

5237 SAYILI CEZA KANUNU'NA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

Mustafa ÖZEN*

1926 yılından beri yürürlükte kalıp, gerek öğretide ve gerekse Yargı kararlarıyla belirli bir istikrar kazanmış olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas yoluyla aldığımız 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile 01.06.2005. tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Haliyle bu kanunun da bazı yönlerden tartışmaya açık yönleri bulunmaktadır. Çünkü, sosyal bilimlerde ve de özellikle ceza hukuku gibi özgürlükler alanına ilişkin düzenlemelerde tek doğru yoktur. Gerçekler fikirlerin çarpışmasından ortaya çıkar. Biz de, bu nedenle, kendimizce, uygulamada ortaya çıkabilecek aksaklıkların meydana gelebileceği ve dolayısıyla adalet gibi, çok yüce değerın zedelenebileceği endişesiyle, önemli gördüğümüz bazı noktalarda fikirlerimizi açıklamak istedik. Umarız, ceza hukuku bilimine küçük de olsa katkı sağlarız.

5237 sayılı Ceza Kanunu'na İlişkin Eleştiriler

1. Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde, kanunun amacı düzenlenmiştir. Her şeyden önce, temel nitelik taşıyan Ceza Kanunu'na amaç maddesinin konulması yersizdir. Tıpkı, temel kanun niteliğinde olan Türk Medeni Kanunu'nda amaç maddesinin olmaması gibi.

Kanunun amacını düzenleyen 1. maddede, kanunun amaçları içerisinde suç işlenmesini önlemek, amaçlarından biri olarak düzenlenmiştir. Suç işlenmesini önlemek kanunun amacı değil işlevidir. Ceza Kanunu'nun amacı, toplumsal yararın korunmasıdır.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı araştırma görevlisi.

2. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği 2. maddede, *'Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz'* ilkesi benimsenmiştir. Burada kıyas ile yorum aynı anlamda kullanılmıştır. Kıyas ile yorum aynı anlama mı gelir?

Kıyas, iki benzer durum arasında ortak noktalar bulunarak, birinin diğeriyle benzer yanlarını ortaya koyma işlemidir.

Yorum, var olan bir durum veya olgudan yola çıkarak, bilinmeyen ama olabilecek bir başka durumun mümkün olabileceğine yönelik fikir yürütme işlemidir.

3. Ceza kanunu'nun tanımlar başlığı altında düzenlenen 6. maddesinin d fıkrası, yargı görevi yapan deyimini, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet Savcısı ve avukatlar şeklinde açıklamıştır. Yargı, bir uyuşmazlık konusunda çözüme ulaşma, uyuşmazlık konusunu durumu ortadan ikiye ayırma ve böylece sorunu çözmeye anlamına gelir. Bu işi, yargıçlar yapar. Cumhuriyet Savcısı ve avukatlar, yargılama faaliyetine katılan yardımcı ve bütünleyici unsurlardır.

4. Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde düzenlenen yer bakımından uygulama kısmındaki 12. ve 13. maddelerde, failin Türk ve mağdurun Türk olması ihtimallerine göre, yabancı ülkede suç işleyen kişilerin Türkiye'de hangi koşullar çerçevesinde yargılanacağına ilişkin kural- lar getirilmiştir.

11. maddede, failin Türk olması halinde, yargılamanın yapılabilmesi için şikayet gerekli görülmüş, işlenen suçun karşılığında öngörülen hapis cezasının 1 yıldan az olması gerektiği belirtilmiştir. 1 yıldan fazla olursa re'sen kovuşturma yapılabilecektir.

12. maddede, bir Türk'ün mağdur olması halinde, yargılamanın yapılabilmesi şikayete bağlanmış ve şikayetin gerçekleşebilmesi için cezanın alt sınırının 1 yıldan fazla olması gerekmektedir. Yani bir Türk, alt sınırı 1 yıldan az hapis cezası gerektiren bir fiilin mağduru olursa, şikayet edip yargılama işlemlerini başlatamayacak, mağdur bir yabancı ise başatabilecektir.

Bu durum, Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.

5. 12. maddede, yabancı tarafından Türkiye'nin aleyhine işlenen suçlardan dolayı kovuşturmanın yapılabilmesi için, Adalet Bakanı'nın istemi gerekli görülmesi, 13. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen suçlar bakımından, Adalet Bakanı'nın talebi gerekli görülmiştir.

Acaba istem ile talep arasında hukuki anlam bakımından bir fark var mıdır?

Bize göre her hangi bir fark yoktur. Bu bir kavram kargaşalığı oluşturmaktadır.

6. 21. maddede, ceza sorumluluğunun temel unsurlarından biri olarak, kast düzenlenmiştir. Bu maddede kast, *'Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir'* şeklinde tanımlanmıştır.

Yine, 22. maddenin 2. fıkrasında, ceza sorumluluğunun temel unsurlarından biri olan taksir, *'Taksir, dikkat ve özen yükümlüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir'* şeklinde tanımlanmıştır.

Dikkat edilirse, kastın tanımı yapılırken, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinmesi ve istenmesi unsurları temel alınmakta, öngörme veya öngörülme ifadesine yer verilmemektedir.

Taksir kelimesi açıklanırken, öngörülme ifadesine yer verilmiştir. Her ikisi de, kişi ile suç arasındaki iç ilişkiyi ifade etmesi bakımından ortak noktaya sahipken, birinde öngörmeden bahsedilmezken diğerinden bahsedilmesi bir çelişki oluşturmaktadır.

Taksirden anlaşılması gereken ve kast tanımıyla da uyum bakımından, *'suçun kanuni tanımındaki unsurların bilinerek gerçekleştirilmesi'* şeklinde olmalıdır.

Bir diğer çelişki, kastın tanımı yapılırken öngörülmeden bahsedilmezken, olası kastı tanımlayan 21. maddenin 2. fıkrasında olası kast, *'Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır'* şeklinde tanımlanmıştır. Burada, kastın tanımından farklı olarak öngörme koşulu getirilmiştir.

Öngörme kelimesi, 22. maddenin 3. fıkrasında, *'Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır'* şeklinde tanımlanan bilinçli taksirde de kullanılmıştır.

Öngörme kelimesinin, kastta bir unsur olarak düzenlenmemişken, taksirde, olası kast ile bilinçli taksir hallerinde bir unsur olarak düzen-

lenmiş bulunması çelişki oluşturmakla beraber, daha kötüsü, olası kastla bilinçli taksirin ayırımın tek kıstas olarak düzenlenmesi, uygulamada büyük zorluklara ve beraberinde, benzer olayların bir mahkemede bilinçli taksir bir başka mahkemede olası kast şeklinde yorumlanmasına ve bunun sonucu olarak, hukuksal birliğin bozulmasına neden olabilecektir. Böyle bir sonuç, adalet ve kamusal vicdanın tesisi açısından onarılmaz yaraların açılmasına yol açabilir.

6. Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 6. fıkrasında taksir, cezasızlık nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir durumun, hem ceza sorumluluğunun temel esaslarından biri hem de cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesi, büyük bir çelişkidir. Eğer bu düzenleme, toplumsal ihtiyaçlardan yola çıkılarak kaleme alınmışsa, bunun düzenleme yer ve şekli burası ve bu şekilde olmamalıdır. Bir kusur varsa, bunun cezası verilir. Burada, acıma söz konusu olamaz. Eğer belli durumların cezalandırılması adaletsizliğe neden olabileceği düşünülüyorsa, bu durumlar, ceza kanununda suç olarak düzenlenmez. Eğer düzenlenmiş ise, hakime takdir yetkisi verilir. Ama bu takdir yetkisi, hakimi yasa koyucu yerine koyacak şekilde verilemez. Çünkü, yukarıdaki düzenlemeye göre, bir yerde taksirden ceza verilemesini gerektiren bir durum bir başka yerde cezasızlık nedeni olabilecek şekilde yorumlanabilir. Bu ise, sanki yasa koyucunun bir fiili suç olmaktan çıkarmış gibi etki yaratır. Yapılması gereken, hakime ceza vermeme değil, cezasında belli oranlarda indirim yapma imkanı tanınmalıdır.

7. 22. maddenin 4. fıkrası, *'Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir'* şeklindedir. Burada kusur, bir derecelendirmeye tabi tutulmuştur. Ancak bu derecelendirme yapılırken nasıl bir ölçüt alınacak, ne gibi bir usul takip edilecek belirtilmemiştir. Kusurun derecelendirilmesi oldukça zor bir durumdur. Özellikle trafik suçlarında bu yola başvurulmaktadır. Neye göre ve nasıl bir oranlama yapılacaktır. Zaten taksirin kendisi bir kusur iken ayrıca taksiri de belli kısımlara ayırmak nasıl mümkün olacak. Niye kastı belli bir derecelendirmeye tabi tutmuyoruz.

Bize göre, bu fıkra kaldırılmalıdır. Çünkü, özellikle uygulamada, çok büyük karışıklıklara ve adaletsizliklere neden olabilmektedir. Mesela trafik suçlarında, 8/2, 8/5 kusurlu gibi ifadelerin somut dayanağını bulmak zordur. Bu konuda takdir hakkı, hakim olmalı ve hakim bu hakkını kullanırken eldeki mevcut delillere göre hareket etmelidir.

8. 23. maddede, netice sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlenmiştir. Buna göre, netice sebebiyle ağırlaşmış suç, *'Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en az taksirle hareket etmesi gerekir'* şeklinde düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun'da netice sebebiyle ağırlaşmış suç başlığı ile genel hükümler kısmında açık bir düzenleme yoktu. Bu durum, öğreti ve uygulamada genel esaslardan yola çıkılarak çözümlenmişti. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçun oluşabilmesi için, (a) belli bir neticeye yönelmiş kasti bir hareket olacak (b) hedeflenen neticeden daha ağır veya başka bir netice meydana gelecek. Dikkat edilecek olursa, asıl hedeflenen netice ile meydana gelen netice farklıdır. Meydana gelen daha ağır veya başka neticeyi kişi istememiş olmalıdır. Aksi takdirde zaten ondan sorumlu olacaktır.

O halde, daha ağır veya başka netice açısından failin taksirle hareketi söz konusu olacaktır. Bu sonuca vardığımızda, zaten taksir 22. maddede düzenlenmişken tekrar burada bu hükmün düzenlenmesindeki amacı anlamak zordur. 23. madde, 765 sayılı Kanun'da, 452. maddede düzenlenen kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçunu kaldırmıştır. Yani kastın aşılması suretiyle öldürme fiili de netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirilecektir. Bu konuyu daha da açmak için bir örnek vermek gerekirse;

1. Bir kişi düşmanını korkutmak veya ona gözdağı vermek için yumruk atsa ve düşmanı yere düşerek ölse,

2. Bir kişi düşmanını korkutmak veya ona gözdağı vermek için yumruk atsa ve düşmanı yere düşerek gözünün birini kaybetse,

1. örnekte failin kastı, mağduru hafif nitelikte yaralamaktır. Amacı gerçekleşseydi fail, kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddenin 2. fıkrasına göre cezalandırılacaktı. Ancak, istemediği ve hatta öngörmediği ölüm neticesi gerçekleşmiştir. Burada, gerçekleşen ölüm neticesi açısından failin taksir derecesinde sorumluluğu vardır. Eğer neticeyi öngörmüş ama hareketlerini yine de yapmışsa bilinçli taksir, neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemişse bilinçsiz taksirden sorumluluğu vardır. Hangisini temel alırsak alalım burada taksirle öldürme suçu vardır. Failin sorumluluğu 85. maddede düzenlenen taksirle öldürme suçuna göredir. Bu durum açık iken, 23. maddeye gitmenin bir gereği ve anlamı yoktur. Ancak Kanun bu durumda, 85. madde değil, 87. maddenin 4. fıkrasının uygulanacağını söylemektedir.

87. maddenin 4. fıkrası, *'Kasten yaralama sonucunda, ölüm meydana gelmişse, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme esas alındığında, failin alacağı en az ceza miktarının ne kadar olacağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak, fıkranın ceza miktarını belirten hükmüne bakıldığında 5 yıldan az olmayacağı kesin bir dille söylenebilir. Eğer bizim söylediğimiz gibi, 85. maddeye göre taksirle ölümden ceza verilecek olsa, en az 2 yıl ceza verilebilecektir. Çelişki ortadadır.

2. örnekte failin kastı, yine birinci örnekte olduğu gibi, kasten yaralamadır. Eğer failin kastettiği netice gerçekleşmiş olsaydı, kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddenin 2. fıkrasına göre cezalandırılacaktı. Kastetmediği ama öngörmesi gerektiği/bilinçli taksir ya da öngörmesi gerekirken öngörmediği/bilinçsiz taksir netice meydana gelmiştir. Buna göre, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen 87. maddesinin 2. fıkrasının b bendinde düzenlenen, *'Duyularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine'* neden olmadan cezalandırılacaktır. Dikkat edilecek olursa, burada da gerçekleşen ağır netice açısından taksirli sorumluluğu vardır. 23. madde olmasaydı, yine bu genel esaslardan yola çıkılarak aynı sonuca varılacaktı.

9. 25. maddede, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden ikisi olarak meşru savunma ve zorunluluk hali düzenlenmiştir. Meşru savunma 765 sayılı Kanun'un 49. maddesinde meşru müdafaa olarak düzenlenmişti. Yani, yasa koyucu, meşru kelimesini aynen benimseyip müdafaa kelimesini kaldırarak yerine öz Türkçeleştirme düşüncesinden olsa gerek savunma kelimesini kabul etmiştir. Ancak burada da bir tutarsızlık görülmektedir. Mademki, terimleri Türkçeleştirmek istiyorsun, meşru kelimesini kaldırıp yasal denilebilirdi. Kısaca, yasal savunma denilebilirdi.

Meşru savunma konusunda esas üzerinde duracağımız konu, 765 sayılı Kanun'dan farklı olarak, korunmak istenen hukuki yararda meydana getirilen değişikliktir. Bilindiği gibi, 765 sayılı Kanun'un 49. maddesi, meşru müdafaa kapsamına *'ırza ve cana'* yönelik saldırıları almıştı. Mala karşı saldırılar, özel hükümler bölümünde yer alan 461. maddede düzenlenmişti. 5237 sayılı Kanun ilk önce bu dağınıklığı ortadan kaldırmış ve *'Gerek kendisine ve gerekse başkasına ait bir hakka yönelmiş ...'* ifadesini kullanarak, hak kavramını genişletmiştir. Bu nedenle 765

sayılı Kanun zamanında mesela, okuyucunun beğenisine sunulmuş bir kitapta, bir kişinin şerefine yönelik bir saldırı gerçekleştirilmiş olsaydı veya bir ticari marka ya da patent hakkına yönelik bir saldırı gerçekleştirilmiş olsaydı, nasıl bir yorum izleneceği belli değildi.

5237 sayılı Kanun, bu anlamda bu boşluğu doldurur vaziyettir ancak, beraberinde bazı sorunları da getirmektedir. Şöyle ki, mesela, yukarıda ifade edildiği gibi, bir kişiye hakaret niteliği taşıyan sözleri içeren bir kitap yayınlanmış olsa ve mağdur bu hakaret içeren ifadeleri okusa ama o an faili bulamadığı için evine veya iş yerine giderek faili yaralasa ne olacak? Burada, saldırı devam etmekte ve dolayısıyla, kanunun meşru savunmanın varlığı için ileri sürdüğü koşullardan biri bulunmaktadır. Yaralama fiilini gerçekleştiren kişi, meşru savunma kapsamında değerlendirilebilir mi? Yoksa, böyle bir saldırının ortadan kaldırılmasının yöntemleri farklı mı olacak? Mesela, ilgili yayın evinden veya yazardan bu kitaplardaki ifadelerin kaldırılması mı yoksa kitapların toplattırılması mı istenecek ya da hakaret davası mı açılacak? Bu konuda özellikle uygulamada sorunların çıkma ihtimali vardır.

Zorunluluk hali konusuna gelince, bu durum, 765 sayılı Kanun'un 49. maddesinde, ıztırar hali olarak düzenlenmişti. 5237 sayılı Yasa, bu ifadeyi Türkçeleştirerek zorunluluk hali olarak düzenlemiştir. Zorunluluk hali, burada ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden olarak düzenlenmiştir. Ancak, 92. maddede, yine zorunluluk hali başlığı altında, *'Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek ceza indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir'* şeklinde getirilen hüküm, zorunluluk halini, hem cezasızlık nedeni hem de cezada indirim nedeni şeklinde iki farklı duruma gelebilecek şekilde düzenlenmiştir. Daha da önemlisi, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulları cezasızlık nedeni kabul etmiştir. Bu düşüncüyü kabul etmek, başka suçlar için de, aynı nedenlerin cezasızlık nedeni olabileceğini akla getirmektedir. Hiç bir ceza hukuku bilimi ve düşünce sisteminde, sosyal ve ekonomik koşullar, bir zorunluluk hali kapsamında değerlendirilip cezasızlık nedeni olarak kabule imkan vermemiştir.

Son olarak, yeri burası olmayıp derin bir ilmi çalışmayı gerektirmekle birlikte, kısaca değinilmesi gereken konu, zorunluluk halinin koşulları içerisinde, *'tehlikeye bilerek sebebiyet vermem'* haline değinmek istiyoruz. Bu durumda kişiye ceza verilmeyecektir. Mesela, bir tiyatro oynanırken

bir seyirci dikkatsiz bir şekilde içtiği sigaranın son kısmını söndürmeden çöpün dışına atsa ve bunun üzerine yangın çıksa. Bu yangından kaçmak için sigara artığını atan kişi, bir tane yaşlıyı çiğneyerek öldürse, zorunluluk hali kapsamında değerlendirilecek ve ceza almayacaktır. Ancak, bize göre burada kişinin taksirli bir hareketi vardır ve taksirle öldürmeden sorumlu olması gerekir. Dolayısıyla, yukarıda belirttiğimiz durum, tehlikeye bilerek sebebiyet vermeme şeklinde olmalıdır.

10. 27. maddenin 2. fıkrasında, *‘Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez’* şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme, içerisi her türlü yoruma açık ve bu nedenle kişilerin hukuka güvenin sarsabilecek nitelik taşımaktadır. Korku, heyecan ve telaş özü itibarıyla, kişinin ruh halini ifade eder. Daha doğrusu, kişinin olaylar karşısındaki duygusunu, hislerini ve dolayısıyla kişinin iç durumunu ifade eder. Her kişi, bir olay karşısında farklı ruhsal durum sergileyebileceği gibi, bir kişi, aynı durum olsa bile aynı durumun farklı zamanlarda ortaya çıkması halinde, farklı durum sergileyebilir. Bu nedenle kullanılan kavramlar, herkesin anlayabileceği açıklıkta olmalıdır. Özellikle ceza sorumluluğunu kaldıran ve dolayısıyla hayat varlığı ve kişi özgürlüğünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği bu gibi durumlarda, kavramın daha da dikkatli seçilmesi gerekmektedir. Farklı yerlerde benzer iki olay meydana gelse, doğal olarak faillerden biri cezasız kalabilecek bir diğeri ceza alabilecektir. Zaten bu düzenleme olmasa bile, hakim olayın bütünü içinden bu unsuru da değerlendirmeye alıp ona göre hüküm verecektir. Ama böyle bir düzenlemenin bulunması, hakim yasal dayanağı gerekçe göstererek, bu yola başvurmamasının önü kuvvetlice açılmış olmaktadır. Bu nedenle bu düzenleme kaldırılmalıdır.

11. 30. maddede hata düzenlenmiştir. Bu maddenin 2. ve 3. fıkraları, daha veya daha fazla cezayı gerektiren nitelikli haller ile, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşullarda meydana gelen hata durumunda, 1. madde gereğinde, kişinin bu hatasından yararlanabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkraların düzenlenmesine gerek yoktu. Gerçekten birinci fıkra, bu konuda temel bir kural getirmektedir. Bu temel kural, istisna getirilmediği müddetçe çok doğal olarak, tan konularda da geçerli olacaktır. Zaten 765 sayılı Kanun’da böyle bir açık düzenleme bulunmamakla birlikte öğreti ve uygulamada bu konuda ciddi sorunlar çıkmamaktaydı.

12. 32. maddede, akıl hastalığı düzenlenmiştir. 32. maddenin 1. fıkrasına göre, bir kişinin, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği '*nemli derecede azalmış*' ise, o kişiye ceza verilmeyecektir. 2. fıkrasına göre, bir kişinin, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği '*azalmış*' ise kişinin cezasında indirimle gidilecektir. Burada iki farklı sorun ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, işlenen fiilin hukuki anlam ve sonucu anlamak ne demektir? İkincisi, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin '*önemli derecede azalması*' ile '*yönlendirme yeteneğinin azalması*'nı nasıl ayırt edeceğiz.

Birinci sorunda, herkesin yaptığı davranışların hukuki anlamını bilmesi gerekmektedir. Kişilerden, yaptıkları davranışın hukuk karşısındaki değerinin -anlamının- bilinerek hareket etmeleri istenebilir mi? Bir kişi, yaptığı davranışının hukuki anlamını bilmezse ceza almayacak mı? gibi sorular akla gelmektedir.

İkinci sorunda, bir kişinin yaptığı davranışlarda, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin '*önemli derecede azalması*' ile '*yönlendirme yeteneğinin azalması*'nı belirlemede nasıl bir ölçüt ele alınacaktır? Bu ölçütü kim koyacaktır. Önemli azalma ile azalma arasındaki fark nasıl belirlenecektir? Uygulamada, bu konunun tespiti bilirkişilerce yapılacaktır. Bir bilirkişi mütalaası ile bir kişi ceza alabilecek veya ceza almayabilecektir. Böyle bir durumun kabulü, başta kanunilik ilkesi olmak üzere, adaletin sağlanması gibi, çok temel birçok ilkenin ihlali anlamına gelebilecektir. Neredeyse, hakim yerine bilirkişiler geçmiş olacaktır. Burada 765 sayılı Yasa'nın düzenlemesinde olduğu gibi, tam ve kısmi akıl hastalığı ölçütü tekrar düzenlenmelidir.

Yukarıda bahsettiğimiz sakıncalar 34. maddede düzenlenen, '*Geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma*' durumu için de geçerlidir.

13. 35. maddede, '*Suçta teşebbüs*' hali düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un çok ciddi değişiklik getirdiği konulardan biri, teşebbüs bahsidir. 765 sayılı Yasa, 61 ve 62. maddelerinde bu konuyu, eksik ve tam teşebbüs şeklinde düzenlemişti. Yeni yasa, bu ayrımı kaldırarak bir fiil ya tamamlanmıştır ya da teşebbüs aşamasında kalmıştır şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeyle bağlantılı olan 36. maddede, '*Gönüllü vazgeçme*' hali düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, '*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamam-*

lanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır' şeklindedir...

765 sayılı Kanun'da, ihtiyariyle vazgeçme hali genel hükümler kısmında düzenlenmişti. Ancak etkin pişmanlık hali, genel hükümler kısmında düzenlenmemiş, özel hükümler kısmında belli sayıda suçlar bakımından düzenlenmişti. 5237 sayılı yeni Kanun, bu iki farklı durumu aynı yasa maddesi içine genel hükümler bölümü içinde düzenlemiştir. Bu madde sorunlu bir maddedir.

1. Bir kişi, düşmanını öldürmek için ateş ederken birden, yaptığı fiilin dini inanışı gereği çok kötü sonuçlara neden olabileceğini düşünerek hareketlerine son veriyor böylece mağdur hiç yara almadan kurtuluyor.

2. Bir kişi, düşmanını öldürmek için ateş edip bütün fiillerini tamamladıktan sonra, oradan kaçıyor ama kurşunlardan hiçbiri isabet etmediği için, mağdur hiç yara almadan kurtuluyor.

3. Bir kişi, düşmanını öldürmek için ateş ediyor ve daha sonra pişman olup, düşmanını hastaneye kaldırarak ölmesine engel oluyor.

1. örneğe 36. maddeye göre bakarsak; fail hareketlerini devam ettirmekten gönüllü olarak vazgeçiyor. Kanun'un ifadesine göre, failin o ana kadar yaptığı hareketler ayrı bir suç oluşturuyorsa fail o suçtan sorumlu olacaktır. Burada, failin gönüllü vazgeçtiği ana kadar yaptığı fiil, hangi suçu oluşturmaktadır. Kasten yaralama suçu mu, korkutma suçu mu? Olayımızda, kasten yaralama suçu olamaz. Çünkü, ortada 86. maddenin ifade ettiği gibi, '*Başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olma*' hali söz konusu değildir. Kaldı ki, zorlama yorumla, mağdurun sağlığının bozulduğu kabul edilerek yaralama suçu kabul etsek bile, failin kastı yaralama değil, öldürmedir.

Burada failin, kastından başka bir neticeden sorumluluk yoluna gitmek zorunda kalacağız ki, böyle bir sonuç, kabul edilemez. Çünkü, kastedilen neticeden başka bir neticenin meydana gelmesi halinde 23. maddeye göre netice sebebiyle ağırlaşmış suç oluşmaktadır ve bu bizi, taksirle sorumluluk sonucuna kadar götürür. Ortada bir kast varken, kasttan başka neticeden sorumluluk yoluna gitmek öncelikle mantık kurallarına sonra da ceza hukuku felsefesine aykırıdır.

2. örneğe baktığımızda, fail, üzerine düşen bütün hareketlerini yapmış fakat mağdur, hiç bir yara almamış veya hiçbir zarar görmemiştir. Burada 35. maddenin 2. fıkrasına göre, meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre, ceza verilecektir. Bu örneğimizde de mağdur hiçbir yara almamış veya zarar görmemiş olmasına rağmen, failin kastı dikkate alınarak teşebbüs hükümleri uygulanmakta, 1. örneğimizde de mağdur hiçbir yara almamış veya zarar görmemiş olmasına rağmen, failin kastı göz ardı edilmektedir. Bu çok büyük çelişkidir.

3. örneğe baktığımızda, fail ulaşmak istediği sonuç için üzerine düşen bütün görevleri yerine getirmiş, daha sonra pişmanlık duyarak mağdurun ölmesine engel olmuştur. Bu olayımızda yukarıda gösterdiğimiz olaylardan farklı olarak, mağdur hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanmıştır. Hem 1. hem de 2. örnekte mağdur, hiçbir yara almamış veya zarar görmemiş olmasına rağmen, 1. örnekte failin kastı göz ardı edilmekte ve 2. örnekte dikkate alınmaktadır. 3. örneğe baktığımızda, 1. örnekle tutarlı fakat 2. örnekten farklı olarak, faile, kastından dolayı değil ama gerçekleşen neticeden ceza verilecektir. Ancak 3. örnekte 2. örnekten farklı bir durum var o farklı durum ise, hayati tehlike niteliği taşıyan bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. İşte burada, özellikle 2. örnekle 3. örnekte, faillere verilecek ceza miktarı arasında meydana gelen netice veya zarar açısından ciddi adaletsizlikler ortaya çıkmaktadır. Mesela 2. örnekte, 35. maddenin 2. fıkrasında göre, failin alacağı cezanın alt sınırı 9 yıl olacaktır. 3. örnekte ise, faile verilecek cezanın alt sınırı 9 yıldan 15 yıla kadar belirlenebilecekti. Hakim, en fazla 15 yıl verebilecektir. Cezanın en üst sınırı olan 15 yıl verse bile, 2. örnekte mağdur hiç bir maddi zarara uğramamış olmasına rağmen faile en az 9 yıl, 3. örnekte ise, mağdur ciddi ölüm tehlikesi geçirmiş olmasına rağmen faile en fazla 15 yıl ceza verilebilecektir. Sadece ceza miktarlarının en alt ve en üst sınırlarını ele aldığımızda bile kamu vicdanını teskin etmeyeceği açık olan bir durumda, 2. örnekte 9 yıl, 3. örnekte 10 yıl ceza verildiğini düşündüğümüzde Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde Ceza Kanunu'nun amaçlarından biri olarak düzenlenen '*kamu düzen ve güvenliği ile toplumsal barışın korunmasının*' nasıl sağlanacağı düşündürücüdür.

14. 43. maddede zincirleme suç, '(1) Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birden dörtte üçe kadar arttırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır daha cezayı gerektiren

nitelikli halleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.

(2) Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır.

(3) Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz' şeklinde düzenlenmiştir.

765 sayılı eski Kanun'un 80. maddesinde düzenlenen bu suç, temel düzenleniş şekli bakımından önceki yasa ile paralellik göstermektedir. Eski yasadan farklı gözüken yanı, 2. ve 3. fıkralarıdır. Gerçekten bu fıkralar, bir takım sorunlar taşımaktadır. Bu fıkralara geçmeden önce zincirleme suçun temel unsurlarını kısaca belirtelim.

Zincirleme suçun olabilmesi için;

a. Önceden alınmış bir suç işleme kararı olmalı

b. Birden fazla aynı suç işlenmeli. Buradaki aynı suçtan, aynı nitelikteki suç anlaşılmalıdır. Mesela, basit hırsızlık suçu ile nitelikli hırsızlık suçu aynı niteliktedir. Zaten 1. fıkroda bu belirtilmiştir.

c. Suçlar değişik zamanlarda işlenmeli

d. Suçun mağduru aynı kişi olmalı

e. Birden fazla işlenen suçlar, kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları dışındaki suçlar olmalı

Bizi esas ilgilendiren ve uygulamada ciddi sıkıntıların doğmasına yol açabilecek olan nokta 2. ve 3. fıkralardır.

2. fıkroda, *'Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır'* şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, mesela, bir kişi, sevmediği ve düşmanı olarak gördüğü birden çok kişiye karşı, *'hepiniz soyguncusunuz, dün akşam hepinizi Ahmetlerin evinden hırsızlık yapıp çıkarken gördüm, pezevenkler'* dese, bu durumda, hakaret niteliği taşıyan fiillere maruz kalan kişi sayısınca suç değil, tek suçun varlığı kabul edilecektir. Aydınlanma felsefesinin insanlığa bir hediyesi olan, *'bireyin devlet karşısında daha özgür ve daha fazla hakka sahip olması gerektiği'* düşüncesinin yani, bireyi bir kişi olarak öne çıkaran düşüncenin 5237 sayılı Ceza Kanunu'na hakim olduğu söylenmektedir. Ancak burada, birden çok kişinin bir kişi şahsında adeta eridiği ve sanki ortada tek bir kişinin haysiyet ve şerefine

rencide olduğu kabul edilmektedir. Oysa, hakaret suçuna karşı, kaç kişi maruz kamışsa o kadar hak ihlali gerçekleşmiş sayılmalı ve dolayısıyla o kadar suçun varlığı kabul edilmelidir.

Benzer bir düzenleme, hakaret suçunun düzenlendiği 125. maddenin 5. fıkrasında, *'Kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi halinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır'* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Son cümle, 29/6/2005 tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren Yasa'nın 15. maddesiyle getirilmiştir.

Son değişikliği göz ardı edip bu fıkra baktığımızda, kurul üyelerine karşı işlenen hakaret suçunda, kurulu oluşturan üye sayısının suçun oluşacağı düzenlenmişti. Böylece, 43. maddenin 2. fıkrasındaki olumsuzlukla çelişkili olmasına rağmen olumlu bir düzenleme niteliğindedir. Ancak, ne yazık ki, yapılan son değişiklikle, 43. maddedeki bireyin haysiyetini yeterince korumayan düzenlemeye dönülmüştür. Bütün bu maddeler, mağdur sayısının suçun varlığını kabul eden bir yapıda tekrar düzenlenmelidir.

3. fıkra, *'Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkra, 29/6/2005 tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren Yasa'nın 6. maddesiyle değiştirilmiştir. Değiştirilmeden önceki hali, *'Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz'* şeklindedir. Yani, yasa değişikliği ile cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, zincirleme suç kapsamına alınmıştır. Maddenin bu değişikliğe ilişkin gerekçesinde ise, bu tür suçların ispatının zor olması ve ceza miktarındaki adaletsizlikler gösterilmiştir. Bu gerekçelere katılmak mümkün değildir. Çünkü, ilk olarak, bu tür suçların ispatının zorluğu gerekçesi yersizdir. İspat meselesi Ceza Muhakemesi Hukuku alanına ilişkin bir müessesedir. Maddi ceza hukuku, nelerin suç olacağını, bunlara uygulanacak yaptırımların nasıl belirleneceğini ve bunlara ilişkin temel ilkeleri koyar. Buradaki felsefe, suç ve yaptırım ve bu ikisi arasındaki, adaletin sağlanmasıdır. Oysa ceza muhakemesi, maddi ceza hukuku alanında düzenlenmiş kuralların ihlali halinde bunların temel hak ve özgürlükler dikkate alınarak, maddi gerçeğe yine hukuk çizgisi içinde ulaşmanın yöntemlerini düzenler.. Bu nedenle, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, suçlarının ispatının zorluğu gerekçe gösterilerek, yapısı bile tartışmalı olup, fail karşısında

mağdurları daha az koruyan zincirleme suç kapsamına alınması kabul edilemez. Zaten, yukarıda zincirleme suç kapsamına alınan suçların niteliğine bakılırsa, bu suçların, doğrudan doğruya insan yaşamı ve vücut tamlığını hedef alan suçlar olduğu görülecektir. Bu nedenle bu suçların, yani suçun birinci derecede mağduru, doğrudan doğruya insanın olduğu suçların yapısı gereği, zincirleme suça müsait olmadığı görülecektir. Mesela, bir kişinin, önceden kurduğu plan çerçevesinde, birden çok kişiyi istediği şekilde, planına engel olmayacak biçimde öldürmesi, yaralaması veya işkenceye tabi tutması ile, bir kişinin bahçesinden belli zaman aralıkları içinde bahçe sahibinin anlayamayacağı ve dolayısıyla önlem alamayacağı/almayacağı şekilde, üç/beş tane elma çalması olayında, failin fiillerini gerçekleştirme imkan ve kolaylığı aynı mıdır. Elbette, fail, ikinci durumda birinci durumdakine göre daha rahat suçunu işleyebilecektir.

Aynı şekilde, bir kişinin önceden aldığı karar doğrultusunda, birden çok kişinin ırzına geçmesi ve cinsel saldırılarda bulunması, çok kolay değildir. Çünkü, bu gibi insanın kendi varlığının doğrudan mağduru olduğu hallerde ve de özellikle toplumsal değer yargılarını da göz önüne alarak, kişilerin çok büyük bir baskı altında olduğunu hissedeceği cinsel nitelikteki suçlarda, mağdurların karşı koyması ihtimalinin yüksekliği ve buna bağlı olarak önceden plan kurma değil de fırsatının kollanarak gerçekleştirildiği suçlarda, zincirleme suç olamaz.

Sonuç olarak, maddenin ilk haline dönülerek, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı suçları zincirleme suç kapsamından çıkartılmalıdır.