

CEZA HUKUKUNDA İSNAT YETENEĞİ VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU (*)

1. İSNAT YETENEĞİ

1.1 GENEL OLARAK

Eski ve orta çağlarda ve yakın çağlara gelinceye kadar sonuç ve insan hareketi arasında iradeye dayanan subjektif bir bağ aranıyor, objektif bir nedensellik bağının varlığı failin cezalandırılması için yeterli sayılıyordu. Hatta objektif nedensellik bağına verilen bu önem yüzünden insan tarafından yapılmış olmayan hareketler de cezalandırılıyor, örneğin sahibini ısıran domuz, yoldan geçen birinin başına düşerek onun yaralanmasına neden olan kirmit hakkında ceza verilmesinde tereddüt edilmiyordu. Yani yakın çağlara gelinceye kadar objektif sorumluluk anlayışı uygulanmış olup, zaman insanların hukuk anlayışını değiştirerek, bir doğa gücünün veya hayvanın neden olduğu sonuç ile insanın neden olduğu sonucun aynı şeyler olmadıkları benimsenmiştir. Böylece sorumluluk için eylemde bulunanın insan olması ve eyleminde kusurlu bir iradenin ürünü olması kabul edilmiştir (1), yani «kusursuz ceza olmaz» ilkesi benimsenmiştir. O halde çağdaş ceza hukukunda insanlar herşeyden önce giriştikleri eylemlerden ötürü seçmekte özgür oldukları (2) ve kusurlu hareket ettikleri ölçüde sorumluluk taşırlar.

Bir suçun varlığından söz edebilmek için maddi unsur ve hukuka aykırılık unsurlarının bulunması şarttır ama yeterli değildir, failde bir unsurun daha bulunması gerekir ki, o da manevi unsurdur (3). Manevi unsurun varlığından yani tamlığından söz edebilmek için, failin kusurlu hareket etmeye ehil olması ve somut olay-

(*) Ankara Adli Yargı Hakim Adayı.

(1) Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara 1975, s. 117.

(2) Nejat Aksoy, Adli Psikiyatri, Ankara 1987, s. 88.

(3) Alacakaptan, age., s. 117.

da kusurlu hareket etmesi gerekir. İşte bunlardan birincisine isnat yeteneği, ikincisine ise kusurluluk diyoruz (4).

O halde günümüz ceza hukuku anlayışına göre, maddi unsur gerçekleşmiş ve hareketin hukuka aykırılığı unsuru da oluşmuşsa, bu eylem nedeniyle kişinin sorumlu tutulabilmesi için, failin isnat yeteneğinin olması, somut olayda kusurlu hareket etmiş olması ve kusurluluğu kaldıran nedenlerin bulunmaması gerekir.

Kısaca kusurlu hareket etmeye ehil olma diye tanımladığımız ve kusurluluktan söz edebilmek için bulunması gereken bir unsur olan isnat yeteneğini incelemeye geçebiliriz.

1.2 İSNAT YETENEĞİ NEDİR?

Türk Ceza Yasası, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerin bulunması halinde faile hiç ceza verilemeyeceğini veya cezanın indirilerek verileceğini belirttiği halde, isnat yeteneğini tanımlamamıştır. Bu konuda doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan birkaçına yer verecek olursak :

Bir fiilin, bir kimsenin üstüne atılabilmesi, ona yükletilebilmesi için, failde bulunması gereken nitelikler topluluğudur (5). Bu anlayış isnat yeteneğini suçun bir unsuru olarak değil, failin kişisel bir niteliği olarak kabul etmektedir.

Bir fiilin, bir insana yükletilerek onun «fail» sayılabilmesi için bulunması zaruri unsurlar topluluğudur (6).

Suç işlemeye elverişliliklidir (7).

Suç ehliyetidir (8).

Suçta hukuken elverişliliklidir (9).

Suçun işleyene yüklenebilir olmasıdır (10).

Mukayeseli hukukta yapılan tanımlamalara bakacak olursak: Alman Federal Ceza Yasası 20. maddesinde şöyle demektedir:

-
- (4) Dönmezer - Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul 1983, s. 155.
 - (5) Dönmezer - Erman, age., s. 157.
 - (6) Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, s. 498.
 - (7) Erem, age., s. 569.
 - (8) Erem, age., s. 499.
 - (9) Erem, age., s. 568.
 - (10) Zeki Hafızoğulları, AÜHF Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersi Basılmamış Ders Notları.

«Hastalık teşkil eden ruhi bir bozukluktan, esaslı bir şuur bozukluğundan veya akıl zayıflığından veya başka bir ruhi durumdan dolayı fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan kimse kusurlu hareket etmiş olmaz (11).» Yani Alman Ceza Yasası isnadiyeti, kusurluluktan önce bulunması gereken bir durum olarak, kusurluluğun ön şartı olarak kabul etmiştir.

İtalyan Ceza Yasası 30. maddesinde «isnat kabiliyeti, anlama ve isteme yeteneğine sahip olmaktır» denmektedir.

Yapılan bu tanımlamalar içerisinde 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası'nın yapmış olduğu kısa tanım, konunun sınırlarını saptamadaki sadeliği ve isnat yeteneğinin unsurlarını belirtmedeki açıklığı yüzünden ötekilere yeğlenmelidir (12).

1.3 İSNAT YETENEĞİNİN ÖNEMİ

Bütün insanların ceza hukuku açısından suçun faili sayılabilmesi mümkün değildir (13). Kusursuz ceza olmaz ilkesinin kabul edilmesinden sonra, ancak kusurlu hareket edenlerin cezalandırılmaları benimsenmiştir. Bir kişiyi kusurlu olarak nitelendirebilmek için de, herşeyden önce, o kişinin isnat yeteneğine sahip olması gerekir. Kimlerin isnat yeteneğine sahip oldukları problemi çözümlenince, devletin kimleri cezalandırabileceği, kimlerin ve hangi nedenle bu ceza yaptırımına tâbi olacakları hususunda bir sonuca bağlanmış olur (14).

1.4 İSNAT YETENEĞİNİN UNSURLARI

İsnat yeteneği, anlama ve isteme yeteneği olarak tanımlandığı zaman, bu tanıma göre isnat yeteneğinin unsurlarının anlama ve isteme yetenekleri olduğu açıkça ortaya çıkmaktadır.

1.4.1 Anlama Yeteneği

Bir kimsenin yaptığı hareketin toplum içindeki değerini bilmesi ve toplu halde yaşama koşulları ile çatışma halinde olduğunu anlamasıdır. Failin hareketinin aynı zamanda yasaya aykır-

(11) İçel-Yenisey, Karşılaştırmalı Uygulamalı Ceza Kanunları, İst. 1987, s. 333.

(12) Alacakaptan, age., s. 118.

(13) Erem, age., s. 568.

(14) Dönmezer - Erman, age., s. 158.

rı olduğunu bilmesi gerekmez. Bunun gibi anlama yeteneğini, insanın çevresinde olup bitenleri tanıyıp bilmesi diye anlamak ta doğru değildir (15).

1.4.2 İsteme Yeteneği

Kişinin yapmak zorunda olduğu şeyi isteyebilme, başka bir deyişle hareketlerini bağımsız olarak seçebilme yeteneğidir (16).

Bir kimsenin isnat yeteneğine sahip olabilmesi için hem anlama, hem de isteme yeteneklerine birlikte sahip olması gerekir. Bunlardan biri eksikse o kimse isnat edilemez. Ayrıca failin cezalandırılabilmesi için isnat yeteneğine sahip olması yetmez, somut olayda kusurlu hareket etmesi de gerekir.

1.5 İSNAT YETENEĞİNİN ESASI

İsnat yeteneğinin esasını açıklamak için çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorileri şöyle özetleyebiliriz.

1.5.1 Klasik Ceza Hukukunun Görüşü

İsnat yeteneğinin esasını irade özgürlüğüdür. İnsana, iyiyi kötüden ayırma yeteneğine rağmen kötüyü seçtiği için ceza verilir, işte bu yeteneğe irade özgürlüğü denir. İyiyi kötüden ayıramayanlara ceza verilmeyeceği gibi, iyiyi kötüden tamamen ayıramayanlara da ceza indirilerek verilir (17).

1.5.2 Pozitivist Ceza Hukuku Okulunun Görüşü

İsnat kabiliyetinin esasını irade serbestisinde aranamaz. Çünkü her hareketin bir takım nedenleri vardır ve irade serbestisi söz konusu değildir. Bu nedenle irade serbestisinden değil, determinizmden bahsedilebilir. İsnat yeteneğinin esasını sosyal sorumluluktur. İsnat edilebilenler ve isnat edilemeyenler diye bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Yasanın suç saydığı bir fiili işleyen kimseyi, toplum bu fiili dolayısıyla sorumlu tutar ve kendini savunmak için faile ceza değil, fakat onun gelişmesini ve güvenliği sağlayacak tedbirler uygulanır (18).

(15) Alacakaptan, age., s. 118-119.

(16) Alacakaptan, age., s. 119.

(17) Alacakaptan, age., s. 119; Dönmezer-Erman, age., s. 158; Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt I, İstanbul 1985. s. 59.

(18) Alacakaptan, age., s. 120; Dönmezer-Erman, age., s. 158; Dönmezer-Erman, cilt I, s. 85.

Her iki okulda isnat yeteneğini irade serbestisi, determinizm gibi felsefi kavramlarla açıklamaya çalışmışlardır. Bu kavramlar felsefi kavramlardır ve bilim alanında ispatlanamamıştır. Bu nedenle anılan kavramlarla sorun açıklanamaz (19). Bu iki okul sorunu açıklayamadığı için ortaya yeni görüşler atılmıştır.

1.5.3 Failin Normallığı

İsnat yeteneği, normal bir şekilde hareket edebilme yeteneğidir. Güdülere karşı normal bir tepki gösterebilen, akıl yetileri sağlam ve gelişmiş olan herkes isnat yeteneğine sahiptir.

Bu görüş normal insan gibi belirsiz bir kavrama dayanır ve niçin yalnız normal sayılan şekilde hareket eden kişilerin cezalandırıldığını açıklayamamaktadır. Ayrıca bu görüş kabul edilecek olursa fizik ve psikik anormallikler nedeniyle itiyadi, temayüli suçlularla suç meslek edinmiş kimselerin cezalandırılması olanağı ortadan kalkmış olacaktır (20).

1.5.4 Korkabilme

Cezanın amacı insanları korkutarak onları suç işlemekten alıkoymaktır. Akıl hastaları ve aklen gelişmemiş kimseler cezanın korkutucu etkisini duymadıkları için, bunlar cezalandırılmazlar, yani isnat yeteneğinden yoksundurlar (21).

Bu görüşünde kabulü olası değildir, çünkü cezanın amacı kişileri korkutarak değil, onları ıslah ederek suç işlemelerini bertaraf etmektir.

1.5.5 Kişiliğe Uygunluk Kuramı

Failde kendi kişiliğine uygun bir biçimde davranabilme olanağı kaybolduğu anda, isnat yeteneği de ortadan kalkar (22).

Bu görüş te eleştirilmektedir. Çünkü bir akıl hastası pekala kişiliğine uygun olarak davranabilir, bu durumda akıl hastasını isnat edilebilir mi kabul edeceğiz? (23).

1.5.6 Görüşümüz

Toplum insanın belli bir biçimde hareket etme, ya da etmeme hassasının varlığına ve bu nedenle sorumlu tutulabileceğine inan-

(19) Alacakaptan, age., s. 120.

(20) Alacakaptan, age., s. 120; Dönmezer-Erman, age., s. 159.

(21) Alacakaptan, age., s. 120-121; Dönmezer-Erman, age., s. 158.

(22) Alacakaptan, age., s. 121.

(23) Alacakaptan, age., s. 121; Dönmezer-Erman, age., s. 159.

maktadır. Sözü geçen inanç, isnat yeteneğinin de esasıdır. Bu inanca göre, bir insanın iyiyi kötüden ayırt etme veya başka bir deyişle isnat edilerek cezalandırılabilmesi için, hareketlerinin toplumsal değerini anlayabilmesi ve gerektiği gibi hareket etmesini önleyecek psişik anormalliklerin etkisi altında bulunmaması lazımdır. Eğer insan akli yeteleri bakımından gelişmemiş, ya da akıl hastalığına tutulmuş ise, anlama ve isteme yeteneğinden yoksun olacak, yani isnat edilmeyecektir. Küçüklere ve akıl hastalarına ceza verilmeyişinin diğer bir nedeni de kamu vicdanında yatmaktadır (24).

O halde isnat yeteneği kavramı nisbidir ve belirli çevrede ve belirli bir zamanda geçerli olan sosyal değerlere göre anlam kazanır (25).

1.6 İSNAT YETENEĞİNİN İÇERİĞİ

Yukarıda belirttiğimiz gibi esasını toplumun anlayışında, inancında bulan isnat yeteneğinin iki içeriği vardır (26) :

1.6.1 Maddi İçerik

Failde bulunan fizik ve psişik unsurlardır. Zekanın normal gelişmiş olması, akli yetelerde bozukluk olmaması gibi...

1.6.2 Manevi İçerik

İsnat yeteneğinin manevi içeriği toplumun değer yargısıdır.

1.7 İSNAT YETENEĞİ İLE SORUMLULUK KAMRAMLARI ARASINDAKİ FARK

Sorumluluk mantıken isnat yeteneğinden sonra sözkonusu olan ve isnat yeteneğine sahip olup ta bir suç işlemiş bulunan kimse ile devlet arasında kurulan ceza ilişkisi dolayısıyla, failin bu ilişkinin suçun işlenmesini izleyen aşamasında bir takım yükümlere tabi olması zorunluluğunu açıklayan bir durumdur. Bir diğer deyişle isnat yeteneği ile sorumluluk arasında neden sonuç arasında bulunan ilişki gibi bir ilişki vardır. İsnat yeteneği, bir fiilin insana yükletilerek, onun fail sayılabilmesi için bulunması lazım gelen unsurlar topluluğudur. Sorumluluk ise aynı kişinin gerçek-

(24) Alacakaptan, age., s. 121-122 (Aynı yönde).

(25) Dönmezer-Erman, age., s. 161.

(26) Eralp Özgen, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 47.

leşen sonuçtan dolayı zararı tazmin etmek veya cezaya çarptırılmak zorunda olduğunu gösterir (27).

1.8 CEZA EHLİYETİ İLE İSNADİYET ARASINDAKİ FARK

Bu konuda iki görüş mevcuttur.

1.8.1 Birinci Görüş

Bu görüşe göre ceza ehliyeti, suçta hukuken elverişliliklidir. Bu nedenle isnadiyet ceza ehliyetini de içine alan daha geniş bir kavramdır (28).

1.8.2 İkinci Görüş

Bu görüşe göre ise, ehliyet suç işlemeye elverişliliklidir. Bu elverişlilik icra ehliyeti (=isnadiyet) ile emniyet tedbirlerinin uygulanabilmesi ehliyetini (=tehlikelilik halini) kapsayan genel bir kavramdır. Görülüyor ki bu anlayışta isnadiyet değil, ceza ehliyeti kavramı daha geniştir (29).

Bu tartışmanın pratikte bir yararı yoktur. Çünkü uygulamada her iki kavramda birbiriyle eş anlamda kullanılmaktadır.

1.9 İSNAT YETENEĞİ SUÇUN BİR UNSURU MUDUR?

Bu konuda çeşitli görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre isnat yeteneği suçun bir unsuru olmayıp, kusurlulukla sıkı sıkıya ilişkilidir. Isnat yeteneği kusurluluğun bulunması için aranan kişisel bir niteliktir. Isnat yeteneğinin manevi unsur içerisinde incelenmesi, unsur olduğundan değil, bilimsel açıdan daha uygun olması nedeniyledir (30).

Bir diğer görüşe göre, isnat yeteneği cezalandırılabilme şartıdır. Failin cezalandırılabilmesi için bir önşarttır, unsur değildir (31).

Son görüşe göre isnat yeteneği, manevi unsurun dolayısıyla suçun bir unsurudur. Manevi unsur, isnat yeteneği ve kusurluluk

(27) Dönmezer-Erman, age., s. 161.

(28) Erem, age., s. 568.

(29) Erem, age., s. 569.

(30) Dönmezer-Erman, age., s. 156.

(31) Zeki Hafızoğulları, AÜHF Ceza Hukuku Genel Hükümler 1985-1986 ders yılı basılmamış notlar. Hafızoğulları bu görüşü benimsememektedir.

olarak iki başlık halinde inceleneceğinden, isnat yeteneği manevi unsur içerisinde, kusurluluğun bir ön şartı olarak kabul edilebilir (32). Bu görüş şu açıdan eleştirilmektedir. Akıl hastalarının (TCK md .46) isnat yeteneği olmamasına rağmen, hareketlerinde belli bir yoğunlukta kast unsuruna rastlanılabildiği bilimsel açıdan ispatlanmıştır. Bu nedenle unsur olarak kabul edilemez denmektedir.

Bize göre isnat yeteneğinin kusurluluğun bir ön şartı olduğu görüşü daha isabetlidir. Dolayısıyla isnat yeteneği manevi unsurun bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu nedenle isnat yeteneği suçun unsuru olarak bir ana başlık değil, manevi unsur anabashiği altında bir alt başlıktır, yani dolaylı olarak suçun bir unsurudur.

Sonuç olarak isnat yeteneği, kusurluluk ile birlikte manevi unsurun alt unsurlarından olup, kusurluluk alt unsurundan önce aranması gereken bir alt unsurdur.

1.10 ACTIONES LIBERAE IN CAUSE

Actiones liberae in cause, nedeninde serbest olan hareketler veya tasarlanmış isnadiyetsizlik diye de anılmaktadır.

İsnat yeteneği suçun işlendiği sırada aranır. Eğer kişinin suçun işlendiği sırada isnat yeteneği yoksa, kusurluluktan söz edilemez. Suçun işlenmesinden önce veya sonra isnat yeteneğinin olmayışı önemli değildir, önemli olan suçun işlenme anında isnat yeteneğinin bulunmamasıdır.

Bir kimse ileride, fiili işlediği sırada isnat yeteneğinin bulunmadığını ileri sürüp sorumluluktan kurtulmak için kendisini isnat yeteneğinden tamamen yoksun bir hale koyar ve bu haldeyken suç işlerse ne olacaktır?

Bir kimse isnat yeteneğini sorumluluktan kurtulmak için kaldırır ve bu durumdayken suç işlerse, isnat yeteneğinin varlığını ya da yokluğunu saptamak açısından artık suçun işlendiği an değil, failin kendisini bu yetenekten yoksun kıldığı ana bakılır. Eğer fail kendisini isnat yeteneğinden yoksun kıldığı anda isnat yeteneğine sahip idiye, suçun işlendiği sırada serbest olmayan hareket, isnat yeteneğinden yoksun kılınma anında serbest ve o anda isnat yeteneğinin bulunması manevi unsurun ve sorumluluğun varlığı için yeterlidir (33).

(32) Alacakaptan, age., s. 122-123; Erem, age., s. 569.

(33) Alacakaptan, age., s. 124-128; Dönmezer-Erman, age., s. 165-171.

Kişi isnat yeteneğini kaldırdıktan sonra tasarladığı suçu işlemişse, bu failin anlama ve isteme yeteneğinin kaybolmadığını gösterir. Bu takdirde sorun genel ilkelere göre çözümlenir. Peki tasarlananın dışında bir suç işlenirse ne olacaktır? Bu durumda sorun genel ilkelere göre çözülemez ve kusurlu davranışı gereği fail *actiones liberae in cause* ilkesi nedeniyle yasanın suç saydığı fiilden dolayı cezalandırılmalıdır (34).

Tasarlanmış isnadiyetsizlik, kasti (icrai) bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilir. Bir kimsenin suç işleme kararını güçlendirme ya da suçun işlenmesinde cesaret kazanmak, yahut da sarhoşluk halinde işlenen suçlara tanınan ceza-yı azaltıcı ve kaldırıcı hükümlerden yararlanmak umuduyla sarhoş olması ve sarhoşken suç işlemesi, bir makasçının, kızdığı bir makinistin sürdüğü trenin yoldan çıkmasını sağlamak amacıyla makasları vaktinde değiştirmemek için, trenin geçeceği sırada uykuya dalması bu iki grup için verilen tipik örneklerdir (35).

Kişinin taksirle isnat yeteneğinden yoksun kaldıktan sonra suç işlemesi durumunda, bu ilke uygulanamaz. Çünkü bu kural ancak isnat yeteneğinin kasten yokedilmesi hallerinde uygulanır.

O halde *actiones liberae in cause* ilkesinin unsurlarını sıralayacak olursak;

I — Failin kendisini isnat yeteneğinden yoksun bir hale bilerek ve isteyerek yani kasten getirmesi,

II — Failin bu duruma girmekteki amacının bir suç işlemek veya kendisine özür sağlamaktan ibaret bulunması,

III — Son olarak failin bu durumda iken sözü geçen amaca esas itibarıyla uygun bir harekette bulunması gerekir. Bu şarttan anlaşılmıştır ki, isnat yeteneğinin bulunabilmesi için, failin önceden kararlaştırdığı amaca esas itibarıyla uygun bir biçimde hareket etmesi yeterli olup, bu amacı tamamiyle gerçekleştirmediği takdirde, bu nedenle kastın aşılması hallerinde de bu ilkenin uygulanmasını kabul etmek gerekmektedir (36).

Demek oluyor ki, failin suç işlemek veya kendisine özür nedeni yaratmak amacı ile arzi nedeni yaratması halinde, yasanın isnat yeteneğini etkileyen maddelerinden hiçbirinin uygulanmasına

(34) Alacakaptan, age., s. 126.

(35) Alacakaptan, age., s. 125.

(36) Dönmezer-Erman, age., s. 169.

olanak yoktur. Sonuç olarak nedeninde serbest hareketlerin yapılması halinde, yasamızın sistemine göre, isnat yeteneğinin varlığını kabul etmek gerekir' (37).

2. YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

2.1 GENEL AÇIKLAMA

İsnat yeteneğinin iki içeriği bulunduğunu, bunların maddi ve manevi içerik olduğunu belirtmiştik. İşte bu iki içeriğe etki ederek isnat yeteneğini farklı kılan durumlar mevcuttur. Biz bu durumlara «isnat yeteneğini etkileyen durumlar» diyoruz. İsnat yeteneğini etkileyen durumlar fizyolojik, patolojik ve toksik olabilir.

İsnat yeteneğini etkileyen durumları, arızı nedenler ve arızı olmayan nedenler diye iki şekilde incelemek mümkündür. Arızı nedenlerin içine, uyku hali, ipnotik telkinler, ateşli hastalıklar, yığınların etkisi, arızı ve ihtiyari sarhoşluk girmekte iken; arızı olmayan nedenler, yaş küçüklüğü, ihtiyarlık hali, sağır dilsizlik, tam ve tam olmayan akıl sakatlığıdır.

Türk Ceza Yasası isnat yeteneğini etkileyen arızı nedenleri (TCK md. 48) hükme bağlamış olup, arızı olmayan nedenlerden ise, yaş küçüklüğünü (TCK md. 53, 54, 55), sağır dilsizliği (TCK md. 57, 58) ve akıl sakatlığını (TCK md. 46, 47) düzenlemiştir. İhtiyarlık hali de (TCK md. 56) düzenlenmişken daha sonra ilgili madde yürürlükten kaldırılmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde isnat yeteneğini etkileyen arızı olmayan nedenlerden yaş küçüklüğünü incelemeye çalışacağız.

Yaş küçüklüğünün ceza hukukunda tanınması doğal bir gerçeğe dayanır. İsnat yeteneğinin maddi içeriğine göre, bir kimsenin isnat yeteneğine sahip olabilmesi için, o kişinin akli yetilerinin ve zekasının belirli bir gelişme düzeyine erişmiş olması gerekir. Bu gelişmeye henüz ulaşmamış kişilerde isnat yeteneği, yani anlama ve isteme yeteneği mevcut olamaz.

Yasaların ceza ehliyet yaşını kabul ederken, insanlarda ahlâki kişiliğin tamamlanması kavramından hareket ettikleri görülür.

Bütün insanlar için aynı ehliyet yaşının kabulünde tereddüt etmek mümkündür. Hatta bu tesbit işi yargıca da bırakılabilir. Ancak bütün insanlar için kabulü haklı bir küçüklük devresi mev-

(37) Dönmezer-Erman, age., s. 171.

cuttur. Bu alanda en iyi yöntem toplumun kusurluluğu kabul edebileceği tek bir yaşın kabulü ve bu yaştan önceki devrede küçüğe en uygun tedbirin seçimi yetkisinin yargıca verilmesidir. Bu yaş sınırı tesbit edilirken, o toplumun değer yargıları belirleyici olacaktır (1).

Yaş küçüklüğünün isnat yeteneğini etkileyen bir neden olması, anlayabilme ve isteyebilme gücünün ancak zamanla ve yaşın ilerlemesiyle kemale ermesi ve çeşitli saiklere (=güdülere) karşı gelebilme yeteneğinin, ruhi bir olgunluğu gerekli kılmasından dolayıdır (2). Belli bir yaşın altındaki kişilerde isnat yeteneğinin kabul edilmeyişi, ahlâki olgunluğun oluşmamış olması ve küçüğün belirli bir yaşa kadar işlediği fiilin bilinçsiz faili olması nedeniyledir (3).

2.2 TCK'NUN YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ KONUSUNDAKİ SİSTEMİ

TCK yaş küçüklüğü konusunda üç sistem kabul etmiştir :

2.2.1 Tam Ehliyetsizlik Dönemi (Birinci dönem)

2.2.1.1 Onbir yaşın tamamlanmasına kadar olan devre (Birinci devre)

2.2.1.2 Onbir yaş tamamlanmasına rağmen onbeş yaş bitirilmemiş ve küçüğün farik ve mümeyyiz olmadığı devre (İkinci devre)

2.2.2 Tam Olmayan Ehliyetlilik Dönemi (İkinci Dönem)

2.2.2.1 Onbir yaş tamamlanmasına rağmen, onbeş yaş bitirilmemiş, ancak küçüğün farik ve mümeyyiz olduğu devre (Birinci devre)

2.2.2.2 Onbeş yaş tamamlanmasına rağmen, onsekiz yaşın bitirilmediği devre (İkinci devre)

-
- (1) Faruk Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Ankara 1984, s. 571.
(2) Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. II, İst. 1983, s. 171.
(3) Erem, age., s. 570.

2.2.3 Tam Ehliyetlilik Dönemi (Üçüncü Dönem)

2.2.3.1 Onsekiz yaşın tamamlanmasından sonraki devre (Birinci devre)

Bu sistem, yasanın ehliyeti (küçüklüğü) dönem ve devrelere ayırırken kabul ettiği yaş hadlerinin tayininde az çok keyfi olarak hareket ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Çünkü belirli yaş sınırlarını aşar aşmaz insanda ani değişikliklerin husule geldiğine inanmaya olanak yoktur (4).

2.3 YAŞIN HESAPLANMASI

Yaş küçüklüğü hakkındaki hükümlerin uygulanabilmesi için, fiilin işlendiği zaman failin kaç yaşında olduğunu kesin olarak tesbit etmek gerekmektedir.

Yaş nüfus kayıtlarına göre hesaplanır. Bir kişinin belli bir yaşı doldurmuş sayılabilmesi için, ay ve gün hesabıyla o kadar yaşı tam olarak yaşamış olması gerekir.

Nüfus kayıtlarında yıl olarak hem miladi, hem de rumi yıl gösterilmişse, rumi tarihin esas alınması gerekir (5). Böyle bir görüşün kabul edilmesinin nedeni, takvimlerin birbirlerine çevrildiklerinde oluşan farklılık nedeniyledir.

Yaşın hesaplanmasında resmi takvim esas alınır.

2.3.1 Nüfusa kayıtlı olan sanıklar hakkında

2.3.1.1 Doğum ay ve/veya günü belli değilse

Bu durumda «in dubio pro reo» denen kuşku sanık lehine yorumlanır ilkesi uygulanacaktır. Bu ilke, maddi olaylarda gerçeğin bulunamaması halinde, kuşkunun sanık lehine hükme bağlanacağını belirtir. Doğum olayı da maddi bir olaydır. Doğum günü saptanamıyorsa, sanığın doğduğu ayın son günü, doğum ay ve günü saptanamıyorsa, sanığın doğduğu yılın son ayının son günü doğmuş olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşü destekleyen Yargıtay kararları da vardır (6).

13.09.1974 tarihinde yürürlüğe giren Nüfus Kanunu, 59. maddesi nedeniyle bu konuda tartışmaların çıkmasına neden olmuştur. 59. madde şöyle demektedir :

(4) Erem, age., s. 573.

(5) 4.CD., 15.11.1935 T., 6390 (Dönmezer-Erman, age., s. 183, dipnot 84'ten naklen)

(6) 2.CD., 10.3.1938 T., 4281/2768 (Dönmezer-Erman, age., s. 183'ten naklen).

«Doğum tarihlerinde doğum yılı yazılıp ta, doğum ay ve günleri yazılmamış olanların yaşlarının hesaplanmasında, doğduğu yılın Temmuz ayının birinci günü, ayı yazılıp ta günü belli olmayanlarda o ayın birinci günü başlangıç tutulur. Eski kayıtlar için onüç günlük takvim farkı saklıdır.»

Bu hüküm şu iki görüşün ortaya çıkmasına neden olmuştur.

2.3.1.1.1 Birinci görüş

Hukukun genel ilkelerinden olan yasaların genelliği ilkesi uyarınca, çıkarılan yasa herkese istisnasız uygulanmalıdır. O halde ceza hukuku açısından da bu yasa hükmü uygulanmalıdır. Yasa açık bir hüküm getirdiğinden artık şüphe halinden söz edilemez, şüphe giderilmiştir.

2.3.1.1.2 İkinci görüş

59.madde özel hukukta ve idari işlemlerde geçerli olup, ceza hukukunun genel ilkelerinden olan kuşku sanık lehine yorumlanır ilkesi ceza uygulamalarında geçerliliğini sürdürecektir. Maddi hakikatin bilinemediği yani şüphe halinin mevcut olduğu durumlarda, çıkarılacak yasa ile şüpheyi sanık aleyhine ortadan kaldırmaya çalışmak ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmaz. Bağdaşmaz çünkü böyle bir yasa ile sanığın doğum zamanını tesbit etmek, aksi isbat edilemeyen kesin bir karine ortaya çıkarmak demektir ki, ceza hukukunda kesin karine kabul edilemez. Kesin karine ancak şekli hakikâtin arandığı hallerde kabul edilebilir ki, ceza hukukunun amacı maddi hakikâti ortaya çıkarmaktır. Eğer maddi hakikât ortaya çıkarılamıyorsa, demek ki bir şüphe hali mevcuttur ve bu şüphe de sanık lehine giderilerek, olay çözümlenir. Yoksa sırf şüpheyi gidermek amacıyla şekli hakikâtle yetinilemez.

Nüfus Kanunu çıktıktan sonra Yargıtay birinci görüşü kabul etmeye başlamış (7) ve gerekçe olarak ta, bir kimsenin idari ve medeni işlemler açısından başka, cezai işlemler açısından başka yaşının olamayacağı, üstelik yasaların genelliği ilkesi uyarınca anılan hükmün ceza yasası açısından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Yargıtay'ın birinci görüşü benimsemesi nedeniyle, uygulamada da birinci görüş doğrultusunda kararlar verilmektedir. Dok-

(7) 6.CD., 23.10.1975, 4587/4675, YKD. Temmuz 1976, s. 1077-1078; CGK., 19.6.1978, E 1978/8 - 160, K 1978/246, YKD., Mayıs 1979, s. 722-723.

trine baktığımız zaman Dönmezer - Erman, artık Nüfus Kanunu 59. madde yürürlükte bulunduğundan, eski uygulamayı, yani kuşkunun sanık lehine yorumlandığı uygulamayı kabul etmek mümkün değildir (8) demektedir. Diğer yazarların kitaplarında bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Yargıtay'ın görüşünü benimsemek bizce olası değildir.

2.3.1.2 Doğum ay ve günü belli fakat doğum saati belli değilse

Ülkemizde nüfus kayıtlarında doğum saatinin gösterilmesi konusunda yasal bir zorunluluk bulunmadığından, uygulamada doğum saati nüfus kayıtlarına işlenmemektedir. Doğum saatinin diğer vasıtalarla ispatının olanaksızlığı veya itimada şayan sonuçlar veremeyeceği düşünülecek olursa, sanıkların doğum gününün son saatinde doğduklarını kabul ederek yaşları hesaplanmalıdır. Yani doğum saati konusunda şüphe sanık lehine giderilmelidir. Bu konuda doktrinde görüş birliği mevcut olup, Yargıtay'da bu çözüm tarzını kabul etmektedir (9). Yargıtayın doğum saati konusunda, doğduğu günün son saatini yaş hesabında dikkate almakta olup, doğum saati belli değilse doğduğu günün ilk saatinde doğmuş sayılmalıdır gibi bir görüşü bu konuda benimsemediğini sevinerek görmekteyiz.

2.3.2 Nüfusa kayıtlı olmayan sanıklar hakkında

Şimdiye kadar ki sorunlar hep sanığın nüfusa kayıtlı olması halinde sözkonusu idi. Peki sanık nüfusa kayıtlı değilse ne olacak? Sanık nüfusa kayıtlı değil ise, resmen sanığın ne doğum günü, ne doğum ayı ve ne de doğum yılı bilinemez. Bu sorun karşımıza iki şekilde çıkmaktadır. Sanık nüfusa hiç kaydedilmemiştir ve elinde yaşı konusunda bilgi veren bir kimlik belgesi de yoktur. Ya da sanık nüfusa kaydedilmemiştir ama, kendisinden önce doğup ölen kardeşine ait nüfus kaydı kendisine mal edilmiştir.

Bu durumda mahkeme sanığın yaşını CMUK md. 255 gereği tesbit ettirerek yargılamaya devam eder ve nüfus kanununda ve nüfus yönetmeliğinde gösterilen yöntemler doğrultusunda sanık idari yollardan nüfusa kaydedildikten sonra mahkeme hükmünü

(8) Dönmezer-Erman, age., s. 183.

(9) Erem, age., s. 574; Dönmezer-Erman, age., s. 183-184; 4.CD., 29.9.1956, 6198/12164 «maznun 11.2.1920 doğumlu olmasına ve doğduğu saatin belli bulunmamasına ve suçün 11.2.1938 tarihinde işlenmesine göre, maznunun lehinde olarak TCK 55. maddenin uygulanması gerekir.»

verir. Yani mahkeme, sanık idari yollardan nüfusa kaydedilmeden hükmünü veremez (10). Çünkü nüfusa kayıt yapılana kadar maddi hakikat kesin olarak bilinmemektedir. Nüfusa kayıt yapıldıktan sonra ancak yaş hesabı yapılabilir ve hüküm verilebilir.

2.4. YAŞIN DÜZELTİLMESİ

Sanığın nüfus kaydı gerçek yaşını yansıtmıyorsa, yani dış görünüşü nüfus kaydını yalanlıyor ise, ceza mahkemesi sanığın yaşını düzeltebilir. Ceza mahkemesinin yaş düzeltme yetkisi mutlak mıdır?

Yaş düzeltme davası, CMUK 255/iv. maddesi gereğince ancak son soruşturma esnasında ortaya çıkan haller için nüfus kanunundaki usule göre ceza mahkemesinde asıl dava ile birlikte görülür ve ara kararı ile çözümlenir (11). Son soruşturma aşamasına geçilmeden yaşın düzeltilmesi gerekiyorsa, Cumhuriyet Savcısı Nüfus Kanunu gereğince, hukuk mahkemesinde dava açarak yaş düzeltilir ve bundan sonra ceza yargılamasına devam edilir (12).

Eğer sanık onbir yaşını bitirmemişse, hukuk mahkemesinde dava açılıp yaş düzeltilmesi yapılmadıkça, takibat yapılamaz. Yaş düzeltilmesi yapılmadan takibat yapılamayacağından ve bunun sonucu olarak da son soruşturma aşamasına geçilemeyeceğinden, ceza mahkemesi CMUK 255. madde uyarınca yaş düzeltilmesi yapamaz.

Son soruşturmada ceza mahkemesinin yaş düzeltilmesi yapabilmesi için düzeltilecek yaşın sanığın cezasına etkili olması gerekir. Ceza mahkemesi sırf gerçek duruma uysun diye, cezaya etkili olmayan yani sırf medeni ilişkileri etkileyen bir yaş düzeltmesi yapamaz (13). Yani sanığın yaşının düzeltilebilmesi için, düzeltme sonunda bir dönem veya devreden, diğer dönem veya devrelere geçmesi gerekir.

Yaş düzeltmesi yapan mahkeme, sulh ceza mahkemesi ise, duruşmaya savcının da iştirak etmesi gerekmektedir (14). Gene bu

(10) 6.CD., 24.4.1986, 968/3514 (Yılmaz Güngör Erdurak, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, Ankara 1988, s. 405'ten naklen); CGK., 23.10.1989, 5-234/301, YKD. Şubat 1990, s. 276-277.

(11) İct. Birl. K., 31.1.1945, 22/3.

(12) CGK., 24.11.1986, 2-136/528, YKD. Ekim 1987, s. 1545-1547.

(13) 2.CD., 2.6.1978, 4456/4118 (Erdurak, age., s. 394'ten naklen); 5.CD., 23.2.1984, 128/719 (Erdurak, age., s. 255'ten naklen).

(14) 2.CD., 11.4.1985, 3007/3985 (Erdurak, age., s. 403'ten naklen).

duruşmalara nüfus memuru da katılmalı ve yeminsiz dinlenmelidir (15).

Ceza mahkemesinin kararı temyiz sonucunda bozulursa, yaş düzeltmeye ilişkin ara kararı da ortadan kalkmış olacaktır. Bozmadan sonra bu konuda yeniden hüküm verilmelidir (16).

1587 sayılı Nüfus Yasası'na göre, yaş düzeltmesi ancak bir kere yapılabilir. Birden fazla yaş düzeltmesi yapılamaz. Burda ceza hukuku açısından bir sorunla karşılaşırız. O da şudur: Kişinin daha önce yaşı ceza veya hukuk mahkemesinde düzeltilmişse, ancak düzeltilen yaş gerçeği yansıtmıyorsa ve kişi tekrar sanık konumuna girmişse ne olacaktır? Sanığın yaşı daha önce düzeltildiği için Nüfus Yasası'na göre, artık gerçek duruma uydurmak amacı ile de olsa, yaş düzeltmesi yapılamaz. Oysa ceza muhakemesinde asıl olan gerçek durumun ortaya çıkarılarak buna göre karar verilmesiydi. Peki bu durumda ne yapılacaktır?

Bu durumda ceza muhakemesi amacından yoksun mu kalacaktır? Yani maddi hakikâti tesbit edemeden, sadece Nüfus Yasası'nın hükmü gereği şekli hakikâte göre mi karar verilecektir? Bu konuda gerçekten Yargıtay'ın övülecek kararları vardır (17). Yargıtay diyor ki «her ne kadar artık Nüfus Yasası'na göre yaşın düzeltilmesi mümkün değilse de ceza mahkemesi maddi hakikâti araştırdığından, daha önce düzeltilen yaş ile bağlı değildir. Kendisi maddi hakikâti araştırarak, sanığın yaşını tesbit edip ona göre karar vermelidir. Yani düzeltme sonucu ortaya çıkan yaş gerçeği yansıtmıyorsa, bu yaş ile ceza mahkemesi bağlı değildir.» Ceza mahkemesinin tesbit ettiği bu yaş sırf o olay içindir. O halde suçluyu saptamak ve onu cezalandırmak tek amaç değildir, amaç maddi hakikâti adli yollardan araştırarak ona göre karar vermektir (18).

Bu durumda hukuk veya ceza mahkemesinin tesbit ettiği yaşın gerçek durumu yansıtmaması nedeniyle, ceza mahkemesi sırf kendi baktığı olay açısından gerçek yaşı tesbit edince, bu yaş doğal olarak nüfusa tescil edilmeyecektir. Ancak bu karar daha önce

(15) 5.CD., 4.6.1985, 1931/2543 (Erdurak, age., s. 403'ten naklen); 5.CD., 2.12.1986 2267/5026 (Erdurak, age., s. 405'ten naklen).

(16) 5.CD., 21.1.1987, 6671/186 (Erdurak, age., s. 406'dan naklen).

(17) CGK., 30.3.1981, 5-2/106; 5.CD., 2.2.1982, 244/229, YKD Haziran 1982, s. 876-877.

(18) Eralp Özgen, Ceza ve Ceza Muhakeme Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 179.

nüfusa tescili sağlayan hukuk veya ceza mahkemesi kararı için yargılamanın yenilenmesi nedeni olabilir.

Gönül isterdi ki, Yargıtay'ın bu konuda ve sanığın doğum saatinin tesbiti konusunda verdiği övülecek kararları, Nüfus Kanunu 59. madde konusunda da versin...

Yaşın düzeltilmesi ve hesaplanması konusunda açıklanan durumlar CMUK 255. madde dolayısıyla şartları varsa suçtan zarar görenler hakkında da uygulanabilir.

Şimdi TCK'nun yaş küçüklüğü konusunda kabul ettiği dönem ve devreleri inceleyelim.

2.5 ONBİR YAŞINI BİTİRMEMİŞ OLANLAR

Konu, TCK md. 53 ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu dönem tam ehliyetsizlik dönemidir, yani ehliyetsizlik mutlak olarak kabul edilmiştir.

2.5.1 Verilebilecek Kararlar

Fiili işlediği sırada onbiryasını bitirmemiş olanlar hakkında takibat yapılamaz ve ceza verilemez (TCK md. 53/I, 2253/md. 11). TCK ile 2253 sayılı yasa arasında düzenleme açısından bir farklılık mevcut değildir. Tek fark TCK'nunun takibat, 2253 sayılı Yasanın ise koğuşturma kelimelerini kullanmasıdır.

Dikkati çeken bir durum olarak her iki yasa da suç değil, fiil demeyi tercih etmiştir.

Savcı, fiili işlediği sırada sanığın onbir yaşını bitirmemiş olduğunu görürse, takibata girişmemeli, dava açmamalıdır. Yasa takibata (koğuşturmaya) girişilemez ve ceza verilemez demektedir. Hakkında takibat yapılamayan bir kimseye ceza vermek zaten olması değildir (19). Yasa açıkça ceza verilemez dediğine göre, ceza sayılmayan ancak tedbir niteliğinde olan yaptırımların uygulanması mümkündür. Ancak bunun da bazı istisnaları vardır. Bu konuya ileride tekrar döneceğiz.

Yanlışlıkla onbir yaşını bitirmemiş bir kişi hakkında koğuşturma başlatılırsa, bu durumda ne yapılabilir? Onbir yaşını bitir-

(19) Erem, age., s. 575.

meyen küçük, ceza ilişkisinin tarafı olmadığı için usul ilişkisinin de tarafı olamaz. O halde sorun nasıl çözülecektir?

2.5.1.1 Hazırlık soruşturmasında

Bu durumda koğuşturmaya yer olmadığına veya koğuşturma kararları verilebilir (20).

2.5.1.2 Son soruşturma aşamasında

Son soruşturmaya geçildikten sonra sanığın onbir yaşını bitirmediği anlaşılırsa, bu durumda nasıl bir karar verilmesi gerekecektir? Bu konu tartışmalı olup, ileri sürülen görüşleri şöyle sıralayabiliriz :

Takibata mahal olmadığına karar verilmelidir (21). Takibata mahal olmadığından beraat kararı verilemez. Çünkü beraat kararı verilirse mahkeme işin esasına girmiş olur.

Duruşma yapılamaz ve koğuşturma durdurulması kararı verilir (22).

Kamu davasının düşmesi kararı verilir (23).

Yargıtay'ın görüşlerini ise şöyle özetleyebiliriz :

Ceza tayinine mahal olmadığından beraat kararı verilmelidir (24). Ancak beraat kararı verilmiş olması, savcıya temyiz hakkı vermez. Çünkü Yargıtay böyle bir hükmü bozsa bile, mahkemenin uyma kararını verebilmesi için, küçüğü bir kere daha duruşmaya getirmesi gerekecektir ki, böyle bir halde davanın temyizinden fayda değil, mazarrat hasil olur (25).

Düşme kararı yerine ceza tayinine mahal olmadığına karar verilmelidir (26).

Son görüşü: Yargılamanın durdurulması kararı verilmelidir (27).

(20) Dönmezer-Erman, age., s. 173.

(21) Erem, age., s. 574.

(22) Alacakaptan, age., s. 129.

(23) Dönmezer-Erman, age., s. 173; Özgeñ, age., s. 49.

(24) CGK., 9.3.1942 (Tem. kar. 1941-1942, s. 230); (Erem, age., s. 574'ten naklen).

(25) 4.CD., 14.2.1943, 8768/7679, Ad. Derg. 1944, s. 14, ek 14; (Erem, age., s. 575'ten naklen).

(26) 9.CD., 4.2.1981, 267/421, YKD. Nisan 1981, s. 526.

(27) CGK., 4.5.1987, 6-121/251, YKD. Ocak 1988, s. 95-99.

Sorunun tartışılması :

CMUK md 253/iv «koğuşturma ve dolayısıyla muhakemenin yapılması şartına bağlı tutulmuş olup ta, şartın gerçekleşmediği anlaşılırsa, gerçekleşmesini beklemek üzere muhakemenin durması kararı verilir» demektir.

Böyle bir durumda beraat kararı verilemez, beraat kararı vermek demek yargılama yapmak yani soruşturmayı sona erdirmek (28) demektir. Oysa yasa koğuşturma yapılamaz, ceza verilemez demekle yargılama yapılamayacağını belirtmektedir.

Durma kararı verilmesi de hukuken olası değildir. Çünkü sanki daha sonra yargılamaya devam edileceği, ancak belli bir süre için yargılamanın durdurulduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bir diğer anlatımla, sanığın onbir yaşını bitirene kadar yargılamanın durdurulduğu, onbir yaşını doldurunca yargılamaya devam edileceği sonucu ortaya çıkıyor. Oysa burdaki durma kararı sonsuza kadar sözkonusu, yani bu durumda durma kararı verileceğini kabul edecek olursak, yargılamanın sonsuza kadar durması gerekecektir. Bu ise durma kararının esprisine aykırıdır. Çünkü muhakeme şartının gerçekleşmeyeceğinin kesin olduğu bir durumda durma kararı verilmesini kabul etmek mümkün değildir. Durma kararı muhakeme şartının gerçekleşmesi ihtimalinin bulunduğu durumlarda verilen bir karardır. Ayrıca durma kararı verildiğinde, durma kararına kadar yapılan işlemler hukuken geçerli işlemlerdir, yasaya uygundur ve hukuken de geçerliliklerini korurlar. Oysa olayımızda yapılan işlemler bir yanlışlık sonucu yapılmıştır ve yasaya da aykırıdır. O halde böyle bir durumda durma kararı verilmesini kabul etmek olası değildir.

Burda yaş küçüklüğü dava şartıdır (29). Yani bu şartlar bulunmadığı takdirde, kamu davasının açılması ve yürütülmesi mümkün değildir. Suç işlendiği sırada bulunmayan bir şartın ise sonradan gerçekleşmesini bekleyerek sanığı cezalandırmak mümkün değildir. **Yaş küçüklüğü bir dava şartı olduğundan, bu şart gerçekleşmediğinden ve gerçekleşmesi de mümkün olmadığından (yani bu durumun beklenmesi mümkün olmadığından) durma kararı değil, düşme kararı verilmelidir.** Çünkü dava şartları yoksa ve gerçekleşmeleri de mümkün değilse CMUK md. 253/v'e göre verilebilecek karar düşme kararıdır. Uygulamada tamamen Yargı-

(28) 5.CD., 4.3.1980, 560/709 (Erdurak, age., s. 359'dan naklen).

(29) CGK., 4.5.1987, 6-121/251, YKD. Ocak 1988, s. 95.99.

tay'ın son kararı doğrultusunda, durma kararı verildiği görülmektedir. Bu durumun kabulü hukuken mümkün değildir.

Dava şartı yokluğu nedeniyle CMUK md. 253/vi'ya göre düşme kararı yerine derhal beraat kararı verilmesi de mümkün değildir. CMUK md. 253/vi'da «derhal beraat kararı verilebilecek hallerde durma veya düşme kararı verilemez» denmektedir. Olayımızda yaş küçüklüğü mevcut olduğu için, işin esasına girilemez, dava esasın incelenemeyeceğinden dolayı, soruşturmanın tamamlanması mümkün değildir, beraat kararı verilebilmesi için de soruşturmanın tamamlanması gerekmektedir. Üstelik yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre (30), CMUK md. 253/vi ancak eylemin suç teşkil etmediği durumlarda uygulanabilir. CMUK 253/vi. maddenin uygulanabileceği bir durum da (31), herhangi bir nedenle soruşturma tamamlanmış ve mevcut duruma göre hem beraat hem de düşme kararının verilebileceği durumdur. O halde sonuç olarak son soruşturmaya geçilmesi hukuken mümkün olmadığından, soruşturmanın tamamlanması ve dolayısıyla beraat kararı verilebilmesi mümkün olmadığından, anılan maddenin olayda uygulanması düşünülemez, çünkü son soruşturmaya bir yanlışlık eseri geçmiştir. Ancak şu görüş savunulabilirse de kabul edilebileceğini sanmıyoruz. Sanığın düşme kararı değil beraat kararı verilmesinde daha çok menfaati vardır. Bu nedenle yanlışlık eseri de olsa son soruşturmaya geçilmiş ve derhal beraat kararı verilebilecek ise, düşme değil, beraat kararı verilmelidir. Ancak biz bu durumda onbir yaşını bitirmemiş olan sanığın daha çok menfaatine olan durumun hiç yargılanmaması, yargılanıyorsa bu duruma derhal son verilmesi gerektiği fikrindeyiz. Derhal beraat kararı vermek te son soruşturmanın tamamlanmasını gerektirdiğinden, bir süre için yargılama yapılması gerekecektir ki, bu durumun sanığın çıkarına olmadığı görüşündeyiz.

2.5.1.3 Bir ayrık durum

«Fiili işlediği zaman onbir yaşını bitirmemiş olan fail hakkında koğuşturma yapılamaz ve ceza verilemez» kuralının istisnası müteselsil suçlardır. Şöyle ki fail müteselsil suçta onbir yaşını doldurmadan önce başlamış ve onbir yaşını bitirdikten sonra müteselsil suç son bulmuşsa suçun işlenme anı, teselsülün bittiği an olduğundan, fail ikinci döneme girmiş olacaktır ve şayet farik ve

(30) 7.CD., 7.10.1976, 6454/7610 (Erdurak, age., s. 358); 7.CD., 31.1.1984, 367/422 (Erdurak, age., s. 361-362).

(31) 5.CD., 4.3.1980, 560/709 (Erdurak, age., s. 359).

mümeyyiz ise cezalandırılacaktır. Ancak burda karşımıza bir sorun çıkmaktadır. O da şudur: Müteselsil suçlarda bir suç işlemek kararı ile yasanın aynı hükmü birden fazla ihlal edilmektedir. Fail, onbir yaşını doldurmadan önce bir veya birden fazla ihlal yapmasına rağmen, onbir yaşını doldurduktan sonra yasayı **bir tek kez** ihlal etmişse, faili müteselsil suçtan mı, yoksa ani (tek) suçtan mı cezalandıracağız? Burda müteselsil suçlarla ilgili kuralı sıkı sıkıya uygulamanın doğru olmadığı görüşümdedir. Onbir yaşından önceki fiilleri için takibat yapılamayan sanığa, müteselsil suçun işlenme anı, teselsülün bittiği andır diye müteselsil suçtan değil, tek suçtan ceza verilmelidir.

2.5.2 Tedbir uygulanması

2253 sayılı Yasanın 11/2 ve TCK'nun 53/2. maddesinde «...eğer işlenen fiil, bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa, cumhuriyet savcısının talebi üzerine **mahkeme başkanı** aşağıda belirtilen tedbirlerin alınmasına karar verir» denmektedir. Bu hüküm hukukun genel ilkelerinden olan ve 1982 Anayasası'nın da 38/4 ve 2. maddelerinde ifadesini bulan «hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz» şeklinde özetlenen masumluk karinesine aykırıdır (32). Çünkü hakkında yargılama yapılamayan, son soruşturmayla başlanamayan veya yanlışlıkla başlanmışsa sonuçlandırılmadan derhal son verilen, kısaca suçlu olduğuna karar verilemeyen bir kişiye, sırf hakkında tedbir uygulanmasını gerektiren bir dava açılmış diye, yargılama yapmadan onu suçlu sayarak yasada belirtilen tedbirlerin uygulanması açıkça bu ilkenin ihlalidir. Bu madde nedeniyle, onbir yaşından ufak olan, kişi üzerine, bir seneden fazla hapis veya daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç atılmış ise, hemen sanığa yasada belirtilen tedbirler uygulanacaktır. Oysa üzerine böyle bir suç atılmış olsa bile, küçük o suçun faili olmayabilir. Çünkü suçluluğu hakkında bir karar verilemeyen, yani hükmen suçluluğu sabit olmayan bir kişiye, sırf hakkında bir dava var diye masumluk karinesini bertaraf edip, yargılama yapmadan onu suçlu sayarak tedbir uygulamak mantığa ve hukuka aykırıdır.

O halde yasanın bu hükümleri yürürlükte kaldığı sürece ne yapılabilir? Eğer işlenen fiil tedbir uygulanmasını gerektiriyorsa,

(32) Eralp Özgen, «Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumuna Sunulan Yayımlanmamış Tebliğ», Çocuk Suçluluğu ve Çocuk Mahkemeleri Sempozyumu, Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi, Ankara 22-23 Haziran 1983.

bu durumda mahkeme hemen düşme kararı vermemeli ve tedbir uygulamamalı, küçüğün o fiilin faili olduğu konusunda yeterli kanaat getirdikten sonra, düşme kararı vererek, tedbir uygulanmasına karar vermelidir. Muhakeme şartı yokluğu nedeniyle hemen düşme kararı verilmesi gerekirken, hukuka aykırı bu maddeler nedeniyle, sorun ancak bu şekilde çözülebilmektedir.

Tedbir uygulayabilmek için öngörülen cezanın bir seneden fazla hapis veya daha ağır ceza olması gerekir. Bir seneden fazla hapis veya daha ağır ceza ne demektir? İlgili fiil için öngörülen cezanın üst haddi dikkate alınarak bu sorun çözülür (33).

2253 sayılı Yasanın 11/3. maddesinde tedbirlerin mahkeme tarafından hükme bağlanacağı belirtilmektedir. Oysa TCK md. 53/2'de tedbirlerin mahkeme başkanı tarafından verileceği belirtilmektedir. TCK 'sistemi benimsenemez. Çünkü düşme kararını mahkeme, tedbir kararını ise mahkeme reisi vermektedir ki, bu çözüm tarzı mantığa da aykırıdır (34). Ancak Yargıtay verdiği kararlarında bu çözümü benimsemiştir. (35).

2253 sayılı Yasanın 1982 yılında yürürlüğe girmesinden sonra kanımca bu sakınca ortadan kalkmıştır. Şöyle ki, 2253 sayılı Yasanın 42. maddesinde «Diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümleri küçük suçlular hakkında uygulanmaz» denmektedir. TCK, 2253 sayılı Yasaya göre hem genel, hem de önceki yasa hükmündedir. 2253 sayılı Yasanın sonraki ve özel yasa olması ve de 42. maddenin açık hükmü karşısında artık tedbirlerin mahkeme başkanı tarafından değil, mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. Çünkü 2253 sayılı Yasanın 11/3. maddesinde tedbirlerin açıkça mahkeme tarafından verileceği belirtilmiştir.

Yeri gelmişken şu noktayı da açıklayalım. 2253 sayılı Yasanın 42. maddesi nedeniyle, TCK'nun 2253 sayılı Yasaya aykırı olmayan ilgili hükümleri 2253 sayılı Yasa hükümleri ile eşdeğer olup, bunlar yürürlükte, aykırı olan hükümler ise yürürlükten kalkmış sayılmalıdır.

TCK ve 2253 sayılı Yasa arasında uygulanacak tedbirler bakımından bir farklılık mevcut değildir. 2253 sayılı Yasa uygulama

(33) 4.CD., 24.6.1986, 4086/4929 (İbrahim Ekdemir, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, İlgili Mevzuat, Ankara 1990, s. 93'ten naklen).

(34) Erem, age., s. 581-582.

(35) 3.CD., 28.12.1977, 9232/9466 (Ekdemir, age., s. 80'den naklen).

nacak tedbirleri TCK'nundan daha ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir, farklılık olarak sadece bu durum göze çarpmaktadır.

Burdaki tedbirler çağdaş anlamda emniyet tedbiri değildirler, bir sosyal korunma tedbiridirler. Oysa emniyet tedbirleri, cezalar yanında veya onların yerini tutmak üzere kabul edilmiş olan, sosyal korunma ile beraber başka fonksiyon ve temellere de dayanan ceza hukukunda ayrı ve özel yeri bulunan yaptırımlardır (36).

. 2.6 ONBİR YAŞINI BİTİRMİŞ OLUP ONBEŞ YAŞINI BİTİRMEMİŞ OLANLAR

Konu TCK md. 54 ve 2253 sayılı Yasanın 11. maddesinin I. ve II. fıkralarında düzenlenmiştir.

İkinci dönem olan bu dönemde eğer küçük farik ve mümeyyiz ise tam olmayan ehliyetlilik devresi söz konusu olur ve verilen ceza indirilir. Eğer küçük farik ve mümeyyiz değilse, bu halde küçüğe ceza verilemez, çünkü tam ehliyetsizlik söz konusudur.

2.6.1 Fark ve temyizle hareket edemeyenler

Bu devreye giren küçükler de tam ehliyetsizdirler.

2.6.1.1 Farik ve mümeyyizlik ne demektir?

Bu konuda doktrinde çeşitli görüşleri ileri sürülmüştür.

Fark ve temyiz, failin bir yasa hükmüne aykırı davrandığını, meşru olmayan bir fiil işlediğini bilmesidir (37). Bu görüş fark ve temyiz kavramını suç kastına çok yaklaştırmaktadır.

Fark ve temyiz, failin yaptığı işin ahlâkdışı olduğunu hissedebilmesidir (38). Bu görüş fark ve temyiz kavramını hukuki bir kavram olmaktan çıkarmakta, sosyal bir ahlâk kavramı haline getirmektedir.

Fark ve temyiz, failin fiilinin suç olduğu bilincine sahip olmasıdır (39). Bu görüş kabul edildiğinde, yasayı bilmemek mazeret sayılmaz kuralına bir istisna getirilmesi sözkonusudur. Çünkü küçük farik ve mümeyyiz değilse, yani işlediği fiilin suç olduğunu anlayabilecek durumda değilse cezalandırılmayacaktır. Bu görüşü savunanlar, bu durumun sözkonusu kuralın bir istisnası olduğunu kabul ederler. Türk doktrininde en çok kabul gören görüş, bu görüştür.

(36) Dönmezer-Erman, age., s. 760.

(37) Erem, age., s. 577.

Fark ve temyizle kastedilen temyiz gücüdür ki, o da anlayabilme yeteneği anlamına gelmektedir (40).

Fark ve temyiz, yaptığı hareketi anlama ve iyiyi kötüden ayırabilmektir.

Fark ve temyiz, kısmi anlama ve isteme yeteneğidir (41). Sınık fark ve temyizle hareket etmişse, isnat yeteneği ancak kısmen mevcut olduğundan, ceza da azaltılarak verilmelidir.

Yasal düzenlemeler ve Yargıtay'ın görüşü de şöyledir.

TCK fark ve temyizi tanımlamamıştır.

2253 sayılı Yasanın 20/I. maddesi fark ve temyizi, küçüğün işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilmesidir şeklinde tanımlamıştır.

Yargıtay, fark ve temyizi, anlama ve isteme yeteneği olarak kabul etmektedir (42).

Görüşümüz : Isnat yeteneğini, anlama ve isteme yeteneği olarak kabul edince, fark ve temyizi kısmi anlama ve isteme yeteneği olarak kabul etmek isabetlidir.

2.6.1.2 Fark ve temyiz nasıl tesbit edilir?

Küçüğün anlama ve isteme yeteneğine sahip olup olmaması, hukuki bir konudur, bu nedenle takdiri münhasıran davayı gören yargıca aittir. Yargıç suçun mahiyetine bakarak, küçüğün işlediği suçun fark ve mümeyyizi olup olmadığı konusunda karar verecektir. Tabii suç adı verilen ve suç olduklarını bilmemenin olanaksızlığı kabul edilen adam öldürme gibi suçlarda küçüğün fark ve temyizle hareket ettiği kolayca söylenirse de, ekonomik ve sosyal nitelikteki suçlarda fark ve mümeyyizliğin tesbiti zordur (43). Ancak yargıç bu konuda kararını verirken uzman kişilerin görüşlerinden yararlanabilir. 2253 sayılı Yasanın 20/I. maddesine göre yargıç, bu konuda uzman kişilere başvurmak zorundadır.

(38) Erem, age., s. 577; Özgen, age., s. 49, dipnot 16.

(39) Erem, age., s. 578; Özgen, age., s. 49, dipnot 16; Alacakaptan, age., s. 130.

(40) Dönmezer-Erman, age., s. 174.

(41) Özgen, age., s. 50.

(42) 1.CD., 13.6.1972, 2616/2923; CGK., 25.5.1982, 85/241, YKD. Ağustos 1982, s. 117.

(43) Erem, age., s. 578.

Fark ve temyiz, maddi meselelerdendir, dolayısıyla yukarıda belirttiğimiz gibi takdir yargıcıdır. Küçüğün farik ve mümeyyiz olduğu tesbit edilemiyorsa, şüphe sanık lehine yorumlanarak, küçüğün işlediği suçun farik ve mümeyyizi olmadığı kabul edilmiştir (44). Şüphenin sanık lehine yorumlanması nedeniyle, failin suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olduğu anlaşılamaz ise, ceza tertibine yer olmadığına karar verilmelidir (45). Olması gereken açısından biz bu durumda düşme kararı verilmesi gerektiğini savunuyoruz. Uygulamada ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi, TCK md. 54'te «hiçbir ceza tertip olunmaz» denmesinden kaynaklanmaktadır. Oysa ceza davası sonunda verilebilecek kararları sayan CMUK md. 253'te «ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi» şeklinde bir karar şekli sayılmamıştır. Olayda dava şartı bulunmadığından, düşme kararı verilmesi kanımızca daha isabetlidir. Bu kârişiklik, TCK'nun İtalya'dan; CMUK'nun ise Almanya'dan alınmasından ve birbiriyle çelişen yanlarının bertaraf edilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Failin işlediği suçun farik ve mümeyyizi olduğunu incelemek amacıyla seçilecek bilirkişinin mutlaka hekim olması gerekmez (46). Seçilen kişinin mutlaka konusunda uzman olması gerekir, sadece hükümet tabibinden alınan raporla yetinilemez (47). Farik ve mümeyyizlik konusundaki rapor, asabiyeci, akliyecı ve adli tabip gibi en az bir uzman kişi tarafından verilmelidir, bu konudaki rapor pratisyen hekimden alınamaz (48). Verilen raporda failin açıkça hangi suçun farik ve mümeyyizi olduğu belirtilmelidir, sadece işlediği suçun farik ve mümeyyizidir demek yeterli değildir (49).

Failin uzman kişi veya kişilere farik ve mümeyyizliği sorulurken, işlediği suç açıkça belirtilerek, bu suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığı sorulmalıdır, keza uzman bilirkişi de verdiği rapor-

(44) Erem, age., s. 579.

(45) Ankara Çocuk Mahkemesi, 28.9.1989 T., 571/663 sayılı karar; 2.CD., 6.4.1983, 1729/2409 (Yılmaz Güngör Erdurak, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1984, s. 106'dan naklen).

(46) 1.CD., 13.6.1982, 1971/2616. E, 1972/2923 K (Kemalettin Alikasıfoğlu-Engin Doğu, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1981, s. 47'den naklen).

(47) CGK., 25.6.1984, Adalet Dergisi 1986, s. 129; YKD. Mart 1984, s. 467.

(48) 6.CD., 13.4.1983, 11897/3241 (Yılmaz Güngör Erdurak, Türk Ceza Kanunu, Ankara 1984, s. 106'dan naklen).

(49) 3.CD., 2.11.1977, 7344/7514, YKD. Eylül 1978, s. 1561; 2.CD., 25.2.1976, 1628/1053 (Erdurak, TCK., s. 107).

da kişinin hangi suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığını açıkça belirtmelidir (50).

Uzman kişi, sanık suç tarihinden kendisine ne kadar geç sevkedilse dahi, muayene zamanındaki değil, suç anındaki farik ve mümeyyizlik durumunu araştıracaktır (51).

Fark ve temyiz kararı, uzman kişiler tarafından suçun işlenmesinden fazla bir zaman geçmeden verilmelidir. Aksi takdirde suçun işlendiği anda fark ve temyizle hareket edilip edilmediği tesbit edilemez. Ankara Çocuk Mahkemesi bir kararında suç tarihinden altı yıl geçtiğinden dolayı farik ve mümeyyizliğin tesbitinin mümkün olmadığından, ceza tayinine yer olmadığına karar vermiştir (52). Bir bilirkişi raporunda ise «suç anından itibaren dört yıl veya daha fazla bir zamanın geçmesi durumunda fark ve temyizle hareket edilip edilemediği tesbit edilemez» (53) denmektedir. Bizce böyle kesin bir rakam koymaktansa, somut duruma göre olayın irdelenmesi daha doğrudur. Çünkü aksi hareket bizi kesin karine kavramına götürür ki, maddi hakikâtin bulunmasını kendine amaç edinen çağdaş ceza hukuku, kesin karine kavramını reddetmektedir. Nedeni ise kesin karinenin benimsenmesi maddi hakikâtle değil, şekli hakikâtle yetinilmesine neden olmasıdır.

Yerel mahkemede taksirle adam öldürmek suçundan dava açılır, mahkeme yaptırdığı inceleme sonucunda, failin farik ve mümeyyiz olmadığına karar verir. Yargıtay olayın taksirle değil, kasten adam öldürmek olduğunu belirterek, yerel mahkeme kararını bozar. Bu durumda failin tekrar işlediği suçun farik ve mümeyyizi olup olmadığı konusunda yani kasten adam öldürme suçunun farik ve mümeyyizi olup olmadığı konusunda yerel mahkemede araştırma yapılmalı mıdır? Çünkü failin taksirle adam öldürme suçu için fark ve temyizle hareket etmediği ispatlandığına göre, kasten adam öldürme suçunun farik ve mümeyyizi olmadığı hayli hayli kabul edilebilir. Bu konuda yapılan tartışmalar sonucunda Yargıtay çoğunluk kararı ile, bu durumda da tekrar rapor alınmalıdır görüşünü benimsemiştir (54).

(50) 49. dipnottaki kararlar.

(51) 2.CD., 25.2.1976, 1628/1053 (Erdurak, TCK., s. 107'den naklen).

(52) Ankara Çocuk Mahkemesi 28.9.1989, 571/663.

(53) Atalay Yörükoğlu'nun, Ankara Çocuk Mahkemesi 1988/391 E, 1989/623 K, 14.9.1989 T'li dosyası için vermiş olduğu bilirkişi raporu.

(54) CGK., 18.11.1980, 1-323/304, YKD. Şubat 1981, s. 223.

Failin yaralama suçunun farik ve mümeyyizi olması, öldürmeye tam teşebbüs suçunun da farik ve mümeyyizi olmasını gerektirmez (55). Yargıtay'ın bu görüşü isabetli olmasına rağmen, yukarıdaki görüşünün isabetli olmadığı kanısındayız.

2.6.1.3 Verilebilecek kararlar

Onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını bitirmemiş küçüklerden işledikleri suçun farik ve mümeyyizi olmayanlara, gerek TCK, gerekse 2253 sayılı Yasa «ceza verilemez» demektir. Peki takibat yapılabilir mi? Takibat yapılabilir, ancak bazı sınırlar söz konusudur. Şöyle ki, ilk önce işlenen fiilin failinin kim olduğu konusu açıklığa kavuşturulmalıdır, daha sonra ise küçüğün farik ve mümeyyiz olup olmadığı konusu araştırılmalıdır. İlk etapta bu hususlar araştırılmadan daha ileri safhalara geçilmemelidir. Yargıtay'da aynı görüştedir (56).

2.6.1.3.1 Hazırlık soruşturmasında

Koğuşurmaya yer olmadığına, koğuşurmama kararı verilebilir.

2.6.1.3.2 Son soruşturma aşamasında

Yargıtay, bu durumda deliller toplanır, eğer suç oluşmuşsa ceza tayinine yer olmadığına, suç oluşmamışsa beraat kararı verilmelidir (57) demektir. Uygulamada tamamen bu doğrultuda kararlar verilmektedir. Yargıtay'ın bu görüşünü kabul etmek mümkün görülmemektedir. Yalnız öncelikle şu konuyu açıklayalım. Yargıtay'ın suç oluşmamışsa beraat kararı verilmelidir şeklindeki görüşünün isabetli olduğu görüşündeyiz. Çünkü suçun unsurlarında (hukuka aykırılık, tipiklik, maddi unsur, manevi unsur) eksiklik olması halinde beraat kararı verilmelidir. Ancak suç oluşmuşsa ceza tayinine yer olmadığına şeklindeki görüşünü benimsemek mümkün değildir.

Eğer suç oluşmuş ise ve de kişi farik ve mümeyyiz değilse muhakeme şartı yokluğu ve gerçekleşme ihtimalinin de olanaksızlığı nedeniyle CMUK md. 253 nedeniyle düşme kararı verilmesi gerekmektedir. Ceza tayinine yer olmadığına şeklinde karar verilmesi mümkün değildir. Çünkü CMUK 253'te davayı sona erdiren karar

(55) CGK., 25.5.1985, 1982/1-85 E, 1983/241 K, YKD. Ağustos 1982, s. 1171.

(56) CGK., 4.12.1989, 3-330/386, YKD. Kasım 1990, s. 1684-1687.

(57) 3.CD., 2.11.1977, 7396/7449, YKD. Eylül 1978, s. 1560; 2.CD., 6.4.1983, 1729/2409 (Erdurak, TCK. s. 106'dan naklen); CGK. 4.12.1989, 3-330/386, YKD. Kasım 1990, s. 1684-1687.

türleri sayılmış olup, ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde bir karar türünden bahsedilmemiştir. Sorun TCK'nun İtalya'dan CMUK'nun ise Almanya'dan alınması, iktibas sırasında yeterli uyum çalışmalarının yapılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar TCK md. 54/I'de «ceza tertip olunamaz» deniyorsa da, bu durumu Yargıtay gibi yorumlamak yasal zorunluluk değildir görüşündeyiz.

Şöyle ki Yargıtay yeni bir kararında suç sabitken CMUK 253. maddede bulunmayan «ceza verilmesine yer olmadığına» şeklinde Yargıtay CMUK md. 253'e aykırılık var demektedir. CMUK md. karar verilmesi yasaya aykırıdır (58) demektedir. Gene Yargıtay beraat yerine CMUK md. 253'te bulunmayan «aklanma» kararı verilmesi yasaya aykırıdır diyerek bozma kararları vermektedir (59). İçerik itibarıyla aynı, sadece öztürkçe isim kullanma nedeniyle 253 için bu kadar hassas görünen Yargıtay'ın TCK 54. madde içinde aynı hassasiyeti göstererek CMUK md. 253'te bulunmayan «ceza verilmesine yer olmadığına» değil, düşme kararı vermesi gerektiği görüşünü benimsemekteyiz.

2.6.1.4 Tedbir uygulanması

Eğer soruşturma sonucunda kişinin farik ve mümeyyiz olmadığı ve işlediği suçun cezasının bir yıl hapis veya daha ağır bir ceza olduğu anlaşılırsa, faile TCK md. 54/I nedeniyle TCK 53/2. madde uygulanır. Bu nedenle onbir yaşını bitirmemiş olanlara tedbirlerin uygulanması başlığı altında anlatılanlar burası için geçerlidir.

Ancak Yargıtay içtihatlarına göre TCK açısından bunlara uygulanacak tedbirleri mahkeme başkanı değil, mahkeme vermektedir (60). 2253 sayılı Yasanın yürürlük tarihinden sonra tedbirler mahkeme başkanınca değil, mahkemece verilmelidir. Ancak Yargıtay'ın 2253 yürürlüğe girmeden önce, onbir yaşından küçükler için tedbirlerin mahkeme başkanınca, onbir onbeş arasında bulunup ta farik ve mümeyyiz olmayanlar için ise, mahkemece verileceğini açıklamak gücü.

(58) 8.CD., 4.2.1986, 161/507 (Erdurak, age., s. 370'den naklen). (Olay TCK md. 54'ü ilgilendirmemektedir).

(59) CGK., 17.9.1979, 7-283/331; 1.CD., 5.2.1986, 4206/477; 5.CD., 16.4.1987, 5393/2338 (Erdurak, age., s. 880, 881, 374'ten naklen).

(60) 3.CD., 28.12.1977, 9232/9466 (Alikasıfoğlu - Doğu'dan naklen, s. 46).

2.6.2 'Fark ve temyizle hareket edenler

Onbir yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını bitirmeyen küçüklerden işledikleri suçun farik ve mümeyyizi olanlar hakkında ceza verilir, ancak indirilir, yani bu dönem tam olmayan ehliyetlilik dönemidir. İsnat yeteneği tam olmadığından verilecek ceza da indirilecektir.

2.6.2.1 Cezanın indirilmesi

Yukarıda belirtildiği üzere fail, onbir onbeş yaş grubu içinde ise ve işlediği suçun da farik ve mümeyyizi ise ceza verilir, ancak indirilir (TCK md 54/2, 2253 sayılı Yasanın 12/2. maddesi).

Peki bu indirme hangi oranda yapılacaktır? Bu durum TCK md 54/2 ve 2253 sayılı Yasanın 12/2. maddesinde düzenlenmiştir.

«Ölüm cezası yerine onbeş yıldan, müebbet ağır hapis cezası yerine on yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilir. Diğer cezalar yarıya kadar indirilir. Ağır hapis cezaları hapse çevrilir. Ancak bu bendin uygulanması suretiyle verilecek cezalar yedi yıldan fazla olamaz».

Peki hangi cezalar indirilecektir? Suç, cürüm, kabahat, kasıtlı, taksirli nasıl bir suç olursa olsun, hepsi indirime tâbidir (61). Ancak indirme cezadan yapılacaktır, bu nedenle ceza sayılmayan hususlarda, yaştan dolayı indirme yapılamaz (62). Cezadan başka bir şeye hükmedildiği zaman yaş küçüklüğü nedeniyle bu yaptırımdan herhangi bir indirim yapılamaz. Dükkan kapatma cezası, ceza hukuku anlamında bir ceza olmadığından indirme yapılamaz (63).

Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası verilemez (TCK md. 54/3, 2253 sayılı Yasa md. 12/2). Ayrıca bu ceza kanuni netice olarak da verilemez (64).

Hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların 647 sayılı Yasanın 4/2. maddesi gereğince para cezasına ya da tedbire çevrilmesi zorunludur (65).

Verilen cezalar tekerrüre esas teşkil etmez (TCK md. 54/5, 2253 sayılı Yasa md 12/4). Bu hükmün amacını anlamak müm-

(61) Erem, age., s. 583.

(62) Erem, age., s. 583.

(63) CGK., 13.7.1942, 73/40 (Dönmezer-Erman, age., s. 176'dan naklen)

(64) Erem, age., s. 583.

(65) 6.CD., 17.5.1975, 3621/3614, YKD. Ocak 1976, s. 113.

kün değildir. Tekerrürden dolayı cezanın artırılması evvelki mahkûmiyete değil, tekerrürden dolayı cezası artırılacak sonraki yani belkide failin küçük sayılamayacak bir yaşa geldiğinde işlediği yeni bir suça ilişkin meseledir. Mehz yasada bu hüküm yoktur (66). Bu hükmün izahı hukuken mümkün değildir, ancak insancıl düşüncelerle açıklanması olasıdır (67).

Onbeş yaşını bitirmemiş çocuklara ait duruşmalar mutlaka gizli yapılır ve hükümde mutlaka gizli tefhim olunur (CMUK md. 375). Duruşmanın gizli yapılması gerekirken açık yapılması durumunda, bu durumun telafisi mümkün olmadığından bozma nedeni sayılamaz (68).

2.6.2.2 Fiilin işlendiği zamanki yaş

Ani suçlar açısından bir sorun yoktur, çünkü fiilin yapılmasıyla bitmesi aynı zamanda olmuştur, dolayısıyla suçun işlenme anı da bu andır, bu an tesbit edilerek yaş konusundaki ilgili maddeler uygulanır.

Mütemadi ve müteselsil suçlarda, temadi ve teselsülün bittiği anda fail kaç yaşında ise ona göre cezalandırılır (69). Fail onbir yaşını doldurmadan mütemadi veya müteselsil suçu işlemeye başlamış ise ve onbeş yaşını bitirmeden temadi veya teselsül sona ermişse ve de fail fark ve temyizle hareket etmemişse hakkında TCK md. 54/1 nedeniyle TCK md. 53/2 ve 2253 sayılı Yasanın 12. maddesiyle bu yasanın 10. maddesi uygulanır, yani onbir yaşını doldurmamış çocuklara ait hükümler uygulanır (eğer gerekli şartları varsa). Küçük farik ve mümeyyiz ise, temadi ve teselsülün sona erme anı fiilin işlendiği an olduğundan TCK md 54/2 ve 2253 sayılı Yasanın 12. maddesi uygulanır, yani ceza verilir, ancak indirilir (70).

İçtima halinde ise TCK genel hükümleri uygulanır (2253 sayılı Yasanın 12/3. maddesi).

2.7 ONBEŞ YAŞINI BİTİRMİŞ OLUP ONSEKİZ YAŞINI DOLDURMAMIŞ OLANLAR

Konu TCK md. 55'te düzenlenmiş olup, bu dönemde fark ve temyiz şartı aranmamakta, bu devrede bulunan kişilerin kısmi an-

(66) Erem, age., s. 584.

(67) Dönmezer - Erman, age., s. 177.

(68) 4.CD., 6.11.1984, 7154/7441, YKD. Ağustos 1985, s. 1241.

(69) Erem, age., s. 576.

(70) 5.CD., 6.6.1979, 1643/1643 (Erdurak, TCK. s. 109'dan naklen).

lama ve isteme yeteneğine sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu devre, tam olmayan ehliyetlilik devresidir. Failde anlayabilme ve isteyebilme yeteneği vardır, ama tam gelişmemiştir, bu nedenle de verilecek ceza indirilerek verilecektir. Bu devrede fail isnat yeteneğinden yoksun ise, bunun nedeni yaş küçüklüğü değil, olsa olsa akıl hastalığı vb. olabilir (71).

Cezadan indirim yapılırken yargıç önce yaş küçüklüğünü dikkate almadan cezayı tesbit edecek, gerekli ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenleri uygulayacak ve nihayet TCK md. 29 gereği yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapacaktır (72). Yaş küçüklüğü nedeniyle indirim yapıldıktan sonra eğer var ise TCK 59. madde nedeniyle indirim yapılacak ve nihayet tekerrürden dolayı ceza artırılabilecektir.

TCK md. 55 nedeniyle faile ölüm cezası yerine yirmi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis, ömür boyu ağır hapis cezası yerine onbeş seneden yirmi seneye kadar ağır hapis cezası verilir. Diğer cezalar ise üçte bire kadar indirilir. Ancak üçte bir indirme nedeniyle hükmolunacak cezalar her bir fiil için ondört yıldan fazla olamaz.

Yasanın «diğer cezaların üçte bire kadarı indirilir» hükmü karışıklıklara neden olmuştur. Burdaki indirim oranı en çok üçte birdir. Yani cezanın üçte ikisi verilir, üçte bir oranında indirim yapılır (73).

Yasa sadece cezaların indirilmesini kabul etmiştir, bu nedenle ceza sayılmayan hususlarda indirim yapılamaz, ayrıca tazminat kabilinden para cezalarında yaştan dolayı indirim yapılamaz (74).

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılan küçüğün bu cezası 647 sayılı Yasanın 4. maddesi gereğince öngörülen ceza veya önlemlerden birine çevrilir (75).

Kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası verilemez (TCK md. 55/I-4). Bu ceza kanuni netice olarak ta verilemez (76).

(71) Dönmezer - Erman, age., s. 180.

(72) Dönmezer - Erman, age., s. 180; Erem, age., s. 585.

(73) 7.CD., 28.10.1976, 8258/8300 (Erdurak, TCK. s. 109'dan naklen); Erem, age., s. 585 (TBMM Tutanak Dergisinden alıntı).

(74) 3.CD., 20.10.1938, 5667/6707 (Erem, age., s. 585'den naklen); 7.CD., 25.3.1976, 1043/2485 (Alikasıfoğlu - Doğu, age., s. 48'den naklen).

(75) 5.CD., 14.11.1979, 3676/3120, YKD. Kasım 1980, s. 1561; 5.CD., 29.3.1983, 725/1059 (Erdurak, TCK. s. 108'den naklen).

(76) 5.CD., 14.2.1979, 3949/276 (Erdurak, TCK. s. 109'dan naklen).

2.8 ONSEKİZ YAŞINI DOLDURMUŞ OLANLAR

TCK'nun benimsediği sisteme göre fiili işlediği sırada onsekiz yaşını bitirmiş olanlar, anlama ve isteme yeteneğine tam olarak sahiptirler, dolayısıyla tam ehliyetli olduklarından, yasanın öngördüğü şekilde yaştan indirim yapılmaksızın cezalandırılırlar.

TCK'na göre cezai ehliyet yaşı 1953 yılında 6123 sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe kadar yirmibir yaşın doldurulması olarak hükme bağlanmıştı. 6123 sayılı Yasa ile cezai ehliyet yaşı, onsekiz yaşın tamamlanması olarak kabul edilmiştir ve halen de öyledir.