

Geschichte des türkischen Strafrechts und ausländische Einflüsse auf die türkische Strafrechtsdogmatik

Prof. Dr. Hakan Hakeri¹

A. Das Osmanische Strafrecht vor dem türkischen StGB

Das türkische Strafrecht *wurzelt* nicht im islamischen Recht.² Die Rezeption der Gesetze hat in der Türkei nicht erst mit der Gründung der Republik angefangen. Schon im osmanischen Reich hat man ab Mitte des 19. Jahrhunderts viele europäische Gesetze übernommen.³ Das osmanische Strafgesetzbuch von 1858 stellte eine fast wörtliche Übersetzung des französischen StGB von 1810 dar⁴ und blieb bis zur Herausgabe des StGB von 1926 in Kraft. Das osmanische StGB von 1858 war das Gesetz, das bis zum Inkrafttreten des Zanardelli Gesetzes⁵ Anwendung fand.⁶ Nach dem Zerfall des osmanischen Reiches wurde dieses Gesetz, in den *vereinzelt* unabhängig gewordenen Ländern weiter angewandt. So zeigt sich in der türkischen Gesetzgebung schon seit eineinhalb Jahrhunderten deutlich die Ausrichtung auf den Westen.

Auch vor der Gründung der Republik gab es Versuche ein neues StGB vorzubereiten. Einer davon war im Jahre 1909. In diesem Jahr wurde das Zanardelli Gesetz⁷ aus der französischen Version ins Türkische übersetzt und basierend auf dieser Übersetzung ein Vorentwurf vorbereitet. So wurden einige Bestimmungen über Vergehen gegen das Vaterland eingefügt, der Verbrechenstyp des Duells wurde hingegen nicht

¹ Rechtswissenschaftliche Fakultät, Selcuk Universität Konya/Türkei.

² Seit der Gründung des osmanischen Reichs im 13. Jahrhundert galt in der Türkei islamisches Recht. Erst wurden während der Regierungszeit der Sultane Suleyman (1520-1566) und Mehmet VI (1648-1687) mehrere speziell strafrechtliche Bestimmungen erlassen, *Önder*, „Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei“, in: ZStW 70 (1958), 76.

³ Den europäischen Druck für die Europäisierung des Rechtssystems gab es schon lange: Das Gesetz der strafrechtlichen Bestimmungen von 1840 wurde unter europäischem Druck erlassen, das aus einer Einleitung, einführenden Bestimmungen und 41 Paragraphen bestand. Dieses Gesetz basierte noch auf dem islamischen Recht, aber kennzeichnend ist doch, dass es zum ersten Mal modernen europäischen Ideen Raum gibt, *Önder*, Das türkische Strafrecht, in: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, vierter Band, (Mezger, Schönke, Jescheck: Hg.), Amerika-Norwegen-Türkei-Berlin 1962, S. 426.

⁴ Dieses damals als modern geltende Gesetz wurde aber durch islamrechtliche Bestimmungen modifiziert; so wurde z.B. eine Bestimmung eingefügt, die die Privatrache legalisierte, *Önder* (Fn. 2), S. 427.

⁵ Italienisches Strafgesetzbuch von 1889.

⁶ Bei den vielen Novellen des StGB von 1858 war meistens das Zanardelli Gesetz Vorbild, *Kunter*, Yirmibeş Cumhuriyet Yılıının Ceza Tarihiçesi, in: İBD, Ekim 1948, S. 541.

⁷ Der Grund, gerade das italienische Strafgesetzbuch zu übersetzen, war, dass man es für „wunderbar“ hielt, *Önder* (Fn. 2), S. 427.

übernommen. „In dieser Fassung wurde der Entwurf der Nationalversammlung vorgelegt. Bevor jedoch dort darüber Beratungen angestellt werden konnten, zog die Regierung den Entwurf zurück, mit der Begründung, dass *er der sozialen Situation der Türkei nicht entspreche*“.⁸ Man brauchte jedoch dringend eine Novellierung. Aus diesem Grund wurde der Vorentwurf bei Seite geschoben und das osmanische StGB von 1858 im Jahre 1911 novelliert. Bei dieser Novelle war allerdings wiederum das Zanardelli Gesetz Vorbild.⁹

„Auch während des ersten Weltkrieges sah man noch nicht die unmittelbare Notwendigkeit, ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen. Der deutsche Justizberater Dr. Rudolf Heinze gab ein Gutachten ab, das dahin ging, dass das alte Strafgesetzbuch mit der Änderung von 1911 noch für weitere Jahre seinen Zweck erfüllen könne. Nach dem Krieg müsse man dann in eingehender Arbeit ein neues Gesetzbuch schaffen“.¹⁰

Noch bereits zu Zeiten des osmanischen Reiches hat man nach dem ersten Weltkrieg erneut versucht, das StGB zu reformieren. Die neu gebildete Kommission arbeitete von 1920 bis 1921. Aber aufgrund der politischen Instabilität konnte der Ausschuss seine Arbeit nicht zu Ende führen.¹¹

B. Die Vorbereitung des türk. StGB von 1926

Nach der Ausrufung der türkischen Republik im Jahre 1923 beschritt die neue Türkei den unumkehrbaren Weg in den westlichen Rechtskreis. Nach der Ausrufung der Republik wurde wieder ein Ausschuss zur Vorbereitung eines Strafgesetzbuchs gebildet. Dieser Ausschuss arbeitete bis 1925. Die Regierung wiederum brauchte aber dringend ein StGB. Aus diesem Grund schaffte man den Ausschuss ab und innerhalb von sechs Monaten trat auf Basis der Übersetzung des Zanardelli Gesetzes aus dem Jahre 1909 das neue StGB in Kraft. So wurde die vor 16 Jahren, mit der Begründung, „*er entspreche der sozialen Situation der Türkei nicht*“, vom Parlament zurückgezogene Übersetzung zum Gesetz erhoben. Damit wurde das am 1.7.1926 in Kraft getretene alte türkische StGB auf Basis des italienischen StGB in der Fassung von 1889 (Codice Zanardelli) übernommen, welches wiederum auf dem Strafgesetzbuch von Toskana aus dem Jahr 1853 beruht.¹²

⁸ Önder (Fn. 2), S. 428.

⁹ Artuk, 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Değiştirilmesi Yönündeki Çalışmalar Hakkında Düşünceler, in: İstanbul Barosu Dergisi, Aralık 1998.

¹⁰ Önder (Fn. 2), S. 428.

¹¹ Artuk (Fn.9), S. 832-834.

¹² Artuk, Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen

Mit dieser Übernahme blieben alle Bemühungen, „die in vielen Jahren entstandenen und erwogenen Bestrebungen für die Schaffung eines den Verhältnissen des Landes so gut wie möglich angepassten Gesetzes zu fixieren, schließlich weitgehend ohne Erfolg“.¹³ Hier spielte es eine große Rolle, dass die türkische Revolution von Atatürk nicht mehr warten wollte und ihre Bindung an die Vergangenheit möglichst schnell *durchbrochen werden* sollte.¹⁴ Außerdem hatte man im Lausanner Vertrag versprochen, die westlichen Gesetze zu übernehmen.¹⁵

So hat man einen der Bausteine der modernen Türkei, nämlich das Gesetz von 1926 aus dem europäischen Steinbruch gefördert.¹⁶

Der wichtigste Grund für die Auswahl des italienischen StGB war, dass die Übersetzung des Gesetzes schon zur Hand war. Außerdem entsprach dieses Gesetz den Menschenrechtserwägungen und war demokratisch. Im Bericht des Justizausschusses wurde betont, dass dieses Gesetz das neueste und das perfektteste Gesetz sei.¹⁷ Außerdem wurde gesagt, dass das Zanardelli Gesetz äußerst liberal sei.¹⁸

„Das ital. StGB wurde allerdings nicht vollständig aufgenommen. Es wurden hierbei einige Übersetzungsfehler gemacht. Ferner wurden einige Regeln des osmanischen StGB aus dem Jahre 1858 übernommen“.¹⁹ Zum Beispiel im Bereich der Sexualdelikte.²⁰

Hiermit möchte ich darauf aufmerksam machen, dass das Zanardelli Gesetz vielleicht das einzige Gesetz ist, das in drei aufeinander folgenden Jahrhunderten Anwendung gefunden hat, nämlich im 19., 20. und 21. Jahrhundert.

Strafrecht, Königstein 1979, S. 42.

¹³ *Önder* (Fn. 2), S. 429.

¹⁴ *Artuk* (Fn. 9), S. 832-834.

¹⁵ *Hirsch*, Ernst, *Rezeption als sozialer Prozess*, Berlin 1951, S. 35.

¹⁶ *Cihan*, *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği*, in: *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, S. 721.

¹⁷ Eigentlich waren die bulgarischen (1896) und russischen (1905) Strafgesetzbücher neuer als das italienische.

¹⁸ *Artuk* (Fn. 9), S. 835.

¹⁹ *Hakeri*, *Die türkischen Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens der Person im Vergleich mit dem deutschen Recht*, (Diss.) *Pfaffenweiler* 1997, S. 1; Die Begehung der Freiheitsberaubung an einem Deszendenten war im Zanardelli Gesetz kein Strafverschärfungsgrund (Art. 146/III). Bei der Übernahme hat man aber diesen Fall versehentlich als Straferhöhungsgrund vorgesehen, S. *Majno*, *Ceza Kanunu Şerhi*, Bd. II, Ankara 1978, S. 100; *Gülşen*, *Hürriyeti Tahdit Suçu* (TCK. m. 179-180), (Diss.), İstanbul 2000, S. 119, fn. 113.

²⁰ S. unten, „Die Grundbesonderheiten des alten türk. StGB“.

C. Die Grundbesonderheiten des alten türk. StGB

Wie bereits oben betont, wurde das Zanardelli Gesetz nicht vollständig übernommen. So hat der türkische Gesetzgeber wegen der Kulturunterschiede zwischen der türkischen und italienischen Gesellschaft Sexualdelikte nicht aus dem italienischen, sondern aus dem osmanischen StGB übernommen.²¹ Hierbei ist allerdings besonders hervorzuheben, dass die aus dem osmanischen StGB übernommenen Bestimmungen des türk. StGB im Bereich der Sexualdelikte freier als die damaligen Strafgesetzbücher vieler zivilisierter Länder waren. Viele ethisch nicht gebilligte Handlungen wurden nicht unter Strafe gestellt, wie zum Beispiel Inzest (Liederlichkeit), Homosexualität, naturwidrige Handlungen, Prostitution usw.²²

Das türk. StGB war ein kasuistisches Gesetz.²³

In einem Symposium im Jahre 1976 (im 50. Jahrestag des türk. StGB) hat man Folgendes festgestellt: Die Gesetzesquelle, nämlich das Zanardelli Gesetz als ein demokratisches und liberales Gesetz, wurde in der Türkei sowohl in einer totalitären Zeit (nach der Begründung der Republik und in der Militärregierungen), als auch in einem demokratischen Zeitraum angewandt.²⁴ In all diesen Phasen hat dasselbe Gesetz Anwendung gefunden. Mit der Zeit wurde das türk. StGB mehrfach novelliert. Aber in allen extremen politischen Phasen hat man die Sanktionen dieses Gesetzestextes angewandt.²⁵ Diese Feststellung wurde in einem Symposium *anlässlich des 70-jährigen Bestehens* des türk. StGB wiederholt: Trotz aller politischen und soziologischen Änderungen in der türkischen Gesellschaft, verschiedener politischen Regierungen und militärischer Interventionen *blieb das türk. StGB weiterhin existent*. Sogar in den Zeiten, wo die Demokratie und das Parlament abgeschafft wurden, hat man dieselben Bestimmungen angewandt. Das Gesetz wurde nicht außer Kraft gesetzt. Was sich daraus ergibt, ist, dass das alte türk. StGB mit seinen Grundlagen und Hauptstruktur im Prinzip ein gutes Gesetz war.²⁶

Ob dieses im Prinzip sinnvolle Gesetz auch sinnvoll angewendet wurde, ist fraglich. Es gibt viele Gründe, die dagegen sprechen: Zunächst wenden vor allem diejenigen Richter das Gesetz an, die in islamischem Recht ausgebildet worden sind. Das

²¹ Yarsuvat, Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 648, S. 649.

²² Yarsuvat (Fn. 21), S. 651.

²³ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Aufl., Ankara 1997, S. 12.

²⁴ Dönmezer, Açış Konuşması, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 15.

²⁵ Dönmezer (Fn. 24), S. 12.

²⁶ İçel, Önsöz ve Sunuş Konuşması, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler, İstanbul 1998, X.

Justizministerium hat den MAJNO-Kommentar übersetzen lassen. Noch heute zitiert man diesen Kommentar. Die Übersetzer dieses Kommentars waren jedoch keine Juristen. Der Kommentar wurde von verschiedenen Leuten und mit Unterbrechungen zu verschiedenen Zeiten übersetzt. Viele Bestimmungen wurden falsch übersetzt und in der Rechtsprechung wurden viele Urteile auf dieser falschen Basis gebildet. *Ein weiterer Aspekt, der zumindest fragwürdig erscheint, sind die Elemente des Gesetzes, die aus dem Französischen stammen.* Das zeigt sich schon anhand der Tatsache, dass das Zanardelli Gesetz aus dem Französischen ins Türkische übersetzt worden ist. So wurde das italienische Gesetz gemäß dem französischen Recht interpretiert. Das Gesetz kommt aus Italien, das Recht aber aus Frankreich. Das ist nicht zuletzt deswegen bedenklich, weil die Strafgesetzbücher von Italien und Frankreich sehr verschieden sind. Erst ab den 50er Jahren wurden die Strafrechtbücher veröffentlicht, die nach italienischer Literatur verfasst worden sind.²⁷

D. Die Novellierungen des alten türk. StGB und die Kritik des alten Gesetzes

In den letzten 75 Jahren haben in der Türkei sehr viele wichtige Änderungen stattgefunden: Von einer Monarchie zur Republik, von dem Einparteiensystem zum Mehrparteiensystem (1950), nach dem Militärputsch eine freiheitliche Verfassung, ein demokratisches System, Zuerkennung vieler Rechte an den Einzelnen (1960), dann eine militärische Intervention und die Reaktion des Staates auf den Missbrauch dieser Rechte (1971), darauf ein erneuter Militärputsch (1980). In Folge dessen trat diesmal eine autoritäre Verfassung in Kraft. *1987 bewirbt sich die Türkei erfolgreich um die Aufnahme in die EU, so dass sie 1999 zum Mitgliedsanwärter wird und sich bemüht, sich den von der EU geforderten Standards anzupassen.* Mit all diesen politischen und soziologischen Änderungen wurde zugleich auch das türk. StGB novelliert. So wurden an dem türk. StGB zwischen 1931 und 2003 fast 60 Änderungen vorgenommen.

Noch im dreißigsten Anwendungsjahr wurde von den insgesamt 592 Artikeln über die Hälfte neugefasst. So ist der Codice Zanardelli nicht mehr ohne weiteres erkennbar.²⁸ „Bei den ersten Novellen handelte es sich zum einen um die Korrektur von

²⁷ Selçuk, Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine, in: Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Jahr 2, N. 10, S. 564, S. 565; Selçuk, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, in: CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, S. 30.

²⁸ Dilger, Strafrecht, in: Südosteuropa Handbuch, Bd. IV, Türkei, (hg. Klaus-Detlev, Grothusen), 1985, S. 217; Siehe Türk Ceza Kanunu Layihası, S. 3.

Übersetzungsfehlern und zum anderen wurden einige Regelungen, die zwar den italienischen, nicht aber den türkischen Wertvorstellungen entsprachen, abgewandelt.²⁹

Im Jahre 1933 wurden 84 Artikel, 1936 146 Artikel und 1953 106 Artikel geändert. Die umfangreichste Novelle vollzog sich im Jahre 1936. Das Vorbild dieser Novelle war wieder ein italienisches Gesetz, nämlich das Rocco Gesetz von 1930.³⁰ Bei dieser Novelle wurden insbesondere die Delikte gegen den Staat geändert. In den Anfangsjahren der jungen Republik gab es Aufstände, die Republik war noch nicht demokratisch, es gab nur eine Partei und der Staat gehörte der Partei. Dies und die weltweite Wirtschaftskrise im Jahre 1929 sind die Gründe zur Übernahme der Staatsschutzbestimmungen des faschistischen Rocco Gesetzes. So wurden *autoritative* Elemente in das liberale StGB eingeführt.³¹ Eigentlich ist die Übernahme der Bestimmungen des italienischen StGBs von 1930 kein Zufall. Das ital. StGB ähnelte dem damaligen Staatsverständnis der Türkei. Zum Beispiel war der Landrat auch Direktor der Partei, der Innenminister war der Generalsekretär der Partei, ein politisches System mit einer Partei, eine Partei und einem Führer.³²

Die Novellen im türk. StGB sind meistens politisch, aber nicht systematisch. Zum Beispiel die Artikel, 141, 142 (kommunistische und faschistische Handlungen und Propaganda), die mittlerweile aufgehoben worden sind, wurden insgesamt fünf Mal geändert, Art. 159 (Beleidigung staatlicher Organe) insgesamt sechs Mal novelliert. Bei diesen Novellen wurden aber die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Familie, Personen und Gesellschaft entweder gar nicht oder nur geringfügig geändert.³³ Mit den täglichen und unsystematischen Änderungen hat man dem System und seinen allgemeinen Strukturen geschadet, die Staatsschutzdelikte sehr autoritär, dagegen die Delikte gegen die Freiheit übermäßig liberal gemacht.³⁴

Für die ersten 50 Jahre der Anwendung des türk. StGB kann man folgende Feststellungen machen: In diesem Zeitraum wurden in Europa neue Straftatbestände bestimmt, und einige Straftatbestände aufgehoben (sog. Dekriminalisation). In der Türkei dagegen wurden gar keine Straftatbestände aufgehoben. Im Westen wurden die

²⁹ Önder (Fn. 2), S. 78.

³⁰ In der jüngsten Zeit wird jedoch sowohl bei den Novellen des Gesetzes als auch insbesondere in der Rechtsprechung die Entwicklung in Italien kaum beachtet.

³¹ Özek, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 468, S. 469.

³² Özek (Fn. 31), S. 589.

³³ Akmanlar, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 166.

³⁴ Özek (Fn. 31), S. 543.

Strafen gemildert, dagegen in der Türkei verschärft.³⁵ Nicht nur in den ersten 50 Jahren, sondern bereits ab der Übernahme des Gesetzes von 1889 wurden die Strafen nur erhöht, jedoch nicht verringert.³⁶ Aus diesem Grund fand die bedingte Entlassung nach dem alten türk. StGB in der Regel schon nach Verbüßung der zwei Fünftel der Strafzeit statt, wodurch die im internationalen Vergleich sehr hohen Freiheitsstrafen der Türkei gemildert wurden. Das Strafvollzugsgesetz ließ die Strafaussetzung zur Bewährung bei Geldstrafe und Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (Zuchthausstrafen bis zu einem Jahr, Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren und Haft) (bei Jugendlichen bis zu drei Jahren) zu. Auch wurden in keinem europäischen Land so oft allgemeine Straferlassgesetze erlassen. Zuletzt wurde im Jahre 2000 ein solches Gesetz in Kraft gesetzt, sodass 20.000 der 60.000 Verurteilten freigelassen wurden.

1953 wurde die Ermessensfreiheit des Richters bei der Bestimmung der Strafhöhe eingeschränkt und bei Konkurrenzen trat das Kumulationsprinzip an die Stelle der Gesamtstrafenbildung.³⁷

Eigentlich passte die allmähliche Erhöhung der Strafraumen nicht mit der Demokratisierung der Türkei zusammen.³⁸ Der Menschenrechtsentwicklung in Europa nach dem Zweiten Weltkrieg konnte in der Türkei nicht gefolgt werden. Es wurde zwar auch in der Türkei ein demokratisches System mit Mehrparteien zugeführt. Wegen dem Mangel an demokratischer Erfahrung und demokratischen Einrichtungen wurden jedoch die bestehenden liberalen Gesetze nicht beibehalten.³⁹

Die militärischen Interventionen seit 1960 haben sich auch auf das juristische System negativ ausgewirkt. Die Anwendung der Regelungen wurde nach den Weisungen des Militärs bestimmt oder die Richter haben zumindest die Neigungen der Armee

³⁵ *Dönmezer* (Fn. 24), S. 15.

³⁶ „Die Ergebnisse dieser Änderungen entsprachen jedoch nicht den an sie geknüpften Erwartungen. In der Türkei hat sich klar gezeigt, dass die Straferhöhung in der Verbrechensbekämpfung ohne große Wirkung ist, die Anzahl der Verbrechen hat sich hier auch nach der Verschärfung der Gesetze keineswegs verringert“, *Önder* (Fn. 2), S. 78. Eine Liberalisierung des Strafrechts sehen wir im Bereich der Abtreibung: Das Bevölkerungsplanungsgesetz vom 1983 lockerte die Strafbestimmungen für Abtreibung und Sterilisierung und markierte eine Wende gegenüber dem früheren, in dieser Hinsicht sehr strengen Recht, das z.B., 1965 sogar die Propaganda für Sterilisierung unter Strafe gestellt hatte. So ist der Schwangerschaftsabbruch in den ersten 10 Wochen nicht strafbar. Mehr dazu, S. *Yenisey*, Die Entwicklungen im türkischen Strafrecht von 1960 bis 1983, in: *ZStW* 96 (1984), S. 236, S. 237.

³⁷ Vor 1953 konnte der Richter ein Drittel der Strafe, jetzt nur noch ein Sechstel erlassen. Außerdem hatte bis 1953 im türkischen Strafvollzug das Progressivsystem gegolten, mit der Besonderheit, dass die Strafdauer wegen guter Führung während der Haft verkürzt werden konnte. Letztere Regelung wurde ebenfalls abgeschafft, weil angenommen wurde, dass sie die abschreckende Wirkung der Strafe verblassen ließe, *Önder* (Fn. 2), S. 432.

³⁸ *Özek* (Fn. 31), S. 543.

³⁹ *Alacakaptan*, 1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası-Güncel Sorunlar, in: *CMUK Sempozyumu*, İstanbul 1999, S. 12, 13.

beachtet.⁴⁰ So wurden auch die bestehenden Normen anders interpretiert und angewandt. Dieselben Bestimmungen wurden somit in verschiedenen Perioden anders angewandt.⁴¹ Die aus Italien übernommenen politischen Bestimmungen wurden in Italien liberal, in der Türkei aber autoritär angewandt.⁴²

Die Todesstrafe gab es in *der Gesetzquelle* nicht.⁴³ Im türk. StGB hat man insb. im Bereich der Staatsschutzdelikte insgesamt für 15 Straftaten die Todesstrafe vorgesehen. Mit der Novelle von 1936 wurden für weitere sieben Straftaten die Todesstrafe vorgesehen, dagegen für drei Straftaten die bestehenden Todesstrafen in eine Freiheitsstrafe umgewandelt. In den folgenden Novellen wurden auch im Bereich der Betäubungsmittel, Vergewaltigung mit Todesfolge, Mädchenentführung mit Todesfolge und Entführung Todesstrafen erlassen. Ab dem Jahre 1990 ist diese Zahl allerdings gesunken. So hat man nur für 13 Straftaten (davon 12 im Bereich der Staatsschutzdelikte und einer bei Mord) die Todesstrafe beibehalten, die anderen aufgehoben.⁴⁴ An dieser Stelle möchte ich darauf aufmerksam machen, dass diese Novelle drei Jahre nach der Bewerbung für die EU stattgefunden hat.

Eigentlich wurden die Todesstrafen in der Türkei bis auf militärische Regierungsperioden nicht vollstreckt.⁴⁵ So gab es zwischen 1962 und 1972 gar keine Vollstreckung, nach der Militärintervention im Jahre 1971, zwei Vollstreckungen; dann bis 1980 keine Vollstreckung, aber nach dem Militärputsch 1980, 37 Vollstreckungen bis 1984.⁴⁶ Seitdem erfolgten bis heute keine Vollstreckungen mehr.⁴⁷ Das türkische Parlament hat am 03.08.2002 die Todesstrafe abgeschafft. Die Todesstrafe dürfe künftig

⁴⁰ *Alacakaptan* (Fn. 39), S. 13.

⁴¹ *Dönmezer* (Fn. 24), S. 15.

⁴² *Özek* (Fn. 31), S. 470.

⁴³ Endete ein Verfahren in der ersten Instanz mit einem Todesurteil, ging es nach Art. 305 der früheren türk. StPO automatisch in die Revision. Die Todesstrafe dürfe erst nach der Bestätigung des Urteils durch das Revisionsgericht und nach der Zustimmung durch das Parlament (türk. Verfassung, Art. 87 a.F.) vollstreckt werden.

⁴⁴ *Soyaslan*, Ölüm Cezası, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 691, S. 692; Mehr dazu, S. *Tellenbach*, Todesstrafe in der Türkei, in: *ZAR* 2/1991, S. 87-89.

⁴⁵ *Artuk*, Ölüm Cezası, in: *Festschrift für Akipek*, Konya 1991, S. 166; *Demirbaş*, Ölüm Cezası Yerine İkamе Edilebilecek Cezanın Türü, in: *Hukuk Kurultayı*, 2000, Bd. II, S. 495.

⁴⁶ *Soyaslan* (Fn. 44), S. 692; Bei den Vollstreckbarkeitsgesetzen zwischen 1980 und 1984 ist nach Delikten betrachtet Mord der häufigste Strafgrund. Überlegung ist das meistgenannte Mordmerkmal, aber auch Blutrache, Verbergen einer Straftat u.a. kommen vor. An zweiter Stelle der Häufigkeit kommt der Verfassungsumsturz (Art. 146 des alten türk. StGB). Hier muss aber darauf aufmerksam gemacht werden, dass in all diesen Fällen das Gericht für erwiesen angesehen hat, dass die verurteilten Menschen getötet hätten, *Tellenbach* (Fn. 44), S. 88.

⁴⁷ Die Abschaffung der Todesstrafe im Rahmen der Annäherung an die EU war eines der heikelsten Probleme. Einige Politiker sagten, dass die Türkei nicht jede Entscheidung der EU akzeptieren könne. Das größte Problem war die Vollstreckung des Todesurteils von Öcalan. Viele sind der Meinung, dass man einer Abschaffung der Todesstrafe nicht zustimmen dürfe, solange Öcalan nicht gehängt sei. Der stellvertretende Vorsitzende einer konservativen Partei warnte davor, sich bei den „nationalen Interessen“ auf eine „bedingungslose Kapitulation“ gegenüber der EU einzulassen.

nur noch in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr verhängt werden. Die Türkei kam damit einer wesentlichen Forderung der EU vor Beginn der Beitrittsverhandlungen nach. 2004 wurde die Todesstrafe ganz abgeschafft.

Nach diesen allgemeinen meistens politischen Beobachtungen möchte ich im Einzelnen kurz über folgende Novellierungen im alten Strafgesetzbuch etwas sagen:

Die Bestimmung des 1990 abgeschafften Art. 438, enthielt eine erhebliche Strafmilderung bei Vergewaltigung, wenn das Opfer eine Frau war, die der Prostitution nachging.

Mit einer Novelle im Jahre 1953 hat man den Sexualverkehr mit Jugendlichen, die zwischen 15 und 18 sind, sogar mit Einwilligung, unter Strafe gestellt. Da die Jugendlichen in diesem Alter (vor dem 01.01.2002; nach dem alten BGB) eigentlich heiraten dürften, ist die Sanktionierung solcher Taten unverständlich.⁴⁸ Außerdem heiraten in der Türkei viele Jugendliche traditionsgemäß ziemlich früh und eine Mädchenentführung in ländliche Gebiete zum Heiratszweck kommt sehr oft vor.⁴⁹ Noch schlimmer: Es werden die Eltern, die einer solchen Heirat zugestimmt haben, wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Vergewaltigung bestraft.

Die Straftat des Ehebruchs wurde wie in Italien, mit zwei Verfassungsgerichtsentscheidungen abgeschafft. Genauso wie in Italien hat das Parlament bis jetzt diese Taten nicht unter Strafe gestellt.⁵⁰ Nach harten Diskussionen wurde der Tatbestand des Ehebruchs wegen des Drucks seitens der EU in das neue StGB nicht übernommen.

Nach so vielen Novellen im StGB bestand jedoch weiterhin ein Reformbedürfnis, insbesondere hinsichtlich des Allgemeinen Teils.⁵¹

E. Die Vorbereitungen zur Reform des alten Gesetzes

Die mit der Übernahme des französischen Code Penal im Jahre 1858 im osmanischen Reich angefangene Zeit der Rezeption hat sich mit der Übernahme des italienischen StGB in der republikanischen Türkei fortgesetzt. Diese letzte Rezeption war auf Reformbestrebungen der neuen Republik, die auf die vollständige Europäisierung zielte, zurückzuführen. Mit den Vorentwürfen für das türkische StGB von 1940,⁵² 1958 und

⁴⁸ *Yarsuvat* (Fn. 21), S. 661.

⁴⁹ *Yarsuvat* (Fn. 21), S. 681.

⁵⁰ *Ünver*, *Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum*, in: *Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı*, İstanbul 2001, S. 320.

⁵¹ *Hakeri*, *Tötungsdelikte im türk. StGB-Entwurf 1997*, in: *KHukA 2-3* (2000), S. 144.

⁵² 1940 wurde ein Ausschuss gebildet, der einen Neuentwurf des Strafgesetzbuches herstellen sollte, der

1989 musste ein Abschnitt in der fast hundertjährigen Geschichte wiederholter Rezeption ausländischer Strafrechtsbestimmungen abgeschlossen werden.⁵³ Diese Entwürfe allerdings erwachsen nicht in Gesetzeskraft.

Sowohl bei dem Entwurf von 1940 als auch von 1958 war das italienische StGB von 1930⁵⁴ Vorbild.

Die Reformbedürftigkeit des türk. StGB ist allseits anerkannt. Das alte türk. StGB wurde sowohl sprachlich wie auch inhaltlich als veraltet angesehen.⁵⁵ Deshalb arbeitete man 20 Jahre lang an einem neuen Strafgesetzbuch.

1996 wurde der bereits in den Achtzigerjahren lange diskutierte Plan einer Strafrechtsreform wieder aus der Schublade gezogen. Die eingesetzte Reformkommission hat keinen von Grund auf neuen Entwurf vorbereitet, sondern den Vorentwurf vom 1989 überarbeitet. Der Entwurf 2000 wurde dem Parlament vorgelegt. Etwas später wurden auch Arbeiten für eine grundlegende Änderung der Strafprozessordnung aufgenommen und ein Entwurf vorbereitet. 2003 hat die neue Regierung diese Entwürfe übernommen und dem Parlament vorgelegt. Beide Entwürfe wollen sich nicht mehr direkt an ein bestimmtes ausländisches Gesetz anlehnen, nehmen aber aus vielen verschiedenen Rechten, dem deutschen, dem französischen, dem italienischen, dem schweizerischen und dem US-amerikanischen Recht Elemente auf.⁵⁶

In der Türkei arbeitet das Parlament bei großen, grundsätzlichen Gesetzen nicht besonders intensiv. Außerdem mangelte es auch am politischen Willen, den Entwurf zum Gesetz zu erheben. Seit den 90er Jahren hat man diese Schwierigkeit festgestellt und einige Regelungen des Entwurfes (ca. 70 Artikel) zum Teil mit Änderungsgesetzen in das alte StGB übernommen (z.B. Tötung des Neugeborenen zur Ehrenrettung und Computerdelikte).

der modernen Entwicklung Rechnung trägt. „Das dem türkischen Strafgesetzbuch von 1926 zugrunde liegende italienische StGB vom 1889 galt in mancher Hinsicht als bereits veraltet. Die Persönlichkeit des Täters sollte stärker berücksichtigt werden, man wollte weiterhin Bestimmungen über einige Verbrechenstypen, die sich in der Praxis gezeigt hatten, einfügen; weiterhin sollte der Gedanke der Generalprävention stärker berücksichtigt werden“, *Önder* (Fn. 2), S. 433, S. 434.

⁵³ *Önder* (Fn. 2), S. 75.

⁵⁴ Einer der Gründe, dass die Entwürfe vom 1940 und 1958 nicht zum Gesetz erhoben wurden, ist, dass, das Rocco Gesetz in der Türkei als „faschistisches Gesetz“ galt.

⁵⁵ *Yenisey*, Zum türkischen Straf- und Strafprozeßrecht, in: ZStW 109 (1997), S. 40.

⁵⁶ *Tellenbach*, Kolloquium zur Straf- und Strafprozeßrechtsreform in Istanbul, in: Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung, Nr. 1/2000, S. 26.

F. Die Besonderheiten des Entwurfes für ein türkisches StGB von 2003

Da das neue türk. StGB auf der Basis des Entwurfes von 2003 vorbereitet wurde, möchte ich einige Besonderheiten des Entwurfes *erörtern*. Hier möchte ich nur diejenigen Bestimmungen des Entwurfes diskutieren, die in das Gesetz nicht aufgenommen worden sind.

Nach Art. 20 Abs. 4 wird die Strafe bei Vorsatztaten um neun Zehntel *gemindert*, „wenn der Täter nur sehr geringfügige Folgen gewollt hat und seine Schuld sehr gering war“.

Die im Entwurf vorgesehenen Regelungen über Beteiligung deckten sich fast völlig mit den Regelungen des alten Strafgesetzbuchs. Offensichtlich hat das bisherige Recht keine Probleme aufgeworfen, die eine Änderung erforderlich machen. Demzufolge wird auch erklärt, dass die Bestimmungen des Zanardelli Gesetzes über Beteiligung perfekt seien und keiner Änderung bedürften. Im Entwurf wurde nur die Anstiftung definiert und die mittelbare Täterschaft hinzugefügt.⁵⁷

Der sehr diskutierte Art. 463 über „*complicita corrispettiva*“ im alten StGB wurde beibehalten. Die Vorschrift des Art. 463 greift ein, „wenn eine Tötung oder Körperverletzung von mehreren gemeinsam begangen worden ist, und der wirkliche Urheber des tatbestandsmäßigen Erfolges nicht mit Sicherheit festzustellen ist“. In einem solchen Fall werden alle Beteiligten mit einer Strafe belegt, die gegenüber dem für die eigentliche Straftat angedrohten Strafmaßes um ein Drittel bis zur Hälfte gemildert wird.⁵⁸

Im Bereich der Strafen ist zunächst festzustellen, dass als Strafe die Todesstrafe nicht mehr *zulässig* ist. Das betrifft nicht nur die Staatsschutzdelikte, sondern sämtliche Straftatbestände. Elf von diesen zwölf Tatbeständen des alten Strafgesetzbuchs, für die die Todesstrafe vorgesehen ist, stehen jedoch im *Abschnitt* über die Staatsschutzdelikte, im türkischen Strafgesetzbuch als „Delikte gegen die Persönlichkeit des Staates“ bezeichnet. Hieran ist besonders auffällig, *dass zahlenmäßig die Fälle*, die den zwölften Tatbestand, die Tötung unter den *Tatumständen* des Art. 450 StGB betreffen, weit höher sind.⁵⁹ Die Abschaffung der Todesstrafe ist sehr zu begrüßen, denn sie gehört zu den Grundsätzen, über die in der europäischen Rechtskultur zunehmend Einigkeit entsteht,

⁵⁷ *Dönmezer*, Bir Ceza Kanunu veya Tasarısının Değerlendirilmesi Yöntemi, in: Festschrift für Çelik, Bd. I, İstanbul 2001, S. 248. 249.

⁵⁸ *Önder* (Fn. 2), S. 571. Zur Kritik dieser Vorschrift S. *Yıldız*, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi (İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2002, S. 240 ff.

⁵⁹ Von dieser Novelle haben 44 von insgesamt 120 zur Todesstrafe verurteilte profitiert.

wie z.B. das sechste Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention zeigt. Der Weg dahin war lang. Dass die Todesstrafe bis zu ihrer *offiziellen* Abschaffung durch das Parlament noch Jahre und Jahrzehnte im Gesetzbuch steht, ohne je Anwendung zu finden, ist typisch für viele Staaten.⁶⁰ Anstelle der Todesstrafe wurde im Entwurf eine verschärfte lebenslange Freiheitsstrafe vorgesehen. Im Entwurf wird zudem die Dauer von Freiheitsstrafen im Vergleich zum bisher geltenden Gesetz *verkürzt*. Die Geldstrafen dagegen werden erhöht.

Der Anwendungsbereich der bedingten Entlassung wurde im Vergleich zum alten Gesetz eingengt, während die Bestimmungen über Strafaussetzung und Rückfall zugunsten des Täters verbessert worden sind. Die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung wurden detailliert und zeitgemäß geregelt. Das ist einer der positiven Aspekte des Entwurfs.⁶¹

Hinsichtlich des Tatbestands der Körperverletzung hat man keine Änderungen vorgenommen, mit der Begründung, dass diese Bestimmungen seit 1858 erfolgreich Anwendung fänden.⁶²

Im zweiten Absatz des Art. 459 türk. StGB über die fahrlässige Körperverletzung, heißt es, dass die Strafe je nach der Schwere der Schuld bis auf ein Achtel herabgesetzt werden kann. Man sollte auf diesem Wege noch einen Schritt weitergehen und bestimmen: „Sind Unrecht und Schuld so gering, dass die Verhängung einer Strafe unverhältnismäßig wäre, entfällt die Strafbarkeit“. In Art. 32 Abs. 2 türk. Entwurf findet sich jetzt erfreulicherweise eine solche Regelung.⁶³

G. Die Kritik des Entwurfes

Nach den Befürwortern des Entwurfes war die Hauptbesonderheit des Zanardelli Gesetzes der Schutz der klassischen Freiheiten des 19. Jahrhunderts. Das Zanardelli Gesetz sah aber für die individuellen Rechte und Freiheiten keinen ausreichenden Schutz vor. Mit dem Entwurf sollten *aber gerade* die Mängel des (damals) geltenden Gesetzes behoben und ein modernes, zeitgemäßes und individualistisches Gesetz

⁶⁰ *Tellenbach*, Einige Betrachtungen zu den Staatsschutzdelikten im Entwurf eines Türkischen Strafgesetzbuchs, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 635; Die Abschaffung der Todesstrafe wird ca. 845 Personen (davon 76 Verurteilte, 769 noch vor dem Gericht. Für 769 Personen wird von dem Staatsanwalt Todesstrafe verlangt) zugutekommen.

⁶¹ *Bayraktar*, Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 378.

⁶² *Dönmezer*, Müessir Fiil Suçlarının Ceza Sistematiğindeki Yeri, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 599.

⁶³ *Hirsch*, Reform der Körperverletzungsregelungen, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 575.

geschaffen werden.⁶⁴ Eine andere Strafrechtlerin vertritt die Ansicht, der Entwurf sei demokratisch, rechtsstaatlich und hinsichtlich der Vollstreckung der Strafen modern.⁶⁵

Die Kritik an dem Entwurf könne wie folgt zusammengefasst werden: Nach einer grundlegend kritischen Ansicht könne man in der Türkei derzeit noch kein Strafgesetzbuch schaffen, weil keine Ergebnisse ernsthafter kriminalpolitischer Forschungen vorhanden seien.⁶⁶ Außerdem wird kritisiert, dass ein hauptsächlich durch die Übersetzung des neuen französischen StGB entstandener Entwurf zur türkischen Gesellschaft nicht passen könne.⁶⁷

Im Allgemeinen kann ich für den Entwurf folgende Feststellung machen: Der Entwurf war keine originelle Arbeit, sondern eine unsystematische Novelle des alten Gesetzes,⁶⁸ die eine Zusammensetzung des osmanischen StGB von 1858, des Zanardelli und Rocco Gesetzes und der in verschiedenen Zeiten vorgenommenen Änderungen darstellt. Der Entwurf hat kein bestimmtes Ziel, keine Philosophie. Es wurden nur Änderungen vorgenommen, wo es notwendig erschien. So hat man es meistens so versucht, dass man die Steine nicht von der Stelle rührt. Das beweist auch die Tatsache,⁶⁹ dass bei einer Reihe von Änderungen eine gefestigte Rechtsprechung hinter den Formulierungen des Entwurfs steht.⁷⁰ Es gab keine fundamentalen, sehr originellen Änderungen. Der Entwurf war weder Reform orientiert noch national.

Wenn man den Wortlaut der Vorschriften des Entwurfs zum Staatsschutzstrafrecht betrachtete, so ließ sich zusammenfassend feststellen, dass die Änderungen im Verhältnis zum alten Gesetzbuch eher gering waren.⁷¹ Wie ich oben bereits erläutert habe, hat man mit der Arbeit an dem Entwurf im Jahre 1984 angefangen. In dieser Periode ist die Türkei nach dem Militärputsch von 1980 gerade wieder in eine Demokratie zurückgekehrt. Die noch geltende türkische Verfassung von 1982 ist nicht gerade freiheitlich. Unter diesen Umständen hat man nun angefangen, den Entwurf

⁶⁴ *Bayraktar* (Fn. 61), S. 375.

⁶⁵ *Centel*, Nur, Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısının Getirdikleri isimli sempozyumu açış konuşması, in: *Marmara'nın Sesi*, M.Ü:İletişim Fakültesi Aylık Aktüalite ve Fikir Dergisi, Yıl:15, S. 137, 1998, S. 5, zit. bei *Artuk* (Fn. 9), S. 843.

⁶⁶ *İçel*, Nasıl Bir Ceza Kanunu, "Biz Yaparız, Olmazsa...", 13.2.1987 tarihli Milliyet Gazetesi, S. 10, zit. bei *Artuk* (Fn. 9), S. 841; *Avcı*, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Adaleti Sistemimize Getirdiği Yenilikler, in: *75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu*, S. 233.

⁶⁷ *İçel*, Önsöz ve Sunuş Konuşması, in: *Ceza Hukuku Günleri*, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler-, İstanbul 1998, III.

⁶⁸ *Soyaslan* (Fn. 23), S. 12.

⁶⁹ *Tellenbach* (Fn. 60), S. 636.

⁷⁰ „In neuerer Zeit hat sich der Gesetzgeber bei seinen Änderungen vor allem nach der türkischen höchstrichterlichen Rechtsprechung gerichtet und hat es vernachlässigt, die Entwicklungen der westlichen Rechtsordnungen zu berücksichtigen“, *Yenisey* (Fn. 54), S. 29.

⁷¹ *Tellenbach* (Fn. 60), S. 641.

vorzubereiten. Aus diesem Grund waren die Bestimmungen des Entwurfs insbesondere im Bereich der Staatsschutzdelikte nicht gerade freiheitlich.⁷² So wurden die Strafen im Bereich der nichtpolitischen Straftaten verringert, während die Strafen für Staatsschutzdelikte erhöht wurden. In diesem Bereich war die Anzahl der Straftatbestände sehr groß, die Tatbestandsfassung sehr weit und die Strafen sehr hoch.⁷³

Die einzige radikale Änderung war die neue systematische Position der Staatsschutzdelikte, wie es auch im neuen StGB der Fall ist. Der besondere Teil beginnt nicht mehr mit Staatsschutzdelikten, sondern mit Straftaten gegen Personen. Dies wird aber kritisiert. Viele neue Gesetze hätten eine solche Änderung nicht vorgenommen. Das Problem bei einer solchen Änderung seien die Gewohnheiten. Eine solche systematische Änderung sei einer Formalismus.⁷⁴ Außerdem werde dem Individuum mit dieser Änderung nicht mehr Schutz gewährleistet.⁷⁵ Die Strafe für Raub ist ziemlich schwer, sogar schwerer als die Strafe für eine schwere Körperverletzung. Die Beschädigung eines Baumes wird mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu vier Jahren, die Körperverletzung dagegen mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahr bestraft, wenn die Tat eine weniger als zehn Tage dauernde körperliche oder geistige Krankheit oder für eine gleiche Zeit die Unfähigkeit zur Ausübung der gewohnten Tätigkeit verursacht hat. Während die Straftaten gegen das Eigentum von Amts wegen verfolgt werden, werden die Straftaten gegen die körperliche Integrität, Ehre und persönliche Freiheit nur auf Antrag verfolgt.⁷⁶ Dass die Geldstrafen sehr hoch sind, nicht nach der wirtschaftlichen Lage des Täters abgestuft und sie bei der Nichtbezahlung zur Freiheitsstrafe umgewandelt werden können, zeigt, dass der Entwurf bestimmte Gruppen privilegiert.⁷⁷

Eine andere Kritik ist die umfangreiche Übernahme des französischen StGB.⁷⁸ Die Begründung für die Übernahme des franz. StGB ist, dass das französische StGB das perfekte Werk des heutigen Strafrechts sei.⁷⁹ Das französische StGB beinhaltet jedoch keine Regelungen über Kausalität, Rechtswidrigkeit, die individuelle

⁷² *Toroslu*, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, S. 6.

⁷³ *Özek*, *Basın ve Kişi Özgürlüğü Kısıtlanıyor*, 8.2.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi* haberi, zit. bei *ARTUK* (Fn. 9), S. 840.

⁷⁴ *Önder*, *Ceza Kanunu Tasarısı*, 9.3.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi*, zit. bei *Artuk*, 1926, S. 839 und 840.

⁷⁵ *Hafizoğulları*, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, ABD 1998/1, S. 38; *Avcı* (Fn. 66), S. 234.

⁷⁶ *Önder*, „*Ceza Kanunu Tasarısı*“, 9.3.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi*, zit. bei *Artuk* (Fn. 9), S. 839 und 840; *Toroslu* (Fn. 72), S. 17.

⁷⁷ *Toroslu* (Fn. 72), S. 10.

⁷⁸ Dies lag daran, dass der Vorsitzende der Kommission Französisch sprach.

⁷⁹ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı*, Ankara 2000, S. 153.

Verantwortlichkeit und absolute Gesetzlichkeit. Somit fehlen auch dem Entwurf sehr wichtige grundlegende Regelungen des Strafrechts.⁸⁰

Eine letzte allgemeine Kritik ist, dass der Entwurf viele Straftatbestände sehr kasuistisch regelt. Begründet wird dies mit den Traditionen der türkischen Rechtspraxis.⁸¹ Besser würde es aber sein, dem Richter mehr Spielraum zu belassen.

Nach diesen allgemeinen Kritikpunkten kann man im Einzelnen folgende Feststellungen machen: Es ist ein wichtiger Mangel, dass es keine Bestimmung darüber gibt, dass die Grundlage der strafrechtlichen Verantwortung die Tat ist.⁸² Die allgemeine Anerkennung unechter Unterlassungsdelikte setzt nach dem Gesetzlichkeitsprinzip voraus, dass das unechte Unterlassungsdelikt im Gesetz in seinen wesentlichen Merkmalen definiert wird. Eine Umschreibung des unechten Unterlassungsdelikts fehlt jedoch im Entwurf. Das liegt unter anderem daran, dass das französische StGB auch keine Bestimmung über ein unechtes Unterlassungsdelikt beinhaltet.⁸³

Die Übertretungen wurden nicht in ein Ordnungswidrigkeitengesetz aufgenommen und noch schlimmer: sie werden nicht wie bisher, in einem separaten Abschnitt des StGB, sondern immer in demselben Abschnitt mit den Vergehen geregelt.⁸⁴

Der Verbotsirrtum wird weder im alten Recht (Art. 44) noch im Entwurf (Art. 2) berücksichtigt, weder als Schuldmilderungs- noch gar als Schuldausschließungsgrund (entgegen der Bestimmungen der folgenden Gesetze über den Verbotsirrtum: Im deutschen StGB § 17, im spanischen StGB Art. 14/III, im schweizerischen StGB Art. 20).⁸⁵

Im Entwurf von 2003 wurde in Art. 140 die Euthanasie geregelt. Dagegen ist keine besondere Vorschrift für die Tötung auf Verlangen vorgesehen. Die Regelung ist wie folgt: „Wer einen unheilbar Kranken auf sein bestehendes Verlangen hin und nur, um seine Schmerzen zu beenden, tötet, wird mit Freiheitsstrafe vom einem Jahr bis zu drei Jahren bestraft. Im Moment des Verlangens muss der Sterbende zu fehlerfreier Willensbildung in der Lage gewesen sein“. Sachgerechter wäre es gewesen, einen privilegierten Tatbestand für diese Fälle einzuführen und daneben eine weitere

⁸⁰ *Özek*, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, in: Festschrift für Erman, İstanbul 1999, S. 643, S. 644.

⁸¹ *Dönmezer*, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (Genel Sunuş), Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1987, S. 19.

⁸² *Alacakaptan*, Devletin Güvenliğini İlgilendiren Suçlar, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 653.

⁸³ Für die Einzelheiten, S. *Hakeri*, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

⁸⁴ *Özek* (Fn. 80), S. 697.

⁸⁵ *Özek* (Fn. 80), S. 659.

Privilegierung für die Fälle zu schaffen, dass ein Täter das nicht mehr heilbare Opfer tötet, um dessen Schmerzen zu beenden.⁸⁶

Zuletzt sagte der ehemalige Präsident des türk. Kassationsgerichtshofes, dass die 70-jährige Arbeit und das Werk der Rechtsprechung und Lehre auf eine Nullgleichung gebracht wird und sehr viele Probleme entstehen werden, sollte der Entwurf letztendlich zum Gesetz erhoben werden.⁸⁷

H. Das neue türkische Strafgesetzbuch

Auf der Basis des Entwurfes von 2003 wurde im Parlament eine Kommission gebildet, die aus fünf Abgeordneten und drei Strafrechtlern bestand. Diese Kommission erarbeitete in ca. neun Monaten den Entwurf eines neuen türk. StGB. Das Gesetz wurde im September 2004 verabschiedet und trat am 01.06.2005 in Kraft.

Inhaltlich kann hier nicht auf alle Artikel eingegangen werden, ich will somit einige neue Bestimmungen herausgreifen.

Zuerst möchte ich Sie darauf aufmerksam machen, dass man bei der Vorbereitung eines *Strafgesetzbuchs für die Türkei* einige Grundprinzipien nicht außer Acht lassen darf. *Die Grundprinzipien bestehen seit der Gründung der türkischen Republik durch Atatürk.* Aus diesem Grund darf das neue Gesetz weder religiöse Bewegungen noch separatistische Handlungen stärken.⁸⁸ So ist es die *Bindung* der Türkei bei ihrer Reformarbeit, dass man einerseits universelle allgemein anerkannte Prinzipien übernehmen, andererseits aber die bei der Gründung der Republik in den 20er Jahren bestimmten Prinzipien beibehalten und fortführen soll.⁸⁹

In der Begründung des Entwurfes wird erläutert, dass der Entwurf neu, originell, zeitgemäß und demokratisch sei. Der Zweck des Ausschusses solle der Schutz der Menschenrechte und Freiheiten sein, während man auch den Schutz der Gesellschaft nicht unterlasse. Diese beiden Ziele müsse man verhältnismäßig erreichen.⁹⁰ Im Entwurf würden die neuesten Entwicklungen in der Strafrechtslehre und in den verschiedenen Strafgesetzbüchern widergespiegelt.

⁸⁶ Hakeri (Fn. 51), S. 146.

⁸⁷ Uygun, 1998-1999 Adalet Yılına Açış Konuşması, in: Yargıtay Dergisi, Bd. 24, Ekim 1998, N.4, S. 444.

⁸⁸ Bayraktar, Türkiye'de Hukuku Güncelleştirmede Başvurulacak İlk Yöntemler, in: Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Jahr 2, N. 10, S. 183.

⁸⁹ Dönmezer, in: Hukuk Kurultayı 2000, C. I, S. 131.

⁹⁰ Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Fn.79), S. 158.

„Wenn man die Grundzüge des Gesetzes und einige wichtige Einzelheiten herausarbeitet, so zeigt sich, dass sich das Gesetz von seinem italienischen Vorbild in vieler Hinsicht gelöst hat. Den stärksten Einfluss hat heute das deutsche Recht, mit einer Reihe von Einsprengeln aus Italien, Frankreich, Polen, Russland, ja sogar den USA sowie internationalen Abkommen, z.B. dem Rom-Statut, obwohl die Türkei diesem noch nicht beigetreten ist“.⁹¹

I. Allgemeiner Teil

In das Gesetz wurden ca. 100 Bestimmungen des vorherigen Gesetzes nicht übernommen.⁹² So z.B. im Allgemeinen Teil der richterlicher Verweis gem. Art. 26⁹³ und der Art. 420 des geltenden Gesetzes eine Frau zu unzüchtigen Zwecken tanzen zu lassen sowie im Besonderen Teil der Art. 422 das verkleidete Eindringen einer Frau in bestimmte Orte.⁹⁴ In weiteren Bereichen hat das Gesetz noch entschlossener als bei früheren Entwürfen zugegriffen, um veraltete Vorschriften aus dem Gesetz zu entfernen oder komplett umzuformulieren und zu modernisieren. Die schon lange kaum noch angewandten Vorschriften für die Strafmilderung bei Schwangerschaftsabbruch, Kindstötung und Aussetzung von Kindern aus Ehrengründen sind in dem Gesetz nicht mehr enthalten.⁹⁵

Zu Beginn werden vier Vorschriften angeführt, welche die Grundprinzipien des neuen Gesetzes zum Ausdruck bringen sollen. Zunächst der aus dem russischen StGB wortwörtlich übernommene Art. 1, über den Zweck des Strafgesetzes.⁹⁶ „Dann das

⁹¹ Tellenbach, Reformen in Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafvollzugsrecht – Ein erster Überblick über die türkischen Reformgesetze des Jahres 2004, in: http://www.tuerkeirecht.de/Strafrecht_Tellenbach.pdf, S. 2.

⁹² *Avci* (Fn. 66), S. 247.

⁹³ Art. 26 Abs. I lautete: Das Gericht kann an Stelle der verhängten Strafe auf richterlichen Verweis erkennen, wenn die gesetzliche Höchststrafe einen Monat Gefängnis oder Haft oder 3000 türk. Lire schwere oder leichte Geldstrafe nicht überschreitet, falls mildernde Umstände vorliegen, und der Täter nicht wegen eines Vergehens oder wegen einer Übertretung vorbestraft ist, die mit Haft von mehr als einem Monat bedroht ist.

⁹⁴ Art. 420 lautete: „Wer an öffentlichen oder an halböffentlichen für die Allgemeinheit leicht zugänglichen Orten in einer wider die gute Sitte verstoßenden Weise eine Frau zu unzüchtigen Zwecken tanzen lässt sowie die Frau, die auf diese Weise aus freien Stücken tanzt, werden mit Gefängnis von einem Monat bis zu sechs Monaten bestraft.“; Art. 422 des alten Gesetzes lautete: „Wer als Frau verkleidet in Orte eindringt, an denen sich Frauen befinden, wird allein wegen dieser Tat mit Gefängnis von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft; begeht derjenige, der in dieser Verkleidung in einen solchen Ort eingedrungen ist, ein Vergehen das nach dem Gesetz mit einer schwereren Strafe bedroht ist, so wird die schwerere Strafe gleichfalls verhängt.“ Beide Vorschriften wurden aus dem osmanischen StGB von 1858 übernommen.

⁹⁵ Tellenbach (Fn. 91), S. 9.

⁹⁶ Der Zweck dieses Gesetzes ist der Schutz der Rechte und Freiheiten von Menschen, der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit, der Umwelt und des Friedens

Gesetzlichkeitsprinzip, Art. 2 Abs. 1, das hier nicht ausdrücklich erwähnte Rückwirkungsverbot findet sich unter den Vorschriften über die zeitliche Geltung des Gesetzes, Art. 7. Das Gesetzlichkeitsprinzip wird noch spezifiziert durch ein grundsätzliches Analogieverbot, Art. 2 Abs. 2 und durch das Verbot, Strafvorschriften durch untergesetzliche Normen zu schaffen,⁹⁷ Art. 2 Abs. 3,⁹⁸ womit eine alte Streitfrage entschieden wurde. Ferner wird im Gesetz ausdrücklich das Gebot der Verhältnismäßigkeit zwischen Tat und Strafe bzw. Maßregel normiert, also das Gebot der Schuldangemessenheit der Strafe, außerdem das Gebot der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz (Art. 3⁹⁹)“.¹⁰⁰

Die Regelungen zum Internationalen Strafrecht sind besonders ausführlich zu behandeln. Für die Zuständigkeit des türkischen Strafrechts sah man vor, dass das türk. StGB Anwendung findet, wenn die Tat ganz oder teilweise in der Türkei begangen wurde oder der Erfolg in der Türkei eintritt (Art. 6). Außerdem wurde der “ne bis in idem” Grundsatz in erheblichem Maße anerkannt (Art. 11-13).

Die neuen Bestimmungen des *reformierten* Gesetzes im Vergleich zum alten Gesetz sind Folgende: Mittelbare Täterschaft, tätige Reue, Schuldausschließungsgründe, die Aufgabe des Unterschieds zwischen Unzurechnungsfähigkeit und verminderter Zurechnungsfähigkeit, die Abschaffung der Todesstrafe und des Unterschieds zwischen Zuchthaus und Gefängnis, Einwilligung als Rechtsfertigungsgrund, Überschreitung von Rechtsfertigungsgründe.

Das alte türk. StGB enthielt überhaupt keine Einwilligungsregelung. Man stützte sich deshalb in allen einschlägigen Fällen auf das Gewohnheitsrecht. In Art. 26 Abs. 2 des

in der Gesellschaft sowie die Verhütung von Straftaten. Zur Verwirklichung dieses Zwecks legt dieses Gesetz die Grundlagen der strafrechtlichen Verantwortung, die Straftaten sowie die Arten der Strafen und Maßregeln fest.

⁹⁷ Ausführlich, *Yıldız*, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması, in: Festschrift für Çetin Özek, İstanbul 2004, S. 1033 ff.

⁹⁸ 1) Niemand kann wegen einer Tat bestraft oder mit Maßregeln belegt werden, die das Gesetz nicht klar als Straftat bezeichnet. Andere als die im Gesetz vorgesehenen Strafen und Maßregeln können nicht verhängt werden.

2) Durch Verwaltungsanordnung können weder Straftaten noch Strafen bestimmt werden.

3) Bei der Anwendung von Gesetzen, die Vorschriften über Straftaten und Strafen enthalten, darf keine Analogie angewendet werden. Vorschriften über Straftaten und Strafen dürfen nicht so weit ausgelegt werden, dass sie den Weg zu einer Analogie öffnen.

⁹⁹ 1) Strafen und Maßregeln, die gegen einen Straftäter verhängt werden, stehen im Verhältnis zur Schwere der Tat.

2) Bei der Anwendung des Strafgesetzes darf zwischen den Menschen kein Unterschied wegen ihrer Rasse, Sprache, Religion, Konfession, Nationalität, Hautfarbe, Geschlecht, ihrer politischen oder sonstigen Meinungen oder Gedanken, philosophischen Überzeugungen, nationalen oder gesellschaftlichen Wurzeln, Geburt, wirtschaftlichen Lage oder sonstigen gesellschaftlichen Situation gemacht werden. Niemandem darf eine besondere Stellung zuerkannt werden.

¹⁰⁰ *Tellenbach* (Fn. 91), S. 3, fn. 6.

Gesetzes findet sich jetzt eine allgemeine Regelung. So wird die Einwilligung des Rechtsinhabers als Rechtfertigungsgrund genannt. Hinsichtlich der Begrenzung heißt es dort, dass das Opfer über das jeweilige Recht ein absolutes Verfügungsrecht haben müsse.¹⁰¹ Der bisher nur in ständiger Rechtsprechung anerkannte Rechtfertigungsgrund der Ausübung eines Rechts wurde nunmehr gesetzlich festgelegt (Art. 26 Abs. 1). Darunter fallen vor allem Berufsrechte, z.B. das Berufsrecht des Journalisten auf Berichterstattung und Kritik oder das Berufsrecht des Arztes, das Eingriffe rechtfertigen kann, die etwa im deutschen Recht eher über die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden.¹⁰² Diese Vorschrift wurde aus dem italienischen Art. 50 StGB übernommen.

Außerdem wurden bei der Notwehr und dem Notstand alle Individualrechtsgüter einbezogen.

„Abgestufte Regelungen gibt es für den Fall der Überschreitung der Grenzen eines Rechtfertigungsgrunds. Zum einen gibt es *eine* Regelung für alle Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe. Werden deren Grenzen fahrlässig überschritten, so wird eine Strafe verhängt, falls ein Fahrlässigkeitstatbestand besteht, und diese noch ermäßigt. Besteht kein solcher Tatbestand, so entfällt die Strafe, Art. 27 Abs. 1. Die zweite Regelung betrifft den Notwehrexzess. Geschieht das Überschreiten der Notwehr aus entschuldbarer Erregung, Furcht oder Schrecken, so wird der Täter nicht bestraft, Art. 27 Abs. 2“.¹⁰³

Im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte hat man wie im französischen Code Penal und dem bisher geltenden Gesetz keine Bestimmung eingeführt. „Dafür dürfte der starke Einfluss französisch geprägter Universitätslehrer maßgeblich gewesen sein. Auch in Frankreich ist das unechte Unterlassen nicht im Strafgesetzbuch geregelt, sondern man behilft sich damit, den Begriff des aktiven Tuns sehr weit auszudehnen. In der letzten Erarbeitungsphase des Gesetzesentwurfs wurde jedoch noch eine Sonderregelung eingefügt, die für Tötungsdelikte und Körperverletzungsdelikte gelten soll und so wenigstens die praktisch wichtigsten Fälle abdeckt. Hier wird eine Gleichstellungsklausel eingebaut, und diese erfordert für eine Verantwortlichkeit, dass eine Garantenstellung des Täters entweder durch Gesetz oder Vertrag oder durch vorangegangenes Tun entstanden ist, Art. 83, 88“.¹⁰⁴

¹⁰¹ Hirsch (Fn. 63), S. 578.

¹⁰² Tellenbach (Fn. 91), S. 5.

¹⁰³ Tellenbach (Fn. 91), S. 5.

¹⁰⁴ Tellenbach (Fn. 91), S. 6.

Das Alter der Strafbarkeit ist nicht mehr wie im alten Gesetz die Vollendung des elften Lebensjahres, sondern die des zwölften Lebensjahrs. Eine Gruppe der Heranwachsenden wie im deutschen Recht gibt es nicht und wird es auch in Zukunft nicht geben.¹⁰⁵

Der Entwurf wollte eine strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen für Straftaten einführen, die deren Organe oder Vertreter zugunsten der juristischen Person begangen haben. Das Vorbild war der französische Code Penal, der in zahlreichen Tatbeständen eine echte strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen vorsieht. Das verstößt aber gegen das Prinzip individueller Verantwortlichkeit. Im Gegensatz zur französischen sieht die türkische Verfassung dies vor: Art. 38 türk. Verfassung lautet „*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist persönlich*“.¹⁰⁶ Diese Bestimmung wird auch als Anerkennung des Schuldprinzips verstanden.¹⁰⁷ Deshalb hat das Gesetz die Regelung des Entwurfes nicht übernommen. Stattdessen sind juristische Personen nicht strafbar, es können gegen sie jedoch Maßregeln wie Entzug von Erlaubnissen und Genehmigungen oder Einziehung von Vermögenswerten verhängt werden, wenn es in einer Strafvorschrift im besonderen Teil gesondert vorgesehen ist (Art. 20 Abs. 2, 60).

Im Entwurf war das Schuldprinzip jedoch noch nicht in allen Konsequenzen verwirklicht.¹⁰⁸ Erfolgsqualifizierte Delikte waren zugelassen, jedoch wurde nicht verlangt, dass eine schwere Folge wenigstens fahrlässig herbeigeführt worden ist. Auch in der Rechtsprechung wurde bis *jetzt allein die* Kausalität als ausreichend angesehen. Hinter dieser Rechtslage steht offensichtlich eine gefestigte Rechtsprechung. Die Rechtslage ist im neuen Gesetz dagegen ganz anders: „Von großer Bedeutung ist hier die Verbesserung, die mit dem Schuldprinzip zusammenhängt, und die an zahlreichen Stellen des neuen Gesetzes deutlich wird. Das ist die Regelung der erfolgsqualifizierten Delikte. Nach dem neuen Gesetz soll in derartigen Fällen die Haftung für einen schwereren oder anderen Erfolg nur noch eintreten, wenn dem Täter im Hinblick auf den nicht geplanten Erfolg mindestens Fahrlässigkeit zur Last zu legen ist, Art. 23“.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ausführlich für die Vorschriften des Gesetzes über die Kinder, S. *Yıldız*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2007, S. 73 ff.

¹⁰⁶ *Ünver*, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler –, İstanbul 1998, S. 139.

¹⁰⁷ *Jescheck*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Entwurf des allgemeinen Teils eines neuen türkischen Strafgesetzbuchs von 1989, in: Diskussionsbeiträge zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuchs, Konya 1998, S. 15.

¹⁰⁸ *Jescheck* (Fn. 107), S. 15.

¹⁰⁹ *Tellenbach* (Fn. 91), S. 4.

Das frühere Strafgesetzbuch enthielt keinerlei Anerkennung eines Rechtsirrtums. Artikel 44 lautete vielmehr ohne jegliche Ausnahme „Unkenntnis des Gesetzes wird nicht als Entschuldigung anerkannt“. Das stand aber im Gegensatz zum Schuldprinzip, dem sich das türkische Strafrecht, ebenso wie das europäische Strafrecht, verpflichtet hatte. Es ist eine alte Formulierung, die sich früher auch in anderen Strafgesetzbüchern finden ließ, mittlerweile aber durchweg aufgegeben wurde. In der Türkei hat es während der Arbeiten an dem Reformentwurf um diesen Artikel viele Diskussionen gegeben. Zwar gab es Stimmen vor allem aus Universitätskreisen, die die Anerkennung des unvermeidbaren Verbotsirrtums mit der Folge des Wegfalls einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit in das neue StGB aufnehmen wollten, dagegen gab es aber erhebliche Bedenken. Insbesondere wurde befürchtet, dass sich dann viele Angeklagte darauf berufen würden, dass sie das Gesetz nicht gekannt hätten und sich so einer Strafe entziehen könnten. Dass der Grundsatz der Pflicht zur Gesetzeskenntnis ja durchaus aufrechterhalten bliebe und nur eine Ausnahme für den Fall geschaffen werden sollte, dass der Verbotsirrtum unvermeidlich war, wurde nicht recht wahrgenommen. Und dass die Hürde für die Anerkennung der Unvermeidbarkeit ebenfalls sehr hoch liegt, wurde auch kaum bedacht.¹¹⁰ „Jedenfalls fand sich der unvermeidbare Verbotsirrtum in der Fassung des Entwurfs von 2003 nicht. In die Fassung des neuen Strafgesetzbuchs, wie sie am 26.9.2004 verabschiedet wurde, blieb der alte Art. 44 als neuer Art. 4 Abs. 1 erhalten, der Verbotsirrtum wurde aber schließlich als Art. 4 Abs. 2 angenommen. Durch das Änderungsgesetz vom 29. Juni 2005 wurde Art. 4 Abs. 2 jedoch wieder gestrichen, aber immerhin wurde der Verbotsirrtum in Art. 30, der sich mit dem Irrtum befasst, als Abs. (4) aufgenommen“.¹¹¹

„Völlig neu geregelt wurde der Bereich des Irrtums. Während das bisherige Strafgesetzbuch nur *error in objecto* und *aberratio ictus* ausdrücklich behandelt, Art. 52, und alles andere Literatur und Rechtsprechung überlassen hatte, die sich in manchen Punkten alles andere als einig waren, werden jetzt im Allgemeinen Teil klare, wenn auch noch nicht vollständige Regelungen zum Irrtum getroffen. Ein Tatbestandsirrtum schließt eine Vorsatzstrafe aus, möglich bleibt allenfalls eine Bestrafung wegen einer Fahrlässigkeitstat, wenn ein solcher Tatbestand existiert. Erliegt der Täter/die Täterin einem Irrtum im Hinblick auf einen Tatumstand, der eine Verschärfung oder Milderung der Strafe nach sich zieht, so kommt ihm dieser Irrtum zugute. Gleiches gilt, wenn der Täter/die Täterin sich in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum im Hinblick auf das Unrecht der Tat oder auf Umstände befindet, die die strafrechtliche Verantwortung

¹¹⁰ Tellenbach (Fn. 91), S. 4.

¹¹¹ Art. 30 Abs. 4: Wer sich über das Unrecht einer Tat in einem unvermeidbaren Verbotsirrtum befindet, wird nicht bestraft.

aufheben oder mildern, Art. 30. Was allerdings im Fall des vermeidbaren Verbotsirrtums geschehen soll wird nicht gesagt“.¹¹²

„Aufgegeben wurde die Trennung des geltenden Rechts zwischen unbeendetem und beendetem Versuch, für die jeweils verschiedene Strafmaße vorgesehen waren. Nunmehr wird wegen Versuchs bestraft, wer mit geeigneten Handlungen die Ausführung der Tat unmittelbar beginnt, sie aber aus Gründen, die außerhalb seines Einflusses liegen, nicht vollenden kann, (Art. 35). Die Strafe hat der Richter innerhalb des Strafrahmens nach dem entstandenen Schaden und der Größe der Gefahr festzusetzen. Ein freiwilliger Rücktritt wirkt strafbefreiend, nur wegen bereits vollendeter Straftaten ist eine Bestrafung möglich (Art. 36)“.¹¹³

Im Bereich der Beteiligung gab es in der Literatur zahlreiche Stimmen, die eine gleiche Bestrafung des Anstifters für zu hoch hielten. Angesichts dessen erscheint es überraschend, dass das türk. StGB gerade die bisherige Strafmilderung aufgibt¹¹⁴ und überhaupt nicht zu der Frage der Geltung von strafmildernden Umständen für Teilnehmer Stellung nimmt. Meines Erachtens sollte in das neue türk. Strafgesetzbuch die Strafbarkeit der versuchten Anstiftung zum Verbrechen und des Angebots eines Verbrechens aufgenommen werden.¹¹⁵ Dies wurde im Ausschuss von Strafrechtlern vorgeschlagen, aber von den Abgeordneten nicht angenommen.

Die fortgesetzte Straftat wird beibehalten.

„Das Sanktionensystem kennt Strafen und Maßregeln. Dabei gibt es bei den Strafen nur Hauptstrafen, als Nebenstrafen oder Nebenfolgen bezeichnete Sanktionen finden sich nicht mehr. Bei den Strafen gibt es nur Freiheitsstrafen und Geldstrafen (Art. 45ff), alle anderen Sanktionen wie z.B. Entzug von Genehmigungen und Erlaubnissen gelten jetzt als Maßregeln (Art. 53ff). Bei den Freiheitsstrafen gibt es die lebenslange Freiheitsstrafe mit verschärftem Vollzug (Art. 47) - das betrifft die Delikte, für die früher die Todesstrafe vorgesehen war -, die lebenslange Freiheitsstrafe (Art. 48) und die zeitige Freiheitsstrafe (Art. 49). Die Unterteilung in Zuchthaus, Gefängnis und Haft wird abgeschafft, die Strafen werden aber in manchen Fällen erhöht, z.B. die Mindeststrafe beim Grundtatbestand des Diebstahls von 6 Monaten auf ein Jahr Gefängnis, Art. 141 (1). Bei den Geldstrafen wird ein Tagessatzsystem eingeführt (Art. 52). Die gesetzlichen Vorgaben für die Bestimmung der Höhe eines Tagessatzes sind jedoch nicht so genau wie z.B. im deutschen Recht. Vielmehr begnügt sich der

¹¹² *Tellenbach* (Fn. 91), S. 4.

¹¹³ *Tellenbach* (Fn. 91), S. 4.

¹¹⁴ *Schroeder*, Entwurf eines türkischen Strafgesetzbuchs, Teilnahme, in: *Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul 2001, S. 380.

¹¹⁵ *Schroeder* (Fn. 114), S. 381.

Gesetzgeber wohl in Anlehnung an ein polnisches Vorbild (Art. 33 § 3 poln. StGB) mit der recht weiten Formel, der Tagessatz würde „unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und der sonstigen persönlichen Umstände des Betroffenen“ in einem Bereich zwischen 20 und 100 neuen türk. Lira festgelegt“. ¹¹⁶

Der Anwendungsbereich der bedingten Entlassung wurde im Vergleich zum geltenden Gesetz verengt. Neben der Strafaussetzung wurde auch die Aussetzung des Urteils als eine neue Institution angenommen. Außerdem kann auch die Anklageerhebung verschoben werden.

"Für das türk. StGB im Allgemeinen ist feststellbar, dass es das Tatmotiv zumeist nicht berücksichtigt. Folglich gibt es im türk. StGB keine Elastizität. Der Tatrichter hat regelmäßig keinen Ermessensspielraum. Es wird auch die Person des Täters nicht berücksichtigt. Es fehlt meines Erachtens eine tat- und tätergerechte Entscheidung aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände und Motive". ¹¹⁷ Das entspricht dem Umstand, dass die Türkei in vielen Bereichen sehr zentralistisch strukturiert ist. Obwohl die Türkei ein sehr großes Land ist, ist sie verwaltungsrechtlich dennoch ziemlich zentralistisch. Die zentrale Bürokratie möchte alles in ihrer Hand halten, auch im Justizbereich. Aus diesem Grund hat der Richter meistens wenig Ermessensspielraum, denn das strenge Legalitätsprinzip gilt für den Staatsanwalt. Im neuen StGB wird den Richtern aber mehr Ermessensspielraum eingeräumt, was jedoch in der Türkei massiv kritisiert wird.

II. Besonderer Teil

Was den Besonderen Teil anbelangt: Das auf den ersten Blick am stärksten auffallende Merkmal im Abschnitt über Staatsschutzdelikte ist seine systematische Position im Gesetz: Dieser steht nicht mehr wie im ehemaligen StGB und in den meisten Strafgesetzbüchern der Welt am Anfang des Besonderen Teils, *sondern wird erst zu Beginn eines dritten Teils, den Straftaten gegen Personen, und dem 2. Teil, den Straftaten gegen die Gesellschaft, angeführt*. Diese geänderte Gruppierung soll ein neues Verständnis der Rangfolge von Individuen, Gesellschaft und Staat zum Ausdruck bringen, wie bereits in der Begründung zum Entwurf von 2000 gesagt wurde. ¹¹⁸

„Im Besonderen Teil sind eine Reihe von neuen Tatbeständen bzw. Tatbestandsgruppen eingefügt worden. Das gilt zunächst für die Tatbestände des

¹¹⁶ Tellenbach (Fn. 91), S. 7.

¹¹⁷ Hakeri (Fn. 19), S. 254, S. 255.

¹¹⁸ Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Fn. 78), S. 172, S. 173.

Völkermords und der Verbrechen gegen die Menschlichkeit, die weitgehend den Vorschriften des Rom-Statuts nachgebildet sind und am Anfang des Besonderen Teils stehen, Art. 76, 77. Ferner sind z.B. Umweltstraftaten ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden, Art. 181ff. Das ist umso bedeutsamer als die strafrechtliche Seite des Umweltschutzes bisher eher marginal war und das Umweltgesetz wie auch zahlreiche Gesetze mit einzelnen umweltschutzbezogenen Vorschriften vorwiegend Verwaltungsstrafen vorsahen“.¹¹⁹

Liederlichkeit (Ausschweifung; Inzest) ist weiterhin keine Straftat. Nach einer neuen Bestimmung wird die Frau nicht bestraft, die durch eine Straftat geschwängert worden ist und ihr Kind abtreibt (Art. 99). Schwangerschaftsabbruch bis zur zehnten Woche (im Entwurf 12 Wochen) ist straflos.

Eine weitere neue Regelung (Art. 90) bestraft die unrechtmäßigen medizinischen oder wissenschaftlichen Experimente an Menschen – auch mit deren Einwilligung. Nach dem neuen Art. 122 wird die Diskriminierung bestraft.

„Wichtige Vorschriften sind völlig neugefasst worden, so die Vorschriften zur Bekämpfung der Folter im Rahmen der wichtigen Null-Toleranz. Bei dem bisherigen Tatbestand ist das Kernstück, dass eine Misshandlung von Personen geschieht, die in einem Strafverfahren eine Rolle haben, vornehmlich als Beschuldigter/Angeklagter, aber auch ein Zeuge oder Nebenkläger, um dadurch ein bestimmtes Aussageverhalten zu erreichen. Die neuen Straftatbestände zur Folter haben einen viel breiteren Rahmen, Art. 94f. und im Grundtatbestand einen Strafrahmen von drei bis zu 12 Jahren Gefängnis, der bei Vorliegen von Strafschärfungsgründen weiter erhöht werden kann, im Falle des Todes durch Folter auf verschärfte lebenslängliche Gefängnisstrafe. Sie sind praktisch Vorschriften geworden, die allgemein Misshandlungen durch Staatsbeamte unter schwere Strafen stellen“.¹²⁰

Insbesondere durch Streichungen, aber auch durch einige Abänderungen von Vorschriften, ist der gesamte Bereich verändert worden, der *die Rechte der Frau* betrifft. Dabei haben sich die sehr aktiven türkischen Frauenorganisationen weitgehend durchgesetzt. Zunächst sind die Sexualdelikte systematisch nicht mehr Delikte gegen die Gesellschaft oder gegen die guten Sitten, sondern Delikte gegen die Person und hier gegen ihre sexuelle Integrität, Art. 102ff. Alle Vorschriften, die die Mädchenentführung betrafen, sind aufgehoben, auch die Bestimmung, dass eine Eheschließung zwischen Täter und Opfer - auf Wunsch des Opfers - ein Strafverfolgungshindernis darstellt. Alles, was davon geblieben ist, ist eine Strafschärfung des Grundtatbestands der

¹¹⁹ Tellenbach (Fn. 91), S. 8.

¹²⁰ Tellenbach (Fn. 91), S. 8.

Freiheitsberaubung für denjenigen, der eine Frau oder einen Mann aus sexuellen Motiven entführt (Art. 109 Abs. 5).¹²¹

Das alte türk. StGB enthielt einen besonderen Strafminderungsgrund für die Tötung im Falle einer Überraschung beim Ehebruch. In Art. 462 des alten türk. StGB war eine Strafermäßigung bis auf ein Achtel der Normalstrafdrohung vorgesehen. Der Entwurf schuf richtigerweise die selbständige Strafminderung ab. Ausschlaggebend ist jetzt der allgemeine Strafminderungsgrund der „Provokation“, der sich im Allgemeinen Teil (Art. 29) findet. Er sieht keine so weitgehende Strafmilderung vor.

Nachdem die oben erwähnte besondere Strafmilderung für Ehrenmorde abgeschafft wurde, wurde ein neuer Strafschärfungsgrund für Tötungen mit Ehrenmotiv (Töre Saiki) in das Gesetz hinzugefügt. *So werden auch solche Tötungen als Mord eingestuft, die aus Gründen der Blutrache oder Ehre begangen werden.*

Obwohl das alte türk. StGB keine ausdrückliche Beschränkung der Vergewaltigung auf „außereheliche“ Fälle enthielt, bestrafte man den Täter nicht wegen Vergewaltigung, wenn er der Ehemann des Opfers ist. Wenn der Ehemann aber ohne Einwilligung der Ehefrau den Analverkehr vollzieht, meint der türk. Kassationsgerichtshof, dass der Ehemann nach einer anderen Bestimmung zu bestrafen sei, die die Misshandlung von Verwandten erfasst (Art. 478). Begründet wird die Strafflosigkeit der Vergewaltigung in der Ehe damit, dass der Ehemann ein gewisses sexuelles Bestimmungsrecht über seine Frau habe.¹²² Man könnte diese Rechtsprechung mit einer *gesetzlichen* Bestimmung im Entwurf verhindern. In der Begründung der Bestimmung über die Vergewaltigung hat man aber ganz im Gegenteil auf die *geltende* Rechtsprechung verwiesen und sagte, aus diesem Grund brauche man darüber keine *weitere* Regelung.¹²³ Diese Taten sind nach dem neuen StGB dagegen als Vergewaltigung zu bestrafen (Art. 102), werden jedoch erst auf Antrag verfolgt.

Die Straftaten gegen das „private Leben“ werden neu und nach dem Vorbild des schweizerischen StGB geregelt (Art. 132 f.).¹²⁴

Die Zahl fahrlässig begehbare Straftaten wird vermehrt. In der Begründung wird erläutert, dass dies zeige, dass das Gesetz liberal sei.¹²⁵

¹²¹ *Tellenbach* (Fn. 91), S. 9.

¹²² *Ünver*, Das Rechtsgut im Strafrecht, in: *Annale de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Volume: 33, Number: 50, 2001, S. 103.

¹²³ Begründung des Artikels 313 (Fn. 63), S. 321.

¹²⁴ *Toroslu* (Fn. 72), S. 85; Mehr dazu S. *Tosun*, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, in: *Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği*, İstanbul 1977, S. 384 vd.

¹²⁵ *Dönmezer*, *Bir Ceza Kanunu veya Tasarısının Değerlendirilmesi Yöntemi*, in: *Festschrift für Çelik*,

Die Beleidigung staatlicher Organe wird heute in Europa in sehr engem Umfang angenommen. Dagegen wird in breitem Umfang Kritik geübt. Viele Werte und Organe, die heute in dem alten Art. 159 türk. StGB genannt sind, genießen in vielen europäischen Länder keinen erhöhten Schutz.¹²⁶ Dass in der Türkei Strafverfahren wegen Beleidigung des Staatspräsidenten und Beleidigung von staatlichen Institutionen, Werten und Symbolen eine relativ große Rolle spielen, zeigte sich auch in den Diskussionen im Januar 2002, 2005 und 2006. Die Regierung versuchte diese Bestimmung im Rahmen der Anpassung an die EU zu reformieren. Hinsichtlich des Entwurfs des türk. StGB lässt sich sagen, dass die alten Art. 145, 158 und 159, Beleidigung von staatlichen Symbolen, Beleidigung des Staatspräsidenten und Beleidigung von Institutionen und Werten zwar im wesentlichen im Entwurf wie das alte Gesetz formuliert waren, jedoch auch Unterabteilungen von Armee und Justiz als beleidigungsfähig genannt werden. Auffallend war überdies, dass die „Republik“ nicht mehr im Katalog der beleidigungsfähigen Institutionen und Werte genannt wurde. Bei den Anpassungsarbeiten im Parlament aber wurde das Wort „Republik“ wieder hinzugefügt. Außerdem werden auch die türkische Nation und der türkische Staat gesondert aufgeführt.¹²⁷

„Der neue Art. 301 ist in der Grundstruktur gleich geblieben, aber bildet zwei Gruppen von Werten bzw. Institutionen. In die erste gehören wiederum Türkentum, Republik und Parlament, deren Schmähung wie bisher mit sechs Monaten bis zu drei Jahren Gefängnis bestraft wird, in die zweite Gruppe gehört die Regierung, die Justiz und die Sicherheitskräfte mit Strafen von sechs Monaten bis zu zwei Jahren. Es sieht fast so aus, als ob man die Strafe für diejenigen Institutionen, die in der Praxis oft vorkommen, gemildert hat und diejenigen, die doch in der Praxis kaum vorkommen, im alten Maß bestehen lassen wollte. Die Herabsetzung auf zwei Jahre ist insbesondere deshalb interessant, weil Strafen bis zu zwei Jahren zur Bewährung ausgesetzt werden können. Dagegen ist die Verfolgungsermächtigung durch den Justizminister in Art. 160 des früheren StGBs weggefallen. Sie hätte es der Exekutive erlaubt, die Justiz auf die Verfolgung wirklich gravierender Fälle zu verweisen, und sie hätte es eben auch erleichtert, im internationalen politischen Verkehr von Regierung zu Regierung Vorsicht bei der Erteilung dieser Ermächtigung anzumahnen, ohne sich dem Vorwurf eines unzulässigen Eingriffs in die Justiz auszusetzen. Ein weiteres Monitum zu

Bd. I, İstanbul 2001, S. 249.

¹²⁶ Tellenbach (Fn. 60), S. 637.

¹²⁷ Tellenbach (Fn. 60), S. 638, S. 639.

Art. 301 ist, dass die Strafen im internationalen Vergleich zu hoch liegen. Insgesamt ist diese Vorschrift also noch unbefriedigend“.¹²⁸

Noch ein Artikel ist anzusprechen, der nicht in den Staatsschutzdelikten steht, sondern in den Delikten gegen die öffentliche Ordnung. Dennoch steht er den Staatsschutzdelikten nahe. Gemeint ist der Art. 216, der mit bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe denjenigen bestraft, der unter Bezugnahme auf Unterschiede in Klasse, Rasse, Religion, Konfession oder Region unter der Bevölkerung Hass und Feindschaft schürt. Hier liegt das Problem weniger im Tatbestand als in der Auslegung, und ähnlich wie bei den Ehrverletzungsdelikten, kommt es hier darauf an, wo die Grenze zwischen der Berichterstattung und der massiven Kritik auf der einen Seite und dem Aufhetzen auf der anderen Seite liegt. Auch hier können die Grenzen verschoben werden und im Extremfall zum Pönalisieren einer Meinung führen. Berühmte Fälle aus den letzten Jahren, so die Verurteilungen des ehem. Bürgermeister von Istanbul (jetziger Ministerpräsident) und eines sehr berühmten Schriftstellers, bei denen es jeweils zu den letztinstanzlichen Verurteilungen “dissenting votes” von überstimmten Richtern gab, die für Freispruch plädiert hatten, zeigen, wie hier die Auffassungen schwanken. Die bemerkenswerteste Änderung bei dieser Vorschrift im Gesetz ist die Einschränkung, dass auf die Aufstachelung zu Hass und Feindschaft in einer Art geschehen sein muss, die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu stören. Damit scheiden Bagatelldelikte aus. Es werden nur noch Vorfälle von einem bedeutsameren Gewicht erfasst, was der eigentlichen Absicht des gesamten Abschnitts mehr gerecht wird, der schließlich die öffentliche Ordnung schützen will.¹²⁹ Neuerdings wurde als Sicherung noch das Erfordernis eingebaut, dass durch die Aufhetzung eine eindeutige und gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit entstanden sein muss, (englisch: clear and present danger, hier finden wir wohl einen Einfluss des amerikanischen Rechts im StGB).¹³⁰ In der Praxis wird aber dieser Artikel trotz der Entscheidungen des EMRG weiterhin sehr *streng* angewandt.

I. Schlussbemerkung

Die Türkei ist ein Land, in dem in den letzten 150 Jahren die Gesetze im Strafrecht durch eine Übernahme *von strafgesetzlichen Elementen aus anderen Staaten* entstanden sind. Die Länder, die auf das türkische Strafrecht einwirken, können geschichtlich wie folgt festgestellt werden: Jahrhunderte lang galt im osmanischen Reich im Wesentlichen

¹²⁸ Tellenbach (Fn. 91), S. 10.

¹²⁹ Tellenbach (Fn. 60), S. 641.

¹³⁰ Tellenbach (Fn. 91), S. 10.

das islamische Recht. Im 19. Jahrhundert sehen wir die massive französische Wirkung in allen Bereichen des Osmanischen Reiches, auch im Strafrecht, insbesondere wegen der Übernahme des französischen StGB vom 1810 im Jahre 1858. Da auch das Codice Zanardelli aus dem Französischen übersetzt wurde und bis dahin die meisten Strafrechtler Französisch sprachen, wurde das Zanardelli Gesetz lange Zeit gemäß dem französischen Recht interpretiert. Erst in den 40er Jahren wurden an der Universität Istanbul Assistenten eingestellt, die italienisch konnten.

In letzter Zeit kann man nicht nur im Strafrecht, sondern in allen Bereichen der Rechtswissenschaft einen großen deutschen Einfluss erkennen. Das liegt nicht nur daran, dass die deutschen Professoren jüdischer Abstammung während des zweiten Weltkrieges in die Türkei geflüchtet und an den Universitäten gelehrt haben, sondern auch daran, dass die deutsche Rechtswissenschaft sehr fortgeschritten ist, so dass man einige Gesetze aus Deutschland übernommen hat und letztlich auch, dass man für die Forschungen in Deutschland ebenso von deutscher Seite sehr großzügige finanzielle Unterstützungsmöglichkeiten zur Verfügung hat.

Mittlerweile hat die französische Rechtswissenschaft bis auf das Verwaltungsrecht ihre Wirkung verloren. Mit dem Entwurf 2003 könnte man aber im Strafrecht wieder von französischem Einfluss sprechen. Im neuen StGB ist aber der große deutsche Einfluss nicht zu übersehen, weil alle drei Strafrechtler in der Kommission Deutsch können.

Zurzeit können ca. 10-15 Strafrechtler in der Türkei italienisch sprechen, während die Zahl der deutsch sprechenden Strafrechtler doppelt so hoch ist. So orientiert sich die türkische Strafrechtswissenschaft am Westen, früher überwiegend nach Frankreich und Italien, heute vornehmlich nach Deutschland.

Nach der langen Rezeptionstradition muss man ganz klar folgende negative Feststellung machen: Die türkischen Strafrechtler *kreieren* nicht *selbst*. Die Rezeption hat es verhindert, dass die türkische Lehre produktiv wird.¹³¹ Was die türkischen Strafrechtler leisten, ist das Erlernen einer Fremdsprache und anschließend der Transport der Entwicklungen des jeweiligen Landes in die Türkei.

Im Rahmen der Reformen Atatürks nahm die Justizreform eine wichtige Stelle ein.¹³² Nach der großen Rechtsrevolution nach 1923 versucht man jetzt wieder einmal im Rechtsbereich wichtige Schritte zu machen. Die wichtigsten Grundgesetze werden reformiert. Zuletzt wurde im Jahre 1926 das aus der Schweiz übernommene BGB

¹³¹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I, 12. Auflage, İstanbul 1997, S. 156.

¹³² *Yenisey* (Fn. 36), S. 213.

abgeschafft und am 1.1.2002 ein "BGB made in Turkey" in Kraft gesetzt. Diesen Schritt wollte man im Strafrecht auch gehen. Ich muss aber noch weiter feststellen, dass in Europa nach dem zweiten Weltkrieg insbesondere ab 1975 im Bereich des Strafrechts eine demokratische Revolution stattgefunden hat.¹³³ In der Türkei wurde jedoch der damals nötige Schritt nicht gemacht.

Auch hinsichtlich des Entwurfes 2003 gab es meines Erachtens viel zu tun.¹³⁴ Gleichwohl ließ sich sagen, dass der Entwurf seit langem das erste Landesprodukt im Bereich der Strafgesetzgebung darstellte.¹³⁵ Wichtig war aber, dass man den Entwurf unbedingt nach einer notwendigen Verbesserung zum Gesetz erhob, weil ansonsten wenigstens 10-15 Jahre keine neue Entwicklung mehr zu erwarten gewesen wäre. Die Türkei darf kein weiteres Mal die Möglichkeit verpassen, die seit 150 Jahren andauernde Tradition der Rezeption der Gesetze zu überschreiten und ein eigenständiges Strafgesetz zu schaffen. Diese Arbeit wurde mittlerweile durchgeführt. Sie hatte jedoch in äußerst kurzer Zeit zu erfolgen. Deshalb gibt es auch in dem neuen Gesetz viele problematische Punkte.

Der Misserfolg im Bereich des Strafrechts hat mehrere Ursachen. Der Hauptgrund ist vielleicht politisch. Ich möchte aber an dieser Stelle auf zwei andere wichtige Gründe¹³⁶ aufmerksam machen: Erstens handelt es sich um eine konservative Rechtstradition, so möchte insbesondere die Rechtsprechung die angewöhnte Anwendung der Gesetze nicht aufgeben. Zweitens ist wie oben gesagt, die türkische Strafrechtslehre trotz ein paar sehr guter Werke, nicht produktiv und schöpferisch tätig geworden. Das liegt auch daran, dass es in der Türkei im Vergleich zur Population sehr wenige Strafrechtler gibt. So gibt es ca. 250 Strafrechtsprofessoren in Deutschland, wo 80 Millionen Menschen leben. Dagegen gibt es in der Türkei nur 21, obwohl die Einwohnerzahl 60 Millionen beträgt. Zudem muss betont werden, dass selbst diese Zahl erst vor ein paar Jahren erreicht wurde. Bis vor 20 Jahren gab es in der Türkei nur zwei Juristische Fakultäten, nämlich in Ankara und Istanbul, zurzeit aber 18 (mit Privatuniversitäten 31).

Die Türkei mit ihrer Rechtsordnung und von ihr unterzeichneten internationalen Konventionen¹³⁷ hat sich mit dem Westen verbunden. Es gibt ein Rechtsnetz zwischen

¹³³ Özek (Fn. 80), S. 662.

¹³⁴ „Das Hauptproblem wird erst dann entstehen, wenn der Entwurf unglücklicherweise zum Gesetz erhoben wird. Der Entwurf ist jedoch aus folgender Hinsicht erfolgreich, weil man damit weiß, dass ein moderner und konsequenter Entwurf so nicht sein darf“ sagt Toroslu (Fn. 72), VII.

¹³⁵ Hakeri (Fn. 51), S. 147.

¹³⁶ S. Cihan (Fn. 16), S. 728.

¹³⁷ „Seit dem 24.10.1945 ist die Türkei Mitglied der UNO, seit dem 13.4.1950 Mitglied des Europarates. Am 10.3.1954 hat sie die europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ratifiziert, und zur Zeit der Ratifikation gab es im türkischen Recht keine Vorschrift, die ihrem Wortlaut nach einer Vorschrift dieser Konvention widersprochen hätte“, Yenisey (Fn. 36),

der Türkei und Europa. Es wird natürlich einige *abweichende* Regelungen geben. Das sind jedoch keine Gegensätze, sondern nur Nuancen.¹³⁸ Die Strafrechtsordnungen der europäischen Länder gehören zwar einem anderen Kulturkreis an, das türkische Strafrecht steht ihnen aber in seiner 150-jährigen Entwicklung heute so nahe wie nie zuvor.

Insbesondere, nachdem die Türkei offizieller Beitrittskandidat für die EU geworden ist, muss man dem gemeinsamen europäischen Recht mit noch mehr Bedacht folgen.

„Die Integration der Türkei in die moderne Welt erfordert eine Revision des türkischen Rechtssystems und gebietet die Aufhebung antidemokratischer Normen“.¹³⁹

Nach dem in der römischen Zeit von den Glossatoren entwickelten gemeinsamen Strafrecht in Europa entsteht jetzt ein neues gemeinsames europäisches Strafrecht. Dieses Zusammenkommen der Strafrechtler verschiedener europäischer Länder selbst zeigt, dass es ein gemeinsames europäisches Strafrecht schon gibt. In allen Bereichen der Rechtswissenschaft in Europa gibt es im Rahmen der EU oder außerhalb der EU vielleicht keine Vereinigung aber doch eine Annäherung¹⁴⁰ und die Türkei ist seit fast 200 Jahren Teil dieser Annäherung.

Die Reform des türkischen Strafrechts ist eine Reform, die ungeachtet einzelner Mängel alles in allem einen erheblichen Fortschritt in die Richtung eines modernen Strafrechts bedeutet.¹⁴¹

S. 214.

¹³⁸ Ünal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Hakkındaki Mahkumiyet Kararları ve Türk İç Hukukuna Etkileri, in: Hukuk Kurultayı 2000, C. I, S. 251.

¹³⁹ Von dem dem türkischen Parlament am 25.11.1991 vorgelegte Regierungsprogramm, Artuk/Kleinjans, Das türkische Strafvollzugssystem – Überblick und Reformbestrebungen, in: ZStW 107 (1995), S. 129.

¹⁴⁰ Dönmezer, CMUK 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, in: Festschrift für Erman, S. 254.

¹⁴¹ Vgl. Tellenbach (Fn. 91), S. 18.

Türk Ceza Hukuku'nun Tarihçesi ve Türk Ceza Hukuku Dogmatğine Yabancı Hukukun Etkileri

Prof. Dr. Hakan Hakeri¹

Übersetzt von: Başak Özay, LL.M.Eur.

A. Türk Ceza Kanunu'ndan Önceki Osmanlı Ceza Hukuku

Türk Ceza Hukuku'nun kökleri İslam Hukuku'nda aranmamalıdır.² Türkiye'de yasaların iktibası Cumhuriyet Dönemi ile başlamamıştır. 19. yy'ın ortalarından itibaren, henüz Osmanlı İmparatorluğu Dönemi'nde Avrupa kanunlarından pek çok hüküm alınarak, Türkiye'de uygulanmaya başlanmıştır.³ 1858 yılında hazırlanan Osmanlı Ceza Kanunu, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun⁴ neredeyse kelimesi kelimesine bir tercümesidir ve bu kanun 1926 yılına kadar geçerliliğini korumuştur. 1858 yılında yürürlüğe giren Osmanlı Ceza Kanunu, yerini Zanardelli Kanunu'na⁵ bırakana kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanun, Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılmasından sonra da, bağımsızlığını kazanan ülkelerde uygulanmaya devam edilmiştir.⁶ Böylelikle, Türk yasasınının 150 yılı aşan bir süredir açıkça batıya yönelimli olduğu görülmektedir.

Cumhuriyetin kuruluşundan önce de, yeni bir ceza kanununun hazırlanması yönünde çalışmalar vardı. Bu çalışmalardan biri de 1909 yılında başlanılan çalışmadır. 1909 yılında, Zanardelli Kanunu⁷ Fransızca tercümesinden Türkçe'ye aktarılmış ve bu metne dayanarak bir kanun ön tasarısı hazırlanmıştır. Böylelikle, 'vatana karşı işlenen suçlar' olduğu gibi alınmış, buna karşın düello gibi suçlara kanunda yer verilmemiştir. 'Kanun

¹ Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi, Konya/Türkiye.

² Osmanlı İmparatorluğu'nun 13. yy'da kuruluşundan itibaren, Türkiye'de İslam Hukuku uygulanmıştır.

İlk olarak Kanuni Sultan Süleyman (1520-1566) ve VI. Mehmet (1648-1687) döneminde özel olarak ceza hukuku alanında kanunlar çıkarılmıştır, *Önder*, Die Entwicklung und Rezeption des Straf- und Strafverfahrensrechts in der Türkei, in: ZStW 70 (1958), S. 76.

³ Hukuk sisteminin batılılaşması yönündeki bir baskı çok uzun zamandan beri vardı: Bir giriş ve 41 maddeden oluşan 1840 yılındaki ceza kanunu Avrupa baskısı nedeniyle çıkarılmıştır. Bu kanun İslam hukukuna dayanmaktaydı. Ancak karakteristik olan, ilk kez bir kanunda modern Avrupalı fikirler için de yer olmasıydı, *Önder*, Das türkische Strafrecht, in: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, vierter Band, (Mezger, Schönke, Jescheck: Hg.), Amerika-Norwegen-Türkei-Berlin 1962, S. 426.

⁴ O dönemlerde modern olarak görülen bu kanun İslam hukuku hükümleriyle yeniden düzenlenmiştir, böylece örneğin kanuna şahsi intikamı yasal hale getiren bir hüküm eklenmiştir. *Önder* (Dipnot 2), S. 427.

⁵ 1889 İtalyan Ceza Kanunu.

⁶ 1858 yılındaki kanun değişikliklerinde çoğunlukla Zanardelli Kanunu örnek alınmıştır, *Kunter*, Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi, İBD, Ekim 1948, S. 541.

⁷ İtalyan Ceza Kanunu'nun tercüme edilmesinin nedeni, bu kanunun mükemmel görülmesiydi. *Önder* (Dipnot 2), S. 427.

tasarısı bu biçimiyle mecliste görüşmeye açılmıştır. Ancak konu hakkında gerekli aydınlatıcı bilgiler verilemeden ve danışmanlık dahi yapılamadan, tasarı hükümet tarafından, *Türkiye'nin sosyal yapısına uygun olmadığı* gerekçesi ile geri çekilmiştir.⁸ Bu noktada acil bir yenilenmeye gereksinme duyulmuştur. Bu nedenle ön tasarı rafa kaldırılmış ve 1911 yılında, 1858 yılında yürürlüğe giren Osmanlı Ceza Kanunu yenilenmiştir. Bu yenilenme sırasında da Zanardelli Kanunu esas alınmıştır.⁹

'Birinci Dünya Savaşı sırasında da yeni bir ceza kanunu hazırlanması ihtiyacı henüz oluşmamıştı. Hukuk danışmanı Dr. Rudolf Heinze, hazırladığı raporda eski ceza kanununun 1911 yılında yapılan değişikliklerle gelecekteki yıllarda da işlevini koruyabileceğini, ancak savaştan sonra mutlaka yeni bir ceza kanunu hazırlanması gerektiğini belirtmiştir.'¹⁰

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Osmanlı İmparatorluğu Döneminde de Ceza Kanunu reforme edilmeye çalışılmıştır. Ancak ülkedeki politik istikrarsızlıklar nedeniyle heyet çalışmalarını tamamlayamamıştır.¹¹

B. 1926 Türk Ceza Kanunu Hazırlık Çalışmaları

1923 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin resmen ilan edilmesinden sonra, Türkiye batı hukukuna doğru yeni ve geri dönülemez bir yola çıkmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra, yeni bir ceza kanunu hazırlanması için bir heyet kurulmuştur. Bu heyet çalışmalarını 1925 yılına kadar sürdürmüştür. Hükümet acil olarak yeni ceza kanununa ihtiyaç duyduğundan bu heyetin çalışmaları yarıda kesilmiştir. Ardından 6 ay içerisinde, Zanardelli Kanunu'nun 1909 yılındaki tercümesine dayanan yeni ceza kanunu yürürlüğe girmiştir. Böylece 16 yıl önce '*Türk toplumunun sosyal yapısına uygun olmadığı*' gerekçesi ile reddedilen kanun teklifi kanunlaşmıştır. 01.07.1926 tarihinde uygulamaya konulan eski Türk Ceza Kanunu, İtalyan Ceza Kanunu'nun 1889 yılındaki biçimine (Codice Zanardelli) dayanmaktadır. Bu kanun ise, 1853 yılındaki Toskana Ceza Kanunu'nun bir uzantısıdır.¹²

⁸ Önder (Dipnot 2), S. 428.

⁹ Artuk, 1926 Tarihli Türk Ceza Kanununun Değiştirilmesi Yönündeki Çalışmalar Hakkında Düşünceler, in: İstanbul Barosu Dergisi, Aralık 1998.

¹⁰ Önder (Dipnot 2), S. 428.

¹¹ Artuk (Dipnot 9), S. 832-834.

¹² Artuk, Sinn und Zweck der Strafe und die Maßnahmen zur Sicherung und Besserung im türkischen Strafrecht, Königstein 1979, S. 42.

Bu kanunun alınması ile 'yıllarca süren, ülkenin yapısına en uygun yasayı hazırlama yönündeki çabalar başarıya ulaşmamıştır.¹³ Bu konuda, Atatürk tarafından gerçekleştirilen Türk Devrimi'nin daha fazla beklemek istememesi ve geçmişle olan bağların bir an önce koparılmak istenmesi büyük bir rol oynamıştır.¹⁴ Ayrıca Lozan Antlaşması'nda da batılı kanunların alınacağına dair söz verilmiştir.¹⁵

Böylece modern Türkiye'nin yapı taşlarından biri olan 1926 kanunu, Avrupalılaşıma eğilimini desteklemiştir.¹⁶

İktibas edilmek üzere İtalyan Ceza Kanunu'nun seçilmesinin en önemli nedeni, bu kanunun tercümesinin hazır olmasıdır. Ayrıca kanun, dönemine göre insan haklarının üstünlüğüne ilişkin görüşleri benimsemektedir; demokratik bir yapıya sahiptir. Hukuk heyetinin raporunda da, Zanardelli Kanunu'nun en yeni ve en mükemmel kanun olduğu vurgulanmış,¹⁷ kanunun özgürlükçü yapısına değinilmiştir.¹⁸

'Ancak İtalyan Ceza Kanunu tümüyle alınmamıştır. Tercüme sırasında kimi hatalar meydana gelmiştir. Bazı düzenlemeler, 1858 yılındaki Osmanlı Ceza Kanunu'ndan aktarılmıştır.'¹⁹ Cinsel suçlar hukuku bölümü buna örnek gösterilebilir.²⁰

Zanardelli Kanunu'nun 19., 20. ve 21. yüzyıllar olmak üzere peşpeşe üç yüzyıl boyunca uygulanan belki de tek kanun olduğuna burada dikkat çekmek istiyorum.

C. Eski Ceza Kanununun Temel Özellikleri

Daha önce de değinildiği gibi, Zanardelli Kanunu, Türk Ceza Kanunu'na tümüyle alınmamıştır. Türk kanun koyucusu, Türk toplumu ile İtalyan toplumu arasındaki kültürel farklılıklardan dolayı, cinsel suçlar hukuku bölümünü Zanardelli Kanunu'ndan

¹³ Önder (Dipnot 2), S. 429.

¹⁴ Artuk (Dipnot 9), S. 832-834.

¹⁵ Hirsch, Ernst, Rezeption als sozialer Prozess, Berlin 1951, S. 35.

¹⁶ Cihan, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Açısından Kişi ve Mala Karşı Cürümlerin 50 Yılı ve Geleceği, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 721.

¹⁷ Esasında Bulgar Ceza Kanunu (1896) ve Rus Ceza Kanunu (1905), İtalyan Ceza Kanunu'ndan daha yenilerdi.

¹⁸ Artuk (Dipnot 9), S. 835.

¹⁹ Hakeri, Die türkischen Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens der Person im Vergleich mit dem deutschen Recht, (Diss.) Pfaffenweiler 1997, S. 1; Zanardelli Kanunu'na göre altsoy hüriyetten haksız olarak mahrum etme cezayı ağırlaştırıcı bir neden değildi (Art. 146/III). Ancak kanun alınırken, bu unsur yanlışlıkla ceza artırıcı neden olarak görüldü, S. Majno, Ceza Kanunu Şerhi, Bd. II, Ankara 1978, S. 100; Gülşen, Hüriyeti Tahdit Suçu (TCK. m. 179-180), (Diss.), İstanbul 2000, S. 119, dn. 113.

²⁰ Bkz. aşağısı, "Eski Türk Ceza Kanunu'nun Temel Özellikleri".

değil, eski Osmanlı Ceza Kanunu'ndan almayı tercih etmiştir.²¹ Ancak bu noktada, Türk Ceza Kanunu'ndaki cinsel suçlara ilişkin hükümlerin, birçok uygar ülkedeki benzer hükümlere kıyasla daha özgürlükçü bir yapıda olduğunu özellikle vurgulamak gerekir. Ensest, eşcinsellik, fuhuş, doğal olmayan cinsel eylemler gibi etik açıdan onaylanmayan birçok edim bu kanunda suç olarak düzenlenmemiştir.²² Türk Ceza Kanunu, kazuistik bir kanundu.²³

Türk Ceza Kanunu'nun 50. yaşını doldurduğu 1976 yılında düzenlenen bir sempozyumda şu sonuçlara varılmıştır: Mevzuat kanun olan, Zanardelli Kanunu, demokrat ve liberal yapısıyla Türkiye'de hem totaliter dönemlerde (Cumhuriyetin kurulmasından hemen sonra ve askeri darbe dönemleri), hem de demokrasinin işlediği dönemlerde kullanılmıştır.²⁴ Bütün bu dönemlerde aynı kanun yürürlükte kalmıştır. Bu süre boyunca Türk Ceza Kanunu defalarca değişikliğe uğramıştır. Ancak en uç politik dönemlerde dahi, kanun yürürlükte kalmıştır.²⁵ Bu tespit, Türk Ceza Kanunu'nun 50. yaş sempozyumunda da tekrarlanmıştır: Türk toplumundaki politik ve sosyolojik değişimlere rağmen, farklı politik görüşlerin temsilcisi olan hükümetlere ve askeri müdahalelere rağmen Türk Ceza Kanunu varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Hatta demokrasinin ve meclisin feshedildiği dönemlerde dahi, aynı hükümler kullanılmıştır. Kanun, hiç bir zaman uygulamadan kaldırılmamıştır. Buradan varılan sonuç da, eski Türk Ceza Kanununun ilkeleri ve temel yapısıyla iyi bir kanun olduğudur.²⁶

Prensipte kendi içinde tutarlı olan bu kanunun, tutarlı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı ise tartışmalı bir konudur. Bunun tam tersini düşündüren pek çok neden vardır: İlk, bu kanunu uygulamaya başlayan hakimler İslam Hukuku eğitimi almışlardır. Adalet Bakanlığı, Majno Ceza Hukuku Şerhi'nin tercümesini yaptırmıştır. Bugün hala bu şerhe başvurulmaktadır. Ne var ki, bu şerhi tercüme edenler hukukçu değildir. Şerhin tercümesi kesintilere uğramış, farklı kişilerce farklı zamanlarda yürütülmüştür. Bu nedenle hükümlerin çoğu da yanlış tercüme edilmiş, davaların çoğu da bu yanlış tercüme esas alınarak karara bağlanmıştır. İkinci neden Fransız Hukuku'nun etkisidir. Bu sorun, daha Zanardelli Kanunu'nun İtalyanca'dan değil de, Fransızca'dan Türkçe'ye tercüme edilmiş olmasında kendisini göstermektedir. Böylece İtalyan kanunu, Fransız Hukuku'na göre yorumlanmıştır. Kanun İtalya'dan

²¹ *Yarsuvat*, Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 648, S. 649.

²² *Yarsuvat* (Dipnot 21), S. 651.

²³ *Soyaslan*, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Aufl., Ankara 1997, S. 12.

²⁴ *Dönmezer*, Açış Konuşması, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 15.

²⁵ *Dönmezer* (Dipnot 24), S. 12.

²⁶ *İçel*, Önsöz ve Sunuş Konuşması, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler –, İstanbul 1998, X.

alınmaktadır, fakat hukuk Fransa'dan. Bu, İtalyan kanunu ile Fransız Kanunu'nun birbirinden çok farklı olması nedeniyle de önemli bir problem teşkil etmektedir. İlk 1950'li yıllardan itibaren, İtalyan literatürünü kaynak alan ceza hukuku kitapları yayınlanmaya başlanmıştır.²⁷

D. Türk Ceza Kanununda Yapılan Değişiklikler ve Eski Kanunun Eleştirisi

Geçtiğimiz 75 yıl içerisinde Türkiye'de çok büyük değişiklikler meydana gelmiştir. Monarşi'den Cumhuriyet'e, tek partili sistemden çok partili sisteme (1950) geçilmiştir. Askeri darbeden sonra özgürlükçü bir anayasa hazırlanmış, demokratik bir sistem oluşturulmuş, pek çok birey hakkı tanınmıştır (1960). Devletin bu hakları kötüye kullanmasına tepki olarak gelen askeri muhtıra (1971), bunun üzerine yeniden bir askeri darbe (1980) ve tüm bunların sonucu olarak da otoriter bir anayasa yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 1987 yılında Avrupa Birliği'ne üye olmak amacıyla başvuruda bulunmuş, 1999 yılında adaylık statüsü kazanmıştır; o zamandan beri de AB tarafından öngörülen standartlara uyum sağlamaya çalışmaktadır. Bütün bu politik ve sosyolojik değişimlere eş zamanlı olarak Eski Türk Ceza Kanununda da değişiklikler yapılmıştır.

Yürürlüğe girişinin 30. yılında kanunun 592 maddesinin yarısından fazlası yeniden düzenlenmiştir. Böylelikle Codice Zanardelli neredeyse tanınamayacak duruma gelmiştir.²⁸ İlk değişikliklerde bir yandan tercüme hataları üzerinde durulmuş, diğer yandan da Türk değer anlayışı ile örtüşmeyen düzenlemeler yeniden biçimlendirilmiştir.²⁹

1933 yılında 84 madde, 1936 yılında 146 madde, 1953 yılında ise 106 madde değiştirilmiştir. 1936 yılında yapılan değişiklik en kapsamlı olanıdır. Bu değişiklik yapılırken yine bir İtalyan Kanunu olan, Rocco Kanunu, esas alınmıştır.³⁰ Düzenlemede, özellikle devlete karşı işlenen suçlarla ilgili hükümlerde değişikliğe gidilmiştir. Cumhuriyetin kurulduğu ilk yıllarda isyanların olması, cumhuriyetin henüz demokratik olmayışı, tek partili sistem ve devletin bu tek partiye ait oluşu gibi unsurlara, 1929 yılında eklenen büyük dünya ekonomik krizi, devlete karşı işlenen suçlarla ilgili bölümlerin Rocco Kanunu'ndan alınmasının nedenleridir. Böylece temelde özgürlükçü

²⁷ *Selçuk*, Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine, in: Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı, Temmuz-Ağustos 1996, Jahr 2, N. 10, S. 564, S. 565; *Selçuk*, Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması, in: CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, S. 30.

²⁸ *Dilger*, Strafrecht, in: Südosteuropa Handbuch, Bd. IV, Türkei, (hg. Klaus-Detlev, *Grothusen*), 1985, S. 217; Siehe Türk Ceza Kanunu Layihası, S. 3.

²⁹ *Önder* (Dipnot 2), S. 78.

³⁰ Buna karşılık son dönemlerdeki gerek kanun değişikliklerinde, gerekse içtihadta İtalya'daki gelişmeler hiç dikkate alınmamıştır.

olan ceza kanununa, otoriter unsurlar ilave edilmiştir.³¹ Aslında, hükümlerin 1930 yılında yürürlüğe giren ceza kanunundan alınması bir tesadüf değildir. İtalyan Ceza Kanunu Türkiye'nin o dönemki devlet anlayışı ile örtüşmektedir. Örneğin o dönemde kaymakam aynı zamanda parti başkanıdır, iç işleri bakanı ise parti genel sekreteridir, yani tek partili, tek liderli bir politik sistem döneme hakimdir.³²

Türk Ceza Kanunu'ndaki değişiklikler genellikle politiktir, ancak sistematik değildir. Örneğin, artık uygulamada olmayan 141. ve 142. maddeler (komünist ve faşist eylemler ve propoganda) toplam olarak beş kez, 'devlet kurumlarına hakaret' suçunu düzenleyen 159. madde ise toplam 6 kez değiştirilmiştir. Bu yenilemeler sırasında ceza kanununun aileye, kişilere ve topluma ilişkin hükümleri ya hiç değiştirilmemiştir ya da çok az değişikliğe uğramıştır.³³ Bu, günlük ve sistematik olmayan değişikliklerle sisteme ve sistemin genel yapısına zarar verilmiş, devlete karşı işlenen suçların oldukça otoriter, buna karşın özgürlüğe karşı işlenen suçlarınsa aşırı liberal ele alınmasına neden olunmuştur.³⁴

Türk Ceza Kanunu'nun uygulandığı ilk 50 yıl için şu tespitlerde bulunulabilir: Bu süre içerisinde Avrupa'da yeni suç tipleri belirlenmiş, bazı suç tipleri ise suç olmaktan çıkarılmıştır. Ancak Türkiye'de hiç bir suç tipi kaldırılmamıştır. Batıda cezalar hafifletilirken, Türkiye'de ağırlaştırılmıştır.³⁵ Sadece ilk 50 yıl süresince değil, kanunun alındığı 1889 yılından itibaren cezalar azaltılmamış, aksine yalnızca artırılmıştır.³⁶ Bu nedenle eski Türk Ceza Kanunu'na göre şartlı tahliye, cezanın 2/5'si çekildikten sonra mümkün olmakta, böylece Türkiye'de dünya ortalamasına göre çok yüksek olan hapis cezaları hafiflemekteydi. Ceza infaz yasası, para cezalarının ve iki yıla kadar olan hapis cezalarının (1 yıla kadar olan ağır hapis cezaları, 2 yıla kadar olan hapis cezaları ve hafif hapis cezası) tecil edilmesine olanak tanımaktaydı. Ayrıca, başka hiç bir Avrupa ülkesinde bu kadar sıklıkta af yasası çıkarılmamıştır. En son 2000

³¹ Özek, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, 468, S. 469.

³² Özek (Dipnot 31), S. 589.

³³ Akmanlar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 166.

³⁴ Özek (Dipnot 31), S. 543.

³⁵ Dönmezer (Dipnot 23), S. 15.

³⁶ Ne var ki, değişikliklerin sonuçları, beklentilere karşılık verememiştir. Türkiye'de, cezaların ağırlaştırılmasının suçla mücadelede fazla etkisinin olmadığı, suç oranlarının cezaların ağırlaştırılmasından sonra da hiç bir şekilde azalmadığı görülmüştür. Önder (Dipnot 2), S. 78. Kürtaj konusunda bir liberalleşme görüyoruz: 1983 tarihli Nüfus Planlama Kanunu, kısırlaştırma ve kürtaja ilişkin düzenlemeleri yumuşatmış, eski kanunun katılığıyla karşılaştırıldığında bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Örneğin 1965 yılındaki, kısırlaştırma propagandasına bile ceza yaptırımını öngörülmüştü. Kürtaj, gebeliğin 10. haftasına kadar yasaldır. Bu konuda daha fazla bilgi için, S. Yenisey, Die Entwicklungen im türkischen Strafrecht von 1960 bis 1983, in: ZStW 96 (1984), S. 236, S. 237.

yılında böyle bir af yasası hazırlanmış ve 60.000 mahkûmdan 20.000'i serbest bırakılmıştır.

1953 yılında hakimlerin ceza miktarını belirleme konusundaki takdir yetkileri sınırlanmış ve içtima alanında da gerçek içtima kuralları benimsenmiştir.³⁷

Esasında, gittikçe artan cezalar Türkiye'deki demokratikleşme süreci ile bağdaşmamaktadır.³⁸ Avrupa'daki İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yaşanan insan hakları gelişmesi Türkiye'de takip edilememiştir. Ancak, Türkiye'de de çok partili demokratik sisteme geçilmiştir. Demokrasi tecrübesinin azlığı ve demokratik kurumların eksikliği nedeniyle, var olan özgürlükçü kanunlar muhafaza edilememiştir.³⁹

Ayrıca ilki 1960 yılında meydana gelen askeri müdahalelerin hukuk sistemi üzerinde olumsuz etkileri olmuştur. Hukuksal düzenlemeler ya ordunun isteğine göre uygulanmış, ya da hâkimler orduyu dikkate alarak karar vermişlerdir.⁴⁰ Mevcut normlar da daha farklı yorumlanmış ve uygulanmıştır. Bu, aynı hükümlerin farklı zamanlarda farklı şekilde uygulanmasına yol açmıştır.⁴¹ İtalya'dan alınan politik normlar İtalya'da özgürlükçü, ancak Türkiye'de otoriter bir yaklaşımla uygulamaya geçirilmiştir.⁴²

Mehaz kanunda idam cezası bulunmamaktaydı.⁴³ Türk Ceza Kanunu'nun devlete karşı işlenen suçlar bölümünde ise, 15 farklı suç için idam cezası öngörülmüştür. 1936 yılında yapılan kanun değişikliğinde 7 farklı suç tipi için daha idam cezası öngörülmüş, buna karşın 3 suç tipi için belirlenen idam cezaları hapis cezasına dönüştürülmüştür. Daha sonra yapılan kanun değişikliklerinde ise, uyuşturucu madde, ölümle sonuçlanan tecavüz, ölümle sonuçlanan kız kaçırma ve insan kaçırma suçları için de idam cezası öngörülmüştür. 1990 yılından itibaren bu rakamlar azalmaya başlamıştır. 13 idam cezası (12'si devlete karşı işlenen suçlar, biri cinayet) kanunda yer almaya devam etmiştir, diğerleri ise uygulamadan kaldırılmıştır.⁴⁴ Bu değişikliklerin, Avrupa Birliği'ne üye olmak için yapılan başvurunun 3 yıl ardından gerçekleştiğine dikkat çekmek istiyorum.

³⁷ 1953 yılına kadar hakim cezanın üçte birini indirebilirken, değişikliklerden sonra yalnızca altıda birini indirme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca, 1953 yılına kadar Türk İnfaz Sistemi'nde ilerici sistem geçerli olmuştur ve buna göre cezanın süresi cezaevindeki iyi hal nedeniyle kısaltılabilmekteydi. Cezanın etkisini düşürdüğü gerekçesi ile bu da uygulamadan kaldırılmıştır, *Önder* (Dipnot 2), S. 432.

³⁸ *Özek* (Dipnot 31), S. 543.

³⁹ *Alacakaptan*, 1929'dan Bugüne Ceza Muhakemesi Yasası-Güncel Sorunlar, CMUK Sempozyumu, İstanbul 1999, S. 12, S. 13.

⁴⁰ *Alacakaptan* (Dipnot 39), S. 13.

⁴¹ *Dönmezer* (Dipnot 24), S. 15.

⁴² *Özek* (Dipnot 31), S. 470.

⁴³ Eğer bir dava Asliye Mahkemesi'nde idam ile sonuçlanırsa, eski Türk Ceza Mahkemeleri Usul Kanunu'nun 305. maddesine göre doğrudan temyize gidiyordu. İdam cezası, ancak temyiz mahkemesinin kararı ve meclisin onayından sonra infaz edilebiliyordu.

⁴⁴ *Soyaslan*, Ölüm Cezası, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 691, S. 692; Mehr dazu,

Türkiye’de idam cezaları askeri yönetimleri haricinde kadar infaz edilmemiştir.⁴⁵ 1962 ile 1972 yılları arasında idam cezası hiç infaz edilmemiştir, 1971 yılındaki askeri muhtıradan sonra iki infaz gerçekleşmiş, 1980 yılındaki askeri derbeye kadarsa hiç infaz olmamıştır. Darbenin ardından 1984 yılına kadar 37 idam cezası infaz edilmiştir.⁴⁶

1984 yılından sonra ise Türkiye’de hiç bir idam cezası infaz edilmemiştir.⁴⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi 03.08.2002 tarihinde idam cezasını uygulamadan kaldırmıştır. Buna göre, sadece savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen eylemler için ölüm cezası uygulanabilecekti Böylelikle Türkiye, üyelik müzakereleri başlamadan önce Avrupa Birliği’nin beklentilerini büyük oranda karşılamış oldu. Belirtelim ki, idam cezası 2004 yılında tamamen kaldırılmıştır.

Bir çoğu politik bu gözlemlerden sonra, şu değişikliklere de değinmek istiyorum:

1990 yılında uygulamadan kaldırılan 438. maddede, tecvüze uğrayan kadının hayat kadını olması, cezayı hafifletici neden olarak öngörülüyordu.

1953 yılındaki kanun değişikliğinde ise, 15-18 yaş arasındaki gençler arasındaki cinsel ilişki kendi iradeleri ile olsa bile cezaya tabi idi. Ancak 2002 yılından önceki eski Medeni Kanuna göre bu yaştaki gençlerin evlenmesinde hiç bir yasal sakınca görülmediğinden, bu eylemin cezalandırılması anlaşılmalıdır.⁴⁸ Ayrıca, Türkiye’de geleneksel olarak birçok genç erken yaşlarda evlenmektedir ve kırsal bölgelerde kız kaçırmanın evliliğe sebebiyet vermesi amacıyla gerçekleştiği görülmektedir.⁴⁹ Daha da kötüsü, böyle bir evliliğe onay veren ebeveyn de ‘tecavüzü tahrik ve teşvik ettiği’ gerekçesi ile cezalandırılmaktadır.

Zina, tıpkı İtalya’da olduğu gibi, iki anayasa mahkemesi kararıyla Türkiye’de de suç olmaktan çıkarılmıştır. Zina, İtalya’daki gibi, parlamento tarafından da şimdiye kadar

S. Tellenbach, Todesstrafe in der Türkei, in: ZAR 2/1991, S. 87-89.

⁴⁵ Artuk, Ölüm Cezası, in: Festschrift für Akipek, Konya 1991, S. 166; Demirbaş, Ölüm Cezası Yerine İkame Edilebilecek Cezanın Türü, in: Hukuk Kurultayı, 2000, Bd. II, S. 495.

⁴⁶ Soyaslan (Dipnot 44), S. 692; 1980 ile 1984 yılları arasındaki suçlar incelendiğinde, kasten adam öldürmenin en sık görülen idam cezası nedeni olduğu görülüyor. Taammüd, en sık söz konusu olan kasten öldürme şekli iken, kan davası, bir suçun saklanması için adam öldürmek gibi nedenler de görülüyor. İkinci sıklıkta karşılaşılan suç ise, anayasayı değiştirmeye ve ortadan kaldırmaya çalışmak. (Eski TCK. 146) Ancak bu noktada, mahkemelerin bütün bu davalarda sanıkların cinayet işlemiş olmalarını aradığını belirtmek gerekir, Tellenbach (Dipnot 44), S. 88.

⁴⁷ Avrupa Birliği’ne yaklaşma çabaları çerçevesinde, idam cezasının yürürlükten kaldırılması en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bazı politikacılar, Türkiye’nin AB’nin her hükmünü kabul etmeyeceğini söylemişlerdir. En büyük sorun, Öcalan’a verilmiş idam cezasının infazı olarak görülmekteydi. Pek çok kişi, Öcalan asılmadığı sürece idamın yürürlükten kaldırılmasına onay vermeyeceğini söylemiştir. Bir muhafazakar parti temsilcisi, ‘uluslararası çıkarlar’ söz konusu olduğunda ülkenin ‘koşulsuz Kapitülasyonla’ AB’ye teslim olacağına karşı uyarmıştır.

⁴⁸ Yarsuvat (Dipnot 21), S. 661.

⁴⁹ Yarsuvat (Dipnot 21), S. 681.

cezaya tabi tutulmamıştır.⁵⁰ Hararetli tartışmalardan sonra zina, Avrupa Birliği'nin de baskısıyla yeni ceza kanununa da alınmamıştır.

Bu değişikliklerden sonra dahi, ceza kanununun özellikle genel hükümler bölümünde reform ihtiyacı sürmüştür.⁵¹

E. Kanun Reformu için Hazırlıklar

Osmanlı İmparatorluğu'nda 1858 yılında Fransız Code Panel'in alınmasıyla başlayan yabancı kanunların ülkede uygulanması eğilimi, Türkiye Cumhuriyeti'nde de İtalyan ceza kanununun alınması ve uygulanmasıyla devam etmiştir. Bu son adım, kendisine Avrupalılaşmayı hedef olarak seçmiş yeni cumhuriyetin reform çabaları arasında gösterilebilir. 1940,⁵² 1958 ve 1989 yılında hazırlanan ön tasarılarından sonra, geçmişi yüz yıla uzanan yabancı ceza kanunlarının Türk ceza kanununa alınması ve uygulanması devrinin artık kapanmış olması gerekiyordu.⁵³ Ancak bu tasarılar kanunlaşmamıştır.

Gerek 1940 yılındaki tasarıda, gerekse 1958 yılındaki tasarıda örnek alınan kanun 1930⁵⁴ İtalyan Ceza Kanunudur.

Türk Ceza Kanunu'nun reform ihtiyacı herkes tarafından kabul edilmekteydi. Eski Türk Ceza Kanunu, hem lisan hem de içerik olarak eski bir kanun olarak görülmekteydi.⁵⁵ Bu nedenle yeni Türk Ceza Kanunu'nun üzerinde 20 yıl çalışılmıştır.

1996 yılında, 80 senedir tartışılan Ceza Hukuku Reformu bir kez daha ertelenmiştir. Reformu gerçekleştirmekle yükümlü komisyon yeni bir tasarı üzerinde çalışmayarak, 1989 yılındaki ön tasarıyı geliştirmiştir. Tasarı, 2000 yılında mecliste görüşmelere açılmıştır. Bir süre sonra ceza usul yasasındaki temel değişiklikler de kapsama alınmış ve bir tasarı hazırlanmıştır. 2003 yılında yeni hükümet bu taslağı meclisin onayına sunmuştur. Her iki taslak da belli bir yabancı ceza kanununu tam anlamıyla

⁵⁰ Ünver, Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, in: Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, S. 320.

⁵¹ Hakeri, 1997 Ceza Kanunu Tasarısında Ölüm Suçları, in: KHUKA 2-3 (2000), S. 144.

⁵² 1940 yılında, modern gelişmeye uygun yeni bir ceza kanunu tasarısı hazırlaması amacıyla bir komisyon kuruldu. '1926 Türk Ceza Kanunu'nun temeli olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu birçok açıdan eskimiş görülüyordu. Failin kişiliğinin daha fazla dikkate alınması, uygulamada karşılaşılan bazı suç tiplerinin kanuna eklenmesi gerektiği ve genel tedbirler üzerinde daha fazla durulması gerektiği belirtiliyordu', Önder (Dipnot 2), S. 433, S. 434.

⁵³ Önder (Dipnot 2), S. 75.

⁵⁴ 1940 ve 1958 tasarılarının kanunlaşmamasının nedenlerinden biri de, Rocco Kanunu'nun Türkiye'de faşist bir kanun olarak değerlendirilmesiydi.

⁵⁵ Yenisey, Zum türkischen Straf- und Strafprozeßrecht, in: ZStW 109 (1997), S. 40.

andırmamakta, ancak Alman, Fransız, İtalyan ve İsviçre ve Amerikan Hukuku'ndan unsurlar içermektedir.⁵⁶

Türkiye'de meclis, temel, büyük yasalar üzerinde ayrıntılı çalışmamaktadır. Ayrıca, tasarısının yasalaşması için gereken politik iradenin eksik olduğu da söylenebilir. 90'lı yıllardan itibaren zorluklar tespit edilmiş ve bu tasarının bazı düzenlemeleri (70 madde) yasa değişiklikleri ile eski ceza kanununa alınmıştır (örneğin, bilişim suçları, namusun temizlenmesi amacıyla yeni doğan çocuğun öldürülmesi).

F. 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Temel Özellikleri

Yeni Türk Ceza Kanunu 2003 yılındaki kanun tasarısına dayanarak hazırlandığından, bu tasarının belli özelliklerine değinmek istiyorum. Bu bölümde, yalnızca tasarının kanuna alınmayan belli düzenlemeleri üzerinde duracağım.

20. maddenin, 4. fıkrasına göre, "Fail sadece çok önemsiz bir netice öngörmüşse ve kusuru da hafifse, kasıtlı suçlarda ceza onda dokuz oranında indirilir."

Tasarıda iştirake ilişkin öngörülen düzenlemeler, eski ceza kanunun düzenlemeleri ile neredeyse aynıdır. Anlaşılan o ki, şimdiye kadar geçerli olan kanun herhangi bir soruna yol açmadığından, bu düzenlemelerde herhangi bir değişikliğe gerek görülmemiştir. Bunun üzerine, Zanardelli Kanunu'nun suça iştirake ilişkin düzenlemelerinin mükemmel olduğu, bu nedenle bir değişikliğe gerek olmadığı açıklaması yapılmıştır. Tasarıda yalnızca azmettirme ve dolaylı faillik kanuna eklenmiştir.⁵⁷

'Complicita Corrispettiva' ile ilgili olan eski ceza kanununun 463. maddesi muhafaza edilmiştir. 463. madde 'eğer öldürmek ya da yaralama fiillerini iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa' durumunu düzenlemektedir. Böyle durumlarda suça iştirak edenlerden her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birinden yarıya kadar indirilerek hükmolunur.⁵⁸

Yeni tasarıda, idam cezasının yer almadığına da değinmek gerekir. Bu uygulama yalnızca devlete karşı işlenen suçları kapsamamakta, bütün suçları içermektedir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda haklarında idam cezası öngörülen 12 suçtan 11'i devlete karşı

⁵⁶ *Tellenbach*, Kolloquium zur Straf- und Strafprozeßrechtsreform in İstanbul, in: Informationsbrief der Deutsch-Türkischen Juristenvereinigung, Nr. 1/2000, S. 26.

⁵⁷ *Dönmezer*, Bir Ceza Kanunu veya Tasarısının Değerlendirilmesi Yöntemi, in: Festschrift für Çelik, Bd. I, İstanbul 2001, S. 248. 249.

⁵⁸ *Önder* (Dipnot 2), S. 571. Zur Kritik dieser Vorschrift S. *Yıldız*, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi (İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2002, S. 240 ve devamı.

işlenen suçlar bölümünde, 'devlet kişiliğine karşı işlenen suçlar' olarak tanımlanmaktadır. Dikkat çekici olan nokta, kanunun 450. maddesinde açıkça belirtilen adam öldürmenin nitelikli hallerinden dolayı idama mahkûmiyet kararı verilen davaların sayısının çok yüksek olduğudur.⁵⁹ İdam cezasının kaldırılması büyük memnuniyetle karşılanan bir hadisedir, çünkü idam cezasının ceza kanunlarında yer almaması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. ek protokolünden de anlaşılacağı gibi, Avrupa hukuk kültüründe üzerinde uzlaşmış bir ilkedir. İdam cezasının kaldırılması süreci Türkiye'de oldukça uzun sürmüştür. İdam cezası meclis tarafından resmi olarak kaldırılana kadar, infazı hiç gerçekleşmemesine karşın, cezanın yıllarca kanunda yer alması birçok ülke için tipik bir olgudur.⁶⁰ Kanunda, idam cezası ağırlaştırılmış ömür boyu hapis cezası ile ikame edilmiştir. Buna istinaden, tasarıda yer alan hapis cezalarının süresi eski kanuna kıyasen kısaltılmış, ancak para cezalarının miktarı artırılmıştır.

Tasarıda, eski kanuna kıyasla cezanın teciline ilişkin düzenlemeler failin lehine iyileştirilirken, şartlı tahliyenin uygulama alanı ise daraltılmıştır. Güvenlik tedbirleri ise detaylandırılmış ve çağa uygun olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu, tasarının olumlu taraflarından biridir.⁶¹

Yaralamaya ilişkin hükümlerde, bu düzenlemelerin 1858 yılından bu yana başarıyla uygulandığı gerekçesiyle herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir.⁶²

Türk Ceza Kanunu'nun 459. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ihmale dayanan yaralamalarda ceza, suçun ağırlığı dikkate alınarak 1/8 oranında azaltılabilir. Bu aşamada bir adım daha ileri gitmek ve şunu belirlemek gerekirdi: 'Fiilin haksızlığının ve kusurun çok hafif olduğu hallerde, bir ceza vermek ölçüsüz olacaksa, ceza verilmez.' Tasarının 32. maddesinin, ikinci fıkrasında böyle bir düzenleme olduğunu görmek çok sevindiricidir.⁶³

⁵⁹ Bu değişiklikten 120 idam mahkûmundan, 44'ü faydalanmıştır.

⁶⁰ *Önder* (Dipnot 2), S. 571. Zur Kritik dieser Vorschrift S. *Yıldız*, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi (İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2002, S. 240 ff. *Tellenbach*, Einige Betrachtungen zu den Staatsschutzdelikten im Entwurf eines Türkischen Strafgesetzbuchs, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 635; İdam cezasının kaldırılması, yaklaşık olarak 845 kişinin lehine oldu. (76 mahkûm, 769 davası sürmekte olan. Savcılık, 769 kişi için idam cezası istemekteydi.).

⁶¹ *Bayraktar*, Türk Ceza Kanunu Tasarısında Genel Hükümler Bölümünü Oluşturan Düzenlemenin Genel Özellikleri, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 378.

⁶² *Dönmezer*, Müessir Fiil Suçlarının Ceza Sistematiğindeki Yeri, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 599.

⁶³ *Hirsch*, Reform der Körperverletzungsregelungen, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 575.

G. Tasarıya Yönelik Eleştiriler

Tasarının destekçilerine göre, Zanardelli Kanunu'nun en önemli özelliği 19. yüzyılın klasik özgürlüklerini koruma altına almasıdır. Ancak, Zanardelli Kanunu birey haklarını ve özgürlüklerini yeterli oranda korumamaktadır. Tasarı ile eski kanunun eksikliklerinin giderilmesi ve modern, çağa uygun, bireysel bir kanun hazırlanması amaçlanmıştır.⁶⁴ Bir başka ceza hukukçusu ise, tasarının demokratik olduğu, hukuk devleti ilkesine dayandığı ve cezaların infazında modern bir çizgi izlediği görüşünü savunmuştur.⁶⁵

Tasarıya yöneltilen eleştiriler şöyle özetlenebilir: Temel eleştirel bir bakış açısına göre, Türkiye'de ciddi kriminoloji politikası araştırmaları olmadığından, şu anda bir ceza kanunu hazırlanamaz.⁶⁶ Ayrıca, ağırlıklı olarak yeni Fransız ceza kanununun tercümesi niteliğinde olan tasarı, Türk toplumuna uygun değildir.⁶⁷

Genel olarak tasarı hakkında şu tespitleri yapabilirim: Tasarı orijinal bir çalışma değil, Zanardelli, Rocco, eski Osmanlı ceza kanunu ve farklı dönemlerde yapılmış kanun değişikliklerinden oluşan eski ceza kanununun, sistematik olmayan bir biçimde yeniden düzenlenmiş halidir.⁶⁸ Tasarının bir amacı, bir felsefesi yoktur. Sadece çok gerekli olduğu düşünülen değişiklikler yapılmıştır. Taşlar yerinden oynatılmamaya çalışılmıştır. Bu, yapılan bir dizi değişiklikte, tasarının biçimlendirilmesinin ardında kuvvetli bir içtihat⁶⁹ olduğu gerçeğini ispatlamaktadır.⁷⁰ Temel nitelikli, orijinal bir değişiklik yapılmamıştır. Tasarı, ne reform eğilimlidir, ne de ulusaldır.

Tasarının, devletin korunmasına ilişkin bölümlerindeki maddelerin içerikleri dikkate alındığında, eski kanunla bu maddeler arasında çok da büyük farklılık olmadığı tespit edilebilir.⁷¹ Daha önce de değindiğim gibi, bu tasarının çalışmaları 1984 yılında başlamıştır. Askeri darbenin ardından bu süreç içerisinde Türkiye demokrasiye geri dönmüştür. 1982 anayasasının özgürlükçü bir anayasa olduğu söylenemez. İşte bu koşullar altında tasarı çalışmaları başlamıştır. Bu nedenle, tasarının özellikle devlete

⁶⁴ *Bayraktar* (Dipnot 61), S. 375.

⁶⁵ *Centel*, Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısının Getirdikleri isimli sempozyumu açış konuşması, in: Marmara'nın Sesi, M.Ü:İletişim Fakültesi Aylık Aktüalite ve Fikir Dergisi, Yıl:15, S. 137, 1998, S. 5, alıntı *Artuk* (Dipnot 9), S. 843.

⁶⁶ *İçel*, Nasıl Bir Ceza Kanunu, "Biz Yaparız, Olmazsa...", 13.2.1987 tarihli Milliyet Gazetesi, S. 10, zit. bei *Artuk* (Dipnot 9), S. 841; *Avcı*, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Adaleti Sistemimize Getirdiği Yenilikler, in: 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu, S. 233.

⁶⁷ *İçel*, Önsöz ve Sunuş Konuşması, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler –, İstanbul 1998, III.

⁶⁸ *Soyaslan* (Dipnot 23), S. 12.

⁶⁹ *Tellenbach* (Dipnot 60), S. 636.

⁷⁰ Son zamanlarda yasa koyucu kanun değişikliklerinde özellikle yüksek mahkeme içtihatlarını esas almaktaydı ve batı hukuk düzenlemelerindeki yenilikleri izlemeyi ihmal etmekteydi.', *Yenisey* (Dipnot 55), S. 29.

⁷¹ *Tellenbach* (Dipnot 60), S. 641.

karşı işlenen suçlar bölümünü düzenleyen maddeleri özgürlükçü değildir.⁷² Böylece, devlete karşı işlenen suçlar bölümünde cezalar artırılırken, diğer politik olmayan suçların cezaları hafifletilmiştir. Politik bölümde suçlar sayıca fazladır, suç alanı oldukça geniştir ve cezalar ağırdır.⁷³

En büyük değişiklik, yeni ceza kanununda da görüldüğü gibi, devlete karşı işlenen suçların yeni bir bakış açısıyla ele alınmasıdır. Özel hükümler, devlete karşı işlenen suçlarla değil, kişilere karşı işlenen suçlarla başlamaktadır. Ancak bu, yeni kanunların çoğunun bu yönde bir düzenlemeyi öngörmediği ve böyle bir değişiklikte, alışkanlıkların sorun teşkil edebileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Böyle sistematik bir değişiklik biçimciliğe girmektedir.⁷⁴ Ayrıca bu değişiklik nedeniyle bireylere daha fazla bir koruma sağlanamamıştır.⁷⁵

Yağma için öngörülen ceza oldukça ağır, hatta ileri dereceli yaralamadan bile daha ağırdır. Bir ağaca zarar vermek 1 ile 4 yıl arası hapis cezası ile cezalandırılırken, yaralama, eğer fiil 10 günden daha az süren bedensel ve zihinsel ya da alışlagelmiş işlerin yapılamamasına yol açmışsa, 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Mülkiyete verilen zarar savcılık tarafından takip edilirken, bedensel bütünlüğe, namusa ve kişisel özgürlüğe karşı işlenen suçlar şikâyet üzerine takip edilir.⁷⁶ Para cezalarının çok yüksek olması ve cezaların failin ekonomik durumu nedeniyle ödenememesi halinde hapis cezasına çevrilebilmesi, tasarının belli gruplara ayrıcalık tanıdığını göstermektedir.⁷⁷

Tasarıya yöneltilen bir diğer eleştiri ise, Fransız ceza kanununun kapsamlı bir şekilde alınmış olmasıdır.⁷⁸ Fransız Ceza Kanunu'ndan alıntılar yapılması bu kanunun en mükemmel ceza kanunun olması ile gerekçelendirilmiştir.⁷⁹ Ancak, Fransız Ceza Kanunu nedensellik, hukuka aykırılık, bireysel sorumluluk ve mutlak yasallık alanlarında hiç bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla tasarıda ceza kanununun en temel düzenlemeleri eksiktir.⁸⁰

⁷² *Toroslu*, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, S. 6.

⁷³ *Özek*, Basın ve Kişi Özgürlüğü Kısıtlamıyor, 8.2.1987 tarihli Milliyet Gazetesi haberi, alıntı *Artuk* (Dipnot 9), S. 840.

⁷⁴ *Önder*, Ceza Kanunu Tasarısı, 9.3.1987 tarihli Milliyet Gazetesi, alıntı *Artuk*, 1926, S. 839 ve 840.

⁷⁵ *Hafizoğulları*, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, ABD 1998/1, S. 38; *Avcı* (Dipnot 66), S. 234.

⁷⁶ *Önder*, Ceza Kanunu Tasarısı, 9.3.1987 tarihli Milliyet Gazetesi, alıntı *Artuk* (Dipnot 8), S. 839 und 840; *Toroslu* (Dipnot 72), S. 17.

⁷⁷ *Toroslu* (Dipnot 72), S. 10.

⁷⁸ Bunun sebebi, komisyon başkanının Fransızca bilmesiydi.

⁷⁹ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, S. 153.

⁸⁰ *Özek*, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, in: Festschrift für Erman, İstanbul 1999, S. 643, S. 644.

Genel eleştirilerin sonuncusu ise, tasarıdaki birçok suçun kazuistik olduğudur. Bu, Türk Ceza kanununun geleneği ile açıklanmıştır.⁸¹ Ancak, esas neden hâkimlere daha fazla takdir yetkisi verilmek istenmemesidir.

Bu genel eleştirilerden sonra, maddeler tek tek ele alındığında şu tespitler yapılabilir: Ceza hukuksal sorumluluğunun temelini fiil olduğu yönünde bir hüküm olmaması çok büyük bir eksikliklerdir.⁸² Kanunilik prensibine göre, garantörsel ihmali suçların genel kabulü, bu suçların önemli karakteristik özelliklerinin kanunda açıkça tarif edilmesini şart koşar. Ancak, tasarıda gerçek olmayan ihmali suçlar tanımlanmamıştır. Bunun en önemli nedeni, Fransız Ceza Kanunu'nun garantörsel ihmali suçlara ilişkin hiç bir hüküm içermemesidir.⁸³ Kabahatler, kamu düzenini bozan halleri belirleyen kanun maddesi kapsamına alınmamıştır, hatta daha da kötüsü, ceza kanununda şimdiye kadar olduğu gibi ayrı bir paragraf içinde de değerlendirilmemiş, suçları düzenleyen bölüm içinde ele alınmıştır.⁸⁴

Hukuksal yanılğı ne eski kanunda (44. madde), ne de tasarıda (2. madde) suç hafifleten ya da suç ortadan kaldıran sebep olarak dikkate alınmaktadır. (Bu kanunlardaki hukuksal yanılğı düzenlemelerinden farklı olarak: Alman Ceza Kanunu § 17, İspanyol Ceza Kanunu 14/III. madde, İsviçre Ceza Kanunu 20. madde).⁸⁵

Ötenazi, 2003 yılındaki tasarıda 140. maddede düzenlenmiştir. Kanunda talep üzerine öldürme başka herhangi bir madde de yer almamıştır. Düzenleme şöyledir: 'İyileşme olanağı bulunmayan ve ileri derecede ıstırap verici bir hastalığa tutulmuş olan bir kimsenin, bilincinin ve hareketlerinin serbestliğine tam olarak sahip iken yaptığı ısrarlı talepleri üzerine ve sadece hastanın ıstıraplarına son vermek maksadıyla işlenen adam öldürme fiili için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ölüm talep eden kişinin, talep ettiği anda akıl sağlığının yerinde olması gerekmektedir.' Bu tür durumlar için ayrı bir düzenleme yapmanın yanısıra, failin iyileşme olanağı bulunmayan kimseyi acılarını dinidirmek için öldürdüğü halleri ayrıca düzenleyen bir maddenin kanunda yer alması daha yerinde olurdu.⁸⁶

Son olarak, Türkiye Yargıtay eski başkanı konuşmasında bu tasarıya ilişkin olarak Tasarı bugünkü hali ile kanunlaşır, öğretimizin ve uygulamamızın yetmiş yıllık emeği

⁸¹ *Dönmezer*, Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (Genel Sunuş), Hukuk Araştırmaları, Ocak-Nisan 1987, S. 19.

⁸² *Alacakaptan*, Devletin Güvenliğini İlgilendiren Suçlar, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 653.

⁸³ Ayrıntılar için, S. *Hakeri*, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.

⁸⁴ *Özek* (Dipnot 80), S. 697.

⁸⁵ *Özek* (Dipnot 80), S. 659.

⁸⁶ *Hakeri* (Dipnot 51), S. 146.

ve ürünleri hiçlenmiş olacak, tüm taşlar yerinden oynayacak, çok büyük sorunlar ve sancılar yaşanacaktır⁸⁷ demiştir.

H. Yeni Türk Ceza Kanunu

2003 yılındaki kanun tasarısı üzerinde çalışmak üzere mecliste, beş milletvekili üç ceza hukukçusundan oluşan bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon, 9 ay boyunca Türk Ceza Kanun Tasarısı üzerinde çalışmıştır. Kanun 2004 yılında mecliste kabul edildi ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdi.

Kanundaki bütün maddelere içerik olarak burada değinmeyeceğim, ancak bazılarının üzerinde durmak istiyorum.

Öncelikle, Türkiye'de bir kanun hazırlanırken bazı temel ilkelerin göz ardı edilemeyeceğine dikkat çekmek istiyorum. Bu temel prensipler Atatürk tarafından kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bu yana varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle yeni kanun, ne dinci hareketlerin ne de ayrılıkçı eylemlerin desteklenmesine müsaade edebilir.⁸⁸ Dolayısıyla, Türkiye'de, reform çalışmaları sırasında bir yandan genel kabul görmüş ilkelerin kanunda yer almasına, bir yandan da 20'li yıllarda cumhuriyetin kuruluşu sırasında kabul edilmiş ilkelerin korunmasına ve süreklilik göstermesine dikkat edilmek zorundadır.⁸⁹

Tasarının gerekçesinde, tasarının yeni, orjinal, çağdaş ve demokratik olduğu açıklanmıştır. Komisyonun amacının, insan hakları ve özgürlükleri korunurken, toplumun korunmasının ihmal edilmemesi olduğu belirtilmiştir. Bu iki amaca ölçülü bir şekilde ulaşılmalıdır.⁹⁰ Ceza hukuku öğretisindeki ve farklı ceza hukuku kitaplarındaki en yeni gelişmeler tasarıya yansıtılmıştır.

Kanundaki temel ilkeler ve bazı önemli detaylar incelendiğinde, kanunun İtalyan örneğinden pek çok noktada ayrıldığı görülmektedir. Bugünkü kanun üzerinde, İtalya, Fransa, Polonya, Rusya, Amerika Birleşik Devletleri Kanunları ve Türkiye henüz anlaşmaya taraf olmamasına rağmen Roma Statüsü gibi hukuksal düzenlemelerinin etkilerinin yanısıra Alman hukukunun etkisi çok büyüktür.⁹¹

⁸⁷ *Uygun*, 1998-1999 Adalet Yılı Açış Konuşması, in: *Yargıtay Dergisi*, Bd. 24, Ekim 1998, N.4, S. 444.

⁸⁸ *Bayraktar*, Türkiye'de Hukuku Güncelleştirmede Başvurulacak İlk Yöntemler, in: *Yeni Türkiye Yargı Reformu Özel Sayısı*, Temmuz-Ağustos 1996, Jahr 2, No. 10, S. 183.

⁸⁹ *Dönmezer*, in: *Hukuk Kurultayı 2000*, C. I, S. 131.

⁹⁰ *Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Dipnot 79)*, S. 158.

⁹¹ *Tellenbach*, Reformen in Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafvollzugsrecht – Ein erster Überblick

I. Genel Hükümler

Yeni Türk Ceza Kanunu'na eski kanunun yaklaşık 100 maddesi alınmamıştır.⁹² Örneğin genel hükümlerdeki 26. maddede⁹³ öngörülen mahkemece verilmiş adli tevbih kararı, 420. maddede belirtilen 'fuhuş maksadıyla kadın oynatma' ve 'kadın kıyafetiyle kadınların bulunduğu mahalle girme' (422. madde) gibi suçlar yeni kanuna alınmamıştır.⁹⁴ Yeni kanun, eskiyen hükümleri kanundan çıkarmak ya da tamamen yeniden düzenlemek ve modernleştirmek için başka alanlara da eski kanuna göre çok daha amaca yönelik bir şekilde müdahale etmektedir. Hamileliği sonlandırma, çocuk öldürme ya da namus gerekçesiyle çocuk aldırma gibi fiileri öngören ve çok uzun süredir kullanılmayan hükümlere de yeni kanunda yer verilmemiştir.⁹⁵

İlk dört madde, yeni kanunun amaçlarını ve temel ilkelerini açıklamaktadır. İlk madde Rus Ceza Kanunu'ndan kelimesi kelimesini alınmış olup, ceza kanununun amacını belirtmektedir.⁹⁶ Hemen ardından ikinci maddede suç ve cezada kanunilik ilkesi yer almakta olup, burada açıkça bahsedilmeyen geçmişe yürüme yasağı kanunun zaman bakımından uygulanma alanında, 7. maddede yer almaktadır. 2. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulması yasağı⁹⁷ ve 3. fıkradaki⁹⁸ temel kıyas yasağı ile suç ve cezada kanunilik prensibi detaylandırılmıştır. Böylece eski bir tartışma konusu da neticeye bağlanmıştır. Ayrıca, kanunda açıkça suç ve cezada

über die türkischen Reformgesetze des Jahres 2004, in: http://www.tuerkei-recht.de/Strafrecht_Tellenbach.pdf, S. 2.

⁹² *Avcı* (Dipnot 66), S. 247.

⁹³ Madde 26: Kanunda gösterilen cezanın yukarı sınırı bir ay hapis veya hafif hapis ya da üçbin lira ağır veya hafif para cezasını geçmediği takdirde, hafifletici sebep bulunur ve fail önceden bir cürümden veya bir aydan fazla hafif hapsi gerektiren bir kabahatten dolayı mahküm olmamış bulunursa, mahkeme, verdiği cezanın yerine hüküm giyen kişiye adli tevbih yapılmasına karar verebilir.

⁹⁴ Madde 420: Adabı umumiyeye mugayir olarak açık yerlerde veya halkın suhuletle muttali olabileceği yarı açık mahallerde fuhuş maksadiyle kadın oynatanlar ve bilihtiyar oynayan kadınlar bir aydan altı aya kadar hapsolunur. Madde 422: Kadın kıyafetiyle kadınların bulunduğu mahallere girenler mücerret bu fiilden dolayı üç aydan bir seneye kadar hapsolunurlar ve böyle tebdili kıyafet ile girmiş oldukları yerde kanunen bu cezadan şedit bir cezayı mucip olan bir cürüm işlemişlerse o fiilin cezasiyle dahi cezalandırılırlar. Her iki hüküm de 1858 Osmanlı Ceza Kanunu'ndan alınmıştır.

⁹⁵ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 9.

⁹⁶ Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.

⁹⁷ Daha ayrıntılı; *Yıldız*, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemlerle Suç ve Ceza Yaratması, *Festschrift für Çetin Özek*, İstanbul 2004, S. 1033 ff.

⁹⁸ 1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.

ölçülülük kurala bağlanmış olup, fiil ile ceza arasında orantı olması kuralının yanısıra, bütün vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesine de yer verilmiştir (m. 3⁹⁹).¹⁰⁰

Uluslararası ceza hukukunun düzenlemeleri kanunda oldukça detaylı biçimde ele alınmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama alanı, fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır' ibaresi ile belirlenmiştir (m. 8). Ayrıca 'ne bis in idem' ilkesi de büyük oranda kanunda tanınmıştır (m. 11-13).

Yeni kanunda, eski kanunda bulunmayan hükümler şunlardır: Dolaylı faillik, etkin pişmanlık, suçu ortadan kaldıran nedenler, temyiz kudretinden yoksunluk ile azaltılmış isnad yeteneği arasındaki farkın işlevi, idam cezasının kaldırılması ve ağır hapis cezası ile hapis cezası arasındaki fark, hukuka uygunluk nedeni olarak rıza ve hukuka uygunluk nedenlerinin aşılması.

Eski Türk Ceza Kanunu'nda rızaya ilişkin hiç bir düzenleme yoktu. Bu nedenle bu tür davalarda gelenek hukuku kullanılmaktaydı. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 26. m. 2. fıkrasında rıza ile ilgili genel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, hak sahibi olan kişinin rızası, hukuka uygunluk gerekçesi olarak görülmektedir. Sınırlamaya ilişkin olarak, 'kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı olması' düzenlemesi getirilmiştir.¹⁰¹ Şimdiye kadar uygulamada kullanılan 'hakkını kullanan kişiye ceza verilmez' ilkesi, yeni kanunda da yer almaktadır. (26. m., 1. fıkra) Bu düzenlemeden meslek icrası anlaşılmaktadır; örneğin gazetecilerin haber yazma ve eleştiri hakları, doktorların Alman Hukukunda daha çok hastanın rızası ile hukuka uygun olma niteliği kazanan¹⁰² müdahaleleri gibi meslek hakları buna örnek verilebilir. Bu hüküm İtalyan Ceza Kanunu'nun 50. maddesinden alınmıştır.

Ayrıca meşru savunma ve zorunluluk halinde bütün bireysel haklar kapsama alınmıştır.

YTCK. 27. m., 1. fıkrasında ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın aşılması hali ile ilgili dereceli bir düzenlemeye tabidir. İlk olarak, bütün hukuka uygunluk nedenleri ve kusurluluğu kaldıran sebepler bakımından bir düzenleme bulunmaktadır. Sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, bir ceza verilir, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için ceza indirilir. Eğer böyle bir suç unsuru yoksa ceza

⁹⁹ 1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.
2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.

¹⁰⁰ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 3, dn. 6.

¹⁰¹ *Hirsch* (Dipnot 63), S. 578.

¹⁰² *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 5.

düŒer. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, meŒru müdafaayı ele almaktadır. Eđer meŒru savunmada sınırın aŒılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaŒtan ileri gelmiŒ ise faile ceza verilmez, m. 27/2.¹⁰³

Garantörsel ihmali suçlar alanında Fransız Kanun Code Penal ve yeni Türk Ceza Kanunu'na kadar geçerli olan kanunda olduđu gibi, herhangi bir düzenlemeye gidilmemiŒtir. Bunda, Fransızcanın baskın olduđu üniversite öđretisinin büyük etkisi olmuŒtur. Fransa'da da garantörsel ihmali suçlar ceza kanunda düzenlenmemektedir, böylelikle icrai suç oldukça geniş yorumlanabilmektedir. Ancak, kanun tasarısının son çalıŒma aŒamasında, ölüm ve yaralama suçlarına iliŒkin olarak, en azından uygulamadaki önemli davalarda kullanılabilmesi amacıyla bir özel düzenleme eklenmiŒtir. Burada bir eŒdeđerlik ilkesi düzenlenmiŒ olup, buna göre ihmali ve icrai davranıŒın eŒdeđer kabul edilebilmesi için, kiŒinin, belli bir icrai davranıŒta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüđünün bulunması, önceden gerçekleŒtirdiđi davranıŒın baŒkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluŒturması, gerekir (m. 83, 88).¹⁰⁴

Ceza ehliyetinin yaŒı eski kanunda olduđu gibi onbirinci yaŒın sona ermesi ile deđil, 12. yaŒın sona ermesi ile baŒlamaktadır. Alman hukukunda olduđu gibi 'yetiŒme çađında olanlar' gibi bir grup Türk hukukunda yoktur, gelecekte de olmayacaktır.¹⁰⁵ Tüzel kiŒilerin temsilcileri tarafından tüzel kiŒilerin menfaatine olacak biçimde iŒlenen suçlardan dolayı tüzel kiŒilerin sorumlu tutulmasını öngören bir düzenlemenin tasarıya konulması da düşünölmüŒtür. Bunun örneđi, birçok suçta tüzel kiŒiler için ceza sorumluluđu öngören Fransız Code Penal Kanunudur. Ancak bu, Œahsi sorumluluk ilkesini ihlal etmektedir. Fransız Anayasası'nın aksine, Türkiye Anayasası'nda bu yönde bir madde yer almaktadır. Anayasanın 38. maddesine göre, 'ceza sorumluluđu Œahsidir'¹⁰⁶. Bu hüküm kusur ilkesinin tanınması olarak da anlaŒılmaktadır.¹⁰⁷ Bu nedenle, tasarıdaki bu madde kanuna alınmamıŒtır. Bunun yerine tüzel kiŒiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak eđer ceza hükmü özel hükümlerde ayrıca öngörölüyorsa, tüzel kiŒilerin izinlerinin iptaline karar verilebilir, ya da mal varlıklarından bir kısmına el konulabilir (m. 20/2, 60).

¹⁰³ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 5.

¹⁰⁴ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 6.

¹⁰⁵ Çocuklarla ilgili kanunlara iliŒkin daha ayrıntılı bilgi, S. *Yıldız*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2007, S. 73 ve devamı.

¹⁰⁶ *Ünver*, Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk, in: Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu – Genel Hükümler –, İstanbul 1998, S. 139.

¹⁰⁷ *Jescheck*, Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Entwurf des allgemeinen Teils eines neuen türkischen Strafgesetzbuchs von 1989, Türk Ceza Kanun Tasarısı TartıŒma Seminer Notları, Konya 1998, S. 15.

Ne var ki tasarıda kusur ilkesi bütün sonuçlarıyla gerçekleşmemiştir.¹⁰⁸ Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar düzenlenmiştir, ancak ağır netice bakımından en azından taksirin bulunması aranmamaktadır. Uygulamada da nedensellik bağı yeterli görülmektedir. Bu hukuki durumun arkasında güçlü bir uygulama vardır. Ancak kanundaki yeni hukuki durum ise tamamen farklıdır: 'Yeni kanunun birçok bölümünde göze çarptığı üzere, kusur ilkesine ilişkin olarak yapılan iyileştirmenin önemi çok büyüktür. Bu, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin düzenlemedir Yeni kanunun 23. maddesine göre, bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.'¹⁰⁹

Hukuksal hata eski kanunun hiç bir bölümünde yer almamaktadır. '44. madde hiç bir istisnaya yer vermeden; 'Kanunu bilmemek mazaret sayılmaz' düzenlemesini getirmekteydi. Ancak bu, Avrupa ceza hukukunda olduğu gibi Türk ceza kanununda da kusur ilkesi ile çelişiyordu. Bu, eski ceza kanunlarında yer alan ancak zamanla uygulamadan kalkmış bir düzenlemedir. Türkiye'de ceza kanunu tasarısı hazırlanırken de bu konuyla ilgili pek çok tartışma olmuştur. Özellikle üniversite çevrelerinden, sakınlamayacak hatanın, ceza yaptırımını ortadan kaldıran bir gerekçe olarak kanuna alınması gerektiği görüşünü savunanlar olmuştur. Ancak bu görüşü kuşkuyla karşılayanlar da vardı. Özellikle pek çok sanığın, kanunu bilmedikleri gerekçesi ile ceza almamaya çalışacaklarından endişe edilmiştir. Kanunu bilme yükümlülüğü ilkesinin devamlılığı ve bu ilkede yalnızca 'hata sakınlamayacak olduğu' durumları içeren bir istisnanın yer almasının doğruluğuna gerçekte inanılmıştır. Sakınlamayacak hallerin tanınmasının önündeki engelin bu kadar büyük olduğu da düşünülmemiştir.'¹¹⁰ Neticede, sakınlamayacak hata tasarının 2003'teki biçiminde yer almamıştır. Yeni kanunun 29.09.2004 tarihinde onaylanan şeklinde, eski 44. madde 4. madde olarak yer aldı, hukuksal hata ise 4/2 fıkrası ile düzenlenmiştir. 29 Haziran 2005 tarihindeki kanun değişikliğinde ise 4. maddenin ikinci fıkrası yeniden kaldırılmış, ancak hukuksal hataya ilişkin haller 30. maddeye yeni bir fıkra eklenerek (m. 30/4) düzenlenmiştir.¹¹¹

'Hukuksal hata konusu bütünüyle yeniden düzenlendi. Birbiriyle hiç örtüşmeyen 52. madde diğer kaynaklar ve uygulama ile birlikte ceza kanunu şimdiye kadar sadece yanılma ve hedefte sapmayı ele alırken, yeni kanununun genel hükümler bölümünde tümüyle olmasa da hataya ilişkin bazı düzenlemeler yapılmıştır. Suçun unsurlarına ilişkin hata, kastı ortadan kaldırır. Ancak eğer böyle bir suç varsa, muhtemelen taksirli

¹⁰⁸ *Jescheck* (Dipnot 107), S. 15.

¹⁰⁹ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 4.

¹¹⁰ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 4.

¹¹¹ (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.

olmaktan dolayı bir ceza da verilir. 30. maddeye göre, eğer fail, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşerse, bu hatasından yararlanır. Aynı uygulama failin ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi halinde de gerçekleşir. Ancak kanunda önlenemez hukuksal hata durumunda ne yapılması gerektiği konusuna değinilmemiştir.¹¹²

‘Geçerli olan kanunda her biri bir başka cezayı öngören eksik ve tam teşebbüs arasında ayırım yapılmaktan vazgeçilmiştir. İşlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan kişi teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur ve cezalandırılır. (m. 35). Hâkim, ceza sınırları çerçevesinde, oluşmuş zarara ve tehlikenin büyüklüğüne göre cezayı belirleme yetkisine sahiptir. Fiilden gönüllü vazgeçme halinde teşebbüsten dolayı ceza verilmez fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (m. 36).’¹¹³

İştirak konusunda ise, iştirak eden kişinin azmettirici ile aynı ceza çarptırılmasının çok yüksek bir ceza olacağını düşünen birçok kişi vardır. Bu nedenle, Türk ceza kanununda şimdiye kadar uygulamada olan ceza indiriminin kaldırılmış olması¹¹⁴ ve kanunun iştirakçi için ceza indirimine neden olan durumlara ilişkin hiç bir düzenleme yer almaması şaşırtıcıdır. Şahsi kanaatime göre, suçu azmettirmeye teşebbüsün ve suç işleme teklifinin ceza yaptırımını olduğunun da yeni Türk Ceza Kanunu’nda yer alması gerekiyordu.¹¹⁵ Bu ceza hukukçuları heyeti tarafından teklif edilmiş, fakat milletvekillerince kabul edilmemiştir.

Zincirleme suç kurumu yeni kanunda da muhafaza edilmiştir.

‘Ceza sistemi, cezaları ve güvenlik tedbirlerini kapsamaktadır. Ana ceza, yan ceza ya da yan sonuçlar diye adlandırılan yaptırımlar artık kanunda yer almamaktadır. Cezalar, hapis ve para cezalarıdır. (45. madde ve devamı) İzinlerin ve ruhsatların iptali gibi yaptırımlar, kanunda güvenlik tedbirleri olarak değerlendirilmektedir. (53. madde ve devamı) Hapis cezaları ise, hükümlünün hayatı boyunca devam eden, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası (47. madde) – bu ceza daha önce idamla cezalandırılan suçlar için öngörülmektedir – , müebbet hapis cezası (48. madde) ve süreli hapis cezası (49. madde) olarak ayrılır. Ağır hapis, hapis ve hafif hapis cezaları arasındaki fark kaldırılmış, ancak bazı durumlar için

¹¹² *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 4.

¹¹³ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 4.

¹¹⁴ *Schroeder*, Entwurf eines türkischen Strafgesetzbuchs, Teilnahme, in: Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, S. 380.

¹¹⁵ *Schroeder* (Dipnot 115), S. 381.

öngörülen cezalar yükseltilmiştir, örneğin hırsızlık suçu için öngörülen en hafif ceza 6 ay ile 1 yıl arası hapidir (141. madde 1. fıkra). Para cezalarında ise gün para cezası sistemine geçilmiştir (52. madde). Gün para cezasının miktarı konusundaki kanunsal düzenlemeler Alman Hukuku'ndaki gibi değildir. Kanun koyucu bu alanda daha çok Polonya'daki düzenlemeyi örnek alarak (Polonya Ceza Kanunu, 33. madde, 3. fıkra) geniş bir formülü esas almıştır. Buna göre günlük para cezası miktarı ekonomik durum dikkate alınarak ve mağdurun kişisel koşulları göz önünde bulundurularak 20-100 YTL arasında belirlenmektedir.¹¹⁶

Şartlı tahliyenin uygulama alanı ise eski yasaya kıyasla daraltılmıştır. Cezanın ertelenmesinin yanı sıra, hükmün açıklanmasının ertelenmesi de yeni bir kurum olarak kabul edilmiştir. Ayrıca kamu davasının açılması da ertelenebilmektedir.

'Yeni Türk Ceza Kanunu'nda suçun saikinin çoğunlukla dikkate alınmadığı görülmektedir. Buna ek olarak Türk Ceza Kanunu esnek de değildir. Genelde hâkimin hiçbir takdir yetkisi yoktur. Ayrıca failin kişiliği de dikkate alınmamaktadır. Bence, bütün koşulların ve saikların toplu değerlendirilmesi nedeniyle fiile ve faile uygun bir hüküm verilememektedir.¹¹⁷ Bu, Türkiye'nin birçok alanda çok merkezi bir yapısı olduğunu ortaya koymaktadır. Türkiye çok büyük bir ülke olsa da, idare hukuku bakımından oldukça merkezidir. Merkezi bürokrasi yargı da dâhil olmak üzere bütün alanların kendi kontrolü altında olmasını istemektedir. Bu nedenle hâkimlerin takdir yetkisi azdır, savcılar kamu davasının mecburiliği ilkesine katı bir şekilde bağlı kalmak zorundadırlar. Ancak, yeni Türk Ceza Kanunu'nda hâkimlerin takdir yetkisini genişletilmiş, bu uygulama da Türkiye'de sert şekilde eleştirilmiştir.

II. Özel Hükümler

Özel Hükümlere ilişkin olarak: İlk bakışta dikkat çeken en önemli unsur, devlete karşı işlenen suçların kanundaki konumudur: Bu suçlar eski kanunda ve dünyadaki pek çok ülkenin ceza kanunlarında olduğu gibi özel hükümlerin başında değil, kişilere ve topluma karşı suçlardan sonra düzenlenmiştir. 2000 yılındaki kanun tasarısında da değinildiği gibi, gruplamadaki bu değişikliğin amacı bireylerin, toplumun ve devletin anlayış değişimini ifade etmektir.¹¹⁸

'Özel hükümlere bir dizi suç ve suç grupları ilave edilmiştir. Özellikle soykırım ve insanlığa karşı suçlar, Roma Statüsü'ndeki hükümler esas alınarak düzenlenmiş, bu yeni

¹¹⁶ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 7.

¹¹⁷ *Hakeri* (Dipnot 19), S. 254, S. 255.

¹¹⁸ Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Dipnot 79), S. 172, S. 173.

düzenlemelere özel hükümlerin en başında 76 ve 77. maddede yer verilmiştir. Ayrıca 181. maddede görüldüğü gibi, çevreye karşı işlenen suçlar da kanuna alınmıştır. Bu çok anlamlıdır, çünkü çevrenin korunmasına ilişkin ceza hukuku düzenlemeleri şimdiye kadar çok küçük sayıda kalmıştır ve çevre kanunu, diğer pek çok kanun gibi, çevreye ilişkin az sayıda hüküm ile daha ziyade idari cezalar öngörmüştür.¹¹⁹

Yeni kanunda da ensest için bir ceza öngörülmemektedir. Kanundaki yeni bir düzenlemeye göre, kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, gebeliği sona erdirirse kadına ceza verilmez (99. madde). Kürtaj, gebeliğin 10. haftasına kadar yasaldır.

Yeni bir hüküm olan 90. maddeye göre, rızaya dayalı olsa bile, insan üzerinde deney yapan bir kişi cezalandırılır. Diğer bir yeni hüküm olan 122. madde ile 'ayrımcılık' cezalandırılmaktadır.

Önemli hükümler tamamen yeniden düzenlenmiştir. İşkence ile mücadeleyle ilişkin hükümlerde sıfır müsamaha çerçevesinde kalınmıştır. Şimdiye kadar kanunda belirtilen suçun özünü, ceza davasında rolü olan kişilerin, sanığa/zanlıya, ama tanığa ve müdahillere de suçunu söyletmek için işkence vesair kötü muamele yapması oluşturuyordu. İşkenceye ilişkin yeni düzenlemelerin çerçevesi daha geniştir, 94. madde işkence fiilini işleyenler hakkında 3 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir, bu ceza, ağırlaştırıcı nedenler mevcut ise daha da artırılabilir, işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse memurun müebbet hapsine hükmolunur. İşkenceye ilişkin hükümler, devlet memurlarınca uygulanan kötü muameleler için ağır cezalar öngören düzenlemeler haline gelmiştir.¹²⁰

Kadın hakları ile ilgili alan, kimi hükümlerin kaldırılması, kimilerinin de değiştirilmesiyle tamamen değiştirilmiştir. Türkiye'deki kadın örgütlerinin aktif çalışmaları bu konuda çok etkili olmuştur. İlk, cinsel suçlar artık topluma ve iyi ahlaka karşı işlenen suçlar değil, 102. madde uyarınca kişiye ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar altında işlenmektedir. Kız kaçırma ile ilgili bütün maddeler kanundan çıkarılmıştır, buna ek ol.rak fail ile mağdur arasında, mağdurun rızası alınarak yapılan evliliğin adli kovuşturmayaya engel olduğunu belirten hüküm de kaldırılmıştır. Bütün bu eski hükümlerden geriye kalan tek düzenleme, bir kimsenin cinsel amaçla hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasının ceza ağırlaştırıcı neden olmasıdır (109. madde, 5. fıkra).¹²¹

¹¹⁹ Tellenbach (Dipnot 91), S. 8.

¹²⁰ Tellenbach (Dipnot 91), S. 8.

¹²¹ Tellenbach (Dipnot 91), S. 9.

Eski Türk Ceza Kanunu, eşlerden birinin zina esnasında suçüstü yakalanması halinde meydana gelen ölümlerde, cezayı hafifletici nedenler olduğunu kabul etmekteydi. Eski Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesi, cezanın 1/8 oranında indirilebileceğini öngörüyordu. Kanun tasarısında ise, doğru bir tutumla ayrı bir ceza indirim maddesi öngörülmüştür. Şu anda genel hükümlerin 29. maddesi uyarınca 'tahrik' genel ceza indirim nedenidir. Bu hükümde, ceza indirimini sağlayacak başka bir neden yer almamaktadır.

Yukarıda da değinildiği gibi, namus cinayetlerindeki özel ceza indirim uygulaması kaldırıldıktan sonra, töre saiki ile gerçekleşen cinayetlerde cezanın ağırlaştırılmasını öngören hüküm kanuna eklenmiştir. Böylelikle, kan davası ya da töre nedeniyle işlenen cinayetler de, 'ağır adam öldürme' olarak sınıflandırılmaktadır.

Eski Türk Ceza Kanunu, 'evlilik dışı' tecavüzlere ilişkin açık bir sınırlama içermemesine rağmen, tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi mağdurun eşi ise, bu kişiyi tecavüz suçundan cezalandırılmamaktaydı. Yargıtay, eğer erkek, karısıyla rızası dışında anal ilişki yaşarsa, bu fiilin aile efradına karşı kötü muamele (478. madde) dışındaki bir hükme göre değerlendirilmeyeceği görüşündedir. Evlilik içi tecavüzlerin cezalandırılmıyor oluşu, erkeğin karısının üzerinde cinsel haklara sahip olması ile gerekçelendirilmiştir.¹²² Bu uygulama kanuni bir düzenleme ile tasarıda engellenebilirdi. Bilakis, tecavüze ilişkin kanun maddesinin gerekçesinde geçerli olan mahkeme kararına atıfta bulunularak, bu nedenle başka bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmiştir.¹²³ Yeni kanunda ise, bu fiiller tecavüz olarak değerlendirilmekte, ancak kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetinde bulunması şartına bağlanmıştır (102. madde).

Özel hayata karşı suçlarsa, İsviçre Ceza Kanunu örnek alınarak yeniden düzenlenmiştir (132. madde ve devamı).¹²⁴

Kanunda taksirli işlenen suçlara ilişkin düzenlemelerin sayısı artırılmıştır. Gerekçede ise, bunun kanunun liberal yapısının göstergesi olduğu belirtilmiştir.¹²⁵

Devlet kurumlarının aşığılanması ise, bugün Avrupa'da çok dar bir çerçevede ele alınmaktadır. Buna karşın, yapılan eleştiriler çok geniş bir alana yayılmaktadır. Eski Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde belirtilen değerler ve kurumlar birçok Avrupa

¹²² Ünver, Ceza Hukukunda Hukuki Değer, *Annale de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Volume: 33, Number: 50, 2001, S. 103.

¹²³ Madde 313'ün gerekçesi (Dipnot 63), S. 321.

¹²⁴ *Toroslu* (Dipnot 72), S. 85; Mehr dazu S. *Tosun*, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği, İstanbul 1977, S. 384 vd.

¹²⁵ *Dönmezer*, Bir Ceza Kanunu veya Tasarısının Değerlendirilmesi Yöntemi, in: *Festschrift für Çelik*, Bd. I, İstanbul 2001, S. 249.

ülkesinde büyük bir hukuksal koruma altında değillerdir.¹²⁶ Cumhurbaşkanının, devlet kurumlarının, değerlerinin ve sembollerine hakaret edilmesi fiillerinin kanunsal bir yaptırıma tabi olmasının Türkiye’de çok büyük önem arz ettiği, 2002 yılı Ocak ayındaki, 2005’teki ve 2006’daki tartışmalarda anlaşılmıştır. Hükümet, bu maddeyi Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde yeniden düzenlemek istemiştir. Kanun tasarısı göz önünde bulundurulduğunda, tasarıda devlet sembollerine, cumhurbaşkanına, devlet kurumlarına ve değerlerine hakaret edilmesine ilişkin düzenlemelerin eski kanunun 145., 158. ve 159. maddeleriyle büyük oranda benzerlik gösterdiği, ancak devletin yargı organları ile, askeri veya emniyet teşkilatına yönelik hakaretin de kanunda düzenlendiği görülmektedir. Ancak tasarıda dikkat çekici olan, ‘cumhuriyetin’ hakaretin yasaklandığı kurumlar ve değerler arasında yer almamasıdır. Meclisteki uyum çalışmaları sırasında bu maddeye ‘cumhuriyet’ ile birlikte ‘Türk Milleti’ ve ‘Türk Devleti’ de eklenmiştir.¹²⁷

‘Yeni 301. maddenin temel yapısı aynı kalmıştır, ancak maddede değerler ve kurumlar olarak iki gruba yer verilmiştir: İlk grupta, Türklük, cumhuriyet ve meclis alınarak onların alenen aşağılanması altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır; ikinci grupta ise hükümet, yargı, askeri ve emniyet teşkilatı yer almakta olup, bunları aşağılayan kişinin 6 ay ile 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir. Kanunda neredeyse, uygulamada daha çok karşılaşılan kurumlar için ceza indiriliyor neredeyse hiç karşılaşılmayan kurumlar içinse eski ceza sürdürülmek isteniyor gibi görülmektedir. Cezanın iki yıla indirilmesi, iki yıla kadar cezalar ertelenebildiği için ilginçtir. Bun karşın Adalet Bakanlığı’nın eski Türk Ceza Kanunu’nun 160. maddesi uyarınca sahip olduğu izin yetkisi kaldırılmıştır. Bu yetki yürütmenin, önemli davaları yargıya intikal ettirmesine olanak tanıyabilir ve yargıya uygun olmayan bir müdahale yapmadan önce uluslar arası politikada bu yetkinin dağıtılmasını ikaz ederken daha dikkatli olunmasını kolaylaştırabilirdi. Bu maddeye ilişkin bir diğer uyarı ise, hükmün öngördüğü cezaların uluslar arası karşılaştırmaya göre çok yüksek olmasıdır. Neticede bu madde hala tatminkâr değildir.’¹²⁸

Devlete karşı işlenen suçların içinde değil de, kamu barışına karşı suçlar alanında bir maddeye daha değinmek gerekir. Ne var ki bu madde devlete karşı işlenen suçlara daha yakın görünmektedir. 216. maddede, halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimseler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis öngörülmektedir. Buradaki sorun maddenin kendisinden ziyade yorumundadır ve tıpkı namusa karşı işlenen suçlarda olduğu gibi bu maddede de haber yapma özgürlüğü ve

¹²⁶ Tellenbach (Dipnot 60), S. 637.

¹²⁷ Tellenbach (Dipnot 60), S. 638, S. 639.

¹²⁸ Tellenbach (Dipnot 91), S. 10.

eleştiri ile tahrik arasındaki sınırın nerede olduğu konusudur. Burada da sınırlar genişleyebilir ve en radikal durumlarda düşüncelerin cezalandırılmasına kadar gidilebilir.

Geçmiş yıllarda görülen, şimdiki başbakan, eski İstanbul Belediye Başkanı'nın ya da meşhur bir yazarın yargılanması gibi yüksek yargıya intikal eden davalarda yüksek hakimlerin bir kısmının karşı oy ile beraat yönünde görüş bildirmeleri, düşüncelerin ne derece değişiklik gösterdiğinin bir işaretidir. Bu maddede dikkate değer olan nokta ise, 'kin ve düşmanlığa' tahrikin kamu barışını bozacak şekilde gerçekleşmesi' sınırlamasıdır. Böylece küçük suçlar kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. Maddenin 'kamu barışını koruma' amacına daha uygun olması itibariyle sadece ağırlığı olan, önemli davalar el alınmaktadır.¹²⁹ Son olarak da, güvenlik amacıyla, 'tahrik nedeniyle kamu barışını bozmaya yönelik açık ve mevcut bir tehlikenin mevcut olması halinde' maddenin kullanılması gerekliliği getirilmiştir, (İngilizce: clear and present danger, burada Amerikan Hukuku'nun etkisi görülmektedir.)¹³⁰ Ancak bu madde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hükümlerine rağmen, çok katı bir şekilde uygulanmaya devam etmektedir.

I. Sonuç

Türkiye, son 150 yılda ceza hukuku alanındaki kanunların başka ülkelerden alınması ile oluştuğu bir ülkedir. Türk Ceza Hukuku üzerinde etkisi olan ülkeler, tarihsel olarak şöyle sıralanmaktadır: Osman İmparatorluğu döneminde yüzyıllar boyunca İslam Hukuku uygulanmıştır. 19. Yüzyıl'dan itibaren Osmanlı İmparatorluğu'nun her alanında çok büyük bir biçimde Fransız etkisi görmekteyiz, bu etki 1858 yılında 1810'da hazırlanmış Fransız Ceza Kanunu'nun Osmanlı İmp.'da yürürlüğe girmesi ile kendisini göstermiştir. Codice Zanardelli Kanunu da Fransızcadan Türkçeye tercüme edildiğinden ve bu dönemde Ceza Hukukçularının çoğu Fransızca bildiğinden, Zanardelli Kanunu da uzunca bir süre Fransız hukukuna göre yorumlanmıştır. İlk olarak 1940'lı yıllardan itibaren İstanbul Üniversitesi'nde İtalyanca bilen asistanlar çalışmaya başlamıştır.

Son zamanlarda ise, ceza hukukunun her alanında Alman etkisi hissedilmektedir. Bunun tek nedeni, İkinci Dünya Savaşı sırasında Türkiye'ye sığınan ve üniversitelerde ders veren Yahudi profesörler değildir, Alman hukukunun çok ileri seviyede olması nedeniyle pek çok kanun Alman Ceza hukukundan alınmıştır, ayrıca Almanya'da

¹²⁹ *Tellenbach* (Dipnot 60), S. 641.

¹³⁰ *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 10.

araştırmaya Almanya tarafından da büyük finansal kaynaklar ayrıldığını da eklemek gerekir.

Zamanla, Fransız hukukunun idari hukuku dışında etkisi kaybolmaya başlamıştır. Ancak 2003 yılındaki tasarıdan itibaren, yeniden bir Fransız etkisinden söz edilebilecekti. Buna karşılık, Yeni Türk Ceza Kanunu'nu hazırlayan kuruldaki üç ceza hukukçusu Almanca bildiğinden, yeni kanundaki Alman hukuku etkisi de görmezden gelinecek gibi değildir.

Günümüzde, Türk Ceza Hukukçularından 10-15 kadarı İtalyanca bilirken, Almanca bilen hukukçuların sayısı bunun iki katıdır. Böylelikle Türk Ceza Hukuku yönünü batıya çevirmektedir, kanun üzerinde daha önceki dönemlerde Fransız ve İtalyan etkisi hissedilirken, bugün kanunda ağırlıklı olarak Alman etkisi hissedilmektedir.

Uzun bir dönem süren alıntılama döneminden sonra, açıkça şu tespitler yapılabilir: Türk Ceza Hukukçuları yaratıcı değildirler. Alıntılama, Türk Ceza Hukuku Öğretisinin verimli olmasını engellemiştir.¹³¹ Türk Ceza hukukçuların yaptığı tek şey, yabancı bir dil öğrenip, o ülkedeki ceza hukuku maddelerini Türk hukukuna aktarmaktır.

Yargı reformu Atatürk'ün reformları arasında çok önemli bir yere sahipti.¹³² 1923 yılındaki büyük hukuk devriminden sonra, hukuk alanında büyük değişiklikler yapmaya çabalanmıştır. En temel kanunlar değiştirilmiştir. En son olarak da, 1926 yılında İsviçre'den alınan medeni hukuk da uygulamadan kaldırılmış ve 01.01.2002 yılında 'Türkiye yapımı medeni hukuk' yürürlüğe girmiştir. Türk Ceza Hukuku'nda da bu yönde bir değişiklik yapılması arzu edilmiştir. Ancak şu tespit de bulunmam gerekiyor, Avrupa'da ikinci Dünya Savaşı'nın ardından özellikle ceza hukuku alanında demokratik bir devrim gerçekleşmiştir.¹³³ Fakat aynı dönemde Türkiye'de bu gerekli adım atılmamıştır.

Şahsi kanaatimce, 2003 yılındaki tasarıda da çok sorun vardı.¹³⁴ Bununla birlikte, tasarının çok uzun süreden beri ceza hukuku alanında yapılmış en verimli çalışma olduğunu da belirtmek gerekir.¹³⁵ Önemli olan, bu tasarının elzem bir iyileştirmenin ardından kanunlaşmış olmasıdır, aksi takdirde 10-15 yıl daha herhangi bir yeni gelişmenin olması beklenemezdi. Türkiye, 150 yıllık alıntılama geleneğini bozmalı ve kendi ceza hukukunu oluşturma fırsatını bir kez daha kaçırmamalıdır. Bunun

¹³¹ *Dönmezer/Erman*, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I, 12. Auflage, İstanbul 1997, S. 156.

¹³² *Yenisey* (Dipnot 36), S. 213.

¹³³ *Özek* (Dipnot 80), S. 662.

¹³⁴ 'Ne yazık ki, eğer tasarı kanunlaşırsa esas sorun ondan sonra meydana gelecektir. Bu tasarı ancak iyi bir tasarının nasıl olmaması gerektiğini gösterdiği için başarılıdır.' Diyor *Toroslu* (Dipnot 72), VII.

¹³⁵ *Hakeri* (Dipnot 51), S. 147.

çalışmalarına başlanmıştır. Ancak, başarıya ulaşması için çok kısa bir süre öngörülmüştür. Bu nedenle, yeni kanunda da çok sorunlu nokta vardır.

Ceza Hukukundaki başarısızlığın nedenleri çok çeşitlidir. Belki de esas sorun siyasidir. Fakat ben bu noktada iki önemli nedene¹³⁶ dikkat çekmek istiyorum: İlk olarak konu epey muhafazakâr hukuk geleneği ile ilgilidir, özellikle hukuku uygulayan yargı makamları, kanunların alışılmış kullanımının dışına çıkmak istememektedirler. İkinci olarak, yukarıda da değinildiği gibi, Türk Ceza Hukuku öğretisinin, bir kaç güzel esere rağmen, yaratıcı ve verimli çalışmadığı söylenebilir. Bunun nedeni, Türkiye'de nüfusa kıyasla çok az ceza hukukçusunun olmasıdır. 80 milyon insanın yaşadığı Almanya'da 250 ceza hukuku profesörü varken, nüfusu 60 milyonu aşan Türkiye'de bu rakam 21'dir. Ayrıca bu rakama da, geçtiğimiz yıllarda ulaştığını da vurgulamak gerekir. 20 yıl öncesine kadar Türkiye'de yalnızca 2 hukuk fakültesi varken, bugün bu rakam 18'e yükselmiştir (Özel üniversitelerle birlikte 31).

Türkiye, uluslararası anlaşmalara¹³⁷ imza atarak hukuki yapısı ile batıya bağlanmıştır. Avrupa ile Türkiye arasında hukuki bir ağ vardır. Tabii ki bu yönelimden sapan kimi düzenlemeler olabilir. Ancak bunlar da karşıt yasalar değil, yalnızca nüanslardır.¹³⁸ Avrupa ülkelerinin ceza hukuku yapısı aynı kültüre dayansa da, Türkiye de 150 yıllık gelişme ile bugün Avrupa'ya hiç olmadığı kadar yakındır.

Özellikle Türkiye Avrupa Birliği'nin resmi adaylarından biri olduktan sonra, Avrupa Hukukunun da daha dikkatli takip edilmesi gerekmektedir.

'Türkiye'nin modern dünyaya uyumu, Türk Hukukunda bir revizyon gerektirmekte ve demokratik olmayan normların kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır.'¹³⁹

Roma Döneminde oluşan ortak ceza hukukunun yerini bugün ortak Avrupa Ceza hukuku almıştır. Farklı ülkelerden ceza hukukçularının bir araya gelmesi, ortak bir Avrupa Ceza Hukuku olduğunun göstergesidir. Hukuk biliminin bütün alanlarında, AB çerçevesinde ya da AB dışında bir birlik belki yoktur, ancak bir yakınlaşma olduğu söylenebilir,¹⁴⁰ Türkiye de 200 yıldır bu yakınlaşmanın bir parçasıdır.

¹³⁶ Cihan (Dipnot 16), S. 728.

¹³⁷ Türkiye, 24.10.1945'ten beri UNO'ya, 13.4.1950'den beri Avrupa Konseyi'ne üyedir. Türkiye, 10.3.1954'te İnsan Hakları Sözleşmesi'ni onaylamıştır, bu süreçte Türk Hukukunda İnsan Hakları Sözleşmesi maddelerinin ihlal edecek hiç bir hüküm bulunmamaktaydı. Yenisey (Dipnot 36), S. 214.

¹³⁸ Ünal, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye Hakkındaki Mahkûmiyet Kararları ve Türk İç Hukukuna Etkileri, Hukuk Kurultayı 2000, C. I, S. 251.

¹³⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 25.11.1991 tarihinde arz edilen hükümet programı. Artuk/Kleinjans, Das türkische Strafvollzugssystem – Überblick und Reformbestrebungen, in: ZStW 107 (1995), S. 129.

¹⁴⁰ Dönmezer, CMUK 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, in: Festschrift für Erman, S. 254.

Ceza Hukukundaki bu reform, bazı eksikliklere rağmen modern bir ceza hukuku yönünde atılmış çok önemli bir adımdır, büyük bir ilerlemedir.¹⁴¹

¹⁴¹ Karş. *Tellenbach* (Dipnot 91), S. 18.