir değişiklik te, evvelce cezası tecil edilip te tekrar suç işleyen kimsenin ikinci cezasının da teciline imkân verilmesidir : bu ikinci tecile karar verebilmek için, evvelki tecilin ikinci suçun nevinden olan bir suça veya hürriyeti bağlayıcı bir cezaya taallûk etmemesi ve evvelki tecilin şartları yerine getirilmiş ve ikinci suçun intizar müddeti içinde işlenmemiş olması lâzımdır (m. 122/2);

4 — Ancak bu mevzuda yapılan en mühim tadilât, «cezaların içtimaı» başlığını taşıyan Üçüncü Fasılda bulunmaktadır.

Filhakika kanuna göre aynı veya farklı neviden muvakkat hürriyeti bağlayıcı cezaların içtimaı halinde, bu cezaların hepsi birleştirilerek veya ayrı ayrı çektirilir (m. 73 ve 74), ancak bu şekilde birbirlerine eklenen cezalar muayyen bir haddi tecavüz edemez (m. 78).

Ön-tasarıya göre ise, aynı neviden cezaların içtimaı halinde, en ağır ceza, diğer cezaların yekûnunun yarısına kadar arttırılmak suretile tatbik edilecektir (m. 132); başka neviden cezaların içtimaı halinde, muvakkat ağır hapis cezası tatbik edilir, ancak bu ceza hafif hapis cezasının mecmuunun altıda birine müsavi bir müddetle arttırılacaktır; yalnız nihai hadler, ufak bazı değişikliklerle, muhafaza olunmaktadır (m. 138).

Görülebileceği, kanunda «cezaların cemi» sistemi cari olduğu halde, Ön-tasarı «hukukî içtima» sistemini benimsemiş bulunmaktadır.

5 — Cezaların infazı mevzuunda, kanunda bulunmayan bir hükümle, cezanın suçlunun uslanmasına teveccüh etmek lâzım geldiği ve hürriyeti bağlayıcı cezaların insanlık duygusuna aykırı muamelelerden teşekkül edemeyeceği ve çalışma ve eğitim prensiplerinden mülhem olmak iktiza eylediği tespit edilmiştir (m. 140). Lâyihaya göre, bu hüküm Anayasanın 27 nci maddesinin 3 üncü fıkrasından ilham almıştır⁶⁷.

6 — Mevkufiyet müddetinin ceza miktarından mahsup edileceği hakkındaki hükme (K. m. 137), işbu müddetin, mevkuf tevkif edildiği suçtan dolayı beraet ettiği takdirde, mevkufiyet sırasında kat'iyet kesbeden başka bir cezadan da mahsup edileceği hakkında bir fıkra eklenmiştir (Ön-T. m. 146).

67) S. g. Progetto, sah. 80, na. 120.

7 — Şartla salıverme mevzuunda kanunda mevcut 5 seneden fazla bir cezaya mahkûm olmak şartı, 3 seneye indirilmiş (K. m. 176; Ön-T. m. 152) ve suçu işlediği sırada 18 yaşından küçük olanlar hakkında bu şartın nazara alınmayabileceği hakkında bir madde sevk edilmiştir (m. 153).

«Medenî müeyyideler» başlığını taşıyan Beşinci Bâbda hemen hemen hiç bir değişiklik yapılmış değildir.

«Cürmî tehlikeli hal ve idarî emniyet tedbirleri» unvanı verilen Altıncı Bâbda yapılan en mühim tebeddül, kanunda mevcut olan «temayüli suçlu» tipinin kaldırılarak, onun yerine «sureti mahsusada canavarca hareket eden suçlu» tipinin ikame edilmesidir (K. m. 109/1; Ön-T., m. 179).

Bu mevzuda Lâyiha, kanunda, mevcut «temayüli suçlu» tipinin mucip olduğu tenkit ve münakaşaları telhis ettikten sonra⁶⁸, Ön-tasarıyı kaleme alan komisyonun temayüli suçlu tipini bertaraf edecek yerde, sözü geçen tenkitlerden ve şimdiye kadar edinilen tecrübelerden faydalanmak suretile bunu başka bir şekilde tarif etmeği münasip gördüğünü belirtmektedir⁶⁹.

Bu itibarla «sureti mahsusada canavarca hareket eden suçlu» tipi, eski temayüli suçlunun yerini almaktadır. Ancak, şurası var ki, bu keyfiyet, tam veya kısmî akıl hastalığından ve her türlü marazî sebepten neş'et etmemek iktiza eder⁷⁰. Binaenaleyh bu nevi suçlular tamamile mesul olan şahıslardır⁷¹.

Bu böyle olmakla beraber, yine lâyihaya göre, işbu canavarlık, «insanî fiilleri ahlâken takdir hususunda kâfi bir takdir kabiliyetinden ayrılamaz. İyiyi kötüden mutlak surette ayıramayan şahıs, mes'uller arasına konulamaz»⁷². Bu itibarla, hareketinin ahlâkî değeri hakkında kâfi bir şuur sahibi olduğu halde; kendisini suça sevkeden duyguyu en tam bir şekilde tatmin maksadile bu değeri kolayca bertaraf eden kime canavar olarak vasıflandırılabilir⁷³. Şurası da ilâve edilmelidir ki, sözü

68) S. g. *Progetto*, sah. 101 - 103.

69) S. g. *Progetto*, sah. 103, na. 166.

70) S. g. *Progetto*, sah. 104, no. 168.

71) S. g. *Progetto*, loc. cit.

72) S. g. *Progetto*, sah. 105, na. 169.

73) S. g. *Progetto*, loc. cit.

geçen hareketin ahlâkî değerinden maksat, maşeri vicdanca o fiilin takbih edildiğini idrak kabiliyetidir⁷⁴.

İşte bu esaslardan azimet eden Ön-tasarı, 183 üncü maddesinde, bir suçta sureti mahsusada bir canavarlığın mevcudiyetine karar verebilmek için, bu suçun asgarî beş sene hürriyeti bağlayıcı bir cezayı müstelzim olması, menfur veya ehemmiyetsiz saiklerle işlenmesi yahut failin eşhasa karşı pek fena muamelelerde veya vahşiyane bir şekilde hareket etmesi, fiilin hayata veya ferdi bütünlüğe karşı müteveccih bulunması, itiyadi ve meslekî suçlu olmamakla beraber, failin aynı mahiyette başka suçlar işleyebileceğinin muhtemel olduğu hakkında hâkime kanaat gelmesi şartlarını vazetmektedir.

Kaydedelim ki Ön-tasarının bu sistemi bazılarınca müsaait karşılandığı halde⁷⁵, diğer bazıları, buna muhalefet etmişler ve Ön-tasarının mes'ul addettiği bir şahsın mazisine değil de, muhtemel istikbaline bakarak ayrıca tehlikeli olduğunu beyan etmekle tenakuza düştüğünü belirtmişlerdir⁷⁶.

Yine bu Bâbda yapılan mühim bir değişiklik te, tehlikeli halin devam edip etmediğinin tetkikine taallük etmektedir: Kanuna göre bu tetkik ancak her bir emniyet tedbiri için kanunen derpiş edilen asgarî müddetin mürurundan sonra yapılabileceği halde (m. 208), Ön-tasarı bunun her zaman tetkikini ve failin artık tehlikeli olmadığını sübutu üzerine sözü geçen asgarî müddet mürur etmeden dahi emniyet tedbirinin geriye alınabilmesini tecviz eylemiştir (m. 191).

Nihayet en esaslı değişikliklerden biri de, «Memnu hakların iadesi» başlığını taşıyan Yedinci Bâbda vuku bulmuştur.

Bir kere Ön-tasarının 226 ncı maddesi, mahkûm olanlarla adli af veya delillerin kifayetsizliği dolayısıyla beraet eden kimsenin memnu haklarının iade edilebileceğini söyledikten sonra, bu keyfiyetin yalnız fer'i cezaları değil, fakat mahkûmiyet veya beraet hükmünden münbais cezaî ve gayri cezaî bilûmum neticeleri düşüreceğini tesbit etmektedir.

Memnu hakların iadesi için gereken şartlar da değiştirilmiştir.

Kanuna göre memnu hakların iadesi için aslî cezanın infaz veya sukutundan itibaren 5 senenin geçmiş olması şart olduğu halde, Ön-tasa-

74) S. g. Progetto, sah. 105 - 106.

75) LEONE, s. g. Relazione, sah. 198 - 199.

76) DELITÄLA, s. g. Relazione, sah. 165 - 166.

riya göre bu müddet cürümlerde 5, kabahatlerde 3 senedir. Bu müddetler 18 yaşından küçük olanlar için yarıya indirilir (K. m. 179, Ön-T. m. 227).

Bundan başka Ön-tasarı, kanunda bulunmayan bir hüküm sevk ederek, memnu hakların iadesinin ihtiyarî olarak geri alınabilmesini de derpiş etmiştir (m. 228).

Böylece memnu hakların iadesini gayri cezaî neticelere de teşmil etmek ve adli af veya delillerin kifayetsizliği sebebiyle verilen beraet hükümleri hakkında da tervic eylemek suretile, Ön-tasarı bu mevzuda hakikaten büyük bir yenilik teklif etmektedir.

Bu suretle Ön-tasarının muhtevi olduğu en mühim değişiklikleri gözden geçirmiş bulunmaktayız. Ortada kat'ilemiş bir şey mevcut olmadığına göre, bu yeniliklerin ne dereceye kadar kanunlaşacaklarını kestirmek mümkün değildir. Bununla beraber, Ön-tasarının bu hükümleri dahi halihazırda İtalya'da cereyan eden münakaşalar ve demokratik rejiminin Ceza Kanunu üzerindeki tesiri hakkında kâfi bir fikir verebilecek mahiyettedir.

Dr. Sahir Erman