

AVRUPA'DA VE ÖZELLEŞLE DOĞU
AVRUPA'DA İKİNCİ DÜNYA SAVAŞI SONRASI CEZA
HUKUKU REFORMLARI BAĞLAMINDA
ESTONYA CEZA HUKUKU REFORMU

Prof. Dr. Jean FRANEL*

Çeviren: Doç. Dr. Zeynep T. KANALCI**

ÇEVİRİLER

1945 yılında...

* La réimpression de droit pénal est une œuvre de...
** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Hukuku
Anabilim Dalı, Yardımcı Doçent.

AVRUPA'DA VE ÖZELLİKLE DOĞU AVRUPA'DA GERÇEKLEŞTİRİLEN CEZA HUKUKU REFORMLARI BAĞLAMINDA ESTONYA CEZA HUKUKU REFORMU*

Prof. Dr. Jean PRADEL**

Çeviren: Ar. Gör. Zeynel T. KANGAL***

1945 yılından 1990'lı yıllara kadar Avrupa, hem ceza hukuku hem de ceza hukuku dışındaki konular bakımından, Almanya'yı ikiye bölen ve Avrupa'nın güneyine kadar uzanan, Churchill'in deyimiyile "demir perde" ile ayrılmış iki "bloka" bölünmüştü. Batı dünyasında insanı birincil değer yapan "liberal" bir ceza kodifikasyonu uygulanıyordu. Doğu Bloku'nda ise, Lenin'in fikirleri uyarınca, ceza hukukunu diğerlerinin yanı sıra toplum düzeninin hizmetinde bir araç hâline getiren, kişiyi artık ikincil bir değer yapan Marksist doktrinden doğan "sosyalist" bir kodifikasyon mevcuttu. 1968 tarihli Doğu Almanya Ceza Kanunu'nun başlangıcının özellikle, "... birleşik sosyalist hukukun parçası olarak ceza hukuku, suç teşkil eden eylemler, özellikle barış ve Demokratik Alman Cumhuriyeti'ne karşı suç niteliğindeki ihlâller karşısında; sosyalist, devletsel ve sosyal düzenin yanı sıra, aynı zamanda vatandaşların hak ve çıkarlarını korumakla gö-

*) "La réforme du droit pénal estonien dans le contexte des réformes pénales survenues en Europe et spécialement en Europe de l'Est" başlığıyla RPDP (Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal) 2003, sh: 193-204'de yayınlanmış olup, yazarın izniyle tercüme edilmiştir.

***) Fransa Poitiers Üniversitesi Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi; Fransız Ceza Hukuku Derneği Başkanı.

***) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

revlidir”¹ kısmı okunduğunda bu anlayışın çok belirgin olduğu görülecektir. Doğu Bloku’ndaki diğer birçok ülkenin ceza kanunu da benzer açıklamalar içermekteydi.

1989 yılında “Berlin duvarı”nın yıkılmasının ve bunun sonucu olarak da “demir perde”nin kalkmasının ardından Doğu Avrupa ülkeleri ceza kanunlarını değiştirdiler. Bu bağlamda Estonya da, 2001 yılında yeni bir ceza kanunu kabul etmiştir ve bu kanun 1 Eylül 2002’den beri yürürlüktedir². Şu hâlde, bu ceza kanununun Avrupa’daki, özellikle de Doğu Avrupa’daki diğer yeni ceza kanunlarına nazaran nasıl bir yerde bulunduğunu incelemek ilginç olacaktır. Biz de, oldukça güç olan ve kuşkusuz fazla da yararlı olmayan bütün ceza kanunlarıyla değil, fakat hepsi de 1997 tarihli olan Rusya, Letonya ve Polonya (Estonya’ya çok yakın üç ülke) ceza kanunları, 1997 tarihli Hırvatistan ve 1995 tarihli Slovenya (Estonya’ya uzak olmakla birlikte Doğu “Bloku”nun da parçası olan iki ülke) ceza kanunları gibi bazı ceza kanunlarıyla karşılaştırmalı olarak inceleme yöntemini deneyeceğiz. Ayrıca, diğer Avrupa ceza kanunları, özellikle Almanya ve Fransa ceza kanunları ile de ilgili açıklamalarda bulunulacaktır.

Birinci özellik hemen göze çarpmaktadır: Bu da, bütün Doğu Avrupa ceza kanunlarında, Doğu Almanya Ceza Kanunu’na ilişkin olarak yukarıda zikredilen ilkeyle ilgili açıklamanın ortadan kalkmasıdır³. Artık bireyci ifadeler yer almaktadır. Bu bağlamda 1997 tarihli Rus Ceza Kanunu’nun 2. maddesi şu düzenlemeyi getirmiştir; “Bu kanunun amacı şöyledir: suç niteliğindeki eylemler kar-

1) *Code pénal de la République démocratique allemande in Collection des Codes pénaux européens, Tome V, Les nouveaux Code pénaux de langue allemande, La Documentation française, 1981, sh: 165.*

2) Bu kanunun hazırlanmasının nedenleri ve özellikle Profesör Samson (Kiel Üniversitesi – Almanya) ve Profesör Pradel (Poitiers Üniversitesi – Fransa) gibi yabancı uzmanların rolü hakkında bkz. P. Pikamaë ve J. Sootak, *La réforme du droit pénal estonien: la voie vers l’indépendance*, *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1999, sh: 193 vd.

3) Bu kanun ortadan kalmıştır, zira iki Almanya’nın yeniden birleşmesiyle bu kanunun yerini alan ve böylece artık bütün yeni Almanya’da uygulanan Batı Almanya Ceza Kanunu’dur.

şısında insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin, çevrenin, Rusya Federasyonu'nun anayasal rejiminin korunması, barışın ve insanlığın güvenliğinin muhafaza edilmesi, suçun önlenmesi"⁴. Şüphesiz Estonya Ceza Kanunu'nda böyle bir ifade yoktur, ancak kanunun açıkça görünmeyen ideolojisi hemen hemen aynıdır.

İkinci özellik ise, pek bilinçsiz değildir. Bireye topluma göre daha öncelik verildiği evvela ceza kanunlarının özel kısmında görülmektedir. Estonya Ceza Kanunu ilkin insanlığa karşı ve kişilere karşı suçları ele almakta ve en sonunda da yalnızca devlete karşı suçları düzenlemektedir. Rusya, Polonya, Hırvatistan, Slovenya ve Fransa ceza kanunlarında da aynı durum sözkonusudur. Ayrıca, her ülkede kişilere karşı suçlar daha fazla cezalandırılmaktadır.

Genel olarak ceza kanunlarının özel kısmı göz önünde tutulduğunda suç tiplerinin birbirine çok yakın olduğu görülecektir. Şüphesiz burada bazı farklılıkları belirtebiliriz. Örneğin Rus kanun koyucusunun önem verdiği terörizmin ve organize suçluluğun cezalandırılması gerekliliğine, Estonya kanun koyucusu ceza kanununda inanmamıştır. Fakat genel olarak suç tipleri her ülkede oldukça benzerdir. Estonya Ceza Kanunu'nun, Almanya ve İtalya ceza kanunları gibi bazı batı ceza kanunlarının tanıdığı, oldukça geniş bir şekilde anlaşılan ve topluluk hileli hareketlerine uygulanabilen, yatırımlar konusundaki hileli hareketler hakkında bir suç tipini (md. 211) içerdiğini gözlemlemekteyiz.

Ceza hukukunun genel kısmı, sorunlar bakımından en ilgi çeken noktasıdır. Estonya Ceza Kanunu'nda genel kısım her biri, "genel hükümlere" (11 madde), "suça" (32 madde), "cezaların türleri ve ağırlıklarına" (12 madde), "cezaların karara bağlanmasına" (66 madde), "cezadan muafiyete" (8 madde), "zamanaşımına" (2 madde), nihayet "diğer emniyet tedbirlerine" (5 madde) ayrılan bölümlere

4) J. Pradel'in yönettiği altında, L. Golovko'nun çevirisi ve yorumu ile *Le Code pénal russe de 1997*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Vol. 19, éditions Cujas, 1998.

paylaştırılan 87 madde içermektedir. Bütün bu bölümleri basitleştirerek ifade edersek, gerçekte iki kavrama, temel görünümünün dikkate alınmasının gerekli olduğu suç kavramına ve yaptırım kavramına bağlıdır.

I. Suç Teorisi

Suçun yalnızca kanunda öngörüldüğü takdirde mevcut olduğunu hatırlatmaya gerek var mıdır? Estonya Ceza Kanunu'nun 2. maddesi de bunu çözüme bağlayarak, her ülkede mevcut olan ve kıyasa dayalı yorumu reddeden, üstelik Sovyet hukukunda oldukça az uygulanan kanunilik ilkesini kabul etmiştir. Zira kanun koyucunun eskisinde ısrar etmekte hiçbir haklı nedeni bulunmamaktadır. Yoğun karmaşıklık teorisi olan suç, üç bakımdan ele alınmalıdır:

A. Suç Kavramı

Soyut olarak, suç bir tanımı gerektirir ve somut olarak kanun koyucular suç içerisinde ayrımlar yapmışlardır.

1- Suçu tanımlamak gerekli midir? Ceza Kanunu'nu hazırlayanlar buna inanmadılar ve bundan dolayı onları tebrik edebiliriz. Zira doktrine ait olan böyle bir çalışmanın ceza kanununda yapılması yararsızdır. Bununla birlikte, bazı ceza kanunları, genellikle suçun dar karakterinin altını çizmek için bir suç tanımı vermektedirler. Bu bağlamda Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 1. maddesi "suçların ve ceza yaptırımlarının yalnızca bireysel özgürlükleri ve insan haklarını tehdit veya ihlâl eden davranışlar için öngörüldüğünü" belirtmekte (fıkra 1) ve ardından "ceza sorumluluğunun vazgeçilmezliği"den bahsetmektedir (fıkra 2). Benzer şekilde, Slovenya Ceza Kanunu'nun 2. maddesi, "kanuna ve ceza yaptırımına başvurulması yalnızca, kişinin ve diğer temel değerlerin korunmasının başka yollarla garanti altına alınması olanaklı değilse haklı kılınır" çözümünü getirmektedir. Bu tür öneriler aslında pek bir şey sağlamamaktadır. En ilginç 14. maddesinde Rus Ceza Kanunu tarafından verilen tanımdır. Bu madde suç "toplumsal bakımdan tehlikeli ku-

surlu eylem” olarak tanımladıktan sonra, “bu kanunda öngörülen herhangi bir hareketin unsurlarını şekli olarak içermesine rağmen, yine de bir zarara yol açmayan veya kişiye, topluma veya devlete bir zarar tehlikesi sunmayan bu hareketin az önemliliğinden dolayı hiçbir toplumsal tehlike arz etmeyen eylemin (veya eylemsizliğin) suç teşkil etmeyeceğini” belirtmek suretiyle, önemli bir nitelendirme yetkisini hâkime bırakmaktadır. Üstelik pek çok mevzuat bu ilkeyi benimsemektedir⁵. Bu konu üzerinde daha fazla durmak yerinde değildir. Suç ayrımlarını ele almak daha faydalı olacaktır:

2- XIX. yüzyılda 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun etkisiyle, hemen hemen bütün Avrupa hukukları, cezanın niteliği ve ağırlığına dayanan üçlü bir ayrımı (cürümler, cünhalar ve kabahatler) benimsemişlerdi. Bugün bu şema azalmakta, ikili ayrım üçlü ayrımın yerini almaktadır.

Estonya Ceza Kanunu da tamamen bu gelişim yönünde yerini almıştır. 3. maddesine göre, “suçlar, cürümler ve kabahatler olarak sınıflandırılır”. Bununla birlikte, 4. madde birinci derece cürümler (beş yıldan daha fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezayla cezalandırılanlar) ve ikinci derece cürümler (beş yıldan az hürriyeti bağlayıcı bir cezayla cezalandırılanlar) arasında alt ayrım yapmak suretiyle, açıkça söylemeden, Fransız eski üçlü ayrımını sürdürmektedir. Letonya'da da görünüm çok benzerdir; cürüm ve cünhalar arasındaki ikiliğe, cürümler bakımından daha az ağırlıkta olan cürümler (iki ve beş yıl arasında bir cezayla cezalandırılanlar), ağır cürümler (beş ve on yıl arasında bir cezayla cezalandırılanlar) ve özellik gösteren ağır cürümler (on yılın üzerinde bir cezayla cezalandırılanlar) arasındaki bir alt ayrım eklenmektedir. Rus Ceza Kanunu dört kategoriye ayırdığı cürümler (daha düşük

5) Aynı şekilde, *principio di offensivita* (ihlâl edilebilirlik kuralı)'dan bahseden İtalyan hukuku ve Alman hukuku için bkz. J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2^e éd. 2002, Dalloz, n^o 172. Letonya Ceza Kanunu'nun 58. maddesi de çok benzer şekilde, failin bütün unsurlarını gerçekleştirip, fakat hiçbir zarara neden olmaksızın bir suç işlemesi hâlinde, hâkimin faili ceza sorumluluğundan tamamen kurtarabileceğini düzenlemektedir.

ağırlıklı, orta ağırlıklı, belirgin ağırlıklı ve özel ağırlıklı) ile daha da karmaşıktır (md. 15).

Ancak bu ayrımlara karşın, bütün suçlar genel olarak aynı yapıya sahiptirler.

B. Suçun Yapısı

Estonya Ceza Kanunu'nun 2. maddesine göre, "bir eylem, suçun unsurlarını bünyesinde topluyor, kanuna aykırı ve failin de bundan sorumluluğu kabul ediliyor ise cezalandırılabilir". Üstelik Ceza Kanunu, "suç" isimli genel kısmın II. Başlığındaki seksiyonlarda da yer alan üç kavramı göstermektedir.

1- Öncelikle *suçun unsurları* sözkonusudur: suçun maddî unsuru, manevî veya psikolojik unsurdan daha az güçlükler ortaya koymaktadır.

a) 12. maddede zikredilen maddî unsur icraî veya ihmali bir hareketle meydana gelebilir. Burada özgün bir şey yoktur. İlginç olan husus, 13. maddenin "bir kişinin bir ihmalden dolayı yalnızca, bu kişi kanunda tasvir edilen bir suçun sonuçlarını engellemekle kanunen yükümlü olduğu takdirde cezalandırılabileceğini" çözüme bağlayarak ihmali suretiyle icra teorisini hissettirmesidir. "Garanti durumunu" (H. Jescheck) elinde bulunduran pasif failin, belirli bir neticenin gerçekleşmesini engelleme yükümlülüğü altında bulunduğu görülmektedir. Böylece hiçbir şey yapmayarak gerçek bir icraî hareket yapmaktadır. Şu hâlde Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 25. maddesindeki, "Kanun tarafından cezalandırılan bir eylemi engellemekle hukuken yükümlü olan fail bunu yapmayı ihmali ettiği takdirde, sözkonusu ihmali sonuçlarıyla birlikte icraî hareket yoluyla suçun işlenmesine eşdeğer ise, suç ihmali suretiyle icra şeklinde işlenmiştir" ifadesi okunduğunda, bu kanunun da aşağı yukarı aynı hususu çözüme kavuşturduğu görülecektir. Çözüm Slovenya ve Polonya'da da aynıdır. Ancak ihmali suretiyle icra hareketinin öngörülmeyeceği Rusya'da böyle değildir.

Maddî unsurun diğer bir görünümü ise, tamamlan-

mamış suç olarak adlandırılabilen görünümüyle ilgilidir. *Iter criminis* çerçevesinde ceza, hangi aşamadan itibaren müdahale edebilir, hazırlık hareketlerinden itibaren mi, yoksa yalnızca icra hareketlerine başlama (veya teşebbüs) dolayısıyla mı? Estonya Ceza Kanunu yalnızca, “kişinin kastına uygun olarak suçun icra hareketlerini işlemeye doğrudan doğruya başladığı anda” (md. 25/f.2) cezalandırılmasına izin vererek özgürlükçü bir tutum benimsemiştir. Böylece bir suçu işlemek için basit bir hazırlık hareketi cezalandırmadan kurtulmaktadır. Bu çözüm yolu, 22. paragrafında “suçun kurucu hareketlerini gerçekleştirmeye doğrudan doğruya başlayan” kişiden bahseden Alman Ceza Kanunu’nun düzenlemesiyle oldukça benzerdir. Doğu Avrupa ülkelerinin ceza kanunları da dahil olmak üzere, Avrupa ceza kanunlarının büyük çoğunluğu aynı anlayışı kabul etmişlerdir. Yalnızca icra hareketlerine başlamayı değil, aynı zamanda en azından ağır veya özellik gösteren ağır cürümler bakımından hazırlık hareketlerini de cezalandıran Rus Ceza Kanunu ise, istisna teşkil etmektedir⁶.

b) Estonya Ceza Kanunu’nda psikolojik unsur önemli açılımlar sergilemektedir. Temel ilke 15. maddenin 1. fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre, “kanunun kasdî olmayan bir eylemi cezalandırdığı durumlar hariç olmak üzere, kast olmadan bir eylemin işlenmesi hâlinde cürüm mevcut değildir”. Böylece genel kural, her suçun kasdî olmasıdır. Kasdî olmayan suç ise istisnadır. Kabul etmek gerekir ki, bu düzenleme günümüzde aşağı yukarı bütün ceza kanunlarında bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu, “Kast olmadan bir eylemin işlenmesi hâlinde cürüm ya da cünha mevcut değildir. Bununla birlikte, kanun öngördüğü takdirde, üçüncü kişiyi tehlikeye maruz bırakma hâlinde cünha mevcuttur. Aynı şekilde, kanun öngördüğü takdirde, bilinçli ya da bilinçsiz taksire veya bir ihtiyat ya

6) Rus Ceza Kanunu’nun 30. maddesi, bu kuralı öngörerek suçun hazırlanmasını da, “suç işlenmesi için bir kişi tarafından araç veya olanakların araştırılması, imal edilmesi ya da hazırlanması, şeriklerin aranması, suç işlenmesi için anlaşma...” olarak açıklamıştır. *Le Code pénal russe de 1997*, age. sh: 59.

da garanti yükümlülüğünün ihlâline dayalı kusur hâlinde cünha mevcuttur (md. 121-3)” ifadesini teyit etmek suretiyle pek başka bir şey söylememektedir. Bu iki düzenleme arasındaki benzerlik bir gerçektir. Alman Ceza Kanunu da, “kanun taksirle işlenen eylemi açıkca cezalandırmadığı takdirde, yalnızca kasdî eylemin cezalandırılabilirliğini” çözüme kavuşturarak benzer bir tutumu benimsemiştir (StGB §15).

Öte yandan Estonya Ceza Kanunu, kast ve taksir içerisinde de alt-ayrılar yaparak daha ileriye gitmektedir. Bu alt-ayrılar tanımların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Gerçekten bazı kanun koyucular tanım verme görevini doktrine ve içtihada bırakmaktadırlar. Hırvatistan⁷ ve diğer birçok ülke kanun koyucusu gibi hareket eden Estonya kanun koyucusunun tutumu bu şekilde değildir.

Estonya Ceza Kanunu, kastı, tasarlama (netice iradesi), doğrudan doğruya kast (netice bilinci) ve dolayısıyla kast (netice olasılığını içeren olası kasta tekabül eden) şeklinde ayırmaktadır. 16. madde bu üçlü ayrımı ortaya atarak, gerçekten yalnızca doğrudan doğruya kastı (netice iradesi veya bilinci) ve olası kastı ele alan Rus Ceza Kanunu'nun 25, Romanya Ceza Kanunu'nun 19, Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 44, Polonya Ceza Kanunu'nun 9, Slovenya Ceza Kanunu'nun 17 ve Letonya Ceza Kanunu'nun 9. maddelerinden geniş ölçüde etkilenmiştir. Oysa ki, ilginç olan husus, bütün bu ceza kanunlarının yalnızca kast türlerini tanımlaması değil, ayrıca doğrudan doğruya kastı ve olası kastı aynı düzeyde düzenlemesidir. Birinci derecede doğrudan doğruya kast, ikinci derecede doğrudan doğruya kast (kimi durumlarda zorunlu sonuçlar konusundaki kastı ifade eden dolayısıyla kast) ve olası kast şeklinde kastı üç türe ayıran Alman hukuku (içtihat ve doktrin) da aynı şekildedir⁸. Aksine bazı hukuk

7) *Ley penal croata*, kanun koyucunun, dogmatik uzmanlarına az yer verdiğini saptayan Gonzalo Quintero Olivares'in sunumu, Rijeka, 2001, sh: 21, (İspanyolca).

8) Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil* Band I, München, 1994, § 12, I, 1 vd.

sistemlerinde olası kast taksirli suçların bir parçası olarak ele alınmaktadır. Olası kastla işlenen adam öldürmenin, kasten adam öldürme suçu olarak değil, taksirle adam öldürme suçu, kuşkusuz nitelikli şekli, olarak değerlendirildiği Fransa buna bir örnektir.

Aynı şekilde Estonya Ceza Kanunu taksirli suçlar ailesinde bilinçli taksir (gerçekleşmeyecek bir kaniyi değil, netice olasılığı bilincini gerektiren) ve bilinçsiz taksir (böyle bir bilincin yokluğunu gerektiren) arasında alt-ayrım yapmaktadır. Bütün hukuk sistemleri ya ceza kanunlarında ya da içtihatlarında bu ayrımı kabul etmektedirler.

Ayrıca Estonya Ceza Kanunu, Alman Ceza Kanunu § 18'den alınmış olan, kanun suçun ağır sonucu dolayısıyla cezanın arttırılmasını öngördüğü takdirde, failin yalnızca, en azından taksirle hareket etmesi hâlinde bu arttırmaya maruz kalacağı düzenlemesini içermektedir (md. 19). Kısacası, kusurun önemine, başka bir deyişle, ceza sorumluluğunun koşulu olarak kusurluluk ilkesine vurgu yapan Estonya Ceza Kanunu, failin bu sonucu öngörebilmesini zorunlu kılmıştır.

2- Hukuka uygunluk nedenleri konusuna gelince, Estonya Ceza Kanunu bunlardan yalnızca üçünü esas almıştır: haklı savunma, zorda kalış ve yükümlülüklerin çatışması. Bu üç hukuka uygunluk nedeni de bütün ceza kanunlarında ve aynı sözcüklerle yer almaktadır. Belirtelim ki, haklı savunma konusundaki md. 28/f.3, failin saldırıdan kaçma olanağına sahip olmasına karşın, yine de haklı savunma hakkından yararlanacağını çözüme bağlamıştır. Rus Ceza Kanunu da (md. 37/f.2) aynı şekilde bir düzenleme getirmiştir. Ancak çok az sayıda ceza kanunu bunu açıkça dile getirmektedir. Estonya Ceza Kanunu aynı zamanda, hukuka uygunluk nedenleri konusunda yanılmayı da kabul etmiştir. Haklı savunmanın (varsayılan haklı savunma) ve zorda kalışın koşulları hakkında yanılma hâlinde fail, taksirle işlenmiş suç için, örneğin kasten adam öldürme suçu oluşmamış, fakat

taksirle adam öldürme suçu için, öngörülen cezalarla cezalandırılabilir⁹.

Burada diğer hukuka uygunluk nedenleri de ele alınabilir. Örneğin Rus Ceza Kanunu, suç işleyen bir kişinin yakalanması esnasında bir zarara neden olma eylemini, burada zorda kalışın özel bir hâlinin olduğu düşünülebilmesine karşın, ayrı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmiştir (md. 38). Diğer taraftan Polonya Ceza Kanunu, bazı koşullarla tıbbî veya bilimsel deneyleri özel olarak öngörmüştür (md. 27).

3- Nihayet geriye, kusurluluğun oluşmasına olanak sağlayan *kusur yeteneği* kalmaktadır. Bu kusur yeteneği kavramının tanımlanması oldukça güçtür. Zira ceza kanunlarının ve yazarların hepsi aynı fikirleri paylaşmamaktadırlar. Estonya Ceza Kanunu'nun 32. maddesi, sorumluluğun kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenlerin yokluğunda doğduğunu çözüme kavuşturmuştur. Bu nedenler ise yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve yanılmadır. Tuhaf bir biçimde, zorlayıcı neden Ceza Kanunu'nda yer almamaktadır. Bazı yabancı ceza kanunları kusur yeteneğini ortadan kaldıran bu nedenlere ilişkin genel bir formül kabul etmişlerdir. Bu bağlamda, Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrası "eylem gerçekleştiği zaman [...] eyleminin anlamını kavrayacak durumda olmayan ve psişik hastalık, geçici psikolojik bulanıklık... nedeniyle iradesine hâkim olma yetisi bulunmayan kişinin kusur yeteneğinin olmadığını" çözüme bağlamıştır. Çok benzer şekilde, İtalyan Ceza Kanunu'nun 85. maddesinden aynen alınan Slovenya Ceza Kanunu'nun 16. maddesi "anlama ve isteme yeteneği"den bahsetmektedir.

Genel olarak açıklamalar yaptıktan sonra, kusur yeteneğini ortadan kaldıran farklı nedenler hakkında birkaç söz söyleyebiliriz.

9) Haklı savunma konusunda bir saldırının mevcudiyetine makul bir biçimde inanan failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanacağını belirten Letonya Ceza Kanunu'nun 30. maddesiyle karşılaştırınız.

a) Yaş küçüklüğü ilk nedendir. Eylem işlendiği zaman 14 yaşından küçük olan fail sorumlu değildir. Yabancı ülkelerde de çözümler benzerdir. Fransız hukuku 13 yaşı, Alman hukuku 14 yaşı, Rus hukuku 16 yaşı, Polonya hukuku bazı ağır suçlar için 15 yaş hariç olmak üzere 17 yaşı esas almıştır¹⁰.

b) 35. maddede sayılan hastalıklardan biri dolayısıyla “failin kendisinin veya başkasının hareketinin hukuka aykırılığını anlama yeteneği büyük ölçüde sınırlı ise”, azaltılmış sorumluluk fikrini benimseyen Estonya Ceza Kanunu’nun bu özel durumuyla birlikte, akıl hastalığı ikinci nedeni teşkil eder (md. 34). Çok doğru olarak, sorumluluğu tamamen ortadan kaldırmayan akıl hastalığının etkisi, kanunda öngörülen temel cezanın, 35. maddenin atıf yaptığı 60. maddede tasvir edilen karmaşık bir aritmetiğe göre yapılan bir indirim ile kendisini göstermektedir¹¹. Yabancı ülkelerde, ayırt etme yetisini tamamen ortadan kaldırmayan akıl hastalığı kimi kez ceza indirimine kimi kez de bu hastalığa uygun bir yaptırımın uygulanmasına yol açmaktadır. Şu hâlde böyle bir hastalık durumunda “cezanın belirlendiği ve rejiminin tespit edildiği esnada mahkemenin bu nedeni göz önünde bulunduracağı”nı düzenleyen Fransız Ceza Kanunu’nun 122-1. maddesi, pratikte hâkimleri tedaviye uyma yükümlülüğüyle birlikte denetimli serbestlik altında tecil uygulamasına götürebilmektedir.

c) Nihayet kusur yeteneğini kaldıran üçüncü bir neden mevcuttur: yanılma. Öncelikle “hareketlerinin hukuka aykırı olduğunu bilmeyen ve bu yanılmadan kaçınacak durumda olmayan” kişinin sorumluluğu yoktur. 39.

10) *La justice pénale des mineurs en Europe, Déviance et société*, 2002, vol. 26, n° 3. Belirtelim ki, Fransa’da 9 Eylül 2002 tarihli kanun 10 ila 13 yaş arasındaki küçüklerle ilgili olarak ceza ve eğitim tedbiri (müsadere, suç işlenen bir yere gitmenin yasaklanması, böyle kişilerle görüşmenin yasaklanması...) arasında bir niteliğe sahip “eğitim yaptırımları”nın varlığını öngörmektedir.

11) Aynı şekilde 35. madde, indirimden sonra cezanın, suçu düzenleyen metinde öngörülen en yüksek cezanın üçte ikisini geçemeyeceğini hüküm altına almıştır.

maddeye göre bir ceza indirimi 60. maddenin uygulamasında öngörülmüştür. Böylece hukuksal yanılma, bazı koşullarla, kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Hemen hemen bütün modern ceza kanunları kusur yeteneğini ortadan kaldıran neden olarak kaçınılmaz hukuksal yanılmayı kabul etmektedirler. Örneğin Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 46. maddesi, sanık mesleğinden dolayı kanunu bilmek zorunda olduğunda yanılmanın kaçınılmaz olarak düşünüleceği açıklamasını da ekleyerek, Estonya Ceza Kanunu'nun 39. maddesinde yer alan ilkeyi ve ceza indirimini aynı ifadelerle kural olarak koymaktadır. Ardından 17. madde kasten işlenen suçtan dolayı sorumluluğu ortadan kaldıran fiilî yanılmayı kabul etmiştir. Ancak taksirle işlenen suçlarda da varlığını sürdürmesine izin vermiştir. Gerçekten failin önemsememesi çoğu zaman taksirini, tedbirsizliğini göstermektedir. Bütün hukuk sistemleri bu önerileri kabul etmektedirler.

Buna karşılık, bir taksire veya belirli bir iradeye dayanan sarhoşluk kusur yeteneğini ortadan kaldıran bir neden değildir (md. 36). Dahası değişik ceza kanunları da, bütünsel zehirlenmenin bir sorumsuzluk nedeni olduğunu çözüme bağladıktan sonra, "failin bir suç işlemek amacıyla bu durumu araştırması veya maddenin etkilerini öngörebilmesi hariç olmak üzere" (md. 20/f.2) ifadesini ekleyen İspanyol Ceza Kanunu dahil, oybirliği içerisindedirler.

Kusur yeteneği hakkındaki bu incelemeler suç faillerinin tespit edilmesini gerektirmektedir. Şimdi bu konuya eğilmek uygun olacaktır.

C. Suç Faili

1- Her şeyden önce *bireyler*, daha da açıkçası bir suçun aslî faili ve şeriki akla gelmektedir. İtalyan Ceza Kanunu gibi fail ve şerik ayrımını ortadan kaldıran ceza kanunlarına çok seyrek olarak rastlanmaktadır. Bununla birlikte, bu ayrımın görünümü çeşitlilik arz etmektedir. Estonya Ceza Kanunu'nun 21 ve 22. maddeleri "ya doğrudan

doğruya ya da başkasını kullanarak¹² suç işleyen” kişiyi fail olarak değerlendirmekte ve de azmettiren ve yardımda bulunanı şerik olarak kabul etmektedirler. Bu düzenlemeler tam olarak Fransız Ceza Kanunu’nun 121-4-1 ve 121-7. maddelerine tekabül etmekte ve böylece azmettiren bir şerik olarak ele almaktadırlar. Oysa ki birçok ceza kanunu azmettiren fail kategorisi ile şerik kategorisi arasında sıkışmış bir üçüncü kategori olarak kurala bağlamaktadır. Slovenya hukukunda (md. 25-27) ve Alman hukukunda (§ 25-27) durum bu şekildedir. Hatta bazen şema daha da karmaşıktır. Bazı ceza kanunları failin yanı sıra, organizatör (suç işlenmesini yöneten kişi), azmettiren (üçüncü bir kişiyi suç işlemeye teşvik eden kişi) ve şerik (suçun işlenmesi amacıyla tavsiyelerde bulunan, bilgi ve araç sağlayan kişi) olmak üzere üç kategoriyi ayırt etmiştir. Böylece, benzerlikleri çok belirgin olan Rus (md. 33) ve Letonya (md. 17 ve 20) ceza kanunları bu gruptandır. Suça katılan bir kişiyi bu etiketlere göre nitelendirmenin güçlüğü ortaya çıkabildiği ölçüde, bu ince ayırımın çok yararlı olup olmadığını kendimize sorabiliriz. Kişi hem fail hem organizatör veya hem azmettiren hem de organizatör olabilecektir. Şüphesiz, bir kişinin suça katılma biçiminin nitelendirilmesinin iyi yapılması zorunludur. Zira hükmedilecek ceza doğal olarak bu nitelendirmeye göre değişecektir.

2- Estonya Ceza Kanunu tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ederek bu yeni figürü mevzuatlarına sokan ve de gittikçe sayıları artan devletler kulübüne dahil olmuştur. Gerçeği söylemek gerekirse, incelediğimiz Doğu Avrupa ülkeleri bu figürü kabul etmemişlerdir. Buna karşılık diğer Avrupa ülkelerinde, özellikle Büyük Britanya’da, Hollanda’da, Belçika’da, Fransa’da ve Finlandiya’da tüzel kişiler cezalandırılabilirler¹³.

12) Üçüncü kişinin bu şekilde kullanımı Fransız hukukundaki içtihadı dayanan manevî (veya fikrî) fail teorisini ve Ceza Kanunu’nun bazı metinlerini çağrıştırmaktadır; J. Pradel, *Droit pénal général*, éd. Cujas, 14^e éd. 2002, n^o 441.

13) J. Pradel, *Droit pénal comparé*, n^o 239 vd.

Estonya Ceza Kanunu'nun 14. maddesine göre; "Tüzel kişiler kanunda öngörülen durumlarda organlarından veya yöneticilerinden biri tarafından tüzel kişinin yararı çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı sorumludurlar (f.1). Tüzel kişinin sorumluluğu suçu işleyen gerçek kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (f.2). 1 ve 2. fıkralardaki hükümler Devlete, yerel yönetimlere ve kamu hukuku tüzel kişilerine uygulanmaz (f.3)". Bu hükmün, Fransız Ceza Kanunu'nun 121-2. maddesi yeniden okunduğunda, "Devlet hariç olmak üzere tüzel kişiler, ... kanun ve kararnameler ile öngörülen durumlarda organları veya temsilcileri tarafından kendi yararlarına işlenen suçlardan dolayı sorumludurlar (f.1). Bununla birlikte, yerel yönetimler ve birlikleri yalnızca, kamu hizmeti yetki sözleşmelerinin konusu olmaya elverişli faaliyetlerin yerine getirilmesi sırasında işlenen suçlardan cezaen sorumludurlar (f.2). Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu aynı eylemlerin faili veya şeriki gerçek kişilerin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaz (f.3)" düzenlemesinin bir yansıması olduğu görülecektir.

Çok seyrek olarak rastlanan bu benzerlik oldukça ilginçtir. Estonya kanun koyucusunun birçok bakımdan Fransız kanun koyucusundan esinlendiği yadsınamaz: 1°) Tüzel varlığın sorumluluğunun esası, yansıma yoluyla veya dolayısıyla sorumluluğu benimseyen ve böylece tüzel varlığın kendine özgü kusuru teorisini reddeden iki hukuk sisteminde de aynıdır. Bu sorumluluk tüzel kişinin yararına ve bir organı tarafından işlenen bir suçu gerekli kılmaktadır; 2°) Tüzel kişinin sorumluluğu yalnızca kanun koyucusunun bunu öngördüğü suçlardan dolayı mevcuttur; 3°) Suçun aslî faili olan organ da tüzel kişiyle birlikte koğuşturabilecektir; 4°) Cezalandırma hakkını elinde bulunduran devlet kendini kınayamayacağından cezaen de sorumlu değildir.

Böyle bir sorumluluğun yararını hatırlatmak faydalı olacaktır. Tüzel kişi, özellikle işletme genellikle suçların kaynağında bulunmaktadır ve (onun yerine geçebilen) yöneticiyi cezalandırmak yeterli olamamıştır. Ayrıca bir

para cezası karara bağlandığında, tüzel kişi yöneticilerine göre daha fazla ödeme gücüne sahiptir. Ancak şimdi yaptırım teorisi ele alınacaktır.

II. Yaptırım Teorisi

Suç teorisi, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu gibi az rastlanan bazı istisnalar dışında, ceza kanunlarında bir dereceye kadar benzer şekilde ele alınsa da, yaptırım teorisi daha ulusal bir nitelik taşımaktadır. Yasama felsefeleri bir ülkeden diğerine çeşitlilik göstermektedir ve ayrıca bazen yaptırım hakkındaki kısmın bir maddesinde açıklanmaktadır¹⁴. Estonya kanun koyucusu, terimi Ceza Kanunu'nda göstermese bile, bireyselleştirme üzerinde odaklanan bir yaklaşıma ayrıcalık tanımaktadır. Bireyselleştirme hem geniş bir yaptırım hem de yaptırımın belirlenmesinde hâkime verilmiş bir yetki yelpazesini gerektirmektedir. Bu bağlamda Estonya mevzuatı, Fransız modelinden geniş ölçüde etkilenmiştir¹⁵.

A. Kanun Koyucu Tarafından Sunulan Geniş Bir Tercih Olanığı

Birçok ceza kanunu gibi Estonya Ceza Kanunu da cezalar ve emniyet tedbirleri arasında – açıkça olmasa bile, en azından gerçekte – ayırım yapmaktadır. Emniyet tedbirleri arasında ise Ceza Kanunu, müsadereyi, psikiyatrik terapiyi¹⁶ ve küçüklere uygulanabilen tedbirleri öngörmektedir (md. 83 vd.). Bu tür yaptırımlar bütün Doğu ve Batı Avrupa ceza kanunlarında da mevcuttur.

14) Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde cezanın amaçları belirtilmiştir; "suçu tekrar etmemesi için faili etkilemek, suç işlememeleri için diğer herkesi etkilemek ve ayrıca öngörülen cezaların uygulanması sayesinde suçların tehlikeliliği ve faillerinin cezalandırılması adaleti hakkında yurttaşların bilincini etkilemek". Estonya Ceza Kanunu'nun 56. maddesi de benzer şekilde tekerrürün önlenmesi ve "yasal düzenin korunması"ni amaçlamaktadır.

15) P. Pikamäe ve J. Sootak, age., sh: 211.

16) Akıl hastası sanıklarla ilgili olarak ceza hâkimi karara bağlayabilir. Hatırlatalım ki, Fransa'da bu tedbir idarî makam tarafından karara bağlanmaktadır.

1- Cürümler konusunda Estonya Ceza Kanunu, gerçek ve tüzel kişiler için para cezası, gerçek kişiler için ağır hapis cezası ve tüzel kişiler için işletmenin kapatılması cezasını öngörmektedir (md. 44-46).

Para cezası aslında, Romanya hariç olmak üzere, Rusya'da, Polonya'da, Letonya'da, Hırvatistan'da ve Slovenya'da da olduğu gibi gün-para cezasıdır. Fransa olağan şekliyle para cezası ile gün-para cezası arasında seçim yapma görevini hâkime bırakmasına karşın (Ceza Kanunu md. 131-3), Almanya gün-para cezası biçiminde para cezasını kabul etmektedir (StGB § 40).

Estonya'da ağır hapis cezası 30 gün ile müebbet arasında değişmektedir. Bugün Avrupa'da, hürriyeti ömür boyu bağlayan cezayı devam ettirme olanağı hakkında bir tartışma vardır (en azından teoride, zira genel olarak özel af ya da şartla salıverme tedbiri devreye girmektedir). Slovenya ve Hırvatistan tavan süreye bağlı (Slovenya'da 15, hatta 20 yıl – md. 37; Hırvatistan'da 15, hatta 40 yıl) hürriyeti bağlayıcı bir cezayı kabul etmelerine karşın, Polonya, Rusya ve Letonya müebbet hapis cezasını öngörmüştür.

Diğer ceza kanunlarında, örneğin Fransız Ceza Kanunu'nda rastlanan tamamlayıcı cezalar gerçek kişiler için öngörülmüştür (meslekten yasaklama, sürücü ehliyetinin askıya alınması, elde silah bulundurma yasaklanması, av tezkeresinin geri alınması, sınır dışı etme). “Malvarlığını konu alan cezalar” başlıklı Estonya Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde öngörülen tamamlayıcı cezayı özel olarak belirtmek gerekir. Mahkeme sanığı üç yıldan fazla süreli veya müebbet ağır hapis cezasına mahkûm ettiğinde, ayrıca onu “miktarı malvarlığının toplam karşılığını geçemeyen” bir meblağı hazineye ödemeye mahkûm edebilir. Gerçekte organize suçluluk hâlinde hâkimlerin karara bağladıkları gizlenmiş genel müsadere sözkonusudur. Bu sert ceza Alman hukukundan alınmıştır (StGB § 43-a)¹⁷.

2- Kabahatler konusunda, gün-para cezası ve hürriyeti

17) Buna karşın, Alman Anayasa Mahkemesi Mart 2002'de, bu cezanın belirsiz olduğu ve dolayısıyla Anayasa'nın 103-2. maddesinde yazılı olan cezaların kanuniliği ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle § 43-a'nın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

bağlayıcı ceza olarak da, en yüksek süresi 30 gün olan hapis cezası bulunmaktadır. Görüldüğü gibi, bu konudaki ceza türleri cürümler için öngörülenlerden çok daha azdır.

B. Hâkime Verilen Geniş Yetkiler

1- Hâkim öncelikle, Estonya Ceza Kanunu'nun özel kısmındaki her suç için düzenlenen cezanın *miktarını*, yani tavanını değiştirebilir. Bunu olanaklı kılmak için, bu Ceza Kanunu'nun 57. maddesi sekiz hafifletici nedenden (zararın tazmini, ikrar, eylemlerin işlenmesi boyunca yaşanan heyecan, haklı savunma sınırının aşılması...) oluşan bir liste sunmaktadır. Ancak hâkimin diğer nedenleri de göz önünde bulundurabileceğini ekleyerek, düzenlenen listeyi biraz yararsız hâle getirmiştir¹⁸. İndirim nedeni özenli olarak nicelendirilmektedir. Slovenya Ceza Kanunu da bir listesini yapmaksızın hafifletici nedenler kavramını zikretmektedir ve aynı zamanda sayı olarak sınırlı indirim nedeni öngörmektedir (md. 43). Hâkime verilen bu takdir yetkisi, ... bir güne kadar bir indirime teorik olarak olanak sağlayan Fransa'da istisna olmak üzere, aşağı yukarı bütün Avrupa hukuklarında mevcuttur. Son olarak, 58. madde çeşitli ağırlatıcı nedenleri sıralamaktadır (bir menfaat güdülmesi, özel bir işkenceyle gerçekleştirilen eylemler, meslekî üniformaların kullanımı, eylemin grup hâlinde işlenmesi...). Diğer birçok ceza kanunu da oldukça birbirine yakın genel listeler içermektedir¹⁹.

2- En dikkat çekici nokta ise, hâkime tanınan hükmedilen cezanın niteliğini başka bir cezayla *değiştirme* yetkisidir. "Suçluların sınırsız çeşitliliğini göz önünde bulundurmak ve her birine kendilerine en uygun cezayı uygulamak için" bir ikame ceza sistemi mevcuttur²⁰. Doğrusunu söylemek gerekirse, Estonya Ceza Kanunu yalnızca bir tane alternatif kabul etmiştir. Bu da, en fazla iki yıl süreli hürriyeti bağlayıcı bir cezanın yerine karara

18) Rus Ceza Kanunu'nun 61. maddesinde ve Letonya Ceza Kanunu'nun 47. maddesinde de aynı teknik sözkonusudur.

19) Rus Ceza Kanunu'nun 63. maddesinde de aynı durum sözkonusudur. Fransız hukuku her suç için bir ağırlatıcı nedenler listesi öngörerek başka bir tutum benimsemiştir.

20) P. Pikamäe ve J. Sootak, age., sh: 213.

bağlanabilen kamu yararına çalışmadır. Ancak bunun için mahkûmun muvafakati gerekir. Ayrıca, mahkûm çalışmayı yerine getirmez ise, karara bağlanmış olan hapis cezası uygulanacaktır. Bu değişim bazı yabancı ceza kanunlarında da öngörülmüştür. Aynı şekilde Hırvatistan Ceza Kanunu'nun 54. maddesine göre: "Mahkeme altı aya kadar bir hapis cezasına hükmettiğinde, aynı zamanda mahkûmun muvafakatiyle, onu serbest bırakarak, cezanın kamu yararına çalışmaya çevrilmesine karar verebilir"; mahkeme davadaki bütün koşulları dikkate alarak karar verir. Bu durumda, çalışmanın kısmen veya tamamen yerine getirilmemesi, mahkûmu karara bağlanmış olan hapis cezasının infaz edilmesine götürecektir. Bu sistemle mahkûm, sözünü tutmadığı, tam olarak söz verdiği gibi çalışmayı yerine getirmediği takdirde infaz edilmesi gereken hapis cezasının süresini önceden ve açık bir şekilde bilmektedir. Fransız Ceza Kanunu da, "alternatif" olarak adlandırılan bir cezayla, kamu yararına çalışmanın hürriyeti bağlayıcı cezanın yerini almasına olanak sağlamaktadır. Bununla birlikte kamu yararına çalışma tek alternatif ceza değildir²¹. Ayrıca hâkim bu alternatife karar verdiği zaman, çalışmanın yerine getirilmemesi durumunda infazına geri dönecek olan hapis cezasının süresini belirlemez. Gerçekten Fransa'da, bu yerine getirmeme, hâkimin serbestçe karar vereceği, ilgilinin kişiliğinde acı sürprizlere de neden olabilen iki yıl hapis cezası ile cezalandırılan özel bir suç tipini oluşturmaktadır.

3- Nihayet hâkim suç tipini düzenleyen metinde öngörülen cezayı hafifletebilir.

a) Öncelikle, mahkûmiyete karar verildiği takdirde, suçu düzenleyen metin daha az ağır başka cezalar öngörüyorsa, hâkim hürriyeti bağlayıcı cezanın ihmal edilmesi yoluna başvurabilir. Bununla birlikte hâkim ağır hapis cezasına karar vermeyi istiyorsa, "kararının gerekçesini açıkça göstermek" zorundadır (md. 56/f.2)²².

21) Madde 131-8, sürücü ehliyetinin askıya alınması, silah taşımalarının yasaklanması, av tezkeresinin geri alınması ... gibi on kadar ceza saymaktadır.

22) Bu düzenleme, yalnızca eyleme veya failin kişiliğine özgü neden-

Ayrıca, mahkeme bu cezaya karar verdiğinde, tam veya kısmî basit tecili²³ ya da denetimli veya denetimli serbestliğe (probasyona) dayalı tecili öngörebilir. Estonya Ceza Kanunu'nun 75. maddesi, tam olarak Fransız Ceza Kanunu'nun 132-44 ve 132-45. maddeleri gibi, denetim tedbirleri (zorunlu olan) ve yardım tedbirleri (hâkim takdirinde ihtiyarî olan) arasında ayırım yapmaktadır. Denetim tedbirleri arasında 75/f.1 ve 132-44. maddeler, örneğin probasyon görevlisinin denetimine tâbi olma ya da on beş günü aşan bir süre için yer değiştirme veya ikametgâh değiştirme için probasyon görevlisinin iznini alma yükümlülüğünü saymaktadırlar. Yardım tedbirleri arasında madde 75/f.2, suçla neden olunan zararları tazmin etme, elde silah bulundurmama, tıbbî tedavilere tâbi olma, bazı kişilerle görüşmemek vb. gibi, madde 132-45'de öngörülen on beş yükümlülüğün listesiyle özdeş olan sekiz yükümlülük belirtmektedir.

b) Hâkim hürriyeti bağlayıcı bir ceza sözkonusu olduğunda, cezanın infazı esnasında da bir hafifletmeye karar verebilir. Gerçekten mahkûm şartla salıvermeden yararlanabilir. Bu konuda da Estonya Ceza Kanunu, bütün yabancı mevzuatlardan esinlenmiştir. Çünkü, çok seyrek olarak rastlanan istisnalar dışında (Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinin mevzuatları gibi), hemen hemen tamamı şartla salıverme kurumunu kabul etmektedirler.

Sonuç

Bu çalışmayı genel iki saptamayla bitireceğiz.

Öncelikle, Estonya Ceza Kanunu failin kusurluluğu ve

ler durumunda, mahkemeye altı ayın altında bir cezaya karar verme olanağı sağlayan Alman Ceza Kanunu § 47/f.1'i hatırlatmaktadır. Yine de, benzerlik, cünhalar konusunda mahkemenin tecilsiz hapis cezasına yalnızca, "bu cezanın seçimini özellikle gerekçelendirdikten" sonra karar verebileceğini öngören Fransız Ceza Kanunu md. 132-19/f.2 ile daha fazladır.

23) Bu, kısa süreli hapis cezası veya "şok hapis" (*Sharp short shock*) uygulamasına olanak sağlamaktadır. Letonya Ceza Kanunu da üç günden altı aya kadar bir kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza oluşturarak aynı sonuca ulaşmaktadır.

cezanın bireyselleştirilmesi ilkelerini benimsemesiyle ve ölüm cezasının ortadan kaldırılmasıyla da genel olarak liberal ya da "batılı" bir kanun olarak görünmektedir. Ömür boyu hapis cezasının sürdürülmesi, gizli genel müsadere... gibi otoriter modelin bazı izlerinin varlığını devam ettirdiği bir gerçektir. Ancak unutmayalım ki, bu iki ize "batı" ceza kanunlarında da, özellikle Almanya ve Fransa ceza kanunlarında da rastlanmaktadır.

Ardından, bu Ceza Kanunu, kanun koyucu çeşitli yabancı ceza kanunlarının kültüründen esinlendiği için, hukuksal karmanın çok genel bir örneğini oluşturmaktadır. Doğu Avrupa ceza kanunlarının tamamen unutulduğu muhakkaktır. Ancak en önemlisi Alman ve Fransız kaynaklı olmasıdır. İhmal suretiyle icra, teşebbüs, hukuksal yanılma, özellikle ağır sonuçlarda arttırılmış ceza, gizli genel müsadere hakkındaki düzenlemeler Almanya'dan gelmektedir. Suç ortaklığı, özellikle tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ve yaptırım teorisinin çok büyük bir kısmı (hürriyeti bağlayıcı cezanın gerekçelendirilmesi, denetimli serbestlik altında tecil, hürriyeti bağlayıcı ceza-ya alternatif olarak kamu yararına çalışma...) hakkındaki düzenlemeler ise Fransa'dan gelmektedir. İstisnalar hariç olmak üzere kast zorunluluğu ve gün-para cezası konularına gelince, hukuk sistemlerinin çok büyük bir çoğunluğu bunları daha önceden benimsemişlerdir. Ulaşılmaya çalışılan Avrupa'da, fikirler sınırları kat ederek biraz ortak bir nitelik kazanmıştır. Böylece bir gün, aşağı yukarı yakın bir gelecekte bir Avrupa Ceza Kanunu'nun tasarlanıp tasarlanamayacağı sorusu sorulabilir. O noktaya kadar gidemeyeceğiz. Zira özel noktalar (belki ticaret hukuku gibi) hariç olmak üzere, hukuk sistemleri ulusaldır, ulusal kalacaktır ve bize göre uyumlaştırma safhasından öteye geçilemeyecektir. Kuşkusuz, ortak bir Avrupa Ceza Kanunu fikrinden vazgeçmek gerekir²⁴.

24) K. Tiedemann, *La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Union Europea*, anuario de derecho penal y ciencias penales, Tome XLIX, fasciculo II, 1996, sh: 385 vd.