

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN ÖZEL HÜKÜMLERİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

Mustafa ÖZEN *

Bilindiği üzere, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan tercüme yoluyla alınan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 01.06.2005 tarihi itibarıyla 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu tarafından yürürlükten kaldırıldı. Yeni kanun, özellikle genel hükümler kısmında kendine ait bazı kural- lar getirerek, daha önceki kanunun sistematüğinden önemli bir ölçüde sapmıştır. Özel hükümler kısmında da önemli değişiklikler getirmiştir. Yeni bir ceza hukuku sayfası açılmıştır. Bu yeni kanunun neler getirdiği, neler götürdüğü gerek öğretilerdeki görüşlerle, gerekse yargı alanındaki uygulamalar ışığında zamanla ortaya çıkacaktır. Bu süreçte, bir takım sorunların çıkacağı açıktır. Biz bu çalışmamızda, tespit edebildiğimiz veya kendimizce sorun doğurabileceğini düşündüğümüz konulara değineceğiz.

1. Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde, '*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*' düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrası, öldür- me fiilinin ihmali davranışla gerçekleşmesini, cezada indirim nedeni saymıştır.

Ceza hukuku alanında, bir suç tipi, hangi hukuki yararın korun- ması istenirse ona göre düzenlenir. Bu hukuki yararın ihlal şekli, belli bazı ölçütler ışığında cezada artırım veya indirim şekli olarak düzen- lenebilir. Mesela, 82. maddede, öldürme suçunun nitelikli şekilleri dü- zenlenmiştir. 11 bend halinde sayılmış olan bu nitelikli haller, suçun işlenişi ile değil, failin suçu işlemekteki amacı, sıfatı, saiki gibi, faildeki

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

toplum barışı ve düzeni açısından yüksek seviyede kınanabilirlik arz eden özellikler ile ilgilidir. 83. madde, bu bağlamda değerlendirilemez. Öldürme suçu, serbest hareketli bir suçtur. Bu nedenle bir kişi, sayısız türde hareketler gerçekleştirerek öldürme suçunu işleyebilir. Bu hareketler, iki ana şekilde ortaya çıkar. Bunlardan biri icrai, diğeri ihmali davranış şeklidir. Bu hareketler arasında faildeki suç işleme kastı veya başka bir ifadeyle, toplum barışını ihlal etme kastı açısından bir nitelik farkı yüklemek mümkün değildir. Bir kişi pekâlâ, hasmını, ihmali bir davranışla tasarlayarak öldürebileceği gibi, icrai bir davranışla da öldürebilir. Aynı şekilde, kan gütme saiki doğrultusunda, hasmını ihmali veya icrai davranışla öldürebilir. Bu durum karşısında, failin toplum barışını, kamu düzenini, ihmali davranışla daha az ama icrai davranışla daha fazla bozduğu söylenebilir mi? Elbette ki söylenemez. Bu nedenle bu madde kaldırılmalıdır.

2. 87. maddede, *'Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama'* halleri düzenlenmiştir. Bu madde özü itibariyle, kasten yaralama fiili sonucu, failin öngörmesi gerekirken öngörmediği veya öngörmesine rağmen gerçekleşmesini istemediği suç teşkil eden halleri düzenlemektedir. Bu açıdan bakıldığında, bu düzenlemedeki durumlar, genel hükümlerdeki taksirle sorumluluk kurumundan hareketle çözülebilir. Bu nedenle bu maddenin ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur. Gerçekten bu madde, genel ilkelerden ayrıksı bir özellik göstererek karışıklıklara neden olabilir. Mesela, A kişisi, B kişisini yaralamak amacıyla yumruk vursa ve bunun üzerine B yere düşerek kafasını sert bir cisme çarpıp ölse, A'nın sorumluluğu nasıl belirlenecektir. 87. maddenin 4. fıkrasına bakıldığında bu durum, kastın aşılması şeklinde yorumlanmaktadır. Bu madde, taksirle öldürme suçuna göre çok daha fazla ceza öngörmektedir. Bize göre, bu maddeye gerek yoktur. Fail, hareketi isteyerek yapmış ama neticeyi istememiştir. Bu tanım taksirin tanımıdır. Yani, failin istemediği netice açısından taksiri derecesinde kusuru vardır. O halde, gerçekleşen netice açısından 85. maddeye göre taksirle öldürmeden sorumlu tutulabilir. Burada, şu akla gelebilir. Fail hareketini yaparken, neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemişse, bu durumda bilinçsiz taksir söz konusudur ve dolayısıyla failin kusuru daha azdır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, kusur hiçbir şekilde ölçülemez ve derecelendirilemez. Bu nedenle, isnat kabiliyetine sahip bir kişiden, iradi olarak yaptığı hareketlerin neticesini öngörmesini istemek kadar doğal bir şey olamaz.

Eğer öngörmemişse, yaptığı fiil, taksirle de işlenebiliyorsa, o suçtan cezalandırılmalıdır. Öngörmüşse bize göre, sonucu da istemiştir ve olası kasttan sorumluluk yoluna gidilmelidir. Bu açıdan bilinçli taksir kanundan çıkartılmalıdır. Kanunun düzenlemesini esas alacak olursak, öngörmesine rağmen hareketlerinden vazgeçmediği için artık bilinçli taksirden yine taksirli suç kapsamına göre cezalandırmak gerekir.

Son olarak şu örneği vererek maddenin uygulanmasında çıkabilecek zorluğa dikkati çekmekte yarar vardır. Mesela, A kişisi, B kişisini yaralamak için yumruk atsa, B yumruktan sakınmak için kendini geri çekerken elektrik tellerine başını çarparak, elektrik çarpması sonucu ölse, A'nın cezai sorumluluğu ne olacak? A'nın kastı B'yi yaralamaktır. 87. maddenin 4. fıkrasının uygulanabilmesi için, önce bir temel suç olacak, daha sonra bu temel suçtan başka, farklı nitelikte başka bir suç gerçekleşecektir. Olayımızda, temel suç olarak değerlendirebileceğimiz bir suç yoktur. Kasten yaralama suçunu düzenleyen 86. maddeye göre kasten yaralama suçunun gerçekleşebilmesi için, başkasının vücuduna acı verilmesi ya da sağlığının veya algılama yeteneğinin bozulması gerekir. Olayımızda, ölen kişinin ölümden önce vücuduna acı verilmemiş ya da sağlığı veya algılama yeteneği bozulmamıştır. Yani temel suç gerçekleşmeden kastedilenden başka, farklı nitelikte bir suç meydana gelmiştir. Kanun'a baktığımızda, bu olaya, tam olarak uygulanacak bir kanun maddesi yoktur. Ancak, 87. maddenin 4. fıkrasını uygulamak gerektir. Halbuki, 87. maddenin 4. fıkrası olmasaydı, genel hükümlerden yola çıkarak, taksirle öldürmeden sorumluluk yoluna gidebilirdik. Çünkü, kişi iradi olarak yaptığı fiilin sonucunu öngörmelidir. Öngörmemişse veya öngörmesine rağmen hareketlerinden vazgeçmemişse taksiri derecesinde kusurluluğu vardır.

3. 91. madde, organ ve doku ticaretinin yasak olduğuna ilişkin bir düzenleme getirmektedir.

Maddenin 1. fıkrasında, organ ile doku arasında cezai sorumluluk açısından bir fark gözetilmiştir. Bir kişi, hukuken geçerli bir rızası olmadan bir başka kişiden organ alırsa 5 yıldan 9 yıla kadar, doku alırsa 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilebilecektir. Cezai sorumluluk açısından bu farkın getirilmesinin nedeni açıklanmamıştır. Kan, bir dokudur. Kalp, bir organdır. Bu ikisi arasında, insan sağlığı açısından veya insanın yaşamını devam ettirebilmesi açısından ne gibi

somut bir fark bulunabilir. Her ikisi de insan yaşamı ve sağlığı için, ciddi öneme sahiptir. Bu nedenle, cezai sorumluluk açısından getirilen bu ayrımın kaldırılması gerekir.

3. fıkra, organ veya dokusunu satan kişi, cezalandırılmaktadır. Burada, suçun faili ile mağduru aynı kişide toplanmaktadır. Bu fıkra, göre, suçun faili, kendi rızasıyla organ veya dokusunu satan kişidir. Peki, mağdur kimdir? Organ veya dokuyu alan kişi mi? yoksa kamu mu? Hukuka uygun bir rıza açıklaması çerçevesinde organ veya doku satılmasında kamunun ne gibi bir zararı olabilir. Zaten 1. fıkra, hukukten geçerli rızayı, hukuka uygunluk sebebi saymıştır. Ancak 3. fıkra, hukuka uygun bir rızadan bahsedilmemekte ve 1. fıkra, atıf da yapılmamaktadır. 1. fıkra, belirtilen hukuka uygunluk oluşturan rıza, kendi organını satan kişiye değil, üçüncü kişiye ilişkindir. O halde, 3. fıkra, suçun faili ile mağduru aynı kişide toplanabilmektedir.

Son olarak, 1. fıkra, hukukten geçerli bir rızaya dayanılarak bir kişiden organ veya doku alınması halinde, organ veya dokuyu alan kişinin cezalandırılmayacağı düzenlenmişken, 3. fıkra, tekrar bu ifadeye yer verilmemesi kanun tekniği açısından yersizdir.

4. 94. maddede, *'işkençe ve eziyet'* suçu düzenlenmiştir. Söz konusu madde, seçimlik hareketle işlenebilen bir suçtur. Yani bu suç, kanunda sayılan birden çok hareketlerle işlenebilir. Bu hareketlerden biri de, bir kişiye karşı o kişinin *'aşağılanmasına yol açacak davranışların gerçekleştirilmesi suretiyle işkençe suçunun'* işlenebilmesidir. Burada hemen akla, 125. maddede düzenlenen hakaret suçu gelebilir. Gerçekten, hakaret suçunda korunmak istenen, kişilerin onur ve şerefidir. Yani, kişilerin onur ve şerefine rencide edilmemesi, aşağılanmamasıdır. Bu bakımdan olaya baktığımızda, mesela, bir kişinin herkese açık bir alanda, çıplak soyundurulması, hangi suçu oluşturacaktır. Böyle bir fiilin işlenmesi halinde, mağdurun hem ruhsal yönden acı çekmesi hem de toplum içinde aşağılanması, onur ve şerefine rencide olması mümkündür. Peki, bu durumda hangi suçtan cezai sorumluluğa gidilecektir. Ortada fikri içtima kuralları uygulanabilir mi, yoksa sadece tek işkençe veya hakaret suçu mu var? Bu iki suçun ayırt edilmesinde failin kastına mı bakılacak? Yani, eğer fail, mağduru aşağılamak, onur ve şerefine rencide etmek amacıyla gerçekleştirmişse hakaret suçu, kişiyi aşağılayarak ruhsal yönden acı çektirmek ise, işkençe suçunun varlığını mı kabul

edeceğiz. Bu ayrımı yapmak için, ilgili suçların işlenebilmesi için, özel kastın varlığı gereklidir. Oysaki, 125. maddede düzenlenen hakaret suçunda böyle bir kast öngörülmemektedir. Acaba, hakaret suçu, işkence suçunun bir unsuru olarak mı düzenlenmiştir. Bize göre burada, fikri iştima kuralları uygulanmalıdır ve faile en ağır cezayı içeren suçtan sorumluluk yüklenmelidir.

Aynı maddenin 3. fıkrasında, işkencenin, *'cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleşmesi halinde'* cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir. Cinsel yönden taciz ifadesiyle ne kastedilmektedir. Bu çok belirsiz ve dolayısıyla kötü sonuçlara yol açabilecek yorumlara müsaittir. 105. maddede, *'bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi'* ifadesi kullanılmıştır. Bu maddeye bakıldığında, özel kastın varlığı aranmaktadır. Ancak sorun cinsel taciz ifadesinden, ne anlaşılması gerektiğidir. Mesela, bir işyerinde bir kaç kişinin özel olarak kurulan rüzgâr üreten aletle birkaç defa bir bayanın eteklerini kaldırıp kendileri ile birlikte başkalarına da izletmeleri, nasıl yorumlanacaktır. Bu bir cinsel saldırı mıdır yoksa işkence veya eziyet midir?

Aynı maddenin 5. fıkrasında, işkence suçunun ihmali davranışla işlenmesi cezada indirim nedeni sayılmayacağı düzenlenmiştir. Bu fıkra, 83. maddede düzenlenen, *'kasten öldürme suçlarının ihmali davranışla işlenmesi halinde cezadan indirim yapılacağı'* şeklindeki düzenlemeyle çelişki göstermektedir. İlgili maddede, bu konuya ilişkin görüşlerimizi açıkladığımız için, burada sadece, ihmali davranışların, suçların bir işleniş biçimi olduğunu ve bu nedenle de icrai davranışlardan farkının olmadığını ve sonuç olarak, bu maddede, bunun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığını söylemek isteriz.

5. 99. maddede, *'çocuk düşürtme, düşürme ve kısırlaştırma'* suçları düzenlenmiştir. Anılan maddenin 2. fıkrasında, *'tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu durumda, çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında, bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur'* ifadesi yer almaktadır. Bu fıkra da açıkça görülüyor ki, çocuğunu düşürten anne, çocuğu düşürten kişiye göre daha az ceza hatta adli para cezası ile cezalandırılabilir ve dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı ceza bile almayabilecektir. Bu düzenlemenin mantığını anlamak oldukça güçtür. İlk olarak, böyle bir fiil iştirak halinde işlenmiş ve müşterek faillik hükümleri kapsamında yer

almuş ayılır. Bu nedenle her iki kişinin de aynı ceza ile cezalandırılması gerekir. İkinci olarak, birinci ihtimali bir an göz ardı etsek bile, çocuğunu düşürten kadının, çocuğu düşüren kişiye göre, daha fazla ceza alması gerekir. Çünkü, annelik hissi gibi, şefkatin en yüksek noktasını ifade eden bir manevi durumun, adeta yok edilerek, toplum için çok ciddi tehlike arz edecek şekilde kendi evladını öldüren bir ruh halinin şefkate tabi tutulması, indirim nedeni sayılması kabul edilemez. Bu nedenle, her ikisinde cezası eşit olmalıdır. Ama mutlaka fark gözetilecekse, anneye daha fazla ceza verilmelidir.

6. 101. maddede, kısırlaştırmanın suç olduğu hal düzenlenmiştir. Anılan maddenin 1. fıkrasında, rıza olmadan bir erkek veya bayanı kısırlaştıran kişinin cezalandırılacağı, 2. fıkra ise, rıza olsa bile, kısırlaştırma fiilini yapan kişi yetkili değilse cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, 1. fıkra gereğince, rıza yoksa, kısırlaştıran kişinin yetkili olup olmadığı önemli değil o kişi cezalandırılacaktır. 2. fıkra göre, rıza olsa bile, eğer kısırlaştıran kişi yetkili değilse cezalandırılacaktır. Burada açık bir çelişki vardır. 1. fıkra gereğince yani, rızanın bulunmadığı durumda, failin yetkili olup olmadığına bakılmayacak, mesela, yetkili olan bir kişi kısırlaştırma fiilini gerçekleştirse bile suç olacak, ama 2. fıkra göre, rızanın olduğu yerde kişinin yetkili olup olmadığına bakılacaktır. Peki, rızanın olmadığı durumda korunan hukuki yarar ile rızanın olduğu durumda korunan hukuki yarar arasında bir fark var mıdır? Ayrım, neye göre yapılmıştır? Yetkili olmayan kişinin kısırlaştırma yapması, yetkili olan kişinin kısırlaştırma fiilini gerçekleştirmesi arasında hem kısırlaştırılan kişi açısından hem de toplum yararı açısından bir fark var mıdır?

26. maddenin 2. fıkrasında, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edeceği bir hak konusunda açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı o fiili gerçekleştiren kişiye ceza verilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme ışığında, zaten kendi içinde çelişki halinde olan bu madde kaldırılmalıdır. Rızaya dayalı olması halinde kısırlaştırma fiili suç olmaktan çıkartılmalıdır.

7. 102. maddede, cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında, '*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi.*' ifadesi kullanılmıştır. Burada, cinsel davranış kelimesinden ne anlaşılabileceği, anlaşılması gerektiği açık değildir. Bir davranışın hangi durumlarda cinsel, hangi durumlarda cinsel olmayan nitelikte oldu-

ğunu belirlemek için nasıl bir ölçü kullanılacaktır. Fiili gerçekleştiren kişinin, cinsel dürtüleri nesnel bakış açısından farklı olabilir. Mesela, cinsel yönden aşırı tahrike kapılma özelliğine sahip olan bir kişinin, bir kadına zorla çorabını çıkartarak cinsel zevk alırsa, bu fiili cinsel davranış olarak mı değerlendirileceğiz. Aynı şekilde, cinsel duyguları zor tahrik olan bir kişinin, bir kadını karşısında zorla soydurarak onun fiziksel açıdan mükemmel bir vücuda sahip olup olmadığını incelemesini, cinsel davranış olarak değerlendirmeyecek miyiz? Sanırım burada, nesnel bir cinsellik fikrini temel almak gerekecektir. Ancak bunun da tespiti çok zor olduğunu belirtmek gerekir. Bize göre, kanun maddesine, '*cinsel arzularını tatmin amacıyla*' ifadesinin eklenmesi gerekir. Yine kanun maddesinden anlaşılmamakla beraber, buradaki cinsel davranıştan anlaşılmaması gereken, cinsel ilişki boyutuna varmayan ve kişinin cinsel dürtülerini karşılayan hareketlerdir. 765 sayılı Yasa'da tasaddi olarak düzenlenen suç tipinin karşılığı şeklinde anlaşılmalıdır. Sarkıntılık şeklinde de anlaşılmamalıdır. Çünkü, bu durum, 105. maddede, cinsel taciz şeklinde düzenlenmiştir.

2. fıkrada, '*Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda...*' ifadesine yer verilmiştir. Bu fıkrada, vücuda organ veya sair cisim sokulması, ifadesinden ne anlaşılabacaktır. Organ veya sair cismin ne maksatla sokulacağı açık değildir.

a. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına kızlığını bozmak için parmağını soksa.

b. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için parmağını soksa.

c. Bir erkek, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için cinsel organını soksa.

d. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına cinsel dürtülerini tatmin etmek için plastik cisim soksa.

e. Bir kişi, bir kadının rızasına aykırı olarak cinsel organına acı vermek için plastik cisim soksa.

Bu ihtimallerin hepsi, bu fıkra kapsamında mı değerlendirilecek. Bize göre, bu fıkraya da yukarıda belirttiğimiz gibi, '*cinsel arzularını tatmin amacıyla*' ifadesinin eklenmesi gerekir.

Son olarak, 1. fıkra da olduğu gibi, bu fıkra da korunmak istenen hukuki yarar, başka bir ifadeyle cezalandırılmak istenen fiilin ne olduğu açık değildir. Maddenin ifade ediliş biçimine bakıldığında, cezalandırılmak istenen fiilin, cinsel ilişki veya cinsel ilişkiye eş değerdeki hareketler olduğu anlaşılabılır. Ancak, kanun koyucu, kanunilik ilkesi gereğince, cezalandırmak istediği bir fiilin bütün unsurlarını, herkesin anlayabileceği açıklıkta düzenlemelidir. Aksi durum, keyfiliğe yol açabilir. Nitekim 104. maddede, reşit olmayanlarla cinsel ilişkinin cezalandırılacağı açık bir şekilde düzenlenerek, buradaki cezalandırılmak istenen fiil, net bir şekilde ortaya konulmuştur.

4. fıkra da, cinsel saldırı suçu, mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün üzerinde bir cebir kullanılması halinde, hem cinsel saldırı hem de kasten yaralama suçunun işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Bu madde, cinsel saldırı suçunda, basit yaralama suçu derecesine kadar olan cebir kullanımını suçun bir unsuru, bu sınır aşıldığı zaman iki suçun oluştuğunu kabul etmiştir.

5. fıkra da, cinsel saldırı suçu neticesinde, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması halinde, 10 yıldan az olmamak üzere hapis cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Fıkra ya göre, cinsel saldırı sonucunda, mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması 4. fıkra da olduğu gibi, ayrıca ayrı bir suçun varlığına vücut verip vermeyeceği belirtilmemiştir. Oysa, burada da, 86. maddenin ifade ettiği gibi, sağlığın bozulması sonucunu doğuracak bir neticeden bahsedilmektedir. Sonuç olarak, 5. fıkra da da, cinsel saldırı neticesinde yaralama suçunun işlendiği açıktır. Ama, 4. fıkra da olduğu gibi, iki farklı suçun olduğu kabul edilmemiş, ağırlatıcı neden sayılmıştır. Böyle bir düzenlemenin sakıncası, cinsel saldırı fiili neticesinde, mağdurun hayati tehlike geçirebileceği derecede ağır bir tehlike geçirmesi halinde hâkime, 10 yıldan az olmamak üzere, yukarı sınırı ne kadar olacağı belli olmayan ucu açık bir ceza verme takdir hakkı tanınmış olmasıdır. Eğer iki suçun varlığı kabul edilmiş olaydı, böyle bir sorun doğmazdı.

6. fıkra da, yine 5. fıkra da olduğu gibi, cinsel saldırı sonucu, mağdur bitkisel hayata girer veya ölürse, kaç tane suçun oluşacağı düzenlenmemiş, ne kadar ceza verileceği düzenlenmiştir. 4. fıkranın aksine, ortada iki farklı suçun bulunmasına rağmen 5. fıkra da olduğu gibi, kaç tane suçun işlenmiş sayılacağına değil de, sadece sonuç cezanın düzenlenmiş olması, kanun koyucunun 5. ve 6. fıkralarda, fikri içtimai mi yoksa netice

sebebiyle ağırlaşmış bir suçun varlığını kabul ettiği düşünülecek? Bize göre, 5. fıkra, hem cinsel saldırı hem de duruma göre kasten veya taksirle yaralama suçu şeklinde iki farklı suç vardır. Aynı şekilde, 6. fıkra da, ölüm meydana gelirse, hem cinsel saldırı hem de duruma göre kasten veya taksirle öldürme suçu şeklinde iki farklı suç vardır. Şöyle ki, öldürücü olup olmadığını bilmediği AIDS virüsü taşıyan fail, rızaya aykırı olarak cinsel ilişkiye girdiği mağdurun ölebileceğini düşünmüş ama hareketlerinden vazgeçmemiş ve bunun sonucunda mağdur ölmüşse, cinsel saldırı ve kasten öldürme suçu; AIDS virüsü taşıyan fail, rızaya aykırı olarak cinsel ilişkiye girdiği mağdurun ölebileceğini düşünmesi gerekirken düşünmemiş ve bunun üzerine mağdur ölmüşse, cinsel saldırı ve taksirle ölümden sorumlu olacaktır.

8. 106. madde, tehdit suçu düzenlenmiştir. Bu madde, *‘Bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmedilir’* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede, tehdit suçu konu olan hukuki yaralar arasında bir derecelendirme yapılmıştır. Buna göre, tehdit fiili, hayat, vücut tamlığı veya cinsel dokunulmazlık hedef alınarak yapılırsa, fail; malvarlığı hedef alınarak yapılan tehdit fiiline göre daha ağır ceza ile cezalandırılacaktır. Yani, malvarlığı, cinsel dokunulmazlığa göre daha az korunan bir hukuki değer olarak görülmüştür. Oysa, kanunun genel yapısına ve kanuna hâkim olan felsefeye bakıldığında, cinsel suçlara verilecek en alt ceza üç ay (md. 105), malvarlığı aleyhine ilişkin suçlarda, (md. 151) en alt ceza dört ay olarak öngörülmüştür. Bu nedenle, tehdit suçlarında korunan hukuki yarar bakımından, kanunun genel felsefesine aykırı olacak şekilde, malvarlığı aleyhine işleneceğinden bahisle yapılacak tehdit suçunun daha az cezayla cezalandırılacağı kabul edilmesi yersizdir. Kaldı ki, böyle bir kabulün mantığını anlamak mümkün de değildir. Zira, 148. maddede düzenlenen yağma suçunda, *‘Bir başkasını, kendisinin veya yakının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit eden veya cebir kullanarak, bir teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır’* hükmü getirilmiştir. Bu maddede açıkça,

yukarıda yaptığımız tespiti uygun olarak, malvarlığı, diğer korunan hukuki yararlarla eşit değerde görülmüştür.

Sonuç olarak, tehdit suçu, yağma suçunda olduğu gibi, malvarlığı ile diğer korunan hukuki yararlar bakımından aynı değerde görülerek tekrar düzenlenmelidir.

106. maddenin 3. fıkrasında, *‘Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir’* ifadesi yer almaktadır. Burada tehdit suçu, amaç suç, kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçları, araç suçtur. Bu durumda, iki suç kabul edilmiştir. İlk suç; tehdit suçu, ikinci suç; kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçlarından hangisi işlenmişse odur. Dolayısıyla gerçek içtima kuralları uygulanacaktır. Ancak, 82. maddenin h bendinde, *‘bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla,’* öldürme fiili işlenirse, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, amaç suç, bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak araç suç, öldürmektir. Ancak burada, 106. maddenin 3. fıkrasından farklı olarak, iki ayrı suçun varlığı kabul edilmemekte, tek suçun varlığı kabul edilip cezaların en ağırı olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmektedir.

Sonuç olarak, her iki düzenlemede de, araç suç, kasten öldürme, kasten yaralama olmasına rağmen 106. maddenin 3. fıkrasında, iki farklı suçun varlığı kabul edilip, cezaların toplanması kabul edilmekte, 82. maddenin h bendinde, tek suçun varlığı kabul edilip cezaların en ağırı olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmektedir. Burada bir çelişki vardır.

9. 113. maddede, *‘Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi’* kenar başlığı altında, *‘Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, kamu kurumu faaliyetlerinin yürütülmesine engel olunması’nın suç olup 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir. Maddenin kenar başlığı ile düzenleniş şekli birbirinden farklılık göstermektedir. Gerçekten, kenar başlığa bakıldığında, ‘Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi’nin suç olacağı düzenlenmişken, maddeye bakıldığında, sadece, kamu kurumu*

faaliyetlerinin yürütülmesinin engellenmesi suç olarak düzenlenmiş, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, suç olarak düzenlenmemiştir. Maddenin kenar başlığının aynen maddede yer alması halinde bile, eksik bir düzenleme niteliğinde olan bu hüküm, kenar başlığın daha da daraltılarak düzenlenmiş haliyle iyice yetersiz hale gelmiştir. Çünkü, mesela, maddeye göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan derneklerden herhangi birinin faaliyetinin cebir veya tehditle engellenmesi suç oluşturmayacaktır. Aynı şekilde, kenar başlıkta bile düzenlenmeyen, özel eğitim kurumları ve sağlık kuruluşlarının faaliyetlerinin cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, engellenmesi suç oluşturmayacaktır. Böyle bir sonuç, başta, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile anayasanın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma hakkına aykırılık teşkil etmektedir.

10. 125. maddede hakaret suçu, *'Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına aldiran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır'* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile 765 sayılı eski Ceza Kanunu'nun 482. maddesinde bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenen *'sövme suçu'*, hakaret suçunun bir unsuru haline gelmiştir. 765 sayılı eski yasanın 480. maddesinde, hakaret suçu bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş olup cezası, üç aydan üç seneye kadar hapis cezası, 482. maddede, sövme suçu ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş olup cezası, üç aya kadar hapis cezasını gerektirir şeklinde düzenlenmişti. Yeni kanun 125. maddesi ile bu ayrımı kaldırmış, sövme fiilini, hakaret suçunun bir unsuru haline getirerek, 480. maddedeki, düzenleme ile aynı cezaya tabi tutmuştur. Burada önemli bir ayrım kaldırılmıştır. Gerçekten, bir kimseye yönelik, somut bir fiil isnatının yapılmasıyla, sadece soyut bir iddia niteliğindeki sözlerin mağdur üzerinde yapacağı olumsuz etki kesinlikle aynı olamaz. 125. madde, Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının birinci kısmının sekizinci bölümü başlığı altında, *'şerefe karşı suçlar'* kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Yani bu suç ile korunmak istenen hukuki yarar, kişinin toplumdaki onur ve şerefine korunmasıdır. Konuya bu açıdan bakılmalıdır. Bu nedenle, mesela, bir kişi hakkında; belli bir gün, yer ve saat belirterek, fuhuş yaptığı, hırsızlık yaptığı veya insan öldürdüğüne söylenmesi ile, o kişinin; zinakar, hırsız veya katil olduğunun söylenmesi durumunda, söz konusu kişinin toplum nazarında aynı seviyede rencide edildiğini

kabul etmek mümkün değildir. Ancak mevcut düzenlemeye bakıldığında, maalesef biz bunu aynı seviyede görmekteyiz. Bu nedenle, mevcut yasa, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı yasada olduğu gibi, bu iki farklı fiili birbirinden ayırarak farklı ceza öngörmelidir. Sövme fiilini, hakaret suçunun bir unsuru haline getiren kanun koyucu, ne hikmetse, madde gerekçesine bakıldığında, sövme suçundan bahsetmektedir. Bu da ayrı bir çelişkidir.

125. maddenin 5. fıkrası, *‘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 düzenlenmiştir. Zincirleme suçu düzenleyen, 43. maddenin 2. fıkrasında, *‘Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükümleri uygulanır’* hükmünü getirilerek, zincirleme suçun varlığı kabul edilmiştir. İlk önce, 125. maddenin 5. fıkrasına bakıldığında, kurul halinde çalışan kişilere karşı tek bir fiille hakaret edilmesi halinde kurulu oluşturan üye sayısınca suçun varlığı kabul edilmektedir. Ancak, bu fıkra, 29.6.2005. tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren Kanun’un 15. maddesi ile, *‘Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır’* hükmü getirilerek, aynı fıkroda iki farklı ve birbiriyle çelişen durum meydana getirilmiştir. Değişiklik getirilmeden önceki haliyle, bir fiille birden çok kişiden oluşan kurul üyelerine karşı hakaret suçu işlendiği zaman, kurulu oluşturan üye sayısınca suçun oluşacağı haklı olarak düzenlemişti. Fakat bu hüküm, 43. maddenin 2. fıkrasında yer alan *‘Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükümleri uygulanır.’* ifadesiyle çelişmekte idi. Aslında sorun, bu maddede iken ve dolayısıyla bu maddenin değiştirilmesi gerekirken, doğru olarak düzenlenmiş olan 125. maddenin 5. fıkrasının ilk şekline, 29.6.2005. tarih ve 5377 sayılı değişiklik içeren kanunun 15. maddesi ile, hatalı bir düzenleme olan, 43. maddenin 2. fıkrası ile uyumu sağlamak için son bir cümle eklenmiştir. 43. maddenin 2. fıkrası niye hatalıdır? Bu fıkra, göre, mesela, birden çok kişiye karşı; *‘hepiniz hırsızsiniz, hepinizi dün gece saat 23’te Ahmet’in evinden mücevher çalarken gördüm’* şeklindeki hakaret niteliği taşıyan bir fiil gerçekleştirildiği zaman, kendilerine karşı bu fiilin söylendiği kişi sayısınca değil, tek suç kabul edilecektir. Bu kabul, birden çok kişinin her birinin kendine ait onur ve şerefine olabileceğini kapalı olarak reddetmektedir. Dolayısıyla, Ceza Kanunu’nun yapılış aşamasındaki temel felsefesi olan kişi hak ve özgürlüğünü öne çıkaran ve dolayısıyla kişisel

değerlere öncelik tanıyan felsefeye aykırıdır. Burada, adeta birden çok kişi, bir kişi içinde eritilmiştir.

Sonuç olarak, 125. maddenin 5. fıkrasının ilk şekline geri dönülmesi, 43. maddenin 2. fıkrası, hakarete maruz kalan kişi sayısının suçun oluşacağı şeklinde değiştirilmelidir.

11. 127. maddede, hakaret suçlarına ilişkin iddiaların ispatı düzenlenmektedir. Bu maddenin 1. fıkrası, *‘İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispat edilmiş ayılır’* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, hakaret eden kişinin cezalandırılmaması için, hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi gerekir. Mahkûmiyet kararı, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde, sanık veya şüphelinin o suçu işlediğine dair delillerin bulunmasına bağlıdır. Yani hâkim, önüne gelen bir olay hakkında, % 99 kanaat ama %1 şüpheye sahip bulursa mahkûmiyet kararı veremeyecektir. Bu açıklama ışığında, bir hakaret suçuna ilişkin olarak, hakaret edilen kişi hakkında, hâkim kanaatini % 100 oluşturmamış durumda, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi gereğince, sanığı mahkûm edemeyecek, hakaret suçunun faili, hakaret suçundan mahkûm edilecektir. Yani, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi ters tepip, ilkenin aksine, hakaret suçunun faili cezalandırılacaktır.

Sonuç olarak, şüpheden sanık yararlanır = in dubio pro reo = ilkesi, bir olayda karşı karşıya geldiğinde, birinin lehine diğerinin aleyhine sonuç doğuracaktır.