

AMME HUKUKU

ALMANYA'DA CEZA HUKUKU REFORMU (*) GENEL BÖLÜM

Yazan

Hans - Heinrich JESCHECK, Freiburg I. Br.

Çeviren

Dr. Teoman OĞUZHAN

Almanya'da yüzyıldan daha eski olan Ceza Kanununun (StGB) yeni metni, 1 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe girdi (yayın tarihi: 2.1.1975, BGBl. I 1). Genel Bölüm, Ceza Hukukunun Reformuna dair İkinci Kanunun I. maddesiyle 4.7.1969 tarihinde (BGBl. I 717) tamamen yeniden şekillendirilmiş ve paragrafların tanzimi ve sayımı bakımından da değiştirilmiştir¹. Özel Bölüm de geniş ölçüde

(*) Bu makale Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr), cilt 91 (1975), sh. 1-44 de yayınlanmış ve yazarın izni ile dilimize çevrilmiştir.

1) Genel Bölümdeki yenilemeler, kanunkoyucu 2. Ceza Hukuku Reform Kanununun yürürlüğe girmesine kadar beklemek istemediğinden, 25.6.1969 tarihli (BGBl. I 645) Ceza Hukukunun Reformuna dair İlk Kanunla, 1 Eylül 1969 veya 1 Nisan 1970 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, evvelce kabul edildi. Bu yenilemeler, özellikle tek hürriyeti bağlayıcı ceza, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın sınırlandırılması, cezanın tayini, cezanın ertelenmesinin geliştirilmesi, siyasî ve medenî haklardan mahrumiyet cezalarının kaldırılması, güvenlik altında bulundurmaya ilişkin önkoşulların ağırlaştırılması ve iş-evinin kaldırılması konularını ilgilendiriyordu. Böylece, Almanya, aşağı yukarı dört yıldan beri, suç politikası bölümünde esaslı şekilde reform edilmiş olup, kendisiyle cesaret verici tecrübelerin yapıldığı bir StGB'ye sahiptir. Reformun bu ilk bölümüne ilişkin yenilemeler konusunda krş. STURM, Die Strafrechtsreform, JZ 1970 81;

yeni bir çehre göstermekle birlikte, konuların şimdiye kadarki sıra düzeni ve paragrafların rakam sırası, uygulamanın yeni hukukla çalışmasını gereksiz olarak güçleştirmemek için, esas itibariyle muhafaza edildi.

Özel Bölüm'ün, burada, şimdilik, ancak genel çizgileriyle çizilebilecek olan tablosu, uzun bir tarihsel gelişmenin sonucu olup, gelişmenin akışı, en iyi şekilde, StGB'nin yeni yayınları yardımı ile açıklanır. Bunlardan ilki, 25.3.1953 tarihli (BGBl. I 1083) olup, Federal Cumhuriyetin 1951'den itibaren ilk yıllarında Ceza Hukukunu değiştiren üç kanunu bir araya topladı. 1.9.1969 tarihli ikinci yayın (BGBl. I 1445), Özel Bölümün oldukça değiştirilmiş bir görünümünü ortaya koydu. Bu metne, dördüncüden onuncuya kadar olan Ceza Hukuku değişiklik Kanunları alınmış olup, bunlardan sekizincisi, 1968 tarihli büyük siyasî Ceza Hukuku Reformunu içermektedir; ayrıca, 2. Karayolları Güvenlik Kanunu (1964), Düzene Aykırılıklar Kanununa dair Yürürlük Kanunu (1968) ve özellikle, Özel Bölüm alanında da esaslı yeni düzenlemeler getiren 25.6.1969 tarihli I. Ceza Hukuku Reform Kanunu anılabilir². Fakat bu aradaki gelişme, Özel Bölümün 1969 yılında ulaşılan reform seviyesini geniş ölçüde aşmıştır. 20.5.1970 tarihli (BGBl. I 505) 3. Ceza Hukuku Reform Kanunu, gösteri yürüyüşü suçlarını önemli ölçüde sınırladı ve daha önceki kitle suçlarını, hemen hemen tamamen, bir insan topluluğu içinden işlenen cünha suçlarında faillik ve iştirak

HORSTKOTTE, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB), JZ 1970 122; aynı yazar, Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über den Rückfall und die Massregeln der Sicherung und Besserung, JZ 1970 152; LK HEIMANN - TROSIEN), Strafgesetzbuch, 9. bası, 1974, Giriş, not 10 vd.

- 2) Bunlar, —zinanın, sadominin ,ergin erkekler arasındaki homoseksüelliğin cezalandırılmasının kaldırılması gibi—, kısmen 1.9.1969'da eklendi; bu konuda krş. STURM, Die Aenderungen des Besonderen Teils des StGB zum I. September 1969, NJW 1969 1606. Geri kalanı, özellikle hırsızlığın ağırlaştırılmış şekillerinin yeni düzenlemesi, 1.4.1970 tarihinde yürürlüğe girdi; bu konuda krş. CORVES, Die ab I. April 1970 geltenden Aenderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, JZ 1970 156.

hallerine indirgedi³. Ancak bu arada, Federal Senatonun, Bonn ve Frankfurt'taki ağır eylemleri gösterilerin etkisi altında kararlaştırdığı ve Federal Meclise gönderdiği kanun tasarısı ile, daha çok ülke barışının bozulmasına dair hüküm (§ 125), bizzat cebir kullanmadan veya buna teşvik etmeden, tehlikeliliğini bilerek insan topluluğuna katılan "birlikte gidenler"i de kapsayacak yönde tekrar ağırlaştırılıyor. 23.11.1973 tarihli (BGBl. I 1725) 4. Ceza Hukuku Reform Kanunu, Cinsel Ceza Hukukunun esaslı, ama kısmen şüpheli yeni bir düzenlemesini getirdi⁴. Bundan önce, tehditle adam öldürme (§ 239a), rehin alma (§ 239b) ve hava trafiğine saldırılar (§ 316c) hakkındaki yeni hükümleriyle, 16.12.1971 tarihli 11. ve 12. Ceza Hukuku değişiklikleri Kanunları (BGBl. I 1977, 1979) bulunuyordu. Bundan başka, kanunkoyucu, StGB'ye dair 2.3.1974 tarihli Yürürlük Kanununun (EGStGB) 19. maddesi (BGBl. I 469) ile, Özel Bölümün birçok hükümlerinin, kaynağı itibariyle kısmen 1962 - Tasarısına da dayanan yeni düzenlemesini bir ölçüde "el altından" gerçekleştirdi⁵. Esas unsur olarak, ilk oniki hafta içinde çocuk öldürmenin cezasızlığını amaçlayan⁶ 18.6.1974 tarihli 5. Ceza Hukuku Reform Kanununun (BGBl. I 1279) bu noktayı ilgilendiren 218a paragrafı geçici olarak uygulanamıyor; çünkü Federal Anayasa Mahkemesi, GG md. 93I b. 2, BVefGG § 76 b. 1 uyarınca birçok Eyalet Hükümetlerinin ve Federal Meclis üyelerinin üçte birinin başvurusu üzerine, bu hükmün yürürlüğe girmesini, BVerfGG § 32 ye göre 21.6.1974 tarihli geçici bir kararla ertelemiştir (NJW 1974 1322). Mahkeme, 3.12.1974 tarihli kararla, yürürlüğe girmeme süresini, esas hakkındaki kararın bildirileceği 29.1.1975 tarihine ka-

-
- 3) Bu konuda krş. DREHER, Das 3. Strafrechtsreformgesetz und seine Probleme, NJW 1970 1153.
 - 4) Bu konuda krş. BOCKELMANN, Reform des Sexualstrafrechts, R. Maurach'a Armağan, 1972, sh. 391-392; DREHER, Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?, JR 1974 45 vd.; JESCHECK, Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts im Lichte der Rechtsvergleichung, ZStW 83 (1971) 299 vd.
 - 5) Bu konuda krş. JUNG in ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, Einführung in das neue Strafrecht, 1974, sh. 115 vd.; GÖHLER, Das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, NJW 1974 832 vd.
 - 6) Tasarılarıdaki dört çözüm modeli konusunda ayrıntılı olarak: FEZER, Zum gegenwaertigen Stand der Reform des § 218 StGB, GA 1974 65 vd.

dar uzattı (NJW sayı 52, II. kapak sayfası)^{6a}. Bununla birlikte, Alman Ceza Hukukunun arzettiği görünüm, serbest çocuk aldırmanın sınırları problemi hariç, sabittir. Cezaların infazı reform paketinde henüz eksik olmakla birlikte, bu bölüm artık daha fazla gecikmeyecektir. 1972 tarihli Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın ve Hürriyetten Yoksun Kılıcı İyileştirme ve Güvenlik Önlemlerinin İnfazı hakkında Kanun Tasarısı, Ceza İnfaz Komisyonunun önçalışmaları⁷ esas alınarak kaleme alınmıştır⁸; ve 1 Ocak 1976'da yürürlüğe girmesi beklenebilecek şekilde Federal Meclis Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonunda görüşülmektedir.

Aşağıdaki genel bakış, iki bölüme ayrılıyor. Giriş, Alman reform paketinin milletlerarası gelişmenin tüm ilişkisi içindeki yerini, yeni Genel Bölümün gelişim tarihini ve reformun yönlendirici prensiplerini konu ediniyor (I). İkinci bölümde, Genel Bölümün hem dogmatik hem de suç politikası alanındaki en önemli yenilikleri izah edilecektir (I).

I

GİRİŞ

1. Alman reform paketi, elli yıllarının sonunda, yâni Büyük Ceza Hukuku Komisyonunun 1962 - Tasarısı hazırlık çalışmalarının

6a) Bu arada, süre, 25.2.1975'e kadar tekrar ertelendi. Federal Anayasa Mahkemesi, aynı gün, § 218a'nın, 5. Ceza Hukuku Reform Kanunundaki şekliyle, GG md. 1/I ile birlikte md. 2/II c. 1'e aykırı ve hükümsüz olduğuna karar verdi. Federal Meclis, şimdi, endikasyon modeline göre yeni bir düzenleme yapmak zorunda olacaktır.

7) Krş. Tagungsberichte der Strafvollzugskommission Bd. I - XII, 1968 - 1971, mit Sonderband zu den Tagungsberichten Bd. XI - XIII (Kommissionsentwurf) 1971. Ayrıca krş. BAUMANN ve diğer yazarlar, Alternativ - Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes, 1973.

8) Bundestags - Drucksache 7/918; bu konuda krş. MÜLLER-DIETZ, Probleme des modernen Strafvollzugs, 1974; ayrıca, Straf- und Massregelvollzug : Situation und Reform. Kriminologie und Kriminalistik, in : Kriminologische Gegenwartsfragen, sayı 11, 1974; bu konuda son olarak : KAISER/SCHÖCH/EIDT/KERNER, Strafvollzug, 1974, sh. 39 vd.

sonuçlanmasından sonra başlamış olan ve kendisine yeni Alman Hukukunun da önemli esinlenmeler borçlu olduğu Ceza Hukukunun liberalizasyonuna ve insancıllaştırılmasına ilişkin büyük bir *milletlerarası hareket*'in çerçevesi içinde bulunuyor. "Commen Law" ülkelerinden İngiltere'de: 1958 tarihli "First Offenders Act", 1961, 1967 ve 1972 tarihli üç "Criminal Justice Acts", 1974 tarihli "Rehabilitation of Offenders Act" ve "Law Commission" in Ceza Hukukuna ilişkin devam etmekte olan çalışmaları^{8a}; Amerika Birleşik Devletleri'nde: "Illinois" (1961), "Minnesota" ve "New Mexico" (1963), "New York" (1965), "Connecticut" ve "Kansas" (1969), "Florida" (1974) gibi birçok federe devletlerdeki yeni Ceza Kanunları; bu konuda temel teşkil etmiş olup, "Amerikan Law Institute" tarafından kaleme alınan "Model Penal Code" (1962) ve "National Commission on Reform of Federal Criminal Laws" tarafından meydana getirilen "Proposed New Federal Criminal Code" (1971)^{8b} zikredilebilir. Roman Hukuk çevresi ülkelerinden Fransa'da, deneme süresinde yardım'ın ve ceza infaz hâkiminin kabul edilmesiyle "Code de procédure pénale"e (1958), güvenlik altında bulundurmaya ilişkin 1970 tarihli Reform Kanununa ve "Code pénal"ın 1974 yılında bildirilen revizyonuna; İtalya'da, şartla salıvermeye ilişkin kanuna (1962), GONELLA Ceza Kanunu Tasarısına (1961) ve Adalet Bakanlığınca hazırlanmış olup, fakat bilim tarafından şiddetle tenkit edilen en yeni Tasarıya; Belçika'da, 1964 tarihli şartlı mahkûmiyet ve sosyal savunma hakkındaki her iki kanuna; Portekiz'de, yeni hükümet tarafından bildirilen Ceza Hukuku Reformunun devamı için muhtemelen esas da teşkil edecek olan CORREIA Tasarısına (Genel Bölüm 1963, Özel Bölüm 1966) işaret edilebilir. İsveç'te, çok ilerici yeni bir Ceza Kanunu 1965 yılında yürürlüğe girdi. Sosyalist ülkeler, yeni Ceza Kanunları ile reform hareketine katıldılar: 1958'de Sovyetler Birliği merkez organları tarafından ceza yasaması için kabul edilen yeni prensipleri esas almak suretiyle çe-

8a) Çalışmaların durumu konusunda krş. The Law Commission Ninth Annual Report 1973 - 1974, sh. 4 vd.

8b) Bu konuda krş. WECHSLER, The Model Penal Code and the Codification of American Criminal Law, in : Crim Criminology and Public Policy, Essays in Honour of Sir Leon Radzinowicz, 1974, sh. 419 vd. (kodifikasyon çalışmalarının durumuna ilişkin kısa açıklama için : sh. 466 vd.).

şitli Sovyet Cumhuriyetleri; ayrıca, Çekoslovakya ve Macaristan (1961), Alman Demokratik Cumhuriyeti, Bulgaristan ve Romanya (1968), Polonya (1969). Alman dili bölgesinde, Federal Cumhuriyetin yeni Ceza Hukuku gibi 1 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe girmiş olan yeni Avusturya Ceza Kanunu ön plânda bulunuyor. İsviçre'de, Ceza Kanununun 18.3.1971 tarihli kanunla gerçekleştirilen ikinci kısmî revizyonu, cezaların infazında ve Çocuk Ceza Hukukunda önemli düzeltmeler getirdi; ikinci kısmî revizyondan oldukça daha ileri gitmesi beklenen ve özellikle Özel Bölümü kapsayacak olan (ilkin, çocuk aldırma hakkındaki ceza kuralı) üçüncü kısmî revizyon çalışmaları devam etmektedir. Güney Amerika'da, Brezilya, 21 Ekim 1969 tarihli yeni bir Ceza Kanunu gerçekleştirmekle birlikte, bu, 1974 tarihli bir kanun uyarınca, ancak tasarı halinde bulunan yeni Ceza Yargılaması Kanunu ile birlikte yürürlüğe girecektir. Ayrıca Latin Amerika Ceza Hukuku Komisyonu, 1971 yılında, Latin Amerika için Örnek Ceza Kanununun Genel Bölümünü kabul etti⁹. 1961 tarihli öntasarıya dayanan yeni Japonya Ceza Kanunu Tasarısı, 1972 yılında Ceza Hukuku Komisyonunca hazırlanmış ve kabulü Yasama Müzakere Komisyonu tarafından hükümete teklif edilmiştir.

2. Başlangıcı yüzyıla geçişin ilk zamanlarına kadar ulaşan Alman Ceza Hukuku Reformu, amacına ulaşmak için sonuç alıcı olan son aşamasında, yeniden yirmi yıl daha yoğun gayretleri gerektirdi. Reformun süreci ve sonuçları, *başlıca üç etken* vasıtasıyla belirlenmiştir: 1962 tarihli Hükümet-Tasarısı, Ceza Hukuku profesörlerinin 1966 tarihli Seçenek-Tasarısı ve Federal Meclis Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonunun 1966'dan 1969'ya kadar devam eden müzakereleri.

a) 1954 ilkbaharında Adalet Bakanlığında toplantıya çağrılmış olan Büyük Ceza Hukuku Komisyonu, dogmatik ve karşılaştırmalı hukuk önçalışmalarından¹⁰ ve çok büyük özenle yürütülen uzun

9) Krş. JESCHECK, Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht, E. Heinitz'e Armağan, 1972, sh. 717 vd.

10) Krş. Materialien zur Strafrechtsreform, 1. cilt: Gutachten der Strafrechtslehrer, Bonn 1954; Materialien zur Strafrechtsreform, 2. cilt: Rechtsvergleichende Arbeiten, Bölüm I, Genel Bölüm,

görüşmelerden¹¹ sonra, 1959 yılında yeni bir Ceza Kanunu Tasarısı sunabildi (1959- Tasarısı II). Bu tasarı Federal Hükümetçe görüşülüp kabul edildikten sonra, Eyalet Adli İdarelerince kurulan Eyalet Komisyonu tarafından 1959'dan 1962'ye kadar tetkik edildi ve birkaç noktada değiştirildi. 1962 - *Tasarısı* (Bundestagsdrucksache IV/650) aynı yıl Federal Meclise sunulmakla beraber, görüşmeler 4. yasama döneminde geniş ölçüde sonuçlandırılmadı¹². 1962-Tasarısı 13.1.1966 tarihinde ikinci defa Federal Meclise sunuldu ve yeni kurulan Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonuna havale edildi. Bu tasarının önemi, özellikle iyice işlenmiş dogmatik bölümünde bulunuyordu; buna karşılık, hürriyeti bağlayıcı ceza üzerine kurulan Ceza Hukukunun geleneksel planından aslında sadece çok az ayrılabilen hukukî sonuçlar sistemi, büyük reform hareketinden gelen, suç politikasının yönünden Federal Mecliste değiştirilmesine büyük ölçüde katkıda bulunan bir eleştirinin ana hedefi oldu¹³. 1962-Tasarısında hemen hemen tamamen eksik olan şey, diğer sosyal kontrol olanakları yanında "ultima ratio" olarak Ceza Hukuku görüşü, cünha alanında da suç olmaktan çıkarma, hürriyeti bağlayıcı cezanın azaltılması ve yerine, geniş ölçüde, hürriyeten yoksun kılıcı olmayan yaptırımların, özellikle cömertçe düzenlenen cezanın ertelenmesinin ikamesi, ağır ve hafif hapsin kaldırılması zarureti anlayışı, sosyal tedavinin tekerürle mücadele metotlarına kabul edilmesi ve ceza ve önlemler ilişkisinin yeniden düzenlenmesi hususları idi.

-
- 1954; Bölüm II, Özel Bölüm, 1955 (2. cilt, Institut für ausländisches und internationales Strafrecht tarafından yayınlanmıştır).
- 11) Krş. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, cilt 1-14, 1956-1960.
- 12) 4. Seçim Dönemi "Ceza Hukuku" Özel Komisyonu, müzakere sonuçları hakkında 30.6.1965 tarihli bir rapor sundu.
- 13) Bu anlamda özellikle krş. PETERS, in: PETERS/LANG - HINRISCHEN, Grundfragen der Strafrechtsreform, 1959, sh. 13 vd.; Hellmuth MAYER, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; SCULTZ, Kriminalpolitische Memerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), JZ 1966 113 vd.; NOLL, Diskussionsvotum auf der Strafrechtslehrertagung vom 21. - 23. Mai 1964 in Hamburg, ZStW 76 (1964) 711 vd.; G. KAISER, Zur kriminalpolitischen Konzeption der Strafrechtsreform, ZStW 78 (1966), 100 vd.

b) 1962 - Tasarısının çoksesli eleştirisini birleştirmek ve hazırlanmış bir kanun teklifi haline getirmek için, 14 Ceza Hukuku profesörünün¹⁴ özel inisiyatifiyle başlanan bir girişim olarak, 1966 yılında *Bir Ceza Kanununun Seçenek - Tasarısı, Genel Bölüm (AE)*, yayınlandı¹⁵. Objektif tartışma bu eserle önemli ölçüde kolaylaştırıldı. Aynı zamanda, her iki tasarının Özel Komisyonunda birlikte görüşülmesiyle, kamuoyunun olduğu kadar Ceza Hukuku öğretisi ve uygulamasının da geniş bir onayının beklenebildiği orta bir yol bulma olanağı sağlandı. Bu nedenle, FDP (Hür Demokrat Partisi) Parlamento Grubu tarafından Federal Meclise sunulan AE¹⁶, 23.1.1968 tarihindeki ilk okunuşunda görüşüldü ve Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonuna gönderildi. AE'nin en güçlü tarafı, hukukî sonuçlar sistemini modern suç politikasının istekleri anlamında eksiksiz ve tutarlı olarak kavrayışıdır. O, bu bakımdan büyük bir başarı elde etti. Bununla birlikte AE, özgürlük, sorumluluk ve hukukun etkinliği üzerine kurulu bir Ceza Hukuku sisteminin esaslarını ve gerçekleştirilebilir reformların alanını nerede terkeder gibi görünseyse, kendisine, Özel Komisyonunda etkisiz kalmayan direnme gösterildi¹⁷. Böylece, ne cezanın kurucu bir unsuru ve önlem'e göre ayı-

-
- 14) İlk aşamadaki yazarlar: JÜRGEN BAUMANN, ANNE-EVA BRAUNECK, ERNST-WALTER HANACK, ARTHUR KAUFMANN, ULRICH KLUG, ERNST-JOACHIM LAMPE, THEODOR LENCKNER, WERNER MAIHOFER, PETER NOLL, CLAUS ROXIN, RUDOLF SCHMITT, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH, WALTER STREE. Daha sonra, GERALD GRÜNWALD ve ARMIN KAUFMANN katıldı. Çalışma toplantılarının yapılması için gerekli vasıtaları Fritz-Thyssen Vakfı sağladı.
- 15) Şimdi krş. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2. bası, 1969.
- 16) Bundestags - Drucksache V/2285.
- 17) GALLAS'ın (ZStW 80 (1968) 1 vd.), 1957'de Münster'deki Ceza Hukuku profesörleri kongresinde, ceza anlayışı ve dogmatik bölüm ile ilgili olarak, esas itibariyle 1962 Tasarısının pozisyonunu savunmasına karşılık, ARMIN KAUFMANN (ZStW 80 (1968) 34 vd.), bu bakımdan, yürürlükte olan hukuku üstün tutmak istedi. JESCHECK'in (ZStW 80 (1968) 54 vd.), suç politikası bölümü ile ilgili olarak AE'nin anlayışının, geniş ölçüde, fakat asla bütünü ile olmadan, benimsenmesini tavsiye etmesine karşılık, GRÜNWALD (ZStW 80 (1968) 89 vd.), JESCHECK'in şüphelerinin çoğunu dayanaksız buldu. Yeni hukuk, esas itibariyle, o zaman GALLAS ve JESCHECK tarafından temsil edilen çizgide

rıcı niteliği olan kusurluluktan vazgeçme, ne kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın tamamen kaldırılması, ne de süreli para cezası fikri başarıya ulaşamadı. Cezalandırma kaydile ihtarın aşırı derecede genişletilmesi, ceza süresinin üçte ikisinin çekilmesinden sonra zorunlu salıverme ve sosyal tedavi kurumuna aşırı değer verilmesi de yeni hukuka girmedi.

c) 5. Seçim Döneminde (1966-1969) milletvekili Dr. GÜDE (Hıristiyan Demokrat Birliği) tarafından yönetilmiş olan ve 6. Seçim Döneminden beri milletvekili Dr. MÜLLER-EMMERT'in (Sosyal Demokrat Partisi) başkanı olduğu *Federal Meclis Ceza Hukuku Özel Komisyonu*, yeni ve ileriye götüren fikirleri kabul ederek, her iki tasarrının sentezini başardı¹⁸. Bu büyük yasamasal başarıda, Federal Adalet Bakanlığı Ceza Hukuku Bölümünün de önemli payı vardır. Özel Komisyon, çalışmaları sırasında kendisinden geniş bilgi edindi¹⁹. Seçenek - Tasarıya katılmış olan profesörlerin sözcüleri, Özel Komisyona olan tavsiyelerini hem doğrudan doğruya, hem de dolaylı olarak Üçlü - Komitede açıkladılar. Özel Komisyon, öncelikle Ceza Hukuku profesörleri, Alman Yargıçlar Birliği ve Federal Baronun Ceza Hukuku Komisyonu temsilcileri, doktorlar, psiko-

bulunmaktadır. BAUMANN da (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. bası, 1974, sh. 61), —üzülerek de olsa— “2. Ceza Hukuku Reform Kanununun da birçok noktalarda 1962 - Tasarısının ana pozisyonlarından ayrılamadığı” sonucuna varıyor.

- 18) Krş. MÜLLER - EMMERT/FRIEDRICH, Die kriminalpolitischen Grünzüge des neuen Strafrechts nach den Beschlüssen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, JZ 1969 245 vd.; MÜLLER - EMMERT, Die Strafrechtsreform, in : MADLENER/ PAPPENFUSS/SCHÖNE (Hrsg.), Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, sh. 21 vd. Müzakereler, Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonunun tutanaklarında yayınlanmıştır; 5. Seçim Dönemi : 1. - 130. oturum. 6. Seçim Dönemi : 1. - 76. oturum, 7. Seçim Dönemi : şimdilik 1. den 36. oturuma kadar.
- 19) Çalışma metodu için krş. Erster Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform v. 23.4.1969, Bundestags - Drucksache V/4094, sk. 1-2. Parlamenter yardımcı vasıta olarak “Hearings” konusunda krş. ACHTERBERG, Grundzüge des Parlamentsrechts, 1971, sh. 71. Komisyon toplantıları sözkonusu olmasına rağmen, “Hearings” çoğunlukla açıktır ve televizyonca yayınlanır; bunda, aynı zamanda, gösterişli davranış tarzının teşvik edilmesi tehlikesi vardır.

loglar, infaz memurları ve meslekî dernek temsilcileri olmak üzere, çok çeşitli alanlardan bilirkişi dinledi. Ülke içinde ve ülke dışında, özellikle İsveç, Danimarka ve Hollanda'da, infaz kurumlarını ziyaret etti; 1967'de Münster'deki Ceza Hukuku profesörleri kongresine ve 1968'de Nürnberg'deki 47. Alman Hukukçular Kurultayına katıldı; Ceza İnfaz Komisyonu, Adalet Bakanları Konferansı ve Eyalet Ceza Hukuku Raportörleri Konferansı ile birlikte çalıştı.

Federal Meclisin geniş çoğunluğunca kabul edilebilecek uzlaşıcı çözümler için partilerin yapıcı işbirliği anlamında sonuç alıcı dönüşüm, Hıristiyan Demokrat Birliği ve Sosyal Demokrat Partisinden oluşan Büyük Koalisyonun 1966 yılı sonunda kurulmasıyla başladı. Çalışmalar, 1968 yazında başlayan ve Komisyonun 109. toplantısından itibaren hızla ilerleyen görüşmelerin sonuçlarında ifadesini bulan fraksiyonlararası görüşmeler yoluyla kolaylaştırıldı. Özel Komisyon, sona ermekte olan yasama dönemini ve henüz eksik olan Yürürlük Kanununu dikkate alarak, alışılmamış, fakat iyi olduğunu kanıtlayan bir karar aldı: *Genel Bölüm*'ün maddî muhtevası çeşitli zamanlarda yürürlüğe giren iki *ayrı kanun tasarısı'na* bölündü ve *Özel Bölüm*'ün yenilenmesi, çok önemli görünen birkaç reform hariç, gelecek yasama dönemlerinde gerçekleştirilecek olan *ek-mevzuat değişikliği*'ne bırakıldı. Böylece, 25.1.1969 tarihli I. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile, suç politikası bakımından özellikle çok önemli ve acele olan reformların, 1.9.1969 veya 1.4.1970 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kabul edilmesine karşılık, 2. Ceza Hukuku Reform Kanununda yer alan ve tamamen yeni olan Genel Bölüm, ilkin öngörülen 1.10.1973 tarihinin, öne alınan Federal Meclis seçimleri nedeniyle 1972 yılında ertelenmesinin zorunlu olmasından sonra, yürürlük alanına ilişkin hükümleri, dogmatik kuralları ve hukukî sonuçlar sistemindeki öteki yenilikleri ile birlikte, 1.1.1975 tarihinde yürürlüğe girdi. Sadece sosyal tedavi kurumuna ilişkin hükümler, Eyaletlerin, daha kısa bir sürede zorunlu tertibatı alacak durumda olamayacaklarını Federal Senatoda kabul ettirmeleri üzerine, ancak 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ceza Kanununa ilişkin 2.3.1974 tarihli Yürürlük Kanunu (BGBl. I 469), 2. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile değişik Genel Bölümü birkaç noktada tekrar değiştirdi; bunlardan en önemlisi, para cezasının hesaplan-

masına ilişkin § 40/II dir²⁰. Yeni düzenleme, tümüyle, hem 1962 - Tasarısına, hem de Seçenek - Tasarıya oranla, önemsiz olmayan farklılıklar gösteriyor; bununla birlikte genel olarak söylenebilir ki, Seçenek - Tasarının önerileri, geniş ölçüde, hukukî sonuçlar sisteminde başarılı olmasına karşılık, Dogmatik Bölüm, daha çok, 1962 - Tasarısına dayanıyor.

3. Ceza Hukuku reformunun temel hedefleri, 1952 yılında reform çalışmalarının yeniden başlamasından beri bir gelişmeye, değişikliğe ve somutlaşmaya uğradı. Ceza Hukukunun yenilenmesini amaçlayan büyük uluslararası hareket, Almanya'da da etkisiz kalmadı. Belli ki, buna katılanların birçoğunda derine inen öğrenme ve düşünce değişikliği süreci meydana geldi. *Suç politikasındaki ana pozisyonlar* feda edilmemekle birlikte, bunlar *değiştirildi ve nisbileştirildi*²¹.

-
- 20) Yürürlük Kanunu, zaman kazanmak için, Özel Komisyonca kurulan "Çalışma Grubu EGStGB" (Ceza Kanununa ilişkin Yürürlük Kanunu Çalışma Grubu) tarafından hazırlandı; buna karşılık Özel Komisyon ise, sadece, bu Çalışma Grubunun yazılı olarak gerekçelendirilmiş düşüncelerini esas alarak müzakere etti. EGStGB'nin tam zamanında tamamlanmasına bağlı olan Genel Bölümün, 1 Ocak 1975 tarihinde yürürlüğe girmesini tehlikeye sokmamak için, aslında alışılmamış olmayan bu usul uygulandı; metot için krş. Erster Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zum Entwurf eines Einführungsgesetzes zum StGB v. 27.11.1973, Bundestags - Drucksache 7/1261, sh. 1.
- 21) Bu konuda krş. TIEDEMANN, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung der Strafgesetzgebung, ZStW 86 (1974) 303 vd.; G. KAISER, Die Fortentwicklung der Methoden und Mittel des Strafrechts, ZStW 86 (1974) 349 vd.; aynı yazar, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, R. Maurach'a Armağan, 1972, sh. 25 vd.; aynı yazar, Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Rechts aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft und Kriminologie, in: HORSTKOTTE/KAISER/SARSTED, Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, 1973, sh. 29 vd. Aynı konuya ilişkin olarak İsviçre açısından ileri sürülen düşünceler için: GERMANN, Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen StGB durch das Ges. v. 18. März 1971, SchwZStr 87 (1971) 337 vd.; SCHULTZ, Die zweite Teilrevision des schweizerischen StGB, ZBJV 106 (1970) 1 vd.; aynı yazar, Schweizer Strafrecht, ZStW 83 (1971) 1045 vd.; aynı yazar, Dreissig Jahre

a) Ceza Hukukunun diğerleri yanında yalnız *bir* sosyal kontrol aracı olduğu anlayışı, son yıllarda geniş ölçüde başarıya ulaştı. Bu münasebetle anlaşıldı ki, Ceza Hukukunun uygulanması her zaman olumlu değerlendirilemez; çünkü bu, ilk çizgide, hükümlüde ve çevresinde meydana gelen, fakat toplumu da bütünü ile ilgilendiren sosyal sakıncaları da beraberinde getiriyor. Nihayet bugün, ceza adaletinin görevinin adalet için adalet dağıtmak olmadığı, hukukun ihlâline karşı hak edilen tepkide aynı zamanda zorunlu bir önleme aracı varolduğu için, faili işlenmiş eylemden dolayı sorumlu tuttuğu inancı gelişmiştir²². Ayrıca bundan, *Ceza Hukukunun, hukukun etkinliğinin sadece en son aracı* olabileceği, ve toplumun korunması için yeterli olduğunun ispatlanabilmesi ve hukuk güvenliği muhafaza edilecek şekilde düzenlenmesi koşulu ile, koruyucu ve daha az masraflı sosyal kontrol önlemlerinin önceliğe lâyık olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu nedenle, Ceza Hukukunun suç olmaktan çıkarılması çağrısı haklı ve bu istemin ülke-içi ve ülke-dışı yasamadaki başarısı anlaşılır görünüyor. Her ne kadar hukuk ve ahlâk düzeninin merkezî alanlarında, örneğin kamu güvenliği, cinsiyet ve doğmamış çocuğun korunması alanında, cezalandırmanın kısıtlanmasının ölçüsü hakkında tartışılabilirse de, kabahatlerin Düzene Aykırılıklar Hukukuna terkedilmesi kabul edilmelidir; ve bu, kamuoyunca da benimsenmiştir. Çocuk Hukukunda da, Ceza Hukukundan, sosyal kontrolün çocuğa daha uygun olan biçimlerine geçiş eğilimi güçlenmiştir²³. Nihayet, özel alanda da sosyal kontrol mekanizmalarına

schweizerisches StGB, SchwZStr 88 (1972) 1 vd.; PHILIPPE GRAVEN, Die Zukunft des Freiheitsentzugs im schweizerischen und deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968) 199 vd.; TRECHSEL, Die Entwicklung der Mittel und Methoden des Strafrechts, SchwZStr 90 (1974) 271 vd.; GUGGENHEIM, L'évolution des méthodes et moyens du droit pénal, ebenda, sh. 290 vd.

- 22) Esas teşkil eden geniş açıklamaları için krş. GALLAS, Der dogmatische Teil des Alternativ - Entwurfs, ZStW 80 (1968) 3. Bu konuda ayrıca BRUNS, Strafzumessungsrecht, 2. bası, 1974, sh. 312.
- 23) Bu konuda krş. SCHAFFSTEIN, Jugendhilferecht und Jugendstrafrecht, GA 1971, 129 vd.; WÜRTEMBERGER, Zur Reform des Jugendkriminalrechts, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2 (1971) 81 vd.; MÜLLER - DIETZ, Der Diskussionsentwurf eines neuen Jugendhilfegesetzes und die Behandlung straffaelliger Jugendlicher, Zentralblatt für Jugend-

gösterilen ilgi büyüdü; ve usul hukuk devleti olmanın asgarî gerekleriyle bağdaştırılabildiği ölçüde, devletin adaleti dışında suçluluğa karşı mücadele şekillerini, hukukî korumanın meşru vasıtaları olarak kabul etmeye doğru belli bir eğilim kaydediliyor²⁴.

b) Suçluluğu tedavi eden mutlak tedavi vasıtası olarak Ceza Hukukuna verilen aşırı önemin azaltılması ile, zorunluluğuna olan inanç da büyüdü. Çeşitli yönlerden Ceza Hukukunun varlık nedenini şüpheli göstermeye teşebbüs eden son yılların *saldırıları*, Ceza Hukuku doktrini ve Kriminoloji tarafından tamamen ciddiye alınmış²⁵ ve Ceza Hukukunun fonksiyonunun sınırları ile reform olanaklarını düşünmeye katkıda bulunmuş olmakla birlikte, hiçbir yerde, esaslarının yıkılması sonucunu doğurmadı. Bununla, hem psikanalizden kaynaklanan atılımlar²⁶, "labeling approach"²⁷, radikal ahlâkî

recht und Jugendwohlfahrt 60 (1973) 460 vd.; KAISER, Jugendrecht u. Jugendkriminalitaet, 1973, sh. 84 vd.

- 24) İşyeri ceza adaleti için krş. G. KAISER, Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1972, sh. 100; FEEST, Betriebsjustiz : Organisation, Anzeigenbereitschaft und Sanktionsverhalten der formellen betrieblichen Sanktionsorgane, ZStW 85 (1973) 1125 vd.; METZGER - PREGIZER, Bericht über das Kolloquium "Betriebsjustiz", ebenda, sh. 1154 vd.; mağaza hırsızlığı için krş. GUNTHER ARZT, ALBIN ESER, GERALD GRÜNWALD, ARMIN KAUFMANN, ERNST - JOACHIM LAMPE, THEODOR LENCKNER, PETER NOLL, WOLFGANG SCHÖNE, WALTER STREE, KLAUS TIEDEMANN, Der Entwurf eines Gesetzes gegen den Ladendiebstahl (AE - GLD) (Mağaza Hırsızlığına karşı bir Kanun Tasarısı), 1974.
- 25) Bu konuda krş. RICHARD LANGE, Das Raetsel Kriminalitaet, 1970, sh. 35 vd., 102 vd., 277 vd., 316 vd.; aynı yazar, Die moderne Anthropologie und das Strafrecht, in : Schuld, Verantwortung. Strafe, 1964, sh. 277 vd.; aynı yazar, Strafrechtsreform, 1972, sh. 9; LEFERENZ, Literaturbericht Kriminologie (Teil I), ZStW 84 (1972) 954 vd.; JESCHECK, Die Kriminalpolitik der deutschen Strafrechtsreformgesetze im Vergleich mit der österreichischen Regierungsvorlage, 1971, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 28 vd.; KÜRZINGER, Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner kriminologischer Richtungen, ZStW 86 (1974) 211 vd.
- 26) Krş. OSTERMEYER, Strafunrecht, 1971; aynı yazar, Strafrecht und Psychoanalyse, 1972; NAEGELI, Das Böse und das Strafrecht, 1966; aynı yazar, Die Gesellschaft und die Kriminellen,

utopyaların temsilcileri²⁸, saf önlemler hukukunun habercileri²⁹ ve hem de Ceza Hukukunun inkârının kapitalist - burjuva toplum düzenine karşı kendi savaşının bir parçasını ifade ettiği aşırı Neo - Marksistler³⁰ amaçlanmaktadır. Ceza Hukuku doktrinininin, bütün baskıcı vasıtaların şüpheliliğinin bilincinde olması ve dogmatizmde katılaşmaması için, bu akımlarla sürmekte olan tartışmaların yaşamsal önemi vardır. Fakat hukukçu, bugünkü anayasa düzeninde, ancak, yalnız cezanın, hukuk barışını *özgürlük içinde* mümkün kılacağı görüşünü savunabilir; çünkü ceza, toplumu, polis kullanarak değil, "psikolojik zorlama" yoluyla disipline alıştıırır ve buna uygun olarak, bireyleri tedavi objesi durumuna düşürmeyip, sorumlu kişi olarak kabul eder³¹.

c) Yeni Ceza Hukuku düzenine, özellikle *hukuk devletinin istemleri*'ne uyan bir şekil verme görevi, diktatörlük zamanından alınan ders sonucu, başka herhangi bir istemden daha etkin olarak,

-
- Strafreform als Gesellschaftsreform, 1972. Bu alanda TILMAN MOSER'in farklı tutumu için krş. KÜRZINGER, ZStW 86 (1974) 224 vd. Psikanalizin gelişimi ve Ceza Hukukundaki rolü hakkında : HERREN, Freud und die Kriminologie, 1973. Konunun tümüne ilişkin olarak, ayrıca JAEGER'in (Strafrecht und psychoanalytische Theorie, H. Henkel'e Armağan, 1974, sh. 125 vd.), Ceza Hukukuna karşı çok eleştirisel de olsa ölçülü tutumu ile krş.
- 27) BECKER'i (Outsider - Studies in the Sociology of Deviance, 1973, sh. 9) takiben SACK, Definition von Kriminalitaet als politisches Handeln : der lageling approach, Kriminologisches Journal, 1972, 12-13 ile krş.
- 28) Krş. MENNINGER, The Crime of Punishment, 1968; BITTNER/PLATT, The Meaning of Punishment, Issues in Criminology 2 (1966) 79 vd.; QUINNEY, The Ideology of Law : Notes for a Radical Alternative to Legal Oppression, Isses in Criminology 7 (1972) 1 vd.
- 29) PLACK, Plaedoyer für die Abschaffung des Strafrechts, 1974.
- 30) Krş. SOUKUP, Delinquentes Verhalten, in : GOTTSCHLACH, Sozialisationsforschung, Materialien, Probleme, Kritik, 1971, sh. 165 vd.; WERKANTIN, Kriminalitaet und Verwahrlosung in der Klassengesellschaft - Anmerkungen zur bürgerlichen Kriminologie T. MOSERS, Erziehung und Klassenkampf 1971, sayı 4, sh. 49 vd.; HELDMANN, Die Sinnlosigkeit des Strafens, Vorgaenge, 1972, 157 vd.
- 31) ADENAES, Punishment and Deterrence, 1974, sh. 152 vd.

Büyük Ceza Hukuku Komisyonunun sarsılmaz hedefini teşkil etti. 1962 - Tasarısının bazı nitelikleri, özellikle çok tenkide uğrayan mü-kemmelciliği, kesin olmayan hürriyeti bağlayıcı cezanın kesinlikle reddi, kusurluluk prensibinin savunulması, yargıcın, çok defa güven-sizlik olarak yorumlanan, kanunun nispeten dar kapsamlı hükümleri ile bağlı olması, bununla açıklanabilir. Ceza Hukuku reformunun en yüksek temel kuralı olarak hukuk devleti düşüncesi, örneğin nis-pîlik prensibinin, 4. Seçim Dönemi Özel Komisyonunca Önlemler Hukukunda (şimdi: § 62) açıkça tespit edilmesinde görüldüğü gibi, daha sonra da, sürekli olarak ileri sürüldü. Hukuk güvenliği ve hu-kukî açıklık, beraberce, tüm reform çalışmalarının genel prensibini teşkil etmekte olup, kendisine, suç politikasını ilgilendiren bazı il-ginç fikirler feda edilmiş ve bazı cüretkâr düşünceler tâbi kılınmış-tır; ve bu, birçok inceliklere de yol açmıştır.

d) *İnsanîlik prensibi* de, suç politikasının esası olarak, uzun zamandan beri tanınmaktadır³². Bununla birlikte, o, bugün, krimi-nal sosyolojinin yeni bulgularında ve anayasanın ifadelerinde daha derin bir dayanak kazandı. Bir yandan, toplumun suçtan birlikte so-rumluluğunun bilinci, hemen de radikallerin Ceza Hukukunun var-lığını ve işleyiş biçimini tenkidiyle geliştirdi; alttabakanın bozuk aile-lerinde ve sosyal azınlıklarda sosyalizasyonun engellenmesine olan bakış daha duyarlı hale getirildi; ve karanlık alanda kalan suçlara ilişkin modern araştırmalar yoluyla, suçluluğun her yerde varolan dağılımı ve sosyal kontrol usullerinin selektif oluşu hakkında bir ön-düşünce de elde edildi. Böylece, suçlu, tamamiyle doğal bir şekilde, dürüst vatandaşın dünyasına yaklaşmış oldu. Öteyandan anayasa-daki sosyal devlet kaydı, bugün eskisinden çok daha fazla, Ceza Hukukunun insanîleştirilmesi için vazgeçilmez bir anayasa emri ola-rak anlaşılıyor³³; ve böylece, suçlu insandan toplumun bütünüyle so-

32) Krş. ANCEL, Die geistigen Grundlagen der Lehre von der "So-zialen Verteidigung", MSchrKrim 1956, 57; JESCHECK, Lehr-buch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. bası, 1972, sh. 17-18; WÜRTEMBERGER, Die geistige Situation der deutschen Straf-rechtswissenschaft, 2. bası, 1959, sh. 87; aynı yazar, Kriminal-politik im sozialen Rechtsstaat, 1970, sh. 1 vd.; ZIPF, Kriminal-politik, 1973, sh. 28-29.

33) Özellikle krş. WÜRTEMBERGER, Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, sh. 124 vd., 191 vd.

rumlu olması zorunluluğu, insancıl idealizm alanından akılcı hukukî görev düzeyine kaymış oldu.

e) Nihayet, suçluluğun önlenmesinde *Ceza Hukukunun etkinliği* problemi de, Ceza Hukuku reformuna ilişkin amaç düşünceleri kapsamına alındı. Ceza Hukukunun, suçun ödettirilmesi ve adalet için adalet dağıtmak olan geleneksel görevinin feda edilmesiyle, insanları cezalandırmanın sosyal yararı sorunu da ortaya çıkmak zorundaydı. Kanunkoyucudan böyle bir yararın ispatı talep edildiği ölçüde, etkinlik prensibinin³⁴ oluşmasından da sözedilebilir. Bu prensip ifadesini, genel önleme'ye ilişkin olarak başlamakta olan araştırmalarda³⁵, çeşitli yaptırım vasıtalarının özel etkinliği veya zararlılığı yönünden kontrolünde³⁶, ceza koğuşturması organlarının suçluluğa karşı mücadelede uyguladıkları taktik yönünden incelenmesinde³⁷; ve eğer hukuka aykırı fiiller, ceza koğuşturmasının mevcut vasıtalarıyla yeterince gayret gösterilerek aydınlığa kavuşturulabilir ve kanunî unsurları, zaman yönünden sınırlı olan duruşmada, usulüne uygun olarak ispat edilebilirse, ancak o zaman, Ceza Hukuku hükümlerinin bir anlamı olacağı düşüncesinde buluyor³⁹.

STGB'NİN GENEL BÖLÜMÜNÜN REFORMU

A. Genel Esaslar

1. Yeni Ceza Hukukunun *suç politikasına* ilişkin temel anlayışı, cezanın kusurluluğu telâfi edici amacı ile, ceza yoluyla suçun faili üzerinde özel önleyici etkileme yaratma maksadından ibaretir³⁹. Şüphesiz bu genel ifade ile yetinmek lâzım; çünkü cezanın bu

34) Krş. ROXIN, Franz von Listz und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 81 (1969) 622; LEISNER, Effizienz als Rechtsprinzip, 1973; ZIPF, Kriminalpolitik, sh. 30-31.

35) Krş. ANDENAES, Punishment and Deterrence, sh. 3 vd., 34 vd.

36) Örneğin krş. Conseil de l'Europe, Méthodes d'évaluation et de planification dans le domaine de la criminalité, 1974.

37) Nitekim, Freiburg Max - Planck Enstitüsü'nde, "kişisel suç ihbarları ve polisin tepkisi", "kamuoyu ve polis" ve "sosyal kontrol sürecinde savcılık" hakkında araştırmalar devam etmektedir.

38) Reform konusunda krş. DAHS, Fortschrittliches Strafrecht im rückstaendigen Strafverfahren, NJW 1970, sh. 1705.

39) Krş. BRUNS, Strafzumessungsrecht, sh. 311 vd.

iki görevinin birbirine karşı hangi ilişkide, özellikle hangi sıra düzeni içinde bulunması gerektiği ve kanunkoyucunun, her şeyden önce, kusurluluk prensibi ve ceza miktarı arasındaki ilişkiyi nasıl düşündüğü konusunda kanundan daha etraflı bir şey edinilemiyor⁴⁰. Demek oluyor ki, § 40'ın metni öyle genel tutuldu ki, bundan, diyalektik, yani hem kusurluluğun telâfisini, hem de özel önlemeyi hedef alan bir ceza teorisinin prensip olarak tanınmış olmasından başka bir şey çıkarılmıyor. § 46/I c. 1'in⁴¹ çok kınamsanan "Failin kusuru, cezanın tayininde esastır" "ana formülü", aslında, sadece kusurluluk prensibinin açıkça benimsenmiş olduğu anlamını taşıyor ve aynı şekilde, özel önleyici olduğu ifade edilmek istenen 2. cümledeki açıklamada da, "Failin toplumdaki gelecek yaşamı yönünden cezadan beklenen etkiler itibara alınmalıdır.", kanunkoyucunun özel önleyici amaçlara ulaşmak bakımından kusurluluğun telâfisinde hangi sınırlamalara katlanmaya hazır olduğu beyanı eksiktir. § 46/II'deki cezanın tayini sebepleri hiçbir açıklık getirmiyor; çünkü burada, tamamen, kusurluluğun ölçüsü bakımından çifte değerli (ambivalent) olarak etkin olabilen (örneğin, "failin amaç ve saikleri") ve üstelik, özel önlemede hesaba katılır katılmaz, kusurluluğun önemine oranla ters doğrultulu bir anlam alabilen (örneğin, "failin önceki yaşamı") durumlar sözkonusudur. Buna rağmen § 46'nın, yeni hukukun suç politikasına ilişkin ifadesi anlamsız değildir⁴². Sözkonusu ifade, bu alanda aşırı derecede birbirinden ayrılan görüşler nedeniyle de—kanunkoyucunun tutumunu, sonucu henüz tamamen açık olan bir müzakerede zamanından önce bağlamış olmaksızın— şu anda daha sarıh olarak kaleme alınamadı. Bir yandan yeni hukuk, gerekçesin-

-
- 40) Çeşitli yorum olanakları hakkında krş. SCHAFFSTEIN, Spielraum - Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 108 vd.; DREHER, Strafgesetzbuch, 35. bası, 1975, § 48, not 3 B; HORSTKOTTE, JZ 1970, sh. 123; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 649; MAURACH, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. bası, 1971, sh. 106, 838.
- 41) Örneğin krş. STRATENWERTH, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, sh. 13 ("yasama bakımından olağanüstü seviyede başarısızlık").
- 42) Krş. LACKNER, § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 117 vd.

de kusurluluk prensibi ile bağdaşmayan cezanın kanuna uymadığını açıkça dile getirdi. Bundan başka, yaşama tarzı dolayısıyla kusurluluğun ceza tayininde faktör olarak reddi⁴³ ve böylece, aynı zamanda, süresiz hürriyeti bağlayıcı cezadan vazgeçme hususları açıklığa kavuşturuldu. Fiile dayalı kusurluluğun telâfisi prensibi benimsenerek, nihayet tekçi, katıksız önlemler sisteminden vazgeçilmiş olması kararı, cezalarla önlemlerin birlikte uygulanabilirliği prensibinin (Zweispurigkeit) muhafazası, ve sosyal tedavi kurumu ve koruyucu denetim yoluyla önlemler sisteminin genişletilmesi sonucu, daha da pekiştirilmiş bir karardır. Ayrıca bundan, kanunkoyucunun, her ceza tayini işlemünde yaptırımın özel önleyici etkilerinin birlikte düşünülmesini talep ettiği sonucu açıkça ortaya çıkıyor; öyle ki, salt kusurluluğa dayalı ceza, eğer bu, ceza türünün seçiminde ve hürriyeti bağlayıcı ceza yerine ikame olanaklarının itibara alınmasında geleceğe yönelik olmayacaksa, artık yeni hukukun emredici kuralları ile bağdaşamayacaktır.

Genel önleme, yeni hukukta açıkça belirtilmedi⁴⁴. Sadece, hem de iki yerde, cezanın tayininde hürriyeti bağlayıcı ceza yerine yapılacak ikamenin, eğer "hukuk düzeninin savunulması" daha sert yaptırımı gerekli kılıyorsa, yerinde olmadığı ifade edildi. Bu, bir yandan, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine para cezasının ikamesi (§ 47/I), öte yandan en az altı aylık hürriyeti bağlayıcı cezalarda erteleme (§ 56/III) için sözkonusudur. Bundan, hukuk düzeninin etkinliğinin, kanunkoyucu tarafından genel olarak öngörülen cezaî bir amaç olduğu, bu amacın, "eğer aksi halde, adaletin fonksiyonuna kaybolan güvenin sonucu olarak, halkın hukukî inancının ciddî şekilde tehlikeye girmesinden endişe edilecekse" (BGHSt 24, sh. 40 (45-46)), özel önleyici mülâhazalar karşısında mutlaka inandırıcı olması lâzım geldiği sonucu çıkarılacaktır. Bundan, ayrıca, eğer failin kusuru da, kusurluluğa ilişkin hususlar açısından, örneğin, genel zaruret halinin bilinçli olarak istismarı nedeniyle, daha yüksek cezayı haklı kılacak kadar yüksek değilse, tek olayda hak edilen cezanın genel korkutuculuk sebeplerine dayanarak sertleştirilmesinin yeni hukuk tarafından korunamayacağı sonucu ortaya çıkıyor. Belli ki kanunkoyucu, normal olarak, âdil, çünkü kusura uy-

43) Krş. SCHAFFSTEIN, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 108 vd.

44) Krş. ZIPF, Kriminalpolitik, sh. 96 vd.

gun olan cezanın korkutucu etkisiyle yetinilmesi lâzım geldiği görüldüğünden hareket etti⁴⁵.

2. Ceza Hukukunun *suç olmaktan çıkarılması* (Entkriminalisierung) talebi, yeni hukukta iki şekilde dikkate alındı:

Bir defa, kanunkoyucu, *maddî* Ceza Hukukunda bulunan kabahatlere ilişkin tüm 29. Bölümü bir kalemde kaldırdı⁴⁶. Bazı kabahatler, cünha'ya (Vergehen) çevrilerek ağırlaştırıldı; nitekim yiyecek ve tüketim maddeleri hırsızlığı (şimdiye dek, § 370/b. 5), değeri az olan şeylerde emniyeti suistimal ve hırsızlık hakkındaki yeni § 248a ya alınmış olmakla, ilginç olarak, şimdiye kadarki hukuka oranla daha sert düzenlenmiş oluyor; çünkü bundan böyle, cünha'ya ilişkin ceza öngörülüyor ve, eğer savcılık, ceza koğuşturmasındaki özel kamu yararı nedeniyle makamı gereği harekete geçmeyi gerekli görürse, § 232'de olduğu gibi, şikâyette bulunma lüzumu düşüyor. Birçok kabahatler, düzene aykırılıklara dönüştürüldü. Nitekim yanlış ad bildirimini, şimdi OWiG § 111'de (şimdiye dek, § 360/b. 8), veya kamuyu rahatsız edici kaba hareketler, kanunların kesinliği gereğine daha iyi uyan biçimde, OWiG § 118'de (şimdiye dek, § 360/b. 11) bulunuyor. StPO § 152/II'ye göre, suçlar için kural olarak kanunîlik prensibi geçerli olurken, düzene aykırılıklar'ın koğuşturulması, OWiG § 47/I c. 1'e göre resmî makamın göreve uygun takdirine kalıyor. Diğer kabahatler eyalet hukukuna alındı veya tamamen kaldırıldı.

Öte yandan *Ceza Muhakemesi Hukuku*, şimdi cünha alanına giren, önemi az olan şeylerde, savcılıkça muhakemenin durdurulmasını öngören iki hükmü ihtiva ediyor. Bir defa, eğer zarar ve failin kusuru az ise ve koğuşturmada hiç bir kamu yararı yoksa, savcılık, asgarî sınırında yükseltilmemiş bir ceza ile cezalandırılan malvarlığına karşı suçlarda, mahkemenin muvafakatini almadan muhakemeyi durdurabilir (StPO § 153/I c. 2). Ayrıca, StPO § 153a'da mu-

45) Ceza Adaletinin önemli ve vazgeçilmez görevinin genel önleme olduğunu, ANDENAES'ın etkileyici kitabı (Punishment and Deterrence, 1974), ayrıca gösteriyor.

46) Bu karar her iki tasarı ile bağdaşıyor ve Düzene Aykırılıkların, şimdiye kadarki Kabahatler Ceza Hukukunun çok büyük bölümünü kendi kapsamına almış olduğu gerçeğinden sonuca varıyor.

hakemenin şartlı durdurulması kabul edildi. Bu hükme göre savcılık, mahkemenin ve sanığın muvafakatini alarak, yükümlülükleri ve talimatları (zararın tazmini, kamu yararına olan bir kuruluşa veya devlet kasasına bir miktar paranın ödenmesi, bakım yükümlülüğünün yerine getirilmesi) düzenlemek suretiyle, eğer bu düzenlemeler, kusurun az olması halinde, esasen cezaî koğuşurmada bulunan kamu yararını kaldırmaya elverişli ise, bütün cünha suçlarında geçici olarak kamu davası açmaktan vazgeçebilir. Ceza Muhakemesinin şartla durdurulması, uygulamanın suç politikasına ilişkin inisiyatifi olarak ("probation prétorienne") Belçika'da geliştirildi ve orada hakikî "probation"un öncüsü olarak hâkimin elinde etkin olabileceğini gösterdi⁴⁷. Kabahatlerin sınırlı çerçevesinde bile kalsa, karar yetkilerinin savcılığa devrine karşı ileri sürülen şüpheler⁴⁸, arzu edilen suç olmaktan çıkarma etkisinin henüz önsoruşturmada elde edilmesi karşısında geri çekilmelidir; çünkü savcılık adlî makamdır, adlî düşünür ve adlî hareket eder⁴⁹.

3. Nihayet kendi cezalandırma yetkisini, kural olarak, kendi devlet ülkesinde işlenen fiillerle sınırlamak suretiyle, egemenliğe saygı, karşılıklı güven ve milletlerarası işbirliği üzerine kurulu devletler topluluğuna tekrar uymak isteyen *Yeni Ceza Hukukunun yü-*

47) Krş. JESCHECK, Die Entwicklung der Kriminalpolitik in Deutschland und in Belgien, ZStW 80 (1968) 438.

48) Yeni StPO § 153a'nın çeşitli nedenlere dayanan eleştirisi için krş. BAUMANN, Minima non curat praetor, K. Peters'e Armağan, 1974, sh. 3 vd.; aynı yazar, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, sh. 275 vd.; DENCKER, Strafrechtsreform im Einführungsgesetz, JZ 1973, sh. 144 vd.; HANACK, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 347 vd.; SCHMIDHÄUSER, Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozess?, JZ 1973, sh. 529 vd. Ayrıca, Hamburg 50. Alman Hukukçular Günü Ceza Usulü Seksiyonunun, hâkime ait yetkilerin savcılığa her türlü devrine karşı tutumu için krş. (WEBER, JZ 1974, sh. 723).

49) Bu anlamda: DREHER, Die Behandlung der Bagatellkriminalität, H. Welzel'e Armağan, 1974, sh. 933; JESCHECK, Neue Entwicklungstendenzen des deutschen Strafverfahrensrechts im Vergleich mit dem österreichischen Recht, in: Hundert Jahre österreichische Strafprozessordnung, 1973, sh. 49 ve son.; JUNG, Strafrechtsreform im Einführungsgesetz, in: ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, Einführung in das neue Strafrecht, 1974, sh. 121.

rürlük alanının düzenlenmesi'nde (§ 3)⁵⁰, aktif şahsîlik prensibinden mülkîlik prensibine dönüşün genel önemi vardır⁵¹. Şüphesiz, fiilin işlendiği yer kavramı, karma nazariyenin (Ubiquitaetstheorie) (§ 9) kapsamı nedeniyle o kadar çok genişletildi ki, mülkîlik prensibinin sınırlayıcı etkisinin bir kısmı tekrar kayboluyor. Bununla beraber netice unsurunun, hareket noktası olarak, sıkı sıkıya "suçun kanunî tarifine ait" netice ile sınırlı kaldığı yeni hukukta açıklığa kavuştu. Yabancı Ceza Hukukunun uygulanması, maalesef 1975 tarihli Genel Bölümde de öngörülmedi⁵². Bu nedenle, yeni hükümlerin, Alman Ceza Hukukunun uygulanması için kurallar, gibi okunmasına karşılık, mantikî olarak önce gelen devlete ait cezalandırma yetkisinin genişletilmesi hususu kanun metninde görünmüyor⁵³. İç devlet hukuku bakımından geçerli olan "ne bis in idem" (GG md. 103/III) kuralı, yabancı ülke ile ilgili olarak sadece cezadan indirme prensibinin (§ 51/III) yetersiz şeklinde ifadesini bulduğundan, fiilin işlendiği yabancı ülkede yapılan ceza koğuşturması dolayısıyla uyumsuzluğun sonuçlandırılmış olması, başka hiçbir yerde itibara alınmıyor⁵⁴. Yeni hukuk; misafir işçilik, öğrenci ve üniversite öğrencisi değiş tokuşu ve milletlerarası kitle turizmi çağında yabancı ülkede bulunmanın olağanlaştığı ve bunun sonucu olarak, fiilin işlendiği yer hukukunun itibara alınması ve sonuçlandırma prensibinin (Er-

-
- 50) Bu konuda krş. GERMANN, Rechtsstaatliche Schranken im internationalen Strafrecht, SchwZstr 69 (1954) 237 vd.; JESCHECK, Zur Reform der Vorschriften des StGB über das internationale Strafrecht, Internationales Recht und Diplomatie, 1954, sh. 75 vd. SCHULTZ'un (Zur Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durch den E 1962, GA 1966, sh. 193 vd.) 1962 - Tasarısının eleştirisi, yeni hukukun düzeltilmiş metnine önemli derecede katkıda bulundu.
- 51) Bu konuda krş. OEHLER, Internationales Strafrecht, 1974, sh. 151 vd.
- 52) Karşı görüş için krş. Die Entschliessung des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses 1961 in Lissabon, ZStW 74 (1962) 195 vd.; STAUBACH, Die Anwendung auslaendischen Strafrechts durch den inlaendischen Richter, 1964.
- 53) Bu konuda krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 127 vd.
- 54) Karşı görüş için krş. Die Entschliessungen des IX. Internationalen Strafrechtskongresses 1964 im Haag, ZStW 77 (1965) 685 vd.; ANNEMARIE V. HAMMERSTEIN, Die Wirkung auslaendischer Strafurteile im Inland, Diss. Freiburg i.Br., 1964.

ledigungsprinzip) tanınması suretiyle Bölgelerarası Ceza Hukukunun (Interlokales Strafrecht) karakteristik unsurlarının Milletlerarası Ceza Hukukuna dahil olması gerektiği gerçeğini her iki yönden ihmal ediyor.

B. Suçun Unsurları

Yeni Genel Bölüm, "fiil"e ilişkin ikinci bölümünde, esas yıkan yenilikleri değil, 1962 - Tasarısına ve daha az oranda Seçenek - Tasarıya da dayanarak, esas itibariyle, sadece, geniş ölçüde finalizm tarafından şekillendirilmiş olan modern dogmatikğin etkisi altında yargılamada ve doktrinde kendisini kabul ettiren hukuk görüşlerinin bir kodifikasyonunu ihtiva ediyor. Bununla birlikte, eski doktrinin şimdiye kadar örf ve âdet hukuku şeklinde geliştirilmiş aşamalarının yasal olarak düzenlenmesi, hukuk güvenliği için küçümsenemeyecek bir kazanç ifade ediyor.

I. FİİLİN İCRASI

1. Yeni hukuk, *kast* ve *taksir* ile ilgili olarak, eğer kanun taksirli hareketi açıkça cezalandırmıyorsa, yalnız kasdî hareketin cezalandırılmış olduğu hükmünden daha fazlasını ihtiva etmiyor (§ 15). Gerçi bu hükmün pratik önemi az⁵⁵ ama, hiç değilse, örneğin, inşaat tehlikesi hakkında § 330'un sınırlarını, kastı ve taksiri özenle ayıran bir metinde arzu edilen açıklığa kavuşturma sonucunu doğurdu. Kastın, hususî kastın, bilme'nin, taksirin ve düşüncesiz hareket etme'nin 1962 - Tasarısı §§ 16-18'deki tanımlarını yeni Genel Bölümün benimsememesi⁵⁶, hukuk güvenliği açısından üzüntü vericidir. En azından, tamamen teorik mahiyette olmayıp, oldukça pratik öneme

55) Daha önceki tartışmalı hususlar için krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 217.

56) ROXIN (in: ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG, Einführung in das neue Strafrecht (aşağıda Einführung olarak kısaltılmıştır), sh. 11), Özel Komisyonun, dolayısıyla kastın dahi kanunî tanımından vazgeçilmesine ilişkin tatmin edici olmayan gerekçesini (krş. Bundestags - Drucksache V/4095, sh. 9) haklı olarak reddetmiştir. Buna mukabil, kastın ve taksirin 1975 tarihli yeni Avusturya Ceza Kanunundaki (§§ 5, 6) tanımları ile krş.

sahip olan problemlerin kanunkoyucu tarafından çözülmesi gerekirdi. Bunlar: hususî kastın genel kasttan ayırt edilmesi⁵⁷, dolayısıyla kastın bilinçli taksire karşı sınırlandırılması⁵⁸ ve âdi taksire karşı düşüncesiz hareket'in tanımlanmasıdır⁵⁹.

2. § 13'deki genel kuralla düzenlenen *ihmal suretiyle icra suçu* iki sebepten yeni hukuka alınmıştır. Bir defa, kanunkoyucu, icraî suçların kanunî tariflerinin, neticenin yükümlülüğe aykırı olarak önlenmemesi halinin de ilâve edilmesi yoluyla genişletildiği hususunda kıyas yasağı ve ceza kanunlarının kesinliği gereği açısından uzun zamandan beri uğradığı tenkide engel olmak istedi. Öte yandna, ihmal suretiyle icra suçunun şartlarının kanuna uygun olarak şekillendirilmesi için, yargılamaya en azından yol gösterici işaretlerin verilmesi gerekiyordu. Bir dereceye kadar da bu amaçlara ulaşıldı. Kanunkoyucu, § 13'ü düzenlemekle, suçun kanunî tarifine ait olan neticeyi bir hukukî yükümlülüğü ihlâl ederek sadece önlemeyen kimsenin de Ceza Kanununa göre fail olarak sorumlu olması gerektiğini açıklamış olduğundan, gelecekte, kıyas yasağının ihlâl edildiği tenkidi herhalde tutunamayacaktır⁶⁰. Kanunkoyucunun, şimdi en azından, harekete geçme gereğini doğuran yükümlülüğün *hukukî* (sadece ahlâkî değil) bir yükümlülük olması lâzım geldiğini ve harekete ait özel unsurların bulunduğu netice suçlarında, ihmalin, hukuka aykırılığın içeriği bakımından, suçun kanunî tarifinin bir hareketle gerçekleştirilmesine benzeyip benzemediğinin⁶¹ ayrıca incelen-

57) Hususî kastın bir yandan BGHSt cilt 16, sh. 1 (5 vd.) de ve diğer yandan KG NJW 1957, sh. 882 de çelişkili ele alınışı ile krş.

58) Bu konuda krş. JESCHECK, Strafrecht im Wandel, ÖJZ 1971, sh. 4. "Kayış olayı" olarak tanınan BGHSt 7, sh. 363 deki sınırlandırma problemi konusunda krş. ROXIN, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, sh. 209 vd.

59) Çeşitli netice sebebiyle ağırlaşmış suçların (örneğin, §§ 177, 178, 251), şimdi, düşüncesiz hareket'i şart koşmasına karşılık, § 18'in genel hükmü, "en azından taksir"i yeterli kılıyor.

60) Aynı şekilde: ROXIN, Einführung, sh. 2; DREHER, § 13 not 1.

61) Benzerlik kaydını, kaynağı itibariyle GALLAS'a (Niederschriften, cilt XII, sh. 80, 242, 244) dayanan biçimde anlayanlar: DREHER, § 13 not 5; HERZBERG, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, sh. 66 vd.; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 475 - 476; LACKNER, § 13 not 4; ROXIN, Einführung, sh. 6-7; WESSELS, Allg. Teil, sh. 136. Herhalde daha geniş öl-

mesi gerektiğini açıklığa kavuşturmasına rağmen, ceza kanunlarının kesinliği kuralı bütünü ile yerine getirilemedi⁶². Ceza Kanunlarının kesinliği gereğinin yerine getirilmesinde eksik kalan şey, ilk olarak, neticenin önlenmesi görevinin meydana gelebileceği yükümlülük durumlarının tanımlanmaması; ikinci olarak, eşdeğerliliğin kontrolünde itibara alınacak hal ve şartların belirtilmemesidir. Bununla birlikte dogmatik durum, şu anda, her iki yönden Genel Bölümde kesin ifadelerde bulunmaya henüz izin vermiyor; ve mümkün olmayan şey kanunkoyucudan istenemez. Fakat, § 13'ün ikinci yarı cümlesindeki benzerlik kaydının neye ilişkin olduğunun açıklığa kavuşturulması mümkündür. Yeni hükmün bu bölümünün anlaşılması için, bizzat kanunkoyucunun ifade etmiş olması gereken bir düşünce, yani ihmal suretiyle icra suçlarında, sırf neticeli suçlar (örneğin, adam öldürme § 212) ile harekete ait özel unsurlarla donatılmış neticeli suçlar (örneğin, dolandırıcılık § 263) arasında ayırım yapılması gerektiği düşüncesi zorunludur. Yükümlülük durumunun, yalnız ilk grupta, beklenen hareketin varsayıma dayanan nedenselliğinin pozitif hareketin gerçek nedenselliği yerine geçmesini hukuka aykırılığın kapsamı bakımından dengeleyebilmesine karşılık, ikinci grupta, ihmal halinde gerçekleştirilemeyen, eksik olan hareket unsurunu karşılamak amacıyla, bir şeyin daha ilâve edilmesi lâzımdır. Nitekim, ihmal yoluyla dolandırıcılıkta, devam eden hata nedeniyle malvarlığına zarar veren tasarrufa engel olmamanın, hangi koşullar altında aldatma hareketine ve hataya düşürmeye eşit tutulabileceği sorunu ortaya çıkıyor. Bu ek unsurların nerede aranacağı şüphelidir. Hataya failin (önce, kastı olmadan) sebep olması veya özellikle sıkı güven ilişkisini kötüye kullanması örneğinde olduğu gibi, herhalde hem hukuka aykırılık, hem de kusurluluk alanından başlamak lâzım gelecektir.

§ 13/II'deki ihtiyarî ceza indirimi kaydı —burada, sadece, ihmalî hareketin failine karşı, günlük olmayan, sonucu önleyici bir

çüde : MAURACH, Allg. Teil, sh. 598 - 599. BAUMANN (Allg. Teil, sh. 251), benzetme kaydını haksız olarak "boş (bir) söz" olarak niteliyor.

62) Bu anlamda krş. BAUMANN, Allg. Teil, sh. 251; başka kaynaklarla birlikte LACKNER, § 13 not 7; WESSELS, Strafrecht, Allg. Teil, 4. bası, 1974, sh. 130.

faaliyette bulunma talebinin ileri sürüldüğü olaylar sözkonusu ol-
sa da⁶³—, genellikle, ihmalî hareketin failinin kusurunun, icraî hare-
ketin failininkinden daha az olacağı⁶⁴ şeklinde gerekçelendirilebilir.

II. HATA

1. § 16/I'deki *fiilî hata*, eski hukukta (eski metin, § 59) ol-
duğundan farklı düzenlenmedi. Suçun kanunî tarifinin (objektif)
unsurlarında hata, kastı kaldırır; hatada bulunan kusurluluk, eğer
taksirli bir suç varsa, bu suçun uygulama kapsamına alınır. Ayrıca,
§ 16/II, daha hafif bir kanunun kanunî tarifinin hatalı olarak var-
sayılması halinde, bu kanunun uygulanacağı hususunda tanınmış
bilimsel kuralı kabul ediyor. § 16/II'nin hukukî düşüncesi, cezanın
tayinine ilişkin hükümlere de (örneğin, hırsızlığın konusunun az
değerli oluşuna ilişkin yeni § 243/II) genişletilerek uygulanacaktır.
Bununla beraber § 16, *bir hukuka uygunluk sebebinin koşullarında*
hata'nın ele alınışını düzenlemiyor. Bu kanun boşluğu, katı kusur-
luluk (strenge Schuldtheorie) ve sınırlı kusurluluk (eingeschränkte
Schuldtheorie) teorilerinin temsilcileri arasında tartışmalı olan hu-
kuka uygunluk sebeplerinde hata probleminin, hukuk güvenliği dik-
kate alınarak bir karara bağlanmış olması gerekirdi⁶⁵. Fakat, kanun-
koyucunun susmasından, artık egemen olan "sınırlı kusurluluk teo-
risi"nin, gelecekte, hukuka uygunluk sebebinde esaslı fiilî hataya
ilişkin doktrinin öngördüğü şekilde kendisini kabul ettireceği⁶⁶; ve
yargılamanın, dikkat ve özenle kontrol etme görevinin ihlâlini incele-
yebilmek için, hukuka uygunluk sebebi olan ıztırrar halinin koşul-
larında, mağdurun varsayılan izninde ve hakkın icrasında hata hal-

63) Krş. DREHER, § 13 not 8; LACKNER, § 13 not 5a; ROXIN, Einführung, sh. 7 vd.

64) Bu anlamda krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 463 - 464; MAURACH, Allg. Teil, sh. 598.

65) Bu anlamda krş. ROXIN, Einführung, sh. 14.

66) Bu yönde krş. DREHER, § 16 not 7 Bc dd; aynı yazar, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, E. Heinitz'e Armağan, 1973, sh. 207 vd.; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 348 vd.; KRÜMPPELMANN, Stufen der Schuld beim Verbotsirrtum, GA 1968, sh. 129 vd.; WESSELS, Allg. Teil, sh. 84 vd. Aynı şekilde, Avusturya Ceza Kanunu § 8.

leri bakımından ise katı kusurluluk teorisini uygulamakta devam edeceği beklenebilir⁶⁷. Tabiatıyla, böyle bir mecburiyet ıztırar halinin yeni düzenlemesine (§ 34) konulmadı.

2. Kanunkoyucu, *hukukî hata*'nın düzenlenmesinde daha fazla kararlılık gösterdi. Doktrindeki belli şüphelere⁶⁸ karşılık yeni hukuk, bundan böyle, § 17'de hukukî hatayı kusurluluk teorisinin prensiplerine göre düzenleyen bir hükmü ihtiva ediyor⁶⁹. Buna göre, kast teorisi Alman Ceza Hukuku bakımından artık savunulamayacaktır; üstelik, OWiG § 6/III de kusurluluk teorisi anlamında anlaşılmalıdır. Kaçınılması mümkün olmayan hukukî hata, kusurluluğu kaldırır ve beraat kararı verilmesi sonucunu doğurur. Kaçınılması mümkün olan hukukî hata ise, kusurluluğu azaltma sebebidir; gerçi bu durumda, fiil kastlı suça göre cezalandırılır ama, ceza § 49/I'e göre indirilir.

III. IZTIRAR HALİ

Iztırar haline ilişkin hükümler de yenidir. § 34'deki hüküm, kendisinden önce gelen OWiG § 12'yi takiben, şimdiye kadarki "kanun-üstü ıztırar hali"ni pozitif hukuka alıyor. § 35, mazeret sebebi olan zaruret halini düzenliyor ve §§ 52 ve 54'ün (eski metin) yerine geçiyor.

1. Gerçi, § 34'deki *hukuka uygunluk sebebi olan zaruret hali* yürürlükte olan örf ve âdet hukukuna dayanıyor ama, daha önceki yararların dengelenmesi teorisinin ötesinde, açıkça, yararların geniş bir dengelenmesinin talep edilmesi bakımından önemli bir açıklamayı ihtiva ediyor⁷⁰. Aslında hukuken korunan her yarar, iz-

67) Bu konuda diğer kaynaklarla birlikte krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 350 - 351. Bu konuda ayrıca LACKNER, § 17 not 5c. BAUMANN'a göre (Allg. Teil, sh. 363), bu noktaya ilişkin şimdiye kadarki yargılama kararları "eskimiş" tir.

68) Özellikle ARMIN KAUFMANN, ZStW 80 (1968), sh. 43.

69) Bu görüşe katılanlar için krş. DREHER, § 17 not 1; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 344-345; LACKNER, § 17 not 1; MAURACH, Allg. Teil, sh. 470 vd.; STREE, Einführung, sh. 49 vd.; WESSELS, Allg. Teil, sh. 82-83.

70) Krş. LK (HIRSCH), öndüşünceler, sh. 53.

tırar hali için elverişlidir; fakat, “eğer çatışan yararların, özellikle etkilenen, hukuken korunan yararların ve onları tehdit eden tehlikelerin derecesinin değerlendirilmesinde korunan yarar, zarar görene önemli ölçüde üstün geliyorsa”, ancak o zaman, hukuka uygunluk sebebi vardır. O halde yararların değeri, özellikle önemli de olsa, bütün hususların birlikte değerlendirilmesine eklenen sadece bir faktördür. Ayrıca, yeni hükmün 2. cümlede ihtiva ettiği hukuka uygunluk kaydının, ıztırar hali dolayısıyla müdahalenin hukuka uygunluğunu, katılan yararların açıkça farklı değerli oluşunda dahi başka incelemeye bağlı kılmakla güttüğü amaç, fiilin, toplumca kabul edilen hukuk düşüncelerine göre uyumsuzluk halinin objektif ve âdil çözümü olarak görülüp görülmediği hususudur. Uygunluk kaydında, 1962 - Tasarısının istemiş olduğu⁷¹ ve doktrinin bir bölümünün hükmü gelecekte de anlamayı arzuladığı gibi⁷², ikinci bir değerlendirme basamağının sözkonusu olup olmadığı, veya yararların geniş kapsamlı olarak dengelendirilmesinden sonra, kendine özgü anlamı olmayan kontrol incelemesine yer olup olmadığı⁷³ sorunu tartışmalıdır; fakat burada, şüphesiz, çok basamaklı bir fikir yürütmenin parçalara ayrılmasından daha fazlası sözkonusu değildir. Başka bir şey daha önemli: § 34'deki açıklamalar şimdiye kadar tamamen kendi haline bırakılmış yargılama yönünden ne kadar memnuniyet verici olsa da, yeni hüküm, hukuka uygunluk sebebi olan *görevlerin çatışması*'na ilişkin tartışmalı halleri —orada ortaya çıkan problemlerin çözümü için belli ipuçları § 34'den elde edilse bile— kapsamına almayan sadece kısmî bir düzenlemeyi ihtiva ediyor⁷⁴. Doktrinin tartışmalı durumu, burada da kesin bir düzenlemeye henüz izin vermiyor.

71) Krş. Entwurf 1962, Begründung, sh. 159; aynı şekilde: Der Zweite schriftliche Bericht, Bundestags - Druckſache, V/4095, sh. 15.

72) Bu görüşte: BOCKELMANN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1973, sh. 100; DREHER, § 34 not 3C; GALLAS, ZStW 80 (1968) 26-27; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 269-270; WESSELS, Allg. Teil, sh. 58.

73) Bu görüşte: BAUMANN, Allg. Teil, sh. 362; LENCKNER, Der rechtfertigender Notstand, 1965, sh. 133; LK (HIRSCH), § 51 (eski metin), öndüşünceler, 81; MAURACH, Allg. Teil, sh. 330; STREE, Einführung, sh. 43.

74) Buradaki tartışmalı problemlerle ilgili olarak krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 270 vd.

2. *Mazeret sebebi olan ıztırrar hali*'ne ilişkin § 35'deki hüküm, cebir kullanma ve tehlike nedeniyle ıztırrar hallerinin şimdiye kadarki iki ayrı şeklini bir araya getiriyor. Ayrıca, ıztırrar hali kavramı iki bakımdan genişletildi: Bir defa, yargılamanın şimdiye kadar belli şartlar altında hayata ve vücudun bütünlüğüne eşit tuttuğu kişisel özgürlük, zaruret hali için elverişli, hukuken korunan yarar olarak ilâve edildi. Öte yandan, mazeret sebebi olan ıztırrar halinde yardım, akraba çevresinin ötesinde "faile yakın olan diğer kişiler"; kapsayacak şekilde genişletildi. Mazeret sebebi olan ıztırrar halinin yargılama yoluyla uğradığı sınırlamalar; eğer tehlikeye katlanmak hal ve şartlara göre failden beklenebilir idi ise, ıztırrar halini ihtiyarî ceza indirimi sebebine indirgeyen veya tamamen kaldıran özel bir kayıtlama ile topluca açıklanmıştır. Beklenebilirlik kaydının anlamını ve yerini kanunkoyucu iki örnekle belirtti⁷⁵: Bir defa, failin bizzat tehlikeye sebep olması ki, bu, mazeret sebebi teşkil edici etkiyi sadece kusurlu olarak sebep olunan ıztırrar halinde itibara almayan § 54 (eski metin) karşısında zor anlaşılır bir sertleştirme demektir⁷⁶; öte yandan failin, özel hukukî ilişkiler nedeniyle, örneğin doktor, polis memuru, itfaiye eri, dağ kılavuzu veya asker olarak, ıztırrar halinden doğan tehlikeye göğüs germek yükümlülüğünün olması⁷⁷. § 35/II'deki ıztırrar halinin koşullarına ilişkin hatanın düzenlenmesi de yenidir. Kaçınılması mümkün olmayan hata halinde, failin kusuru, ıztırrar hali gerçekten varmış gibi kalkar. Kaçınılması mümkün olan hata halinde, kastlı suç, cezada zorunlu indirim yapılarak uygulanır. Hâkime bu durumda cezadan vazgeçmeyi de mümkün kılan öneri⁷⁸, kanunkoyucu tarafından kabul edilmedi. Kastlı çözüm, zorunlu ceza indirimine rağmen, yürürlükte olan hukuk karşısında dikkate değer bir sertleştirme değildir; çünkü uygulama,

75) Bununla birlikte, bir örnek olayın bulunması, zorunlu olarak ıztırrar halinin reddi sonucunu doğurmaz; nitekim haklı olarak LACKNER, § 35 not 3a; farklı görüşte : BAUMANN, Allg. Teil, sh. 477; MAURACH, Allg. Teil, sh. 400.

76) Bu konuda krş. STREE, Einführung, sh. 59; STRATENWERTH, Allgemeiner Teil, I, 1971, No. 641.

77) Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 366-367.

78) Bu görüşte : VOGLER, Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht, GA 1969, sh. 116.

şimdiye kadar, ıztırar halinin koşullarında kaçınılması mümkün olan hatanın kusurluluğa ilişkin içeriğini sadece taksir olarak değerlendirdi ve, eğer taksirli bir suç sözkonusu ise, buna uygun şekilde taksirli suça göre cezalandırdı⁷⁹.

IV. TEŞEBBÜS

1. Yeni hukuk, *hazırlık hareketinin ve teşebbüsün sınırlandırılması* sorununu, WELZEL'i⁸⁰ takiben, failin doğrudan doğruya suçun kanunî tarifini gerçekleştirmeye geçmesine göre tayin ediyor ve böylece subjektif teoriyi reddediyor. Bununla beraber ROXIN⁸¹, failin "vurmaya başlaması" ("Losschlagen") üzerine kurulan formülün, ihmali suça ve dolaylı faillige ilişkin teşebbüs halleri ile bazı tam teşebbüs hallerinde yeterli olmadığını; ve korunan hareket objesinin doğrudan doğruya tehlikeye maruz kalmasını, veya fail tarafından nedensel gelişmenin serbest bırakılmasını öngören eski düşünce yoluyla tamamlanması lâzım geldiğini haklı olarak vurguluyor.

2. Yeni hukuk, § 22'nin metninden ("kendi tasavvuruna göre") ve ağır düşüncesizlik ile ilgili özel düzenlemeden anlaşıldığı gibi, *işlenemez suça teşebbüs'ü* kesinlikle cezalandırmak istedi. Eğer teşebbüs, aynı hukuka tâbi olanların ortalama tecrübe bilgisine göre açıkça neticeyi meydana getiremeyecek idi ise, İsviçre Ceza Kanununun 23. maddesinin 3. fıkrasına uyan § 23/III'deki ağır düşüncesizlik kaydı müdahale eder⁸². Cezadan tamamen kurtulma sonucu doğmayıp, cezadan vazgeçme dahil, sadece cezanın hafifletilmesi olanağı açılmış olduğu için, boş inançlı veya gerçek-dışı teşebbüs

79) Aynı görüşte : STREE, Einführung, sh. 56 vd. Şimdiye kadarki tartışmaların genel görünümü için : JESCHECK, Lehrbuch sh. 382 vd.

80) Krş. WELZEL, Das deutsche Strafrechts, 11. bası, 1969, sh. 190-191; aynı yazar, Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, cilt II, sh. 197.

81) Krş. ROXIN, Einführung, sh. 16; aynı yazar, Der Anfang des beedeten Versuchs, R. Maurach'a Armağan, 1972, sh. 213 vd.

82) Baskın görüş bu doğrultuda; krş. DREHER, § 23 not 4B; JESCHECK, Lehrbuch, sh. 402; LACKNER, § 23 not 3b, d; ROXIN Einführung, sh. 19; WESSELS, Allg. Teil, sh. 112.

durumunun, İsviçre'deki gibi, § 23/III'ün getirdiği kuraldan istisna edilmesi ve şimdiye kadar olduğu gibi cezalandırılmaması gerekecektir. Bu durumlar bakımından bir sertleştirmenin, kanunkoyucunun ağır düşüncesizlik hallerinin ayırımında takip ettiği bilinen Etki - Teorisi (Eindruckstheorie) ile uzlaştırılması mümkün olmayacaktır⁸³.

3. 24. paragrafın 1. fıkrasının 1. cümlesi, subjektif gereklilik olarak ihtiyarîliği şimdi tam teşebbüs halinde de talep etmekle, *teşebbüsde vazgeçme* hakkında bir yeniliği ihtiva ediyor; öyle ki, eğer fail, kendisinin keşfedildiğine sadece inanıyorsa, bundan böyle cezadan kurtarıcı vazgeçme reddedilecektir. Buna karşılık, 24. paragrafın 1. fıkrasının 2. cümlesi, işlenemez suça teşebbüs bakımından, sadece mevcut hukukî durumun kanunen tanınmasını ifade ediyor (krş. BGHSt 11 324). Suça birden fazla kişinin iştiraki halinde vazgeçmeye ilişkin olarak 24. paragrafın 2. fıkrası, vazgeçmenin, sadece neticenin gerçekleştirilmesinin ihtiyarî olarak önlenmesi veya bunun için iradî ve ciddî gayret gösterilmesi mahiyetinde olabileceği şeklindeki hüküm dolayısıyla, güç anlaşılır bir sertleştirmeyi içeriyor; buna karşılık, şimdiye kadarki görüşe göre yeterli olan, kendi hareketinin nedensellik değerinin yok edilmesi koşulu bundan böyle artık yetmeyecektir⁸⁴.

83) Nitekim haklı olarak: DREHER, § 23 not 4A; GÖSSEL, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. StrRG, GA 1971, sh. 235; LACKNER, § 23 not 3a; MAURACH, Allg. Teil, sh. 510; MEZGER - BLEI, Strafrecht, Allg. Teil, 15. bası, 1973, sh. 360; ROXIN, Einführung, sh. 20; WESSELS, Allg. Teil, sh. 112. Henüz BAUMANN (Allg. Teil, sh. 529) ve STRATENWERTH'in (Allg. Teil I, No. 741) paylaştığı karşı görüşümden (Lehrbuch, sh. 402, dipnot 7a) burada vazgeçiliyor.

84) Bu konuya ilişkin eleştiriler için krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 415; GRÜNWALD, Zum Rücktritt der Tatbeteiligten im künftigen Recht, H. Welzel'e Armağan, 1974, sh. 704-705; LACKNER, § 24 not 6a; ROXIN, Einführung, sh. 24; STRATENWERTH, Allg. Teil I, No. 961. Bu düzenlemeye taraftar olanlar: BAUMANN, Allg. Teil, sh. 537; BOCKELMANN, Allg. Teil, sh. 201; DREHER, § 24 not 6A; MAURACH, Allg. Teil, sh. 677; WESSELS, Allg. Teil, sh. 117.

V. FAİLLİK VE İŞTİRAK

1. Eski hukuk, § 47'de (eski metin) birlikte failliğe ilişkin bir kuralla yetinirken, yeni hukuk, § 25'de ilk defa failliğin üç şekline dair hükmü (tek başına faillik, dolayısıyla faillik, birlikte faillik) tanıyor. Açıkça, cezalandırmanın genişletilmesi nedenleri şeklinde oluşturulan azmettirme ve yardım etme'nin (Beihilfe) düzenlenmesi ile bağlantılı olarak fail kavramının üçlü ayırımı, kanun koyucunun, Ceza Hukukunda tek fail kavramına⁸⁵ karşı karar verdiğini gösteriyor. Fakat bu, OWiG § 9'daki karşı çözümü, zaten esas itibariyle olduğundan daha şüpheli hale getiriyor⁸⁶. Failliğin § 25/I'deki tanımından ("her kim suçu bizzat işlerse fail olarak cezalandırılır"), bir ceza kuralının bütün unsurlarının kendi eliyle, tam sorumlu olarak gerçekleştirilmesinin daima failliği ifade ettiği ve "animus auctoris" veya "animus socii" formülüne dayanarak yardım etme olarak yorumlanamayacağı (fakat, evvelce bu tarzda: RGSt 74 84⁸⁵; BGHSt 18 87⁸⁶) sonucu çıkıyor⁸⁷. Sübjektif iştirak teorisinin yeni hukukla bağdaşamayacağı, ROXIN'in isabetli olarak işaret ettiği gibi⁸⁸, failin kastının hatalı olarak varsayılması halinde, şerikin, azmettiren veya yardım eden (Gehilfe) "gibi" cezalandırılması gerektiği yolunda 1962 - Tasarısında bulunan kuralın kabul edilmemesinden ayrıca anlaşılmaktadır. Şimdi, sübjektif teorinin aksine, cezasızlığın kabul edilmesi gerekecektir⁸⁹.

85) Tek fail'e ilişkin düzenleme için özellikle: KIENAPFEL, Der Einheitstaeter im Strafrecht, 1971. Yeni Avusturya Ceza Kanunu, tek fail'e ilişkin kuralı § 12'de muhafaza etti; bu konuda krş. KIENAPFEL, Die Einheitstaeterregelung der §§ 12 ff. und 32 ff. StGB, JBl. 1974, sh. 133 vd.

86) Bu kurala ilişkin olarak CRAMER, DREHER ve KIENAPFEL arasındaki tartışma konusunda JESCHECK'in (Lehrbuch, sh. 41 ve 490) daki açıklamaları ile krş. Bu konuda ayrıca: WELP, Der Einheitstaeter im Ordnungswidrigkeitenrecht, Zeitschrift für Verkehrs-und Ordnungswidrigkeitenrecht, 1972, sh. 299 vd.

87) Bu anlamda: DREHER, § 25, öndüşünceler, 1A (yargılama kararlarına ilişkin ayrıntılı bilgilerle birlikte); JESCHECK, Lehrbuch, sh. 495; ROXIN, Einführung, sh. 28; WESSEL, Allg. Teil, sh. 96; şüpheli bulan görüş: LACKNER, § 25 not 1a.

88) ROXIN, Einführung, sh. 29.

89) Bu anlamda: BOCKELMANN, Zur Problematik der Beteiligung

2. Yeni hukuk, *iştirak* alanında, suç teşkil eden esas fiilin kasten işlenmiş olması lâzım geldiğini özellikle aydınlığa kavuşturdu (§§ 26, 27)⁹⁰. Buna göre, taksirli fiile iştirak yoktur. Bu tür durumlar sadece dolayısıyla faillik olarak ele alınabilir. Şahsen işlenebilen suçlar ile özgü suçlarda bu suretle meydana gelen cezalandırma boşluklarına⁹¹ katlanmak lâzımdır; çünkü kasttan vazgeçilirse, faillik, Ceza Hukukunun merkezî kavramı olarak en önemli hareket noktasını kaybedecektir. Ayrıca, § 27/II c. 2, yardım etme ile ilgili olarak, 1939'a kadar yürürlükte olan zorunlu ceza hafifletilmesine geri döndü.

C. Genel Bölümün Hukukî Sonuçlar Sistemindeki Yenilikler

Alman Ceza Kanununun Genel Bölümündeki reformun ağırlık merkezi dogmatik alanda değil, "Fiilin Hukukî Sonuçları"na ilişkin üçüncü Bölümünde bulunan yaptırım sistemindedir⁹². Gerek cezalar gerek önlemler, özellikle Seçenek - Tasarının etkisiyle, çok değişik bir tablo gösteriyor. Reformun genel eğilimi kısaca şöyle nitelenebilir: Zorunlu olduğu kadar ceza, mümkün olduğu kadar sosyalizasyon yardımı.

I. CEZALAR

1. *Hürriyeti bağlayıcı ceza*, yeni hukukta cezalar sisteminin esası olarak kalıyor; çünkü bu, ağır ve orta ağırlıkta suçluluk ve

an vermeintlich vorsätzlich rechtswidrigen Taten, W. Gallas'a Armağan, 1973, sh. 261 vd.; HERZBERG, Grundfaelle zur Lehre von Taeterschaft und Teilnahme, JuS 1972, 575; ROXIN, Einführung, sh. 29; WESSELS, Allg. Teil, sh. 101. 1962 - Tasarısındaki düzenlemenin yeni hukukça kabul edildiği şekilde tarafından, Lehrbuch, sh. 49 da yapılan girişimden vazgeçilmektedir. Fakat, gelecekte de bu anlamda: BAUMANN, Allg. Teil, sh. 584; DREHER, § 25 öndüşünceler, 3B; LACKNER, § 25 öndüşünceler, 4a.

90) SCHMIDHAUSER'in karşı görüşü (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1970, sh. 434), §§ 26, 27'nin açık metni karşısında tutarlı değildir.

91) Bu açıdan şüphelerini açıklayanlar: LANGE, Zur Teilnahme an vorsätzlicher Haupttat, JZ 1959, 563; ROXIN, Einführung, sh. 31.

92) Cezalar sistemi konusunda krş. CRAMER, Das Strafsystem des StGB nach dem 1.4.1970, JA 1970, 183 vd.

ayrıca mükerrer fail (§ 48) için yegâne ceza türüdür ve yedek hürriyeti bağlayıcı ceza olarak da, ödenemeyen para cezasının (§ 43) ardında bulunuyor. Bununla birlikte, takriben bütün suçların %85 i için hükmedilen para cezası, sayı itibariyle, geniş ölçüde, hürriyeti bağlayıcı cezadan daha ağır basıyor; ve hürriyeti bağlayıcı cezanın yarısında infaz tecil edildiğinden, şimdi, kesin hükme bağlanmış bütün suçların %10 dan daha azında hukukî sonuç, gerçekten hemen infaz edilen hürriyeti bağlayıcı bir cezadan oluşuyor. Bu ağırlık noktası değişikliğine rağmen hürriyeti bağlayıcı cezanın yeniden düzenlenmesi, reformun en önemli isteğiydi.

a) 1.4.1970'den beri yürürlükte olan en önemli yenilik, 1962 - Tasarısında ders alma ve düşünme cezası olarak tasarlanan hafif hapsin de kendisine feda edildiği *tek hürriyeti bağlayıcı ceza'nın* (§ 38) kabul edilmesidir⁹³. Ağır hapis cezasının lekeleyici etkisi ile birlikte kaldırılması, cezanın infazını sosyal önyargılardan kurtulmuş bir kurum olarak hukuk topluluğundaki yerine yerleştirmek şansını açıyor; bununla birlikte, şimdiye kadar ağır hapse bağlı olan lekenin, kamuoyunun bilincinde, yeni tür hürriyeti bağlayıcı ceza-ya aktarılması olasılığı hariç tutulamaz. Tek hürriyeti bağlayıcı ceza, cezanın infazına ilişkin devam etmekte olan yeni düzenlemeler bakımından engelleri de kaldırıyor; bu düzenlemeler uyarınca, mevcut kurumların sınıflandırılması, sadece, infaz edilecek hürriyeti bağlayıcı cezanın süresine ve hükümlünün kişiliğinin özelliğine göre belirlenmiş olacak. Bundan başka, Asliye Mahkemesi nezdinde yeni kurulan Ceza İnfaz Dairesinin (GVG §§ 78a, 78b), hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı süresince, gerekli yargısal kararları infaza yakın, eşit, çabuk, bürokratik olmadan ve sosyalizasyon yanlısı olarak alabilmesi beklenir.

b) Süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın *üst sınırı* 15 yıl, *alt sınırı* bir aydır (§ 38/II). Böylece, çok kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ce-

93) Büyük Ceza Hukuku Komisyonunda sert tartışmalara sebep olan ve o zaman büyük bir çoğunlukla reddedilen bu karar (krş. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, cilt I, sh. 89 vd.), Ceza Hukuku uygulaması ve kamuoyu tarafından kolaylıkla kabul edildi. ZIPF (Einführung, sh. 63) bunda, haklı olarak, "son yıllarda suç politikasına ilişkin düşüncelerin hızlı gelişmesi" bakımından bir belirti görüyor.

za kanunen imkânsız kılınmak istendi⁹⁴; buna karşılık, bir aydan altı aya kadar olan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza, § 47 yoluyla oldukça sınırlandırılmakla birlikte yine de yasal yaptırım olanağı olarak muhafaza edildi. Böylece yeni hukuk, kendisini birdenbire aşırı derecede silâhsızlandırmaksızın gelecekteki gelişmeye açık bulunuyor; bu gelişme, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, eğer suç politikası yönünden doğru tatbik edilirse (örneğin, trafik suçu failleri, iktisadî suçlular, ilk defa mükerrer failler), § 47'deki istisnâî hallerin de dışında uygun şekillendirilmesi suretiyle, olumlu bir anlamı olacağını muhtemelen gösterecektir. Buna karşılık Seçenek-tasarı, altı aydan daha az hürriyeti bağlayıcı cezayı tamamen kaldırmakla, etkilerinin tahmin edilemeyeceği bir girişimde bulunmak istedi.

c) Yeni hukukun, *müebbet hürriyeti bağlayıcı ceza*'yı muhafaza etmesi (§ 38/I) ve bu tür ceza için 10, 15 veya 20 yıldan sonra şartla salıvermeyi de öngörmemesi nedeniyle, hükümlüye sadece af umudu kalıyor. Müebbet hürriyeti bağlayıcı cezanın, bu niteliği itibariyle, hukuk literatüründe maruz kaldığı artan saldırılara rağmen⁹⁵, kanunkoyucunun kararı şu anda doğru görünüyor; çünkü emsalsiz şiddet suçluluğunun hüküm sürdüğü bir zamanda, hukuk barışını ve kamu güvenliğini önemli ölçüde tehdit eden en ağır suçlara karşı, Ceza Hukukunun ciddiyetinin ve sertliğinin açıkça ve kamu için de farkedilebilir şekilde korunması lâzımdır.

2. *Para cezası*'nın yeni düzenlemesi, modern suç politikası bakımından üstün pratik önemi nedeniyle, hürriyeti bağlayıcı ceza yanında, reformun ikinci ağırlık noktasını ifade ediyor⁹⁶. Kanunkoyucu, geleneksel tüm para tutarı sistemi yerine İskandinav Ülkelere ait gün-para sistemini⁹⁷ almakla, yeni bir alana girmiş oluyor.

94) Bu konuda krş. TIEDEMANN ZStW 86 (1974), 335-336.

95) Bu konudaki bibliyografya için krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 573, dipnot 32; ayrıca krş. HANACK, Kriminologische Gegenwartsfragen, 1974, sayı 11, sh. 72; KERNER, ebenda, sh. 85; ve konu ile ilgili eserlerin bir araya getirildiği kitap: "Die Reform der lebenslangen Freiheitsstrafe", 1972.

96) Krş. ZIPF, Einführung, sh. 65; LACKNER, § 40, öndüşünceler, 1a.

97) İskandinav Ülkelerindeki duruma ilişkin olarak krş. THORNTEDT, Skandinavische Erfahrungen mit dem Tagesbussensystem,

Para cezasının gün-para birimlerine göre ölçülmesi ile, modern ceza adaleti bakımından kendisine düşen ağır görevlere daha iyi uyacak duruma getirilmesi amaçlanıyor.

a) Gün-para cezası sisteminin anlamı: gün-para birimlerinin sayısını kusurluluğa ve önleme amacına bağlı kılmak (§ 46/I) ve gün-para biriminin miktarını hükümlünün iktisadî ödeme gücüne göre tayin etmek suretiyle, para cezasını hem daha âdil, hem de daha anlaşılabilir hale getirmektir⁹⁸. Bunun başarıya ulaşip ulaşamayacağı, önemli ölçüde, *gün-para birimlerinin miktarının ölçülmesi*'ne bağlıdır. Kanunkoyucu, bu konuda ipucu olarak alt sınırı iki ve üst sınırı 10 000 Alman Markı olarak tesbit ediyor (§ 40/II c. 3). Ne var ki, her ikisi de isabetli görünmüyor: alt sınır, ekonomik bakımdan en zayıf halk tabakalarının da bugünkü gelir durumu itibarıyla çok düşük; üst sınır, genellikle para cezasının sözkonusu olacağı fiilin ağırlığına oranla çok yüksek tutulmuştur⁹⁹. Yargıç, bu sınırlar dahilinde, failin bir günde sahip olduğu veya olabileceği net gelirden hareket eder ve gün-para biriminin miktarını bu esasa dayanarak kişisel katlanabilirliğe göre belirler. "Net gelir prensibi", 2. Ceza Hukuku Reform Kanununa esas teşkil etmiş olan İskandinav "zarar prensibi" nin ("Einbusseprinzip") yerine ilk defa Yürürlük Kanunuyla ikame edildi; çünkü aksi halde, şimdiye kadar normal olarak hükmedilen para cezalarına ulaşamayacaktı veya aşırı derecede yüksek hürriyeti bağlayıcı cezalar sözkonusu olacaktı. Böylece, para cezasının hesaplanmasında hareket noktası olarak hükümlünün yaşama temelinden yoksun bırakılması, § 46/I c. 2 deki önleme amacı ile pek uzlaşır görünmüyor¹⁰⁰. Zarar prensibi

ZStW 86 (1974), 595 vd. Kullanışsız olması ve suç politikası bakımından toplam para cezasına üstün olmaması nedeniyle, son zamanlarda Danimarka'da, muhtemelen İsveç'te de, gün - para cezası sisteminden tekrar vazgeçilmek istendiği görülüyor.

98) DREHER, § 40, öndüşünceler, 3 te, gün - para cezası sisteminin üstün olan tüm özelliklerine ilişkin genel bir açıklama veriyor. Ayrıca, 1973 Hamburg Mukayeseli Hukuk Kongresine, ZIPF ve TRÖNDLE tarafından sunulan raporlardaki yeni hukukun ayrıntılı değerlendirilmesi ile krş. ZStW 86 (1974) 513 vd. ve 544 vd.

99) Krş. BAUMANN, ZRP 1974, 79; ZIPF, Einführung, sh. 69; LACKNER, § 40, öndüşünceler, 1a.

100) Krş. JESCHECK, W. Gallas'a Armağan, sh. 43; HORN, Alter

ile ilgili hesaplama problemleri, çevirme orantısının yedek hürriyeti bağlayıcı ceza lehine değiştirilmesiyle kolayca kaldırılabilirdi (yaklaşık olarak, 1 : 1 yerine 1 : 3)¹⁰¹.

b) Eski hukukta olduğu gibi, mahkeme hükümlüye, *ödeme kolaylıkları* tanıyabilir (§ 42). Özellikle taksitle ödeme olanağı, gün-para sisteminin cari gelire bağlı kılınması açısından yerindedir¹⁰². Buna karşılık kanunkoyucu, Seçenek - Tasarıdaki süreli para cezası düşüncesini¹⁰³ benimsemedi; bunun nedeni, bir yandan tüm para tutarının derhal ödenmesinin kabul edilmemesini fazla mübalâğalı, öte yandan taksitlerin ödenmesine ilişkin devamlı yapılması gereken kontrol için idarî masrafı çok yüksek bulmuş olmasıdır.

c) Kusursuz sebep olunan ödemedeki acizlik hali de dahil, ödemeyen para cezası yerine, prensip olarak, *yedek hürriyeti bağlayıcı ceza* geçer; bu durumda bir gün-para birimi, bir gün hürriyeti bağlayıcı cezaya eşittir (§ 43). Ancak yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı hükümlü için "makul olmayan (bir) sertlik" olacaksa (StPO §§ 459, 460), infaz edilmez; şüphesiz bu, sadece hükümlünün kusurunun olmamasını esas alan § 29/IV den (eski metin) daha cömertçe yorumlanamayacak bir formüldür. Para cezasının tecilini, kanunkoyucu benimsemedi¹⁰⁴.

3. Şimdiye kadarki hukukça tanınmış olan *ceza yerine çevrilen önlemler* reformla genişletildi ve yeni önlemlerle tamamlandı.

a) Hem hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından sakınmaya, hem de hükümlünün kendi gücünü harekete geçirmesine hizmet eden *cezanın ertelenmesi* (§§ 56-58), şimdi üç kademe halinde düzenlen-

Wein in neuen Schläuchen? - Zur neuesten Fassung des § 40 Abs. 2 StGB, JZ 1974, 284 vd.

101) Krş. LK (TRÖNDLE), § 27, öndüşünceler, 93 vd. Avusturya Ceza Kanunu § 19/I c. 2 ye göre, bir gün yedek hürriyeti bağlayıcı ceza, iki gün - para birimine eşittir.

102) Krş. HORN, Das Geldstrafensystem des neuen Allgemeinen Teils des StGB und die Ratenzahlungsbewilligung, NJW 1974 625 vd.

103) Bu konuda krş. BAUMANN, Beschränkung des Lebensstandards anstatt kurzfristiger Freiheitsstrafen, 1968.

104) Bu konuda krş. JESCHECK, Lehrbuch, sh. 580. Yedek hürriyeti bağlayıcı cezanın teciline karşı olan görüş: TRÖNDLE bei VOGLER, JZ 1974, 749.

di. Mahkeme, § 47/I uyarınca altı aydan daha az hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmettiği takdirde, bu ceza, sosyal tahminin elverişli olması halinde devamlı ertelenir; hukuk düzeninin savunulması¹⁰⁵ infazı gerektirmiyorsa, altı aydan bir yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalar aynı şekilde ertelenir; fiilde ve failin kişiliğinde bulunan özel koşullar bu yararlanmayı haklı kılıyorsa, bir yıldan fazla ve iki yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalar istisnaî olarak ertelemenin kapsamına girer. Şeklî nedenlere dayanarak ertelemenin reddedilmesi veya erteleme kararının düşürülmesi kaldırılmıştır. Yüklümlükler ve talimatlar, cezanın ertelenmesini daha etkin olarak şekillendirebilirler. Deneme süresinde yardım bağımsız olarak düzenlendi ve bu suretle önemliliği kuvvetlendirilmiş oldu. Eğer dokuz aydan daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir ceza ertelenir ve hükümlü de henüz 27 yaşında değilse, kural olarak, bir gözetim memuru tayin edilir (§ 56d/II).

b) *Cezalandırma kaydıyla ihtar*, 180 gün-para birimine kadar olan para cezaları bakımından bir yenilik olarak kabul edildi (§§ 59-59c)¹⁰⁶. Buna göre, mahkeme, suçluluk kararı vermekle yetinir ve hükümlüye sadece uyarıda bulunur. Aynı zamanda, belirli bir para cezası tesbit edilmekle birlikte, bunun hükme bağlanması, hükümlünün mahkeme tarafından tanzim edilen deneme süresinde uygun hareket etmemesi koşuluna bağlıdır. Sürenin uygun geçmesi halinde sadece ihtar sözkonusudur ve hükümlü, cezanın ertelenmesinin aksine, önceden cezalandırılmış sayılmaz.

c) Nihayet, "eğer failin, fiilin sonuçları itibariyle uğradığı zararlar, bir cezaya hükmedilmesinin isabetsizliğini açıkça ortaya koyacak derecede ağırsa", *cezadan vazgeçme*'yi öngören § 60'ın genel hükmü de bir yeniliktir¹⁰⁷. Yaptırım, burada da sadece suçluluk

105) Tartışmalı olan bu kavram hakkında krş. BGHSt 24 40 (46); 24 64 (66).

106) Bu konuda eleştirel: DREHEL, Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, R. Maurach'a Armağan, 1972, sh. 275 vd.; ZIPF, Einführung, sh. 85 vd.

107) Bu konuda krş. ESER, Absehen von Strafe - Schuldspruch unter Strafverzicht, R. Maurach'a Armağan, 1972, sh. 257; MAIWALD, Das Absehen von Strafe nach § 16 StGB, ZStW 83 (1971) 663; ANTJE SCHMITT, Das Absehen von Strafe, Diss., Freiburg i.Br., 1974.

kararından ibarettir; ancak, bu, failin uğradığı ağır zararlar dolayısıyla bir çeşit "poena naturalis" olarak hissedilir şekilde tamamlanıyor.

II. CEZANIN HESAPLANMASI

Modern suç politikasının başarısı, önemli ölçüde, kendi temel düşüncesinin Ceza Hukuku uygulamasında kabul edilmesine bağlıdır. Cezanın veya önlemin hesaplanması, aslında, yargıcın kendi başına sorumlu olduğu bir karardır; bununla birlikte, yeniden düzenlenen Genel Bölüm, "Cezanın Hesaplanması"na ilişkin özel bir başlık altında, yargıca yeni yolların gösterildiği hükümleri ihtiva ediyor.

1. § 46'daki¹⁰⁸ *cezanın tayinine ilişkin prensipler*'den, yeni hukukun ceza anlayışı ile ilgili olarak daha önce bahsedilmişti (krş. yukarıda II A 1). § 46/I c. 1'deki kusurluluk prensibine bağlılığın, § 46/I c. 2'de önleme amacına yapılan yollamanın ve § 46/II'deki cezanın tayinine ilişkin kataloğun uygulamaya etkilerinin neler olacağını zaman gösterecektir. En azından, mahkemeler, yeni düzenleme ile, cezalandırma olayının çok boyutlu karakterinin bilincine varacak ve bu suretle, duygusal bir ceza tayininden aklı bir ceza tayinine geçiş yolu açılmış olacaktır.

2. *Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza*, § 47 dolayısıyla kuraldan istisnaya dönüştü. Burada sözkonusu ultima-ratio kaydı: eğer fiilde (örneğin, hukuka aykırılık oranının yüksek olması) veya failde (örneğin, suç işleme eğilimleri) bulunabilen özel koşullar, failin etkilenmesi veya hukuk düzeninin savunulması için hürriyeti bağlayıcı bir cezayı vazgeçilmez kılıyorsa, ancak o zaman, altı aydan aşağı hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmedilebileceğini öngörüyor. Hürriyeti bağlayıcı ceza sözkonusu değilse mahkeme, ilgili ceza kuralında öngörülmüş olmasa da, § 47/II uyarınca bir para cezasına hükmeder. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın sınırlandırılması uygulamada tamamen anlayışla karşılandığından, § 47 ile takip edilen kriminal politik amaca önemli ölçüde ulaşılmıştır¹⁰⁹.

108) Bu konuda ayrıntılı bilgi için krş. BRUNS, Strafzumessungsrecht, sh. 196 vd.; ZIPF, Kriminalpolitik, sh. 100 vd.

109) Bu konuda krş. HORSTKOTTE, Gesetzgebung zum Ersatz kur-

3. Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın, sınırlı da olsa, yürürlükte kalması, Özel Bölümdeki tekerrüre ilişkin bütün hükümlerin düşmesi ve tehlikeli itiyadî suçlular (eski metin, § 20a) için de cezanın ağırlaştırılmasının kaldırılmış olması nedeniyle, temayülî suçlunun özel tehlikeliliği olmayan —ki, bunun için, sonuç olarak, güvenlik altında bulundurma sözkonusudur— mükerrir suçlular hakkında anlamlı bir resosyalizasyon denemesine girişebilmek için yeterli olan asgarî bir ceza süresine ulaşmak amacı ile, *teker-rürün genel (bir) ağırlaştırılması*'nin¹¹⁰ kabul edilmesi lâzımdı. Bu nedenle, § 48: önceki mahkûmiyetleri ikaz olarak kabul etmemesi halinde failin, kastlı suçlardan dolayı önceden iki defa mahkûm olması ve en az üç aylık hürriyeti bağlayıcı cezayı çekmiş olması koşulu ile, daha sonraki ilk kastlı suç için asgarî cezayı altı aya çıkarıyor. Burada esas teşkil eden çeşitli suçlar arasındaki iç bağlantı öyle olmalıdır ki, faile, önceki mahkûmiyetlerin kendisi için anlaşılabilir uyarıcı etkisinin dikkate alınmaması nedeniyle teker-rür isnat edilebilsin¹¹¹.

III. İYİLEŞTİRME VE GÜVENLİK ÖNLEMLERİ

Yeni hukuk, cezaların ve önlemlerin *iki - izliliği*'ne bağlı kaldı; ancak, mevcut sistemi esaslı şekilde düzelttiğinden, önlemler de reformun bir ağırlık noktası olarak sayılabilir. Fiilin kusurluluğuna göre hesaplanan ceza, önleyici görevleri sadece sınırlı ölçüde yüklenemediğinden, cezanın önleyici etkisi ilgili olayda başarısız kalacak veya yeterli olmayacaksa, faile karşı zorunlu olan etkilemenin ve kamunun korunmasının önlemler yoluyla sağlanması lâzımdır. Hürriyetten yoksun kılıcı önlemler: bir psişatrik hastaneye, tedavi kurumuna, sosyal tedavi kurumuna yerleştirme ve güvenlik al-

zer und mittelfristiger Freiheitsstrafen, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Teheran 1974, JStW (ek sayı) 1974, 58 vd.

110) Bu konuda krş. MIR PUIG, Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafschaerfung, ZStW 86 (1974) 175 vd.

111) Cezanın tayininde, önceki cezaların itibara alınmasının önkoşulları konusunda ayrıntılı bilgi için krş. BRUNS, Strafzumessungsrecht, sh. 579 vd.

tında bulundurmazdır (§ 61/b. I-4). Önlemlere ilişkin reformun çekirdeğini teşkil etmesi gereken sosyal tedavi kurumunun uygulamaya konulması, 1.1.1978 tarihine kadar ertelendi; çünkü Eyaletler, kayda değer pratik girişimlere rağmen (örneğin, Baden - Württemberg'de Hohenasperg Kurumu), hazırlıklarında yeterli mesafe alamadılar; ve özellikle İskandinav Ülkelerinin bu kurum tipini yeniden şekillendirmeyi düşünür göründükleri bir sırada, sosyal tedavi kurumunun genelleştirilmeye elverişli olması anlayışı açısından da şüpheler bulunuyor. Hürriyetten yoksun kılıcı olmayan önlemler: yeni gerçekleştirilen koruyucu denetim, taşıt aracı kullanma izninin kaldırılması ve meslekî faaliyette bulunma yasağıdır (§ 61/b. 5-7).

1. Bağıntılılık prensibinin tanınması, bir hukuk devleti kurallı olan ölçüyü-aşma yasağının sonucu olduğundan (krş. BVerfGE 16 194 (202; BGHS 20 232), bu prensibin § 62'de ifade edilmesi, *önlemlere ilişkin reform* için sadece açıklayıcı bir anlama sahiptir¹¹². Bununla birlikte, kanunkoyucunun bu prensipten çıkardığı sonuçlar çok önemlidir. Bir defa, hafif suçlulara ve kamuyu rahatsız edici kişilere karşı, kusurluluğa bağlı cezanın ötesinde hürriyetten yoksun kılıcı bir uygulamanın aşırı görülmesi nedeniyle, önlem olarak iş-evi kaldırıldı. Ayrıca, güvenlik altında bulundurma önkoşulları öyle düzenlendi ki önlem, gelecekte, sadece, kamu için gerçekten tehlikeli tipteki temayülî suçluları kapsayacaktır. Bundan başka yeni hukuk, § 67'de, hürriyeti bağlayıcı cezaların ve hürriyetten yoksun kılıcı önlemlerin infazında, önlemin cezadan önce infaz olunarak sürenin cezadan indirilmesini ("Vikariieren") düzenledi (şüphesiz, güvenlik altında bulundurma hariç) ve aynı zamanda geri kalan bakiye cezanın, ceza süresinin üçte ikisinin bitiminden önce ertelenmesi olanağını verdi. Öte yandan, "eğer failin resosyalizasyonu bu yolla daha iyi sağlanabilecekse" (§ 67a), İnfaz Dairesi hükümlü için başka bir önlem tayin edebilir. Nihayet, bir kuruma yerleştirmenin ertelenmesi olanağı gerçekleştirildi (§§ 67b ve c). Fakat bütün bu sistem, ancak sosyal tedavi kurumunun gerçekten bütün Eyaletlerde hizmete hazır duruma gelmesi ile tamamen düzenli çalışabilir.

112) Krş. DREHER, § 62 not 1; LACKNER, § 62 not 1; ZIPF, Einführung, sh. 101.

2. Belirtildiği gibi, hürriyetten yoksun kılıcı önlemlerin ağırlık noktası, gelecekte, *sosyal tedavi kurumu*'nda bulunuyor (§ 65)¹¹³. Eğer sebebiyet veren fiil 27 yaşın tamamlanmasından önce işlenmiş ise, aşağıdaki üç fail grubu için, özelliklerine göre, bu kurum tipine yerleştirme sözkonusudur (§§ 65/I ve II): bir defa, ağır kişisel dengesizlikleri olan tehlikeli mükerrir failer; ikinci olarak, tehlikeli cinsel suçlular ve nihayet temayülî oluşum gösteren failer¹¹⁴. Hükmü veren mahkemenin, daha iyi resosyalizasyon olanağı nedeniyle, psikiatrik hastane yerine sosyal tedavi kurumuna yerleştirmeyi emrettiği failer de buna dahildir (§ 65/III). Nihayet, İnfaz Dairesinin kararıyla sosyal tedavi kurumuna gönderme olanağı kabul edildi (§ 67a).

3. Polis denetiminin (eski metin: §§ 38, 39), yerine geçen *koruyucu denetim* (§ 68 vd.), yeni önlemler sisteminin en önemli parçasını teşkil ediyor; ve onda olduğu gibi sadece güvenlik karakterine sahip olmakla kalmayıp, suç işleme bakımından özellikle tehlikede veya tehlikeli olan kişiler için, cezanın veya önlemin infa-

113) Ayrıntılı bilgi için krş. BOCKELMANN, Allg. Teil, sh. 264 vd.; BAUMANN, Allg. Teil, sh. 742 vd.; EISENBERG, Über sozialtherapeutische Behandlung von Gefangenen, ZStW 86 (1974), 1042 vd.; HANACK, Juristische Voraussetzungen der Sozialtherapie im Strafvollzug, in: Individuum und Gesellschaft, 1973, sh. 16 vd.; LANDECHO, Die Indikationsklausel zur Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt (§ 65 2. StrRG), JZ 1971, 672; R. und G. MAUCH, Sozialtherapie und sozialtherapeutische Anstalt, 1971; MAURACH, Allg. Teil, sh. 891 vd.; STÜRUP, Einige wesentliche Elemente für Einrichtung und Betrieb einer sozialtherapeutischen Anstalt, E. Heinitz'e Armağan, 1972, sh. 533 vd.

114) Güvenlik altında bulundurmaya ilişkin § 66'nın yeni hükmü, sosyal tedavi kurumunun uygulamaya konulması ile birlikte, 1.1.1978'den itibaren yürürlüğe giriyor; buna göre, güvenlik altında bulundurma, failin, sebebiyet veren fiili 25 yaşın tamamlanmasından sonra işlemiş olması koşuluna bağlıdır. Daha önce, sadece sosyal tedavi kurumuna yerleştirme sözkonusudur. 25 yaşdan 27 yaşa kadar kesişen zaman dilimi için, fiilin ve failin birlikte değerlendirilmesinin; failin, temayülî fail olmaya doğru gelişme gösterdiği (sosyal tedavi kurumu) veya şimdiden böyle birisi olduğu (güvenlik altında bulundurma) sonucunu ortaya koyup koymamasına bağlıdır.

zından serbest bırakıldıktan sonra, kamunun korunmasını, iyi organize edilmiş bir sosyal yardımla birleştiriyor. Koruyucu denetim, bu ikili durumu nedeniyle çok defa reddediliyor¹¹⁵; fakat eleştirenler, kamu için tehlikeliliği itibariyle özel bir makamın gözetimine ihtiyacı olan ve öte yandan, hem de bu nedenle, özellikle kolay mükerrir olan önemli bir suçlular grubunun varlığını inkâr edemezler; çünkü bu suçluların durumuna uyan, ve özel ve resmî bütün vasıtalarından faydalanan yardım, görevli yardımcının normal olanakları genellikle yetmediğinden, eksik kalıyor. O halde, yeni önlemin zorunlu olduğu kesindir. Başarısı veya başarısızlığı, denetim makamı ve özel olarak yetiştirilmiş görevli yardımcı (§ 68/II) arasındaki zorunlu işbirliğine, modern suç politikasının başarısı için bu önemli görevi üstlenmek isteyen yeterince yüksek seviyede kaliteli sosyal görevlilerin bulunabilmesine bağlı olacaktır¹¹⁶. § 48'e göre tekerrür nedeniyle ağırlaştırmanın gerekli olduğu, veya özellikle tehlikeli veya tekerrüre yatkın belli suçlar¹¹⁷ nedeniyle en az altı aylık hürriyeti bağlayıcı bir cezaya hükmedildiği (§ 68) takdirde, mahkeme tarafından koruyucu denetime karar verilebilir. Bundan başka, bir önlemin infazı ertelendiği, veya en az iki yıllık hürriyeti bağlayıcı bir cezanın, bakiye ceza ertelenmeden, tamamen infaz edilmesi zorunlu olduğu takdirde, koruyucu denetim yasal olarak doğar. § 68b'ye göre, mahkeme hükümlüye, cezanın ertelenmesinde uygun görülen müdahalelerin ölçüsünü önemli derecede aşan talimatlar verebilir. Ayrıca, § 68b/I'deki katalogda bulunan talimatlar cezaî bir hükümle de (§ 145a) teminat altına alındı ki, bu, aykırı hareketin cezalandırılabilirliği açısından şüphelidir ve suç politikası bakımından muhtemelen amacına ulaşamayacaktır; çünkü, gerçekte, sadece mümkün olan yaptırım, zaten kaçınılması

115) Krş. BAUMANN, Allg. Teil, sh. 751; MAURACH, Allg. Teil, sh. 905; ZIPF, Einführung, sh. 98.

116) Bu anlamda krş. DREHER, § 68, öndüşünceler, 2; LACKNER, § 68, öndüşünceler, 1. Aynı görüşe taraftar: PREISER, Bewaerungs- und Sicherungsaufsicht, ZStW 81 (1969) 249; aynı yazar, Die Führungsaufsicht, ebenda 912 vd.

117) Belli cinsel suçlar, cebir ve şiddet suçları, mülkiyete ve malvarlığına karşı suçlar ve ammenin selâmeti aleyhine işlenen bazı suçlar buraya dahildir; toplu olarak krş. LACKNER, § 68 not 2b aa.

gereken ve failin çevresi için korkutucu da olmayan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezadır.

Yeni Genel Bölüm, İmparatorluk Ceza Kanununun bir yüzyıllık yürürlüğünden sonra, esaslı değişikliğe uğramış bir tablo gösteriyor. Alman Ceza Kanununun reformla ulaştığı seviye, kendi tarihinde, esas itibariyle geçmişe dönük olan 1870 ve 1871 yıllarındaki yasamadan daha derin bir kesiti ifade ediyor. Gerçi, yeni hukukun dogmatik bölümü, esas itibariyle, şimdiye kadarki yargılamanın ve doktrinin ulaştığı en önemli sonuçların kodifikasyonu ile sınırlı kalıyor ama, bu, her yabancı hukukla karşılaştırmaya cesaret edilebilecek çok gelişmiş ve oldukça ileri bir seviyeyi de ortaya koyuyor. Suç politikası bakımından ise yeni hukuk, milletlerarası reform hareketinin en üst grubuna girmiştir. Yeni Genel Bölüm; ceza adaletinin, mümkün olanın sınırları dahilinde ve hukuk devleti yöntemleriyle hukukun etkinliğini ve toplumun korunmasını âdil, etkin ve insancıl biçimde gerçekleştirebileceği bir çerçeve oluşturuyor.