

«TEHLİKELİ HAL» MESELESİ

Doçent Dr. Sulhi Dönmezer

Ehemmiyetini pek te fazla mubalağa etmeksizin diyebiliriz ki, Ceza Hukukunda iki ayrı kutup ve istikameti temsil eden klâsik ve pozitivist mektepler arasındaki mücadele ve aykırılık menşe ve mihverini, cezai mesuliyet meselesinde daha doğrusu bu iki doktrin'in cezai mesuliyetin esası üzerinde malik buldukları telâkkilerin farklılığında bulmaktadır.

Malûm olduğu üzere klâsik teoride cezai mesuliyetin dayandığı esas, manevî mesuliyet yâmi failin irade serbestisinden neşet eden kusurdur. Her hususî halde, işlenen suç için, faile tertip olunacak cezanın nevi ve ölçüsünün tâyinine medar olacak unsur da, esas itibarile, failde mevcut kusurun derecesidir. Buna mukabil pozitivist nazariyede cezai mesuliyetin dayandığı esas sosyal mesuliyettir. Sosyal mesuliyet tâbirinden bütün tabiat ve insan tezahürlerinde hâkim bulunan aksülâmel kanununu anlamak lâzımgelir. Bu itibarla ceza verme yahut müeyyidenin tatbiki ve bunun lüzumu bakımından klâsik ve pozitivist nazariyeler arasında fark yoktur. Fakat mesuliyetin her hususî halde ne suretle tevezzü edeceği yahut her hususî halde tatbik olunacak cezanın nevi ve ölçüsünün tâyini ve bu hususta tatbik olunacak kriterler bakımındandır ki bu iki mektep arasında en derin farklar mevcut bulunmaktadır (1).

Bir kere pozitivistler, antijüridik fiil ve hareketlere karşı, dört muhtelif aksülâmel şekli kabul ediyorlar: Önleyici vasıtalar, tamir edici vasıtalar, tenkil ve zecredici vasıtalar, tasfiye edici vasıtalar.

Bu muhtelif aksülâmel şekillerinin suç failine tatbikinde, yâni her hususî halde en uygun sosyal müeyyide şeklini ve bu müeyyide-

(1) Sulhi Dönmezer: Pozitivist nazariyede cezai mesuliyetin esası. (İstanbul Barosu Mecmuası; sayı 6; yıl XVIII; 944. s. 347). Bütün bu meselelerin teferrüatı içinde işaret olunan makalenin referanslarında gösterilen eserlere bakınız.

nin derecesini tayinde esas olacak kriteriyum ilk önce Garofalo'nun vazeylemiş bulunduğu iki esas oluyor: 1) Suçlunun az veya çok tehlikeli hali. 2) Suçlunun içtimai muhite intibakı kabiliyeti. Sonra bu iki kritere Ferri yeniden ikisini daha ilâve ile kriterleri ikmale çalışmıştır: 1) Fiilin az veya çok antisosyal karakteri, vasfı; 2) Failin az veya çok antisosyal sıfatı, karakteri (2).

Kanaatimizce, bu dört kriter arasında hakikaten orijinal ve klâsik nazariyenin esaslarına tamamiyle aykırı olan nokta, cezaî mesuliyetin ölçüsünü, derecelenmesini tesbit bakımından tehlikeli halin esas olarak alınmış bulunmasıdır.

Bu suretle pozitivist doktrine göre tehlikeli halin cezaî mesuliyetin derecelenmesi bakımından en mühim ve başta gelen bir unsur teşkil eylediğini görmüş bulunuyoruz.

Tehlikeli hal meselesi, pozitivist mektebin tatbiki kısmını teşkil eylemesi itibariyle, Ceza Hukuku sahasında en ziyade alâka uyandırmış ve müteaddit kongre ve konferanslar çalışmalarına mevzu olmuş ve pratikteki tesirleri itibarile dikkati çekmiş olan mevzuların en mühimlerinden birini teşkil eder. Hattâ, tehlikeli hal sadece pozitivist mektepte, cezaî mesuliyetin ölçü ve derecesini tesbite medar olacak kriter olarak kalmamış birçok eklektik müellifler tarafından benimsenmiş ve izah olunan fonksiyonu itibariyle kabul olunmuştur. Cuche, Prins, Saleille gibi..

Bu itibarla, mevzu, diyebiliriz ki bugün birçok kanunlarda ifadelенerek ve şekillenerek Ceza Hukukunda vatandaşlık hakkını iktisap eylemiş bulunmaktadır.

İlk defa Garofalo 1878 tarihinde neşreylediği bir makalede ve ceza vermek hususunda pozitif bir kriteriyum adlı monografisinde bu tehlikeli hal fikrini beyan eyledi ve işledi, müellif bu etüdlerinde cezanın, suçun antitesine göre değil fakat suçlunun tehlikeli haline göre ölçülmesi fikrini müdafaa eyledi (3). Bundan sonra mesele Ceza Hukuku birliğinin muhtelif kongrelerinde mevzuubahs edilmiş ve bu kongrelerde de kat'i surette halledilebilmiş değildir.

Bütün bu kongrelerde meselenin bir prensip şeklinde hallolunamamasını, Ferri, fena bir şekilde vazolunmasına bağlamaktadır (4).

(2) Bütün bu noktalar için bakınız: Sulhi Dönmezer: S. g. makale.

(3) Garofalo: Etudes récentes sur la pénalité (journal napolitain de philosophie et lettres. 1878).

(4) Enrico Ferri: La fonction juridique de l'état de danger chez le criminel (Rev. Int. Dr. pén. 1927. s. 53).

Tehlikeli hal meselesini, ikiye ayırmak suretile, vazeylemek ve münakaşa etmek iktiza eder:

1) Umumi hal ve durumları yaşayış şekilleri, gayri tabiiikleri itibarile belki daima etraflarına zarar vermeleri, suç işlemeleri muhtemel bulunan bazı kimseler vardır. Bu şahıslar ne suretle tesbit olunacaklardır? Bunların tesbiti hususundaki kriterler neler olacaktır ve henüz suç işlemiş bulunmasalar dahi bunlar hakkında idarî yahut adli yollarla bazı tedbirlerin alınabilmesi mümkün olmalı mıdır?

2) Suç işlemiş bulunan şahıslar hakkında bir ceza tertip olunması mevzuubahs olduğu zaman, pozitivist doktrinlerin esas fikirleri bir an için kabul olunarak libr arbitrin bir hayal olduğu düşüncesi ele alınacak olursa, cezaî mesuliyetin derecelendirilmesi hususunda kriteriyum rolünü oynayacak olan tehlikeli hal mefhumu nedir? ve tatbiki bakımdan mesuliyetin derecelenmesi hususunda ne suretle rol ifa eyliyecektir? Böyle bir kriter kusur fikrinin yerini almalı mıdır?

İşte kanaatimizce bu iki meseleyi birbirine karıştırmamak iktiza eder.

Nitekim, Ferri (4) numaralı notta sözü geçen makalesinde bu iki nevi tehlikeli hali birbirinden ayırmak için iki ayrı terim kullanıyor: 1) Sosyal tehlikeli hal; 2) Cürmî tehlikeli hal.

Müellife göre sosyal tehlikeli hal kendisinde sadece suç işleme tehlikesini taşır, halbuki cürmî tehlikeli hal kendisinde tekerrür tehlikesini taşır. Sosyal tehlikeli hal sadece suçun önlenmesi bakımından mevzuubahs olur. Ve bu bakımdan bunun nazara alınması lâzımgelir. Görülüyor ki sosyal tehlikeli hal ceza adaletine değil fakat sadece emniyet polisine taallük etmektedir.

Nitekim De Asua ve Feuerbach'ın vermiş buldukları tarifler de, Ferri'nin sosyal tehlikeli hal ismini verdiği, tehlikeli halin birinci bakımdan vazedilişi itibarile doğrudur. Asua'ya göre: «Cürmî tehlikeli hal bir ferдин muhtemel surette bir suç faili olabilmek kabiliyetidir». Feuerbach'a nazaran tehlikeli hal «hakikaten hukukun bir ihlâlini teşkil edecek hareketi ika eyliyeceği farzolunan, tasavvur edilen şahsın sıfatını ifade eder».

Şimdi biraz birinci mesele üzerinde duralım:

Diyebiliriz ki, birinci bakımdan tehlikeli hal meselesini açık ve vazih olarak vazeylemiş bulunmak şerefi Beynelmîlel Ceza Hukuku

Birliğine aittir. Ceza hukuku birliği tesadüfi suçlular ve itiyadi suç-sular yanında, tam bir surette hudutlandırılmaları güç olmakla beraber mevcudiyetlerine de hiç bir suretle muhalefet edilemeyecek olan bazı anormallerin, alkoliklerin, mütereddilerin, sarahlıların, ak-len zayıf olanların mevcudiyetini kabul zaruretini açıkça ortaya ko-yuyor (5). Ve bu tesbitten şu neticeye vasıl oluyor: «Bazı şahıslar adli sabıkları, akli veya bedeni bozuklukları ve gayri tabiiikleri dolayısıyla tehlikeli halde olarak ilân edilebilirler ve bunlar hak-kında cezalar yanında yahut hattâ henüz hiç bir ceza verilmeden dahi bir içtimai müdafaa tedbiri alınabilmelidir». Bu tedbirlere bu-gün emniyet tedbirleri adının verildiği malûmdur.

Bu şekli ile tehlikeli hal meselesi birçok Ceza Hukuku kongrele-rinde mevzuubahs edilmiş ve kongrelerde cereyan eden münakaşa-larda hemen yalnız tehlikeli hal mefhumunun şahsî emniyet ve masuniyet için olan tehlikesinden bahsolunarak tehlikeli hal mef-humu ile fertlerin şahsî emniyet ve masuniyetlerinin telifi zarureti meydana konulmuş ve ekseriya tehlikeli halin ancak o şahıs tara-ndan bir suç işlendiği takdirde mevzuubahs olabileceği, hâkim-lerin tehlikeli hali tesbit için müracaat edecekleri, mevcudiyetini arayacakları ârazı kanunun tesbit edeceği, tehlikeli hal dolayısıyla tatbik olunacak emniyet tedbirlerini — bunların bir müzaharet, yardım tedbiri olmalarına rağmen — adli bir merciin hükmedeceği ve binaenaleyh ancak bir takım usulî teminat ve tehlikeli halde bu-lunduğu iddia olunan şahsa lüzumlu serbesti ve müdafaa imkânları bahşolunmak suretiledir ki hükmolunacakları noktası, daima mev-zuubahs edilmiştir. Ve yine bu bakımdandır ki, 1905 Hamburg kon-gresinden 1913 Kopenhag kongresine kadar Ceza Hukuku Birliği, tehlikeli hali mükerrirler, itiyadi suçlular, akıl hastaları, serseriler, küçükler gibi bazı suçlu kategorilerine tahdit eylemek suretile tat-bik etmiştir.

Tehlikeli hal meselesinin — tetkik ettiğimiz zaviyeden — mev-zuata tesirinde daima esas olarak nazara alınan nokta — ileri bir iki istisna ile — tehlikeli halin ancak bir suç işlendikten sonra mevzuu-bahsedilebileceği olmuştur. 1891 tarihli serserilik hakkındaki Belçi-ka kanunu, keza Belçikanın 9 nisan 1930 içtimai müdafaa kanunu, 1929 Yugoslav kanunu, 1930 yeni İtalyan Ceza Kanunu, 1932 Polon-ya Ceza Kanunları hep aynı temayülü aksettirmektedirler.

(5) Tahir Taner: Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu şerhi; s. 56 ve sonrakiler.

Profesör Garçon'un 1910 tarihli Brüksel kongresine arz olunmak üzere vazeylediği meseleyi ve bu meseleye mülhak olan tefsiri mutalâasını nakledersek, öyle zannediyoruz ki, tehlikeli hal meselesinin bu bakımdan vaz'ında leh ve aleyhteki fikirleri iyi bir surette hulâsa etmiş olacağız. Garçon'un vazeylediği mesele şudur:

«Ceza Hukuku, ferdi hürriyeti teminat altına almak için objektif karakterini hangi ölçüde muhafaza etmelidir?».

«..... Ekseriya tehlikeli suçlu, mefhumunun müfrit neticesinin, bu suçluya karşı, hattâ suç teşkil eden hiç bir fiil iyka eylememiş bulunduğu hallerde dahi, önceden bir emniyet tedbirinin hakkında tatbik edilebileceği olduğuna işaret olunmuştur. Bütün ihtimallere nazaran bir ferdi suç işleyeceği anlaşılınca onun kötü faaliyetine sed çekecek tedbirlerin bu şahsa karşı tatbikine müsaade olunmaz mı? Bu şahsı zarar vermeyecek hale getirmek için tamiri mümkün olmıyan bir fenalığı iyka eylemesini beklemeli mi? Bir insanın aklını kaybettiği ve diğerleri ve bizzat kendisi için tehlikeli olduğu anlaşılınca o derhal bir akıl hastaları evine kapatılıyor. Ne için, irsi bir akli malûliyeti dolayısıyla, iradesini sevk ve idare edememek ehliyetsizliği dolayısıyla yahut sürdüğü hayat ve alıştığı âdetler itibarıyla içtimai disiplin ve nizam için az tehlike arz etmiyen şahıs hakkında aynı tedbirleri almamalıdır?»

Bazı paradoksal fikirler istisna edilecek olursa hiç kimse buraya kadar gitmeğe cesaret edememiştir. Burada herkes mezkûr müfrit mantığın içtimai hayat için aynı suretle zaruri olan diğer prensiplerle tashih olunması lâzımgeldiğini anlamıştır (6).

Bu realist itirazların reddedilemez mahiyetlerini kayıt ve ferdi hürriyeti müdafaa endişesinin de bizatihi bir içtimai müdafaa tedbiri olduğunu kabul etmekle beraber, mesuliyet hakkındaki neoklâsik telâkkimizin sosyeteyi bazı şahısların muhakkak olan tehlikesine karşı korumak maksadile bunlara karşı enerjik içtimai müdafaa tedbirlerinin tatbik olunmamasını kabul etmeğe sevk etmeyeceğini de derhal söyliyelim.

Ceza evlerinde şahsen yapmış bulunduğumuz tetkikler, irade serbestileri mahdut olduğundan dolayı haklarında Ceza Kanunumuzun 47 inci maddesinin de tatbiki suretile mahkûm edilmiş mahdut mesuliyetlerin — Ceza kanunumuzun esaslı ve sistemli bir şekilde emniyet tedbirlerini kabul eylememiş bulunması dolayısıyla — sos-

(6) Emil - Stanislaw Rappaport: La lutte autour de la réforme du Droit pénal en Allemagne, s. 59 ve sonrakiler.

yete ve hattâ ceza evlerinde bulunan diğer mahkûmların emniyetleri bakımından arzulemekte bulunduğtu tehlikeyi açıkça meydana koymuş bulunmaktadır. Bu itibarla ceza sistemimizin — tabii ferdi hürriyet ve masuniyeti temin edecek bütün teminatın alınması suretile — tehlikeli halde bulunan suçlular için — ve bu nokta üzerinde ayrıca ısrar edelim — suç ika eylemelerinden sonra tatbik edilmek şartile, ceza ile beraber emniyet tedbirleri ile de takviye olunması vaktinin çoktan gelmiş bulunduğunu söyleyelim. Esasen, emniyet tedbirlerini kabul etmemiş olan yabancı memleketlerde, o memleketlerin cezacıları, mevzuatı bu noktadan tenkit etmeği artık bir âdet haline geirmiş bulunmakadırlar (7).

Şimdi biraz da tehlikeli halin ikinci bakımdan olan mânası üzerinde duralım.

Yukarıdan beri vermiş bulunduğumuz izahlardan da anlaşılacaktır ki pozitivist doktrinlerde tehlikeli halin — ikinci mânada — hukuki fonksiyonu cezai mesuliyeti meşrulaştırmak değil fakat zecri ve tenkili müeyyideyi, suçlunun şahsiyetine intibak ettirmek müeyyidenin nevi ve derecesini tâyine medar olacak kriter olmaktır.

Ferri'ye nazaran bütün suçlular bir suç işlemiş olmaları itibarile, ve suç işlemeleri sebebi dolayısıyla tehlikelidirler. Cürmi tehlikeli haldedirler, ve bunların tehlike dereceleri mükerrir olmaları ihtimaline nazaran az veya çoktur. Tehlike, mükerrir olmak ihtimali ihtirasi suçlularda asgarî bir derecede, tesadüfi suçlularda vasat, mecnun, itiyadi, irsî temayüli suçlularda ise azamîdir. Ve bunların sosyal hayata intibak kabiliyetleri ise tamamile aksi olarak ihtirasi suçlularda azamî, doğuşta suçlularda ise asgarîdir. Demek oluyor ki, suçluda mevcut anomali, tenkili müeyyideyi, işlediği suç dolayısıyla failin şahsiyetine intibak ettirmek hususunda bir rol oynar. Yoksa tehlikeli halin fonksiyonu, bazı müelliflerin zannettiği gibi, suçlunun cezai mesuliyetini meşru göstermek değildir. Onun fonksiyonu sadece suçlunun serbest hayata az veya çok muhtemel intibakını tesbit etmektir.

Ferri'ye göre bir Ceza Kanunu daima post delictum olacak yani içtimaî müdafaa tedbirlerinin tatbiki için failin önce bir suç işlemiş bulunmasını bekleyecektir. Binaenaleyh içtimaî müdafaa tedbirleri-

(7) M. A. Stoop: *Résponsabilité des criminels anormaux, une nouvelle loi néerlandaise* (Rév. int. Dr. pen. 1926. s. 104).

nin tatbiki ve hükmolunması, suçlu şahıs hakkında biyo sosyolojik mutaların nazara alınması suretile ancak hukuki olabilir.

Tehlikeli halin cezaî mesuliyetin ölçü ve derecesini tayin bakımından kriter oluşu, keyfiyetine neoklasik müellifler taraftından başlıca iki itiraz ileri sürülmektedir: 1) Tehlikeli hali gerek kanun ve gerekse doktrinlerde kat'i surette tayin ve tarife imkân bulunmaması, bu husustaki kat'i yetsizlik; 2) Tehlikeli halin tayini ve buna kıymet takdiri bakımından hâkimin malik bulunacağı keyfi iktidar.

Nihayet Profesör Rocco, bu iki itiraza bir üçüncüsünü ilâve ediyor: Suçlunun kusurluluğu yerine tehlikeli hali ikame eylemek, bu şahsı müstakbel suçluluk tehlikesine karşı Devletin elinde bir vasıta olarak muhafazaya sevkeder.

Hakikaten esaslı olan bu itirazlara Ferri şu suretle cevap vermeğe çalışıyor (8): Müellife göre bir kere birinci itiraz ancak emniyet polisi mevzuundaki tehlikeli hal (sosyal tehlikeli hal) bakımından mevzuubahs olur.

Müellifin bu noktai nazarına iştirak edemeyiz. Cezaî mesuliyetin derecelenmesi bakımından bir unsur teşkil eden tehlikeli halin tayin olunabilmesi için bunun kat'i olarak tarifini yapmak, kriterlerini vermek lâzımgelir.

Nitekim emniyet tedbirlerinin ve hâkim tarafından alınabilecek diğer bazı tedbirlerin kriter ve ölçüsü olarak tehlikeli hali esas alan kanunlar tehlikeli halin unsurlarını tesbit etmeğe çalışmaktadırlar. Bir bakımdan yeni İtalyan Ceza Kanununun 133 üncü maddesinde olduğu gibi.

Ferri'nin tabirile gerek sosyal tehlikeli hal, gerekse cürmi tehlikeli halde bulunan şahısların tayini bakımından kanun vazıları bugüne kadar iki metod takip etmişlerdir: Kanunlardan bazıları İka olunan suçun mahiyetine ve bilhassa onu ilham eden saiklere dayanmışlardır. Bu saiklerin tefrik ve temyizindeki güçlüklerin büyük olduğunu söylemek lâzımdır. Diğer bazı kanunlar ise tehlikeli tipleri apriori olarak tayin etmişlerdir: 1934 Fransız projesi gibi.

Bu ikinci metodun da pek fazla mes'ut neticeler veremeyeceğini kaydeylemek lâzımdır. Filhakika eğer ferdi hürriyetin himayesi arzu edilirse kanunlar tarafından yapılacak bu tayinin hâkim için sert ve mecburî olması lâzımdır. Bu takdirde ise sosyete kâfi derecede himaye edilmiş olmaz. Buna mukabil sosyetenin himayesine

(8) Ferri: S. G. makale; (Rev. Int. Dr. Pén. 1927; s. 53).

ve umumî emniyetin teminine bağlanılmak lâzımgelirse bu tayin keyfiyetinin müphem ve hâkim için ihtiyarî olması lâzımgelir. Bu takdirde ise derhal farkına varılacağı veçhile ferdi hürriyet feda edilmiş olur (9).

Karanikas bu bakımdan, hukukî kriterlerin gayri kâfi olduğunu ve lüzumlu olan keyfiyetin her tehlikeli suçlu tipinde (itiyadî suçlu, alkolik ve deli suçlu) üstün tehlikeli (= super-dangereux) olanların tefriki olduğunu, bu şahısların yazılı hükümlerle tayin olunması iktiza ettiğini ve bunlar hakkında derhal emniyet tedbirlerinin tatbiki icabedeceğini beyan ediyor. Müellife göre bir de yarı tehlikeli (= quasidangerux) olanları tefrik etmeli ve yalnız bunlar, hâkimi kendilerinin hallerini müşahedeye mecbur tutan ihtiyarî hükümlerle tayin olunmalıdır. Böylece mükerrirler, gayri mesuller ve yarı mesuller, küçük suçlular, toksikoman ihtıraslarla münasebettar suç failleri, dilenci ve serseriler, cinsî anomaliteli suçlular, yarı mesul olacaklardır. Ve bu aynı şahısların hallerine munzam bazı hal ve şartlar eklendiği takdirde bunlar da üstün tehlikeli olacaklardır; iyka olunan suçların taaddüdü yahut ağırlığı gibi.

Neoklasikler tarafından yapılan ikinci itiraza da Ferri şu suretle cevap vermeğe çalışmaktadır: «Hâkimin, tehlikeli hali tayin bakımından malik bulunacağı iktidara gelince bu her halde, bugünkü klâsik telâkkide, mesuliyet ve isnat kabiliyeti bakımından hâkimin malik bulunduğu salâhiyetlerden herhalde daha geniş olmasa gerektir. Esasen Ceza dâvası pozitivist esaslara göre görülünce ve binnetice hâkimler ceza mevzuunda ihtisaslaşınca mesele büsbütün kolaylaşacaktır. «Profesör Rocco'nun itirazına gelince»... bu itirazın umumî önlemeye daha çok ehemmiyet veren hukukçulara tevcih edilmesi lâzımdır. Çünkü onlardır ki suçluyu, diğer vatandaşları korkutmak için bir vasıta olarak kullanmak istemektedirler.

Neoklasiklerin hiç te itiraz etmedikleri, hâkimin vicdanî kanaati sistemi de hakikatte mevzuatın tesis etmiş bulunduğu keyfilikten başka birşey değildir. Demek oluyor ki hâkimin keyfi iktidarı bugün dahi mevcuttur ve kanunun umumî kaidesini maznunun hususî halle intibak ettirmek mevzuubahs olduğu için onu ortadan kaldırmak da mümkün değildir. Biz ilkönce ihtisaslaşmış hâkimler ve usule müteallik garantiler istediğimizden bu, ferdi hürriyet için tehlike de yaratmıyacaktır.»

(9) Karanikas: La typologie juridique des delinquants dangereux (Rev. İnt. Dr. Pén. 1936 No. 1).

Neoklasikler tarafından tehlikeli hal kriteriyumu mevzuunda ileri sürülen bu iki itirazın esaslı olduğunu ve bu itirazlara iştirak ettiğimizi söyliyelim. Bununla beraber şunu da derhal ilâve edelim ki, bugün için emniyet tedbirleri artık Ceza Hukukunda tamamen kabul edilmiştir. Ve emniyet tedbirlerinin her hususî halde, derece ve nevilerinin tayini bakımından elimizdeki kriteriyum tehlikeli halden başka bir şey de olamaz. O halde tehlikeli hali yapılan iki itirazı nazara almak suretile nasıl tesbit etmeli? İşte mesele de buradadır.

Doçent Dr. Sulhi Dönmezer