

TEKERRÜRÜN MAHİYETİ HAKKINDA BAŞLICA NAZARİYELER VE TATBİKATA TESİRLERİ

Dr. Sadık OKAY
Ceza Hukuku Asistanı

Özeti: I — *Giriş*; II — *Tekerrürü mutlak surette reddeden nazariye*: İlgâ nazariyesi: 1 — Nazariyenin istinat ettiği başlıca fikirler; 2 — İlgâ nazariyesinin karşılaştığı tenkidler; III — *Tekerrürü kabul eden nazariyeler* 1 — *Klâsik nazariye*; a — Carrara'nın «cezanın izafi kifayetsizliği nazariyesi, b — Bu nazariyenin muarrızları tarafından yöneltilen itiraz ve tenkitler; c — Crispigni'nin tekerrürü hakkındaki fikirleri; IV — *Neo-Klâsik nazariye*; a — İstinadiyetin ağırlığı nazariyesi; b — *Diğer neo-Klâsik nazariyeler*, c — Bu nazariyelerin tenkidi; V — *Positivist mektep taraftarlarının nazariyesi*; VI — *Bütün nazariyelerin tenkidi ve fikrimiz*; VII — *Nazariyelerin tatbikata tesirleri*.

I — *Giriş* — Tekerrür gerek ceza hukukunda gerekse sosyoloji, antropoloji ve kriminoloji de en önemli konulardan birini teşkil eder. Bu itibarla bu konuyu muhtelif cephelerden inceleyen eserler pek çoktur.

Kesin bir hükümle cezaya çarptıldıktan sonra yeni bir suç işlemeden dolayı yeni bir cezaya uğrayan kimsenin bulunduğu duruma tekerrür, bu duruma düşen kimseye de mükerrir denir. Muasır kanunlarda ufak bazı farklarla bu tarifi kabul ederler. (1) Tekerrür böylece yeni suçun ağırlatıcı bir sebebi değil, evvelden cezalandırılmış olan bir kimsenin cezasını ağırlatıran ve münhasıran onun şahsına bağlı bir haldir. Yeniden suç işlemeğe devam bazı hallerde suçlunun ilk cezasından islâhı nefs etmediğini suç işlemede inat ve ısrarını ahlâki bakımdan düşünülüşünün fazlalığını gösterir. Bu bakımdan umumiyetle kabul edilen fikre göre, mükerrirlerin ilk defa suç işleyenlerle bir tutulmamaları lâ-

(1) Yalnız kanunumuza göre tekerrür «bir suçtan mahkûm olan bir kimsenin cezasını tamamen çektikten veya ceza kanunî sebeplerden biri ile düştükten sonra muayyen bir müddet içinde diğer bir suç işlemiş olması halidir.» (Md. 81 F. 1) Türk Ceza Kanununun bu tarifinin ilmi kifayetsizliği hakkında «tekerrürün unsurları ve kanunumuz» adlı etüdümüzde etraflıca bahsedeceğiz.

zımdır. Modern kanunlarda mükerrirlere ilk suçluya nisbeten daha fazla ceza verilmesini amirdirler.

Doktrinde bilhassa üzerinde ehemmiyetle durulan ve çetin çarpışmalara yol açan bir mesele; son suç için verilecek ceza tekerrürden dolayı arttırılmalı mı veya arttırılmamalı mı; yoksa mükerrir suçlu hakkında başka bir tedbir mi ittihaz olunmalıdır? Buna dair birbirine zıt olarak derpiş edilen fikir ve mütalâaları iki esaslı gurupta tetkik etmek mümkündür. Bunlardan biri mutlak surette tekerrür müessesesini kabul etmeyen ve dolayısıyla kanunlarda yer almasını istemeyen «İlga nazariyesi» dir. Diğer tekerrürü kabul eden nazariyedir. Yalnız bu nazariye taraftarları tekerrürden dolayı cezanın arttırılmasında ittifak etmekle beraber onun mahiyet, esas ve arttırma sebebinde anlaşamazlar. Bu anlaşamamazlık bilhassa tekerrürü izah ve kanunlarda mevcudiyetini zaruri kılan müelliflerin ayrı mektep ve telâkkilere mensubiyetle herbirinin kendi görüş ve düşünüş zaviyelerinden izah etmelerinden ileri gelmektedir. Ezcümle klâsik mektebe mensup bazı müellifler tekerrürden dolayı cezanın arttırılmasını önce verilen cezanın «izafî kifayetsizliği» ve neo - klâsikler «isnadiyetin ağırlığı»; pozitivistler meseleyi «suçlunun tehlikeliliği» ile izah ve ifade ederler. Diğer bazı müelliflere göre (1) tekerrür failin herhangi bir vafından başka bir şey değildir. Suçlunun hususuyla tehlikeliliği mevzuu bahs olduğu takdirde onun hakkında kâfi derecede suçu önleyici tedbirlerin iddihas edilmediğini de gösterir.

Özet olarak tekerrür hakkındaki nazariyeleri şu plân dahilinde inceleyebiliriz: I — İlga nazariyesi, II — Tekerrürü kabul eden nazariye: 1 — Klâsik 2 — Neo - Klâsik 3 — Positivist.

II — *Tekerrürü mutlak surette reddeden nazariye*: İlga nazariyesi:

1 — Nazariyenin istinat ettiği başlıca fikirler: İlga nazariyesi müdafileri fikirlerini şu esaslara istinat ettirmektedirler: (2).

(1) Ezcümle Grispigni, Corso Di Miritto Penale, Padova, 1932, sh. 185. Diritto Penale Italiano, Milano, 1949, I. sh. 208.

(2) İlga nazariyesinin başlıca müdafileri olraak: Carmignani, (Teria delle leggi della sicurezza sociale, Pisa, 1832, I, III, f. 71); Orano, la recidiva nei reati, Roma, 1883; Porto, Sulla recidiva, in appunto al nuovo codice penale, torino, 1890, s. 212; mükerrir için cezanın her ne suretle olursa olsun arttırılmasını reddeden suça yeniden düşmede failin değil bilâkis cemiyetin kabahatli olduğunu müellif Andreotti, la recidiva, in enciclopedia giuridica italiana, milano, 1906, sh. 96; diğer bir ilgacı müellif Pagano, buna dair bk. manzini, la recidiva, sh. 414, n. 5 diğerleri için bk. Tuozzi, sh. 361 n. 3; Nazariyenin izahı için, bk. Erem, Türk Ceza Hukuku, sh. 483.

1° — Bir kimsenin son suçunun cezası daha önce işlediği suçundan dolayı arttırılacak olursa adalet kaidesi olan «ne bis in idem» kaidesi hetkedilmiş ve böylece ilk suça ikinci defa ceza verilmiş olur (3).

2° — Suçun bir mükerrir tarafından işlenmiş olması onun ne maddi ve manevi ve ne de siyasî zararını arttıramaz. Çünkü eğer ilk suç için kanunun koyduğu ceza suçu önleme bakımından kâfi idi ise yeniden suç işlenmemesi lâzım gelirdi. Eğer yeni suç işlenmiş ise evvelki suç için verilen cezanın kâfi gelmemesinden değil, suçlunun ceza görmeyeceği yolundaki hesabında yanlış olmasındandır. Eğer kanunun koyduğu ceza kâfi değilse kanun vazı bu suç için daha ağır bir ceza koymalıdır (4).

3° — İkinci suç için ceza tâyininde ilk suçun nazarı itibare alınması ceza hukuku sahasından dışarı çıkıp ahlâk sahasına girmek demek olur. Çünkü böylece cezalandırılacak şey suçlu iradenin müşahhas bir tezahürü değildir. Bilâkis bu suretle suçlunun vicdanına nüfuz edilmek istenmiş ve o yaptığından değil yapabileceği farzolanandan dolayı cezalandırılmıştır (5)..

4° — Tekerrür müteaddid sosyal sebepler meselâ ceza evleri teşkilâtının kötülüğü, adlî teşkilâtın iyi işlememesi, ekonomik, sosyal sebepler, ceza mevzuatında mevcut kusurlar gibi suçluyu yeniden suç işlemeye mecbur etmesi veya sevketmesi neticesinde tezahür edeceğine göre mükerririn cezasını tekerrürden dolayı arttırmak haksızdır. Kaldı ki, mükerrir suçuya daha fazla ceza vermekle cemiyet kendi kusurunu cezalandırmış, kendi hatalarının cezasını suçluya çektirmiş olacaktır (1).

5° — İlk suç ile son suç arasında hiç bir bağ mevcut değildir. Sadece bu iki suç arasında fikren bir bağ bulunabilir. Fikri bir bağ ise ilk suç

(3) Bu fikir ilk olarak Carnot (Commentaire de code penal, art. 56, n. 2, sh. 162 den naklen Puglia, la recidiva sh. 707) tarafından ortaya atılmıştır. İzahı için bk. Caiazzo, la recidiva..., sh. 26; Dell' Andro, la recidiva..., sh. 19.

(4) Carmifoani, C. I, III, f. XI; Caizzo sh. 27, n. 2; Tuozzi sk. 361, n. 2 bu fikir Ciulliani tarafından takip edilmiştir. (Istituzione di diritto criminale, f. 5) fakat müellif neticede eğer cezanın ağırlaştırılması adalet kadesini hetketmeksizin tatbik edilebilirse tekerrür nazariyesi tatbikatında tahdit edilmek icabeder. Bu fikrin izahı için bk. Puglia, sh. 708, n. 1

(5) Tissot'un fikri puglia, sh. 708. n. 2 den naklen.

(1) Bk. Orano, La recidiva nei reati, Roma, 1883, Kitab I, Kısım II ve III; Oranonun fikri ve tenkidi için Bk. Caiazzo sh. 27, Puglia sh. 708 n. 3.

mevcut olmadığına göre; sonraki suça verilecek ceza üzerinde hukuki bir tesir icra edememesi icab eder (2).

6° — Mükerrir için cezanın ağırlaştırılması haksız ve faydasızdır; Şöyleki tekerrürle mücadele etmek ve onu meydana getiren sebepleri araştırmak ve gerekli tedbirleri almak bakımından nazara alınacak olursa meselenin vahameti bir kat daha anlaşılmiş olur (3).

2 — İlga nazariyesinin karşılaştığı tenkidler: İlga nazariyesi teker-rürü cezayı ağırlaştırıcı bir durum olarak ele alan müellifler tarafından esaslı surette tenkidlere maruz kalmıştır. Tekerrürü kabul edenlerin fi-kir ve tenkidlerini şöyle izah edebiliriz:

1° — Tekerrürün bir şiddet sebebi olarak nazara alınması «ne bis in idem» kaidesine herhangi bir muhalefet teşkil etmez. Zira ilk suçludan daha fazla ceza verilmesi mükerririn evvelki suçunun tekrar nazarı iti-zare alınmış olmasından değildir. Bilâkis bunlar aynı şahsın yalnız gay-ri ahlâki oluşu değil aynı zamanda tehlikeli durumudur (4).

2° — Yeniden suç işlemeye devamdan bir kısım kusurun cemiyete ait olduğu tez ve iddiası da yersizdir. Zira cemiyetin kusuru hukuku ihlâl eden kimseler için mazaret sebebi olamaz (5).

3° — Carrara (16) cezayı çektikten veya ceza mahkûmiyetinden sonra yeniden suça düşmede vak'aların büyük bir kısmında ceza ve müdafaa olarak alelâde cezanın kâfi gelmediğini ne ceza ve ne de müdafaa gibi mükerririn istisnai olarak gayri hissi tabiatına karşı gösterdiğini söy-ler (6).

(2) Buccelati, parag. 436 (Dell Andro sh. 19. n. 1 den) naklen.

(3) Buccelati a. g. e. de önceden Carrara nazariyesini kabul ediyordu. Fakat bilahare İlga nazariyesi taraftarları arasında yer aldı. Brusa, Studi sulla recidiva, başlık I; Brusa; qucle serabhe il mezzodiya sombattara la recidiva, Relations al congresse di storolma Riv. dis. care. 1876. Sh. 224, 263. Fakat bu etüdüde Brusa itiyadi ve suçu meslek itibar eğer suçluda bilâkis ahlâki kuvveti kötü bir derece vasf ve karakter iktisab ettiğini söylüyor. Bu itibarla müellif ilga nazariyesini tam manasiyle benimsemiş telâkki edilemez.

(4) Rossi, Trattato di dritto penale, kitap 3, Kısım IV, aksi fikirde Carnot. Com. sur le code penal, md. 56, no 2 (noovo archivio del dritto criminale cilt 5, sh. 481. Bunun için Bk. Tuozzi, sh. 362. Impalomeni de aynı fikri müdafaa eder. (Concorso reale e formale dei reati, Riv. pen sh. 103.

(5) Impallomeni, la recidiva escondo il codice penale italiano, Riv. pen, II, sh. 262,

(6) Carrara, Programma..., umumî kısım, cilt 2 parag. 972.

(7) Bk. Caiazzo, sh. 28 ve Puglia, sh. 709.

4° — Suç işlemekte devam gayri ahlâkî ve vahim bir faktördür. Zira suçu tekrarlamada genel emniyet itimadı azalıyor ve yeni işlenen suçun son olmayacağına dair de bir fikir veriyor (8).

5° — Mükerrir için cezayı arttırmakla hukuk sahasından dışarı çıkmış olmaz. Zira arttırmada suçlular hakları arasında müsavat tesis etmek lâzımdır. Onların terbiyeleri ve meydana çıkması güç olan sebepler yüzünden hukuken himaye edilmeleri cemiyete düşmez. Mükerrirlik sebebi ile ilk cezaya yapılan ilâve hakikî bir ağırlaştırma değil bilâkis kanun önünde suçluların şahsî hallerinin bir müsavatıdır (1).

6° — Suçun tekrarsında belki sosyal muhit ve teşekkülün kaba-hati büyük rol oynayabilir fakat bu mutlak surette cemiyete atfedilemez. Sü-kûnu ihlâl etmesi bakımından mesele daha vahimdir (2).

İlga Nazariyecilerinin müdafaalarında fikri ayrılıkların mevcut olduğu ve indi esaslara dayandıklarını söylemek belki de yersiz olur. Zira bu düşünceler pek azı bir tarafa bırakılırsa arid değildir. İlk defa suç işlemiş kimselerle bir defa mahkûm olduktan sonra ikinci bir suç işleyen kimseler aynı ayarda tutulamazlar. Mükerreren suç işlemekle bir kimse eğer cezasını çekmişse evvelki cezadan mütenebbih olmadığını göstermiş ve ahlâkî bakımdan zayıflığını meydana koymuştur. Bu itibarla kendisini ilk defa olarak suç işleyenden farklı bir muameleye tabi tutmak cemiyetin menfaati iktizasındandır. Kanunvazı tekerrür hakkındaki hükümleri zavederken sosyal ve siyasî nizamın devam etmesini ister. Bu itibarla tekerrürü cezayı ağırlatıcı bir durum olarak mülâhaza ve mütalâa eder.

III. Tekerrürü kabul eden nazariyeler: İlga nazariyesi karşısında tekerrürü ağırlatıcı bir hal olarak mülâhaz eden diğer nazariyeler var-

(8) Carrara, Parag. 972. Bu fikir bilahare Manzini (La recidiva nella sociologia, nella legislazione e nella scienza del diritto penale 1399 sh. 418) tarafından takip edilmiştir.

(1) Publia, sh. 710.

(2) Impallomeni, La recidiva secondo il codice penale italiano, Riv. Pen. II, No. 10, sh. 225; İstitozioni di diritto penale 1921, sh. 157; Puglia a. g. e.; Caiazzo sh. 30, N. 8. Yukarıdaki notlarda sözü geçen müelliflerden başka ilga nazariyesinin tenkidi için Bk. Mossa, Sui delinquenti recidivi, 1896, K. VI. Erem Türk Ceza Hukuku sh. 483 ve müt.; Pozzolini, stituzicne di diritto penale, I, sh. 279, Matteotti, I a recidive, sb. 283. ve müt.; Dell'Andro, La recidiva, sh. 18 ve müt.

dır. Bu nazariye müdafileri (3) tekerrürden dolayı cezanın arttırılmasında hemfikirdirler. Fakat fikir mahiye ve neticeye varış bakımından ayrılırlar. Hattâ birbirlerine zid hukuki düşünüşlere sahiptirler. Biz tekerrürü kabul eden nazaryeleri şu tasnif altında inceleyebiliriz:

1 — *Klâsik nazariye:*

a — Carraranın «Cezanın izafi kifayetsizliği nazariyesi»: Bu nazariyeyi Carrara ortaya ttığı için onun ismine izafeten «Carrara nazariyesi» de denir (4). Carrara tekerrürden dolayı cezanın ağırlaştırılmasını kabul ederken cezanın izafi kifayetsizliği üzerinde durur ve iki faraziye-den hareket eder: 1. Tekerrür yeni suçun miktarını arttırmaz, 2. Normal olarak ilk suçluya kâfi gelen ceza mükerrir için kifayetsizdir.

Carraraya göre ceza iki sebepten dolayı ağırlaştırılmalıdır. 1. Cezanın meğe kâfi gelmediği sabit oluyor. O halde cezanın objektif manevi kudretinin kifayetsizliği (1). Tekrar suç işleyen bir kimsede cezanın objektif, fizik kudretinin izafi bir kifayetsizlik arzettiğini gösterdiğinden mükerrire aynı cezayı vermek faydasızdır. Suçun cezasını bu itibarla herkes için arttırmak mevzuubahs olamaz. Umumiyetle ilk suçlu için yeten ceza mükerrirde mevcut hissizlik yüzünden kâfi gelmemektedir. Tekerrür hâdisesi cezada genel bir kusurun mevcudiyetini değil o suçlu ile ceza arasında özel bir kifayetsizliğin mevcudiyetini gösterir. (2). Cezanın gayesi suçla bozulmuş olan güven fikrinin yeniden teessüsü olduğuna göre tekrar suç işlendiği takdirde cezanın suçluyu suçtan döndürmeğe kâfi gelmediği sabit oluyor. O halde cezanın objektif manevi kudretinde bir kâfiyetsizlik vardır.

(3) Carrara, Programma..., umumi kısım. Parag. 737; stato della dottrina sulla recidiva, opuscoli II; Impallomeni, La recidiva Secondo il nuovo codice penale italiano, Riv. Pen, XXX, sh. 229 ve devam; Manzini La recidiva..., ve diğerleri; Nicolini, Questioni di diritto, Napoli 1888, II, sh. 601 ve devamı; Canonico, del reato e della pena ah, 601 ve devamı; Nypels, de delictis recidivis, 1828, sh. 14; Vismara, La recidiva 1929 III; Conti La recidiva el il progetto zanardelli, ah, 93; hattâ bazı hususlarda Bk. Gris pigni, Corso di diritto penale, padova, 1933, ah. 165.

(4) Carrara teorisinin izahı için Bk. Programma parte generale, II parag. 736; Stato delladottrina sulla recidiva opusculo, II; Caiazzo, sh. 31, Puglia sh. 709; Erem sh.484 ve devamı. Taner, sh. 341.

(1) İzahı için Bk. Erem sh. 485.

(2) Carrara, Porogramma, II, parag. 736, opuscoli, II, sh. 127. Aynı mahiyette Tuozzi sh. 365, Nicolini, Questioni de Dritto, 1888, I, sh. 551; Nypels'in fikri için Bk. Caiazzo sh. 33. Cononico del rasto e della pena, sh. 338.

Suçun işlenmesiyle endişeye düşmüş iyi kimselerin teskin ve suç işleyen kötü kimselerin tekrar cezadan korkmalarını temin edilmesi lâzımdır. Fakat hakkındaki cezanın kifayetsizliğini yeniden ceza verilmekle iktifa edilirse bu gaye elde edilemez. Cezanın tekerrürden dolayı arttırılması bir karineye değil müsbet bir hâdiseye dayanmaktadır. Bu müsbet hâdise mükerririn önceki cezaya karşı hissizliğidir. Bu mütealaya dayanarak ilk suçların dahi cezasının arttırılması lâzımgeleneği iddia edilemez; çünkü bir tehditten ve başkalarının cez görmüş olmasından mütevellit korku ile bizzat çekilmiş cezanın acısı aynı şey değildir. Bir tehdidi küçümsemekle çekilmiş bir acıyı küçümsemek arasında fark mevcuttur (3).

Hülâsa bu nazariyeye göre cezanın gayelerinden biri de suçlunun ıslahıdır. İlk suça verilen cezanın ıslaha kâfi gelmediği suçlunun yeni bir suç işlemesi ile sabit olmuştur ve kendisine daha ağır bir cezanın verilmesi lâzımdır. Bu fikre göre ilk cezanın kâfi gelip gelmediği infaz edilmiş olmasıyla anlaşılabileninden tekerrürde eski cezanın çekilmiş olması lâzımdır (4).

b. Bu nazariyenin muarızları tarafından yöneltilen itiraz ve tenkidler:

Cezanın izafi kifayetsizliği nazariyesi de bir hayli tenkide maruz kalmıştır. Cezacılar arasında cezanın tekerrürden dolayı dolay arttırılmasını isteyenler bilhassa isnadiyetin ağırlığı nazariyesi taraftarları tenkid edenlerin başında gelirler, şöyle ki:

1° — Tekerrür müessesesi tarifi imkânsız ve mücerred bir prensibe yani suçluda cezaya karşı hissizliğin mevcudiyetine istinad etmez (5).

2° — Tekerrürün mükerrir suçluda diğer suçlulara nazaran kanun vazı tarafından tesbit edilen cezaya karşı ilgisizliğin mevcudiyetini gösterdiği iddiası da imkân haricidir (6).

3° — Tekerrürün sebepleri hakkındaki modern etüd'ler ile cezanın kifayetsizliği karinesini takviye etmemiştir. Bu etüdler tekerrürün sebeplerinin bilhassa sosyal sebepler olduğunu göstermiştir. Netice olarak cezaya

(3) Erem, sh. 485.

(4) Buna dair fikir ve tenkidlerimizi tekerrürün unsurları ve kanunumuz adlı etüdümdüde belirteceğiz.

(5) Conti, la recidiva ed il progetto zanerdelli sh. 96; Impallomeni, II codice penale durstrato, sh. 225; Manzini, La recidiva sh. 438; Erem; sh. 466.

(6) Publia sh. 732.

lağış fe'kaâde hassas olan bir kimse dahi tekerrüre sebep olan hâdiseleri yenecek ve onlara karşı koyacak durumda değilse suç işleyebilir (1).

4° — Cezanın kifayetsizliği nazariyesinde önceki cezayı çektikten sonra yeni bir suça dümede tekerrürün mahiyetini tahdit edeceği karines ne dayanırki bu husus hukuk prensibi ve hukuki düzenin himaye sakası dğında kalıp ona zittir. (2).

5° — Suçunun silâhı bir imkân değil, kanun vazınının bir ürididir. Hakiki bir hâdise değildir, nede bir hak prensibidir (3).

6° — Cezanın kifayetsizliği nazariyesi yetecek ceza verilirse yeniden suç işlenmeyeceği id'asını ihtiva ettiğine göre, mükerrirler hakkında cezanın evvelden tayini imkânsız halde olacaktır. Çünkü bütün mükerrirler hakkında her birinin hususiyetine göre yetecek cezanın tayini imkânsız bir şeydir (4).

Eğer cezanın islahâ kâfi gelmediği fikrine istinat edilecek olursa tekerrür hükümlerinin tatbikini evvelki suçun cezasının tamamen veya mühm bir kısmının çektirilmiş olması şartına bağlamak lâzımdır. Böyle bir durum ise cezanın infazına gelenle bundan kaçan suçlu arasında ve bu sonuncu lehine bir fark ihdas eder ve islah için konulduğu ceza evinde suç işleyene tekerrür hükümlerinin değil içtima hükümlerinin tatbikine me'dan verir. Nazarî cepheden de bu düşünce tarzı kuvvetli bir esasa istinat etmemektedir. Tekerrürde cezanın arttırılması sebebinin eski cezanın kâfi gelmemesi olduğu neticesine varabilmek için önce yetecek veya verildiği takdirde bir insanın ikinci suç işlemeyeceği yolundaki bir ka'denin isbatı lâzımdır. Böyle bir kaide mümkün olmadığı gibi halen bunun aksi tahakkuk etmiştir. Bugün tekerrür hâdisesine sosyal bir hâdise gözüyle bakılmaktadır. Tekerrürün sosyal sebepleri kaldırılmadıkça eski mahkûmiyete ne ceza verilirse verilsin netice aynı olur. İlk mahkûmiyetin cezasının ağırlığını tamamiyle hissetmiş bir kimse buna rağmen sosyal unsurların tesiri altında yeniden suç işleyebilir (5).

Carrara nazariyesine karşı yöneltilen bütün bu zıt mütalâa ve tenkitlerle tekerrüre ağırlatıcı bir hal vasfını göstermek için daha ilerde göreceğimiz diğ'er bir esas aranıldı.

(1) Mancini, sh. 439.

(2) Civali, Manuale di diritto penale, Milano, 1901, sh. 520

(3) Puglia, sh. 733

(4) Puglia, sh. 732; Erem, sh. 488

(5) Aynı mahiyette Florian, sh. 732, Erem, sh. 192 bk. Tekerrür hakkındaki kanun hükümlerinin tetkiki, Hk. Fk. Derg. 1945.

c — Grispigni'nin tekerrür hakkındaki fikirleri: (1) Cezanın kifayetsizliği fikrini kabul eden Bu müellife göre; gerek ceza hukuku ve gerekse diğer onunla ilgili sawalarda işlenen memnu fiiller yürürlükteki mevzuatın kifayetsizliğinden ileri gelmektedir. Eğer hakikaten yürürlükteki mevzuat muayyen bir cemiyetin bütün hususî ve umumî şartlarına uygunsa suçların meydana gelmemesi icap eder. Suçların tahaddüsü bilâkis ceza tehdidinin, suçlu fiile karşı tesir icra edebilecek bir şekilde işlemediğini gösterir. Hele mükerrirler mevzuubahs oldukta,, evvelce yargıç tarafından tatbik edilen cezaî müeyyide veya infaz şeklindeki herhangi bir kusurun mevcudiyetile bunların muhit ve cemiyet hayatına kâfi derecede ıslahı nefis ederek iade edilemediklerini gösterir. Bundan maada suçlu fiillerin işlenmesini önlemesi icap eden emniyet polisi organlarının ademi kifayeti veya iyi organize edilmemesi suçların tahaddüsüne sebep olur. Diğer taraftan sosyal ve şahsî sebepler de nazara alınmak icap eder. Yeniden suç işlemede suçu önleyici mevzuatın (meselâ ancımal ve eblehleri terbiye ve yetiştirme, yoldan çıkmış küçükler için yeniden ıslah yerlerine, akıl hastanelerine ve umumun istifade veya yardımına matuf kurullar gibi) kifayetsizliği veya iyi işlememesi de büyük rol oynar. Aynı zamanda ailede ve mektepte terbiyenin yetersizliği ve teşirsizliği, umumî ahlâk ve adâbın zayıflığı, zenginlik tevziindeki nisbetsizlikler, işsizlik halinin bunlarla iştiraki ve hakikaten bazı defa sivil adalet idaresinin doğru ve âdilâne işlememesi de gözönünde tutulmak icap eder.

Biz hakikaten tekerrürün sebepleri bakımından sayın hocamızın fikrile hemfikiriz. Meselâ birçok suçların sosyal teşekkülün bir kusurile münasebette olduğunu kabul etmek icap eder.

IV — Neo - klâsik nazariye:

a — İsnadiyetin ağırlığı nazariyesi: (2) Bu nazariye İmpallomeni (3) tarafından ortaya atılmıştır. İmpallomeni'yi diğer bazı müellifler

(1) Grispigni sh. 185.

(2) İsnadiyet bir ceza kaidesinin ihlâlinde müessir sebep sayılabilmesi için ceza ehliyetine sahip bir kimsenin haiz olması gereken kanunun vazettiği fiziki ve ruhi şartların topluluğudur. Bu tarif için Bk. Manzini, I, n. 239; Erem, sh 486

(3) La recidiva secondo il nuovo codice penale Italiano, Riv. Pen., n. XXX, sh. 229 ve müteakip.

(4) takip etmişlerdir. Bunlar Impallomeni'nin fikirlerini tenkit ederek mensup oldukları muayyen görüş ve fikir noktasından hareketle nazari müzakaşalarda bulunmuşlardır. Tekerrür hâdisesinin cezayı değil isnadiyeti ağırlaştırıcı bir sebep sayan bu nazariye taraftarlarının ileri sürdükları laşhca mütalâaları şöylece hülâsa edebiliriz:

1° — Isnadiyet yalnız suçun tabii ağırlığı ile değil siyasî ağırlığı ile de mütenasip olmalıdır. Suçlunun bazı sıfatları meselâ mükerrir olması suçun siyasî zararını arttırır ki, bu suçtan doğan sosyal bir endişedir. Tekerrürün isnadiyeti ağırlaştırıcı bir sebep haline gelmesi lâzımdır. (1).

2° — Bir ceza mahkûmiyetine uğradıktan sonra tekrar suç işlenmesi suçlunun kanunu ve yargıcı küçümseydiğini gösterir. Bu itibarla suçun tekrarı ile husule gelen sosyal zarar birinci suç ile husule gelenden daha ağırdır. Binacnaleyh bu suçlunun cezai mes'uliyetini ağırlaştırıcı bir durumdur (2).

3° — Tekerrür mükerririn ahlâk düşüklüğünün fazlalığını fevkalâde bir tehlikelilik halinin mevcudiyetini gösterir (3).

b — Diğer Neo - klâsik nazariyeler:

Isnadiyetin ağırlığı nazariyesi taraftarlarının hemen hepsi aynı mü'alâyayı ileri sürmemekle beraber neticede yani cezanın arttırılmasında hemfikirdirler. Meselâ bir kısmı hâdiseyi «sosyal endişe» (4) ile izah ederler. Tekerrür isnadiyeti ağırlaştırıcı bir durumdur. Zira isnadiyet yalnız suçun tabii ağırlığı ile değil siyasî ağırlığı ile de mütenasip olmalıdır. Suçlunun şahsî vasıfları, suçtan mütevellit sosyal endişeyi arttırdığına göre suçun siyasî ağırlığı da artmış olacaktır. Suçun bir mükerrir tarafından işlenmiş olması maddî bir vakiadır ve suçun bu se-

(4) Yenidoktrinde müellifler tekerrürü isnadiyeti ağırlatıcı bir durum olarak mülahaza ederler. Her biri bu fikri tesis için kendisine has bir formül bularak izah eder. Fakat esaslı olarak müştereken bir fikri kabul edenler arasında: Vannini, 11 codice penale illustrato del Conti, c. I, sh. 410; Santoro, teorie delle circostanze del reato, sh. 171; Saltelli - Romane di Faleo, commento teorico - pratico del nuovo codice penale c. II, sh. 70; De Marsico, sh. 222; Caiazzo, sh. 43; hattâ Puglia (sh. 735) tekerrürü isnadiyeti ağırlatıcı hal olarak mülahaza ediyor.

(1) Puglia, sh. 733; Masucci, sh. 305

(2) Impallomeni, sh. 286.

(3) Rccsi, sh. 257; Alimena, sh. 349

(4) Mefhum hakkında: Carrara II, sh. 738; Ferri, Principi di diritto criminale, n. 2, Puglia, sh. 733; Caiazzo, sh. 35; Erem, ceza hukuku, sh. 488

kepten dolayı siyasi ağırlığı artmış olur. Netice olarak isnadiyeti de arttıran bir sebeptir (5).

Diğer bir nazariye taraftarı Manzini'nin «Genel güven hakkı» nazariyesine göre (1) tekerrür suçun manevî kuvvetini arttırır. Çünkü isnadiyet artar ve bunun neticesinde suçun hukukî mesuliyetinin doğumuna sebep olur. Suçun manevî kuvveti tekerrür ile artar. Zira suçun tekrarı emniyet ve müşterek yaşama genel hakkının sadece kendiliğinden ihlâlidir.

c — Bu nazariyelerin tenkidi:

1° — Isnadiyetin ağırlığı nazariyesine karşı bilhassa ilk cezanın kifayetsizliğini ileri süren sebebe binaen yeni suç için cezanın arttırılması isteyen taraftarları bilhassa Carrara'ya göre isnadiyeti arttırmadan bahsetmek büyük hatadır. Zira ağırlığı yeni bir suça atfetmek manasına gediği mülâhaza edilmelidir (2).

2° — Isnadiyeti arttırmak suçun ağırlığını arttırmak demek olur. Evvelce işlenmiş suçlar halen işlenmiş olan suçların ağırlığını arttırmaz. İnsanın kötülüğü değil fiilin kötülüğü cezalandırılmalıdır.

3° — Tekerrür isnadiyeti ağırlaştırıcı bir sebep sayılacak olursa ilga nazariyesi taraftarı haklı gözükceklerdir. Onlarca suçlu ilk suçundan dolayı cemiyete borcunu ödemediğine göre her ne sebeple olursa olsun tekerrürden dolayı ceza arttırılmaz. Eğer arttırılacak olursa bir kimse aynı hatasından dolayı iki defa mesul tutulacaktır. Tekerrürün sebebi evvelki cezanın kifayetsizliği olduğu kabul edilirse bu itirazların doğru olmadığı meydana çıkar.

(5) Zıt fikir için Carrara, (Programma, par. 738, n. 1) cezanın objektif manevî kudretinin kifayetsizliğini suçun işlenmiş olmasıyla endişeye düşmüş iyi kimselerin sükûna kavuşmaları, suçun işlenmiş olmasından cesaret alan kötü kimselerin tekrar cezadan korkmalarının temini lâzımdır. Şeklinde mülâhaza eder, cemiyet içinde suçtan dolayı bir endişenin mevcudiyetini Carrara tekerrürü cezayı artırıcı bir sebep sayan nazariyesini esas tutar. Impallomeni'nin bu nazariyeyi sağlam esaslara dayanmadığının dair tenkidi ve reddi hakkında bk. sh. 283 ve 296; İstituzioni, kısım 5, par. 5; Bu müellif Carrara'nın fikrini kabul etmez. Ona göre sosyal endişe suçun hukuk düzeninde husule getirdiği ihlâli temsil edemez. Emniyet arzermeyen bu mefhum hukuk düzeninin ihlâlinde ölçü sayılamaz. Manzini de bu fikre itiraz eder. bk. sh. 535.

(1) Op. cit. sh. 228, bk. Calazzo, sh. 38; tenkit için Puglia, sh. 75.

(2) Opuscoli, II, sh. 129 ve d.

V — Pozitivist mektep taraftarlarının nazariyesi:

Pozitivist mektebe göre klâsik ve neo - klâsik mektep taraftarlarının mütalâa ve tenkitlerinin hiç birisi doğru ve yerinde değildir. Bu mektebe mensup müelliflerin ekserisine (3) göre:

1° — Tekerrür kendi kendine cezayı ağırlatıcı bir durum değildir. Çünkü müteharrik suçlunun ruhan büyük bir ah'âkî düşüklüğünün veya onun kötülüğe karşı daimî temayülünün devamı değildir. Aynı zamanda tekerrür mücerreden hukukî bir bütün de değildir. Bu itibarla tekerrür 'âdisesi suçluda tetkik edilmek icap eder. Suçluda tehlikelik ve kesir bir intisosyallik halinin mevcudiyetine delâlet edip etmediği de araştırılmalıdır (4).

2° — Tekerrürde son suçun cezasının bazı hallerde ağırlştırılması doğru değildir. Zira suçun tekrar işlenmiş olması ya failin esasen usulanması imkânsız olan şahıslardan olduğunu anlatır. Veyahutta ilk suçtan dolayı hakkında alınıp tatbik edilmiş olan tedbirin uygun ve iyi seçilmiş bir tedbir olmadığı için fail üzerinde bir tesir icra etmemiş olduğunu gösterir. Bu sebepten dolayı tekerrürde son suçun cezasını ağırlştırmak değil, belki de meydana çıkan tehlikeli şahıs hakkında evvelce tatbik edilmiş olan tedbirin rev'ini değiştirmek ve kendisini zararsız bir hale sokmak ve bu mevzuda bilhassa mükerrirler için müddetsiz hüküm usulünün tatbiki isabetli olur (1).

3° — Tekerrür ceza miktarı ile ilgili değildir. O sadece suçluluk derecesiyle ilgili bir haldir. Mükerririn cezası eskiden verilen cezanın az geldiğinden değil daha tehlikeli bir suçlu olduğundandır. Bu itibarla ilk cezanın infaz edilip edilmediğinin hiç bir ehemmiyeti yoktur (2).

4° — Tekerrürün bazı hallerde suça itiyadın bir delili olduğuna şüphe yoktur. Fakat yine bazı hallerde tekerrür tehlikelik (3) ve antisosyallığın mevcudiyetini göstermez (4).

(3) Ferri, Sociologia criminale, II, sh. 300; Garofalo, Criminologia, sh. 335 ve d. 365 - 373; Garofalo ve Carelli, dei recidivi, in trattato Cogliolo, III, sh. 903 ve d.; Florian, sh. 936 ve d.; Puglia, ks. I, fasıl III ve ks. III, Matteotti, ia recidiva ks. II, fası V; Pozzolini, sh. 280, n. 154, Erem, ceza hukuku, sh. 487.

(4) Florian, sh. 986.

(1) Bu hususun izahı için bk. Taner, ceza hukuku, sh. 482.

(2) Erem, tekerrür hakkındaki kanun hükümlerinin tetkiki, sh. 192.

(3) Tehlikeliklik halinin tayininde suçun ağırlığı yegâne unsur sayılamaz. Ağır olmayan suçlarda da itiyat olabilir. Garofalo, sh. 366.

(4) Erem, sh. 492; Florian, sh. 987.

5° — Tekerrür suçlunun karakterinin bir tezahürü olarak tetkik edilmeli ve suçlunun karakteri hakkında bir araştırma yapılmazsa o az bir mana ifade eder. Suçlunun tehlikeliliği sabit olduğu hallerde ağır bir müeyyideye tabi tutulması ne kadar doğru ise bunun sabit olmadığı hallerde sadece mükerrir olmasına bakılarak böyle bir müeyyideye tabi tutulması da o kadar keyfi bir harekettir (5).

6° — Tekerrür mutlak ve genel bir müessesese olmamalıdır. Tedip vasıtası suçlunun tehlikeliliği ile müterasip olmalıdır (6). Tekerrürden dolayı cezayı arttırmanın mecburiyeti bu nisbeti bozabilir. Bu itibarla tekerrür daima cezayı arttıran bir hal olmamalıdır. Arttırma ihtiyarı olmalı ve yargıcın takdirine bırakılmalıdır (7).

Görülüyor ki, pozitivistler arasında bile bazı görüş ayrılıkları mevcuttur.

VI — *Bütün nazariyelerin tenkidi ve fikrimiz:*

Buraya kadar tekerrürün leh ve aleyhinde derpiş edilen mütalâa ve tenkidleri ana hatlarıyla hülâsa etmiş bulunuyoruz. Bu nazariyelerin ilmi kıymetinin değersizliğini iddia etmek yersizdir. Ancak her biri hareket noktaları ve vardıkları neticelerin ayrı olmasına rağmen tekerrürün vasıflarını ortaya koymuşlardır. «Carrara nazariyesi» sadece cezaya bakıyordu. «İsnadiyeti ağırlaştırıcı» nazariye ise suça ehemmiyet veriyordu. Halkuki yalnız bir cepheden hareket tekerrür müessesesini izah edemez. Bu itibarla hepsini bir arada tetkik etmeli ve bilhassa suçlunun şahsiyetine büyük bir önem atfetmelidir. Böyle düşünüldüğü takdirde ancak tekerrür müessesesi müdafaa edilebilir. İlga nazariyesi bugün için müdaraası imkânsız bir haldedir. Zira cemiyetin pek çok çeşitli olaylar mülahaza edilmeksizin ortaya atılmıştır. Hakikaten pek istisnaî hal'erde mükerrir cezasını arttırmağı hak etmez, bu düşünüş mantıktır. Fakat bu tekerrür müessesesinin ihtiyacını tanımamak için kâfi sebep değildir. Zannımızca tekerrür hâdisesini muhtelif cephelerden ve onun âmillerini gözönünde tutarak tetkik etmek gerekir. Bu itibarla tekerrürün hukuki müessesesinin tesisini fail için suç fenomeni teşkil eden suçlu antropolojisi, sosyolojisi ve ceza hukuku ve ceza siyaseti bakımından ayrı ilim dallarıyla olan münaseketlerini tetkik etmek lâzımdır. O halde her şey-

(5) Erem. bk, 492; Florian, II, sh. 989

(6) Garafalo, sh. 365 ve d.

(7) Garafalo, Op. cit.

den evvel mükerririn şahsiyeti tetkik edilmelidir. Bu tetkik onun suça düşüşündeki sebepleri de ihtiva etmelidir. Böylece o kimse hakkında az veya daha fazla tehlikeli olduğu hükmüne vasıl olmak mümkündür. Eğer cezanın arttırılması iktiza ediyorsa hâkim takdir hakkını kullanarak cezayı tayin eder. Yani cezanın arttırılması önceden apriori olarak tesbit edilmemeli bu iş yargıca bırakılmalı, yargıç her hâdiseye göre artışı takdiren tayin etmelidir. Zira suçluyu en iyi tanıyan ve onun ıslâhı zımında tatbik edilecek cezayı tayinde her şeyi nazarı itibara alarak olan kimse odur. O, suçlunun ıslahı için kâfi gelecek cezayı her türlü esası gözönünde tutarak tayin eder. Sebepleri bakımından düşünülecek olursa bu görüş daha kuvvetle kabili müdafaadır. Tekerrürün, umumî surette suçların işlenmesinde müessir olan şahsî antropolojik bünyevî veya içtimâî (cehalet, sefalet, alkol, meslekî teşevvüşler, ailenin herhangi bir sebeple yıkılması, çocukları evi terki veya suç işlemeğe teşvik gibi) âmillerden başka bir suç işlemesini müteakip o kimsenin yeniden suç işlemeğe sevkeden özel sebepleri (mahkûmun cezasını çektikten sonra serbest bırakılması halinde ahlâkî ve içtimâî temayüllerine bir engel teşkil eden muhitin intibak edememesi, intibakında müşkülâta uğraması veya hiç bir yerden gerekli yardım görememesi iş edinmek hususundaki teşebbüslerinin akim kalması gibi) vardır. Tekerrürü âdeta kaçınılmaz bir hale getiren bu sebepler mahkûm olan kimsenin şahsından ziyade içtimâî şartlardan doğar. Bu itibarla yargıç bütün bu hususları en ince teferruatına kadar tetkik ettiğine göre cezanın tayininde de daha isabetli hareket edilmiş olur. Şüphesiz tekerrürle mücadele onun mikdarını azaltır. Bu da kanun vazına ve cemiyete düşen bir iştir. Meselâ mahkûmları himaye ve onları her bakımdan aydınlatan hayır müesseselerinin teşkili memnu hakların iadesi şart ve şekillerini basitleştirilmesi ve tesirlerinin şumullendirilmesi, adlî sicillerin zararlı neticelerinin azaltılacak surette ıslahı - bilhassa memleketimizde - gibi haller, mahkûmların kötü temayülleri ile alâkalı olan cezanın çektirilmesi rejimî, hapisanenin onları bozucu tesirleri ve kısa müddetli cezalar âdeta tehlikeli bir teşvik mahiyetini iktisap ederek ekseriya tesadüfi suçlunun bu suretle daha hapisaneye ilk defa girişi esnasında itibarı suçu haline gelmesine (1) ve cezaevlerinde mahkûmların bir arada bulundurulması kısa cezalı mahkûmlar üzerinde tamamiyle zıd neticeler vermesi gibi yine içtimâî mahiyette olan bu sebepler hapisane rejiminin ve ceza sisteminin fenalığı ile alâkalıdır ki, bu halleri ıslâh ve

(1) Aynı mahiyette bk. Vidal - Magnol, ceza hukuku, Devrin tercümesi sh. 313.

onlarla mücadele etmek kanun vazısına düşer. Bazı mahkûmların suç işlemekte sebat ve ısrar etmeleri bunu geçim vasıtası olan bir meslek haline kadar getirmiştir. Tekerrür hali suçlunun tehlikeli vaziyetine delalet ettiği için hakkında uzun müddetli cezalar ve emniyet tedbirleri ittihazı lâzımdır. Nitekim bu gayeye matut olmak üzere Ferri projesi mükerrirler hakkında çok ağır hükümler vaz etmekte idi. (1).

VII. *Nazariyelerin Tatbikata Tesiri*: Tekerrür hemen bütün ceza kanunları tarafından cezayı ağırlatıcı bir hal olarak kabul edilmiştir. Ve önceden bir suç için mahkûmiyeti olan bir kimse tarafından suçun tekrârında ceza muayyen bir nisbette arttırılır. Bu arttırma şekil ve nisbeti ceza kanunlarında ayrıdır. Hertangi bir ceza kanununun hangi prensipleri ihtiva ettiğini tesbit etmek: 1. Ceza hukuku tarihinde bir dönüm ve mukayese yapmak ve 2. Kanunun tefsirinde bizi aydınlatıcı bir rehber olması bakımından çok mühimdir. Bu itibarla biz muasır ceza kanunlarından (mehazımızı teşkil etmesi bakımından) İtalyan, ve Türk ceza kanunlarının sistemini kısaca tebarüz ettirmek istiyoruz.

İtalyan Ceza Kanunu : 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun tekerrüre ait hükümleri pozitivist mekteb ve kanun tasarısını hazırlayan Roccunun mensup olduğu Hukuk Metodolojisi mektebi fikrinden mühlhemdir. Mer'i İtalyan ceza kanunu tekerrür hükümlerini pek az bir değişiklikle Ferri projesinden istihrac etmiştir (2). Bu kanuna göre, suçlunun şahsiyeti her şeyden önce gelir. Yargıç takdir hakkını kullanmak suretiyle mükerrir hakkındaki cezanın arttırma nisbetini tayin eder. Kanun müddetsiz tekerrür sistemini kabul etmiştir. Kabahatle cürüm, cürümle taksirli suçlar da onlarla siyasi ve askerî suçlar arasında tekerrürün mevcut olup olmadığını yargıç takdir eder (3).

Türk Ceza Kanunu: 1926 tarihli Türk Ceza Kanununun prensibi için Mehaz kanuna bakmak icabeder. Kanunumuzun mehazını teşkil eden Zanardelli kanunu gerekçesinde tekerrür hakkında hangi mektebin pren-

(1) Bk. Progetto preliminare al codice penale italiano per idelitti, re lazione, sh. 56; Ferri, Principii di diritto crminale, sh. 668.

(2) Progetto; madde. 24. İtalyan ceza kanunu madde 99, 100.

(3) Madde 99.

siplerini benimsediğini açıkca göstermemesine rağmen dolayısıyla hakkında suçun politik unsurunu ağırlaştırmak ve şahsın kötü durumunu göz önüne almakla isnadiyeti ağırlaştıran neoklasik nazariyeyi kabul etmiş olduğu görülür (4). Bu hale göre Türk Ceza Kanununun da aynı sistemi kabul ettiği aşikârdır. Yalnız Ceza kanunumuz bir sehif eseri olarak yanlış tercüme edilmekle ve diğer bazı mülahazalarla 81 inci maddesinde cezanın izafi kifayetsizliği nazariyesine de yer verilmiş gibi görülürse de bu bizce doğru değildir. Bu husus Türk hukukçuları arasında da ihtilâflıdır. Şimdi bu mesele etüdümüzün kadrosu dışında kaldığı cihetle buna sade bir atıf yapmakla iktifa ediyoruz.

Bizce uygun olan sistem bugün yürürlükte olan İtalyan ceza kanununun sistemidir. Temennimiz aynı sistemin Türk hukukuna da ithalini dilemekten ibarettir.

(4) Bk. Relazione al codice Zanardelli Majno, sh. n. 447; Erem, Türk Ceza Hukuku sh. 495.