

## TÜRK CEZA KANUNUNA GÖRE HÜRRİYET ALEYHİNE CÜRÜMLERİN GENEL PRENSİPLERİ.

*Asistan Dr. Çetin ÖZEK*

### § I. — GENEL OLARAK HÜRRİYET KAVRAMI

Ceza Kanunumuzun ikinci kitabının, ikinci bab'ı, «Hürriyet aleyhine işlenen cürümler» başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında, belirli konulardaki serbest irade ile hareket edebilmek imkânını kısıtlayan fiiller tecrim edilmiştir. Tabiatıyla, bütün bu cürümlerin sistemleştirilmesi ve belirli hükümlere bağlanması bir görüş açısından olmuş, muhtelif temel görüşler kıstas teşkil etmiştir.

Hürriyet aleyhine cürümlerin koruduğu muhteva bizatihi, hürriyettir. Bu bakımdan, kanun yapıcılarının hürriyet mefhumu konusundaki anlayış tarzları, görüşleri, kanunun belirli bir şekilde biçimlenmesine sebep olmaktadır. Özellikle, hürriyetlerin kaynağı, ferdin hürriyetçi düzen içindeki ilişkileri, kanun yapıcını değişik sonuçlara götürmektedir. Hürriyet bir bütün olarak ve fertlerin bu biçim içinde hareket edebilmeleri, modern devletde korunan değerler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu koruma, hürriyete bir siyasî rejimin kurulması şeklinde, devlet iktidarına karşı fertlerin himayesi yoluyla doğabileceği gibi, fertlerin iradelerinin zaafa uğratılmasının cezalandırılması şeklinde ceza hukuku alanında da mevcut olmaktadır.

Ceza Kanunumuzda mevcut Hürriyet aleyhine cürümlerin ana karakterlerini belirtebilmek için, korunan hukukî muhteva hürriyet olduğuna göre, kısa da olsa bir dereceye kadar Hürriyet mefhumu üzerinde durmak, hürriyetin çeşitli anlaşılış şekillerini incelemek, hürriyetin sınırları, ihlâli ve korunması konularına temas etmek gerekecektir. Bunu takiben Ceza Hukuku tarihi ve doktrini içinde Hürriyet aleyhine cürümlerin gelişimini incelemek ve aradaki yakın ilişkileri göz önünde bulundurarak, İtalyan Ceza Kanunlarındaki gelişimi izlemek gereklidir kanaatindeyiz. İtalyan 1889 ve 1930 kanunlarının incelenmesi, bize ferdiyetçi ve faşist

hürriyet telâkkilerinin de bir kanun içinde nasıl şekillendiğini göstermek bakımından, önem taşımaktadır.

Hürriyet, esas itibariyle bir sınırsızlığı ifade eder. Yabancı iradeler tarafından tayin edilecek sınırlardan müstakil olarak tecelli edecek serbestidir<sup>1</sup>. Hür bir iradenin, diğer bir irade tarafından hudutlandırılmasına imkân yoktur. Klâsik ve geniş anlamdaki bu hürriyet, tabiatıyledir ki, tatbikî olmaktan ziyade moral bir değer taşımaktadır. Hürriyet psikolojik bakımdan bir irade ve eylem serbestisini ifade etmektedir. Bu genel hürriyet kavramlarına, çeşitli düşünce sistemleri değişik anlamlar vermişlerdir. Hürriyetin kaynağı, muhtevası bu düşünce sistemlerine göre ayrı ayrı muhtevalara sahip kılınmıştır Aynı şekilde, Hürriyet bir Anayasa problemi, ekonomi problemi, hukuk problemi v.s. olarak ayrı ayrı görüş açılarından incelenmiştir.

Hürriyet, klâsik bir ayırımla, âmme hürriyetleri, siyasî haklar ve medenî haklar olmak üzere üçlü bir tasnife tabi tutulmaktadır.<sup>2</sup> Medenî haklar, fertlerin hususî hukuk sahasındaki yetkilerini ve iradelerine bağlanan neticeleri ifade etmektedir. Fertlerin karşılıklı münasebetlerindeki serbestiyi ifade eylemektedir.<sup>3</sup> Âmme hakları ve hürriyetleri ise, kişilerin içinde buldukları hukukî sistem bakımından kendilerine Anayasalarca tanınmış ve düzenlenmiş serbest ve sorumsuz hareket edebilme alanlarıdır. Politik haklar ise, Devletin kuruluş ve faaliyetine vatandaşların katılmasını sağlayan haklardır.<sup>4</sup> Âmme hukuku ve ceza hukuku bakımından önemli olan, devletle fert münasebetlerini ve devlet iktidarı karşısında ferdin serbestisini, devlet iktidarının sınırlanmasını temin etmesi bakımından siyasî haklar ve âmme hürriyetleridir. Gerçekten, hangi görüş açısından incelenirse, incelensin, âmme hak ve hürriyetleri netice itibariyle devlet iktidarını ve onun suistimalini önleyici bir yapı, mahiyet taşımaktadır.<sup>5</sup> Özellikle liberal telâkki hürriyet mefhumunu bu mânada ortaya atmış ve işlemiştir.

Âmme hak ve hürriyetleri, liberal, marksist ve faşist görüşlere göre muhtelif şekillerde anlaşılmış ve bu anlaşılış şekilleri siyasî sistemlere değişik biçimler verdiği gibi, ceza hukuku bakımından da muhtelif görüşlere sebep olmuştur.

1) *Savcı*, 12.

2) *Bk. Dalloz*, Repertoire, XXX, 12 - Erem, 3.

3) *Florian*, II, 140.

4) *Erem*, 3.

5) *Duverger*, 181.

a) *Klâsik, liberal hürriyet görüşü* : Liberal hürriyet anlayışı siyasî iktidara karşı hislerin biriktirdiği bir antitez olarak ortaya çıkmıştır.<sup>6</sup> Hukukî kaynağını İnsan Hakları Beyannamesinde ve felsefî esasını tabii hukuk doktrininde bulmaktadır. İnsanlar'ın insan olmak sıfatları ile doğuştan bir takım haklara sahip oldukları kabul edilmektedir. Hürriyetin kaynağı, kanun olmayıp yine insandır. Bu bakımdan hürriyet sübjektif bir anlayış kazanmaktadır.<sup>7</sup> Bu anlayış içinde, liberal hürriyet telâkkisi, tarihi bir önem taşımakta, XVIII. asrın ihtilâllerine, Aristokrasiye karşı burjuva sınıfının direnişine sebebiyet vermektedir. Netice olarak da Burjuva sınıfının hâkimiyeti ve burjuva devletlerinin kuruluşu kendisini göstermektedir.

Hukuk üstü hürriyet anlayışı, kanunlara sadece ihlâllere karşı hürriyetin himayesi vazifesini bırakmakta ve kanunlar hürriyeti bu bakımdan menfi anlamda tanzim edebilmektedirler.<sup>8</sup> Bu anlamda Hürriyet tamamıyla moral bir değer taşımaktadır. Liberal hürriyetçi görüş, ferdiyeci bir açıdan hareket etmekte, pasif bir devlet kudreti içinde fertlerin geniş yetkilerini tanımakta; hürriyeti fertlerin karşılıklı münasebetleri içinde mütalâa etmekte ve devlet fert münasebetini önemsememektedir.<sup>9</sup> Fert toplumsal yapının en üst amacı olarak görülmektedir.<sup>10</sup>

Liberal doktrini hazırlayan politik, dinî ve ekonomik bir takım kaynaklar mevcuttur.

Dinî ve siyasî iktidarlar'ın ayrılması, siyasî iktidar'ın sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur Zira, siyasî ve dinî iktidarın karşımını ifade eden teokratik devrede, bu iktidarı sınırlayacak ikinci bir iktidar ortaya çıkmamıştır. Buna karşılık lâik devlette din teşkilâtlanmış ve siyasî iktidarı sınırlayıcı bir kuvvet olarak görülmüştür.<sup>11</sup> İnsanın en büyük değer olarak belirmesi iledir ki, tabii hak ve ahlâk devletin dışında ve onun üzerinde realite olarak teşekkül etmiş ve siyasî iktidarı sınırlamıştır. Tabii haklar ve ahlâk, devlet iktidarının sınırı olarak bir rol oynamıştır.<sup>12</sup>

Liberal doktrin, mutlakiyetçi siyasî sistemlere karşı beliren

6) *Özek*, 287.

7) *Colliard*, 18.

8) *Manzini* (1921), IV, 363.

9) 1889 İtalyan Ceza Kanununun bu görüşün tesiri altında kaldığını ileride tesbit edebileceğiz.

10) *Colliard*, 22.

11) *Duverger*, 182.

12) *Duverger*, 183.

sınıf direnmeleri ile siyasî kaynağını bulmuştur. Mutlakiyetçi iktidarların yaptığı zulüm, tam bir antitez yaratmış ve liberal doktrin'in siyasî sistemini kurmuştur. İntellektüel ve endüstri burjuva sınıfı, yeni felsefî akımların tesiri altında mutlak zulme karşı kendi hâkimiyetini hazırlamıştır. XVIII. asrın ihtilâlleri Aristokrasiye karşı burjuvaların patlamaları olarak ifade edilebilir.

Nihayet Adam Smithçi Manchester okulu, liberal doktrin'in ekonomik esaslarını hazırlamıştır. Devlet içinde, ferdî insiyatiflerin üstünlüğünü tanıyan bu ekonomi okulu, siyasî biçimler üzerinde de etkisini göstermiştir.<sup>13</sup>

Bu kaynaklardan doğan hürriyetçi akım, dinî, moral, tabii hukukçu, pragmatik ve faydacı bir mahiyet taşımaktadır. Bu karakterleri içinde, liberal doktrin siyasî sistemini de kurmuş ve parlamenter, klâsik siyasî düzeni kurmuştur. Âmme hak ve hürriyetlerinin en iyi şekilde garanti edimlesini temin edebilmek üzere, temsili, parlâmanter rejimler kurulmuş ve kuvvetler ayırımı sistemi yer etmiştir. Kanaatimizce, liberal doktrine reaksiyoner hareketleri de bu siyasî yapı hazırlamıştır. Kuvvetler'in ayırımı sistemi ile, icra kuvvetinin hürriyetleri aşırı sınırlandırması imkânı daraltılmış. Temsili rejim ile, icra zayıflatılmış ve teşrii organa aşırı yetkiler tanınmıştır. Bu konu özellikle 1791 Fransız Anayasasında aşırı bir uç'a götürülmüştür.<sup>14</sup>

Liberal hürriyetçi doktrin'in ekonomik ve siyasî biçimi, reaksiyonlarını yaratmakta gecikmemiştir. Burjuva ekonomisine dayanan liberal görüş, sınıf ayrılıklarını ortadan kaldırmağa muvaffak olamamıştır. 1789 ihtilâli gibi liberal görüşü siyasî bir kuvvet halinde ortaya çıkartan bir akım dahi, Aristokrasinin yerine, ekonomik bakımdan, burjuva sınıfını oturtmaktan başka bir şeye yaramamıştır.<sup>15</sup> Liberal ekonomi, Burjuva sınıfını zengin etmiş, siyasî haklara sahip kılmış fakat emekçi sınıfın durumunda bir değişiklik yaratmamıştır. Özellikle XVIII. ve XIX. asırlarda buharın sanayie tatbiki ile meydana gelen sanayileşme hareketleri, gayrî mütecanis köylü sınıfı yerine, şuurlu ve birleşmiş işçi sınıfını yaratmıştır. Bu

13) *Duverger*, 183.

14) *Coliard*, 56.

15) Nitekim, 1789, 22 Aralık kararnamesinde, seçim hakkı sadece burjuvaziye tanınmış ve bunlar vatandaş olarak kabul edilmiştir. Bu kararnameye göre belirli bir geliri ifade eden vergiyi ödeyen kimse vatandaşlık haklarına sahip kılınmıştır. Bu davranışı ile ihtilâl, ekonomik eşitsizliği, reaksiyonları hazırlamış ve insan hakları beyannamesindeki esaslarla tezada düşmüştür. Bk. *Aulard*, I, 97.

sınıf, liberal hürriyet doktrininin ve liberal ekonominin sadece bir sınıfa yaradığını kabul etmiştir. Liberal doktrinin yarattığı ferdiyetçi ekonomiye reaksiyon teşkil eden sosyalist ekonomi sistemlerinin hürriyet anlayışı ve devlet sistemi hususundaki görüşleri de değişik olmuştur.<sup>16</sup> Sosyalizm, liberal doktrinin ekonomik cephesinin yarattığı reaksiyon olarak gözükmüştür.

Liberal hürriyetçi doktrinin kurduğu siyasî sistem de reaksiyon yaratmıştır. Aşırı bir kuvvetler ayırımı, temsili demokrasi, kuvvetli icra sistemlerinin kurulabilmesini önlemiş ve liberalizmin krizini siyasî çöküntüsünü hazırlamıştır. Demokratik siyasî biçimin yarattığı iktidar buhranları, demokrasinin soysuzlaşması olarak görülmüş ve totaliter cereyanlara yer açmıştır.<sup>17</sup> Gerek faşist ve nasyonal sosyalist devlet rejimleri, gerek komünist rejimler temsili demokrasiye birer reaksiyon olmuşlar ve bir kuvvet etrafında birleşen kuvvetli icra organını aramışlardır.<sup>18</sup> Bu kuvvet çok zaman, bir «parti» şeklinde teşekkül etmiştir.<sup>19</sup> Liberal ekonominin, parti kavgalarının ve icra kuvvetinin doğurduğu totaliter sistemler geniş bir taraftar da bulmuştur. Bu cereyanların hürriyet anlayışına aşağıda temas edeceğiz.

Liberal siyasî ve hürriyetçi doktrinin karşılaştığı reaksiyonlar, tabiatıyla bu doktrin içinde de değişimlere sebebiyet vermiştir. Liberal doktrin aristokrasiye ve mutlakiyete karşı reaksiyon olarak doğmuşken, kendisi reaksiyonlarla karşılaşmış ve senteze varmak zorunluluğunu duymuştur. Aynı zamanda, klâsik demokrasi ceza hükümleriyle kendini reaksiyoner akımlara karşı korumak mecburiyetinde kalmıştır.<sup>20</sup> Liberal doktrin, siyasî biçim, felsefi esas ve ekonomik görüşler yönünden değişime uğramıştır.

Hürriyet mefhumunun tabii hukuk ve haklar'ın bir sonucu, hukuk üstü bir mefhum olduğu düşüncesi bugün için terkedilmiştir. Tabii hukuk düşüncesi, hürriyetleri yaratan bir mefhum olması ve hürriyete moral bir değer vermesi bakımından tarihî bir anlam taşımakla beraber, pek nazari ve utopik bir mahiyet göstermektedir. Bugün için, kanunlar ve özellikle Anayasalar hürriyetleri sistemleştirmektedir. Hürriyetlerin kaynağı, liberal ve klâsik düşün-

16) Lee, 106 - Gotesky, 257.

17) Biscaretti, 43 - Chimienti, 256.

18) Borgese, 677 ve müt. - Reiman, 697.

19) Zangara, 503.

20) Nitekim, 1889 İtalyan Ceza Kanununda, bugün klâsik demokrasinin ekonomik ve siyasî esasını koruyan 141. madde mevcut değilken, 1930 İtalyan ceza kanununda ve kanunumuzda yer almıştır.

ce sistemi içinde dahi, hukuktur.<sup>21</sup> Toplumun hukuk vicdanı kanunları ve hürriyetleri yaratmıştır ve yaratmaktadır. Bir dogma haline getirilen tabii hak fikri, toplumsal gelişimlere uyamamıştır. Gelişen toplum şartları içinde ferdi hürriyetlerin gelişimi ve genişlemesi ancak, hukuki bir temele dayandırılmakla mümkündür.<sup>22</sup> Bugün, âme hürriyetleri, fert ile devletin karşılıklı münasebetlerini devlet iktidarı ve toplum düzeni içinde ferdin hareket serbesliğini ifade etmektedir. Bu bakımdan da hürriyet objektif, siyasi bir mahiyet kazanmıştır. Hukuki bakımdan, fertler'in, kanunların tanıdığı hakların istimali ve yasak edilmemiş hareketler'in icrası hürriyet mefhumunu ortaya çıkarmaktadır. Hukukun menşei objektif bir mahiyet taşıdığına göre, devletle fertler arasında sübjektif bir hukuki durumun mevcudiyetinden bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Sadece fertler'in, devletten Anayasalar'ın sağladıkları umumî kudret ve salâhiyetler'in korunması ve temin edilmesi bakımından bir talep hakkı bahis konusu olabilmektedir. Bu talep hakkı ise sübjektif mahiyet taşımaz. Devlet hürriyetleri tanımak ve korumak zorunluluğundadır. Anayasalar'ın kurduğu organlar'ın, devlet iktidarını fert hürriyetlerini korumak bakımından görevleri mevcuttur. Demokratik Anayasalar, hürriyetler'i tanımak ve koruyucu sistemleri kurmak bakımından totaliter sistemlerden ayrılmaktadır. Fakat devlet oluşumunun ve hukukun varlığı dışında bir hürriyet mefhumunun kabulü fanatik anlam taşımaktadır. Bugünkü demokratik hürriyet anlayışına göre, hürriyet devlet'in dışında kişisel münasebetlerden doğmamaktadır. Aksine, liberal demokrasi doktrininin reaksiyonlarla karşılaşması, devlet'in kendini koruma zorunluluğunu yaratmış ve devlet bir meşru müdafaa durumunda hürriyetleri tanzim yetkisini kazanmıştır. Hürriyetler'in toplumsal organizasyonlara zarar vermemesi için hürriyetleri tanzim edici sistemler kabul edilmiştir.<sup>23</sup> Fert münasebetlerinin bir sonucu olarak kabul edilen hürriyetler'in gerçekleşebilmesi, ancak devlet müdahalesi ile mümkün olabilmiş ve liberal doktrinin kabul ettiği esaslar'ın tam aksi tahakkuk eylemiştir.<sup>24</sup> Hürriyetler'in sınırlandırılabilir bir mefhum olarak kabulü ile, hürriyet'in pozitif bir mahiyet taşıdığı kabul edildiği gibi bu sınırlar'ın hukukiliği yönünden, devlet iktidarının kontrolü ve devlet - fert münasebetleri yönünden

21) *Rossi*, 35.

22) *Rossi*, 35.

23) *Emerson - Haber*, 178.

24) *Duverger*, 188.

hürriyetlerin incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Tabii hukuk doktrini içinde hürriyet meselelerine yabancı kalan devlet, pozitif sistem bakımından hürriyet münasebetlerinin bir yanı, tarafı olmak, süje durumuna gelmek durumuna gelmiştir.<sup>25</sup> Anayasalar ise, hem hak ve hürriyetleri bahşeden metinler olmuş ve sadece idare sistemini belirten, organları kuran teşkilât kanunları olmaktan çıkmış ve hem de devlet'in ve fertlerin hürriyetler bakımından durumlarını tesbit eder olmuşlardır. Anayasa, hürriyetleri gösterdiği gibi, bu sistem içinde hürriyetlerin sınırlarını tayin etmiş ve hareket serbestisi bakımından devlet'in ve fertler'in vazifelerini, haklarını göstermiştir.

Liberal doktrinin aldığı bu pozitivist şeklin dışında, sosyalist hareketler, bir takım yeni haklar ve hürriyetlerin de, liberal doktrin tarafından kabulünü zorunlu kılmıştır. Sosyal haklar mevzuu, klâsik demokrasilerce de benimsenmiştir. İnsan haklarına paralel olarak, sosyal haklar beyannameleri yayınlanmış, Anayasalar bu hakları kabul etmiş ve bu şekilde kapitalist ve emperyalist burjuva sistemi önlenmek istenmiştir. Hürriyet mefhumu, vatandaşların bu hürriyetleri kullanabilmesini sağlayacak maddî şartlar'ın da temin edilmesini de içine almaktadır.<sup>26</sup> Devlet, emek ile sermaye arasındaki tarafsız durumunu bırakmış ve hiç olmazsa teorik olarak emeğin ekonomik ve sosyal haklarını tanımış ve garanti altına almıştır. Sosyal ve ekonomik hakların temini devlet için bir vazife olmuştur.<sup>27</sup> Bu dahi, hürriyetin artık sübjektif bir mahiyet taşımadığını ve objektif kaynakları olduğunu göstermektedir. Âmme hakları dahi, ferd'in fertten olan talep hakkını değil, devletin fert karşısındaki mecburiyetlerini ve ferdin devletten talep hakkını ifade etmektedir.

Nihayet, liberal doktrinin siyasî sistemi içinde dahi gelişmeler olmuş ve aşırı yasama yetkileri yerini kuvvetler dengesine, icra ve yasamanın karşılıklı denetim haklarına ve yumuşak bir kuvvetler ayırımına bırakmıştır. Bu şekilde, liberal doktrinin hürriyet anlayışı, gerek ekonomik bakımdan gerek doğurduğu siyasî sistemler yönünden, toplumun siyasî ve ekonomik gelişimlerine uygun değişimlere uğramıştır.

b) *Faşist hürriyet telâkkisi* : Faşist ve Nasyonal sosyalist devlet sistemleri âmme hak ve hürriyetleri kavramında geniş ölçü-

25) *Crosa*, 833.

26) *Duverger*, 189.

27) *Duverger*, 189.

de bir değişim yaratmışlardır Ana fikir olarak, devlet'in individualist anlayışını reddetmişlerdir.<sup>28</sup> Devlet'in liberal anlayışının yarattığı krizi faşizm halletmiştir.<sup>29</sup> Faşist telâkki, modern parlamenterizme dayanan mutlakiyetçi idarelerde, genel oy'u belirli yeni bir biçim içinde değiştirmek amacındadır.<sup>30</sup>

Faşist doktrine göre devlet, en üst bir ideal olarak belirlemektedir. Devlet iradesi, belirli bir millet için, hukukî düzen ve objektif hukuk nizamının şartlarını tayin eden kuvvettir.<sup>31</sup> Devlet, millet birliği içinde tek serbest süjedir. Devlet iradesi, kuvveti, hukukî şahsiyeti temsil ederken, tek tek fertlerin veya hükmi şahısların menfaatlerini koruyan hükümlere uymak mecburiyetinde değildir. Bu esaslara göre devlet tek tek fertler'in dışında kollektif iradeyi temsil eden millî birlik ve ahlâkî birlik üzerinde yükselen moral bir değerdir.<sup>32</sup> Bu kavram içinde faşist devlet, toplum içindeki moral, politik, ekonomik birliği temsil eden kuvvettir.<sup>33</sup> Hukuka tekaddüm etmektedir ve hukuku yaratan da devlet olmaktadır. Bir değerler hiyerarşisinin en üstünde devlet yer almaktadır. Toplum içindeki tezatlar ve menfaatler çatışımının sentezini devlet yaratmaktadır.<sup>34</sup> Devlet böyle bir yüksek erdemi temsil edince, bu erdeme erişebilmek için mutlak bir emredicilik yetkisinin de kendisine tanınması gereklidir.

Faşizm bu devlet görüşü içinde, temsili demokrasiyi reddetmekle beraber, temsil esasına da sırtını çevirmiş değildir ve fakat kendi anlayışına uygun bir temsil kabul etmiştir.<sup>35</sup> Faşizm fertler'in dışında bir millet mefhumu kabul etmiştir. Devlet'in mevcudiyeti dahi bu millet'in saadetini temin içindir. Millet toplumsal birliğin çoğunluğunu ifade etmektedir. Carta Lavoro, milleti, çeşitli gruplara ayrılmış fertlerin müşterek hayatî menfaatlerini ve en üst gayelerini temsil eden bir organizma olarak tarif etmektedir. Moral, politik ve ekonomik birlik millet tarafından temsil edil-

28) *Colliard*, 24.

29) *Chimienti*, 256.

30) *Donati*, 525.

31) *Delle Donne*, 254.

32) Ferri, Faşizmin dahi gerçekte pozitivist bir görüşü temsil ettiğini ileri sürmektedir. Bk. *Ferri*, *Fascismo e scuola positiva*, Sc. Pos., 1926, I, s. 240.

33) *Gentile*, *Diritto e politica*, Arch. di Studi comparativi, 1930. - *Peritone*, 107.

34) Devlet Musolininin tabiri ile, «tutto nello Stato, niente fuori o contro lo Stato» şeklinde ifade edilmektedir: bk. *Zangara*, 502.

35) *Chimienti*, 258.



mekte ve faşist devlet içinde realize olmaktadır.<sup>36</sup> İşte ferdin yerini alan ve onun dışında bir varlık olan milletin temsili bahis konusudur ki, bu temsili de Faşist Partisi gerçekleştirmektedir.<sup>37</sup> Devlet tek fertler'in eseri olmayıp, milletin ve onu temsil eden partinin eseridir. Hukukî kapasitesinin kaynağı ise hâkimiyettir.<sup>38</sup> Hâkimiyet'in sınırını toplum menfaati ve devletin kendisi tayin eder.<sup>39</sup> Parti, İtalyan halkının spontane hareketinden doğmuş olduğu için, millet namına hâkimiyeti devlete vermiştir. Parti halkı temsil etmektedir.<sup>40</sup> Duçe, Parti başkanı olduğu için aynı zamanda hükümet başkanıdır da, zira hükümet başkanı temsil esasına göre görev görmevidir, parti başkanı işte halkın temsilcisi olarak hükümet etmektedir.<sup>41</sup> Parti millî çoğunluğun organize olmuş şeklidir. Halk millî organize oluşu plebisitle ortaya koyar.<sup>42</sup>

Faşizm bu siyasî fikirleri içinde, gerek tabii hukuk doktrinini gerek pozitivist hürriyet doktrinini reddetmektedir. Pozitivist hukuk telâkkisi, hukuk normlarını devlet'in üstüne çıkarmakla hata etmektedir. Halbuki, hukuku devlet yaratmaktadır. Bu bakımdan da, hürriyet denen serbest iradeye göre hareket kabiliyetini tahdit etmektedir. Bu tahdit devlet'in hudutsuz olması gereken hürriyetini bile tahdit eylemektedir.<sup>43</sup> Halbuki devlet bir normlar sistemi değildir.<sup>44</sup> Devlet kendi kendine yeten ve kendi muhtevası ile teşekkül eden bir varlıktır.<sup>45</sup>

Faşizm, İnsan Hakları Beyannamesinde yer alan hürriyet anlayışına da karşıdır. Bu hürriyet anlayışı eksajere edilmiştir. Nitekim bu tarihî tez antitezlerini de hazırlamıştır.<sup>46</sup> Bu bakımdan da Faşizm sübjektif âmme haklarını inkâr etmektedir. Fertler devlet hâkimiyeti karşısında eşit kuvvette değildirler. Tek hak sahibi devlettir. Ortada mevcut menfaat, ferdî değildir. Ferdî menfaatlerin çatışımından doğan ve her devletin belirli devreleri içinde hâkimiyet fikri üzerinde cereyan eden kollektif menfaatler vardır. Ferdî

36) *Chimienti*, 22 - *Costamagna*, 220 ve müt.

37) *Ranelletti*, 18.

38) *Costamagna*, 382 - 402.

39) *Chimienti*, 24.

40) *Chimienti*, 402 - *Rocco*, La trasformazione dello Stato, 19.

41) *Zangara*, 503 - Aksi fikir, *Biscaretti*, 31.

42) *Gentile*, 517 - *Delle Donne*, 266.

43) *Costamagna*, 16 - *Delle Donne*, 266.

44) *Costamagna*, 17.

45) *Delle Donne*, 255 - *Costamagna*, 220.

46) *Costamagna*, 220 - *De Marsico*, 14.

menfaatler ancak, bu genel menfaatlerle ortaya çıkan bütün içinde himaye edilebilmektedir.<sup>47</sup> Ferdî menfaatler ve hareket serbestisi, kollektif menfaate uygun olduğu müddetce himaye görebilir.<sup>48</sup> Bu bakımdan genel menfaati temsil eden devlet, fertlerden önce gelir.<sup>49</sup> Fert bu yeni hukuk sistemi içinde, objektif hukuk kaidelerine göre korunmaktadır.<sup>50</sup> Bu objektif hukuk kaidelerini yaratan ise Devlettir. Sübjektif - objektif haklar ayırımının maddî devlet hâkimiyeti karşısında bir değeri mevcut değildir. Devlet kaideleri ve bu kaidelerin süjelerle olan ilgisini kendi tayin eder. Tabii bir hak olarak sübjektif âmme haklarından bahsedilemez.<sup>51</sup> Gerber'in fikirlerine uygun olarak, fert ne âmme hürriyetleri ve ne de politik haklar bakımından, faşist devlet sistemi içinde, devletin bir süjesi değildir. Fert milletin bir üyesi olarak, millî camianın merkezileşmesini temin etmekte ve bu bakımdan bir vasıta olmaktadır. Netice olarak da, toplumsal gruplaşmanın şekline ve menfaatlerine uygun olarak ancak haklar kabul edilebilmiştir. Liberal doktrinin, devleti yaralayan ve ferdî devlete tercih eden görüşü Faşist devlet sistemi içinde yer bulamaz.<sup>52</sup> Liberal doktrin, siyasî tarih içinde çeşitli menfaatlere dayanan gruplar, sınıflar yaratmaktan başka bir işe yaramamıştır. Sınıflar arasındaki ihtilâflar, Burjuva mutluluğunu yaratmıştır. Bunun içindir ki, sınıf menfaatlerine dayanan bir sübjektif haklar ve hürriyetler doktrini kabul edilemez.<sup>53</sup> Sübjektif mâna da ferdî hürriyetleri kabul eden milletler, sun'î ve devletin mahiyetine aykırı bir ayırım yaparak, icra kuvvetini lüzumsuz yer'e sınırlamışlar ve bütün fertler devlet, icra kuvveti ile çatışım haline getirilmiştir. Bu ayırım organik bir mahiyet taşımadığından muvafak olamayacaktır. Bu ayırım, temsil sistemi, siyasî tarih içinde sadece Faşist devlet sistemini hazırlamak bakımından bir fonksiyon görecektir.<sup>54</sup>

Faşizm yarattığı disiplin sistemi içinde, hak mefhumu yerine ödev kavramını ikame etmiştir. Fert, devlet hâkimiyetinin süjesi olmak bakımından bir değer taşır. Ferd'in bu bakımdan ödevlerini

47) *Jellinek*, La dottrina generale dello Stato, I, 693.

48) *Jellinek*, Sistema dei delitti pubblici subbiettivi, 51.

49) *Jellinek*, Sistema dei delitti pubblici subbiettivi, 371.

50) *De Marsico*, 21.

51) *Delle Donne*, 254.

52) *Chimienti*, 259.

53) *Chimienti*, 260.

54) Bu sun'î ayırımı yapmış Anayasalara örnek olarak 1924 Türk Anayasası da gösterilmektedir: bk. *Chimienti*, 16.

iki ana grup altında toplamak mümkündür: 1 — *Resistenza collettiva*: Hukukî olan emirlere uymak. Hukukiliğin izafi değeri bahis konusu değildir. Bu itaat sadece iki şart'a bağlıdır: ferdi mecbur kılan hükmün mer'i mevzuatta mevcut olması ve emreden fizik şahsın emretmeğe yetkili bulunması. Bu iki şartın mevcudiyeti halinde fert için emre itaat mecburiyeti de doğmaktadır. 2 — *Vatana sadakat*: Vatandaş içte veya memleket dışında bulunsun, ferdi ve kolektif bir takım mecburiyetlerle bağlıdır. Millî politikaya ve moral'e bağlılık hissi, ferdi hareketleri tahdit ve tayin eder. Bu sınırlar içinde ferde her türlü hürriyetler tanınmıştır. Fakat hürriyetler, hukukî değerini ancak, vazifeye ve devlet'in politikasına uygunluğu nisbetinde kazanacaktır.<sup>55</sup>

Faşizm sistemi içinde fert, «credere, obbedire e combattere» formülü ile ifade edilebilir.<sup>56</sup> Bunun dışında olan, mekanik, ferdiyetçi ve fanatik düşünceler, devlet'in fert lehine inkârı anlamına gelmektedir. Rasyonalist düşünceler netice itibariyle her türlü ferdi bağlayıcı politik kavramları reddetmekte ve devleti bir seri, «con-cetti puri» durumuna getirmektedir.<sup>57</sup> Halbuki, faşist devlet ferdi hakları reddetmekle, bir kategorileşmekten kurtulmakta ve devlet'in bir zaman içindeki en yüksek menfaatlerine uygun hareket edecek millet'i yaratmaktadır. Faşist devlet, devlet'i fertle birleştiren her türlü nispetleri reddetmektedir. Bütün değerleri insan'a, insan düşüncesine bağlayan ve insanın bir ifadesi olarak gören monist doktrinler de, bu sistem içinde ifade bulamamaktadır.<sup>58</sup> Bu bakımdan, Faşizm monist bir doktrin olmayıp dualisttir. Devlet ve millet mefhumlarını bir çatışımından kurtararak, bir sentez imkânı içinde birleştirmektedir.<sup>59</sup> Faşizm millet - devlet birliğini kurarken, materyalist ve ekonomist marksist sistemden de ayrılmaktadır. Marksist sistem temel üç prensip tanımaktadır: 1 — Ferdin belirli haklar ve hürriyetler içinde topluma arzettiği fayda, 2 — Emekçi sınıfa ait olan iktidar, 3 — Ekonomik gayeler güden devlet.<sup>60</sup> Halbuki faşist devlet, çalışmaya dahi dayansa, her türlü sübjektif hakkı reddetmektedir. Fert ile devlet arasındaki ilgiyi ise vazife esası üzerine kurmaktadır. Bu vazife de sadece çalışma esasına dayanmakta. Aynı zamanda, askerî, medenî bir takım vazifeleri de ihtiva etmek-

55) *Chimienti*, Per insegnamento..., 672.

56, 57) *Costamagna*, 11.

58) *Costamagna*, 157 - 160.

59) *Costamagna*, 160.

60) *Seroli*, 196 - *Menotti*, 4.

tedir. Bu vazifeler, en üstün varlık prensibine uygun mahiyette olduğu takdirde değerlidirler.<sup>61</sup>

Devlet ile ferdin uygunluğunu temin edecek siyasî sistem nedir? Fert millet olarak ne şekilde teşekkül edebilmekte ve ne şekilde kolektif menfaatlere uygun ferdi menfaatler teşekkül edebilecektir? Bunu sağlayacak olan siyasî kuvvet Faşist Partisidir. Siyasî akımları ve milletin şuurunu bu parti temsil etmekte ve düzenlemektedir.<sup>62</sup> Milleti meydana getiren ve kolektif menfaatler ve bu menfaatlerin yansıttığı ödevler içinde ferdi çıkarları unutturan ise, devlet'in temsil ettiği moral, ekonomik ve siyasî birliktir.<sup>63</sup> Faşizm bir değerler hiyerarşisi yaratmıştır ve bu değerler hiyerarşisinde, tabiatıyla, kolektif menfaatler üstte gelmektedir. Zaten bu moral menfaatler, devlet'in ta kendisidir.<sup>64</sup> Millette, fertler'in meydana getirdiği birliğin ortaya koyduğu iradeler'in tümü olmak bakımından, bu birliğin icap ettirdiği moral ekonomik ve siyasî birliğe uygun hareket etmeği görev olarak kabul etmektedir.<sup>65</sup> Bu birliğin tabii sonucu olarak da, devlet ile fertler arasında değil, devlet ile millet arasında hak - ödev münasebeti doğmaktadır. Devlet'in hâkimiyet'i olmakla beraber, bazı ödevlerinden de bahsedilebilir. Halkı himaye, milleti yükseltme gibi olan bu ödevler, fertlere karşı değildir, millete karşıdır. Bu bakımdan da, fertler'in hiç bir konuda devlete karşı talep hakkından bahsedebilmek imkânı mevcut değildir.<sup>66</sup> Devlet'in temsil ettiği değerlere fertler'in birlik olarak bağlı oluşu ve ona uygun hareket etme mecburiyeti, platonik bir sevginin ifadesi olmayıp, hukukî bir değer'in ifadesidir.<sup>67</sup> Faşizmin en büyük muvaffakiyeti, partilerin parçaladığı toplum gruplarını birleştirmesidir. Bu birleştirme, Sovyet sisteminde olduğu gibi cebre dayanmamıştır. Birleştirme, devlet'in temsil ettiği değerler etrafında ve hukuken meydana gelmiştir.<sup>68</sup> Gerek devlet politikası, gerek ferdi

61) *Costamagna*, *Fascismo, Sovietismo e diritto tradizionale*, Lo Stato IV, s. 401.

62) *Dallori*, 81.

63) *Costamagna*, 177.

64) *Perticone*, 107.

65) *Chimienti*, 23.

66) *Chimienti*, 29.

67) PNF namına 7 kasım 1921 de neşredilen bir beyannamede, milletin fertlerin basit bir toplamından ibaret olmadığı ve fakat nesillerin amaçlarını ihtiva eden bir organizasyon olduğu ve fertlerin bu organizasyonun elemanı olmadığı belirtilmiştir.

68) *Delle Donne*, 284, 301.

hareket serbestiler'i, bu menfaate uygunluk ile sınırlandırılmış ve toplum içindeki birlik ve disiplin sağlanmıştır. Faşizmin, gayeye uygunluk şeklinde ortaya çıkan relativizmi, pozitivist sistemler'in dogmalaşmasını önlemiş ve hukukun politik gayeye uygunluğunu sağlamıştır. Rejimin fenomenleri, sadece, politik kuvvet, ve iradedir. Bu vasıfları ile devlet, hukukun ön şartı, her türlü hukuk düzeni, bu devletin mahsulüdür. Bu bakımdan objektif bir değer olarak hukuk, hem fertler'in dışında toplumsal birliği sağlamış ve hem de fert ile devlet arasındaki çatışımı ortadan kaldırmıştır.<sup>69</sup> Bütün politik fonksiyonlar, devlet kuvvetleri içinde birleştirilmiş ve kurulan korporatif sistem içinde gruplar'ın menfaatleri en büyük erdem'e yönelmiş bir şekilde halledilmiştir. Fertler'in siyasî temsil'e dayanan politik hakları dahi korporatif sistem içinde realize olmaktadır.<sup>70</sup> İtalyan faşist birliği, özet olarak, kuvvetin birliği ve merkeziyeti, korporatif düzen ve monarşik siyasî yapı içinde sağlanmış ve hepsinin üzerinde de fayda ve erdeme yönelmiş moral birlik yer almıştır.

İtalyan Faşist devlet doktrini ve bu doktrin içinde fertler'in durumu ile ilgili olarak belirtmeğe ve özetlemeğe çalıştığımız esaslar büyük bir benzerlikle Hitler Nazizmi içinde kabili tatbiktir. Sadece, doktrin bakımından, Nazi sistemi, kuvvetli bir toplumun mevcudiyetini kuvvetli devlete nisbetle öngörürler. Halk mefhumu devletten önde gelir. Bu bakımdan da, idarî bakımdan temsil esasını benimsemişlerdir. Nazi sistemi, devlet, halk ve hareket (Staat, Volk, Bewegung) üçlüsünü kabul etmekte ve temsil sisteminin üç paraleli olarak benimsemektedir. Halbuki, faşizmde devlet diğer değerlere tekaddüm ettiği gibi, halkı ve movimentoyu parti temsil etmektedir. Böylece de, Duçe hareketin ve halkın üstündedir. Almanya'da ise, Führer, halkın ve hareketin ne üstünde ve ne de dışındadır; içindedir.<sup>71</sup> Bunun dışında, İtalyada parti - devlet birliği sağlandığı halde, Almanya'da iç içe iki devlet görülebilmektedir: birincisi: klâsik anlamda devlettir ve sadece klâsik anlamda devlet işlerini görür; ikincisi ise, devletin ana politikasını tayin eden devlettir ki, bu partidir, dinamizmi temsil eder.<sup>72</sup> İtalyada ise, devlet - parti birliği içinde, devlet partiye üstün bir yapı taşımaktadır. Kanaatimizce, bu fark, İtalyada devlet ve hükümet başkanlarının ayrı ayrı

69) *Gentile, Diritto e politica.*

70) *Chimienti, 263.*

71) *Höhn, Führer e costituzione, Lo Stato 1937, X, s. 519 - 521.*

72) *Zangara, 505.*

Almanyada ise tek oluşundan doğmaktadır. Bu farklı sistem içinde, fertler'in objektif hukukî durumları ise, aynı kalmaktadır. Sadece nazari bakımdan, Almanyada halk mefhumu, bir unsur olarak belirlemede; devlete üstün bir yapıda görülmektedir. Fakat pratik bakımdan, halkı tek parti temsil ettiği ve temsil, politik irade parti yoluyla izhar edildiği için netice değişmemektedir.<sup>73</sup>

Faşist doktrinin bu devlet ve hürriyet görüşünü, 1930 İtalyan Ceza Kanunda açık ve tatbiki bir şekilde görmek mümkün olacaktır.

c) *Marksist hürriyet telâkkisi* : Liberal ekonomi ve siyaset prensiplerine reaksiyon olarak doğan Sosyalist ve Marksist rejimlerin de kendine has devlet sistemleri ve hürriyet anlayışı mevcuttur. Sosyalizm akımını temsil eden hemen bütün müellifler, Fransız ihtilâlinin yarattığı Burjuva sistemini ve hürriyet anlayışını tenkit etmekte ittifak halindedirler.<sup>74</sup>

Markscı devlet görüşü de, kişi çıkarı ile toplum çıkarını aynı plân içinde incelemeyen ve aynı olarak kabul etmez. Ferdî çabalar neticesi, bir kişinin diğer sınıfları baskı altında tutuşu, hiç de liberallerin anladığı mânada akla uygun değildir.<sup>75</sup> Liberalizm, Aristokrasi yerine Burjuvayı koymuş ve fakat emekçi sınıfı gene de ezilir durumunda kalmıştır. Üretim vasıtaları sadece bir sınıfın elinde kalmış ve üreten sınıf vasıtaları elinde bulunduran sınıfın egemenliği altına girmiştir. Bu bakımdan, liberal doktrinlerin ortaya attıkları hürriyet sistemleri, sun'î ve formel birer hürriyet olmuşlardır. Teorik olarak hür gözüken işçi sınıfı, gerçekte hürriyeti kullanacak güçte olmadığı için, hür sayılamazlar.<sup>76</sup> Liberal devlet de sadece, hâkim sınıfın hâkimiyetini sürdürmek için ortaya çıkmış nesnedir ve bahis konusu hürriyet burjuva hürriyetidir.<sup>77</sup> Nitekim temsil sistemi, halk oyu v.s. gibi demokratik olduğu ileri sürülen usuller dahi formel mânalar taşımaktadır. Boş kalıplardan ibarettir. Üretim araçları burjuva sınıfının elinde olduğuna göre, gerçek bir demokrasiden ve hürriyetten bahsedebilmek imkân mevcut değildir. Meselâ, iktisadî şartlar sermayenin gazete patronlarının elinde kalmasını temin edecek mahiyette ise, basın hürriyetinin hiç bir

73) *Ranelletti, Il PNF nello Stato Italiano, Gli Stati Europei a Partito Unico, Milano 1936, 18.*

74) Bu fikirler için bk. *Akın, 205 - 227.*

75) *Akın, 229.*

76) *Duverger, 186.*

77) *Akın, 238.*

mânası kalmayacaktır. Bu bakımdan, liberal hürriyet anlayışı, maddî muhteviyatı olmayan hürriyetler şeklinde kalmakta toplumun, aynı zamanda hürriyetlerden istifadesini sağlayacak vasıtalarından mahrum kalmasına sebep olmaktadır.<sup>78</sup> Hürriyet mevzuu, ferdin soyut bir varlık olarak ele alınması halinde halledilemez. Hürriyet konusu herşeyden evvel, bir belli toplum çerçevesinde belli sınıfların karşılıklı ilgisi olarak ele alınmalıdır.<sup>79</sup>

Gerçek anlamda özgürlük ise, ancak, özgürlüğün kullanılabilceği bir ortamın kurulması ile mümkün olabilecektir. Bu ise, işçi sınıfının burjuvaya hâkim duruma gelmesi ile mümkün olacaktır. Devlet, uzak plânda ortadan kalkana kadar, gene bir sınıf üzerinde ezme fonksiyonunu görecektir ve fakat bu def'a ortadan kaldırılmasına çalışılan sınıf burjuva sınıfı olacak ve nihayet sınıf farkları ortadan kalktığı vakit devlet de yok olacaktır. Burjuvanın ortadan kalkışı zor ile olabileceği gibi seçim yolu ile dahi olabilir. Gerçek hürriye ancak, bu sınıflar arasındaki ayrımın ortadan kalkması ile mümkün olabilecektir. Hürriyet, kapitalist sistemin terkinin ve sınıf istismarının yok oluşunun bir sonucu olarak gözükmektedir.<sup>80</sup>

Devlet, Marksist sistem içinde geçici mahiyet kazanmış olmakla beraber, yine de burjuva sınıfı ortadan kalkana kadar mevcudiyetini muhafaza etmekte ve objektif bir takım hukuk normlarına dayanmaktadır.<sup>81</sup> Fakat sübjektif âmme hakları Sosyalist devlet düzenlerinde dahi kabul edilmemektedir. Objektif hukuk normlarından maksat ise, işçi ihtilâlinin dayandığı prensiplerin, yani Marksist siyaset prensiplerinin hâkimiyeti demektir. Sübjektif âmme hakları ise sadece birer faaliyet sahası olarak gözükmektedir.<sup>82</sup> Marksist sistem, çalışanların hakları esasına istinat etmek bakımından, muhteva itibariyle değişik olmakla beraber, Fransız ihtilâlinin insan hakları beyannamesine benzemekte ve fakat burjuva için ilân edilmiş hakları, geniş emekçi sınıfı için kabul etmektedir. Marksist bir devlet kuruluşu içinde, temsil esası kabul edilmemekte, bütün kuvvetlerin kaynağı emek olmakta ve ekonomik değerler

78) *Duverger*, 187.

79) *Akın*, 238.

80) *Coliard*, 28.

81) *Menotti*, 4 - Orlanda ise, Rusyada objektif bir hukukî sistemin olmadığını iddia etmektedir: Bk. *Orlando*, *Metodo e tecnica giuridica nella dottrina Sovietica*, Onore di Antonio Salandra, 1928, 61.

82) *Menotti*, 6.

bütün politik ve hukukî değerlerin esasını teşkil etmektedir.<sup>83</sup> Bu değerleri ise Komünist partisi temsil etmektedir. Komünizm, Rusya'da bir yeniden oluş şeklinde ortaya çıkmış ve mevcut hukukî nizâmın yerine bir yenisini getirmiştir. Boş kalıplar olması bakımından, temsili ve parlâmanter sistemi reddetmiş ve bu kavramlar üzerine kurulmuş Burjuva devlet sistemini yıkmıştır. Çalışanların diktatörlüğünü kurmuştur. Bu diktatörlük Marksist telâkkiye uygun olduğu gibi, Rusya bu diktatörlüğün mevcudiyetini de inkâr etmemektedir. Bu diktatörlük, gerçek özgürlüğe giden bir yol olarak kabul edilmektedir.<sup>84</sup> Bu sistem içinde Komünist Partisi, nihai gayeye varışın metodunu hazırlamakta ve önderliğini yapmaktadır. Parti bu bünyesi içinde, sosyalist devletin kuruluşunu, yani emekçi sınıfının temsili ile seçimleri gerçekleştirmekte, hükûmetin sosyalist gayelere uygun gelişimini temin etmekte ve çalışma plânı içindeki otoriteyi temsil etmektedir. Sovyet Sosyalist toplumunun politik temelini Parti teşkil etmektedir.<sup>85</sup> Sovyet Demokrasisi, bütün iktidar'ın işçi sınıfına ait olması ve bu iktidar kuvvetlerinin emekçi halk iradesine uygun durumda bulunması sebebiyle en yüksek demokrasi ve hürriyet tipini ortaya koymaktadır.<sup>86</sup> Sovyet sistemi klâsik anlamda, kuvvetler ayırımını ve temsil esasını kabul etmemekle beraber, emekçi sınıfını temsil eden Parti vasıtası ile özel anlamda bir temsili gerçekleştirmektedir.<sup>87</sup>

Faşist düşünürleri, Faşizmi ile Komünizmi doğuran sebepler arasında mevcut bir benzerliği kabul etmekle beraber, maddî bakımdan Komünizme hücum etmektedirler. Aradaki benzerlik, her iki sistemin de liberal doktrinlere bir reaksiyon şeklinde ortaya çıkışı, bu sistemin ekonomik ve siyasî prensiplerini reddetmesidir. Buna karşılık Faşistler, Komünizmi mevcut devlet sistemini yıkmak, sınıf mücadelesini çoğaltmak, moral değerlere yer vermemekle, ferdî sorumluluğu yok etmekle suçlamaktadırlar.<sup>88</sup>

Gerçekten aynı kaynaklardan hareket etmekle beraber, Marksist ve Faşist görüşler arasında geniş ölçüde farklar mevcuttur. Faşizm Devleti nihai gaye ve en üstün kuvvet olarak kabul ettiği halde, Marksist görüş devleti geçici bir vasıta olarak kabul etmek-

83) *Seroli*, 196.

84) *Vyshinsky*, 70.

85) *Vyshinsky*, 160.

86) *Vyshinsky*, 160 - 176.

87) *Biscaretti*, 43.

88) *Costamagna*, *Fascismo, Sovietismo e diritto tradizionale*, 400.



te ve netice itibariyle ferdi öngörmektedir ve ferdiyeci bir gaye gütmektedir. Daha ilmi bir mahiyet taşıyan Marksist Devlet sistemi, belirli bir dünya görüşüne sahiptir. Doktrini vardır. Faşizm ise, doktrinsizdir ve tatbikattan doktrin çıkarmak amacındadır. Bunun dışında, Faşizm sınıfı inkâr etmiş ve millet mefhumu içinde karışık bir ünite yaratmak istemiştir. Halbuki yine de, kapitalist sınıfa dayanmak mecburiyetinde kalarak kendi ile tezada düşmüş ve sonunu hazırlamıştır. Faşizm kaba kuvveti, Marksizm ise, emeğe dayanan gücü temsil etmişlerdir. Devlet, belirli bir maddî muhtevaya sahip kılınmıştır. Bu sistem içinde, nihai gayeye uygun davranışlar ve hareket alanları tanınmış, hürriyet ekonomik vasıtalara sahip kılınma ile gerçekleşecek bir nesne olarak kabul edilmiştir. Real bir hürriyet anlayışı yaratılmaya çalışılmıştır. Bu hürriyet, ferdi dışında bir menfaate değil, ferdi menfaatlere dayanmaktadır. Sadece bu ferdi menfaat, emekçi sınıfın menfaatlerine uygunluğu nisbetinde bir değer kazanacaktır. Hürriyetin sınırı, faşist sistemde olduğu gibi tabiat üstü, moral sınırlar olmayıp, maddî, Devletin gayesi olan emekçi sınıfın menfaatleridir. Bu bakımdan, üst gaye devlet değil emektir.

## § II. — CEZA HUKUKU YÖNÜNDEN KORUNAN HUKUKİ MUHTEVA OLARAK HÜRRIYET

### I — Hürriyet, sınırı, ihlâli, korunması.

Hürriyet hukukî bir muhteva olmak bakımından ceza hukukunu ilgilendirmektedir. Hürriyetler, sadece Anayasalar tarafından düzenlenmekle kalmamış ve ihlâline karşı koruyucu tedbirler de alınmıştır. Hürriyet hukukî bakımdan, sübjektif bir hak olarak değil ve fakat devlet düzenini ve hürriyetçi rejimini ilgilendiren bir mefhum olarak korunmaktadır. Bu bakımdan hürriyet doğrudan doğruya ceza hukukunu ilgilendiren bir mefhumdur.<sup>89</sup> Devlet Hürriyeti himaye etmekle kendi temel nizamlarından birini de korumuş olmaktadır. Hürriyetlerin bir âmme hakkı olarak kabulü ile, dolayısıyla değil doğrudan doğruya korumanın mevzuu hürriyet olmuştur. Ferdî münasebetler içinde incelendiği takdirde dahi hürriyet

89) Aksi görüş için bk. *Manzini* (1921), IV, 364. *Manzini*, doğrudan doğruya ihlâl edilen mevzuun, ferdi koruyan devlet düzeni olduğunu, hürriyetin objektif olarak ceza hukuku objesini teşkil etmediğini kabul etmektedir. Halbuki, *Nosedà*, ihlâl edilen mevzuun doğrudan doğruya hürriyet olduğunu, hürriyet Ceza hukukunun bir objesi olduğunu kabul etmektedir: *Nosedà*, 238.

bir sosyal vakıa olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet'in hürriyetleri himaye mecburiyeti bu sosyal vakıayı doğurmaktadır.

Ceza Hukuku bakımından hürriyet, kanunlar tarafından hareket alanı olarak tanınmış bir sahaya, diğer bir kuvvetin müdahalesi olarak ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, hürriyetin aşırı sınırsızlığı düşüncesi terk edilmiş ve hürriyetler'in devlet tarafından tanzimi imkânı doğmuştur. İşte, bir kimsenin hürriyetinin ihlâli, diğer bir kuvvetin serbest iradesinin suistimali olarak gözükmektedir.<sup>90</sup> Liberal Ceza hukukçuları, hürriyet aleyhinde suç'un, ferdiyeci görünüşü üzerinde durarak, hürriyet aleyhine suçları, ferdin serbest iradesine karşı işlenmiş bir fiil olarak görmektedirler. İhlâl edilen mevzu doğrudan doğruya ferdî bir değerdir.<sup>91</sup> Gerçekte ise, hürriyet bir hukukî değer olarak kanun koyucu tarafından kabul ve tanzim edilmiştir. Yine kanun koyucu, kabul ettiği düzenin korunmasını temin edecek düzeni ve normları da tesis etmiştir. İhlâl edilen mevzu, işte bu hürriyet düzenidir ve onu koruyan normlardır. Yoksa, hürriyete sahip olan kişilerin iradeleri ve şahısları değildir. Hürriyeci düzen aleyhindeki cürümler, doğrudan doğruya mevzu olarak Anayasalarca tanzim edilmiş âmme haklarına karşıdır. Ferdî ve fertler arasında ihlâl edilen bir hukukî mevzu bahis konusu değildir. Halbuki liberal cezacılar, hürriyet aleyhine cürümlerin doğrudan doğruya ferdin fizik ve moral varlığına karşı olduğunu ileri sürmektedirler.<sup>92</sup> Hürriyet aleyhine cürümler bunlara göre, devleti, devlet fert hürriyetini korumayı garanti ettiği için ilgilendirmektedir.<sup>93</sup> Devletin bu suçlardaki menfaati ve ödevi ikinci plânda kalmaktadır. Gerçekte ise kanaatimizce, demokratik bir devlet bugün için hürriyetçi bir nizam kurmak zorunluluğu ile karşı karşıyadır ve hürriyet düzeni kendi başına bir varlık taşımaktadır. Hürriyet aleyhine cürümler, devlet'in temel düzenlerinden birine karşı olmaktadır. Ferd bu düzen içinde, mevcut haklardan istifade eden durumundadır ve fakat sübjektif bir hakkı mevcut değildir. Sadece, demokratik devletin temin etmekle mükellef olduğu âmme hakları mevcuttur. Devletle fert arasında bir hukukî, sübjektif durum bahis konusu değildir. Hürriyete karşı cürümlerde, ferdin bu objektif statüden istifadesini engellemiş ve fakat esas olarak devlet'in hürriyeci düzenini zedelemiştir. Bu

90) *Manzini* (1921), IV, 363.

91) *Negri*, 380.

92) *Nosedà*, 238.

93) *Florian*, II, 3 - *Manzini* (1950), VIII, 588.

bakımdan, hürriyet aleyhine cürümler, bugünün Anayasa sistemlerinin ışığında sübjektif, ferdi bir hakka karşı değildir.<sup>94</sup> Anayasa hürriyetlerine karşıdır.<sup>95</sup>

Hürriyetler'in ihlâli muhtelif şekillerde bahis konusu olabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, demokratik devletlerde hürriyetçi düzen Anayasalar tarafından temin ve tanzim olunmuşlardır. Aynı zamanda, çeşitli sistemler ve ceza normları tarafından da bu düzen himaye edilmektedir. İşte hürriyete karşı fiiller de, bu iki cinsi hukukî normlardan birine yönelmiş olabilir. Mevcut hürriyetçi, demokratik düzenin yıkılmasına ve totaliter bir rejim tesisine müteallik fiiller olabilir. Bu fiiller, mevcut hürriyet düzeninin ferde in'ikasını önlemeğe değil, doğrudan doğruya kalıba, esasa yönelmişlerdir. Meselâ, basın hürriyetini, din hürriyetini kaldırmak için ika edilmiş fiiller, hürriyeti koruyan norma veya sistemlere karşı değil, doğrudan doğruya hürriyetin kendisine karşıdır. Bu şekildeki fiiller, Ceza Kanunlarındaki hürriyet aleyhine cürümleri meydana getirmez. Yerine göre Anayasaya karşılık durumundadır ve Hürriyeti kuran Anayasaya karşı suç teşkil ederler.<sup>96</sup> Buna karşılık, mevcut Anayasa Hürriyetlerinden ferde istifadesini önleyen fiiller, Hürriyet aleyhine cürümleri meydana getirmektedirler. Burada, hürriyetçi düzenin kendisi değil ve fakat bu rejimin bir ferde in'ikası, hürriyetin kullanılması önlenmektedir. Hürriyeti kuran norm değil ve fakat hürriyetin tatbikini koruyan norm ihlâl edilmektedir.

Hürriyet'in ihlâli fertten ferde karşı söz konusu olabileceği gibi, devletten ferde karşı da söz konusu olabilir. Ferdin, Anayasa hürriyetlerinden istifade hakkı, diğer bir fert tarafından ihlâl edilebilir. Meselâ, mesken masuniyetinin ihlâli bir fert tarafından işlenebilir. Bu halde bir sübjektif ferdi münasebet sonucu olarak, ferdi hürriyetlerin kullanılması imkânı yok edilmiş olmaktadır. Esas itibariyle burada, âmme hürriyetlerinin kullanılması engellenmediği halde, kanaatimizce bu hallerde hürriyet aleyhine cürümlerden bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Bu konudaki fikirlerimizi aşağıda açıklayacağız.<sup>97</sup>

Esas hürriyet aleyhine cürümler'in konusunu, hürriyetlerin devlet veya devlet memurları tarafından ihlâli teşkil etmektedir.

94) *Ruffia*, 734 - *Mauro*, 736.

95) *Rossi*, 101.

96) Bu şekildeki bir fiil, meselâ Türk Ceza Hukuku mevzuatına göre, TCK. 146., 141., 142. maddeleri ve 38 sayılı kanunu ihlâl etmiş olabilir.

97) Bk. aşağıda §. III.

Modern demokratik devletlerde, demokrasinin tanzim ve sınırlandırılması, fert ile devleti karşı karşıya getirmiştir. Fert tarafından hürriyet sınırlarının aşılması suç teşkil ettiği gibi; devlet'in hürriyetleri aşırı sınırlandırması da önlenilmek istenmektedir. Âmme hakları ve hürriyetleri mefhumu, devlet ile fert arasında objektif hukukî münasebetlerin doğumuna sebep olmuştur. Fert hürriyetinin emniyet ve eşitlik içinde icrası gene devlet tarafından temin edilmesi gereken bir konudur.<sup>98</sup> Hürriyetler sadece devlet tarafından verilmekle kalmaz ve fakat aynı zamanda bunu icra edecek imkânların da tanınmasını icap ettirir. İşte hürriyet aleyhine fiiller, suç olarak ortaya çıksınlar veya icra kuvvetinin icraatı sonucu olsunlar, hürriyetin kullanılmasını icap ettiren objektif hukukî münasebeti bozan, hürriyetlerin emniyet ve eşitliğini sarsan fiillerdir. Bu imkânları hazırlamayan devlet, kendi kurduğu hürriyetçi düzenle çelişmezliğe düşmüş demektir. Devlet memurları dahi, devlet iktidarını kullanan kimseler olarak gözükmekte ve bunların memuriyetlerinden doğan yetkilerin suistimali ile, âmme hürriyetlerini ihlâl edici davranışlarda bulunmaları hürriyet aleyhine cürümleri meydana getirmektedir. Bu durumda münasebet sübjektif mahiyet taşımamakta ve fiilin motifini ferdî düşünceler teşkil etmemektedir. Halbuki, fertten ferde karşı olan fiiller aynı maddî mevzuu ihlâl etse dahi, münasebet ferdî ve sübjektif kalmaktadır.

Hürriyet aleyhine davranışların önlenmesi ve âmme haklarının himayesi muhtelif usullerle temin edilmektedir. Anayasa vesair kanunlarla tayin edilmiş bulunan hürriyeti koruyucu sistemler üç grup altında toplanabilir. Bu tedbirler, özellikle Devlet ile fert münasebetleri bakımından ortaya çıkmaktadır:

#### 1 — *Anayasa müesseseleri ve prensipleri ile :*

Bütün demokratik ve modern Anayasalar kurdukları bir takım müesseseler ve kabul ettiği prensiplerle fert hürriyetlerini koruyucu hükümler kabul etmiştir. Anayasalar son asır içinde, sadece devlet teşkilâtını kuran bir yasa olmaktan çıkıp, kişisel hürriyetleri de temin eden bir yasa olmasının tabii sonucudur. Devletler hürriyetleri tanımak mükellefiyetini Anayasadan almışlardır. Aynı şekilde bu hürriyetlerin himayesi de, Anayasalar tarafından temin olunmuş ve diğer bir deyişle iktidarlar ve fert davranışları karşılıklı olarak

98) Rossi, 38.

sınırlandırılmıştır.<sup>99</sup> Bu Anayasa müessese ve prensiplerine Türk Anayasasını örnek almak suretiyle kısaca işaret edelim:

a) Devlet, Anayasanın 10. maddesi ile kişi haklarını sınırlayan bütün siyasî iktisadî ve sosyal bağları kaldırmak mükellefiyetine tabi tutulmuştur. Bu şekilde, hürriyetlerin sadece verilmesinin kâfi olmadığı ve fakat onu kullanacak imkânların da hazırlanması gerektiği prensibi kabul edilmiştir. Nitekim Anayasa gerekçesinde de, temel hakların gerçekleştirilmesinin devlet için bir vazife olduğu belirtilmiştir.<sup>100</sup> Bu prensip genel direktif mahiyetinde olup, Anayasa içindeki bir çok hükümler, Devletin müsbet ve menfi vazifelerini nasıl gerçekleştireceğini göstermektedir.<sup>101</sup>

b) Anayasanın 11. maddesi, fert hürriyetlerinin tanzimi sırasında kanun yapıcıyı ve icrayı bağlayıcı bir hüküm taşımaktadır ve hürriyetlerin hiç bir zaman özüne dokunacak şekilde kısıtlanamayacağını belirtmektedir. Kanunla sadece, kısıtlanabilecek olan hürriyetler'in kısıtlanma hududu bu şekilde belirtilmiştir. Anayasa, 10. ve 11. maddeleri, «Temel hakların niteliği ve korunması» başlığı altında incelemiştir.

c) Eşitlik prensibi de, Anayasamızın, 12. maddesinde belirtilmiştir ve kişisel imtiyazlar tanınmamasını, bir kişinin hürriyetinin diğerleri aleyhine çoğaltılmaması, diğerlerinin azaltılmaması esasını koymaktadır.<sup>102</sup>

d) İcranın kanunsuz ve kişi hürriyetini kısıtlayıcı davranışlarını önlemek bakımından, 62. madde dilekçe ve şikâyet hakkını, temel bir siyasî hak olarak kabul etmiştir.

e) Anayasa Mahkemesi de, kişi hürriyetlerinin savunusunu yapacak bir müessese yapısını taşımaktadır. Hürriyetlerin tanzimi gerekçesi ile, yasama organlarının kişi hürriyetlerini yok edecek tasarruflarda bulunabilmesi imkân dahilindedir. Anayasa mahkemesi, Anayasanın koyduğu temel prensiplerin ışığı altında yasama tasarruflarını inceleyecek bir organ durumundadır.

f) Kanunların tarafsız tatbiki ve icranın tatbiki olarak kişi hürriyetlerini kaza yoluyla sınırlandırması ve yok etmesi yolunun

99) *Croce*,

100, 101) *Unver*, 28.

102) *Rossi*, 100.

önlenmesi bakımından Hâkim teminatı önemli bir yer tutmaktadır. Anayasamız, 143, 144. maddelerde bu teminatı gerçekleştirecek tedbirler almıştır.

g) Nihayet danıştay da, idareyi murakabe ve ferdi davranışları ve hakların istimalini önleyici, kanuna aykırı işlemleri aleyhine karar alabilme yetkisi ile hürriyetleri koruyucu ödev görmektedir.

h) Fevkalâde zamanlarda ilân edilen Sıkıyönetim de, kişi hak ve hürriyetlerini, olağan dışı sınırlayan bir rejimi ifade etmektedir. Anayasamız, 124. maddede, sıkıyönetim sebeplerini tahdit etmek, icranın kararını yasama organının tasdikine bağlamak, azami müddetler tayin etmek suretiyle hürriyetleri olağanüstü bir şekilde tahdit edici rejimleri sınırlamak istemiştir.

## 2 — *Hukuk prensipleri ile :*

Anayasalar tarafından kabul edilen genel müesseseler ve prensipler'in dışında, çoğu gene Anayasalarca gösterilen bir takım hukuk prensipleri de vardır ki, bunlar hukuk tatbikatında ve kanunlar'ın uygulanmasında, ferdi âmme otoritesine karşı koruyucu mahiyet taşımaktadırlar. Burada özellikle, Ceza Hukuku ile Ceza Usul Hukuku bakımından ortaya çıkan bazı prensiplere kısaca işaret etmek isteriz: Nitekim Anayasamız, 30 - 34. maddeleri, «Hakların korunması ile ilgili hükümler» başlığı altında toplamış ve Ceza Hukuku ile Ceza Usul Hukukunu ilgilendiren ve kişi hak ve hürriyetlerini koruyucu mahiyette prensipleri vazetmiştir.

Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku ilgili bu şekildeki prensiplerin, kişi hak ve hürriyetlerini korumak bakımından arzettiği önem Âmme hukuku müellifleri tarafından da genel olarak kabul edilmektedir.<sup>103</sup> Usuli ve cezai bir takım kaidelerin genel olarak hürriyetler bakımından arzettiği önem, bu konuyu inceleyen milletlerarası kongrelerde dahi incelenmiştir.<sup>104</sup>

a) *Ceza Hukuku ile ilgili prensipler :* Anayasamız, 14. maddede her türlü şahsî hürriyetin hâkim kararı ile kayıtlanabileceği, işkencenin yasaklanması prensiplerini vaz'etmiştir; gerekçede bu

103) *Colliard*, 40.

104) Özellikle 1959 Yeni Delhi Hukukçular kongresi bu konu ile ilgilendi ve bir takım prensiplere varmıştır. Bu konuda bk. *The Rule of Law in a Free Society*, A report on the International congress of Jurists, s. 247 - 279.

hükümler hürriyetlerin teminatı olarak belirtilmektedir.<sup>105</sup> Gene Anayasanın 33. maddesinde cezaların ve suçların kanuniliği, şahsiyeti prensibi kabul edilmiş<sup>106</sup> ve kimsenin kendi aleyhine sonuçlar doğuracak bir işleme zorlanamayacağına işaret edilmiştir.<sup>107</sup>

b) *Ceza Usul Hukuku ile ilgili prensipler* : Anayasamız, 31. maddemizde yargıya başvurma hakkını herkes için tanımış, 30. maddede tevkif sebeplerini belirtmiş ve hâkim kararının gerekliliğini bir Anayasa kuralı haline getirmiştir.<sup>108</sup> Aynı şekilde, tabii hâkim prensibi 32., Duruşmanın açıklığı ve kararların gerekçeli olması prensibi 135. ve arama, sorgu v.s. gibi usuli muamelelerin hâkim kararına bağlı olduğu Anayasanın muhtelif maddelerinde belirtilmiştir.<sup>109</sup> Aynı şekilde, Usul Kanunumuzda mevcut olan Sorguya, arama v.s. gibi sair usuli muamelelere ait hükümler de kişi hürriyetlerinin vikâyesi amacını gütmektedirler.

### 3 — Ceza Normları ile :

Yukarıdan beri belirttiğimiz hükümler ve müesseseler, hürriyetleri koruyucu ve ihlâl edici davranışları önleyici mahiyet taşımaktadırlar. Ceza Normları ise, gerek hürriyetin özüne, gerek icrasına karşı olan fiilleri tecrim etmek suretiyle, faillerini cezalandırmak ve bu gibi davranışları önlemek amacını gütmektedir.

## II — Hürriyet aleyhine cürümler'in gelişimi.

Hürriyet aleyhine cürümler, tarihin eski çağlarında görülen bir suç grubu değildir.<sup>110</sup> Bununla beraber, bugün hürriyet aleyhine işlenen suçlar grubuna giren muhtelif suçlar Roma Hukukunda da yer almış blunmaktaydı. Fakat bu suçlar, hürriyete karşı bir suç olarak kabul edilmiyorlardı. Zira hürriyet, bir hak olarak işlenmiş kabul edilmiş mefhumlardan değildi.<sup>111</sup> Roma Hukukunda, bugün hürriyet aleyhine suçlar içinde mütalâa edilen suçlardan cezalandırılanların başlıcaları: Crimen Vis diye isimlendirilen ve kendi içinde

105) *Unver*, 30.

106) Hürriyetler bakımından bu prensibin önemi için bk. *Nuvolone*, 31 - 43 *Rossi*, 167.

107) Bu konulardaki gerekçe için bk. *Unver*, 43.

108) Gerekçe için bk. 42, 43. Bu konudaki Delhi kongresi kararları için bk. A report on the International congress of Jurists, 249.

109) Anayasa gerekçesi için bk. *Unver*, 31.

110) *Florian*, II, 2.

111) *Florian*, II, 3.

de *Vis pubblica* ve *vis privata* diye ikiye ayrılan, suçlardır ki, bir kimsenin hürriyetini sınırlayan fiillerden müteşekkildir. İlk olarak *lex Plautia* ve *lex Lutatia* tarafından 78 - 675 yılları arasında cezalandırılmıştır. Bu suçların politik karakterleri mevcuttur.<sup>112</sup> Bugün devlet'in şahsiyetine karşı olan muhtelif suçlar bu grup altında cezalandırılmıştır. Fertlere karşı cebir şiddet ve cinsî saikle kaçırma suçları da bu grup içinde toplanmaktadır. Siyasî haklara karşı bazı suçlar da, bu gruba dahildirler.

Roma Hukuku bakımından cezalandırılan diğer bir suç da, hür bir insanı hürriyetinden mahrum etmeği ve içinde bulunduğu statünün kendisine verdiği hakları kullanmaktan menetmeği ifade eden *plagium* suçudur.<sup>113</sup> Aynı şekilde, hürriyeti tahdit suçu da müstakil bir şekilde cezalandırılmaktadır.<sup>114</sup> Bu iki suç da, *vis grubund*an ayrılarak müstakil mahiyet kazanmışlardır.

Bugün din hürriyetine karşı olan fiiller de, değişik bir yapı içinde Roma Hukuku tarafından cezalandırılmaktaydı. Roma Hukuku din hürriyetini değil ve fakat dinin kendisini korumakta, dine küfür, dinden çıkma, muaddes yerleri tahrip fiilleri cezalandırılmaktaydı.<sup>115</sup> Aynı şekilde ölümler aleyhine fiiller de suçtu.<sup>116</sup> Sadece Roma Hukukunun son devirlerde yabancı dinlere tolerans tanıdığı ve hattâ bir dereceye kadar onları koruduğu da bir vakıadır.<sup>117</sup>

Nihayet *a m b i t u*, diye isimlendirilen ve seçimlerin bozulması suçları da cezalandırılmakta idi.<sup>118</sup>

Germen hukukunda ise, fert hürriyetleri geniş bir korumaya sahip kılınmıştı. Hür bir insanı satmak, hürriyetten mahrum etmek, kilisenin masuniyetini ihlâl, cezalandırılan suçlar arasında idi ve fert hürriyetini ihlâl eden cürümler, ferde karşı işlenmiş fiiller olarak kabul ediliyor, şahıslara karşı işlenmiş suçlardan biri şeklinde tavsif ediliyordu.<sup>119</sup>

Fransız hukuku ise, hürriyet aleyhine cürümleri, politik hürriyetler aleyhine cürümler içinde incelemiş ve Anayasa tarafından kabul edilmiş haklara karşı bir mahiyet tanımıştır. 1791 Ceza ka-

112) *Florian*, II, 3.

113) *Falchi*, II, 195.

114) *Noseda*, 243 - *Okandan*, 471.

115) *Falchi*, II, 216.

116) *Florian*, II, 9.

117) *Özek*, 166.

118) *Falchi*, II, 193.

119) *Noseda*, 244. Bazı İtalyan müellifleri de aynı esası benimsemişlerdir: *Carrara*, *Programma*, II, § 1558 - *Pessina*, II, 150 - *Civoli*, 632.



nununda, bu suçları, «Anayasaya karşı cürümler» başlığı altında birleştirmiştir.<sup>120</sup> Bu başlık hakkında, bugün âmme hakları dediğimiz, hürriyetlere karşı cürümleri incelemiştir. 1810 kanunu ise, yine Anayasaya karşı cürümler başlığı altında ve fakat «medeni hakların icrası ile ilgili» alt başlığı içinde incelemiştir. Fakat yine de politik hürriyetler bu kısımda yer almıştır. Fransız âmme hukuku doktrini, hürriyeti tabii bir mefhum olarak kabul ettiği halde, politik sebeplerle, Ceza Kanunlarında hürriyetleri tamamiyle pozitif bir görüş açısından sistemleştirmişler ve hürriyetler'in kaynağının Anayasa olduğunu kabul etmişlerdir.<sup>121</sup> 1810 Ceza Kanunu, 1791 kanununun şahsî hürriyet aleyhine işlenen cürümleri dahi Anayasaya karşı cürümler içinde saymasına karşılık, bir ayırım yapmış ve politik hürriyetler, meselâ seçim hürriyeti aleyhine suçları aynı mahiyette kabul ettiği halde, ferdî hürriyetler aleyhine suçları, şahıslara karşı cürümler arasında incelemiştir. Bu sistem, 1867 Belçika ve 1870 İspanyol Ceza kanunu ile, Sardunya Ceza kanunu tarafından da benimsenmiştir.<sup>122</sup> Fransız Ceza Kanunu, âmme otoritelerinin, iktidarlarını suistimal suretiyle işledikleri cürümleri ise, hürriyet aleyhine suçlar arasında kabul etmektedir. Fransız 1810, kanunu, bir fiilin fertten ferde işlenmesi ile, memurdan ferde işlenmesi arasında fark kabul etmiştir.<sup>123</sup>

Modern kanunlara kadar mevcut Ceza Kanunlarının bir müşterek hususiyeti olarak, iş ve çalışma hürriyeti ile sosyal haklar ile ilgili konulara da kısır bir durumda bulunuşu, gösterilebilir. Çalışma ve ticaret hürriyeti, sadece bir ferdî durum olarak görülmüş ve bu hürriyetleri tamamamlayan Sendika, Grev v.s. hürriyetleri üzerinde durulmamıştır. Aynı şekilde, sosyal haklarla ilgili fiillerde mevcut değildir. Bunu da, bu kanunlar yapıldığı vakit, bu mefhumların daha gelişmemiş olması ile açıklamak mümkündür.

Hürriyet aleyhine cürümler'in doktrin bakımından tarihî gelişimine de kısaca bakmak yerinde olur.<sup>124</sup> Carmignani, Giuliani, Grolman, Tittman, Feuerbach gibi düşünürler, hürriyet aleyhine cürümleri, hususî ihlâller olarak kabul etmişler ve şahsa karşı cürümler içinde incelemiştir. Bu telâkki tarzı özellikle, Alman ülkesindeki kanunlaştırma hareketlerinde tesirini göstermiştir. Bura-

120) *Nosedá*, 245.

121) *Dalloz*, Répertoire, XIX, 198.

122) *Florian*, II, 40.

123) Bk. *Florian*, II, 60.

124) Bu konuda geniş bilgi için bk. *Florian*, II, s. 112 - 135.

larda, hürriyet aleyhine cürümler, şahıs hürriyeti aleyhine cürümler grubu içinde mütalâa edilmiştir. Zenardelli dahi bu telâkkinin tesiri altında kalmıştır. Grolman, Tittman ve Feuerbach tarafından savunulan hürriyet grubuna, sonraları, mesken ve sır masuniyeti aleyhine cürümler de ilâve edilmiş ve hürriyet aleyhine cürümler mefhumu genişlemiştir. Bu genişleme bilhassa Carrara<sup>125</sup> ve Pessina'nın etkisi ile olmuştur.<sup>126</sup> Alman doktrini tarafından da benimsenmiştir.<sup>127</sup> Nihayet üçüncü bir safhada, çalışma ve ticaret hürriyeti aleyhine cürümlerle,<sup>128</sup> devlet memurları tarafından hürriyet'e karşı cürümlerin işlenmesi halleri de, hürriyet aleyhine suçlar arasına katılmışlardır. Bu şekilde, hürriyetin ferdi münasebetler dışında da ihlâl edilebileceği kabul edilmiştir. Şehvet hissi veya evlenme maksadı ile işlenen kaçırma cürümlerinin dahi, hürriyet aleyhine suçlar içinde işlenmesi gerektiğini belirterek, bu suç grubunu daha da genişletenler mevcuttur.<sup>129</sup>

Alman doktrininin üzerinde pek durmadığı bir konu üzerinde Fransız doktrini durmuş ve «siyasî hürriyet aleyhine cürümler» mefhumunu işlemiştir. Siyasî hürriyet de, vatandaş haklarından sayılmıştır. Bu mefhum, politik hakları ifade etmiş ve sadece seçim hukuku ile ilgili olarak kabul edilmiştir. Alman doktrini, bu mefhumları dahi, medenî haklar mefhumu içinde incelemiştir. İtalyan hukukunda ise, sadece Pessina bu suçları hürriyet aleyhine suçlar içinde mütalâa etmiştir.<sup>130</sup> Yukarıda da belirttiğimiz gibi, doktrinde dahi, çalışma hürriyeti aleyhine cürümler bir kesinliğe kavuşmamıştır.

Hürriyet aleyhinde cürümleri sistemleştirmek bakımından eski doktrini iki ana gruba ayırmak mümkündür:

a) Birinci grup müellifler Alman müellifleridir ve bütün hürriyet aleyhine cürümleri tek bir grup altında toplamaktadırlar. Bunlara göre bütün hürriyet aleyhine cürümler, şahıs hürriyeti aleyhine işlenmişlerdir. Siyasî hürriyetler aleyhine işlenen cürümler dahi, şahsî hürriyet grubu içinde mütalâa olunmuştur. Diğer bir deyişle, tek bir hürriyet mefhumu olarak, ferdi hürriyet kabul edilmekte ve ayırım yapılmamaktadır.<sup>131</sup>

125) Carrara, programma, II, §. 1630.

126) Pessina, II, 162.

127) Florian, II, 119 not 2.

128) Carrara, Programma, II, §. 1608.

129) Tolomei, §. 1767 (Florian, II, 119).

130) Pessina, III, 37.

131) Pessina, III, 162.

b) İkinci grup müellifler ise, şahıs hürriyeti mefhumunun dışında geniş bir hürriyet grubu kabul etmekte ve bu grup içinde ayrımlar yapmaktadırlar. Bütün bu hürriyet aleyhine cürümler, bir tek grup altında toplanmaktadır. Fert hürriyeti, bu grubun içinde, bir tek hürriyet nev'ini teşkil etmektedir.

Bu doktrin hareketleri içinde, Zenardellinin 1889 İtalyan Ceza Kanunu hazırlanmış ve bu iki grup cereyanın da tesiri altında kalmıştır. Bu bakımdan sistem itibariyle tenkitleri üzerine çekmiştir.

### III. — 1889 İtalyan Ceza Kanununda hürriyet aleyhine cürümler.

Ceza Kanunumuzun mehazı olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu ikinci kitabın, ikinci başlığını Hürriyet aleyhine suçlara tahsis etmiştir. Ondokuz maddelik bu bölüm içinde, Zenardelli kanununca hürriyet aleyhine işlendiği kabul edilen suçlar belirli bir tasnif içinde gruptandırılmıştır.

Zenardelli Ceza Kanunu, gerek bizim kanunun mehazı olması bakımından gerek zamanının felsefî ve siyasî görüşlerinin bir ifadesini teşkil etmesi bakımından önem taşımaktadır. Yukarda hürriyetin muhtelif görüş açısından izahını özetlerken belirttiğimiz liberal, moralist hürriyet anlayışı geniş ölçüde Zenardelli kanununda yer almış bulunmaktadır. Kanun, hürriyeti bütün bir moral değer olarak kabul etmek suretiyle çağının görüşünü aksettirmiştir. Zenardelli kanununa göre hürriyet aleyhine suçların hukukî muhtevası olarak kabul edilen hürriyet mefhumunun, kanun yapıcı tarafından hangi özelliklerle kabul edildiğini incelemek, kanunun sistemini göstermek ve bu konuda doktrinde beliren fikirleri ortaya koymak gerektiği kanaatindeyiz. Bu şekildeki bir inceleme, hem yukarıda hürriyet aleyhine suçların tarihî gelişimini gösterirken belirttiğimiz safhaların birisini daha ortaya çıkartacak ve hem de, Türk Ceza Kanunundaki Hürriyet aleyhine suçların mevzuu bakımından genel prensiplerini tesbit edebilmemize yarayacaktır. Zira, görüleceği gibi ana prensipler bakımından iki kanun arasında belirli bir ayrılık mevcut değildir.

#### 1 — 1889 Ceza Kanununun Hürriyet aleyhine cürümler konusundaki temel görüşü.

Zenardelli ceza kanunu, hürriyet aleyhine suçları bir grup altında toplarken, tamamiyle ferdiyeci bir görüş açısından hareket

etmiştir. Pozitivist ve toplumcu hürriyet anlayışı o çağ içinde henüz kuvvet kazanmış değildir. Kişi hürriyetleri, kanunlara takadüm eden ve insanın yaratılması ile doğan değerlerdir. İnsan belirli bir statünün içinde bulunduğu için hürriyet sahibi değildir. Aksine hürriyet insanla mevcut olduğu içindir ki, toplumu kuran yasalar hürriyetleri kabul etmek zorunluluğunda kalmışlardır. Bu ana düşünce içinde, Zenardelli Kanundaki hürriyet aleyhine suçların hukukî muhtevası olan hürriyetin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz :

a) *Ceza Kanunu Hürriyeti korumaktadır* : Zenardelli Kanunu hürriyet mefhumunu müstakil hukukî mevzu haline getirmiştir. Meselâ, dinin bizatihî kendisini korumamakta, bu dine mensup olma serbestisini ve duyulan hisleri korumaktadır.<sup>132</sup> Aynı şekilde, meselâ, sırrın masuniyeti ile ilgili suçlarda, ortaya çıkan sır, konu değil, sırra sahip olma hürriyeti korunmaktadır.<sup>133</sup> Siyasî hürriyetlerde dahi seçim emniyeti, toplanma emniyeti v.s. değil sadece fertlerin bu konudaki serbest iradelerinin izhar edilememesi koruma konusu olmaktadır.<sup>134</sup> Nitekim bu sebeptir ki, kanun bir çok hallerde, suçların teşekkülünü hususî kast'a bağlamıştır.

Zenardelli raporunda da, temel fikrin hürriyeti şekillendirmek, Anayasanın tanıdığı hürriyetleri ve hakları teminat altına almak olduğu belirtilmekte ve bu sebeple hemen devletin şahsiyetine karşı cürümleri takiben tanzim edildikleri belirtilmektedir.<sup>135</sup>

b) *Ceza Kanunu ile korunan hürriyet hukukî bir mefhum değildir* : Hürriyet objektif hukukî bir konu olmadığı gibi, tam ve rasyonel bir sisteme göre de tanzim edilmiş değildir. Kaynağını zamanın politik ve felsefi liberal telâkkilerde bulmaktadır. Hürriyetin tabii hukuk ve hak sistemi içinde bulunduğu moral mâna kanun tarafından benimsenmiştir. Hürriyet ferdin politik biçim içindeki gelişiminin değil, aksine tabiat içindeki gelişiminin bir sonucu olmaktadır.<sup>136</sup> Ceza Kanunu hürriyetleri korumakla onları ihdas etmiş değildir. Sadece fertlerin tabii ve müstesep haklarını himaye

132) *Noseda*, 323 - *Consoli*, 40.

133) *Manzini* (1921), IV, 639.

134) *Noseda*, 252 - *Ugo*, 806.

135) Rapor için bk. *Negri*, 595.

136) Raporun bu ifadesi için bk. *Negri*, 596.

eylemektedir. İnsanlık haysiyetinin doğurduğu vasıflar birer postula olarak kabul edilmiştir.<sup>137</sup>

Hürriyet, politik hakların icrasının dışında şahsın fizik ve psikolojik irade serbestisini ifade etmektedir. Bu hareket serbestisi kanun tarafından değil, kanuna tekaddüm eden şartların bir sonucudur.<sup>138</sup> Kanun sadece negatif bakımdan hürriyeti tanzim etmiş ve sınırlarını belirtmiştir.<sup>139</sup>

1889 İtalyan Ceza Kanunu Hürriyet konusunda bu esası benimsemekle, klâsik Fransız sisteminden ayrılmış ve İtalya bakımından da Fransız sistemini benimseyen Sardunya Kanununun sistematiğini terketmiştir.<sup>140</sup>

c) *Hürriyetlerin bütünü fert hürriyetlerini meydana getirmektedir* : Hürriyet aleyhine cürümlerin içinde toplanmış bulunan tek tek uçlar, fert hürriyetinin çeşitli izhar tarzlarına tekabül etmektedir ve tek bir hürriyet mefhumu ve tek bir başlık mevcuttur.<sup>141</sup> Bu husus Zanardellinin raporunda da açıkça belirtilmiştir.<sup>142</sup> Kanun hakkındaki Mebuslar Meclisi raporunda da (Villa raporu), vatandaşlar'ın basit birer vatandaş olarak düşünülmedikleri ve devletin iradeye sahip atomları olmadığı belirtilmektedir. Villa raporuna göre, fert devleti meydana getiren hayati unsur, gıdadır. İnsan, insan olmak hasebiyle bölünmez, bütün bir hürriyet niteliğine sahiptir. İnsanın karakterinden doğan serbest hareket hakkı ve bu hakkın icrası hürriyet aleyhine işlenen suçların bir grup altında ve birlikte düzenlenmesini talep ettirmiştir.<sup>143</sup> Zanardelli kanunu bu prensipleri ile Alman doktrininden ve 1930 İtalyan Ceza kanunundan ayrılmaktadır. Zanardelli ise, fertlerin fert hürriyetini bir bütün olarak kabul etmekte ve fert hürriyeti ile şahsı hürriyetleri birbirinden ayırmaktadır. Şahıs hürriyeti, fert hürriyeti bütünüünün bir cüzünü teşkil etmektedir.<sup>144</sup>

d) *Hürriyet aleyhine cürümler ferdî haklara karşı işlenmiştir* : Hürriyetler'in bütünüünün fert hürriyetlerini meydana getirmesi prensibinin tabii bir sonucu olarak, Hürriyet aleyhine cürümler'in,

137) Özek, 229.

138) Tesauro, col. 127, 128.

139) Manzini (1921), IV, 363.

140) Florian, II, 106.

141) Florian, II, 107.

142) Rapor için bk. Crivellari, V, 371.

143) Villa Raporu için bk. Florian, II, 107.

144) Manzini (1921), IV, 472.

bu hürriyete sahip fertler aleyhine işlendiği kabul edilmelidir.<sup>145</sup> 1889 Kanunu mücerret bir hürriyet mefhumunu, hukukî korumanın mevzuu olarak kabul etmiş, bu mefhumun icrası bakımından da ferdi himaye etmiş; hürriyeti ferde ait bir hak, maliki bulunduğu değer şeklinde izah eylemiştir. O kadar ki yeni doğmuş bir çocuğun dahi hürriyet sahibi olduğu kabul edilmiş ve korunmuştur. Onbeş yaşına kadar olan kimseler, rızaları mevcut olsa dahi, ferdi hürriyetleri yönünden himaye görmüşler ve rızalarına rağmen, hürriyetlerinin tahdidi cezalandırılmıştır. Mevzu Kanununun 148. maddesi, mağdurun iradesine rağmen, onun hürriyetini himaye etmiştir.<sup>146</sup> Bu durum dahi, göstermektedir ki, Hürriyet aleyhine cürümler'in mağduru, fertler ve fertlerin sahip oldukları hürriyet haklarıdır. Bu şekilde, Kanun fertlere karşı vaki olacak, birtakım, fiilleri, hürriyetin bizatihi kendisine karşı kabul etmiş ve bir grup altında toplamıştır.<sup>147</sup> Ferdin muhtelif, hak ve eylemelerinin icrasını önleyen fiiller, bu hak ve eylemleri icra edebilmek imkânını ifade eden Hürriyete karşı olarak kabul edilmişlerdir. Bu hakkın ihlâli, dolayısıyla değildir. Doğrudan doğrudur. Başka bir hakkın ihlâli dolayısıyla ferdi hürriyet de ihlâl edilmiş değildir.<sup>148</sup>

## 2 — 1889 Ceza Kanununun, Hürriyet aleyhine cürümler konusundaki sistemi.

1889 Ceza Kanunu, İkinci kitabın, ikinci babında, Hürriyet aleyhine cürümleri tanzim etmiştir. Bap, altı fasla ayrılmıştır.

145) *Crivellari*, V, 371.

146) Bazı müellifler, 148. maddede tanzim edilmiş bulunan, küçüklerin hürriyetlerinin tahdidi fiilini, küçüklerin hürriyeti söz konusu olamayacağı için, velâyet ve vesayet hakkına karşı işlenmiş olarak kabul etmişlerdir (Bk. *Nocito*, 573 - *Tuozzi*, II, 243). Nitekim, 1930 Ceza Kanunu dahi bu suçu, aile nizamı aleyhine cürümler içinde incelemiş ve patria potestas'ı himaye etmiştir. Buna karşılık, 1889 Ceza Kanunu içinde, aynı neticeye varabilmek mümkün değildir. Gerek, kanunun sistemi gerek mantıki, felsefi esası 1930 kanunu ile aynı şekilde düşünmeğe manidir. Nitekim, birçok İtalyan Cezacıları, 148. maddenin patria potestas'a karşı olduğu fikrini reddetmişlerdir: *Florian*, II, 401 - *Nosedà*, 476 - *Berner*, 341 - *Manzini*, (1921), IV, 519. 1930 Ceza Kanununun Bakanlık Raporunda dahi, 1889 Ceza Kanununun 148. maddesinin doğrudan doğruya küçükün hürriyetini koruduğunu belirtmektedir: bk. Rel. Min. sul Progetto Definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 360, n. 644.

147) *Florian*, II, 109.

148) *Nosedà*, 241.

Birinci fasıl, Siyasî hürriyet aleyhine cürümleri tanzim eylemektedir. Bu kısımda, ferdin siyasî hayata katılma hakları himaye görmektedir. Politik hakların, sübjektif veya objektif mahiyette olduğu hususunda münakaşalar mevcuttur. Politik haklarla hürriyet hakları arasında bir ayırım yapılmakta ve Politik haklarda sübjektif mahiyet bulunmadığı ifade edilmek istenilmektedir.<sup>149</sup> Bu bakımdan, başlığın, «siyasî hürriyet» yerine, «siyasî haklar» olması gerektiği belirtilmektedir.<sup>150</sup> Nitekim maddenin metninde de, siyasî haklardan bahsedilmektedir. Bu suç düzenleyen, 139. madde, genel hüküm mahiyetindedir ve diğer hususî kanunların tanzim etmediği hallerde kabili tatbik bulunmaktadır.<sup>151</sup> Suç konusu teşkil eden siyasî haklar sadece seçim hakları olmayıp, siyasî hayatla ilgili bütün haklardır.<sup>152</sup>

İkinci fasılda ise, Din Hürriyeti aleyhine cürümler cezalandırılmaktadır. Din, bir maddî muhteva olarak değil, ona inananların inanç hürriyetleri yönünden korumuş ve bu himayeyi de, bütün dinler ve mezhepler için eşit olarak kabul etmiştir. Devlet'in, din karşısında tamamen ilgisizliği sonucu olarak, dini inanç da sübjektif - ferdi durum olarak görülmüş ve hattâ 141. madde de, dinlerin tahkir ve tezyifi suçunun takibi şikâyete bağlı tutulmuştur. Dini hislerin yani vicdan ve ibadet hürriyetinin himayesi dışında kanun, ölüleri ve mezarları da himaye etmiş ve bunlara karşı fiillerin dahi, din hürriyeti aleyhine olduğunu kabul etmiştir.<sup>153</sup>

Üçüncü fasılda, fert hürriyeti aleyhine cürümler tanzim edilmiş bulunmaktadır. Bu fasılda, ferdin bütün alanlarda serbest hareket edebilmesi sağlanmak istenmektedir.<sup>154</sup> Hukukî hareket edebilmek imkânının ve kapasitesinin himayesi bahis konusudur. Ferdi hürriyet hakları himaye konusu olmaktadır.<sup>155</sup> Fert Hürriyetleri içinde, dar anlamda şahıs hürriyeti himaye görmektedir ve tamamiyle sübjektif muhtevası mevcuttur.<sup>156</sup> Şahıs Hürriyeti, iç ve dış hürriyet olmak üzere iki cepheden korunmuş bulunmaktadır. Ka-

149) *Nosedá*, 262 ve müt.

150) *Erem*, Hürriyet ve suç, 11.

151) *Erem*, Hürriyet ve suç, 11.

152) *Nosedá*, 266, 274 - *Florian*, II, 205 - *Manzini* (1921), IV, 365.

153) 1889 İtalyan Ceza Kanununun Din Hürriyeti ile ilgili sistemi hakkında geniş bilgi için bk. *Ösek*, 175 ve müt., 223 ve müt.

154) *Florian*, II, 309.

155) *Crivellari*, V, 469.

156) *Nosedá*, 242.

nunda ise, bu konuda bir alt ayırım mevcut değildir. Gerçekte ise, 145. maddedeki esaret, 146. maddedeki hürriyeti tahdit, 149. maddedeki usulsüz arama, 150. maddedeki mahkûmlara kötü muamele 151. maddedeki usulsüz tevkif suçları, dış - fizik hürriyete karşı ika edilmiş suçlardır. Buna karşılık, 154. maddedeki tehdit, cebir şiddet ve 156. maddedeki tehdit fiilleri moral - iç hürriyete karşı ilenmiş sayılmalıdırlar.<sup>157</sup>

Bab'ın dördüncü faslı ise, konut dokunulmazlığı ile ilgili suçları tanzim etmiştir. Bu suçlar Medenî Kanununun kabul ettiği ika-metgâh mefhumunu değil, bundan daha geniş olarak, doğrudan doğruya oturulan yeri himaye etmektedir. Mesken hürriyeti, fert hürriyeti mefhumunun bir sonucu, insan şahsiyetinin mahiyetinden doğan bir değer olarak himaye görmektedir.<sup>158</sup> Bu bakımdan da, mesken dokunulmazlığının ihlâli doğrudan doğruya, insan şahsiyetinin ihlâli anlamını taşımaktadır. İhlâl edilen, sadece ferdin tek başına hürriyeti değil ve fakat, toplumsal faktör olarak aile de yapı itibarıyla korunmaktadır.<sup>159</sup> Mesken'in korunması bakımından, bu suç'un mesken sahibi olmak hakkına karşı olduğunu ve bu bakımdan mülkiyet aleyhine suçlar arasında tanzim edilmesi gerektiğini belirtenler de mevcuttur.<sup>160</sup> Gerçekte ise, mesken masuniyetinin ihlâli ile, aynı zamanda bu dokunulmazlığı garanti eden toplum düzeni de ihlâl edildiği için, objektif durumlar da ihlâl edilmiş olmaktadır ve mal aleyhine bir cürüm şeklinde tefsir edilemez.<sup>161</sup> Ceza Kanunu, mesken dokunulmazlığını kişisel haklardan saymış olmakla beraber, diğer hürriyetlere nisbetle bu suç bakımından objektif bir karakter, toplumsal bir yapı da tanımıştır. Onun için ihlâl edilen mevzuu sadece, ferdi bir durum olarak kabul edebilmek imkânı mevcut değildir. Nitekim, İtalyan Doktrininde de, mesken dokunulmazlığı aleyhine işlenen suçların toplumsal yönü üzerinde geniş ölçüde durmuşlar ve sadece kişisel bir münasebet içinde durumun incelenemeyeceğini; ihlâlin sadece ferdi durumlara karşı olmadığını, toplum düzenini de ihlâl ettiğini, kabul etmişlerdir.<sup>162</sup> Bu suçların dahi sadece, ferdi durumlara karşı işlendiğini kabul eden Florian, dahi,

157) *Florian*, II, 309.

158) *Florian*, II, 429.

159) *Florian*, II, 429.

160) *Civoli*, 1350.

161) *Manzini* (1921), IV, 600.

162) *Manzini* (1921), IV, 600.



daha sonra bu suçun aile vasıtasıyla toplumsal değerleri ihlâl ettiğini belirtmek suretiyle kendi kendisi ile tenakuza düşmektedir.<sup>163</sup> Buna rağmen çoğunluğun, mesken hürriyetinin ihlâlini tamamiyle ferdi hürriyet aleyhine bir suç olarak kabul ettikleri muhakkaktır.<sup>164</sup>

Beşinci fasılda ise, sırrın dokunulmazlığı aleyhine fiiller tecrim edilmektedir. Bu fiiller esas itibariyle iki ayrı grup teşkil etmektedirler ve bir başlık altında birleştirilmişlerdir: birinci grup: haberleşme hürriyetini ihlâl eden fiillerdir; ikinci grup ise, meslekî sırların açıklanması şeklinde ortaya çıkan fiillerden mürekkeptir.<sup>165</sup> Haberleşme hürriyeti aleyhine cürümler'in, iç hürriyeti ilgilendiren düşünce hürriyetinin, düşüncelerin yazı ile başkasına bildirilmesi şeklinde ortaya çıkan, izhar edilmesine, yani bir dış hürriyete karşı olduğu ileri sürülmüştür. Bu bakımdan, düşünce hürriyetinin gelişimi, haberleşme hürriyetinin garanti edilmesine bağlıdır. Bunun için de, suç bir zarar suçu olmayıp, tehlike suçudur.<sup>166</sup> Bu bünyesi içinde korunan menfaat, kanunun sistemine göre, ferdi hürriyettir; modern bir cemiyette fertlerin aralarında serbestçe haberleşebilmeleri, insan şahsiyetinin bir sonucu olarak gözükmektedir. Fakat bu haberleşme hürriyetinin, geniş olarak düşünülmesi halinde, korunan menfaatin, toplumsal değerlerle ilgili olduğu görülür. Kanun sadece ferdi değil, ferdi vasıta alarak, toplumsal menfaatleri himaye etmiş bulunmaktadır.<sup>167</sup> Kanun gerçekte, sır saklayabilme ve sırrın açıklanmaması hürriyeti ile ilgili olduğu halde, 298. (TCK. 364) maddedeki fiilleri, bu suçlar arasında tanzim etmemiş bulunmaktadır. Nitekim, kanun sistemi, haberleşme sırasındaki muhtevanın açıklanmasından çok, bizatihi haberleşmenin ihlâlini önemsemiş, sırrın açıklanmasını ikinci plânda tutmuştur. Bu sebeptendir ki, fasıl başlığının «haberleşme hürriyeti aleyhine cürümler» şeklinde olmasını, Florian, daha doğru bulmaktadır.<sup>168</sup>

Nihayet altıncı fasılda, kanun, çalışma hürriyeti aleyhine cürümleri tanzim eylemiştir. Bu cürümler iki tanedir: birincisi, sanayi ve ticaret hürriyetini engellemek ikincisi ise, ücretlerde inme veya çıkma temin edebilmek için, işçi veya işvereni işi durdurmağa

163) *Florian*, II, 429.

164) *Pessina*, II, §. 162 - *Negri*, 133 - *Majno*, II, 543.

165) *Florian*, II, 456.

166) *Suman*, 393.

167) *Manzini* (1921), IV, 640.

168) *Florian*, II, 456.

teşvik veya cebretmek fiilleri cezalandırılmaktadır. Birinci halde, ekonomik hayata ait, endüstri ve ticaret faaliyetleri, çalışma, terimi içinde birleştirilmiş bulunmaktadır. İkincisinde ise, mukavele hürriyeti ihlâl olunmuş bulunmaktadır.<sup>169</sup> Fiil, hukukî zenginleşme imkânını önlemekte, bu konuda geerk ferdi gerek kollektif iradeleri baskı altına almaktadır.<sup>170</sup> Bu şekilde, lock - out ve grev suçlarının cebren icra edilmesi ve ettirilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan, tam anlamında fert hürriyeti aleyhine cürümlerden bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Bu saha, ferde ait müstakil bir hareket alanı olarak düşünülemez.<sup>171</sup> Bununla beraber, yine de, kanun ferde ait hürriyetlerden biri olarak kabul ettiği çalışma haklarını sadece kişisel görüşle düzenlemiştir. Çalışan ve çalıştıranlar arasındaki, sınıf kavgalarını önlemek amacı ile, mukavele ve buna dayanan ücret durumlarını muhafaza yolunu tutmuştur. Nitekim, kanun, yakın gaye olarak, iş mukavelesinin himayesine önem vererek, çalışma düzenini sadece işçi - işveren mukavelesinden doğan münasebetler bütünü olarak kabul etmiştir. Mesele, tamamiyle hususî hukuk alanında kalmıştır. Bu bakımdan, kanunun görüşüne göre, çalışma hürriyeti aleyhine cürümler, serbest çalıştırma ve çalışma haklarında şekillenen ferdi hürriyete karşı işlenmiş olmaktadır.<sup>172</sup> Bu durumda da, korunan çalışma düzeni değil, çalışma münasebetinin süjelerini teşkil eden, işçiler, patronlar v.s. dir. Aynı şekilde, bu çalışma düzeni içinde, devlet de yabancı unsur olarak kalmaktadır.

Zanardelli raporunda, hürriyetlerin daha iyi garanti edilebilmesi için, âmme memurlarının kudretlerinin frenlendiği belirtilmektedir. Usul kanunları, memurlar'ın yetkilerini belirtilken, ceza kanunu da bu yetkiler'in suistimalini cezalandırmış bulunmaktadır.<sup>173</sup> Daha doğrusu, esasen cezalandırılan fiilin ağırlatıcı sebebi olarak kabul etmiştir. Netice olarak da, hemen hemen bütün suçlar bakımından, failin memur oluşu ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir. Sadece, haberleşme hürriyetinin ihlâli ile ilgili olan 162. maddedeki (TCK, 200) suçta, memuriyet sıfatı artık bir ağırlatıcı sebep olmaktan çıkmış ve fiilin unsuru haline gelmiştir.<sup>174</sup>

169) *Florian*, II, 503 - *Villa* raporu, 147 (Bk. *Crivellari*, V, 699).

170) *Florian*, II, 503.

171) Bu konuda tartışmalar için bk. *Noseda*, 1039 ve müt.

172) *Suman*, 399 - *Mansini* (1921), IV, 717.

173) Rel. Min. sul progetto di Codice Penale, II, 36 (Bk. *Negri*, 596).

174) *Florian*, II, 457.

3 — 1889 İtalyan Ceza Kanununun Hürriyet aleyhine cürümler konusundaki sisteminin tenkidi.

1889 Ceza Kanununun incelememizin konusunu teşkil eden suçlar bakımından mevcut sistemi, daha sonra 1930 tarihli kanunu yapan kanun yapıcı tarafından geniş ölçüde tenkit olunmuştur. Değişik bir görüş açısından incelenen, aynı suçlar, değişik muhteva içinde ortaya çıkmıştır. Bu konuya aşağıda temas edeceğiz.

1889 Ceza Kanununun mer'iyette bulunduğu sıralarda dahi, İtalyan doktrini çeitli yönlerden, kanun sistematüğini tenkit etmişlerdir. Kanunun genel sistemi bakımından en önemli tenkit, Hürriyet aleyhine cürümlerle ilgili suçlar'ın, hemen Devlet'in emniyeti aleyhine cürümleri takiben düzenlenmiş olmasıdır. Mademki kanun, hürriyeti tamamiyle ferdiyetçi bir açıdan incelemiş, objektif hukukî karakterini göz önünde bulundurmamıştır, öyleyse, bu suçlar'ın yeri de, Şahıslar'a karşı cürümlerin arasındadır.<sup>175</sup> Zaten, Başlığın, «Hürriyet aleyhine cürümler» olarak tanzimi dahi yerinde değildir. İnsanın, elini kaldırması, bağırması, yemek yemesi dahi hürriyet olarak kabul edilebilir, netice itibariyle. Her türlü suç geniş anlamında, hürriyete karşıdır. Bu bakımdan, geniş bir hürriyet aleyhine suç grubu yaratılacağına, tekçi ve geleneksel görüşten ayrılınmayarak, «Fert hürriyeti aleyhine cürümler» başlığı altında bu suçları tanzim etmek daha yerinde olurdu.<sup>176</sup> Bu şekilde sadece ferdin şahsiyetine bağlı hürriyet haklarının korunması bahis konusu olabilecekti.<sup>177</sup> Kanun böyle yapmadığı içindir ki, esasında ferdiyetçi bir açıdan hareket ettiği halde, bir çok kısımlarda, fert hürriyeti ile ilgisi olmayan bir çok suçları, Hürriyet Aleyhine Cürümler içinde tasnif etmiştir. Meselâ, Siyasî Hürriyet aleyhine cürümler, siyasî haklara karşı fiilleri ifade etmesi bakımından, yeri Ferdî Hürriyetler'e karşı cürümler'in arası değildir. Bunların, devletin şahsiyeti aleyhine cürümler içinde incelenmesi gerekir.<sup>178</sup> Din Hürriyeti himaye olunurken, ölümler aleyhine cürümler dahi bu kısım içinde incelenmiştir. Gerçekte ise, ölümler aleyhine cürümler'in, dinî his ve dinî inançla en ufak bir ilgisi mevcut değildir.<sup>179</sup> Yine aynı şekilde, Mesken Hürriyeti aleyhine cürümler'i dahi, Kanun, daha ziyade aile dü-

175) Nosedá, 247.

176) Florian, II, 198.

177) Nosedá, 248.

178) Florian, II, 199 - Nosedá, 269 - Civoli, II, 635 - Mauro, 736.

179) Pinto, II, 151 - Negri, 421 - Özek, 221.

zeni ve toplumsal gereklerle kabul etmiş gibi gözükmektedir. Bu durumda da, kanunun esas kabul ettiği ferdiyetçi görüşle kabul edilemeyecek bir kriter benimsenmiş olmaktadır.<sup>180</sup> Sırrın masuniyeti aleyhine cürümler'in dahi, fert hürriyeti ile ilgili olup olmadığı münakaşa edilebilir.<sup>181</sup> Çalışma Hürriyeti aleyhine cürümler'in ise, ferdi hürriyetler arasında bir yeri olmamak gerekir. Bu tanzim tarzı içinde, çalışma aleyhine cürümler, ferdi hürriyeti ilgilendirir bir mahiyet taşımamaktadır.<sup>182</sup>

Netice olarak, 1889 Kanunu, fert hürriyetini korumak gayesiyle ve tabii hukuk gibi felsefi ve individualist bir doktrinden hareket ettiği halde, bu görüş açısından incelendiği vakit, bu başlık altına girmesi imkânı olmayan bir çok fiilleri, bir araya getirmiştir. Fransız âmme hakları doktrinine yaklaşmış, daha doğrusu, çeşitli nazariyelerin ve sistemlerin tesiri altında kalarak karışık bir yapı kazanmıştır. Kendi kabul ettiği kriterler ile tenakuza düşmüştür.<sup>183</sup>

#### IV — 1930 İtalyan Ceza Kanununda hürriyet aleyhine cürümler.

1930 İtalyan Ceza Kanununda Hürriyet aleyhine cürümler, başlığını kullanmış olmamıza rağmen, şunu ifade etmeliyiz ki, bu başlık altında bir suç grubu 1930 Ceza Kanununda yer almış değildir. 1889 Ceza Kanununda bu başlık altında toplanmış bulunan suç grupları, yeni Ceza Kanununun görüşüne uygun olarak muhtelif kısımlara dağıtılmışlardır. Faşist Devlet görüşü, izlerini Ceza Kanunu üzerinde kuvvetle hissettirmiş ve bunun neticesi olarak da, Hürriyet Aleyhine Cürümler değişik felsefi esaslara göre incelenmiş ve sistemleştirilmiştir.<sup>184</sup> Rocco Ceza Kanunu gerekçesinde, 1889 Ceza Kanunu hararetle tenkit olunmuş ve Faşist Devlet felsefesinin görüşlerine uygun bir esas ileri sürülerek, suçlar sistemleştirilmiştir.

180) *Nosedà*, 862.

181) Bu konudaki tartışmalar için bk. *Pessina*, II, 164 - *Negri*, 538 - *Florian*, II, 457, 491 - *Nosedà*, 963.

182) *Florian*, II, 200.

183) Bu fikir, İtalyan doktrini bakımından çoğunlukla benimsenmiş olan bir görüştür ve bu suçlar'ın gerek sistem, gerek muhteva itibarıyla klâsik, Ferdi Hürriyetler ayırımına uygun olmadığı belirtilmektedir: *Berner*, 430 - *Carrara*, Programma, II, §. 1558 - *Pessina*, II, 150 - *Civoli*, II, 632. Buna karşılık *Nocito*, ferdi hürriyetlerin dahi, politik ve toplumsal mahiyeti üzerinde durmuştur: *Nocito*, Corso di diritto penale, 429.

184) *Delogu*, 166.

## 1 — 1889 Ceza Kanununun tenkidi.

1930 Kanunu ilk olarak, Hürriyetler'in tabii bir hak olarak kabulünü reddetmektedir. Bu nazariyenin kabulü ferde olağanüstü imtiyazlar tanınması sonucunu doğuracaktır. Spekülâtif bir menfaat yaratılmaktadır ve fakat, hukuken böyle bir (Hürriyet aleyhine cürümler) kısmının yaratılmasının esası izah olunamamaktadır.<sup>185</sup> Cezaen himaye edilebilecek, hukukî bir menfaat bahis konusu değildir.

1889 Ceza Kanununun sistemi, sun'i ve formel kriterlere dayanmaktadır. Bu suçlar'ın, bir kısmı, başka gruplar altında müतालâa edilmelidir. Diğer bazıları ise, ferdi hürriyetlerin hususî izhar tarzlarından ibarettir ve hürriyet hakkından ayrı mefhumları ifade eylemektedir.<sup>186</sup>

Siyasî hürriyet aleyhine cürümler, 1889 Kanunu içinde, tamamıyla ferdi bir görüşle izah olunmuş, siyasî hakların icrası bakımından fert devlet ilişkileri üzerinde durulmayarak düzenlenmiştir.<sup>187</sup> Sadece ferdin bir hakkının garanti edilmesi gayesi ile hareket olunmuştur.

Din Hürriyeti aleyhine cürümlere gelince, 1889 Ceza Kanunu bu bakımdan da hatalıdır. Zira, kanun sadece dini inançların harici izharlarının garanti edilmesini gaye bilmıştır. Dini, bir müessese olarak himaye etmemiştir. Dini konularda fertlerin kişisel davranışları önemsenmiş, din veya mezhep bir bütün olarak kabul edilmemiştir.<sup>188</sup> Hattâ, dini ihlâller o kadar ferdi bir görüşle incelenmiştir ki, takibi dahi şikâyete bağlı tutulmuştur.<sup>189</sup> Böylece eski kanun, devleti tamamıyla dine yabancı, onun dışında, onunla ilgisiz bir duruma getirmiştir.<sup>190</sup> Bu durum Fransız ihtilâlinin prensiplerinden fıskırılmış ve 1889 Kanununun tanzimi sırasında mevcut devlet - klise çekişmesinin ifadesi olmuştur.

Fert hürriyeti aleyhine cürümler hakkında da, Rocco raporu tenkitçi görüşlerini belirtmiştir. Ferdi hürriyet kabul edilebilir ve fakat, sadece ferdi iradelerin serbest izharı hürriyetinden ibarettir. Hususî, sübjektif bir hak veya hususî hürriyet hakkı bahis ko-

185) Rel. Min. sul Progetto di un nuovo Codice Penale, Lav. Pre. V/II, 407, n. 693.

186) Aynı rapor, 408, n. 694.

187) Aynı rapor, 85, n. 318.

188) Aynı rapor, 187, n. 428.

189) Aynı rapor, 187, n. 429.

190) Aynı rapor, 188, n. 430.

nusudur. Halbuki, 1889 ceza kanunu, bu hürriyeti dahi, fert ile devlet arasındaki sübjektif âmme haklarının bir görünüşü olarak düzenlemiştir.<sup>191</sup> Fert hürriyeti aleyhine işlenen suçlar aarsında düzenlenmiş bulunan bazı fiiller ise, gerçekte fertlere ve hürriyetlerine karşı değildir. Meselâ 1889 Kanununun 148. (TCK 182) maddelerinde tanzim edilmiş bulunan, küçüklerin kaçırılması fiili, gerçekte küçüğün kendi şahsına karşı değilken, kanun bu fiilleri dahi küçüğün hürriyeti aleyhine kabul etmiş ve hürriyet aleyhine cürümler içinde düzenlemiştir. Fiil gerçekte, veli veya vasinin velâyet ve vesayet yetkilerine karşıdır.<sup>192</sup>

1889 Ceza Kanununun mesken ve sır hürriyetini dahi, anlayış şekli yerinde değildir. Bu hürriyet tipleri, ferdin serbest hareketinin temini zmnında gerekli unsurlardır. Hususî hayatın korunması bahis konusudur. Bunun dışında, meskene tecavüzler, mal veya âmme nizamı aleyhine fiiller olarak kabul edilmelidirler.<sup>193</sup> Sır hürriyeti aleyhine cürümler dahi, ferdin hususî hayatının ve menfaatlerinin korunması amacına yöneltmiştir.<sup>194</sup>

Çalışma hürriyeti aleyhine cürümlere gelince: Faşist İtalyan devlet sistemi, korporatif bir esasa dayanması bakımından, grevi ve lock - out'u cezalandırmış bulunmaktadır. Aynı zamanda, ticaret ve sanayi hürriyeti aleyhine cürümleri de, devletin, ekonomik düzeni aleyhine bir suç olarak görmüş ve «*Dei delitti economia pubblica, l'industria e il commercio*» başlığı altında toplamıştır. Bu konuda ise projede 1889 kanunu, ferdiyetçilikle itham olunmaktadır. Hürriyetin ferdi haklar olarak kabulü halinde, çalışma hürriyeti bu gruba girmeyecektir. 1889 Ceza kanunu, bu suçları birer zarar suçu olarak incelemiştir. Zarar neticesinin doğumu, 1889 Kanunu sistemi için şarttır. Halbuki proje, tehlike suçu yaratmıştır. Bu suçlar, ferdi hürriyetleri ihlâl etmemekte ve fakat ekonomik düzen içindeki, kaidelere uygun hukukî hareketleri önlemektedir.<sup>195</sup>

Rocco raporununun, 1889 ceza kanunundaki hürriyet aleyhine cürümler konusu ile ilgili, genel ve suç gruplarına ait özel tenkitleri bundan ibarettir. 1930 Kanununun, mevzuubahis suçları sistemleştirirken takip ettiği usulü ve görüşü aşağıda belirteceğiz. 1889 Ceza Kanunu hakkında ileri sürülen tenkitler hakkındaki değer yargıları-

191) Aynı rapor, 409, n. 695.

192) Aynı rapor, 360, n. 643.

193) Aynı rapor, 421, n. 716.

194) Aynı rapor, 425, n. 719.

195) Aynı rapor, 298, n. 561.

mızı da, sistem hakkındaki düşüncelerimizle beraber açıklamaya çalışacağız.

2 — 1930 Ceza Kanununun hürriyet aleyhine cürümler konusundaki temel görüşü.

Yukarıda hürriyet mefhumunun çeşitli görüşler açısından incelemesini yaparken, faşist hürriyet görüşünün de izahını yapmaya çalışmıştık. Tabiatıyla ki, ceza kanununun sistemleştirilmesinde de aynı görüş hâkim olmuştur.

Devletler, belirli ideolojik kurallar ve görüşler açısından düzenlenmiş siyasî yapılara sahip olurlar. Bu belirli ideoloji, bütün hukukî ve sosyal yapıda kendi etkisini gösterir.<sup>196</sup> Ceza Kanunları da, mevcut düzeni koruyan birer metin olmaları itibarıyla, tabiatıyla ki, o ideolojik yapıya uygun olmak zorunluluğundadır. Bu zorunluluğa, Faşist rejim de uymaktan geri kalmamış ve faşist prensiplerine uygun ceza kanununu, rejim yaratmıştır.<sup>197</sup> Nitekim 1921 Ferri Ceza Kanunu projesi, sırf Faşist prensiplerine uygun olmadığı için kabul edilmemiş, 1927 Rocco projesi hazırlanmıştır.<sup>198</sup> Burada genel olarak Faşist devlet görüşünün, Ceza Kanunundaki etkilerini inceleyecek değiliz. Sadece, bu görüşün hürriyet aleyhine cürümler konusundaki geniş etkisine işaret etmek istiyoruz. Özellikle devlet fert ilişkilerini ilgilendiren, Hürriyet aleyhine cürümler konusunda faşist görüş, geniş ölçüde, etkisini göstermiştir. Meselâ, Faşizmin din konusundaki anlayışı, din hürriyeti aleyhine cürümler grubunu yok etmiştir.<sup>199</sup>

Faşizm, Ceza Kanunu bakımından ana görüşünü, 1930 Kanununun projesinde açıkça belirtmiş bulunmaktadır. Buna göre, liberal veya yarı liberal kanunlara antitez olarak bu kanun ortaya çıkmaktadır. Ferdin hangi amaçla olursa olsun, politik ve toplumsal amaçlara aykırı hareketlerine imkân vermemek ceza kanununun ilk hareket noktasıdır. Faşizm devletin otoritesini ve kuvvetini her konu üstünde belirtmek için doğmuştur.<sup>200</sup> Bu bakımdan bütün ferdî imtiyazlar, hukukî imkânlar inkâr edilmektedir.<sup>201</sup> Bu görüş açısın-

196) *Delogu*, 162 - *Luca*, 221.

197) *Rocco*, 214 - Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo Codice penale, Lav. Pre. V/I, 9.

198) *Battaglioni*, 152.

199) *Delitala*, 591.

200) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/I, 31, n. 21.

201) *Delogu*, 189.

dandır ki, 1930 kanunu, hürriyet aleyhine fiilleri, ya tamamen ferdi mahiyette görmüş ya, da hürriyet konusu olarak mütalâa etmemiştir.

Ceza Kanunu, hürriyetin bizatihi kendisini himaye etmemektedir. Fakat, hürriyetin ifade ettiği hukukî menfaat himaye görmektedir. İhlâl, bu hukukî menfaate karşıdır. Bu bakımdan, ferdi menfaatler, hürriyet konusu olabilirler. Ferdin, devletle olan münasebetlerinde hürriyetten, sübjektif âmme haklarından bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Ferdin, ancak, hukukî nizam içinde serbest hareket ve irade izhar edebilmek hürriyetinden bahsedilebilir. Bu bakımdan, hürriyet aleyhine cürüm olarak, sadece şahıs hürriyeti aleyhine fiiller, düşünülebilir. Bunlar da, sübjektif, hususî haklar veya hürriyetlerdir. Bu durumda dahi, korunan, hürriyetin bizatihi kendisi değil, tanınmış olan hürriyetin ferde sağladığı menfaattir. Suç teşkil eden fiille, o şahsa karşı, izhar edilen irade cezalandırılmaktadır.<sup>202</sup> Mağdur doğrudan doğruya, hürriyet, mücerret mefhum değildir. Devlet ferdin, hareket kabiliyetini ve alanını tanımıştır. Fert varlığını, bu objektif sınırlar içinde geliştirebilir. Bu durumda da, kendisine karşı icra edilecek fiillerde ferdi mahiyet taşıyacaktır. Hürriyet aleyhine cürümler, ferdin ferde karşı ika ettiği fiiller, ferdi münasebetler sonucu doğan durumlardır. Faşist sistemi, hukukun, düzenin, devletin içinde bulunduğu duruma göre değiştiğini kabul etmektedir. Bu bakımdan, tarihin her anında suç teşkil eden veya etmeyen fiiller tesbit olunamaz. Nitekim, ekonomik düzen bakımından, grev ve lock - out değişen zaman içinde, hukukî değerlendirilmeleri yönünden değişik yapı göstermişlerdir.<sup>203</sup> Kapital ve iş arasındaki münasebet hakkındaki Faşist devletin görüşüne göre fiilin mahiyeti, hukukî yönü de değişmiştir. Bu bakımdan, hürriyet mefhumunun zamana göre değiştiğini ve çeşitli muhtevalar içinde korunduğunu kabul etmek zarureti mevcuttur.

Faşist rejimin, hürriyeti tamamiyle sübjektif mefhum olarak kabul etmesine karşılık, âmme hak ve hürriyetlerini kabul etmediğini görmekteyiz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Faşizm, âmme hukuku sahasında hürriyet yerine «dovere - vazife» anlamını getirmiştir. Bu bakımdan, devlet ile fert münasebetleri bakımından, ferdin

202) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 408, n. 694.

203) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre V/II, 408, n. 694.



devlete karşı bir hakkından, talep imkânından bahsedebilmek imkânı mevcut değildir. Devlet idaresinde, ferdin âmme düzenine katılması yönünden mevcut imkânları, bir hakkın değil, vazifenin sonucudur. Bu sebeple de, siyasi hürriyetler yönünden icra edilecek fiiller, ferdin bir hakkına veya hürriyetine karşı değil, doğrudan doğruya, bir vazifenin icrasına, devlet düzenine karşı işlenmiş olmaktadır.<sup>204</sup>

Sübjektif âmme haklarının, faşist rejim tarafından tanınmaması, hürriyet aleyhine cürümlerin müstakil bap vasfını kaybetmelerine ve sadece, şahıslar aleyhine cürümler içinde, bir kısım olarak incelenmesine sebep olmuştur. Şahsın, serbestce hareket imkânı korunmuştur.<sup>205</sup> Bu esasa uygun olarak da, Hürriyet aleyhine cürümler sistemleştirilmiştir.

### 3 — 1930 İtalyan Ceza Kanununun Hürriyet aleyhine cürümler konusundaki sistemi.

Yukarda belirttiğimiz, ana görüşlere uygun olarak, İtalyan Ceza Kanunu, Hürriyet aleyhine cürümleri, 1889 Ceza Kanununa oranla değişik bir şekilde düzenlemiş ve 1889 kanunu tarafından hürriyet aleyhine cürümler arasında tanzim edilmiş bulunan bir çok suç bu grup içinde çıkarmıştır.

1930 Kanunu, Hürriyet aleyhine cürümler konusunda, müstakil bir bap kabul etmemiştir. Sadece ferdi münasebetler bakımından bahis konusu olabilen hürriyet aleyhine cürümler, şahıslar aleyhinde cürümler içinde, kanunun XII. başlığının, III. kısmı olarak incelenmiştir.

Ceza Kanunu, fert hürriyeti (libertà individuale) ile ferdi şahsiyet hürriyetini (la personalita individuale) birbirinden ayırmıştır. Fert hürriyeti tabiri, genel anlamda kullanılmıştır. Şahsî hürriyet ise, ferdin sadece fizikî hürriyetini ifade eder bir anlamda kabul edilmiştir.<sup>206</sup> Bu iki mefhumun aynı anlama geldiği iddeasına karşı, vekâlet raporunda, fert hürriyeti teriminin, 1930 kanunu için, mesken ve sır hürriyetini dahi ihtiva eden geniş bir anlam taşıdığı ve şahıs hürriyetinin, bu bütün içinde tâli bir ayırımı ifade ettiği belirtilmektedir.<sup>207</sup> Fert hürriyeti, geniş anlamda, isteme ve bu isteğe

204) *Santa Romano*, 373, 378.

205) *Santaniello*, 488.

206) *Manzini* (1951), VIII, 586 - *Florian*, La Libertà Personale, 2.

207) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 409 - 410, 698.

uygun davranabilme hürriyetidir. Şahıs hürriyeti ise, hareket edebilme, bir yerden diğer yere gidebilme veya bulunduğu yerde kalabilme hürriyetini ifade eder. Bu hürriyetler, ferdi münasebetler içinde cereyan etmekle beraber, devlet tarafından tanınmış olmak yönünden devleti dahi ilgilendirir.<sup>208</sup> Ayrıca, fertler arasındaki münasebetler, devlet tarafından düzenlendiği için, ihlâli dahi genel menfaatleri ilgilendirir.

1930 Kanunu, bir tek, fert hürriyeti aleyhine cürümleri, kabul etmekle, prensip olarak, tek bir hürriyet kabul etmiş olmaktadır. 1889 kanununda olduğu gibi, ferdi çeşitli hürriyet kalıplarını benimsememiştir.<sup>209</sup> Hürriyet konusu olarak, insan şahsiyeti ve onun iradesi alınmış ve bu mefhuma karşı fiiller bir araya getirilmiştir. Bir çok kere de tekrar etmiş bulunduğumuz gibi, bu hürriyet aleyhine cürümler, sübjektif âme haklarının sonucu olarak görülmemiş ve prensip itibariyle ferdi münasebetlerin bir sonucu şeklinde düşünülmüştür.<sup>210</sup>

Faşist devlet görüşüne uygun bir Ceza Kanunu içinde dahi, sübjektif âme haklarının reddedilmesine rağmen, ferdi hürriyetlerin himayesi yoluna gidilmekle, devlete fert karşısında daima üstünlük tanınmakla beraber, hiç bir zaman despotizme kaçılmadığı ispat olunmak istenmiştir.<sup>211</sup> Yalnız, devlet hâkimiyetinin bu hürriyetleri her zaman için sınırlıyabileceği ve hiç bir zaman yine bu hâkimiyet karşısında ferdin müstakil hakkının bahis konusu olamayacağı belirtilmiştir.<sup>212</sup>

Bu ana görüş içinde, 1930 Kanunu, ferdi hürriyet aleyhine cürümleri belirli bir tasnife tâbi tutmuştur:

a — Ferdi şahsiyet aleyhine cürümler: bu suç grubu içinde, hür insan mefhumu himaye edilmiş, «statüs libertatis» ferdi ihlâllere karşı korunmuştur. Belli başlı, kölelik, köle satımı, esaret fiilleri cezalandırılmıştır.

b — Şahıs hürriyeti aleyhine cürümler: bu başlık altında, hürriyeti tahdit, haksız tevkif, tevkif ve yakalama yetkilerinin suistimali, arama yetkilerinin suistimali, şahsı muhafazada usule riayetsizlik, suçları cezalandırılmıştır.

208) *Manzini* (1951), VIII, 589.

209) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 407, n. 693 - *Florian* (1936), V, 171.

210) Aynı rapor, 408, n. 694.

211) *Chimienti*, 365.

212) *Campogrande*, 11 - *Florian* (1936), V, 173.

(a) ve (b) olarak gösterilen suçlar, ferdin fizik hürriyetine karşı fiiller olarak kabul edilmektedir.<sup>213</sup>

c — Moral ferdi hürriyetler aleyhine cürümler: bu kısımda ise, tehdit, cebir şiddet, cebir ve şiddetle ferdi, kendini koruyamaz ehliyetsiz duruma getirmek, fiilleri tanzim olunmuştur. Bu şekilde serbest irade ve karar verme yetkisi tahdit olunmaktadır.<sup>214</sup>

d — Mesken dokunulmazlığı aleyhine cürümler;

e — Sırrın dokunulmazlığı aleyhine cürümler: burada da, muhaberatın önlenmesi, sırrın açıklanması, fiilleri cezalandırılmış bulunmaktadır.

Bu şekilde sistemleştirilmiş bulunan, fert hürriyeti aleyhine cürümlerle ilgili suçların teknik mahiyetlerine, tabiatıyla ki, girecek değiliz. Sadece bu suçlarla ilgili olarak iki nokta üzerinde durmak istiyoruz:

1930 kanunu, 605. maddesinde, hürriyeti tahdit, 606. maddesinde haksız tevkif, 607. maddesinde sanık veya mahkûmun muhafazasında hududun aşılması, 608. maddesinde, tevkif yetkisinin suistimali, 609. maddesinde arama muamelesinde yetkilerin suistimali, 615. maddesinde mesken masuniyetinin âmme vazifelisi tarafından ihlâli, 619. maddesinde de, sırrın memur tarafından açıklanması, sır masuniyetinin ihlâli fiillerinde, memuriyet sıfatı ya ağırlatıcı sebep teşkil etmiş, ya da suçun unsuru olmuştur. Bu bakımdan, 1930 kanunu, sadece ferdi münasebetler içinde hürriyet aleyhine cürümleri kabul ederken, bu suçlar'ın devlet memurları tarafından ve bunlar'ın yetkilerini suistimal etmek suretiyle icralarını ağırlatıcı sebep olarak görmüştür. Kanunun bakanlık raporunda,<sup>215</sup> bu halde sadece, ferdi hürriyetin kendisinin değil ve fakat aynı zamanda, ferdin, kanunun belirttiği sınırlar içinde serbestce hareket edilebilmesi imkânının da korunduğu, belirtilmektedir. Bu durumda dahi, ferdin devlet organlarına uygun davranışı korunmaktadır ve bu bakımdan memur olan suçun faili gerçekte - otoritesini suistimal ettiği için - resmî memur sayılamaz. Bu bakımdan, suçun failinin alelâde bir şahıs veya memur oluşu arasında, suçun morfolojik bünyesi bakımından, bir fark mevcut değildir. Sadece, fail,

213) *Manzini* (1951), VIII, 592.

214) *Florian*, (1936), V, 175.

215) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo Codice Penale, Lav. Pre. V/II, 413, n. 705.

esasinda sahip olduğu yetkilerin suistimalinin yarattığı kolaylık içinde suçu işlediği için, fiilin, cezası artırılmış bulunmaktadır.<sup>216</sup> Bu şekilde, suç failinin, devlet memuru olması halinde dahi, hürriyetin ihlâli ferdî ilişkiler içinde görülmüş; devlet - fert münasebeti, fert haklarının, devlet iktidarını tahdidi ciheti kabul edilmemiştir.

1930 Ceza Kanununun, yukarıda belirttiğimiz hükümleri, ferdi hangi düşünce ile olursa olsun, devlet iktidarının suistimaline karşı korumuş olmakla beraber, Ceza ve Ceza Usul Hukuku alanında âmme vazifelilerine yetkiler veren kanunlar, o derece geniş yetki alanlarını bu şahıslar için tanımışlardır ki, Ceza Kanunundaki sözü geçen hükümlerin pratik bir önemi kalmamıştır. Meselâ, Ceza Usul Kanununun, 235 ve 236. maddeleri, adlî polisin ve forza pubblica'nın, hâkim kararı olmaksızın, belirli hallerde, faileri tevkif etme yetkisi tanınmıştır. 221. madde ise, tevkif ile yetkili olduğu belirtilen, forza pubblica ve adlî polisi o kadar geniş bir şekilde düzenlemiştir ki, hâkim kararı olmaksızın tevkif edebilme yetkisine çok kimse sahip olabilmıştır. Bunun dışında, özellikle, devletin şahsiyeti aleyhine cürümler'in takibini tanzim eden bazı kanunlar, bu kanun hükümlerini tatbik edecek yetkilere geniş imkânlar tanımıştır. Meselâ, 25 kasım 1926 tarihli ve 2008 sayılı, ve «Provvedimenti per la difesa dello Stato» isimli kanun, harp zamanında tatbik edilebilecek fevkalâde usul hükümlerinin, bu kanuna göre yapılacak takibatlarda tatbik edilebileceğini belirtmiş; 12 aralık 1926 tarihli ve 2062 sayılı kanun ise, müdafaa hakkını kısıtlamış ve kanun yolunu kapatmıştır.<sup>217</sup> Bu şekilde, âmme otoritelerinin aşırı yetki sahibi kılınmasını temin eden hükümlere, faşist sistem içinde, daha çok misal bulmak mümkündür. Belirtmiş bulunduğumuz bu hükümler ile, fert hürriyetinin aşırı tahdidi imkânı ortaya çıkmış ve Ceza Kanunundaki hükümler önemini kaybetmiştir.

1930 Ceza Kanununda mevcut, Fert Hürriyeti aleyhine cürümler ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken ikinci husus, kanunun çoğunlukla bu suçların takibini şikâyete bağlı tutmasıdır. Gerçekten, 1930 Kanunu, hürriyet aleyhine cürümleri, sadece fertler arasındaki ilişkiler olarak görmesi bakımından, suçların takibini şikâyete bağlamıştır. Bu bakımdan, teknik bazı farklar hariç kalmak üzere, 1930 kanunu 1889 kanunundan farklı bir mahiyet arz-

216) Aynı rapor, 414, n. 706.

217) Bu kanun metinleri için bk. *Franchi - Feroci*, kısım IV, s. 313 - 322.

memektedir.<sup>218</sup> Buna karşılık, fiillerin âmme vazifelileri tarafından işlenmesi halinde, takip şikâyete bağlı tutulmamıştır.

1930 Kanununun Hürriyet aleyhine suçlar grubu içinde kabul ettiği suçlar bakımından, 1889 kanunu ile aralarında mevcut farkları, unsur değişikliklerini burada inceleyecek değiliz. Sadece, 1930 kanununun sistemini incelerken, 1889 Kanunu tarafından Hürriyet Aleyhine suçlar grubu içinde mütalâa edilmiş bulunan bir takım suç gruplarının bu kanun içinde nasıl düzenlediğine de kısaca temas etmek yerinde olsa gerektir. Belirttiğimiz gibi, 1930 Kanunu, şahıs hürriyeti, mesken hürriyeti ve sırrın dokunulmazlığı aleyhindeki cürümleri, değişik bir görüş içinde olsa dahi, hürriyet aleyhine cürümler mevcuttur ki, 1889 Kanunu bu cürümleri hürriyet aleyhine cürümler içinde mütalâa ettiği halde, 1930 kanunu aynı görüşü paylaşmamıştır.

1889 İtalyan Ceza Kanunu 139. maddesinde (TCK. 174. madde), Siyasî Hürriyet aleyhine cürümleri, Hürriyet aleyhine cürümler arasında kabul etmişken, 1930 kanunu, siyasî haklar aleyhine cürümler'in gerçekte devletin organlarının teşekkül edişine karşı bir suç olduğunu kabul ederek Devletin şahsiyeti aleyhine cürümler içinde düzenlemiştir.<sup>219</sup> Aynı şekilde, Din Hürriyeti aleyhine cürümler de, Hürriyet aleyhine cürümler içinde incelenmemiştir. 1930 kanun, din hürriyeti yerine, sosyal bir değer olarak kabul ettiği dinin bizatihi kendisini korumak yolunu seçmiştir. Katolik dinine üstünlük tanıyan bir sistem içinde, bizatihi dinin kendisi himaye konusu yapılmıştır.<sup>220</sup> Nihayet, Çalışma Hürriyeti aleyhine cürümler dahi, devletin ekonomik düzeni aleyhine cürümler içinde incelenmiştir. Ticaret ve sanayi sistemi, devlet'in ekonomik düzeni içinde bir değer taşımaktadır ve bu sisteme karşı cürümler'in cezalandırılması, o iş sahasının himayesi veya çalışma ve çalıştırma haklarının tanzimi için değil, doğrudan doğruya, ekonomik, sosyal hayatı ve millî ekonomiyi müdafaa edebilmek içindir. Bu bakımdan, devlet düzeni içinde tesbit edilmiş bulunan çalışma sistemine karşı fiiller, doğrudan doğruya millî ekonomiye karşı kabul edilmelidirler. Bu konu, ferdî bir hakkın müdafaası olarak kabul edilmekte ve yeni sistem içinde daha uygun ve etkili mahiyet taşımaktadır. Aynı şe-

218) Rel. Min. Sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. pre. 424, n. 716.

219) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 85, n. 318.

220) Bu konuda geniş bilgi için bk. Özek, 188 ve müt.

kilde, 1889 Kanunu, bu konuda bir zarar suçu kabul ettiği halde, 1930 kanunu tehlike suçu yaratmış bulunmaktadır.<sup>221</sup>

#### 4 — 1930 İtalyan Ceza Kanunu sisteminin tenkidi

İtalyan Cezacılarının çoğunluğu, Şahıs Hürriyeti aleyhine cürümlerin, Şahıslar aleyhine cürümler içinde incelenmesini doğru görmektedirler.<sup>222</sup> Hattâ, Hürriyet aleyhine cürümleri yeniden bir fasıl halinde tanzim eden, 1950 projesi dahi aynı görüştedir.<sup>223</sup> Fakat buna karşılık, 1930 Kanunu gerekçesinin, 1889 Kanununu tenkit yönünden ve kabul ettiği prensipler bakımından kabul ettiği esasları aynen kabul edebilmek imkânı mevcut değildir.

1930 Kanunu hakkındaki Bakanlık Raporunda, 1889 Kanunu birbirine zıt iki görüşten hareket edilmek suretiyle tenkit edilmektedir ki, bu durumda rapor kendi kendisi ile gelişmezliğe düşmüş bulunmaktadır. Raporda, şahıs hürriyeti, mesken masuniyeti, sırrın dokunulmazlığı konuları ile ilgili, 1889 kanunu sistemi tenkit edilirken, kanunun bunları sadece ferdi münasebetlerin bir sonucu olarak kabul etmemesi ve ferde devlet karşısında hak tanır bir şekilde düzene vardığı fikri ileri sürülmektedir. Buna karşılık, siyasi hürriyet ve çalışma hürriyeti ile ilgili kanun sistemi, münasebeti ferdi gördüğü ve toplum düzenini ilgilendiren yönü üzerinde durulmadığı için tenkit edilmektedir. Halbuki, 1889 Kanunu belirli bir görüşten hareket ederek, bütün suçları aynı görüş açısından incelemiş bulunmaktadır. Bir yerde, sistemi ferdiyeci, diğer yanda toplumu görerek tenkit etmek, Bakanlık Raporunun 1889 kanununu, işine gelen yerde, işine geldiği şekilde tefsir ettiğini göstermektedir. Halbuki, gerçekte, 1889 Kanunu bütün hürriyetleri ferdi anlamda kabul etmiş ve fakat belki yerini iyi seçemiyerek, hemen devletin şahsiyeti aleyhine cürümleri takiben incelemiştir. 1889 Kanunu, ferdiyeci olmakla beraber, yine de, 1930 Kanunundan farklı bir fert görüşüne sahiptir.<sup>224</sup> 1930 Kanunu, hürriyeti sadece, ferdin ferde karşı ve ferdi konulardaki ihlalleri bakımından koruduğu halde; 1889 kanunu, hürriyeti daha geniş anlamış ve sadece fert bakımından ve ferde karşı olarak değil, ferdin sahip olduğu bir takım değerler bakımından da incelemiştir.

221) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 298, n. 561.

222) Meselâ, bk. *Florian La Liberta personale*, 2.

223) Rel. Min. sul libro II del progetto 1950, 49.

224) Bu konuda bk. yukarıda, s. 960.

1930 Kanununun, Hürriyetler konusundaki görüşü hakkında ise, bir Faşist sistemi için genel olarak neler söylenebilirse, aynı şeyler tekrarlanabilir. Ferdi, devlet karşısında, hiç durumuna indirilmiş ve ferdin devletten herhangi bir hak talep edebilme imkânını kabul etmemiştir. Fert ile ilgili hareket imkânlarını dahi, sırf ferdi korumak için değil, ferdin bu hareket imkânını sağlayan hukukî devlet nizamını himaye için, müdafaa etmiştir.<sup>225</sup> Bunun neticesi olarak da, sübjektif âmme hakları, doktrinde işlenmiş olduğu halde, kabul edilmemiş, fertlerin siyasî haklarına bağlı oy verme, toplanma, cemiyet kurma, düşüncelerini açıklama v.s. hürriyetleri ve eylemleri, birer hürriyet konusu olarak kabul edilmemiştir. Bunlar sadece, ferdin, devlet organlarının teşekkülüne iştiraki olarak kabul edilmek suretiyle, meselâ devletin tek taraflı yetkisi ve hakkı olarak incelenmiştir. Netice olarak da, bu haklar üzerinde devletin istediği gibi tasarruf edebileceği, devletin sadece ferde bıraktığı alanlar bakımından, siyasî hayata iştirak edebileceği, ödevini yerine getirebileceği sonucu doğmuştur.<sup>226</sup> Böylece de, suçun mağduru, fert değil devlet olmuştur. Ferdin durumu, vatandaş olmak bakımından doğan hakların dışında, sadece bir vasıta, alet durumuna düşürülmüştür.<sup>227</sup>

Din hürriyeti bakımından da aynı hususları tekrarlayabiliriz. Dini his ve hürriyetin kabul edilmemesi ve sadece bizatihi dinin kendisinin korunması, devlet ile klise arasındaki münasebetlerde, ferdin sadece bir inananlar sürüsü haline getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Ferdin bir dine inanmak bakımından doğan hakkı mevcut değildir. Klise, İtalyan devlet düzeninin ve sosyal hayatının bir müessesesi olarak kabul edilmiş ve bizatihi bu müessese korunmuştur.<sup>228</sup> 1930 kanunu hem dini korumak bakımından ve hem de Katolik mezhebi ile diğer mezhepler ve dinler arasında farklar yaratmak suretiyle, lâik sistemden de ayrılmıştır.<sup>229</sup>

225) Rel. Min. sul progetto definitivo di un nuovo codice penale, Lav. Pre. V/II, 409, n. 695.

226) 1930 İtalyan Ceza Kanununun bu hükümleri bugün dahi aynen mer'i ise de, 1948 İtalyan Anayasasının âmme hak ve hürriyetlerini en modern şekilde kabul ve garanti etmiş olması, bu mahzurları izale etmektedir.

227) *Perticone*, 108.

228) İtalyada 1948 Anayasası yapılırken, Kurucu Mecliste, bir grup lâik temsilci, Klise ile Devlet arasındaki bu teokratik durumun islâhı için çalışmışsa da, neticede, İtalyadaki teokratik sistemi muhafaza eden, Anayasanın 7. maddesi 149 oya karşılık 350 oyla kabul edilmiştir: Bk. *Conci*, 150.

229) Bk. *Özek*, 188 ve müt.

Çalışma hürriyeti ve buna ilişkin olarak, grev ve lock - out konusundaki sistemi dahi, Faşist Ceza Kanununun ferdi inkâr edişi anlamını taşımaktadır. Muhakkak ki, her devletin bir çalışma düzeni vardır ve bu himaye görür. Fakat, yine muhakkaktır ki, bu çalışma düzeni çalışana bir takım talep hakları ve devlete bir takım vazifeler yükler. Çalışma alanında dahi, devlet iktidarının suistimali önlenir ve iktidar tahdit edilir. 1930 kanunu değil devlet karşısında, bu konuda, ferde bir hak tanımak, ferdin ferde karşı işlediği suçları dahi, fert bakımından göz önünde bulundurmamak suretiyle, ana totaliter sistemine sadık kalmıştır.

Netice olarak, 1930 kanununun, sübjektif âmme haklarını tanımaması ve hürriyet konusunda devlet iktidarının sınırlandırılmasına yanaşmaması bakımından, tipik bir faşist sisteminin görüşlerini aksettirdiğini ifade edebiliriz.

#### V — 1950 İtalyan Ceza Kanunu Projesi.

Kanunlaşmamış olmakla beraber 1950 İtalyan Piccioni Ceza Kanunu tasarısı, konumuz bakımından önemlidir. Modern âmme hakları ve hürriyetleri anlayışı, bu projede yerini ve sistemini bulmuştur. Bu bakımdan, kısa da olsa, bu proje üzerinde durmayı yararlı görüyoruz.

##### 1 — *Projenin hürriyet aleyhine suçlar konusundaki temel görüşü*

1950 Projesi, hürriyet aleyhine cürümleri, «*Dei delitti contro le libert  costtuzionali*» başlığı altında toplamıştır. Bu başlık altında toplanılan suçlar, 1889 Ceza Kanununun kabul ettiği esaslara göre düzenlenmiş değildir. 1889 Ceza Kanunu, hürriyeti bir tabii hakkın inikası, insan cemiyetlerinde evvelden mevcut değer olarak kabul etmiştir;<sup>230</sup> halbuki proje, Anayasa tarafından korunan vatandaşlar'ın sübjektif âmme haklarını âmme kudretine karşı korumak amacı ile bu suçları düzenlemiş bulunmaktadır.<sup>231</sup> Nitekim proje, Anayasa hürriyetleri aleyhine cürümleri, hemen devletin şahsiyetine karşı cürümleri takiben düzenlemek suretiyle de mantıkî bir amaç gütmüştür. Nasıl, Devlet'in şahsiyetine karşı cürümler, Ana-

230) Rel. Min. sul libro II del Progetto 1887.

231) Rel. Min. sul libro II del progetto 1950, 47.



yasayı devlet'in haklarının kaynağı olarak kabul etmekte ve devletin siyasî teşekkülünü korumakta ise; Anayasa Hürriyetleri aleyhine cürümler de, yine Anayasayı vatandaş haklarının kaynağı olarak görmekte ve Anayasanın tanıdığı hakları korumaktadır. Yani, Vatandaşların sübjektif âmme haklarının kaynağı olağanüstü bir değere bağlanmamakta, pozitif kaidelere dayandırılmaktadır.<sup>232</sup> Fertler arasındaki münasebetlerden doğan hürriyet ihlâlleri ise politik bir öneme ve saike sahip değildir. Bu suçlar alelâde cürümlerdir. Âmme hürriyetleri ile ilgili değildir. Bir kimsenin, tehdidi, cebre maruz kalışı, tam anlamında fert hürriyetlerinin ihlâli olarak kabul edilemez. Bu ihlâller, Anayasa düzeni içinde cereyan etmezler. Anayasanın tanıdığı bir hakkın ihlâli olsa dahi, Anayasa düzeninin ihlâli olarak kabul edilemezler. Bu bakımdan da toplum zararına, diğerleri gibi tehlike arzemezler. Diğerlerinde, politik motiflerle âmme kudreti tarafından tahakkuk ettirilen bir ihlâl bahis konusudur. Medenî bir idare düzeninin ihlâli daha enerjik bir şekilde cezalandırılmalıdır.<sup>233</sup>

Bu bölüm içinde himaye edilen mevzu, devlet kuvveti karşısında ferdî hürriyetlerdir. 1889 ve 1930 kanunları, ferdî hürriyetlerin âmme kudreti tarafından ihlâlini hususî bir sistem içinde düzenlemişlerdir. Halbuki proje, mesken masuniyetinin, şahsî hürriyetlerin ihlâlini, faili esas almak üzere bir ayırımı tabi tutmuştur. Bu bakımdan, proje, ikinci bölümünde, âmme hürriyet haklarının ihlâlini göz önünde bulundurmamıştır. Bu hürriyetler Anayasa tarafından garanti edilmiş haklardır ve belirli vasıfdaki failer tarafından ihlâl olunabilmektedirler. Faillerin, âmme hizmeti gören veya âmme hizmeti ile yükümlü kimseler olması ve bu hizmet dolayısıyla sahip oldukları yetkiden istifade veya suistimal etmek sureti ile suç işlemeleri şarttır.<sup>234</sup>

Proje bakımından kabul edilen ana fikir bu olmakla beraber, bazı hallerde koruma konusu olan hukukî muhteva tabii olarak politik sayılmaktadır. Basın Hürriyeti, fikir hürriyeti, toplanma ve cemiyet hürriyeti, din hürriyeti politik yetkiler olarak gözükmektedir. Bu hürriyetlerin ihlâli, doğrudan doğruya vatandaşların politik hayata iştiraklerini önlemekte, bu haklarını zedelemektedir. Bu sebepledir ki, bu alanlardaki faaliyetlere karşı ihlâller kimin tarafından icra edilirse edilsin hürriyete karşı işlenmiş sayılırlar.<sup>235</sup>

232 - 233) Aynı rapor, 48.

234) Aynı rapor, 49.

235) Aynı rapor, 49.

Netice olarak diyebiliriz ki, 1950 Projesi, hürriyetleri pozitif esaslara dayanan ve kaynağını Anayasada bulan birer değer olarak kabul etmiştir. Âmme hürriyetleri, fertler arasında bahis konusu olan ilişkiler değildir. Fert hürriyetleri devlet otoritesinin sınırlandırılmasının bir sonucudur ve devlet'in içinde bulunduğu sınırları aşmaması için Ceza Kanununda hürriyet aleyhine cürümler tanzim kılınmıştır. Demokrasinin sonucu olarak, devlet bağıntılı bir kudret'in sahibidir. Kudretini icra eden devlet'in, âmme kudretini tatbik eden memurları vasıtası ile fert hürriyetlerini kayıtlamasını önlemek hürriyet aleyhine cürümlerin ana amacıdır. Hürriyet, fertler arasındaki münasebetlerin değil, fertle devlet arasındaki ilişkilerin ve ferdin siyasî hayata iştirak hakkının bir ifadesidir.

## 2 — 1950 İtalyan Ceza Kanunu projesinin sistemi

İtalyan Ceza Kanunu projesi yukarıda özetlediğimiz mantıklı esasına uygun olarak, sekiz başlık altında, iki grup, hürriyet aleyhine cürümler'i düzenlemiştir :

a) *Belirli failler tarafından işlenebilen hürriyet aleyhine cürümler*: Proje, şahıs hürriyeti ve mesken masuniyeti, haberleşme hürriyeti, aleyhine cürümler'in hürriyet aleyhine cürümler arasında sayılabilmesi için, âmme hizmetlileri tarafından bu sıfatlarından istifade suretiyle işlenilmesini şart koşturmuştur. Bu fiiller'in fertler arasında ikamını ise, 1930 İtalyan Ceza Kanununun kabul ettiği gibi, şahıslar aleyhinde cürümler arasında düzenlenen bir suç olarak kabul etmiştir. Bu durumda proje, suçların Anayasa düzeni ile ilgili olma vasfının bulunmadığını kabul etmektedir.<sup>236</sup> Bu suçlar, doğrudan doğruya insan şahsiyetine karşı cürümlerdir. Âmme hizmetlisinin hususî bir şahıs olarak hareket ettiği durumlar da dahi, hürriyet aleyhine suçlardan bahsedebilmek imkânı mevcut değildir.<sup>237</sup> Aynı şekilde yetkili memurun, yetkilerini suistimal ederek, fakat özel maksatlarla fiili işleyişi halinde de, hürriyet aleyhine cürümlerden bahsedilebilir, fakat bir ağırlatıcı durum ortaya çıkmış olur.

b) *Vatandaşlar'ın siyasî hayat'a iştiraklerini önleyen cürümler*: Anayasalar, vatandaşlar'ın devlete ait siyasî faaliyetlere katılmasını bir hak ve hürriyet olarak tanımıştır. Anayasalar tarafından tanınan ve garanti edilen bazı eylemler, özü itibariyle politik yapı

236) Aynı rapor, 49.

237) Aynı rapor, 51, 62.

taşırırlar. Bu bakımdan, bunlara karşı fiilleri hürriyet aleyhinde suç sayabilmek için, failin muayyen vasıflara sahip olması aranmamaktadır. Mahiyetleri itibariyle bu hakların icrası devlet ile ferdi karşı karşıya getirmektedir ve ferdin devlet'in politik kuruluşuna iştirakini ifade etmektedir. Durum böyle olunca da, bu hakların ihlâli kimin tarafından gelirse gelsin, politik çehre arz etmekte ve âmme haklarına karşı bir tecavüz teşkil etmektedir.

Bu nev'i hürriyetlerin birincisi, fikirlerin serbest olarak açıklanması hürriyetidir. Bu hürriyet, konuşma, basın, radyo v.s. hürriyetlerini içine almaktadır. 1930 ve 1889 İtalyan Ceza Kanunlarında bu hürriyet müstakil mahiyette kabul edilmemiş ve siyasî hürriyetler içinde incelenmiştir.<sup>238</sup> Mutlak olarak sübjektif âmme hakkı olarak düşünülen düşüncenin açıklanması hürriyeti, âmme memurları tarafından daha kolaylıkla ihlâl edilebileceği için, failin belirli kimse olması halinde, durum ağırlatıcı sebep olarak kabul edilmiştir.

Diğer bir mutlak olarak âmme hürriyeti teşkil eden hak, toplanma ve cemiyet kurma hürriyetidir. Bu hürriyet dahi, önceki kanunlarda siyasî hürriyet mefhumu, başlığı altında düşünülmüştür.<sup>239</sup>

Anayasalar, herhangi bir dine inanmayı, toplu veya tek olarak inandığı dine ait ayini yapmağı, din konusundaki inancını yaymağı, kısacası dini inanç ve ibadet hürriyetini kabul etmiş ve garanti-lemişlerdir. Tek hudut, dinin âmme nizamına aykırı olup olmayışıdır. Bu hürriyetler aleyhine fiiller, dini hislere ve inançlara karşı olarak kabul edilmiş; en ana hürriyetler şeklinde görülmüştür.<sup>240</sup> Devlet'in dini hisleri koruyucu ödevlerle yüklü oluşu, ihlâllerin kimin tarafından gelirse gelsin, hürriyet aleyhine suç olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur.

1950 Projesi, diğer bir çok Ceza Kanunlarına göre büyük bir yeniliği, vatandaşlar'ın eşitliği aleyhine cürümler başlığı altında insan hürriyetlerinin tümünü korumakla ortaya koymuştur.<sup>241</sup> Bu başlık altında, fertler'in kanun karşısında eşitliğine karşı olan fiillerle; sosyal sınıflara karşı düşmanlığa teşvik cürümlerini cezalandırmıştır. Eşitlik muhakkak ki bir âmme hürriyeti olarak isimlendirilemez, fakat fert hürriyetlerinin bir toplamı olarak ortaya çı-

238) *Noseda*, 253 - *Manzini* (1921), 368 de bu grup içinde sadece seçim ve referandum haklarını incelemektedir. Ayrıca bk. Rel. Min. sul libro II del progetto 1950, 56.

239) *Noseda*, 253.

240) *Özek*, Türkiyede İaiklik, 175.

241) Bu konuda bk. *Rossi*, 38.

kar.<sup>242</sup> Hürriyetler sentezidir. Bu mahiyet içinde, konuyu düzenleyen projenin 331 - 333. maddeleri milletlerarası anlaşmalar ve hak beyannamelerine de uygun yapı taşımaktadır.<sup>243</sup>

Proje, 1930 Ceza Kanunundan farklı olarak, seçim haklarının serbest icrasının engellenmesini de müstakil bir şekilde düzenlemiştir. Bu bakımdan 1859 Ceza Kanununun sistemini benimsemiştir. Halbuki, 1889 ve 1930 kanunları bu konuyu müstakil olarak düzenlemekte ve politik haklar aleyhine cürümler içinde incelemekte idiler. Seçim kanunlarının kabul ettiği sistem içinde, fertler'in seçimle ilgili hak ve hürriyetleri açık bir şekilde himaye olunmaktadır. Bu suçlar, 1889 ve 1930 kanunlarında açık bir şekilde ifade olunmamış ve politik haklar aleyhine cürümler grubunun en esaslı mevzuu olarak görülmüştür. Bu suçlar, listelerin tanzimi, seçmen veya aday olarak seçime katılma haklarını ihtiva eden bir bütünü ihlâl eden fiillerdir. Bu suçlar'ın, devlet'in en yüksek organlarının teşekkülüne karşı işlenilmesi ağırlık derecelerini göstermektedir.<sup>244</sup> Ferdin seçim hakkının ihlâli, devlet organlarının teşekkülünün sağlamlığını sarsmakta ise de, mademki seçim bir haktır; bu suçları hürriyet aleyhine suçlar arasında düzenlemek ve devletin şahsiyeti aleyhine cürümler içinde mütalâa etmemek gerekir.<sup>245</sup> Bu bakımdan 1930 kanununun sistemi yerinde değildir.

Nihayet, bu tek tek düzenlenmiş âmme hürriyetlerine karşı cürümler dışında kalan ve yine âmme hürriyetlerine karşı işlenen cürümler ise geniş ve tek bir madde içinde toplanmış ve bu şekilde 1889 kanununun 139. maddesine benzer bir hüküm konulmuştur. Bu yolla, özel şekilde tanzim edilmemiş ve korunmamış olan haklara karşı tecavüzler de cezalandırılmak istenmiştir.<sup>246</sup>

Âmme hürriyetleri konusundaki şahsî görüşümüze ve bu bakımdan Ceza kanunlarının sistemleştirilmesi için gerekli bulduğumuz sisteme yakınlığı yönünden 1950 projesini önemsemekteyiz. Gerçekten proje, hürriyeti fert devlet ilişkilerinin bir sonucu olarak görmüş, demokratik bir devlette, hürriyet aleyhine cürümlerin, devlet otoritesinin suistimali ile doğduğunu, hürriyetlerin kaynağının Anayasa olduğunu kabul etmiştir. Buna karşılık, projenin bu yönden büyük bir eksikliği mevcuttur. Sosyal ve ekonomik haklara yer vermemiştir. İtalyan Anayasası 29 - 48. maddelerinde, sosyal ve

242 - 243) Rel. Min. sul libro II del progetto 1950, 65 - 67.

244) Aynı rapor, 67.

245) Aynı rapor, 50.

246) Aynı rapor, 73.

ekonomik hakları sarıh olarak tanımış ve tanzim eylemiştir. Bu alanda da, fert ile devlet'in karşılıklı ilgileri ve devlet'in yüklendiği görevler mevcuttur. Durum böyle olduğu halde, Proje bu konuya hiç temas etmemiş ve bu haklarla ilgili cürümleri, 497 - 508. maddelerinde, toplum ekonomisi, endüstri ve ticaret aleyhine cürümler içinde incelemiştir. Bu şekilde de, proje bu fiilleri devlete karşı ve onun düzeni ile ilgili olarak kabul etmiş, kendisinin ferde karşı olan sorumluluklarını ve bu konuların da sonuç olarak ferde ait âmme hakları teşkil ettiğini kabullenmemiştir.

## VI — Türk hukukunda hürriyet aleyhine cürümler.

Hürriyet aleyhine cürümler, bizim Ceza Kanunumuzun da İkinci Kitabının, ikinci babında yer almış bulunmaktadır. Bu bakımdan, mehzaz 1889 kanunu ile kanunumuzun sistemi arasında bir fark mevcut değildir. Sadece tâli hususlarda bazı farklılaşmalar mevcuttur. Şimdi, önce Ceza Kanunumuzun sistemini kısa olarak inceledikten sonra, Hürriyetler konusunda Anayasa Hukukumuz yönünden mevcut gelişimleri ve bu gelişim bakımından Türk Ceza Kanununun sisteminin değerlendirilmesini yapmak istiyoruz.

### 1 — *Türk Ceza Kanununun, Hürriyet aleyhine cürümler konusundaki sistemi.*

Ceza Kanunumuzun gerekçesi mevcut bulunmadığı için, Türk Hukuku bakımından kanun hakkındaki görüşleri ve mehzaz'a nazaran farklı noktalardaki değişimler'in sebeplerini anlayabilmek imkânı mevcut değildir.

Siyasî Hürriyet aleyhine cürümler bakımından, mehzaz kanun ile kanunumuz arasında hiçbir fark mevcut değildir.

Din Hürriyeti aleyhine cürümler bakımından farklılaşmalar mevcuttur<sup>247</sup>: özet olarak, 175. maddemiz ile mehzazda karşılığını teşkil eden 140. madde arasında fark mevcuttur. 140. madde, failin, «offendere» kasdı ile hareket etmesi gerektiğini belirtmek suretiyle, hususî kastın lüzumuna işaret etmiştir. Bu ifade tarzı, 175. maddemizde mevcut değildir. Sadece, «tahkir» kastından bahsedilmek suretiyle maddenin tatbik alanı daraltılmıştır. Aynı şekilde, 175. maddenin 3. fıkrası, mehzaz'ın 141. maddesini karşılamaktadır. Bu maddeler, vicdan hürriyetini himaye etmektedir. Mehzaz kanun-

247) Bu konuda bk. *Özet*, 223.

da herhangi bir şekilde, dini inançların ihlâli cezalandırıldığı halde, kanunumuzda bu suç, bir basın suçu haline sokulmuş ve neşir dışında bir yolla, dini hislerin tahkiri hususu cezalandırılmamıştır. Ayrıca, mehazda, «professa» tâbiri kullanıldığı halde, kanunumuzda kullanılmamıştır ve mehaz kanun dini inanç hürriyetini koruduğu halde, kanunumuzun doğrudan doğruya dini koruduğu intibainı yaratmaktadır ki, lâik sistemimize uygun bir anlayış değildir. Aradaki bu fark, Kanunumuzun 175/3. maddesinin, 1889 İtalyan Ceza Kanunundan değil de, İtalyan Basın Kanununun 19. maddesinden alınmış olmasıdır. İki kanun arasındaki diğer bir fark da, dini hisleri tahkir suçu, mehaz bakımından takibi şikâyete bağlı bir suç olarak kabul edilmiş iken, kanunumuz bakımından res'en kabili takip suç olarak kabul edilmiştir. Zannederiz ki, kanunumuzun sistemi, amaca daha uygundur. Zira din hürriyeti, dini inancı tahkir edilen fert bakımından değil, toplumsal bir değer, temel devlet düzeninin bir ifadesi olarak korunmaktadır. Bu durumda da, takibin şikâyete bağlı tutulması, ana fikre aykırı düşmektedir. Nihayet, kanunumuz, 176. maddesinde, sadece mabetlerde bulunan dini eşyalar'ın dini tahkir kastıyla tahribini suç olarak kabul etmişken, mehaz kanununun 142. maddesinde, aleni yerlerde bu gibi şeylerin tahribini suç olarak kabul etmiştir. Kanunumuzun 177 ve 178. maddelerinde, ölümler ve mezarlıklar aleyhine cürümleri, mehazda olduğu gibi, din hürriyeti aleyhine cürümler arasında saymasını da, sisteme aykırı bir husus olarak kabul ediyoruz.

Şahıs hürriyeti aleyhine cürümler bakımından mevcut fark, Kanunumuz'un, mehaz'ın 145. maddesini almamış olmasıdır. Bilindiği gibi 145. madde, kölelik fiilini cezalandırmaktadır. Her ne densen, kanunumuzda bu fiil yer almamıştır.<sup>248</sup> Bunun dışında, iki kanun arasında, teknik farkların dışında, önemli bir fark mevcut değildir. Sadece, 182. maddenin 2. fıkrası bakımından, mevcut ve önemli bir farkı işaret etmek isteriz. 182. maddenin 2. fıkrasında, mehazdaki, «disposizioni» tâbiri alınmadığı için, 12 yaşından küçüklerin rızaları ile kaçırılması halinin hukukî mahiyeti anlaşılamaaktadır; 1. fıkradaki suçun bir ağırlatıcı sebebi imiş gibi gözük-

248) Memleketimiz, 25 eylül 1926 tarihinde kabul edilmiş bulunan, «Esaret'in men'i hakkında sözleşme» ile 7 eylül 1956 tarihinde Birleşmiş Milletlerce kabul edilen, «Kölelik, köle ticareti, köleliğe benzer uygulama ve gelenekler'in ortadan kaldırılmasına dair ek sözleşme»yi kabul etmekle köleliği iç hukuk bakımından kanuna aykırı saymış bulunmaktadır ve fakat bu durumlarda tatbik edilecek müeyyideler açık olarak belli değildir.

mektedir. Gerçekte ise, bu hüküm 1. fıkranın ağırlatıcı sebebi olmayıp, 179. maddenin tatbikini icap ettiren müstakil bir suç tipidir.<sup>249</sup>

Mesken dokunulmazlığı, sırrın masuniyeti ve çalışma hürriyeti ile ilgili cürümler bakımından da, kanunumuzla, me haz arasında önemli, sistematik bir fark mevcut değildir. Sadece, teknik bir husus olmakla beraber, kanunumuzun 199. maddesi ile, me haz'ın 164. maddesi arasındaki farka işaret etmek isteriz: me hazda, sırrın masuniyeti aleyhine cürümler'in ancak toplumsal bir zarar yaratmaması halinde takibinin şikâyete bağlı olduğu belirtildiği halde, kanunumuzun 199. maddesinde, 200. maddenin dışındaki bütün hallerde, takibin şikâyete bağlı olduğu belirtilmiştir.

## 2 — Hürriyetler bakımından Anayasa Hukukumuzdaki gelişim.

1961 Anayasamızın, hürriyetlerle ve haklarla ilgili konularda gayet geniş bir takım hükümler taşımasına karşılık, 1924 Anayasası bu bakımdan zayıf görünmektedir.

1924 Anayasası 3. maddesinde, hâkimiyet'in bilâ kayd-ı şart millete ait olduğunu belirtmiş ve siyasi yönden bütün iktidarların millettten geldiğini belirtmek istemiştir. Beşinci faslı teşkil eden, 68 - 88. maddelerde, «Türkler'in hukuku âmmesi» başlığı altında, kişilerin âmme hak ve hürriyetleri tanzim olunmuştur. 68. maddede, hürriyetlerin hukuku tabiyeden olduğu belirtilmiş ve sınırını diğer fertlerin hürriyetlerinin teşkil ettiği ve devlet bakımından hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu hüküm bize iki hususu göstermektedir: a) 1924 Anayasası, âmme hürriyetleri başlığını kullandığı halde, hürriyetin tanzimini sadece devlet fert münasebeti bakımından değil ve fakat aynı zamanda, fertler arasındaki ilişkiler yönünden de kabul etmiştir. Bu sonuç, hürriyetleri tabii hukuk esasına istinat ettiren ferdiyeci görüşün ifadesidir. b) Anayasa, hürriyet'in ancak kanunla sınırlanabileceğini belirtmektedir. Bu şekilde Anayasa Hürriyetleri tahdit edici mahiyette idari tasarruflara imkân bırakmamıştır. Bu şekilde, icra kudretini hürriyetler'in tahdidi bakımından sahip olabileceği imkânlardan yoksun bırakmak, iktidarı, fert hürriyetleri yönünden tahdit edilmek istenmiştir. Bu ikinci yön bakımından Anayasa, âmme hak ve hürriyetlerinin devlet - fert ilişkileri üzerine kurulduğunu, modern anlamda fert hürriyetlerinin devlet iktidarının sınırlandırılması ve bu iktidara karşı fertlerin korunması anlamına geldiğini ka-

249) Manzini (1921), IV. 519.

bul etmiş olmaktadır. İktidar'ın sınırlandırılması ve suistimalinin önlenmesi, 3. maddedeki millet hâkimiyeti prensibinin tabii bir sonucudur. 1924 Anayasasının Hürriyet konusundaki temel görüşünü ifade eden 68. madde bu bakımdan, kanaatimizce, iki ayrı görüşü ve sistemi birlikte ifade eder mahiyettedir. Anayasanın, diğer maddelerinde ise, ferdi eşitlik, basın, inanç, düşünce, şahsî masuniyet, toplantı, cemiyet, din, seyahat, çalışma, temellük, şirket, hak ve hürriyetleri ifade olunmaktadır. Bütün bu hürriyetler'in garantisi olarak da, bu hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hususunun ifadesi ile yetinilmiştir. Sistem bakımından, 1924 Anayasasının durumu gözden geçirilecek olursa, tatminkâr olmadığı görülecektir. Zira, hak ve hürriyetler bir sistem içinde belirtilmediği gibi, ana hürriyetlere bağlı bir takım müesseseler de tanzim edilmemiştir. Sosyal hak ve hürriyetlere dokunulmamıştır. Ayrıca, gerçekte, hürriyetlerle ilgili olmayan, vergiye iştirak, örfi idare durumları da, hürriyetler içinde tanzim olunmuştur. İlk öğretim mükellefiyeti dahi, hürriyetler içinde belirtilmiştir. Fakat esas üzerinde durulması gereken konu, hürriyetlerin garantisi konusudur. Kanaatimizce, 1924 Anayasası, Hürriyetleri korumak bakımından gerekli garantileri incelemekten ziyade, genel olarak siyasî bakımdan icra organını bağlamak prensibi üzerinde durmuş ve bunu da Meclis Hâkimiyetini sağlamak suretiyle yapabileceğini sanmıştır. Gerçekten, 1924 Anayasasında, hususî olarak Hürriyetleri koruyucu hüküm sadece 68. maddede mevcuttur ve bu da, Hürriyetlerin Kanunla tanzim edileceği ifadesinden ibarettir. Bu şekilde, Anayasa, Meclis üstünlüğünün icrayı sınırlandırması ile Hürriyetlerin de korunmuş olacağını düşünmüştür. Gerçekten de, teorik olarak, mademki Meclis millî hâkimiyeti temsil etmektedir ve Hürriyetleri de sadece kanun yapma fonksiyonu ile Meclis tanzim edebilecektir, öyleyse hürriyetler garanti edilmiştir ve Hürriyetler'in tanzimi, millet olarak fertlerin kendi kendilerini tahditleridir. Hürriyetler ferdi ilgilendirildiğine, fertler de Meclis vasıtası ile temsil edildiğine göre, Meclisin icra karşısındaki üstünlüğü, fertlerin icra karşısındaki üstünlüğü anlamına gelmektedir. Bu ana düşünce ışığındadır ki, 1924 Anayasasının yapıcısı, sadece siyasî organlar ve kuruluş prensipleri bakımından icra organını tahdit edebilmek amacı ile uzun münakaşalara girişmiş ve Hürriyetlerle ilgili konularda en ufak bir tartışma dahi olmamıştır. Buna karşılık, Devlet Reisinin veto hakkı, meclisi fesih imkânı, çift meclis sistemi geniş tenkitlere yol açmış ve o zamanın, biraz da plâtonik olan, aşırı millî hâkimiyetçi



havası içinde kabul edilmemiştir.<sup>250</sup> Netice olarak da, teorik bakımdan, Meclis Hükûmeti sistemine yakın bir sistem kabul edilmiştir. Buna karşılık, Meclisin dahi yerine göre haklarını suistimal edebileceği, hürriyetleri yok edici şekilde tahditler koyacağı düşünülmemiştir. Bu bakımdan da, yasama fonksiyonlarını dahi sınırlandıracak bir hüküm konmamıştır. Hele, Anayasanın temel görüşünün aksine, icra organı üstünlüğü sağlayınca, Hürriyetleri koruyacak bir imkân, iktidarı sınırlandıracak bir müessese ve hüküm mevcut olmamıştır.

1961 Anayasası ise, sistem bakımından ve kabul ettiği görüşler yönünden, 1924 Anayasasına oranla çok değişiktir. Millî ve siyasî iktidarlar'ın düzenlenişi bakımından, millî iktidar, nazari olarak bir sınırsızlığa sahip olduğu halde, siyasî iktidar kayıtlı, sınırlı bir iktidarı temsil etmektedir. Siyasî iktidar, millî iktidarın kudreti ile sınırlanmıştır. Anayasanın, 4 - 6. maddeleri, bu hususu açıkça belirtmektedirler. Demek ki, siyasî iktidar, davranışlarında ancak, kanunlar'ın ve Anayasanın tayin ettiği sınırlar içinde bir hareket serbestisine sahip olabilecektir. Gerçekten Anayasamız, Âme Hak ve hürriyetlerini daima, siyasî iktidar'ın, ferdi hürriyetleri kısıtlamasını önlemek amacıyla düzenlemiş, siyasî iktidar'ın suistimallerini önleyici sistemler'i ve müesseseleri kurmağa çalışmıştır. Nitekim, Anayasamızın Temsilciler Meclisi gerekçesinde, «Bu tasarıda, genel mahiyetiyle, kişi hakları iktidarı sınırlayıcı bir demokratik prensip olarak yer almaktadır. Gerçekten, siyasî iktidar karşısında ferdi serbest kalacağı ve siyasî iktidar'ın müdahale edemeyeceği maddî ve manevî alanlar, bugün artık tartışılması bile mümkün olmayan bir gerçektir.» denilmektedir.<sup>251</sup> Bu şekilde, Anayasa, açık olarak Hürriyetler'in, kişiler arası münasebetleri ifade etmediğini, siyasî iktidar ile fert ilişkilerinin bir sonucu olduğunu ortaya koymaktadır. Anayasa, 1924 Anayasasının tatbik zamanlarında, özellikle, 1950 - 1960 yılları arasındaki tatbikatın verdiği sonuçlardan ders alarak, hem hürriyet mefhumunun, siyasî iktidar'ın sınırlandırılması meselesi olduğunu açıkça belirtmiş ve hem de siyasî iktidarın sınırı olan bu kişi hak ve hürriyetlerinin kendi sınırlarının tayini, kanun koyucunun takdirine mutlak olarak bırakılmamıştır; kanun koyucunun, hürriyetleri tanziminin sınırını esas itibarıyla Anayasanın kendisi tayin etmiştir. Anayasa bir yandan geniş bir kişi hak

250) Bu konuda geniş bilgi için bk. Özek, Türkiye'nin siyasî gelişimleri (basılmaktadır).

251) Bk. Ünver, 14.

ve hürriyetleri listesi tanzim etmiş, bir yandan da kanun koyucunun bunları, hangi ahvalde, hangi mülâhazalarla ne ölçüde sınırlayabileceğine işaret etmiştir. Nihayet, bu sınırlamanın, her hal ve kârda hürriyet ve hakkın özünü tehlikeye sokacak noktaya kadar inemeyeceğini belirtmiştir. Bu düşünceler açısından, Demokratik siyasi hayat kavramı ile ilgili haklar ve hürriyetler, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler, kişi hakları ve ödevleri, tanzim edilmiş, ayrıca, hürriyetlerin garanti edilmesi bakımından, yasamanın kanun yapma yetkisi sınırlandırıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi gibi müesseselerle bu yetkinin yasama organınca aşılmış olup olmadığının kontrollü imkânı da sağlanmıştır. Ayrıca, usul hukukuna ve ceza hukukuna müteallik bir takım prensiplerin, açık şekilde, Anayasa maddeleri haline getirilmesi suretiyle, haklar'ın tatbiki bakımından sınırlandırılabilmesi imkânı yok edilmek istenmiştir.

Üç bölüm altında incelenmiş bulunan hürriyetler, daimî olarak kişiye hak tanıyan ve devlete ödev yükleyen bir mahiyettedir. Özellikle, sosyal ve ekonomik haklar, devlet'in yüklendiği borçlar'ın bir yekûnudur. İktidarı elinde bulunduracak parti ve hükümet kim olursa olsun, bu konudaki icraatında, Anayasanın bu hükümleri ile bağılı olmak, ve icap eden reformları yapmak mecburiyetindedir.

Görüldüğü gibi, 1961 Anayasası, 1924 Anayasasına oranla farklı, geniş ve garanti edici sisteme dayanmakta; hareket noktası olarak da değişik bir mantıkî ve felsefî esası kabullenmektedir. 1924 Anayasası, platonik bir Millî Hâkimiyet düşüncesinden hareket ve tabii hak ve hukuk görüşünden mülhem olarak, ferdiyetçi, sübjektif haklar tanıyıcı mahiyetini ortaya koyduğu halde; 1961 Anayasası, toplumdur. Demokratik hürriyetlerin tanınması bakımından, modern siyaset prensiplerinden hareketle âmme hakları nazariyesini kabul etmiş ve son gelişimlere uygun olarak sosyal ve ekonomik hakları da tanzim etmiştir. Bu bakımdan, 1961 Anayasası klâsik demokrasi sistemi içinde, bugün için kabul edilen hürriyet anlayışını, âmme haklarının korunması bakımından siyasî iktidar'ın tahdit edilmesini kabul etmiştir. Nitekim, İtalyan ve Alman Anayasaları dahi aynı yolu tutmuşlardır. Kişisel haklar ve ödevler dahi, kişiler arasındaki bir münasebet olarak değil, kişinin özgürlüğü yönünden, iktidarın sınırlandırılması olarak görülmüştür.

3 — *Anayasa düzenimiz yönünden, Ceza Kanunumuzdaki Hürriyet aleyhine cürümler'in incelenmesi - Netice.*

Yukarda belirtmiş bulunduğumuz sistem gözönünde bulunduru-

lacak olursa, Ceza Kanunumuz'un kabul ettiği görüşün Anayasamızın bu konudaki kabul ettiği esaslara uygun olmadığını müşahede edebilmek imkânı mevcuttur.

Bilindiği gibi, Ceza Kanunumuz, Hürriyet Aleyhine cürümleri hemen devlet'in şahsiyeti aleyhine cürümler kısmını takiben düzenlemiş olduğu halde, tamamiyle ferdiyetçi kalmıştır. Hürriyet'in ihlâli, fertlerin karşılıklı birbirlerinin haklarına tecavüz etmeleri şeklinde anlaşılmalı iktidar'ın bu hakları, iktidarı temsil eden memurları tarafından fiilin ika edilmiş olması halini ise, sadece ağırlatıcı bir sebep olarak kabul etmiştir. Bu açıdan düşünüldüğü takdirde, belki de, Ceza Kanununda mevcut bütün suçları, tek bir «Hürriyet Aleyhine Cürümler» başlığı altında düzenlemek icap edecektir. Nitekim, adam öldürme suçu, insanın yaşama hürriyetine, hırsızlık mal edinme hürriyetine, hakaret şerefli yaşama hürriyetine, çocuk düşürtme, çocuk yapabilme hürriyetine karşı işlenmişlerdir. Bu misalleri daha da çoğaltabilmek mümkündür. Gerçekte ise, bunlar, sübjektif hususî hakları ilgilendirmektedir. Hürriyet aleyhine cürümlerde ise, âmme hak ve hürriyetleri korunmalı, devlet iktidarını temsil eden memurun yetkisini saptırması önlenmelidir. Nitekim, bab'ın, Kanunun sistemi içinde konulduğu yer dahi, bu mecburiyeti yaratmaktadır. Kanunumuz ise, âmme hak ve hürriyetleri ile sübjektif hakları bir arada ve karışık bir şekil içinde incelemiş bulunmaktadır. Gerçekte ise, fertlerin karşılıklı ilişkilerinden doğan ve şahıs hürriyeti, mesken masuniyeti ve sırrın masuniyeti aleyhine cürümler'in, şahıslar aleyhine veya yerine göre başka bir kısım başlığı altında incelenmesi yerinde olacaktır. Bu bakımdan, bu suçları, şahıslar aleyhine cürümler başlığı altında inceleyen 1930 İtalyan Ceza Kanunu ile 1950 İtalyan projesi sistemini maksada daha uygun olarak mütalâa etmekteyiz. 1889 Kanununun kabul ettiği gibi, mücerret bir hürriyet mefhumu kabul edilse dahi, bu sübjektif bir hürriyettir ve buna karşı işlenen fiil ile adam öldürme fiili arasında bir fark mevcut değildir. Sübjektif hususî hürriyetler'in dahi, tabiatıyla ki devlet tarafından himayesi bahis konusudur ve hakları tanıyan devlet, onları himaye etmekle de mükelleftir. Fakat, Hürriyet Aleyhine cürümler içinde değil.

Korunacak mevzu âmme hak ve hürriyetleri olduğuna göre, bu hakların kaynağını Anayasada bulduğunu da kabul etmek gerekir. Pozitif bir anlayışla hakların kaynağının Anayasa olduğunu kabul edince, Ceza Kanunu hükümlerinin dahi Anayasanın anlayışına uygun olması gerekir. Bu durumda, Ceza Kanunumuz ile, hürriyetleri

açıkça siyasî iktidarın sınırlandırılması şeklinde anlayan Anayasamız hükümleri arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Anayasa, siyasî iktidarın şekillenmesi bakımından hürriyetçi - demokratik bir sistemi kabul etmiştir. Ceza Kanunumuzda, hürriyetçi - demokratik siyasî düzenin ihlallerini önlemek ve cezalandırmak mecburiyetindedir. Bu kriter açısından hangi fiiller Hürriyet aleyhine cürümlerden kabul edilebilir. Bu bakımdan, 1950 İtalyan projesinde olduğu gibi, bir ayırım yapmak mecburiyeti bahis konusudur:

A — Bir takım haklar vardır ki, bunlar esas itibariyle sübjektif hususî haklar meyanındadır. Meselâ, mesken dokunulmazlığı, sırrın ve haberleşmenin masuniyeti, ferdin fizik ve moral hürriyeti bunlar arasındadır. Esas itibariyle, bu hürriyetler'in ihlâli, sübjektif bir hakkın ihlâli olarak kabul edilebilir. Fakat, Anayasa, bu hürriyetleri de, siyasî iktidara karşı korumuştur. İşte bu bakımdan, bir devlet vazifelisinin bu hürriyetleri ihlâli halinde, artık âmme hak ve hürriyetleri ihlâl edilmiş oluyor ki, bu takdirde, hürriyet aleyhine bir cürüm bahis konusu olacaktır. Bu bakımdan, suçun failinin vasfına göre, suç'un da mahiyeti değişmelidir. Fail, bir kudretle mücehhez ise ve bu siyasî - idarî kudretin suistimali ile fiil ika edilmişse, suç âmme hürriyetlerine karşı işlenmiş sayılacaktır. Zira, bu kudretin suistimali, genel olarak siyasî iktidar'ın suistimali anlamına gelmektedir.

B — Buna karşılık bazı fiiller vardır ki, her kim tarafından işlenirse işlensin, mahiyet itibariyle siyasî düzene ve âmme haklarına aykırılık arz etmektedir. Din hürriyeti bir lâik sistemin sonucu olarak kabul edilmiştir, bu hürriyete karşı işlenen fiil de, artık gerçekte, o ferde karşı değil, lâik devlet düzenine karşıdır. Aynı şekilde, siyasî toplanma, siyasî cemiyet kurma, fikirleri açıklama, oy verme, çalışma hürriyeti, basın hürriyeti aleyhine cürümler, gerçekte devlet'in kabul ettiği hürriyetçi - demokratik - sosyal - lâik devlet düzenine, bu düzen icabı kazanılmış bir takım haklara karşı işlenilmiş sayılmaktadır. Bu durumda da, işbu hakları ihlâl eden fiiller, mutlak olarak hürriyet aleyhine cürümlerden sayılmak lâzım gelir. Yani politik mahiyeti bulunan haklara karşı ihlâllerde, fail kim olursa olsun, suç hürriyete karşıdır. Ferdin, Anayasa tarafından tanzim edilmiş ve tanzim eyleneş bulunan haklardan istifade ile, siyasî düzenin kuruluşun, devletin ideolojik vasıflarının yarattığı haklara uyararak, toplumsal hayata katılmasına mani olunmakla ferdî bir ihlâl bahis konusu olduğu gibi; bu esaslara göre düzenlen-

miş devlet düzeni de ihlâl edilmiş olmaktadır. Devlet'in şahsiyetine karşı işlenilmiş fiillerle, devlet'in varlığı korunurken; hemen onu takiben düzenlenecek bir bab içinde de, devletin siyasî düzeni ve devlet iktidarının Anayasanın tayin ettiği sınırlar içinde kalması mecburiyeti himaye olunmalıdır. Nitekim, memurun belirli suçları işlemesi halinde cezalandırma dahi, demokratik düzen ihlâl edildiği için gerçekleşmektedir.

Hürriyetler'in kaynağı olarak Anayasa kabul edildiği takdirde, Ceza Kanunumuzda mevcut Hürriyet aleyhine cürümlerin bazılarının yersiz olduğu kabul edileceği gibi, bir çok eksikliklerin de mevcudiyetini de kabul etmek mecburiyeti vardır:

Ceza Kanunumuz, 174. maddede, siyasî haklar ve hürriyetler şeklinde genel bir hüküm koymuştur. Bu haklar'ın neler olduğu ise belli değildir. Bu bakımdan, 1950 projesinde olduğu gibi, 174. maddedeki hükmün sadece oy verme hakkını istihdaf ettiği kabul olunmalıdır. Bu durumda da, toplanma, cemiyet kurma, düşündüğünü açıklama, kişisel eşitlik, hak arama hürriyetlerinin ayrı, ayrı hükümlerle korunması icap etmektedir.

Din Hürriyeti bakımından da eksiklikler mevcuttur. Anayasamızın, 19. maddesi, dini inanç beslememe ve ayinlere katılmama hürriyetlerini tanımıştır. Bu hürriyetin himayesi yönünden bir hüküm mevcut değildir. Sadece dine inananın hürriyeti korunmuş bulunmaktadır. Lâik bir devlet düzeni ise, inanmama hürriyetini dahi himaye mecburiyetindedir. Aynı şekilde dini inançlarını açıklamama hürriyeti de himaye görmemektedir.

Anayasamız 18. maddesinde, seyahat ve yerleşme hürriyetlerini kabul etmektedir, bu hürriyetleri dahi himaye edecek hükümler mevcut değildir.

Nihayet, Basın Hürriyeti ve bilim hürriyeti bakımından da, Ceza Kanunumuzda, herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Bütün bu açıklamalarımızdan sonra, Ceza Kanunumuzun ikinci kitabının, ikinci babını teşkil eden, «Hürriyet Aleyhine Cürümler» kısmının yeni baştan düzenlenmesi, eksikliklerinin tamamlanması gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## Faydalanılan Eserler

- Akın, İ.* — Devlet Doktrinleri, İstanbul 1962.
- Aulard, A.* — Fransa inkilâbının siyasi tarihi (N. Poroy tercümesi), I, Ankara 1944.
- Battaglini, G.* — Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione, Milano 1929.
- Berner* — Trattato di diritto penale (trad. Bertola), Milano 1885.
- Biscaretti* — Il procedimento di nomina del Capo del governo, Arch. di dir. pubbl., 1937, s. 31.
- Borghese* — Il codice penale italiano, Milano 1953.
- Carrara* — Programma diritto criminale, 1923 Torino.
- Chimienti* — Diritto Costituzionale fascista, Torino s. d.
- Chimienti* — Per l'insegnamento di una legislazione costituzionale positivo italiana, Riv. di dir. Pubbl. 1929/I, 667.
- Civoli* — Trattato di diritto penale, II, Milano 1913.
- Coliard* — Liberte Publiques, Paris 1959.
- Conci* — La Chiesa e i vari stati, Napoli 1954.
- Consoli* — Il reato di vilipendio della religione cattolica, Milano 1957.
- Costamagna* — Dottrina del Fascismo, Torino 1938.
- Costamagna* — Fascismo, Bolscevismo e diritto tradizionale, Lo Stato 1930, IV.
- Crivellari* — Codice Penale interpretato, Milano 1894, IV.
- Crosa, E.* — Il Fattore politico e le Costituzioni, in Onore di Ranelletti, Padova 1931, II, 149 ve müt.
- Crosa, E.* — Diritto Costituzionale, Novissimo Digesto Italiano, V, 829.
- Dallori, G.* — La funzione consultiva del Gran Consiglio del Fascismo e l'ordinamento sindacale e corporativo, Riv. di dir. pubbl. 1929/I, 81.
- Delitala* — Criteri direttivi del nuovo codice penale, Riv. it. dir. pen. 1935, 591.
- Delle Donne* — Per una revizione delle prime nozioni del diritto Pubblico, in Onore di Ranelletti, I, Padova 1931, 233.
- Delogu, T.* — L'elemento politico nel codice penale, Arch. Pen. 1945, 3-4, 161.
- De Marsico* — I delitti contro lo Stato nella evoluzione del diritto pubblico, Bari 1927.
- Donati* — Il governo del Re nella classificazione delle forme di governo, Riv. di Dir. Pubbl. 1933/I, 525.
- Duverger* — Droits Publics, Paris 1957.
- Emerson - Haber* — Political and civil rights in the United States, New - York 1958.
- Erem, F.* — Hürriyet ve suç, Ankara 1952.
- Erem, F.* — Türk Ceza Hukuku, II, Ankara 1962.
- Falchi* — Diritto penale romano, Padova 1937.
- Ferri* — Fascismo e scuola positiva, Sc. Pos., 1926, I, 243.
- Florian* — Dei delitti contro la Liberta, s. d.
- Florian* — La libertà personale, Riv. dir. criminale, 1948, 1, 2.

*Gotesky* — Liberalism in Crisis, in *Gross European ideologies*, New - York 1948, 229.

*Gentile* — Diritto e politica, Arch. di studi comperativi, 1930.

*Höhn* — Führer e costituzione, *Lo Stato*, 1937, X, 519.

*Jellinek* — La dottrina generale dello Stato, Milano 1921.

*Jellinek* — Sistema dei delitti pubblici subbiettivi, Milano 1912.

*Leex, A.* — Socialism, in *Gross European Ideologies*, New - York 1948, 101.

*Manzini* — Trattato di diritto penale, 1921, IV.

*Majno* — Commentato al codice penale italiano, Torino 1924.

*Mauro* — Diritti politici dei cittadini, *Novissimo Digesto italiano*, V, 735.

*Menotti* — La Stato Sovietico nella dottrina generale dello Stato, Studi in Onore di Ranelletti, Padova 1930.

*Manzini* — Trattato di diritto penale, Torino 1951, VIII.

*Mancini* — Trattato di diritto penale, Torino 1921, IV.

*Negri* — Dei delitti contro la libertà, in *Cogliolo* Diritto penale, II/I, Milano 1895, 379.

*Nocito* — Corso di diritto penale, Roma 1901.

*Noseda* — Dei delitti contro la libertà, in *Pessina* enciclopedia del diritto penale italiano, VI, Milano 1909.

*Nuvolone* — Le leggi penali e la costituzione, Milano 1953.

*Okandan, R. G.* — Umumî Hukuk Tarihi, İstanbul 1951.

*Özek, Ç.* — Türkiyede lâiklik, İstanbul 1962.

*Perticone, G.* — Fascismo, *Novissimo Digesto italiano*, VII, 104.

*Pessina* — Elementi di diritto penale, Napoli, 1883.

*Pinto* — Diritto penale italiano, Milano 1924.

*Ranelletti* — Il Gran Consiglio del Fascismo, Riv. di dir. Pubbl. 1929/I 320.

*Ranelletti* — Il PNF nello Stato italiano, Gli Stati Europei a partito unico, Milona 1936.

*Reiman* — Fascism, in *Gross European ideologies*, New - York 1948, 695.

*Rocco* — La trasformazione dello Stato, Roma 1927.

*Rossi* — Diritto penale costituzionali, Palermo 1953.

*Ruffia* — Diritti politici, *Novissimo Digesto italiano*, V, 733.

*Salemi* — La organizzazione del PNF e in Suoi rapporti con lo Stato, Riv. dir. Pubbl. 1936, I, 309.

*Santaniello* — Manuale di diritto penale, Milano 1961.

*Santa Romano* — Corso di diritto costituzionale, Padova 1933.

*Sertoli* — La costituzione russa, Milano 1928.

*Suman* — Codice penale, Torino 1892.

*Tesauro* — La funzione del diritto penale per la costituzione attuale, *Il Foro Penale*, 1962, II, col. 125.

*Tuozi* — Corso di diritto penale, Napoli, s. d.

*Unver* — Esbabı mucibeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara 1961.

*Vyshinsky* — The law of the Soviet State, New - York 1944.

*Zangara* — Partito Nazionale Fascista, *Nuovo Digesto italiano*, IX, 1939.