

NASYONAL SOSYALİST ALMAN CEZA HUKUKU

H. Donnedieu de Vabres

Böylece yeni devre Alman tenkili sistemindeki şiddetin ehemmiyetli bir surette ağırlaştığını gördü. Bu ağırlaştırma bilhassa şunlardan neş'et eylemiş bulunuyor:

1) Ceza kanununun 42 ve mütaakıp paragraflarını değiştiren ve itiyadî suçlular için diğer emniyet tedbirlerini vazeylemiş bulunan 24 Teşrinievvel 1933 kanunu gibi diğer kanunlar.

2) Tethişçi tecavüzlere karşı ölüm cezası tatbikatını çoğaltan 4 Nisan 1933 kanunu gibi kanunlar.

3) Hemen daimi surette ağır hapis cezalarını arrêts de forteresse'lere kalbederek yahut cezanın tenfizi rejimini daha şiddetli kılarak hürriyeti bağlayış cezaların ıztırap verici karakterini kuvvetlendiren kanunlar (§ 20 nouveau du Str. G.B.). Bu şartlar altında yeni kanunların geçmişe şümulü yahut ademi şümulü meselesi kanun vazı ve hâkim önünde müstacel bir şekilde vazedilmiş oluyordu.

1871 Ceza Kanunu suçlar ve cezaların kanuniliği prensipini ifade ediyordu (§ 2). Bu kanunun, 22 Haziran 1935 tarihli bir kanunla değiştirilmiş bulunan yeni şekli de aynı kaideyi, sonra işaret eyliyeceğimiz bir kaydı ihtirazi ile muhafaza eylemektedir (§ 2, a). Bundan şu netice çıkıyor ki yeni bir ceza kanunu, daha hafif hükümleri ihtiva eden yeni kanunlar hakkındaki istisna baki kalmak kaydı ile, geçmişe şâmil değildir (54). Bununla beraber şu noktalara işaret olunmak lâzımdır:

1) Geçmişe ademi şümul kaidesi, mahkûmiyetin vukua geldiği günde mer'i kanun tarafından idare edilen emniyet tedbirlerine — ve binnetice hadım etmeğe — tatbik olunmaz; (§2, a, in fine);

(54) Karl Siegert adlı bir müellif Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate, Tübingen, 1934 adlı eserinde her yeni ceza kanununun geçmişe şâmil olarak tatbikına taraftar oluyor. Çünkü, diyor, bu yeni kanundur ki Führer'in halihazır iradesini en iyi olarak ifade eder.

2) Geçmişe ademi şümül kaidesi, bir esas teşkilât hukuku kaidesi kıymetine malik olmadığından, yeni bir kanunun derhal bir tatbika mevzu teşkil etmesi için, kanun vazılarının bu suretle hükmeylemiş bulunmaları kâfidir. Hollandalı Van Lubbe Reichtag yangınından dolayı 9 Mart ve 4 Nisan 1933 tarihli kanunlar gereğince ölüm cezasına mahkûm edilmiş ve asılmıştı; her iki kanun da faile isnat olunan suçtan sonra meriyete girmiş bulunmakta idiler. «Van Lubbe» kanunu yalnız geçmişe şâmil olan bir kanun değil, fakat aynı zamanda da bir hususî hale taallük eden kanundur;

3) Daha hafif yeni kanun vaziyetinde yeni 2.a maddesi, hâkim için bunun tatbikını ihtiyarî kılmaktadır.

Bu istisnalar, nasyonal sosyalist kanun vazındaki, tesis eylediği çok tenkili sistemin müessiriyetini, zaman içinde yapılan bir tatbikat ile çoğaltmak niyetini iyice göstermektedir.

Buraya kadar mekân içinde ceza kanununun tatbikatını tanzim eden St. G. B. nin 3 ve mütaakıp paragraflarına temas olunmadı. Bu maddelerde, aynı zamanda, suç mahalli esasına müstenit mülki salâhiyet ile (§ 3), failin tabiiyetine müstenit şahsî salâhiyetin (§ 4, 3) Devletin hayati menfaatlerinin himayesine tahsis olunan şe'nî salâhiyetin (Realsystem, §4, 1 et 2) teessüs eylediği görülüyor.

Nasyonal sosyalist proje vazıları şunları teklif ediyorlar:

a) Alman kazai mercilerinin, yalnız Devletin kredi ve emniyetine taallük eden tecavüzlerde değil hattâ bir yabancıнын diğer bir yabancıya karşı işlediği Alman milletinin maddî ve manevî menfaatlerini haleldar eden fiillere karşı da salâhiyetlerinin yayılması: Meselâ yabancı bir memlekette bulunan Alman memuru önünde yapılan yalan yere yemine de bu salâhiyetin teşmil olunması (55).

b) 1930 tarihli İtalyan kanun vazısının misalini takiben mağdura göre şahsîlik sisteminin kabul olunması [suç kurbanının Alman tabiiyetine istinat eden salâhiyet (Schutzprinzip)].

c) Yine aynı suretle İtalyan kanununun verdiği misali takiben bir Alman tarafından yabancı memlekette ika edilmiş bulunan cinayet veya cünhanın tenkilini, lex loci'nin bunu cezalandırmış bulunmasına tâbi tutmaktan vaz geçilmesi (§4, 3).

Bu teklifler bir icra başlangıcına mazhar oldular. Alman tabiiyetinde bulunan bir yahudi ile âri kanından olan şahısların akdolun-

(55) Reich nazırı Dr. Frank'ın politique internationale de droit pénal adlı eseri, 21 Ağustos 1935 te XI inci Congrès penal et pénitentiaire international.

muş evlenmelerini batıl sayan ve meneden 15 Eylül 1935 tarihli kanun hükümlerini resmi bir şekilde yabancı memlekette yapılmış evlenmelere de teşmil eylemektedir (56). Bu nevi tecrim keyfiyetine yabancı mahallî kanunda tesadüf olunması çok az muhtemeldir!

Nasyonal sosyalizm, faşist doktrininden daha az olarak yabancı bir ceza kanununa müracaat olunmasına onun tatbik edilmesine uygun olabilir. Faşist doktrin devletçidir, şu manadaki ferdin devlete tebaiyyetini ilân eylemektedir; Devlet ve ferdin müsavat üzere bulduklarını ve menfaatlerinin muvazene haline konulduğunu kabul etmemektedir. Fakat faşist milliyetçilik mukaddes egoizmi tavsiye ediyorsa da İtalyan Devletin diğer Devletler üzerinde başta gelişini, aslı üstünlüğünü tazammun etmemektedir. O, bir Devletler sosyeteşi fikrine razı olmaktadır. Yabancı bir Devlete bir İtalyan tebaasının iadesi, siyasi bir suçlunun — prensip itibarile ve mütekabiliyet şartile bahşolunsa da — iadesi, bazı şartlarla yabancı ceza hükümlerinin İtalyan toprağında müspet tesirlerinin kabul olunması, bütün bu hal tarzları, aralarında haklar müsavata hissinden ilham alan Devletler arası bir beraber çalışmadan iştikak ederler. Bu nevi hükümlere hali hazır Alman mevzuatında tesadüf olunmaz. Unutmamalıdır ki nasyonal - sosyalist ceza siyaseti Alman milletinin en saf tipini teşkil eylediği âri ırkın mutlak üstünlüğü nassına dayanır. Ve işte bunun içindir ki Alman milletinin hukuk hakkında malik bulunduğu mefhum saf ve salimdir: *Gesund*. İşte bunun içindir ki Alman milletinin saf ve salim telâkkisi — *Gesund Anschauung des deutschen Volkes* — yazılı kanunun şüpheli olduğu hallerde onu tefsire yarıyacaktır; bunun içindir ki onun boşluklarını dolduracaktır. Alman milleti kendisi için yapılmış olan bir hukukun sanatkârı olacaktır: *Volksrecht*.

Şüphesiz, ceza Kanunu Alman milletinin iradesinin ifadesidir. Fakat yazılı bir kanun olduğu için, muayyen bir zamanda milletin iradesini teşhis ettirmiş bulunduğu için bu sabitlik, bu statik karakter, bazı noktalarda, Alman milletinin dinamizmini ihlâl edebilir. Her yazılı kanun gibi, ceza kanunu da hakikatte daimî tekâmül halinde bulunan sosyal zaruretlere intibakı ifade eden bir tefsiri talep eder. Bu tefsir, bu intibak ediş âlemsümül oluşu itibarile nasyonal

(56) *Jürisprüdans tenkil esasını kıyas yolile, alman toprağı dışında Yahudi ve Ariler arasında vukua gelen basit cinsî münasebetlere teşmil ediyor. G. Varsalli: La jürisprudence pénale allemande en motière d'analogie (Rivista di diritto penitenziario, sept oct. (937).*

sosyalist Devletin hoşlanmadığı müphem nisfet hissinden talep olunmayacaktır. Bu hususta karar verecek olan *Gesunde Anschauung des deutschen Volkes*'dir.

«Alman milletinin saf ve salim telâkkisi» bir çok defalar Alman ceza hukukunun bir menbaı olarak arz olunmuştur. Mer'i hukuk, Hitler rejimi hâdisesinden beri, bu mefhuma, hali hazır proje vazırlarının genişlettikleri bir mevki veriyor. (57)

Nemo legem ignorare censetur kaidesinin Almanyada hakikati — hiç olmazsa mutlak hakikati — ifade etmediğini söylemiştik. Hukukta hata cezadan muafiyeti icabettiren bir sebep olarak kabul edilmiştir. Nasyonal sosyalist proje, hukukta hata «failin hatası halkın âdil ve gayri âdil mevzuuna taallük eden saf ve salim takdirle gayri kabili telif olan bir telâkkisinden» iştikak eylediği takdirde bunun böyle olmasına müsaade etmemektedir.

Ceza kanunlarının geçmişe ademi şümulü prensip itibarile kabul olunmuştur. Bu mevzuda yeni ceza Kanununun §2,a daki karakteristik formül değişmesine işaret olunacaktır: Tecrim ve ceza, fiilin ikaı sırasında mer'i hukuka nazaran taayyün ederler (yoksa kanuna nazaran değil).

Bu hususta şu sual mevzuubahs oldu: Hattâ yeni ihdas edilen suçlar yahut cezayı ağırlaştırın kanunlar muvacehesinde fiil, ika olunduğu anda hiç bir müspet kanunu ihlâl etmemekle beraber halk hissini müteessir ediyorsa geçmişe şümul kabul edilmeli midir? Bu mânada Prusya Muhtırasının ihtiva eylediği teklif *Gesunde Anschauung des deutschen Volkes*'in mucip sebebiyle mutabakat halinde idi. Bu teklif Alman hukuk Akademisinin ceza seksiyonu tarafından, maziye ait bulunan bir anda halk hissiyatının ne olduğunu tayin etmenin güçlüğü dolayısıyla bunun neticesi olacak hukuki emniyetsizlik sebeble, reddolundu.

Meşru müdafaa (*Notwehr*) Str. G. B. nin 53 üncü paragrafı hükümlerine nazaran bir beraet sebebidir. Fakat fail meşru müdafaa'nın hudutlarını aştığı takdirde bir muafiyet (§ 53, infine) yahut sadece cezanın hafifletilmesi sebebi (1927 prajesi, § 24) haline in-

(57) Böylece 28 Haziran 1935 tarihli kanunla ithal olunan (madde 9) ceza kanununun c 330 § sı bir felâket yahut kollektif tehlike halinde, halk hissi kendisine hareket etmek mecburiyet ve vazifesini tahmil eylediği halde (*gesund Volksempfinden*) yardım göstermekten çekinen şahsı iki seneye kadar hapis yahut para cezasile tecziye ediyor. Usul rejiminin mütalâası bizi aynı prensipin diğer tatbikatile karşılaştıracaktır. Aynı suretle kıyas yolile işidlâl hakkında söylenecekler de bakınız.

kılâp eder ve beraet sebebi olarak iddia ve talep olunamaz. Bu hudutların tayini bir kriter talep eder.

Eğer fail meşru müdafaada, milletin saf ve salim takdirinin müsaade eylediği hudutları aşmış ise ceza tahfif olunabilir; istisnai hallerde hâkim buna hükmetmekten sarfınazar edebilir.

Mecburiyet hali (Notstand) Str. G. B. nin 54 üncü paragrafı hükmünce diğer bir beraet sebebidir. Fakat suç faili tarafından feda olunan kıymet kurtarılan kıymetten üstün ise bu sebep bertaraf olunur. İmdi bu beraet sebebinin kabulü hali hazır menfaatler arasında nazik olabilecek bir mukayeseyi tazammun ediyor. Str. G. B. nin 218 inci paragrafında yazılı suçu teşkil eden çocuk düşürme hangi ölçüde annenin hayat yahut sıhhatini korumak zaruretini meşru kılacaktır? Bu mesele Temyiz Mahkemesinin 11 Mart 1927 tarihli meşhur kararını mucip oldu. (58)

Çocuk düşürme tatbikatı bakımından müsamahakâr olan bu kararın doktrini müahhar bir takım kararlarla ve bilhassa Temyiz Mahkemesinin 20 Nisan 1928 tarihli bir kararile ıslah olundu. (59) Bu doktrin gebeliğe yapılacak müdahalelerin müsaade edildiği halleri, ırkî sebeplerle, dar bir surette tahdit eden yeni 14 Temmuz 1933 kanununun 24 Haziran 1935 tarihli kanunla tamamlanan 10 ve 14 üncü paragrafları tarafından zımnî bir şekilde reddolunmuştur. (60).

Bu hususi hal dışında, nasyonal sosyalist proje mecburiyet halinin neticelerini aşağıdaki hükümlerle tanzim ediyor:

Bizzat kendisinden yahut başkasından hali hazır ve başka suretle bertaraf edilmesine imkân olmıyan bir tehlikeyi bertaraf eylemek için kanunun ceza ile karşıladığı bir fiili ika eyliyen kimse, eğer halkın saf ve salim takdirine nazaran kendisinden yahut tehdit olunan şahıstan zarara tahammül eylemesi talep olunamazsa, mecburiyet halindedir.

Eğer tehdit olunan kıymet, aksülâmel zarar verilen kıymete, mukayese edilmeyecek surette üstün ise fiil hukuka aykırı değildir. Aksi halde, fiil hukuka aykırıdır, fakat bir mazeret sebebi teşkil eder.

Eğer fail mecburiyet halinin hudutlarını aşmış ise ceza tahfif olunabilir. İstisnai hallerde hâkim cezaya hükmetmekten sarfınazar edebilir.

(58) Entscheidungen des Reichsgerichts LXI, s 242

(59) Entscheidungen, LXII, 137

(60) Kohlrach: Strafgesetzbuch, 33 e éd. 1937, s. 342

Meşru müdafaa ve mecburiyet hallerinin aksine olarak suç kurbanının rızası (mülkiyete tecavüz hali müstesna) bir beraet sebebi değildir. Fakat bu hal fiilin moral ve sosyal ağırlığını ehemmiyetli surette tadil ettiğinden, mezkûr hal bazı metinler tarafından bir cezanın tahfifi sebebi olarak nazara alınmıştır. Bilhassa adam öldürme için Str' G. B. nin 216 ıncı paragrafına, çocuk düşürme için 218 inci paragrafa bakınız. Cismanî zararlara gelince, 1927 projesinden (§264) alınmış ve 26 Mayıs 1933 kanunu ile metne ithal edilmiş olan 226 ıncı paragraf aşağıdaki hükmü ihtiva ediyor:

Mağdurun rızasile cismanî bir zarar iras eden kimse, eğer fiil bu rızaya rağmen umumî âdabı ihlâl ediyorsa, hukuka aykırı hareket etmiş olur.

Meşru ve gayri meşru hususunda umumî âdap mülâhazasını kabul etmek, nasyonal sosyalist rejime mukaddem bir terminoloji ile «milletin saf ve salim kıymet takdir» ine çok yakın bir mefhumu ithal eylemek demektir. Nasyonal sosyalist proje burada «halk topluluğuna karşı yerine getirilecek vazifeler» tabirlerini ithal ediyor.

Suç kurbanının rızası bu vazifeleri yerine getirmeyince, bir tesir de husule getirmez.

Mukaddem kriteriyumun, «kanunun sarih» olarak tanzim eylediği hallerde ehemmiyeti yoktur: Böylece düello halleri (§§ 201 ve sonrakiler, Str. G. B.), kısırlaştırma (14 Temmuz 1933 kanunu), hadım etme (§42, Str. G. B.) halleri gibi Kanunen nazara alınmadığı hallerde boks maçları, kan nakli gibi cerrahî ameliyeler, mafsal veya cinsi gudde telkihi, belki keza cinsi dalâletlerde de hâkim tarafından tatbik olunacaktır.

Buraya kadar mülâhaza eylemiş bulunduğumuz faraziyelerde halk hissi ceza kanununun tefsirine yaramaktadır. Ve yalnız buradandır ki meşru ve gayri meşruun hudutlarını tesbit etmeğe yardım eylemektedir. Nasyonal - sosyalist kanun vazının çok daha cesur ve ihtilâlcî olarak gözüktüğü an, kıyas metodunu tatbik suretile halk hissini tenkil kanunî sistemini tamamlamağa, cezanın tatbik sahasını genişletmeğe davet eylediği zaman tahakkuk ediyor.

Suçların ve cezaların kanuniliği prensipi, liberal anlaşılışında, müteradif olarak ceza kanununun dar tefsiri prensipini (benignio interpretatio) ve binaenaleyh kıyas yolile istidlâlin nef'ini icabettirir. 1871 tarihli ceza Kanununun 2 inci paragrafından da böylece anlaşılmakta idi:

Bir fiil, suç ika olunmadan tayin olunan bir ceza ile kanun tarafından karşılanmış bulunduğu takdirde ki tecziye olunabilir.

Bu metnin tatbikinde, Temyiz Mahkemesinin jürisprüdansı bazı kereler Fransız jürisprüdansından dahi daha endişeli görülmüştür, çünkü Alman Temyiz Mahkemesi elektrik hırsızlığını tecziye etmiyordu. (61)

Fakat işaret etmek lâzım gelir ki eski 2 inci paragrafa tekabül eden 2,a paragrafının hükmü cezaların ve suçların kanuniliği prensipini muhafaza ediyorsa da, tahrir tarzı farklıdır. Bu madde, hakikatte diğer saiklerden ilham almaktadır:

Bir fiilin suç haline konulması ve ceza, fiilin ika edildiği sırada mer'i bulunan hukuka göre taayyün eder.

Bu hükmü ilham eden ferdî hukuku müdafaa endişesi değildir. Bu, ceza hukukunun objektif karakteri ile münasebet halinde bulunan ve ananevi bir şekilde ilk önce fiillere tatbik olunan teknik bir iştigaldir: İtalyada tesadüf ettiğimiz fakat burada inhisari bir şekilde müdahale eden bir iştigal.

İşte bunun içindir ki suçların ve cezaların kanuniliği prensipinin zarurî neticesi artık ceza kanununun dar tefsiri değildir. İçtimai müdafaa isterleri üzerindeki tenkilin daimî bir gecikmesini tevlit edecek bir ferdî hukuk batıl fikrine, belki de Alman milletinin hayatî menfaatlerini feda eden bu kaidenin mahzurlarına işaret etmek için hiç bir şeye ihtiyaç yoktur.

Binnetice nasyonal sosyalist proje aşağıdaki tahrir tarzını ihtiva ediyor:

Eğer fiil sarih bir şekilde tecziye edilmemiş ise fakat müşabih bir fiil (ähnlich) bir kanun tarafından cezalandırılmış ise, bu kanunun esasını teşkil eden hukukî fikir ve halkın saf ve salim takdiri cezalandırmayı talep edince mezkûr kanunu tatbik etmek lâzımdır.

Ceza Kanununun eski 2 inci paragrafının yerini alan 28 Haziran 1935 tarihli kanunun metni bunun aynı değildir. Şu şekildedir:

Kanunun cezalandırdığı yahut bir ceza kanununun esas fikrine halkın saf ve salim takdirine (gesundem Volksempfinden) nazaran cezalandırılması icabeden bir fiili ika eyliyen şahıs tecziye olunur. Eğer hiç bir kanun bu fiile doğrudan doğruya kabili tatbik değilse, fiil, esas fikrinin en tam bir şekilde uyduğu kanuna nazaran tecziye olunur.

Bu metinden, ve metne refakat eden jürisprüdanstan ceza kanununun kıyas yolu ile tefsirinin aşağıdaki şartlara tâbi tutulduğu çıkıyor:

(61) Entscheidungen des Reichsgerichts in Stafsahen, t. XXIX. s. 111.

1 Kıyas yolu ile tefsir kanun vazının ifade eylediği iradeye mugayir hal tarzlarına asla sevketmemelidir. Kanun açık olunca, bizzat koyduğu memnuiyetin hudutlarını göstermiş bulunuyorsa, bu hudutlara hürmet olunmak lâzımdır. Meselâ 14 yaşını geçmiyen küçüklere karşı cebirsiz olarak ika olunan irza tasaddileri tecziye eden Str. G. B. 176, 3 kıyas yolu tefsir rengi altında daha ilerlemiş yaşta bulunan küçüklerin himayesine tatbik olunamayacaktır. Yine meselâ, Alman kazai mercilerinin yabancı memleketlerde işlenen suçlar hakkındaki salâhiyetlerini tayin eden ceza Kanununun umumî kısmı (§4) kanunun işaret eylemediği hallere bu salâhiyeti teşmil edecek surette genişletilemez. Nihayet meselâ 15 Eylûl 1935 tarihli, Yahudiler ile Ari ırktan olan şahıslar arasındaki evlilik dışı cinsî münadebetleri cezalandıran kanun diğer mahiyette olan münasebetlere teşmil olunamaz. Kanun ceza hukukunun artık yegâne kaynağı değildir; fakat bunun en başta gelen kaynağı olarak kalmaktadır.

2 Bir ceza kanununun sarîh olarak istihdaf eylemediği bir hale kıyas yolile tatbikı bu kanunun esas fikrine (Grundgedanke des Strafgesetzes) yani faillerinin kendilerine tayin eylemiş buldukları gayeye uygun olmalıdır. (arg. §§ 170, a, 267, a, Str. Proz. Ordnung). Burada hâkime terettüp eden hukukî bir tahlil mevzuubahistir.

Fakat bu kâfi değildir. Bu geniş tatbikın halk hissine uygun olması lâzımdır. (Volks — empfinden) ve saf ve salim olduğu ölçüde bu hisse uygun olması lâzımdır (arg. §§ 170, a, 267, a, Str. Proz. Ordnung), (gesund). Burada kıymet alan, herhangi bir kollektivitenin suçlunun tecziyesini talebeden kaprisi değildir; bu Alman milletinin meşru ve daimî emellerinin tam bir kıymet takdiridir.

Bu kıymet takdiri kime terettüp eder? Keza bu da hâkime düşer; artık onun rolü esaslı bir surette yükselmiş olur, çünkü o artık sadece teknik meseleler hakkında hüküm verecek yerde Alman milletinin ahlâkî - hukukî iradesinin organı ve tercümanı olur. Eğer hâkim bizzat kendini nasyonal sosyalist topluluğunun bir unsuru olarak hissediyorsa vazifesinin büyüklüğüne yetecek kudrette olabilir. (62) Bu müşahede adli teşkilât meselesinin vaz'ını mucip oluyor.

Alman usul rejimi, Fransız rejimi gibi orta çağın sistemi olan ithamî sistemden XVI. inci asırdan XVIII inci asra kadar üstün kıymet alan tahkiki sisteme doğru tekâmül etmiş ve XIX uncu asırda

(62) Kohlransch, Strafgesetzbuch, 33e éd., p. 24; Hamburger, Revue de Science criminelle, 1937, p. 189.

muhtelit sisteme vâsıl olmuştur. Weimer Cumhuriyeti devresi, tahkikat esnasında maznuna ait teminatın genişlediğini gördü (22 Kânunuevvel 1925 ve 27 Kânunuevvel 1926 Kanunları). Fakat nasyonal sosyalist rejimi hâdisesi tahkiki metotlara âni ve sert bir dönüşü ifade ediyor. Bugün 1930 Kanunile idare olunan İtalyan usulile hali hazır Alman usulü arasında oldukça benzerlikler vardır. Alman usulünü karakterize etmek için aradaki kıyası kaydetmek, ve gereken, bazı teferruat farklarına işaret eylemek kâfidir. Her iki usulde de müddeiumumiliğin aynı üstünlüğüne tesadüf olunuyor.

Staatsanwalt — çok istisnai bazı haller müstesna paragraf 374, Str. Proz. Ordnung - takibat yapmak salâhiyetine yalnız olarak maliktir. Keyfiliği tahdit eden kanunilik prensipi takibatın maksada uygunluğu prensipine müteveccihdir. [§ 154, b, C. pén (28 Haziran 1935 kanunu) Notnerodnung du 6 oct. 1931] bundan başka hususî af hakkının sahasını genişleten 2 Şubat 1935 emirnamesi Führere herhangi bir suç karşısında takibatı menetmek salâhiyetini veriyor. (63) Müddeiumumilik bizzat, mevzuu hakikatin objektif olarak araştırılmasından ibaret olan ilk tahkiklere (Vorbereiten des Verfahrens) başlar (§§ 160, 296) acele hallerde tevkif salâhiyetine maliktir (§ 127, Str. Proz. Ordnung). Ve hakiki bir tahkikata (Voruntersuchung), hattâ cinayet işlerinde dahi ancak onun talebi üzerine başlanacaktır (§ 178, c. proc. pén 28 Haziran 1935 kanunu) tahkikat sırasında bu tahkikatı yapan hâkim, birçok bakımlardan Staatsanwalt'a tâbidir. (Meselâ bakınız: § 124. al.2). Staatsanwalt her an tahkikatın gidişinden malûmat alabilir; bilâkis müdafî - hususî müsaade hariç ancak tahkikatın açılışından itibaren dosyaya bakabilir. (§ 196, Str. Proz. Ordnung). Sorguda olduğu gibi anket sırasında da bulunmaz. Tevkif daha bol bir tatbikata mazhar olmaktadır. Evvelce kabul olunan hallere bugün, çok umumî olan, maznunun yeni suçlar işlemek hususunda hürriyetini suiistimal eylemesinden korkulması hali ilâve olunmaktadır. (§ 112, 1, Str. Proz. Ordnung) Bu hal 28 Haziran 1935 kanunu ile ithal olunmuştur. Tevkifin devamını adli bir kontrole tâbi tutan hükümler ortadan kâlmıştır. (Haftprüfungsverfahren mit mundlicher Verhandlung) u ilga eden 24 Nisan 1943 kanunu).

(63) Bu emirnamenin hükümlerine nazaran hususî af hakkı, hüküm kaziyeyi muhkeme halini almadan dahi istimal olunabilir. Bu hak, aslî cezaya olduğu gibi mahkûmiyetin fiili neticelerine ve hattâ, istisnai olarak, emniyet tedbirlerine tatbik olunur. H. Von Hentig: le nouveau régime de la grâce en Allemagne (Guistizia penale, 1935, IV. La procedura, s. 223).

Bir tek hâkim önünde cereyan eden kısa usul halleri (Schnell ver fahran, § 212) arttırılmıştır. Kaçak suçlulara karşı tahkikat, bu hâkimin tercümanı olduğu milletin hukukî hissi derhal bir hüküm verilmesini talep edince, müddeiumumi tarafından açılır (§§ 276 ve sonrakiler. Str. Proz. Ordnung 28 Haziran 1935 kanunu ile değiştirilen) bu usul bizim gıyabi usulümüzün maznuna temin eylediği teminatı sağlamaktan uzaktır. Çünkü onun gıyabında tefhim olunan hüküm ancak âdi kanun yollarına tâbidir. Yalnız iadei muhakeme yolu (Weideraufnahme) genişletilmiştir. (§§ 276 dan 282 ye, p, Str. Proz. Ordnung). Ceza kararnameşi usulü mer'idır ve tatbik sahası İtalyadakinden daha geniştir.

Duruşmada, hâkim, hakikatin araştırılması hususunda bir takdir salâhiyetine tasarruf eder (§ 244 1 Eylül 1935 tarihli kanunla tadil olunan).

İtalyada olduğu gibi tek hâkimin (Amtsrichter) salâhiyetinin tedrici bir genişlemesi müşahede olunuyor. Bu hâkim müddeiumuminin müracaati üzerine eğer maznun razı olursa ağır cünhalar ve hattâ bazı cinayet derecesindeki fiillere Eşövenler mahkemesi yerine bakabilir. Bunun salâhiyeti pretörün salâhiyetlerinden daha geniştir (64).

Müçtemi kaza mercilerine gelince, Eşövinaj sistemi uzun zamandan beri maddî ve hukukî kısımların tefriki dolayısıyla bozulan jürinin yerini almıştır. Eşövinaj küçüklerin muhakemelerinde olduğu gibi müşterek hukukun bidayet mahkemelerinde ve 4 Kânunusani 1924 kanun - kararnamesinden sonra cinayet işlerinde yer almıştır (Strafkammer des Landesgerichts). Eski bir Alman ananesine cevap verdiğiinden ve ceza adaletinin halk hissinin bir ifadesi olması lâzım geldiği modern fikrini tatmin eylediğinden Eşövinaj sistemi İtalyadaki aynı münakaşalara sebebiyet vermemektedir. 13 Kânunusani 1943 tarihli bir kanun Eşövenlerin tayin şeklini değiştirmiştir.

Aynı ilham altında 24 Nisan 1934 tarihli bir kanun İtalyan Devletinin müdafaası mahkemesi misaline uyarak, o zamana kadar Reich üstün mahkemesine (Reichsgerricht) ait bulunan hiyanet işlerini (Hochverrat ve Landsverrat) görmek üzere istisnai bir kaza mercii vücuda getirdi. Bu kaza mercii, âdi mahkemeler gibi, meslekten yetişmiş hâkimlerle Eşövenlerden mürekkeptir.

(64) Mittermaier (le procès pénalen Allemagne et sa réforme, in giustizia penale, 1933. IV. La procedura. ss 2 ve sonrakiler). de — İtalyada olduğu gibi — ilk derecede ve binnetice ikinci derecede vazifeyi tayin etmek hususunda müddeiumumiye bırakılan bu salâhiyeti tenkit ediyor.

Bizi İtalyan tekâmülünden uzaklaştıran sonuncu bir hususiyet te, kanun yollarının tedrici bir surette tahdididir. Bugün Amtschrichter ve Schöffengericht'lerin kararları aleyhine mahkûmun seçimine tâbi olarak ancak istinaf (Berufung) yahut temyiz (Revision) yoluna gidilebilir (14 Haziran 1932 emirnamesi.) Reformatio in pejus'e müsaade olunmuştur. (28 Haziran 1935 kanununun tahriri §§ 331, 358, 373. Str. Proz. Ordnung).

Cinayet işlerine bakan mercilerin kararları (Strafkammerdes Landesgerichts) aleyhine istinaf yoluna gidilemez. Temyiz talepleri, hallere nazaran yeniden teşkilâtlandırılan Reichsgericht'de ceza kanununun tefsirinde birliği temin etmek için tesis olunan ve ceza işlerinde ihtisaslaşmış munzam daire (Grosser Senat) (§§ 131 ve sonraki. Gerichtsverfassungsgesetz) yahut l'Oberlandesgericht'e sevk olunur. (65).

Eğer hüküm Str. G. B. nin 2 inci paragrafına müsteniden verilmiş ise Staatsanwalt'ın talebi üzerine Reichsgericht daima işe bakacaktır (kıyas metodunun tatbiki). (§ 347, a, Str. Proz. Ordnung).

Resmî komisyon tarafından vücuda getirilen yeni bir ceza usulü kanunu projesi bu yeni hukukun otoriter ve merkeziyetçi istikametini ancak süratlendiriyor (66).

(65) Cinayet işlerine bakan kazai mercilerin kararları aleyhine yapılan müracaatlere bakan Reichsgericht'dir. Bu takdirde o hukukun hâkimidir. Bugün temyiz mahkemesine, aynı zamanda fiile taallük eden muayyen bir kontrol kudreti de verilmesi teklif olunuyor. Bu mânada olarak makaleler: M. Freisler le journal de l'académie de droit Allemand, 1935, s. 90 contra Pr. Schwinge, aynı gazete, 1935, s. 546. Eğer temyiz mahkemesi fiilin üstün hâkimi olsa idi buna jürilerin de iştiraki mülâhaza olunmak lâzım gelirdi. Bu nokta hakkında: Dr. Schwarz, Die Laienrichter. beim Rechtsrüsegericht, aynı gazete, 1936, s. 623. Müfrit bir doktrin istinaf ve temyize müracaat yolunun ilgası lehinde bulunuyor.

Dr. Schwinge, Suppression des voies de recours dans le procès pénal (journal 1937, s. 589) fiile ve hukuka (takdire ve hukuka) taallük eden keyfiyetlerin ayrılması esasına müstenit bulunan temyiz yoluna müracaata, liberal bir doktrinin ifadesi olmak bakımından muhalefet olunmuştur (Schäfer, contributions au droit de l'Allemagne nouvelle, ed. Fr. Vahlen, 1936). Binnetice, siyasi büronun kontrolü altında tek dereceli bir ceza mercii düşünülüyor. (Rilsk, juristische Wochenschrift, 1937, ss 2333 ve sonrakilere) fakat aksi manada olarak şuna bakınız:

Freisler, Grundsatzliches zur Strafverfahrenserneuerung, Das Kommande deutsche Strafverfahren, 1938 ss 37 ve sonrakilere.

(66) Das Kommande deutsche Strafverfahren, Bericht der amtlichen Strafprozesskommission, par le Dr. F. Gürtner, Berlin, 1938.

Müddeiumumiliğin salâhiyetleri de keza arttırılmıştır. Âmme davasını açmak tamamen onun inhisarındadır. Davayı harekete getirmek hakkı, hiç bir halde, zarara uğrayan şahsa ait değildir: Artık Privatkläger yoktur, bundan başka ceza mercileri ancak istisnai olarak hukuki taleplerin halline müdahale edebilecektir. Staatsanwalt hazırlık tahkikatının hâkimidir. Polis tarafından yardım olunan bu şahsı tevkife, lüzumlu olduğu müddetçe maznunu mevkuf olarak bulundurmağa salâhiyetlidir. Ancak tevkiften iki hafta sonra maznunun mahkeme reisine müracaat edebilmesi kaydı ihtirazisi mevcuttur.

Hükümlere karşı müracaat yollarına gelince, Amtsrichter ve Schöffengericht kararlarına karşı istinaf açıktır. Temyiz talebi — hattâ Str. G. B. nin 2 inci paragrafındaki halde (kıyasın tatbiki) Reichsgericht'in Strafsenaten'lerinden birine havale olunur. Artık Reichsgericht yapılan müracaattaki taleplerle bağlı değildir. Her hangi bir hukukî hata, ve hattâ ağır bir fiilî hata (takdir hatası) iptal ve iade hususunda ona imkân verir. Salâhiyetlerinin bu genişlemesini müracaatin tesmiyesindeki değişiklikle karakterize ediyor (Revision yerine Rechtsrüge), Strafsenaten'er arasında vukuu muhtemel ihtilâflar Grosser Senat'a icabı halinde halk mahkemesinin ve Reichsgericht'in Grossen Senaten'lerinin toplanmasından mürekkep meclise havale olunur. Bu suretle ceza kanununun tefsirindeki birlik tamamile temin olunur.

Projenin diğer bir yeniliği de müçtemi hâkimli kaza mercileri huzurundaki usule taallük ediyor. Kararlar reylerin ekseriyeti ile alınmaktan vazgeçiliyor. Bir seçim ancak istisnai ve ihtiyarî halde müdahale ediyor. Assesörler, meslekten yetişen hâkimler yahut Eşövenlerin ancak istişarî bir rolleri vardır. Celsenin nizamını teminle mükellef olan reise aynı surette ihtilâf halinde verilecek hal tarzının salâhiyet ve mesuliyeti de terettüp ediyor. Tahkikat sırasında müddeiumumi hâkim bulunduğu gibi mahkeme reisi de hüküm safhasının hâkimidir. Bundan böyle bütün Alman adli teşkilâtı Führerprinzip tarafından idare olunmaktadır (67).

H. Donnedieu de Vabres

Tercüme edenler: Ceza hukuku Doçenti Dr. Sulhi Dönmezer
Ceza hukuku Asistanı Naci Şensoy

(67) «Führerprinzip in der Strafrechtspflege» ve bunun tahrik eylediği münakaşalar için Oetker'in le journal de l'Académie de Droit Allemand'daki yazısına bakınız. 1935. s 670.