

Sorularla Hukuk Dizisi 1

**SORULARLA
CEZA
HUKUKU**

Doç. Dr. Hakan HAKERİ

Sorularla Ceza Hukuku
Doç. Dr. Hakan Hakeri

Doç. Dr. Hakan Hakeri

1969 yılında Diyarbakır'da doğdu. İlk ve ortaöğrenimini Ankara ve Diyarbakır'da yaptı. 1987'de İstanbul Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1990 yılında yüksek lisansını tamamladı. 1996'da Köln Üniversitesi'nde doktorasını bitirdi. 1997 yılında Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne yardımcı doçent olarak atandı. 1999 yazında Türkiye Bilimler Akademisi bursu ile Almanya'da; 2000 yılında Avusturya Akademik Değişim Kurumu Bursu ile Viyana'da araştırmalar yaptı. 2002 yılında doçent oldu. Ağustos 2003 - Eylül 2004 tarihleri arasında Alexander von Humboldt Vakfı'nın bursu ile Almanya'da tıp hukuku üzerine çalışmalar yaptı. Haziran 2005'de Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'na atandı.

Sorularla Hukuk Dizisi **1**

**SORULARLA
CEZA HUKUKU**

Doç. Dr. Hakan HAKERİ



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 94
Sorularla Hukuk Dizisi: 1

345
H155
2005
k. 1

Sorularla Ceza Hukuku
Doç. Dr. Hakan Hakeri

000389

ISBN: 975-6637-02-4
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Eylül 2005

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)
(Sabri Akkerman)

Baskı
Şen Matbaa
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
web:www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

İÇİNDEKİLER

Önsöz	XIII
Eski Türk Ceza Kanunu Hakkında	
Kısa Tarihsel Bilgi	1
Sorularla Ceza Hukuku.....	7
1. Çağdaş Ceza Hukukunun Esasları Nelerdir?.....	9
2. Hukuk Devletinde	
Bir Ceza Kanunu Nasıl Olmalıdır?	11
3. Ceza Kanununu Bilmemek Mazeret Sayılır mı?	12
4. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle	
Suç ve Ceza Konulabilir mi?.....	17
5. Özel Kanunlarla İlişki Noktasında	
TCK 5. Madde ile İlgili Son Durum Nedir?	18
6. Kanuna Göre Kamu Görevlisi (Memur) Kimdir?	20
7. Ceza Kanunu Uygulamasında Avukatların Konumunda	
Bir Değişiklik Olmuş mudur?	21
8. Zaman Bakımından Uygulama Noktasında	
Kanunun Getirdiği Yenilik Nedir?	22
9. Ceza Kanunu Nerede İşlenen Suçlara	
Uygulanacaktır?	25

10. Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Yabancı Ülke Kanununun Göz Önünde Bulundurulması Nasıl Yapılacaktır?	29
11. Kanun'un Tüzel Kişilere İlişkin Düzenlemesi Nedir?	31
12. Doğrudan Kast, Olası Kast ve Bilinçli Taksir Arasındaki Ayırımın Ölçütü Nedir?	33
13. Taksirli Eylemi Sonucu Yakınlarını Kaybedenlere Ceza Verilecek mi?	43
14. Taksirle Öldürme ve Yaralama Suçlarında Sekiz Oranının Kaldırılmasının Anlamı Nedir?	45
15. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlara İlişkin 23. Maddenin Sonuçları Nelerdir?	47
16. Kanun'un Nedensellik Bağına İlişkin Olarak Benimsediği Teori Hangisidir?	54
17. Hukuka Uygunluk Nedenleri Konusundaki Temel Yenilik Nedir?	64
18. Meşru Müdafaa Konusu Haklar Nelerdir?	68
19. Basının Haber Verme Hakkı Çerçevesinde Söz Konusu Olabilecek Hukuka Uygunluk Sebebi Nedir?	70
20. Hekim Faaliyetinin Hukuka Uygun Sayılabilmesi İçin Gerçekleşmesi Gereken Şartlar Nelerdir?	72
21. Komşum Karısını Dövüyor Yardıma Gidiyorum Kadın, "Kocamdır Sever de Döver de" Diyor Buna Rağmen Olaya Müdahale Edilebilir mi?	74

22. Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sınırım Aşılması Konusunda Kanun Nasıl Bir Düzenleme Yapmıştır?	77
23. Cebir, Şiddet, Korkutma veya Tehdit Sonucu Suç İşlenmesi Ceza Kanunu'nda Düzenlenmiş midir?	78
24. Kanun, Suç İşlenirken Failin İçine Düştüğü Yanılığa Değer Tanımakta mıdır?	82
25. Akıl Hastalarına İlişkin Olarak Kanun Ne Tür Değişiklikler Öngörmüş Bulunmaktadır?	91
26. Teşebbüs Konusundaki Temel Yenilikler Nelerdir?	93
27. Yeni Kanun'da Faal Nedamet Düzenlenmiş midir?	98
28. İştirake İlişkin Yeni Sistem Nedir?	102
29. Dolaylı Faillik Ne Demektir?	104
30. İştirakte Bağlılık Kuralı Ne Demektir?	108
31. Bileşik Suç Ne Demektir?	117
32. Yeni Kanun'da da Müteselsil Suç Kurumuna Yer Verilmiş midir?.....	121
33. Aynı Neviden Fikri İçtima Ne Demektir?	124
34. Asli-Yardımcı Norm İlişkisi Nedir?	126
35. Şahısta Yanılma ve Hedefte Sapma Konusunda Yeni Kanun'un Sistemi Nedir?.....	131
36. Çocukların Korunmasına Yönelik Genel Olarak Kanun'daki Düzenlemeler Nelerdir?	137
37. Ceza Kanunu'ndaki En Ağır Cezalar Hangi Suçlar İçin Öngörülmüştür?	141

38. Adli Para Cezalarında Kanun'un Getirdiği Yenilik Nedir?.....	143
39. Belirli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma Yaptırımını ile İlgili Olarak Getirilen Yeni Sistemin Esasları Nelerdir?.....	145
40. Devamlı Suç İşleyenlere Yönelik Kanun'da Bir Düzenleme Yapılmış mıdır?.....	148
41. İnfaz Kanunu ile TCK Arasındaki İlişki Nedir?.....	149
42. Türkiye'de Ne Tür Ceza İnfaz Kurumları Vardır?	150
43. Yeni Kanun'a Göre Cezaların İctimai Nasıl Yapılacaktır?.....	151
44. Soykırımın Suç Haline Getirilmesi Türkiye Bakımından Olumsuz Suç Doğurabilir mi?	153
45. İhmali Davranışla Ama Kasten Bir İnsan Öldürülebilir mi? (TCK m. 83)	154
46. Eski TCK 463. Maddenin Kaldırılmasının Sonuçları Nelerdir?	162
47. Kasten Yaralama Suçu Nasıl Düzenlenmiştir?.....	165
48. Organ veya Doku Ticareti Suçu (TCK m. 91) ile 2238 Sayılı Organ Nakli Kanunu Arasındaki İlişki Nedir?	169
49. İşkence Suçunun Unsurları Nelerdir?	172
50. Hukukumuzda İlk Defa Düzenlenen Eziyet Suçunun Unsurları Nelerdir?	176
51. Terk Suçu Konusunda Yapılan Değişiklikler Nelerdir?	178

52. Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Cezalandırılmakta mıdır?	181
53. Kanun'da Düzenlenen Diğer Saf İhmali Suçlar Hangileridir?	186
54. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların Sistemetiği Nedir?	188
55. Topuktan Vurmalara İlişkin Kanun'da Açık Düzenleme Bulunmakta mıdır?.....	194
56. Hürriyete Karşı Suçlar Alanında İhdas Edilen Yeni Suçlar Hangileridir?	195
57. Özel Hayata ve Hayatın Gzili Alanına Karşı Suçlar Hangileridir?	199
58. Telefon Dinlemek Suç mudur?	202
59. Konuşmaları Kaydetmek Suç mudur?	205
60. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu Var mıdır?	208
61. Kişiler Hakkında Bilgi Toplamak, Dedektiflik Suç mudur?	214
62. Malvarlığına Karşı Suçlar Alanında Yapılan Temel Yenilikler Nelerdir?.....	216
63. Yeni Kanun'da Hırsızlık Suçu Nasıl Düzenlenmiştir?	217
64. Yeni Kanun'daki Yağma Suçlarının Unsurları Nelerdir?.....	220
65. Kanun'da İhkak-ı Hak Suçu Düzenlenmiş midir?	222
66. Otopark Mafyası Hakkı Olmayan Yerlere Tecavüz Suçundan Dolayı Cezalandırılabilir mi?	224

67. Yağmurlu Günlerde Aracıyla Kaldırımındaki Yayalara Kasten Su Sıçratan Kimse Cezalandırılabilir mi?.....	226
68. Karşılıksız Yararlanma Suçunun Unsurları Nelerdir?.....	227
69. Kooperatifler veya Şirketler Hakkında Yanlış Bilgi Vermek Suç mudur?.....	229
70. Kanun'da Düzenlenmiş Belli Başlı Tehlike Suçları Hangileridir?.....	230
71. Çevreyi Kirleten Belediye ve Fabrikalara Ceza Verilebilecek mi?.....	232
72. Gecekondu Yapmak Suç mudur ve Belediyelerin Gecekonduklara İlişkin Sorumlulukları Nelerdir?.....	233
73. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanan Kişi Hakkında Nasıl Bir Yaptırım Uygulanacaktır?.....	235
74. Çocuklara Sigara Satmanın Cezası Nedir?.....	236
75. Kamu Görevlisine Yalan Beyanda Bulunmak Suç mudur?.....	237
76. Hasta Olmadığı Halde Bir Kimseye Hatıra Binaen Hasta Raporu Veren Doktor Cezalandırılır mı?.....	238
77. Suçu, Suçluları Övmek Suç Olur mu?.....	240
78. Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçunun İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarına Uygun Olabilmesi İçin Ne Tür Değişiklikler Yapılmıştır?.....	241

79. Bir Örgüt Kurarak Suç İşleyenler Nasıl Cezalandırılır	245
80. Örgütü Dağıtan Örgütten Ayrılana da Ceza Verilir mi.....	247
81. Şapka Kanunu'na Muhalefet Suç mudur?	248
82. Teşhircilik Suç mudur?	249
83. Müstehcen Yayınlar, Filmler Suç mudur?	250
84. Kumar Oynamak Suç mudur?	252
85. Dilencilik Suç mudur?.....	253
86. Hastanelerde Çocukları Değiştirenler Hangi Suçu İşlemiş Olurlar?	254
87. Öğretmen, Usta, Anne-Baba Çocuğunu Terbiye Amacıyla Dövebilir mi?	255
88. Çocuklarına Mendil Sattıran Anne-Babalar Sorumlu mudur?.....	256
89. Tefecilik Suç mudur?.....	257
90. "Hacker"lık Suç mudur?.....	258
91. Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması Suçunun Unsurları Nelerdir?.....	259
92. Kullanma Zimmeti Ne Demektir?.....	261
93. Basit Rüşvet Suç Olmaktan Çıkarıldı mı?	263
94. Eski Kanun'daki Dört Ayrı Suçu Bir Arada Düzenleyen Hüküm Hangisidir?	265
95. Kamu Görevlilerinin İşçiler Gibi Görevlerini Terk Etmeleri ya da Yavaşlatmaları Suç mudur?	268

96. İftira Suçu Bakımından Basın ile İlgili Yapılan Yeni Düzenleme Nedir?	269
97. Önümde Bir Suç İşlendi. Bunu İhbar Etme Yükümlülüğüm Var mı?	270
98. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçunun Unsurları Nelerdir?	272
99. Soruşturmanın Gizliliğinin İhlali Ne Demektir?	276
100. Türk Bayrağı'ndan Elbise Giymek Suç mudur?	279
101. Ceza Hukuk Sisteminde Kabahatlerin Yeri Nedir?	280

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu'nca benimse-
nen ve Trabzon'da yapılan TBB 27. Olağan Genel Kurulu'na
sunulan yayın programında, hukukçular ile ilgilenenlerin
yararlanabilecekleri nitelikte hukuk kitapları yayımlanması
planlanmıştı.

Bu bağlamda yeni bir dizi başlamaktadır. Diziye *Soru-
larla Hukuk* adı uygun bulundu. Türk Ceza Kanunu, Ceza
Muhakemesi Kanunu ve kısa adıyla İnfaz Kanunu, TBMM'de
görüşülürken ve yasalaştıktan sonra Türkiye Barolar Birliği,
üniversitelerimizin Ceza ve Ceza Muhakemesi kürsüleriyle
yakın ilişkiye girerek, değerli öğretim üyeleriyle birlikte, bütün
barolarımızı kapsayacak biçimde kırk sekiz çalışma programı
düzenledi. Katkıda bulunan bilim adamlarımıza candan te-
şekkür ediyorum. Yeni bir anlayışla oluşturulduğu iddiasıyla
yasalaştırılan ceza hukuku, meslektaşlarımızın katkılarıyla
tartışıldı. Bu tartışmalardan, sorulardan ve cevaplarından
yola çıkılarak bu dizi gerçekleştirilmektedir.

Birinci kitap *Sorularla Ceza Hukuku... Dizi, Sorularla Ceza
Muhakemesi, Sorularla İnfaz Hukuku, Sorularla Adli Tıp* kitapla-

rıyla sürüp gidecek. Birinci kitaptan sonra eksiklerimizi görüp kitaplarımızı geliştireceğimizi ummaktayız. Bu nedenle kitapla ilgili düşüncelerin, cevaplanması istenen soruların kitapların yazarlarına ve Türkiye Barolar Birliği Yayın Kurulu'na gönderilmesini rica etmekteyiz.

Sorularla Ceza Hukuku kitabını hazırlayan Doç. Dr. Hakan Hakeri'ye teşekkür ederim.

Yararlı olabilmek umuduyla takdirlerinize sunmaktayız.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Av. Özdemir Özok

ÖNSÖZ

“*Sine qua non*”

29 TMS

1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4.11.2004 tarih ve 552 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12/1-b maddesi ile yürürlükten kalktı ve yeni Ceza Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu tarihin öncesinde ve sonrasında Türkiye Barolar Birliği'nin inisiyatifiyle yaklaşık yirmi beş kişilik bir ceza hukuku öğretim üyesi grubu hafta sonları Türkiye'nin çeşitli illerinde baroların düzenlediği bilgilendirme seminerlerine katıldılar. Bu seminerler çoğu kez aynı hafta sonu bir çok ilde aynı anda yapıldı. Bu çalışmalarda kanunun uygulamada çıkaracağı problemleri avukat meslektaşlarımızla beraber yakından izleme fırsatını da elde ettik. Her iki taraf için de çok yararlı geçtiği düşüncesindeyim. Bizim açımızdan uygulamadaki sorunları yerinde görmek, avukatlar bakımından ise biraz uzaklaştıkları teoriye tekrar dönmeleri yönünden faydalı oldu.

Bu arada, hukuk eğitimi almamış olan bireylerin bilgilendirilmesi amacıyla yeni ceza kanununa ilişkin bir seri hazırladım ve bu seri on gün Ceza Kanunu ve iki gün de Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili olarak *Radikal* gazetesinde

rıyla sürüp gidecek. Birinci kitaptan sonra eksiklerimizi görüp kitaplarımızı geliştireceğimizi ummaktayız. Bu nedenle kitapla ilgili düşüncelerin, cevaplanması istenen soruların kitapların yazarlarına ve Türkiye Barolar Birliği Yayın Kurulu'na gönderilmesini rica etmekteyiz.

Sorularla Ceza Hukuku kitabını hazırlayan Doç. Dr. Hakan Hakeri'ye teşekkür ederim.

Yararlı olabilmek umuduyla takdirlerinize sunmaktayız.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Av. Özdemir Özok

ÖNSÖZ

“Sine qua non”

29 TMS

1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 4.11.2004 tarih ve 552 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12/1-b maddesi ile yürürlükten kalktı ve yeni Ceza Kanunu 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu tarihin öncesinde ve sonrasında Türkiye Barolar Birliği'nin inisiyatifiyle yaklaşık yirmi beş kişilik bir ceza hukuku öğretim üyesi grubu hafta sonları Türkiye'nin çeşitli illerinde baroların düzenlediği bilgilendirme seminerlerine katıldılar. Bu seminerler çoğu kez aynı hafta sonu bir çok ilde aynı anda yapıldı. Bu çalışmalarda kanunun uygulamada çıkaracağı problemleri avukat meslektaşlarımızla beraber yakından izleme fırsatını da elde ettik. Her iki taraf için de çok yararlı geçtiği düşüncesindeyim. Bizim açımızdan uygulamadaki sorunları yerinde görmek, avukatlar bakımından ise biraz uzaklaştıkları teoriye tekrar dönmeleri yönünden faydalı oldu.

Bu arada, hukuk eğitimi almamış olan bireylerin bilgilendirilmesi amacıyla yeni ceza kanununa ilişkin bir seri hazırladım ve bu seri on gün Ceza Kanunu ve iki gün de Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili olarak *Radikal* gazetesinde

yayınlandı (metnin tümü için bkz. www.hakanhakeri.com). Türkiye Barolar Birliği de hem Ceza Kanunu hem de Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili olarak, ancak halkla birlikte, avukatlara yönelik soru-cevap şeklinde bir çalışma önerisinde bulundu.

Bu talebi hemen kabul ettim ve yaz tatili boyunca yaptığım hazırlık sonucunda bu çalışma ortaya çıktı. Çalışmada her biri yılların tecrübesini taşıyan avukat meslektaşlarımıza ceza hukukunu yeniden öğretmek amaçlanmadı elbette. Daha çok yeni kanunun getirdikleri ve sonuçları üzerinde durmaya çalıştım. Yararlı olmasını diliyorum.

Bu vesileyle, kitabın tashihindeki emeği için Neslihan Coşkun'a teşekkür ederim.

Bu ilk adımın başarılı olmasını umuyorum ve her türlü eleştirinin bu serinin yeterli olgunluğa ulaşması bakımından onsuz olmaz değerde olduğunu belirtmek istiyorum.

Doç. Dr. Hakan HAKERİ
Selçuklu, 26 Ağustos 2005

**ESKİ TÜRK CEZA
KANUNU HAKKINDA
KISA TARİHSEL BİLGİ**

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde çıkarılmıştı. O tarihlerde hukuk sisteminin modernleştirilmesi çalışmaları sırasında, acil bir hukuk reformu için zaman kaybetmemek bakımından, yeni bir kanun hazırlanması yerine Osmanlı Dönemi'nde tercümesi yapılarak elde hazır bulunan 1889 İtalyan Ceza Kanunu az bir değişiklikle aynen kabul edilerek yasalaştırılmıştı. Kanun'un İtalya'dan alınmış olması dolayısıyla Türk Ceza Kanunu için de faşist eleştirisi yapılmış ise de, faşist dönemde yapılan İtalyan Ceza Kanunu, halen İtalya'da yürürlükte bulunan 1930 Ceza Kanunu'dur. Türkiye ise bu Kanun'dan özellikle devlet aleyhine işlenen suçlar kısmını almıştır.

1889 İtalyan Ceza Kanunu, 1930 yılına kadar İtalya'da, 2005 yılına kadar da Türkiye'de uygulanmak suretiyle 19, 20 ve 21. yüzyılda uygulama alanı bulan belki de dünyanın tek ceza kanunudur.

Günümüze kadar altmış civarında değişikliğe maruz kalan ve 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışını yansıtan bu kanunun değiştirilmesi gerektiği toplumun bütün kesimlerince kabul

edilmekteydi. O zaman ki sanayi devriminde mala bireyden çok önem veren bu Kanun'a göre bir kimsenin gözünü çıkarmak beş seneden on seneye kadar hapis cezasıyla karşılandığı halde, bir kimsenin gözlüğünü zorla almak on seneden yirmi seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktaydı. Kanun ceza hukukundaki modern gelişmelerin de gerisinde kalmıştı. Son dönemlerde Avrupa'da da bir çok ülkede yeni ceza kanunları yürürlüğe konmuştu (İspanya, Rusya, Polonya, Fransa gibi).

Bu gerekçelerle yeni bir kanun hazırlanması çalışmalarına zamanın başbakanı Turgut Özal'ın girişimleriyle 1984 yılında başlanmış, bu çalışmalar sonucunda ortaya konulan öntasarılar ağır eleştiriye uğradığından ve hükümetlerin sık sık değişmesinden ötürü yasalaşamamıştı. En son AKP Hükümeti'nin 2003 yılında mevcut ön tasarımı meclise sunmasından sonra, bu metin üzerinde meclis alt komisyonunda akademisyenler ile milletvekillerinin yaptığı çalışma sonucu esaslı değişiklikler yapılmış ve bu şekilde ortaya çıkan metin 26 Eylül 2004 tarihinde yasalaşmış, 12 Ekim 2004 tarihli *Resmi Gazete*'de yayımlanarak, bir kısım hükümleri derhal yürürlüğe girerken (gecekondu suçları)(m. 184), Kanun'un çoğu hükmü 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'deki mevcut arıtma tesisleri göz önünde bulundurularak, belediyelerin arıtma tesisleri kurması için süre tanınması amacıyla, çevre kirlletmeye ilişkin bazı hükümler (m. 181/1, 182/1) ise Kanun'un yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra yürürlüğe girecektir. Keza 5. maddenin yürürlüğü de bilahare ertelenmiştir.

Bu Kanun ile ceza hukuku alanında Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında başlayıp Cumhuriyet'in ilk yıllarında devam eden batıdan kanunu aynen alma geleneğine son verilmiştir. Kanun hazırlanırken yabancı ceza kanunları göz önünde bulundurulmuş ise de, belli bir ülke kanunu komple alınmamıştır.

Bu yönüyle Kanun, Türk doktrin ve uygulamasının bir eseridir. Kanun'un en önemli özelliği ceza hukukundaki modern gelişmeleri benimsemeye ve eski Kanun döneminde uygulamada ortaya çıkan aksaklıkları gidermeye çalışmış olmasıdır.

Her insan yapısı eserde olduğu gibi bu Kanun'da da eksiklikler, hatalar vardır. Ayrıca zamanla uygulamada belirecek problemler de olacaktır. Bunların önümüzdeki dönemde hızla kanun koyucu tarafından düzeltilmesi gerekmektedir. Nitekim daha Kanun yürürlüğe girmeden 31 Mart ve 25 Mayıs 2005 tarihlerinde Kanun'da bir takım değişiklikler yapılmıştır. Önümüzdeki bir - iki yıl içinde de yoğun değişikliklerin yapılacağını tahmin ediyorum.

**SORULARLA
CEZA HUKUKU**

ÇAĞDAŞ CEZA HUKUKUNUN ESASLARI NELERDİR?

Çağdaş ceza hukuku başta klasik ve pozitivist doktrinlerin ve sonradan ortaya çıkan okul ve akımların uzlaştırılması şeklinde gözükmektedir. Bu uzlaşma şöyle özetlenebilir: Manevi sorumluluk esastır ve ceza da varlığını korumaktadır, ölçüsü de kusurdur. Kanunilik prensibi ceza hukukunun temel direğidir. Tehlike haline dayanan güvenlik tedbirleri benimsenmiştir. Suçlunun kişiliği göz önünde bulundurulur ve ceza bireyselleştirilir.

Yeni Ceza Kanunu bakımından da bu esaslar varlığını korumakta, cezalarla güvenlik tedbirlerini birlikte uygulayan düalist sistem söz konusu olmakta, hatta güvenlik tedbirleri klasik okuldan etkilenen 1926 tarihli Kanun'a nazaran çok daha geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'un güvenlik tedbirleri sisteminin kendine özgü bir sistem olduğunu da belirtmek gerekir. Güvenlik tedbirleri öğretide *"suçludaki tehlike haliyle orantılı olarak hükmedilen ve esas itibarıyla sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan yaptırımlar"*¹ olarak tanımlanmaktadır. Nitekim, *"güvenlik tedbirlerine,*

¹ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. III, 11. B., İstanbul 1994, s. 567.

1

*failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derecesine göre hükmedilir. Tedbirin süresi, failin tehlike hali ile orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan tedbir, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir. Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlike halinin yok edilmesi gayesini güden tedbir, tehlike halinin ortadan kalkmasıyla, yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan tehlike halinin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilemez”.*² Kanun’daki belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, müsadere ve tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerinin ise tehlike haline dayandığı tartışmalıdır. Zira bu tedbirler ilgili maddelerde belirtilen şartlar altında, bir suç neticesinde hapis cezasına mahkum olan herkes hakkında uygulanmaktadır.

Nitekim, yeni Kanun’da fer’i cezalara yer verilmediği, bunun yerine, emniyet tedbirleri adı altında daha önce fer’i ceza olarak nitelendirilen yaptırımların düzenlendiği hususuna öğretilerde de işaret edilmektedir.³

² Artuk, Mehmet Emin, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri”, *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005, s. 16, 17.

³ “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004, s. 303; Artuk, Mehmet Emin - Çınar, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004, s. 77.

HUKUK DEVLETİNDE BİR CEZA KANUNU NASIL OLMALIDIR?

2

Devletin hukuka bağılılığının ideal bir biçimde gerçekleştirilebilmesi için ceza kanunlarının içerik yönünden nasıl düzenlenmesi gerektiğini, hukuk devleti ilkesi belirler. Bu anlamda, Ceza Kanunu'nun insana saygı esasına dayanması, işkence ve eziyet niteliğini gösteren uygulamaları etkin bir biçimde yasaklaması, insan onuruyla bağdaşmayan cezalar içermemesi, hakimlerin keyfi ve duygusal biçimde hüküm vermelerine yol açabilecek kavram ve tanımlara yer vermemesi, yaptırımların uygulanmasında fiilin ağırlığı ve failin tehlikeliliğinin göz önünde bulundurulması, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak ortaya çıkmaktadır (Komisyon Raporu).

Komisyon raporunda belirtilen bu esaslara esas itibarıyla riayet edilmekle beraber, kanunilik ilkesinin bir gereği olan belirlilik prensibi bakımından Kanun'un bazı eksiklikleri olduğuna işaret etmek gerekir.

Kanun'un "*Kanunun Bağlayıcılığı*" başlığını taşıyan 4. maddesine göre, "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*". Bu itibarla ceza kanunlarını bilmediğini söyleyerek suç işlemiş bir kimse, ceza sorumluluğundan kurtulamayacaktır.

Bununla beraber 765 sayılı Kanun'daki aynı yondaki mutlak hükme rağmen uygulamada Yargıtay'ın bir çok olayda cezalandırmayı adil görmeyip, bu kez ceza hukukunun "*kast*" gibi konuyla ilgili olmayan kurumlarıyla failin cezasızlığı yönüne gitmesi, Kanun'un bu sert hukmunun yumuşatılması gerektiğini göstermiştir. Bu amaçla, kanunu bilmemek anlamında değil, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hataya düşmek gözü onunde tutulmuştur. En son 5357 sayılı Kanun ile 30. maddenin 4. fıkrasına eklenen hükmü şöyledir: "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*".

Bu düzenleme, bir çok Avrupa ulkesi⁴ kanununda yer alan ve ülkemiz hukuk düzeninde ilk defa hüküm altına alın-

⁴ Fransız Ceza Kanunu m. 123: "Kaınamayacağı bir hukuki hata nedeniyle, fiili işlemesinin meşru olduğu inancı ile hareket ettiğini

mış bir düzenlemedir. Bu suretle, örneğin dedesinden kalma tabloyu, normal bir tablo düşüncesiyle çok ucuza satan bir kimse, tarihi eser satmaktan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Zira kişi tablonun tarihi eser olduğunu bilseydi, zaten o fiyata satmazdı.⁵ Dolayısıyla böyle bir durumda failin fiilinin

haklı gösteren kimsenin ceza sorumluluğu yoktur". İsviçre Ceza Kanunu m. 20: "Yeterli gerekçelere bağlı olarak bu şekilde hareket etmeye hakkı olduğu inancı ile suç işleyen kimsenin cezası, hakim tarafından indirilebilir veya tamamen kaldırılabilir", "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, 291; Avusturya Ceza Kanunu m. 9: "Hukuki yanılma nedeniyle fiilin haksız olduğunu bilmeyen kişi, eğer bu yanılma kendisine kusur olarak izafe edilemiyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz. Eğer fail herkes gibi kolaylıkla haksızlığı biliyor veya mesleği, meşguliyeti veya başkaca durumlara göre bu konuda yükümlü olmasına rağmen ilgili hükümlerden dolayı kendine bilgi verilmemiş ise, ancak bu durumda hukuksal yanılma ona isnat edilebilir", Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 333; Alman Ceza Kanunu m. 17: "Fiili işlerken haksızlık bilinci bulunmayan kimse, bu hatasını önleyemeyecek durumda ise, kusursuz hareket etmiş olur".

⁵ Maddenin Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında Osman Şirin tarafından verilen örnek şöyledir: "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na göre, elinde bir tarihi eser olan kişi, bunu, kamu makamlarına, yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. Bunu bildirmeme, yine bu kanunda bir suç olarak tanımlanmıştır. Bir kişi, babasından kendisine intikal etmiş olan antika değerinde olan bir eşyayı, tabloyu bildirme konusunda yükümlülüğü olduğunu bilmediği için, Kültür Bakanlığı'na bildirmemiş olabilir; ama, kişi kendi evinde tarihi bir kıymeti olan, bir kültür varlığı olan eşya olduğunu biliyor. Buna rağmen bunu bildirmedeği takdirde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na göre cezalandırılması gerekir, ama, bizim yazdığımız bu formülasyona göre,

3

haksızlık oluşturduğu düşüncesi içinde olmadığını söylemek mümkün olacaktır. Nitekim bu husus 5357 sayılı Kanun'un 1. madde gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: *"Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilememiş olabilir. Bu durumda, haksızlık oluşturan fiil açısından kişinin kastı varlığını devam ettirir. Ancak, söz konusu hata, kişinin işlediği haksızlık açısından sadece kusurunun belirlenmesinde bir rol oynamaktadır"*. Aynı Kanun'un 4. maddesi gerekçesi ise şöyledir: *"Kişi, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, işlenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir"*.

Ancak bu hüküm, suç işleyen herkesin *"ben bilmiyordum"* mazereti arkasına saklanmasına imkan sağlayacak bir hüküm değildir. İlk burada önemli olan *"kanunu bilmemek değil"*, yaptığının haksızlık oluşturmadığını sanmak, böylece yanılğı içinde olmaktır. Özellikle adam öldürme, hırsızlık, sahtecilik gibi tabii suçlar dediğimiz suçlar bakımından bu madde hiç bir zaman uygulanmayacaktır. Ayrıca, hakim, kişinin eylemi gerçekleştirirken, gerçekten de haksızlık oluşturduğu konusunda bir hataya düştüğünü ve bu yanılığın da kaçınamayacak durumda olduğuna kanaat getirmelidir.

"Hatanın kaçınılamaz olduğunun belirlenmesinde, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel"

kişi, bu fiili işlerken, daha doğrusu bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket ederken, bildirim gerçekleştirmezken, bir haksızlık gerçekleştirdiğinin bilincinde değildir. Gerektiğinde, kendisine böyle bir tablo olup olmadığı sorulduğunda, var diyebilecektir. İşte bu gibi durumlarda, işlenen fiil açısından bir haksızlık söz konusu değildir. Ama, tarihi eser antikacılıkla iştigal eden bir kişi, tarihi eserle ilgili olarak bildirim yükümlülüğü olduğunu bilir ve bu kişi bildirmedığı takdirde kaçınılmaz bir hatası olduğunu ileri süremeyecektir".

çevre koşulları göz önünde bulundurulur" (5357 S. K. 4. madde gerekçesi).

Bu maddenin uygulamasının daha çok yabancılar, idari makamlara danışma ve yargı makamlarının kararlarına dayanma gibi hallerde söz konusu olacağını tahmin ediyorum.⁶ Ancak madde uygulamasını bu hallerle sınırlamamak gerekir. Halbuki 1997 TCK Tasarısı'nın benzer hükmünün gerekçesinde "*burada özellikle önemli olan husus, 'sakınılamaz, yani yenilemez hata' kavramıdır. Kişide böyle bir hata ancak, resmi devlet kuruluşlarının beyanlarına veya yorumlarına uyarak fiili işlediği hallerde söz konusu olabilir. Zira diğer hallerde kanunu bilmemeyi sonuçlandıran hatadan sakınmak mümkündür. Keza kanununun neşrindeki hatalar itibarıyla da aynı mülahaza caridir*" denmekteydi.

Maddenin uygulanabileceği bir örnek olarak Almanya'da gerçekleşen ve Türkiye'de gazete haberlerine konu olan şu olay gösterilebilir: Yunanistan'ın Türkiye sınırı yakınlarındaki Rodop şehrine bağlı Şapçı kasabasında 1 Ekim 2004 tarihinde Türk asıllı Yunan vatandaşı yirmi iki yaşındaki Batı Trakyalı genç ile on bir yaşındaki kız evlenir ve altı hafta sonra gencin yaşadığı Almanya'ya gider. Evliliği bildirmek için Düsseldorf Nüfus İdaresi'ne başvururlar. Daire yetkilileri kızın yaşıyla evlilikten şüphe duyarak gençlik dairesine bildirirler. Düsseldorf Savcılığı, evliliğin 1914 yılında Yunanistan'da çıkarılan ve velilerin onayıyla Müslüman azınlığa dokuz yaşından itibaren evlilik imkanı tanıyan bir yasaya dayandığını bildirir. Burada görüldüğü gibi on beş yaşından küçük bir kimseyle rızası ile cinsel ilişki bulunmakta ve rızaya değer tanınmadığından eylem suç oluşturmaktadır. Ancak erkek bir yasaya

⁶ Bkz., Tosun, Öztekin, *Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir*, İÜHFİM, C.XXVIII, S. 1, İstanbul 1962, s. 53 vd; Centel, Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2001, s. 349, 350.

3

dayanarak yapılan resmi bir evlilik işlemi sonucunda böyle bir eylemde bulunduğundan, kanımca, işlediği fiilin haksızlığı konusunda hataya düşmüştür. Almanya'daki mercilere kişinin bizzat durumu bildirmesi de bunu göstermektedir. Bu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirilecektir. Aile bireylerinin onayıyla ve yasal mercilere bildirilerek yapılan böyle bir evlilik sonucunda kişinin düştüğü hatanın kaçınılmaz olmadığı söylenebilir.

Burada akla şöyle bir soru geliyor: Türkiye'de yaşı küçük kimselerin yasal olarak evlenmeleri mümkün olmadığından dini nikah ile evlendirilmeleri durumunda, damadın da TCK m. 30/4 hükmünden yararlanması mümkün olabilir mi? Kanımca Türkiye bakımından böyle bir yanılığın kaçınılmaz kabul etmek olanaklı olmadığından, bu tip durumlarda bu hüküm uygulanamayacaktır.

İDARENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİYLE SUÇ VE CEZA KONULABİLİR Mİ?

4

Kanun 2/1. maddede “*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*” hükmünü sevk etmiştir. Böylece uygulamada özellikle ekonomik suçlar alanında sıkça karşılaşılan ve çerçevesi ve cezası yasama organınca belirlenen, ancak suç oluşturan eylemlerin idari makamlarca belirlenmesi uygulaması önlenmek istenmiştir.

Ancak bu norm bir Anayasa normu değildir ve Anayasa Mahkemesi bu tür düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme 1963 yılında vermiş olduğu bir kararında düzenleyici işlemlerle suç ihdasında Anayasa’ya aykırı bir husus görmemiştir. Mahkeme’ye göre ana hükümler yasama organınca tespit edilmekte, ayrıntıya ilişkin hükümler idareye bırakılmakta ve bu da yasama gücünün devri anlamına gelmemektedir. Anayasa yumuşak kuvvetler ayrılığı sistemini benimsediğinden idarenin bu yetkisi vardır.

Bu nedenle, kendi koyduğu bu norma kanun koyucunun kendini bağlı hissedeceği ve aksi yönde düzenleme yapmaktan kaçınacağını sanmıyorum. Uygulamada benzer düzenlemelerin yine devam edeceğini düşünüyorum.

Hemen yukarıdaki soruyla bağlantılı olarak, Kanun 5. maddede çok radikal bir adım atarak, Ceza Kanunu'nun ilk yetmiş beş maddesinden oluşan genel hükümlerinin, aynı konunun düzenlendiği bütün özel ceza kanunları ile ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını hükme bağlamıştı. Bu adım, ceza hukuku normlarının genel hükümler anlamında bir yeknesaklığa kavuşturulmasını, bu alandaki kargaşanın, istisna normların kaldırılmasını amaçlamaktaydı. Ancak bu normun radikal niteliği, ceza hukuku alanında bugün uygulamada özel ceza kanunlarının yaklaşık %60, buna karşılık genel ceza kanununun ancak %40 oranında uygulanmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de, uygulamada özel ceza kanunları büyük bir önem kazanmış bulunmaktadır. Bunların hepsini ceza kanunundaki genel hükümlere tabi tutmak, akla gelmeyecek sayıdaki istisnai normdan vazgeçmek anlamına gelecekti. Dolayısıyla iyi bir düşünceyle gerçekleştirilmiş bir düzenleme olmakla beraber önceden öngörülemez sonuçlara da yol açabileceğini düşünmek gerekecekti.

Bu bakımdan en önemli husus Ceza Kanunu'nun yürürlüğe gireceği 1 Haziran 2005 tarihine kadar özel ceza kanun-

ları alanında bir tarama yaparak, ya bir değişiklik yapmayarak bunların genel hükümler bakımından genel ceza kanununa tabi olmasını sağlamak veya gerekli yerlerde 5. maddede uygulamasını engellemek için ilgili düzenlemeleri yapmak zorunluluğu bulunmaktaydı. Fakat bu tarama ve değişiklik çalışmaları yetiştirilememiş ve kamuoyunda bir çok alanda TCK m. 5 uygulamasının olumsuz sonuçlara yol açacağı yönünde eleştiriler yapılmıştır.

Bu nedenlerle, 11.5.2005 tarih ve 5349 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesi ile Yürürlük Kanunu'na aşağıdaki geçici madde eklenerek, 5. madde uygulaması 2007 başına kadar ertelenmiştir. Madde şöyledir:

Geçici Madde 1: *“(1) Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitabı'nda yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmaya ve en geç 31 Aralık 2006 tarihine kadar uygulanır.”*

Gelelim bu konunun bir üst soruyla ilişkisine; 5. madde dolayısıyla, 1 Haziran öncesi çıkarılmış olan idari düzenlemelerle oluşturulan suç ve cezalar normalde otomatikman geçersiz olacaktı. Ancak şimdilik yeni bir düzenleme yapılmaya kadar 31 Aralık 2006'ya kadar yürürlükte kalacakları benimsenmiş olmaktadır.

6

KANUNA GÖRE KAMU GÖREVLİSİ (MEMUR) KİMDİR?

Önceki Kanun'un 279. maddesinde yapılan memur tanımının uygulamada bir belirlilik sağlamadığı açıktı. Bu nedenle bu konuda da Kanun radikal bir adım atmış ve (artık memur değil de, kamu görevlisi adı altında) kamusal faaliyetin yürütülmesine her ne suretle olursa olsun katılan kişinin kamu görevlisi sayılacağını belirterek, kamuda görev yapan herkesi, bu görev geçici de olsa kamu görevlisi olarak belirlemiştir (TCK m. 6/1-c).

CEZA KANUNU UYGULAMASINDA AVUKATLARIN KONUMUNDA BİR DEĞİŞİKLİK OLMUŞ MUDUR?

7

Kanun, hakim ve savcılarının dışında avukatların da yargı görevi yapan olduklarını açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Bu suretle avukatlar da ceza kanunu anlamında hakim ve savcılar ile aynı konuma yerleştirilerek ileri bir adım atılmıştır.

Bu durumda, örneğin TCK m. 252/2 gereğince, rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin avukat olması halinde cezası artırılabilecek;

Görevini yapan avukata karşı, görevini yapmasının engellemek amacıyla cebir veya tehdit kullanılması durumunda failin cezası artırılabilecek (TCK m. 265/2) ve bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde avukata emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs edene iki yıldan dört yıla kadar ceza verilecektir (TCK m. 277).

Bu bakımdan Kanun'un iki yeni hüküm sevk ettiğini görmekteyiz.

a. İlki "*güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır*" (TCK m. 7/3, ilk hali). Bundan anlaşılması gereken şudur. Kural olarak güvenlik tedbirleri bakımından da işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun prensibi geçerlidir. Yani kanunilik prensibinin bir sonucu olarak cezalar açısından olduğu gibi güvenlik tedbirleri bakımından da geçmişe yürümezlik kuralı geçerlidir. Örneğin, bugünkü Kanun'un 53 ve devamı maddelerinde öngörülmüş olan güvenlik tedbirlerinden 1 Haziran 2005 tarihinden önce mevzuatımızda bulunmayanların, 1 Haziran 2005 tarihinden önce suç işlemiş olanlar hakkında uygulanması mümkün olmayacaktır. Bununla beraber, akla gelen bir soru infaz rejimi bakımından güvenlik tedbirlerinin hangi kanuna tabi olacağıdır. Bu soruyu açıklığa kavuşturmak bakımından TCK m. 7/3 hükmü konulmuştur. Buna göre infaz rejimi bakımından geçmişe yürümezlik ilkesi geçerli olmayacak ve güvenlik tedbirinin infaz şekline ilişkin olarak infazın yapılacağı tarihte yürürlükte olan İnfaz Kanunu esas alınacaktır. Esasen böyle bir hüküm olmasa dahi, öğretide

infaz rejimine ilişkin kurallar bakımından derhal uygulama prensibinin geçerli olacağı kabul edilmişti. Bu arada belirtelim ki, cezaların ertelenmesi ve koşullu salıverilme bakımından İnfaz Kanunu'nda yapılacak değişikliklerin infaz rejimi dışında, kişinin çekmesi gereken cezaya etki ettikleri takdirde, artık geçmişe yürümezlik veya lehe olan kanunun geçmişe yürümesi prensiplerinin geçerli olacağı zaten kabul edilmektedir.⁷

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, zaman bakımından uygulama açısından öğretisi ve uygulamada bu konu yeterince açıklığa kavuşturulmuştur. Ne var ki, bu konuda oluşabilecek tereddütleri gidermek bakımından 27.5.2005 tarihinde yapılan değişiklikle 7. maddenin 3. fıkrası şu şekli almıştır:

“Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır”. Dolayısıyla yukarıda da ifade ettiğim gibi, infaz rejimine ilişkin hükümler bakımından lehe kanunun geçmişe uygulanması söz konusu olmayacak, erteleme, koşullu salıverme ve tekerrür bakımından ise geçmişe yürümezlik ve lehe kanunun geçmişe uygulanması prensipleri uygulama alanı bulacaktır.

b. 7. maddede sevk edilen diğer bir hüküm ise şöyledir: *“Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir”* (4. fıkra).

Bir kanunun yürürlükte kalacağı süre belirtilmiş ise bu tür kanunlara süreli kanun adını veriyoruz. Buna karşılık, belirli bir olay devam ettiği sürece yürürlükte kalacağı belirtilen kanunlara ise geçici kanunlar denilmektedir. Örneğin; bir yıllığına çıkarılmış bir kanun süreli kanun, olağanüstü hal devam ettiği sürece yü-

⁷ Bkz., Hakeri, Hakan, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Genel Hükümler*, 3. B., Ankara 2005, s. 43; İBK, 28.01.1974, 5/1.

rürlükte kalacak kanun ise geçici kanundur.⁸ Geçici kanunlar da fiilen süreli olmakla beraber, süre önceden bilinmemektedir.⁹

Bu tür kanunlar bakımından öğretide tartışılan husus, bunlar yürürlükten kalktıktan sonra, yürürlükte kaldıkları süre içinde işlenmiş suçlara da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira kanunilik prensibi gereğince, bu kanunlar yürürlükten kalktığı anda, o dönemde işlenmiş ve suç teşkil eden eylemler artık cezalandırılmıyor demektir. Bu da yeni durumun failin lehine olduğu anlamına gelmekte ve geçmişe yürümezlik kuralının uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi.

Bununla beraber öğretideki hakim görüş, bu kanunların özelliği bulunduğu, kanunun uygulanması sırasında yakalanmayan kişilerin cezasız bırakılmasının kabul edilemeyeceği düşünceleriyle, bu kanunlar yürürlükte olmasalar bile, yürürlükte oldukları zamanda işlenen suçlara uygulanacakları yönündeydi.¹⁰ Böylece bu tür ceza kurallarının ileriye yürüdüğü söylenmekteydi.¹¹

Öğretideki bu görüşe rağmen, uygulamada oluşabilecek olası tereddütleri önlemek bakımından TCK m. 7/4 hükmü konulmuştur. Buna göre, geçici veya süreli kanunlar bakımından lehe kanun geçmişe yürür kuralı geçerli değildir. Bu itibarla bu tür kanunların yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında, yürürlük süreleri bittikten sonra da uygulanmalarına devam edilecek, bunlar bakımından lehe kanun geçmişe yürür kuralı geçerli olmayacaktır.

⁸ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. I, İstanbul 1991, s. 156.

⁹ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. I, 12. B., İstanbul 1997, s. 211.

¹⁰ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 5. B., Ankara 2001, s. 88, 89; TCK 7. madde gerekçesi; aksi görüş, Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. B., Ankara 1997, s. 135.

¹¹ Dönmezer - Erman, I, s. 212.

CEZA KANUNU NEREDE İŞLENEN SUÇLARA UYGULANACAKTIR?

9

Kural olarak Ceza Kanunu Türkiye’de işlenen suçlara uygulanır. Peki Türkiye neresidir? Kanun 8. maddesinde bunu belirlemiştir. *“Türkiye, Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularından oluşmaktadır”*.

Peki açık denizde, başka ülkenin kara veya hava sahasındaki araçlarda veya Türk deniz veya hava araçlarında suç işleyenler Türkiye’de yargılanabilir mi? Bu konudaki kanunun düzenlemesini şöylece özetleyebilirim:

- Başka bir ülkenin kara, hava sahası veya karasuları içinde işlenmişse, suç yabancı ülkede işlenmiştir.

- Ancak, başka bir ülkenin kara, hava sahası veya karasuları içinde ve fakat Türk savaş deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır (TCK m. 8/2-c; yetkili mahkeme konusunda bkz., CMK m. 15)

- Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında işlenmişse:

- Türk sivil deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır (TCK m. 8/2-b; yetkili mahkeme konusunda bkz., CMK m. 15)

9

• Türk savaş deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenmişse, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır (TCK m. 8/2-c; yetkili mahkeme konusunda bkz., CMK m. 15)

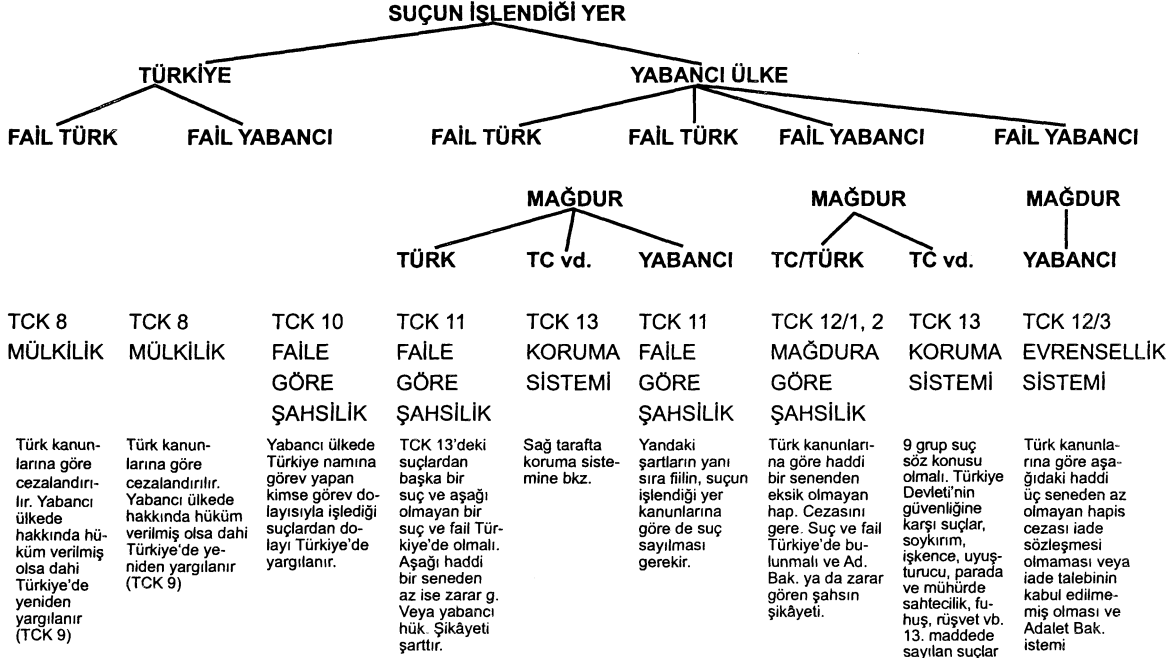
Kanun’un yurt dışında işlenen suçlarla ilgili ilginç bir hükmü ise, 13. maddesidir. Buna göre, soykırım, işkence, fuhuş, uyuşturucu madde ticareti gibi bazı suçların yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk kanunları uygulanacaktır. Bu itibarla, örneğin yurtdışında soykırım suçunu işleyen bir kimse, Türkiye’de yargılanabilecektir. Aynı şekilde Guantanamo’da veya Irak’ta işkence yapanlar Türkiye’de buldukları takdirde Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre mahkeme önüne çıkarılabileceklerdir.

Ancak Türk soruşturma ve kovuşturma organlarının bu konuda yükünün çok artacağı ve uluslar arası alanda bazı sorunlara yol açabileceği düşüncesiyle 27.5.2005 tarihli Türk Ceza Kanunu değişikliğinde bu maddenin uygulanabilmesi için adalet bakanının talebinin aranacağı yönünde bir hüküm sevk edilmişti. Ne var ki bu değişiklik Cumhurbaşkanı tarafından uygulamada adaletin sağlanamayacağı, farklı uygulamaların söz konusu olabileceği gerekçesiyle veto edilmiş ise de mecliste aynen kabul edilerek yasalaşmış bulunmaktadır (5357 S. K. m. 3).

Bu konuya değinmişken, akla gelen şu soruya da cevap arayalım: Büyükelçiliklerde işlenen suç büyükelçiliğin ait olduğu ülkede mi işlenmiş sayılır? Hayır. Büyükelçiliklerin dokunulmazlığı olmakla beraber, büyükelçilikler de ülke toprağıdır. Dolayısıyla Türkiye’deki büyükelçiliklerde işlenen suçlarda da Türk kanunları uygulanır. Aynı şekilde, Türkiye’nin örneğin Fransa’daki büyükelçiliğinde bir suç işlendiği takdirde, bu suç Fransa’da işlenmiştir ve dolayısıyla yetki Fransa mahkemelerindedir.

Bu konuyla bağlantılı olarak Kanun'da yapılan bir yenilik 8/1. maddede getirilmiştir. Özellikle mesafe suçlarında hareketin bir yerde işlenip, neticenin bir başka yerde gerçekleşmesi durumunda (öldürme suçlarında olduğu gibi) suçun nerede gerçekleştiği konusu gerek öğretide ve gerekse uygulamada tartışılmaktaydı. Bu konuda bazı yazarlar hareketi, bazıları ise neticenin gerçekleştiği yeri esas almaktaydılar. Kanun bu konuyu da çözüme kavuşturmuştur. Buna göre hareket veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç Türkiye'de işlenmiş sayılacaktır (TCK m. 8/1). Bu suretle Türk yargısının yetkisi genişletilmiş olmaktadır.

TÜRK CEZA KANUNUNUN YER BAKIMINDAN UYGULANMASI



**YURT DIŞINDA İŞLENEN SUÇLARDA
YABANCI ÜLKE KANUNUNUN GÖZ ÖNÜNDE
BULUNDURULMASI NASIL YAPILACAKTIR
(ESKİ TCK 10a)?**

Kanun eski Kanun'a 1991 yılında eklenen 10a maddesini esas itibarıyla muhafaza etmiştir. Buna göre;

TCK 19'a göre, yabancı ülkede işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken (sadece faile göre şahsilik ve evrensellik sistemleri bakımından) Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamayacaktır.

Mülkîlik, mağdura göre şahsîlik ile koruma sisteminin uygulandığı hallerde, bu hüküm uygulanmayacaktır. Keza Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da ceza belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır.

TCK 19 hükmü, Türkiye'de yapılacak yargılamalarda yalnız Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağına ilişkin genel kuralı değiştirmemekte, sadece Türk kanunlarının uygulanması sonucunda belirlenen ceza açısından, yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezanın azami ölçü olarak alınması gerekmektedir.

10

Maddenin uygulanması bakımından, suçun işlendiği yer devletinin Türkiye tarafından tanınması koşulu bulunmamaktadır. Bu itibarla, Türkiye tarafından tanınmayan bir ülkede işlenen suçlar bakımından da o ülke kanununda yargılama konusu eylem için öngörülmüş olan cezanın üst sınırının göz önünde bulundurulması gerekecektir.

KANUN'UN TÜZEL KİŞİLERE İLİŞKİN DÜZENLEMESİ NEDİR?

11

Bugün özellikle ekonomik suçların artmasıyla beraber tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilip edilmemesi gerektiği de ceza hukukunda sıkça tartışılmaya başlamış ve hatta modern ceza hukukunun en aktüel problemlerinden biri olarak ortaya konulmuş bulunmaktadır. Elbette tüzel kişilerin bizzat suç işlemeleri söz konusu olmamakta, tüzel kişilerde hareket eden organ veya temsilciler olmaktadır. Burada tartışılan husus tüzel kişiler adına hareket eden organ veya temsilcilerin işlemiş oldukları suçlardan ötürü, kendileri dışında ayrıca tüzel kişilerin de cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır.

Ceza hukukuna hakim olan kusur ilkesi ile de bağlantılı olarak, ancak kusurlu kimsenin cezalandırılması prensibinin bir sonucu olarak Anayasa'nın 38 ve Ceza Kanunu'nun 20/1. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu esas kabul edilmiştir. Bu ilkenin sonucu olarak tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacak, ancak güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilecektir (TCK m. 20/2). Bu itibarla, kanun koyucu, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmamasının bunlara güvenlik tedbiri uygulanmasına engel olmadığına karar vermiştir.

11

Bir tüzel kişi hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi için iki temel şart göz önünde bulundurulacaktır. İlki, kanunda açık hüküm olmak (örneğin; TCK m. 140) ve orantılılık ilkesinin göz önünde tutulmasıdır. Böylece tüzel kişinin işlediği her suçta değil, ancak kanunda açıkça tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirinin uygulanmasına olanak tanınan suçlarla ilgili olarak güvenlik tedbiri uygulanmasına karar verilebilecektir. İkinci olarak orantılılık ilkesi gözetilecektir. Orantılılık ilkesi hukuk devleti ilkesine bağlı olan bir diğer ilkedir. Buna göre ağır fiile ağır ceza verilmelidir. Adam öldürme suçunun cezası ile hırsızlığın cezası bir olmamalıdır. Nitekim Kanunu'nun 3/1. maddesinde *"suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur"* denilmekte; 54/4. maddede *"suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında"* müsadereye hükmedilmeyebileceği açıklanmak suretiyle orantılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmektedir.

Tüzel kişiler hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri iki tanedir (TCK m. 60):

1. İznin iptali,
2. Müsadere.

İznin iptali tedbirinin uygulanabilmesi için, *"bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişininin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kastlı suçlardan mahkumiyet"* şarttır (TCK m. 60/1). Örneğin; *"ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu veya uyarıcı madde üretimi yapılması veya uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması halinde, bu laboratuarı ya da döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişininin aldığı izin iptal edilecektir (madde gerekçesi).*

DOĞRUDAN KAST, OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİR ARASINDAKİ AYIRIMIN ÖLÇÜTÜ NEDİR?

12

Kişinin gerçekleşmesini istediği bir netice ile ilgili olarak doğrudan kastının bulunduğu kabul edilir. Kast, suçun kanuni tanımındaki objektif nitelikli unsurların¹² bilinmesi ve istenmesi olarak tarif edilince, bazı hallerde kişi neticeyi istemediğini, dolayısıyla kastı olmadığını, olsa olsa taksirinden bahsedilebileceğini iddia edebilir. Örneğin; düşmanının bulunduğu kalabalık bir ortamda, düşmanını hedef alarak ateş eden kimse, fiili neticesinde düşmanı dışında başka kimselerin de ölmesi halinde, onlarla bir alıp veremediği olmadığını, onları öldürmeyi istemediğini, onlara yönelik kastının olmadığını, dolayısıyla olsa olsa taksirinden ötürü cezalandırılması gerektiği yönünde savunma yapabilir. Bu durumda ele alınması gereken husus, bir kimsenin gerçekleşmek istediği neticelerle birlikte gerçek-

¹² Kanun metninde açıkça hukuka aykırılıktan bahsedilmediği hallerde, failin hukuka aykırılığı da bilmesi zorunlu değildir ve bilmemesi kastının varlığını engellemez. Bu itibarla, Kanunumuz öğretide kabul edilen hususlardan farklı bir düzenleme getirmemiştir. Aksi görüşte, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 294.

12

leşmesi olası olan diğer neticeler bakımından kastının kabul edilip edilemeyeceğidir. Önceleri bu husus “*gayri muayyen kast*” adı altında öğretilde ele alınmaktaydı. Son zamanlarda öğretilde daha çok muhtemel kast ve olası kast adı altında ele alınan bu kast türü, kanunda da “*olası kast*”¹³ adı altında tanımlanarak düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 21/2).

5237 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce, gayri muayyen kast kavramı üzerinde durulmasının nedeni, bu tür durumlarda da failin kastının bulunduğu kabul etmek gerekeceği, yoksa kastın gayri muayyen veya doğrudan kast olması arasında bir fark bulunmadığı idi. Ancak bugün için TCK m. 21/2, doğrudan kast ile olası kast arasında ceza noktasında ayırım yapmış ve olası kast durumunda failin cezasında indirim öngörmüş bulunmaktadır. Böylece olası kast bugün ayrı bir önem daha kazanmıştır.

Olası kasta ilişkin bir Yargıtay kararına, konunun daha iyi kavranması bakımından burada değinmekte yarar vardır: “*Kalabalığa silahla ateş eden kişi, öldürmeyi istemiş olduğuna göre, öldürülmek istenen kişinin belirsiz olması adam öldürme kastının yokluğu anlamına gelmez ve fiil taksirle değil, kasten işlenmiştir*” (CGK, 19.4.1982, 1-11/147).

Bu konudaki öğretisi ve uygulamadaki görüşler şöylece özetlenebilir:¹⁴

¹³ Avusturya Ceza Kanunu’nda yapılan olası kast tanımında “Gerçekleşmesi fail tarafından ciddi biçimde mümkün görülen ve gözle alınan” denilmektedir, Tezcan - Erdem, s. 340.

¹⁴ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun*, s. 185.

1. Failin asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu (muhakkak) ise, fail bu diğer neticeleri de istemiş demektir. Örneğin; A, B'yi tabanca ile öldürmek istese, B'nin önüne geçip onu korumak isteyen C, A'ya ateş etmemesini söylese ve A buna rağmen ateş etse ve C'yi delip geçen kurşunla B de ölse, A'nın C'yi de öldürmeyi istediği açıktır. Dolayısıyla C açısından da adam öldürme kastı vardır. Bu tür kasta doğrudan kast adı verilir.

Zorunlu neticeler bakımından failin sorumluluğu sadece gerçekleşen netice bakımındandır. Örneğin; olayımızda, C ölmeyip de yaralanırsa, adam öldürmeye teşebbüsten değil de, yaralamadan dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. A'nın C'nin ölebileceğini öngörmüş olması dolayısıyla adam öldürmeden sorumlu tutulmaması gerekir. Yine A atacağı kurşunun C'ye de isabet ederek onu da öldüreceğini öngörür de, ancak sonuçta kurşun C'ye isabet etmez ise, fail gerçekleşmiş olmayan bu zorunlu neticeden sorumlu tutulmaz. Dolayısıyla teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmaz.

2. Failin asıl istediği netice veya neticelerin gerçekleşmesi için başka bazı neticelerin daha gerçekleşmesi zorunlu değil ve fakat fail tarafından başka bazı neticelerin daha gerçekleşebileceği bilinmiş, tasavvuredebilmiş, buna rağmen asıl istenilen netice veya neticeleri gerçekleştirecek hareketi yapmışsa, somut olayda gerçekleşen diğer neticeleri de fail istemiş demektir. Burada bunların gerçekleşmesi konusunda yalnızca bir ihtimal bulunmaktadır. Bu olasılıkta gerçekleştirilmek istenilen neticeler bakımından muayyen, öngörülen diğer neticeler bakımından ise muhtemel (olası) kast vardır.

Buna örnek olarak bir kaç kişinin bulunduğu bir odaya girip de, yayılım ateşiyle düşmanı öldürmeye kalkışma gösterilebilir. Böyle yan yana oturan kişilerin bulunduğu bir yerde, makineli tüfek ateşi sonucu başka kimselerin de ölmesi söz konusu olabilir. Ancak kişi buna rağmen, bu eyleme girişir de, diğer insanlar da ölürse, bunlar açısından da kastı vardır.

Dikkate değer ki, kastın olası olması, kasta bağlanan sonuçlar bakımından herhangi bir farklılık oluşturmaz. Başka ifadeyle, kast doğrudan da olsa, olası da, failin kastı vardır ve sorumluluğu ona göre tayin edilir. Ancak yeni Kanun bu noktada bir farklılık içermekte olup, olası kastta ceza indirimi öngörmüş bulunmaktadır.

Bazı suçlar olası kast ile işlenemez. Örneğin; iftira suçu (TCK m. 267) ancak doğrudan kastla işlenebilir, zira iftira suçunun gerçekleşebilmesi için, kendisine hukuka aykırı bir fiil yüklenen kimsenin, bu fiili işlemediğinin bilinmesi gerekir.

12

Olası kast ile bilinçli taksir ayırımına geçmeden önce üzerinde durulması gereken bir konu da, olası kast durumunda kişinin olası görüp kabullendiği neticelerin gerçekleşmemesi durumunda, failin bu suçlara teşebbüsten ötürü cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Gerçekten de, örneğin; yukarıda verdiğim örnekten gidilecek olursa, kalabalık bir yerde düşmanına ateş ederek, diğer kimselerin de ölümünü göze alan kimse, sonuçta sadece düşmanını öldürmesi durumunda, acaba diğer kimseleri de öldürmeye teşebbüsten dolayı cezalandırılacak mıdır? Yargıtay'ın aksi yönde kararları olmakla beraber, ağırlıklı kararları ve öğretideki hakim görüş, bu tür durumlarda failin ancak gerçekleşen neticeden sorumlu tutulması, gerçekleşmeyen neticeler dolayısıyla teşebbüs sorumluluğunun bulunmadığı yönündedir.

Gelelim, olası kast ile bilinçli taksir¹⁵ ayırımına. Öncelikle, acaba neden olası kast ile bilinçli taksir ayırımı üzerinde özellikle durduğumu açıklamam gerekir. Bugün ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan birisi olası kast ile bilinçli taksir ayırımıdır. Çünkü ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır ve bu çizgi iyi belirlenmediği takdirde kolaylıkla yanlış kararlara varılabilir. İlk belirtilmesi gereken husus bu kavramlardan birinin kastın, diğerinin ise taksirin bir çeşidi olduğudur. Bundan çıkan temel sonuç odur ki, bilinçli taksirde neticenin istenmemesi söz konusu olmak gerekir iken; olası kastta fail neticeyi doğrudan istememekte ise de, istememe de bulunmamaktadır. Bu karışık ifadeyi açacak olursam: Fail olası kastta, kendi istediği neticenin dışındaki neticelerin de

¹⁵ Bilinçli taksirin öğretide yapılan güzel bir tanımı: "Öngörülen neticeye engel olunamaması halinde bilinçli taksir vardır", *Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü*, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 294.

meydana geleceğini öngörür, bu neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesi karşısında kayıtsızdır, önemli olan ne pahasına olursa olsun gerçekleşmesini istediği bir netice vardır ve bu neticeye bağlı olarak gerçekleşmesi olası olan neticeleri de kabullenir, göze alır. Bu kabullenme olası kastta püf noktasını oluşturmaktadır. Kişi neticeleri doğrudan istemiyorsa da, gerçekleşmesini de kabullenmektedir. Buna karşılık bilinçli taksirde de fail neticeyi öngörür. Yani neticelerin gerçekleşebileceğini bilir. Ancak bu neticelerin gerçekleşmesini asla istemez. Olası kast ile bilinçli taksirdeki ortak nokta olan "öngörme" bu ikisini birbirinden ayırt etmekte güçlüğü yol açmaktadır. Ancak bu müşterek noktaya rağmen, ikisinin ayrıldığı nokta neticenin kabullenilip kabullenilmemesi noktasıdır. Öngörülen netice kabulleniliyorsa olası kast, kabullenilmiyorsa bilinçli taksir vardır. Bu önemli nokta bakımından ise Kanun'un 21. maddesinin 2. fıkrasında yapılan olası kast tanımı hatalıdır. Zira, tanımda "*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde, olası kast vardır*" denilmektedir (Bu tanım ceza hukuku öğretisinde kast için bilme unsurunu yeterli gören yazarların görüşüne uygundur). Halbuki yukarıda da ifade ettiğim gibi suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiilin işlenmesi bilinçli taksir halinde de söz konusudur. Bilinçli taksirden farklı olarak kastın irade unsuru noktasında olası kastta "*kabullenme*" vardır. Kanun ise tanımda kabullenme unsurunu eksik bırakarak, bilinçli taksir ile mevcut sınırı çizememiştir. Kabullenme unsuruna sadece gerekçede temas edilmektedir.

Somut bir örnek vermek gerekirse, fail düşmanını işyerinde bulunduğu sırada öldürecektir. Ancak işyerinde müşterilerin de isabet alması tehlikesi vardır. Ama failin müşterilerle bir alıp veremediği yoktur. Onun sorunu düşmanıdır. Fakat

12

onu mutlaka orada öldürmek istemektedir, zira başka bir yer veya zamanda belki bu kadar elverişli bir fırsat eline geçmeyecektir. Ancak bu fırsatın da bir dezavantajı vardır ki, aslında ölmeleriyle bir fayda elde edemeyeceği kimselerin de ölmesi olasılığı vardır. Bununla beraber fail bu fırsatı kaçırmamak için diğer kimselerin ölmesini doğrudan istemese de, ölmelerini kabullenir ve düşmana orada ateş eder. Düşmanın yanı sıra müşterilerden biri de ölür. İşte düşman açısından doğrudan kast, müşteri bakımından ise olası kast vardır.¹⁶

Bilinçli taksire bir örnek şöyle verilebilir. Fail işine geç kalmıştır ve bu nedenle çok süratli araç kullanıyordur. O sırada bir okulun dağıldığını ve öğrencilerin çıkmakta olduğunu görür. Kendisinin de süratli olması dolayısıyla bunların yola çıkması durumunda onlara çarpabileceğini düşünür (öngörme unsuru). Ancak araç kullanmaktaki maharetine güvenerek, hızını azaltmaz. Nasılsa fren yaparım, ya da kornaya basarım, çok zor da kalırsam direksiyonu kırarım vs. gibi düşüncelerle kötü bir şey olmayacağı düşüncesiyle yoluna devam eder, ancak yola fırlayan bir çocuğa çarpar ve ölümüne neden olur. Burada fail çocuğun ölümünü istemediği gibi, kabullenmemektedir de. Bu nedenle olası kastından değil, bilinçli taksirinden bahsetmek gerekir.

¹⁶ “Hasım telakki ettiği kişiden başka kimselerin de var olduğu lokantaya girerek önceden tartışmış olduğu Yüksel’e tevcihen tabancasını dört el ateşleyen, Yüksel’in yanı ve arka bölümünde bulunan kişileri de görmesi nedeniyle onlardan bir veya bir kaçının isabet alıp ölebileceğini öngörür durumda atışlarını tevaddi ettirerek maktul Fatih’in isabet almasına ve ölmesine neden olan sanığın, eyleminin Yüksel’i öldürmeye eksik kalkışmak ve Fatih’i gayri muayyen kasıtle öldürmek olduğundan kuşku bulunmadığı ...”, (1. CD., 18.02.2004, 3799/364).

Bu izahatlar karşısında, Kanun'un 21. maddesi gerekçesinde olası kast için verilen örneklerin aslında bilinçli taksiri oluşturduğu kanaatindeyim. Somut olayda farklı olması ihtimali bulunmakla beraber, benzer durumlarda failin neticeyi kabullenmesinden bahsedilmeyeceği için söz konusu örneklerde olası kast değil, bilinçli taksir vardır.¹⁷

¹⁷ Esasen madde gerekçesinde verilen "düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardi ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşunun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olması" örneği Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına konu olan bir olaydan alınmıştır (CGK, 06.02.1996, 1-339/10) ve olayda Genel Kurul da hatalı olarak olası kastın bulunduğu kabul etmiştir. Ben karara katılmayan kurul üyeleri gibi, olayda bilinçli taksirin bulunduğu, olası kastın kabul edilebilmesi için neticenin fail tarafından kabullenilmesini gerektirecek olguların ispatlanmış olması gerektiğini düşünüyorum. Nitekim benzer bir olayda yüksek mahkememiz, "sarığın normal bir insan boyundan daha aşağı bir seviyede topluluğa yönelterek yaptığı müteaddit atışlardan çıkan mermilerin kişi veya kişilere isabet edeceğini bilmesi gerekir. Bu itibarla, olayda muayyen olmayan kasıtlı öldürme ..." söz konusudur şeklinde karar vermiştir (1. CD., 24.05.1983, 2005/1812). Bu karardan da açıkça görüldüğü gibi, mermilerin isabet edeceğini bilmek, olası kastın varlığını kabul için yeterli değildir. Bu neticeleri ayrıca kabullenmek de gerekmektedir. Yargıtay ise bu araştırmaya girmemektedir. Yargıtay'ın şu kararında da "kabullenme" olgusunun yanlış olarak kabul edildiği kanısındayım: "Sanık İbrahim'in birlikte oturulan evi yakmaya karar verdiği, bu amacını gerçekleştirmek için evin yukarısındaki orman alanına giderek kurumuş otları tutuşturduğu, ancak ateşin eve doğru değil, ormana doğru ilerlediği... saptanmıştır. Sanık her ne kadar amacının ormanı yakmak olmadığını savunmuş ise de, toplanan kanıtlardan yangının başlatıldığı alanın orman arazisi olduğu, evin yanması halinde dahi bir kısım orman arazisinin yangının başlangıç noktası itibarıyla yanmasının kaçınılmaz olduğu, ormanın yanacağını öngörmesine rağmen, hareketinden

2003 yılına kadar taksirin bilinçli veya bilinçsiz olmasının bir önemi yoktu. Ancak 2003 yılında yapılan değişiklik ve bu değişikliğin yeni Kanun'a da yansmasıyla birlikte bilinçli taksir hallerinde hem ceza üçte birden yarısına kadar artırılacak (m. 22/3); hem de failin cezası adli para cezasına çevrilemeyecektir (m. 50/4).

Şu olay da olası kast-bilinçli taksir ayırımının anlaşılması bakımından güzel bir örnek teşkil etmektedir: A, askerliği sırasında AIDS hastalığına yakalanmış, ama buna rağmen durumu açıklamayarak mağdur S. ile evlenerek ona da bu hastalığın bulaşmasına neden olmuştur. Burada A'nın eylemi

vazgeçmeyerek iradi olarak yangını başlatan sanığın hareketinin olası sonuçlarının da gerçekleşmesini istediğini kabulde zorunluluk bulunduğu, maksat dışında kalsa bile, amaca zorunluluk veya ihtimal bağı ile bağlı olan sonuçlar bakımından failin (belirli olmayan kast) kurallar çerçevesinde meydana gelen orman yangınından kasten sorumlu olduğu anlaşılmaktadır" (CGK., 09.07.2002, 3-197/288). Burada ikili bir ayırım yapmak gerekir. Orman yangını, failin eylemine bağlı zorunlu bir sonuç ise, bu sonuç bakımından doğrudan kasti kabul etmek gerekir. Ancak, zorunlu değil de, olası bir sonuç ise, o takdirde failin bu sonucu kabullendiğinin ispatı mutlaka gereklidir.

Madde gerekçesindeki kırmızı ışık olayına ilişkin aynı yöndeki bir Yargıtay kararı: "Trafik olay tespit tutanağında sanığın kırmızı ışık yanmasına rağmen durmayarak yola devam etmesi sonucu kendisine yeşil ışık yanan maktule çarpması ve ... tedbirsizlik ve dikkatsizlikle ölüme sebebiyet vermeden hüküm kurulması yasaya aykırıdır", 2. CD., 25.9.1997, 11974/12180).

Yargıtay'ın olası kastın mevcut olduğunu kabul ettiği bu isabetsiz kararlar karşısında, kanunumuzun olası kastta indirim öngörmesinin isabetli olduğunu belirtmem gerekir. Bu şekilde, olası kasta bağlanan sonuçların bir nebze de hafifletilmesi mümkün olacaktır. Ancak olası kast durumunda ceza indirimine rağmen, bu ve benzeri olaylarda taksir yerine olası kastın kabulünün asla adil olmayacağına işaret etmek gerekir.

taksirle mi yoksa kasten mi gerçekleştirdiğinin belirlenmesi gerekmektedir. A'nın büyük ihtimalle doğrudan kastının olmadığını kabul etmekteyiz. Bilinçli taksirle hareket ettiği de açıktır. Öngörülebilir neticeye rağmen hareketi yapması bunu göstermektedir. Ancak olası kastının olup olmadığı da araştırılmalıdır. Bunun için, A'nın öngördüğü bulaşma neticesini kabullendiğinin de ispatı gerekmektedir. Kanımca, eşyle cinsel ilişkiye girmek suretiyle, cinsel ilişki yoluyla bulaşan bir hastalık olan AIDS'in eşine bulaşmasını A, kabullenmiştir. Bu itibarla olası kastla öldürmeye teşebbüs söz konusudur. Ancak yukarıda da ifade ettiğim gibi olası kast durumunda sorumluluk neticeye göre belirleneceğinden, A'nın yaralamadan ötürü sorumlu tutulması gerekecektir. Ancak ileride mağdurun bu eylemden ötürü ölmesi durumunda, bu kez ölümden sorumluluk mümkün olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu olayda eylemin TCK m. 456/3'e uyup uymadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir (1. CD., 15.10.2002, 3171/3584).

Son olarak, konuyla yakından bağlantısı dolayısıyla doğrudan kast ve olası kastın söz konusu olduğu hallerde fikri içtima uygulamasının nasıl yapılacağına ilişkin olarak bazı belirlemelerde bulunmakta yarar görüyorum:

Yargıtay, öteden beri istikrarlı içtihatlarıyla tek fiil ile gerçekleştirilen ve kastın bir kimseye yönelik olduğu, ancak başka bir kimsenin de yaralandığı veya öldüğü eylemlerde fikri içtima kurallarının uygulanmasını savunmaktadır. Bu içtihat olası kastın mevcut olduğu olaylar bakımından da geçerlidir. Örneğin; *"kavga sırasında ayırıcı konumda bulunan maktulün, mağdur Ahmet'in yanında ve yakınında bulunduğunu gören ve Ahmet'e yapılacak atışta maktulün de yaralanıp ölebileceğini öngörebilecek durumda bulunan sanık Halit'in buna rağmen onu sakınmadan yaptığı atışla maktulün vurulup ölmesinde iradi hareketinin bek-*

lenir sonucundan sorumlu tutularak ... TCK 79, 448. maddeleri ile tecziyesi gerekirken ..." (1. CD., 14.04.2003, 3338/597) denilmek suretiyle, doğrudan kastın yönelik olduğu kişi dışında, olası kast ile bir başka kimsenin de öldürülmesi durumunda, Yargıtay fikri içtima kurallarının uygulanmasını kabul etmektedir. Buna karşılık, "sanığın attığı çok sayıda merminin biri ile hedef seçtiği maktulün yanında olduğunu gördüğü mağdur Ahmet'in de yaralanmasını, eylemin öngörülür olma özelliği itibarıyla" fikri içtima kapsamında değerlendirilemeyeceğine de karar verilmiştir (1. CD., 30.09.2000, 3253/3330). Böylece Yargıtay mağdur, sanık tarafından görülmeden tesadüfen isabet aldığı takdirde fikri içtimaı, aksi takdirde gerçek içtimaı uygulamaktadır.¹⁸ Öğretide ise ağırlıklı olarak, ister doğrudan ister olası kastla olsun; ister tesadüfen ister isteyerek olsun, meydana gelen netice sayısı kadar suçun gerçekleştiği, bu itibarla bu tür olaylarda fikri içtima kurallarının uygulanamayacağı isabetli olarak savunulmaktadır. Yeni Kanun'un fikri içtimaa ilişkin hükümlerinde ise, esasen bu yönden bir farklılık söz konusu değilse de, madde gerekçesinde Yargıtay'ın görüşleri savunulmuş bulunmaktadır.

¹⁸ Günay, Erhan, *Teori ve Uygulamada Olası Kast – Bilinçli Taksir, Öldürme ve Yaralama Kastı*, Ankara 2005, s. 33, 34.

TAKSİRLİ EYLEMİ SONUCU YAKINLARINI KAYBEDENLERE CEZA VERİLECEK Mİ?

13

Yeni Kanun, eski Kanun'da bulunmayan yeni bir hüküm getirmiştir. Buna göre, *"taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa, ceza verilmez"* (m. 22/6). Buna örnek olarak şu olayı gösterebiliriz. Bir kimse, hızlı araç kullanması sonucu kaza yapmış ve arabada bulunan eşi ve çocuklarının ölümüne neden olmuş, kendisi ise yaralanmış, tıbbi müdahale sonucu kurtarılmıştır. İşte kanun koyucu, bu örnek olayda olduğu gibi, eylemi sonucunda zaten yeterince acı çekmiş olan bir kimseye ceza verilmeyebileceğini hüküm altına almıştır.

Bu maddenin uygulamada nasıl şekilleneceğini hep birlikte göreceğiz. Ancak akla gelen bazı soruların da bulunduğunu belirtmek isterim. Örneğin; Kanun kişisel veya ailevi durumdan bahsetmektedir. Bu durumda failin çok yakın arkadaşının ölümüne sebebiyet vermesi durumunda, bu da kişisel bir durum olarak kabul edilebilecek midir? Keza kişi örneğin eşinin ölümünün yanı sıra, bir de bir yayanın ölümüne neden olmuşsa, yine bu maddeden yararlanabilecek midir?

13

Madde dar yorumlanacak olursa, kişisel durumun kişinin bizzat kendisinin zarar görmesi olarak anlaşılması gerektiği; üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda ise Kanun "*münhasıran*" dediğinden maddenin uygulanamayacağı sonucuna varılabilir. Kanımca bu konuyu olay hakimine bırakarak, maddeyi baştan daraltmamakta yarar vardır. Somut olayda hakim olayı ve sonuçlarını göz önünde bulundurarak maddeyi uygulayıp uygulamayacağına karar vermelidir.

**TAKSİRLE ÖLDÜRME VE YARALAMA
SUÇLARINDA SEKİZ ORANININ
KALDIRILMASININ
ANLAMI NEDİR?**

14

765 sayılı Kanun'un sadece taksirle öldürme ve müessir fiil suçlarıyla ilgili olarak öngörmüş bulunduğu kusur durumuna göre failin cezasının 1/8'ine kadar indirilebilmesi imkanı öğretide kusurun matematiksel hesabının mümkün olmayacağı yönünde çok eleştirilen ve uygulamada da hakimın görevini bilirkişilerin üstlenmesine yol açan bir husus idi.

Bu gerekçelerle bütün taksirli suçlarla ilgili olmak üzere 22/4. maddede *"taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir"* hükmü konmuştur. Böylece sadece öldürme ve yaralama değil, bütün taksirli suçlarda cezanın tayininde failin kusurunun göz önünde tutulması gerektiği prensibi vaz olunmuştur. Bununla beraber, failin kusurunun matematiksel belirlenmesi esassından da vazgeçilmiştir. Bu suretle kusur belirlenmesinde matematiksel bir tespit yapılamayacaktır. Uygulamada *"hafif"*, *"pek hafif"*, *"ağır"* vs. gibi belirlemelerin yapılacağını tahmin ediyorum. Ne var ki, Kanun failin kusurunun *"pek hafif"* olması durumunda dahi, cezanın asgari sınırının altına inilmesi olanağını hakime vermemiştir. Bu suretle örneğin taksirle öldürme durumunda, failin kusuru çok çok az da olsa yine iki yıl cezaya hükmedilmek gerekecektir

14

ki, bunun adil olduğunu söylemek mümkün değildir. Kusurun yoğunluğu durumunda cezanın iki yılın üstüne çıkması doğaldır. Fakat kusurun azlığı halinde de asgari haddin altına inilebilmelidir.

Kanun'un getirmiş olduğu yeni sistemde, kusur oranının bilirkişiler tarafından belirlenmesini istemediğini, yani olması gereken hukuktaki gibi, bunun hakimın görevi olduğunu özellikle vurgulamaktadır (bkz., 22. madde gerekçesi). Bu suretle hakim yine teknik konularda bilirkişiye başvuracak, ancak bilirkişi kusur belirlemesi yapmayacak, sadece kusurun nereden kaynaklandığını teknik bilgisinin gerekli olduğu hallerde gösterecektir.

Burada önemli bir hüküm de, 22. maddenin 5. fıkrasında konulmuştur. Buna göre, *“birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusuruna göre sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir”*. Bu hüküm, esas itibarıyla taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmayacağını açıkça ifade etmektedir. Hükümün ifade ettiği bir başka husus da, birden fazla kişi tarafından işlenen suçlarda zaman zaman uygulamada yapıldığı gibi kusur oranının paylaşılarak (eskiden 8 oranına) bir orana tamamlanmasının mümkün olmayacağı, herkesin kendi kusuruna göre ayrı ayrı cezalandırılacağıdır. Bu itibarla, örneğin; bir ameliyat sırasında yapılan bir organizasyon hatası dolayısıyla hekim, anestezi uzmanı ve hemşire ayrı ayrı *“ağır kusur”*lu görülebilecektir. Halbuki uygulamada bu tür durumlarda, örneğin; hemşireye 2/8, anestezi uzmanı ile hekime 3/8 kusur takdir edilerek toplamda 8/8 tamamlanmaya çalışılmaktaydı.

NETİCE SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ SUÇLARA
İLİŞKİN 23. MADDENİN SONUÇLARI
NELERDİR?

15

İstediyinden daha ağır bir neticeye sebep olan kimse nasıl cezalandırılacaktır? Örneğin; bir kimseye terlik atan bir kişi, mağdurun bunun sonucunda ölmesi durumunda öldürmeden mi sorumlu tutulacaktır?

Belli bir suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi dolayısıyla cezanın artırılmasını gerektiren suçlara netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar adını veriyoruz.

Örneğin; 87. maddenin 4. fıkrasında "*kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse, ... cezasına hükmolunur*" denmektedir. Burada failin kastı yaralama iken, sonuçta daha ağır bir netice meydana gelmektedir. Yine TCK m. 97 "*yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk*" etme fiilini cezalandırmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için kast şart olduğundan failin hem hareketi hem de terk neticesini bilmesi ve istemesi gerekmektedir.¹⁹ 2.

¹⁹ Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. II, 12. B., İstanbul 1999, s. 292, 293.

15

fıkroda ise, terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunacağı açıklanmaktadır. Burada da failin kastı terk iken, başka bir netice (yaralama veya ölüm) gerçekleşmektedir.

Ceza hukukunun esası kusurdur. Bu itibarla bir kimse ancak kusuru varsa cezalandırılabilir ve ceza tayin edilirken de kusur oranı göz önünde bulundurulacaktır. Ancak eski Kanun'da hala özel hukukun izlerini taşıyan "objektif sorumluluk" hallerine yer verilmekteydi. Böylece kastın aşılması hallerinde, kişi ağır netice bakımından hiçbir kusuru olmasa dahi, objektif olarak netice kendisine yüklenerek, o neticeden ötürü cezalandırılmaktaydı. Kişinin o neticeyi istemiş olması veya o netice bakımından özensizliği ile sebebiyet vermiş olması aranmamaktaydı. Dolayısıyla yukarıdaki örnekte eski Kanun bu bakımdan ölüm neticesinin terlik atmanın sonucu olmasını yeterli görmekteydi. Ancak, yeni Kanun bu bakımdan çağdaş gelişmeleri benimsemiş ve bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için failin dikkatsizliği sonucu bu neticeye sebebiyet vermesini aramıştır. Bu netice hiçbir şekilde öngörülemeyecek bir netice ise fail bu ağır neticeden sorumlu tutulamayacaktır (m. 23).

Daha ayrıntılı açıklamalar yapacak olursak: Kanun bu tip durumlarda nasıl bir karar verilmesi gerektiğini 23. maddede açıklamaktadır: "Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir." Bundan çıkan sonuç, failin istemiş bulunduğu neticenin dışında bir neticenin veya daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile netice arasında nedensellik bağı yeterli gö-

rölerek sorumlu tutulmasının mümkün olmayacağıdır. Bu bakımdan meydana gelen başka veya daha ağır netice, sırf vuku bulunduğundan faile yüklenemeyecek, failin böyle bir neticenin meydana gelmesinde kusurlu olup olmadığı araştırılacaktır. Bu kusurun da kast derecesinde olması aranmayacak (elbette fail bu neticelerin de gerçekleşmesini istiyorsa veya kabulleniyorsa, bu neticelerden doğrudan sorumlu olacaktır -kasten öldürme ve yaralama gibi-), taksir derecesindeki bir kusur yeterli görülecektir. Taksir derecesinde kusurdan anlaşılması gereken ise, failin meydana gelen başka veya daha ağır neticeleri öngörmesi gerekirken öngörmemiş olmasıdır.

23. maddenin esas aldığı husus, bir suçu gerçekleştirmek isteyen kimsenin, daha ağır veya daha başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, ancak bu neticelerin yaşam tecrübelerine göre tipik ve fail için önceden görülebilir olması durumunda sorumlu tutulabilmesidir.²⁰

Konuyu gerçek hayattan şöyle bir örnekle açıklayalım: Aynı apartmanda komşu olan bayan (A) ile komşusu bay (K) tartışmaya başlar ve (K), (A)'nın üzerine yürür. (A)'nın oğlu (O) ise, annesini korumak için orada bulunduğu bir terliği (K)'ya fırlatır. Terlik (K)'nın cinsel organına isabet eder, ayrıca (K) kalbinden de rahatsız olduğundan, bu fiil sonucu ölür. Olayda (O)'nun kastı yaralamaya yöneliktir. Ancak kastı dışında başka bir netice meydana gelmiştir ve burada TCK m. 23 gereğince bu başka neticeden, sırf netice meydana geldi diye değil, bu neticenin meydana gelmesinde en azından taksir derecesinde kusuru varsa sorumlu tutulacaktır. Böylece araştırılması gereken husus, bir terlik fırlatılması sonucunda ölüm neticesinin meydana geleceğinin (O) tarafından öngörülmesi gerekip ge-

²⁰ Lackner, Karl - Kühn, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24. B., München 2001, §18, kn. 1.

15

rekmeyeceğidir. Eğer, terlik atma neticesinde ölüm meydana gelmesi tanınabilir, öngörülebilir bir netice ise, (O) 87/4. madde gereğince sorumlu tutulabilecek, bu netice öngörülebilir bir netice değilse, (O) yaralamadan sorumlu olacaktır. Bu sonuç adildir. Sırf nedensellik bağı esas alınarak, meydana gelen başka veya daha ağır bir neticeden sorumluluğun öngörülmesi ceza hukukunun temellerinden biri olan “*kusur ilkesine*” aykırıdır. Buna karşılık, failin örneğin bir döner bıçağı ile mağdurun hayati bölgelerine yönelik saldırı gerçekleştirmesi halinde, artık doğrudan 87/4. madde uygulanarak, failin kastı yaralama olsa dahi, fail netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan sorumlu tutulacaktır. Bu noktada da elbette failin muhtemel kastı (olası kastı) olmamalıdır. Böyle bir durumda fail doğrudan kasten öldürmeden (81 veya 82. maddeden) sorumlu tutulacaktır.

Konunun daha iyi kavranması bakımından, yukarıdaki terk örneğini esas alarak, derinleştirmekte yarar görüyorum: 23. madde gereğince, terk neticesinde meydana gelen neticelerden sorumlu tutulabilmesi için, failin en azından taksir derecesinde kusuru olmak gerekir. Yani, fail, fiili neticesinde mağdur üzerinde kanunda belirtilen ve öngörülebilir nitelikteki neticelerin meydana geleceğini öngörmesi gerekirken, öngörmemiş olmalıdır. Bu durumda, fail gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, netice öngörülebilecek bir netice değilse, fail sadece terk suçundan sorumlu tutulacaktır. Son olarak, fail fiili neticesinde mağdurun sağlığında bir zarar meydana gelebileceğini veya ölebileceğini öngörmüş ve bu neticeyi de kabullenmişse, o takdirde muhtemel kastı dolayısıyla kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu vesileyle önemle belirtelim ki, bahsedilen bu son halde, fail doğal olarak, sadece kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacak, ayrıca terk fiilinden ötürü cezalandırılmayacaktır, zira 97/1 bir tehlike suçu iken, 97/2 bir zarar suçudur ve tehlike suçları, za-

rar suçlarına nazaran tali norm, yardımcı norm niteliğindedir. Böylece asli normun uygulama alanı bulduğu yerde, yardımcı norm geri çekilmek durumundadır.

Konuya uygulamadan bir örnek vermek istiyorum: Alkolü olan (A), metronun girişinde, eşi ve çocuğuyla beraber bir eğlenceden dönen (M)'ye "iyi kutladınız mı" diye sorar. (M) de iyi eğlendiklerini ve şimdi eve gitmek istediklerini söyleyerek, eşi ve çocuğuyla birlikte metroya binmek üzere merdivenden aşağı iner. Önce yukarıda kalan (A) alkolün de etkisiyle birden (M) ye saldırmaya karar verir. Hızlıca merdivenlerden aşağı inerek, durumdan haberdar olmayan (M)'nin üzerine atlar. Dengesini kaybeden (M), başını 1-2 metre uzaktaki duvara çarparak bayılır. Sonra kendine gelen (M) eve gider, sabah fenalaşır, hastanede ameliyata alınır da, beyin kanaması sonucu ölür. Bu olayda yerel mahkeme (M)'yi sadece kasten yaralamadan dolayı mahkum etmiş, buna gerekçe olarak da, (A)'nın alkolün etkisi dolayısıyla, ittiği kimsenin 1-2 metre uzaktaki duvara çarparak ağır beyin yaralamasına maruz kalacağını öngörmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Buna karşılık temyize başvurulması üzerine, yüksek mahkeme, burada basit yaralamadan mı, yoksa netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan mı ceza verileceği konusunda ölçütün, failin somut durumuna, kişisel bilgilerine ve yeteneklerine göre mağdurun ölebileceğini öngörüp öngöremeyeceği olduğuna işaret etmiştir. Bu noktada da failin alkollü olmasının da bu öngörme yeteneğine etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Yüksek mahkeme, somut olayda failin merdivenden bütün hızıyla inip, mağdurun üstüne saldırmasının dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Ayrıca mağdurun saldırı beklememesi, dolayısıyla kendini korumak için herhangi bir hareket yapamaması da göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir durumda olan kimseye yukarıdan saldıran kimse, elleriy-

le bir kimseyi iten kimseye nazaran eyleminin sonuçlarının daha ağır olacağını öngörebilecek durumdadır. Failin alkollü olması olayın gelişiminin bilincinde olmasını ve olayın değerlendirilmesini engellememiştir. Bu nedenle, alkolün etkisiyle neticenin öngörülemeyeceği iddiası üzerinde daha ayrıntılı durmak gerekir.

Bu gerekçelerle yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Netice fail tarafından öngörülebilir nitelikte olduğundan ve hayatın normal akışının tamamen dışında bulunmadığından, failin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan dolayı cezalandırılması gerekmektedir.²¹

Kanun sisteminde 87/4 maddesinin uygulanması bakımından bir hususa dikkat çekmekte yarar görüyorum. 87/4. maddede “*yukarıdaki madde*” den bahsedilmektedir. Bu itibarla, kasten yaralama 88. maddenin 1. fıkrasında belirtilen “*basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif*” olduğu takdirde, hiçbir zaman için 87/4. madde uygulama alanı bulamayacak, şartları gerçekleştiği takdirde olsa olsa taksirle öldürme kabul edilebilecektir. Ancak 31.03.2005 değişikliğinde, 88/1. maddede düzenlenen “*kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması*” hali, 86. maddenin 2. fıkrası olarak düzenlenince (5328 s. k. m. 4), artık yukarıdaki sonucu kabul etmenin mümkün olmayacağı; başka ifadeyle, basit tıbbi müdahalelik bir yaralama sonucunda da ölüm neticesi meydana gelmiş ise 87/4. maddenin uygulanabileceği düşünülebilirdi. Bununla beraber aynı değişiklikte 87. maddenin 4. fıkrasındaki “*ikinci*” ibaresi, “*üçüncü*” şeklinde değiştirilmiştir (5328 S. K. m. 5). Böylece kanun koyucunun son haliyle 86. maddenin 2. fıkrasındaki hallerde 87/4. maddenin uygulanmasını yine kabul etmediği anlaşılmaktadır. Sonuç

²¹ BGH, NStZ 2001, s. 478, 479.

olarak Kanun'da yapılan değişikliklere rağmen 87/4 ve basit tıbbi müdahalelik durumların uygulanması noktasında bir farklılık söz konusu değildir.

Son olarak, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili olarak öğretilerde haklı olarak işaret edilen bir tehlikeye dikkat çekmek isterim: *"Bu tür suçlar yönünden objektif sorumluluğu bertaraf etmek amacıyla failin en azından taksirli olması aranmakta ise de, suçu ağırlaştırıcı sonuç yönünden taksirin belirlenmesindeki güçlük nedeniyle, uygulamada taksir karinesinin kabulü ve dolayısıyla objektif sorumluluk sonucuna varılması tehlikesine karşı dikkatli olmak gerekmektedir"*.²²

²² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Ankara 2005, s. 154.

*“Gerçekte nedensellik bağı ve bunun tespiti hukuki bir konu ve kavram değildir; mantık ve insan yaşamına ait, deneylere dayanan ve kazanılan bir kavramdır. Nedensellik bağı konusunda verdiğimiz hüküm, hayat kural ve deneyimlerimizden edindiğimiz bilgiler sonunda vardığımız ve mantığı ilgilendiren bir sorun olmaktadır. Diğer ifade ile, olayları ve etkilerini algularız ve hayatın bizlere kazandırdığı deneylerimize göre bir sonuca vararak, hareket ve netice ilişkisini tespit ederiz”.*²³ Nitekim, Kanun’da nedensellik bağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu bunun tespitini uygulama ve öğretmeye bırakmıştır.

Bir hareket ile netice arasındaki bağlantıyı ifade eden ve bir ceza hukuku kurumu olarak nedensellik ile kastedilen esasen doğa bilimleri manasındaki nedenselliktir. Bu itibarla hareket ile netice arasında doğa kanunlarına göre açıklanacak bir bağlantı olmalıdır. Bu bağlantı, hukukçu olarak çoğunlukla bizim tecrübelerimize göre bizzat belirleyebileceğimiz bir husustur. Ancak zaman zaman bu konuda bilirkişiye başvurma gereği ortaya çıkabilir, örneğin; bir tıp uzmanına hastaya verilen ilacın öldürücü etkisinin olup olmadığı sorulabilir.²⁴

²³ Önder, II, s. 93.

²⁴ Kühl, Kristian, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. B., München 2002, §4, kn. 6.

Öğretide bugün de hakim olan görüş şart teorisini (şartların eşitliği teorisi) savunmaktadır. Ancak bu teorinin sakıncalı yönleri de göz önünde bulundurularak, çeşitli çözüm önerilerinde de bulunmaktadır. Bu konudaki görüşler şöylece özetlenebilir:²⁵

TABİATÇI	GENELLEŞTİRİCİ
<p>Sebepler arasında ayırım yapmaksızın, önemli - önemsiz, etkili-etkisiz, uzak-yakın bütün sebepler ile netice arasında nedensellik bağının varlığını kabul eder (şart teorisi).</p>	<p>Sebepler arasında ayırım yapmak ve ancak belli özellikleri olan şartı sebep olarak saymak gerekir görüşünü savunmaktadır. İkiye ayrılır: 1. Yapılan hareketin neticeyi meydana getirmek bakımından etkili olup olmamasına göre yapılan ayırım (etkin sebep teorisi).</p> <p>2. Hareketin meydana gelen neticeyi oluşturmaya uygun ve elverişli olup olmadığını temel alanlar (uygun sebep teorisi).</p>

Nedensellik bağına ilişkin olarak kural olarak şart teorisi bakımından yapılacak değerlendirmeyi özet olarak şu şekilde özetleyebiliriz:²⁶

Nedensellik bağı konusunda problem oluşturan husus sebeplerin çokluğu halidir. Sebeplerin çokluğu halinde nasıl bir çözüme ulaşılabileceği hususunda bir çok teori ortaya atılmıştır.

Öncelikle hareket ile netice arasındaki bağ failin "eser"i olmalıdır. Bu bağı ortaya koymak açısından kural olarak iki yol vardır. Ya hareketten (=sebepler) neticeye (=etki), ya da neticeden harekete gidilir. Burada gidiş yolları farklıdır. İlk yoldan klasik

²⁵ Dönmezer - Erman, I, s. 483 vd.

²⁶ Örnekler için bkz., Braunschneider, Helmut, *Strafrecht AT*, 4. B., 1992, s. 18 vd.

suç teorisi gitmektedir. İkinci yoldan ise modern ceza hukuku öğretisi gitmektedir. Burada neticenin harekete yüklenip yüklenemeyeceği araştırılır.

En iyi yöntem, bu iki yolu birleştirmektir. İlk önce failin hareketinin netice açısından bir sebep (=şart) olup olmadığı araştırılır. Bu meşhur “*conditio sine qua non*” formülüyle (*conditio*= şart, *sine*= onsuз, *qua*=o, *non*= olmaz) (c.s.q.n.) yapılır. Yani o olmazsa olmaz. Bunun manası şudur:

NETİCENİN OLUŞMASI AÇISINDAN
ONSUZ OLMAYAN HER ŞART
CEZA HUKUK MANASINDA İLLİDİR

İhmali suçlarda ise (krş. TCK m. 83), ihmal edilen hareket yapılıyorsa, netice kesinlik sınırında bir olasılıkla engellenebilecekti denebiliyorsa, ihmal nedenseldir.²⁷

Bu formülün uygulanmasından sonra, doğal olarak tespit edilen nedenselliğin failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması için yeterli olmadığına önemle işaret etmek gerekir. Gerçekten de ortaya çıkan sonucun çok ileri gittiği, çok geniş olduğu anlaşılırsa (katilin annesi onu dünyaya getiren kişi olarak katilin öldürdüğü kimsenin ölümünden sorumludur), bu kez bu sebebin faili yüklenip yüklenemeyeceği, failin nedensel olan hareketinden sorumlu tutulup tutulmayacağı veya hangi çerçevede sorumlu tutulacağı araştırılır.

DOĞAL, MANTIKİ DEĞERLENDİRME: ŞART TEORİSİ
HUKUKSAL DEĞERLENDİRME: YÜKLENEBİLİRLİK

²⁷ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun*, s. 223 vd.

Bu tespitler aşağıdaki örnek olaylarda şöylece somutlaştırılabilir:

- İlk problemler örnekler:

a. Nedensellik Bağı Yoktur

Olay 1: Faik televizyonu açar, tam o anda Tokyo'da bay Toyodaki ölür.

Hareket ile neticenin birbiriyle hiç bir alakası bulunmamaktadır.

Çözüm

Televizyonu açmak netice açısından olmazsa olmaz bir şart değildir. Değerlendirme sona ermiştir. Nedensellik bağı yoktur.

b. Normal Nedensellik

Olay 2: Faik karısı Faik'e'nin çayına öldürücü miktarda zehir katar. Faik'e zehrin etkisini göstermesi sonucu ölür.

Hareket

Faik çaya zehir koyuyor

Netice

Faik'e zehirden dolayı ölüyor
(ölüm)

Çözüm

Zehrin çaya katılması ölüm için olmazsa olmaz bir şarttır. Nedensellik bağı vardır ve TCK m. 81 gerçekleşmiştir.

- Şimdi problemler örnekler:

Günlük yaşamda karşılaştığımız olaylar yukarıdaki iki olayda görüldüğü gibi nedensellik bağı bakımından açık ol-

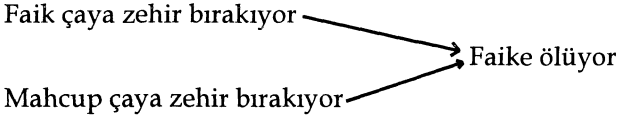
16

mayabilir. Nedensellik bağı bakımından problem teşkil eden olaylar daha çok belli bir neticeyi meydana getiren sebeplerin birden fazla olması halinde karşımıza çıkmaktadır. Buna “sebeplerin çokluğu” adını vermekteyiz.

c. Çifte Nedensellik

Olay 3: Faik, Faike'nin çayına öldürücü miktarda zehir katıyor. Mahcup da aynı miktarda zehri çaya katıyor. İkisi de birbirinden habersizdir. Zehirler aynı anda etki ediyor.

İki tane birbirinden bağımsız hareket aynı zamanda neticeye sebebiyet veriyorlar. Her biri tek başına da o neticeyi gerçekleştirebilir niteliktedir.



Çözüm

Faik'in hareketi neticenin oluşması açısından onsuz olmayan bir şart değildir. Bu hareket değerlendirmeye katılmasa bile netice meydana gelecektir. Öyleyse nedensellik bağı yok mudur? Yanlış. Bu tip olaylarda c.s.q.n. (olmazsa olmaz) formülü şu şekilde ele alınır: Birden fazla şarttan alternatif olarak onsuz olunabilen, ancak zincirleme olarak onsuz olunamayan her şart nedenseldir. Formülün bu şekilde değiştirilmesinin nedeni aksi takdirde ulaşılabilecek saçma sonuçtur. Burada hem Faik'in hem de Mahcup'un hareketi olmazsa olmaz değildir. Böylece de olmazsa olmaz hareketlerin nedensel olmadığı sonucuna varılmak gerekir. Ancak bu açık bir şekilde saçma

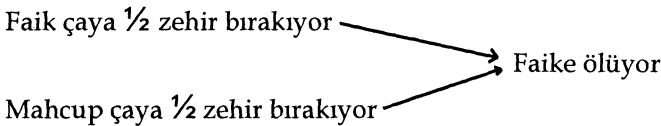
bir sonuç olur, zira iki hareket de aslında nedenseldir. Dolayısıyla sonuçta her iki hareketin de nedensel olduğu sonucuna varılmalıdır.

*“Bu nedenle, bu gibi durumlar için şöyle bir formül geliştirilmiştir: Alternatif olan bir çok koşuldan birisinin yokluğu varsayıldığında netice meydana gelecek idi ise, bu takdirde her koşul netice bakımından nedenseldir”.*²⁸

d. Toplayıcı (Atipik) Nedensellik

Olay 4: Faik, Faike'nin çayına ölüm neticesi için gerekli olan miktarın yarısı kadar bir zehir katıyor. Bu miktarın yeterli olduğunu sanıyor. Mahcup da aynı şekilde gerekli miktarın yarısı kadar zehir katıyor ve o da bu miktarın yeterli olduğunu sanıyor. Her iki zehrin etkisi birleşerek Faike'nin ölümünü sağlıyor.

İki tane birbirinden bağımsız hareket aynı zamanda neticeye sebebiyet veriyorlar. Her biri tek başına o neticeye sebebiyet veremezdi.



Çözüm

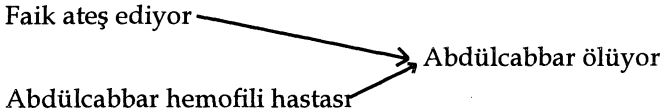
a. Faik'in hareketini yok sayarsak, Faike'nin ölümü gerçekleşmeyecekti. Mahcup'un $\frac{1}{2}$ zehri yetmeyecekti. Dolayısıyla Faik'in hareketi onsuz olmaz şarttır. Dolayısıyla hem Faik'in hem de Mahcup'un hareketi nedenseldir.

²⁸ Ünver, Yener, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, İstanbul 1998, s. 242.

16

b. Ancak bu noktada nedensel bir hareketin, faile yüklenmesinin her zaman adil bir sonuç vermeyeceğini görüyoruz. Dolayısıyla nedensel bir hareketin faile yüklenip yüklenmeyeceği veya hangi kapsamda yükleneceğinin tartışılması gerekir. Somut olaya baktığımızda neticenin olayların normal, alışılmış gelişimine ve genel hayat tecrübelerine göre kişiye yüklenilip yüklenemeyeceği ele alınmalıdır. Olayda iki kişinin birbirinden bağımsız olarak aynı anda bir üçüncü kişiye zehir vermelerinin ve bunun da o kişinin ölümüne yol açmasının tamamıyla alışılmamış olduğu söylenebilir. Bu nedenle de bu hareketler Faik'e yüklenemez. Dolayısıyla tamamlanmış bir suç yoktur. Fakat bu kez tamamlanmış bir suç olarak faile yüklenemeyen hareketin acaba başka bir kapsamda yüklenip yüklenmeyeceğinin de ele alınması gerekir. Nitekim somut olaya baktığımızda Faik'in teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmasına engel bir hususun olmadığını görürüz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır. Olayda failer şerik değildir. Yani aralarında iştirak iradesi bulunmamakta, tamamen birbirinden habersiz hareket etmektedirler. Eğer iştirak iradesi olursa, teşebbüsten değil, tamamlanmış neticeden sorumlu olurlar.

Olay 4a: Faik, kan davalısı Abdülcabbar'a öldürme kastıyla ateş ediyor. Ancak kurşun sadece sıyrıyor. Abdülcabbar'da hemofili hastalığı bulunduğundan kanı pıhtılaşmıyor ve ölüyor. Faik'in Abdülcabbar'ın hemofili hastası olduğundan haberi yoktur.



Çözüm 4a

a. Eğer Faik ateş etmeseydi, kanama başlamayacaktı. Demek ki, olmazsa olmaz şart vardır. Dolayısıyla Faik'in hareketi nedenseldir.

b. Ancak burada da, yukarıda 4 nolu olayın çözümünde olduğu gibi, nedensel kabul ettiğimiz hareketten dolayı failin ne ölçüde ve hangi kapsamda sorumlu tutulması gerektiğini ele almak gerekir. Bunun için, burada da tartışılması gereken husus, neticenin olayların normal, alışılmış gelişimine ve genel hayat tecrübelerine göre kişiye yüklenilip yüklenemeyeceğidir. Olayda bir kimsenin hemofili hastası olmasının tamamıyla alışılmadık olduğu söylenebilir. Ancak bir başkası da burada bunun alışıldık olduğunu söyleyebilir. Bu itibarla, baştan bir karar vermenin zor olduğu görüldüğünden, somut olaya göre bir sonuca varmak ve geçerli gerekçelerle bu sonuç açıklanmak gerekir. Ancak sonuç olarak denilebilir ki, bu durum alışıldık değilse netice yüklenemeyecek, alışıldık ise netice yüklenebilecektir. Ancak tamamlanmış neticenin faile yüklenemediği hallerde, failin teşebbüs hükümleri gereğince sorumlu tutulabileceğini unutmamak gerekir.

Eski Kanun'un 451. Maddesinin Kaldırılmasının Sonuçları Nelerdir?

Önemle belirtelim ki, eski Kanun'un 451 ve 452/2. maddelerinin yeni Kanun'a alınmamış olması dolayısıyla, önceden mevcut veya sonradan eklenen sebeplerin etkisiyle ölüm neticesinin meydana geldiği hallerde, atipik nedenselliğe ilişkin yukarıda belirttiğim çözümü benimsemek ve faili teşebbüs dolayısıyla sorumlu tutmak gerekecektir.

16

e. Sollayan Nedensellik

Olay 5: Faik, Faike'nin çayına zehir katıyor. Zehir etkisini göstermeden önce Mahcup tabancayla vurarak annesini öldürüyor.

İlk hareket neticeye sebep olabilirdi. Ancak bir başka hareket geliyor ve ilk hareket neticeye sebep olmadan önce, neticeyi meydana getiriyor.

Faik Faike'yi zehirliyor → Faike vurularak ölüyor
Mahcup Faike'yi vuruyor → Faike vurularak ölüyor

Çözüm:

Zehirleme olayı olmasa bile netice gerçekleşecekti. Öyleyse zehirleme onsuz olmaz bir şart değil. Bu itibarla da tamamlanan bir netice ile hareket arasında nedensellik bağı yoktur. Ancak teşebbüs söz konusu olabilir.

f. Varsayılan Nedensellik

Olay 6: Faik öldürücü miktarda zehri çaya katıyor. Faike zehirlenerek ölüyor. Ancak Faike zehirlenmeseydi dahi, o gün yer ayırttığı uçağa binecekti ve o uçak da düşüyor ve yolculardan kurtulan olmuyor.

Failin hareketi neticeye sebep olmaktadır. Bir başka sebep de aynı neticeyi çok kısa bir müddet sonra doğuracaktı.

Faik Faike'yi zehirliyor → Faike zehirlenerek ölüyor
Faike'nin ölmeseydi binecek olduğu uçak düşecekti.

Çözüm 6:

Zehirleme olayı ölüm neticesi açısından olmazsa olmaz bir şarttır. Gerçi Faike öyle ya da böyle ölecekti, ancak daha değişik şekilde. Kaldı ki, biz hepimiz de er ya da geç bir gün öleceğiz. Bu bakımdan da nedensellik mevcuttur.

Bu alandaki temel yenilik, eskiden beri klasik birer hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen ıztırar (zorunluluk) (çaresizlik) hali ile hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin artık bir kusurluluğu kaldıran sebep olarak öngörölmüş bulunmasıdır. Esasen kanun zorunluluk hali ile amirin emrinin düzenlendiği bölümde bu hususu açıkça belirtmemektedir. Hatta Kanun'da hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu kaldıran sebepler arasında belirgin bir ayırım yapılmış değildir. Her ikisi için de kullanılan müşterek başlık, 765 sayılı Kanun'a benzer şekilde *"ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler"* dir. 1926 Ceza Kanunu'nda da hukuka uygunluk sebepleri *"cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler"* başlığı altında, akıl hastalığı, haksız tahrik, yaş küçüklüğü ve takdiri hafifletici sebepler ile beraber düzenlenmişti. Yeni Kanun'da da yukarıda belirtilen başlık altında ilkin kanunun hükmü, amirin emri, meşru savunma, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası gibi klasik hukuka uygunluk sebepleri, bilahare cebir, şiddet, korkutma ve tehdit, haksız tahrik, hata gibi kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenler, sonra da yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ile geçici nedenler gibi kusur yeteneğine etkili hususlar düzenlenmektedir.

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ile zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi değil de, kusurluluğu kaldıran sebep olduğunun Kanun'un düzenlemesinden anlaşılmadığına yukarıda işaret etmiştim. Bu sonuç, ilgili maddelerin gerekçesinde açıklanmaktadır.

Pratik açıdan bakıldığında, bir hususun hukuka uygunluk sebebi veya kusurluluğu kaldıran bir sebep olması arasında esasen bir farklılık olmadığı görülmektedir. Nihayetinde her iki halde de faile ceza verilemeyecektir. O zaman yeni Kanun'un bu ayırımın yapmasının nedeni nedir diye sorulacak olursa, bunun tamamen teorik-mantıki bir açıklamasının yapılması gerekecektir. Bilindiği üzere, bir eylem hukuka uygun ise bu eylem hukuk düzeninin tümü bakımından hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuk düzeninin bir kısmı bakımından hukuka uygunluk, ama öbür kısmı bakımından hukuka aykırılık "*birazcık hamile olma*" nasıl olmuyorsa, öyle de olmaz. Dolayısıyla ceza hukuku bakımından zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk sebebi olduğu açıklanırken, faile ceza verilmeyeceği, ancak meşru müdafaadan farklı olarak burada saldırının kendisinden kaynaklanmadığı bir üçüncü kişiye zarar verildiğinden tazminat yükümlülüğü bulunduğu ifade edilir. Buradan çıkan sonuç, bir eylem ceza hukuku bakımından hukuka uygun kabul edilirken, özel hukuk bakımından hukuka uygun kabul edilmediğidir. Aksi takdirde tazminat yükümlülüğü de olmazdı. Burada mantıki bir çelişki bulunmakta, tazminat yükümlülüğü zorunluluk halinde teorik bir temele oturtulamamaktadır. Bu bakımdan zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği, olsa olsa kusurluluk halini kaldıran bir sebep olabileceği, böylece eylem hukuka uygun kabul edilmediğinden, özel hukuk kuralları gereğince tazminat istenmesinin mümkün olabileceği şeklinde bir çözüm ileri sürülmektedir. Bu çözüm bu suretle kanun

tarafından da kabul edilmiş bulunmaktadır. Böylece, zorunluluk hali hukuka uygun görülmemekte, failden başka türlü davranması beklenemeyeceğinden sadece kusurluluğunun kalktığı kabul edilmektedir.

Bunun bir diğer sonucu ise zorunluluk halinde hareket eden kimseyi azmettirenin veya yardım edenin de cezasızlık sebebinden yararlanamayacak olmalarıdır. Zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi olsaydı, hukuka uygun bir eyleme katılan kimseler de cezalandırılmazken, kusurluluğu kaldıran bir eylem olduğundan, sadece fail bakımından geçerli olacaktır (TCK m. 40/1).²⁹

Bu kabulün uygulamadaki bir sonucu ise Ceza Muhakemesi Kanunu bakımından kendisini göstermektedir. Gerçekten de CMK 223/3-b maddesine göre (25.5.2005 tarih ve 5353 S. K. ile değişik), *“yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali... etkisiyle işlenmesi”* durumunda sanık hakkında *“kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir”*. Böylece hukuka uygunluk sebebinin mevcudiyeti durumunda sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken, zorunluluk hali ile hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir.

Zorunluluk hali konusuna değinmişken, ifade etmek gerekir ki, Ceza Kanunu’nda özel zorunluluk halleri de düzenlenmiştir: Örneğin, *“organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektен*

²⁹ Mahmutoğlu, Fatih, S., “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S.5, Nisan 2005, s. 51.

de vazgeçilebilir” (TCK m. 92); “hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir” (TCK m. 147); “savaş zamanında düşman devlet toprağında bulunup da bu devlet ordusunda hizmete alınmak mecburiyetinde kalan vatandaş hakkında, bu nedenle cezaya hükmolunmaz” (TCK m. 303/4). Bu durumlarda da kusurluluğu azaltan veya kaldıran bir sebep söz konusu olmaktadır.

Eski Kanun sadece cana ve ırza yönelik saldırılarda meşru savunma hakkını tanımıştı. Yeni Kanun ise mala yönelik saldırılarda da meşru savunma hakkını tanıyarak, meşru müdafanın sınırlarını genişletmiştir (m. 25/1).

Bu çerçevede yaşam ve vücut dokunulmazlığı hakları dışında, hürriyet,³⁰ evin dokunulmazlığı, malvarlığı, zilyetlik, onur ve hayatın gizli alanı (bu çerçevede, izin olmaksızın resim çekilerek ihlal edilen kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı)

³⁰ Kanunun Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında konuya ilişkin olarak Osman Şirin'in verdiği örnek şöyledir: "Bence 'hakka' tabiri Yargıtay uygulamalarında çokça aradığımız, ancak maddeye uygulamakta da zorlandığımız bir geniş tabir. Ben bu tabiri beğendim. Öyle hak oluyor ki, eğitim hakkı, çocuğu sınıfa sokmayacak, çocuk onun üzerine iteliyor, itelerken onun düşmesine sebep oluyor, ben sınıfıma gireceğim diyor. Geçmişte bu uygulamalara rastladık. Bizim Yargıtay uygulamalarında, nefis kavramı dışındaki yaralamalarda nefis savunması olur mu, olmaz mı tarzındaki tartışmalarda çok kere olmaz, o ağır tahrik olur tarzında görüşler vardı. Onları değiştirmekte zorlandık. Onun için hak deyiminin kullanılmasını ben son derece yerinde buluyorum, alkışlayanlardanım".

meşru müdafaa konusu olabilecek haklardandır.³¹ Keza anne babanın çocuk üzerindeki velayet hakkı da meşru müdafaa konusu olabilecek haklardandır. Bu itibarla, çocuğu velayet hakkına sahip olan eşten, diğere eşin alması durumunda meşru müdafaa hakkı vardır.³²

Burada akla gelen bir soru, eskiden zilyetliğin korunması çerçevesinde değerlendirilen örneğin çocukların meyve ağaçlarından meyve çalmasınlar diye bahçe duvarının üstüne cam kırıkları yerleştirilmesi gibi hareketlerin, cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Herkesin kendi malını koruma yetkisi vardır. Bu yetki çerçevesinde malına yönelik saldırılara karşı koyma, savunma hakkı da kişilere verilmiştir. Bu hak, o an mevcut bir saldırıya yönelik olabileceği gibi, ileride gerçekleşebilecek muhtemel saldırılara karşı önceden tedbir alınması şeklinde de kullanılabilir. Dolayısıyla, bahçe duvarına cam kırığı yerleştiren kimse meşru savunma hakkını kullanmaktadır. Ancak burada bahçe sahibinin dikkat etmesi gereken husus, bu camlardan ötürü, aslında saldırgan olmayan kimselere bir zarar gelmemesidir. Bunun için gerekli uyarıların yapılması, işaretlerin konulmuş olması gerekir.³³

³¹ Schmidt, Rolf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. B., 2003, s. 121; Bockelmann, Paul, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. B., München 1979, s.92.

³² Haft, Fritjof, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. B., München 1992, s. 83.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Hakeri, Hakan - Gülşen, Recep, "Offendicula ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, S. 1-2, s. 41-71

**BASININ HABER VERME HAKKI ÇERÇEVESİNDE
SÖZ KONUSU OLABİLECEK
HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ NEDİR?**

Basında çıkan ve kişilere yönelik çoğu haber aslında hakaret niteliğindedir. Örneğin *"falanca okul müdürü, öğrencisini geçirmek için rüşvet aldı"* şeklindeki bir haber hakaret suçunu oluşturmaktadır. Bu tür haller için *"hakkın icrası"* şeklinde bir hukuka uygunluk sebebi öğretisi tarafından kabul edilmekteydi. Kanun'da, 26. maddede, bu tür eylemleri suç olmaktan çıkaran, onları hukuka uygun kılan bu sebebi açıkça düzenlemiş bulunmaktadır: *"Hakkın kullanılması"*. Hak kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi nizamlara dayanabilir ve hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabilir. İşte gazetecilik mesleğinin icrası da bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak bunun için verilen haberin gerçek olması, güncel olması, okuyucuların gereksiz merak duygularını doyurma yerine, bilinmesinde kamu yararı bulunması ve son olarak işlenen suç ile içerdiği düşünce arasında bir bağlantının bulunması gerekmektedir.

Burada akla gelen bir soru örneğin milletvekillerinin sorumsuzluk kapsamındaki ifadelerinin basında yayınlanması halinde gazetecinin sorumluluğunun ne olacağıdır. Öğretide, meclis müzakerelerinin kamuya yansıtılmasının da mesleki

bir hak olmak itibarıyla bir hukuka uygunluk sebebi olduğu savunulmaktadır. Ancak sınırların aşılması, dolayısıyla haber verme fonksiyonunun aşılması gerekir.³⁴ Buna karşılık, örneğin Meclis araştırma komisyonlarında 3. kişilere yönelik olarak zaman zaman hakaret niteliğindeki sözlerin sarf edildiği, basının bunu aktarmasının ise suç teşkil edeceği de savunulmaktadır. Şekli gerçeklik ölçütü açısından bakıldığında bile basın, Meclis araştırma komisyonlarında cereyan eden bir faaliyeti duyururken, kişilik haklarına saygılı olmak zorundadır.³⁵

Bu çerçevede, yeni Ceza Kanunu hükümlerine göre basın tarafından işlenebilecek bir çok suç bakımından, sınırları içinde kaldığı takdirde bu hukuka uygunluk sebebinin geçerli olacağına işaret etmek gerekir.

³⁴ Dönmezer - Erman, *I*, s. 269.

³⁵ Hafızoğulları, Zeki, "Kişilik Hakları", *AÜHFĐ*, 1997, S. 1-4, s. 12.

HEKİM FAALİYETİNİN HUKUKA UYGUN SAYILABİLMESİ İÇİN GERÇEKLEŞMESİ GEREKEN ŞARTLAR NELERDİR?

Hekimlerin yaptığı ameliyatlarda bir kimsenin ölümü veya yaralanması durumunda, hekimlik faaliyetinin yapılması da kanunen yetki verilmiş bir mesleğin icrası söz konusu olduğundan ve mağdurun da tıbbi müdahaleye rızası bulunduğundan hukuka uygundur. Ancak bunun için tıbbi müdahalenin kurallarına uygun yapılması ve hekimin hatasının bulunmaması gerekir. Bu şartlar altında, bir ameliyat neticesinde meydana gelebilecek komplikasyonlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz.

Konu üzerinde, son zamanlarda güncel olması dolayısıyla daha ayrıntılı durmakta yarar görüyorum. Buna göre bir hekim faaliyetinin hukuka uygun sayılabilmesi için üç temel şart vardır:³⁶ Bunlar;

1. Endikasyon: Mesleki tedavi yükümlülüğü, alınacak tedbiri kapsmalı ve gerekli görmelidir. Tedavi yükümlülüğünün içerik ve kapsamı tıbbi gereklilikler ve meslek etiği göz önünde bulundurularak belirlenir.

³⁶ Laufs, Adolf - Uhlenbruck, Wilhelm, *Handbuch des Arztrechts*, 3. B., München 2002, §6, kn. 1, 3, 21, 30.

2. Aydınlatılmış hastanın rızası şarttır. Hastanın rızası olmasa dahi, muhtemel rızası, kanuni temsilcisinin veya mahkemenin rızası bulunmalıdır.

3. Son olarak, hekim müdahalesini uzmanlığın gerektirdiği şekilde ve özen yükümlülüğüne uyacak şekilde gerçekleştirmelidir.

Bunlara kısaca değinecek olursak; Hekimin tedavi ödevi tıbbi standartlara ve meslekin ahlaki taleplerine göre belirlenir. Aydınlatma yükümlülüğü hukukçuların hekimlere yüklediği bir hukuksal yükümlülüktür. Hekim, hastasını kişisel ve sözlü olarak aydınlatmalıdır. Böylece hasta, en azından temel noktalarıyla kendisi hakkında yapılacak işlemler konusunda bilgi sahibi olmalı ve böylece kendi kararını vererek, geleceğini belirleme hakkını kullanabilmelidir.

Özen yükümlülüğü konusunda hekimden kendi uzmanlık alanında geliştirilen kurallara uyması beklenir. Özen yükümlülüğüne ilişkin ölçütü mahkemeler belirlememektedir. Bu konuda özenli, güvenilir bir hekimin söz konusu somut olayda nasıl davranacağı esas alınır.

KOMŞUM KARISINI DÖVÜYOR YARDIMA GİDİYORUM

KADIN, "KOCAMDIR SEVER DE DÖVER DE" DİYOR.
BUNA RAĞMEN OLAYA MÜDAHALE EDİLEBİLİR Mİ?

Edilebilir, hatta etme zorunluluğu vardır. Kanun bu hakkı kişiye mağdurun isteğine bağlı olmaksızın tanımakta. Konu ceza hukukunun bir çok alanını ilgilendirdiğinden, daha ayrıntılı üzerinde durmak gerekirse;

Bir kimsenin kendisine karşı suç işlenmesine rıza göstermesi durumunda, rızanın hangi konuya ilişkin olduğuna bakılır. Nitekim Kanun'un 26/2. maddesinde "*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmmez*" denmektedir. Bazı haklar vardır ki, hukuk düzeni bu haklara yönelik olarak gösterilen rızanın geçerli olmadığını kabul etmektedir. Böylece örneğin kendisinin öldürülmesi veya yaralanması hususunda rıza gösteren kimseyi öldüren veya yaralayan kişi cezalandırılır. Bu nedenledir ki, aktif ötenazi hukukumuzda suç oluşturmaktadır. Yine on sekiz yaşından küçük kimselerin cinsel ilişkiye rızası da geçerli bir rıza değildir ve böyle kimselerle rızasıyla da olsa cinsel ilişki kuranlar cezalandırılır. Aile düzenine karşı işlenen suçlarda rızanın geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Zinanın suç olduğu dönemlerde, kocasının kuma getirmesine razı olan eşin sonradan vazgeçip

şikayetçi olduğu bir olayda, Yargıtay, rızanın adaba aykırı bir konuya ilişkin olduğundan geçersiz olduğuna karar vermiş ve kocayı zinadan dolayı cezalandırmıştır.

Rızanın geçerli olduğu alanlar esas itibarıyla malvarlığına ilişkin haklardır. Böylece kişi, örneğin binasına taş atılmasına rıza gösterirse, taş atan cezalandırılmaz. Ama bu bakımdan da Kanun sınırlama getirmiştir. Kişi, örneğin başkaları için tehlikeli olacak şekilde evinin yakılmasına, tahrip edilmesine rıza gösteremez. Dolayısıyla dağ başında, başkalarına zarar vermeyecek şekilde bir evin yakılması suç oluşturmazsa da, kentin içinde başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde yakılması suçtur (m. 170).

Kişinin kendisinin yaralanmasına yönelik izni geçerli bir izin değildir. Hukuk düzeni böyle bir rızaya değer tanımamaktadır. Bu nedenle, komşunun karısının rızası geçerli bir rıza değildir. Ayrıca Ceza Kanunu'nun 98. maddesinde yaralanması dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen veya durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişinin bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla komşunun yardım etmemesi veya polise bildirmemesi suçtur.

Ancak yaralama fiilinin kadın üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde eylemin kovuşturulması kadının şikayetine bağlı olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

Burada akla şöyle bir soru geliyor, komşusunun evde olmadığı bir anda, evindeki musluğun açık olduğunu göreyek eve girip musluğu kapatan kişi cezalandırılacak mıdır? Aslında, başkasının evine rızası olmaksızın girmek, konut

21

dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturur ve fail altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (m. 116). Ancak “*varsayılan rıza*” da bir hukuka uygunluk sebebidir. Yani kişiye o anda ulaşılabilseydi, o amaçla eve girilmesine rıza gösterirdi, denilebiliyorsa, faile ceza verilmez. Yargıtay da bir kararında “*ev sahibi olan sanığın, müştekinin evine aralarındaki ilişkinin iyi olmasına güvenerek, onun olmadığı bir zamanda tamirat için girmesi olayında, konut dokunulmazlığının ihlalinin bulunmadığına*” karar vermiştir.

HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİNDE SINIRIN AŞILMASI KONUSUNDA KANUN NASIL BİR DÜZENLEME YAPMIŞTIR?

22

Yeni Türk Ceza Kanunu meşru müdafaa, meşru müdafaa konusu olabilecek hakları genişletmek suretiyle eski Kanun'a göre daha ileri bir adım atarken, benzer şekilde sınırın aşılması noktasında da eski Kanun'a nazaran isabetli olarak hakkını savunan kimseyi daha avantajlı konumda tutmuştur. Bu hususun iki şekilde sağlanmak istendiği görülmektedir. İlk sınırın aşılması kasten olmadığı takdirde, faile ancak fiil taksirle işlendiğinde de ceza veriliyorsa (örneğin; taksirle öldürme ve taksirle yaralama gibi) ceza verilecek, ancak bu cezadan da indirim yapılacaktır (TCK m. 27/1). İkinci olarak, "*meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez*" (TCK m. 27/2).³⁷

³⁷ Benzer düzenleme yabancı ülke kanunlarında da bulunmaktadır, örneğin: *İsviçre Ceza Kanunu*, m. 33/2: "Savunmada bulunan meşru savunmanın sınırını aşarsa, hakim serbest takdirine göre cezayı indirir. Savunmada bulunan, saldırı konusundaki mazur görülebilecek şaşkınlık veya heyecan içerisinde meşru savunmanın sınırını aşmış ise ceza verilmez"; *Avusturya Ceza Kanunu* m. 3/2: "Savunmanın haklılık ölçüsünü aşan veya açıkça orantısız bir savunmada bulunan kişi, eğer bu münhasıran şaşkınlık, korku veya telaştan ileri gelmiş ise, ancak sınırın aşılması taksire dayanıyorsa ve taksirli hareket cezayı gerektiriyorsa, ancak bu takdirde cezalandırılabilir", Tezcan - Erdem, s. 344. *Alman Ceza Kanunu* m. 33: "Fail meşru müdafaa, sınırlı şaşkınlık, korku veya telaş dolayısıyla aştığı takdirde cezalandırılmaz".

**CEBİR, ŞİDDET, KORKUTMA VEYA
TEHDİT SONUCU SUÇ İŞLENMESİ
CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENMİŞ MİDİR?**

Kanun daha önce öğreti tarafından kabul edilen ve fakat Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olan bu konu hakkında açık bir hüküm koymuştur: *"Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır"* (TCK m. 28).

*"Cebir bir kimsenin maddeten zorlanarak, bir suçu işlemek zorunda bırakılmasını ifade eder."*³⁸ Örneğin bir yere kapatılarak görevini yapması engellenen kişinin bu suretle görevi ihmal suçunu işlemesinde; acilen müdahale edilmesi gereken bir hastaya ulaşmak için kullanılacak tek araca zarar verilerek kullanılmayacak hale getirilmesi dolayısıyla hekimin yardımı gidememesi durumunda³⁹ ve eline zorla silah tutuşturularak, parmağı zorla tetiğe sokulan ve bastırılan parmağın tetiği düşürülerek bir kişinin öldürülmesinde olduğu gibi. Cebir ve

³⁸ Dönmezer - Erman, II, s. 311.

³⁹ Gülşen, Recep, "TCK Tasarısı'nda Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerden Cebir, Şiddet, Korkutma, Tehdit", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 174.

şiddetin kusuru ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu kaldırabilmesi için karşı konulamayacak veya kurtulamayacak nitelikte olmasını kanun aramaktadır.

Sonuçta insan belli bir şekilde davranmaya mecbur kaldığından, cebir mücbir sebebe benzese de, cebirde mücbir sebepten farklı olarak, suça zorlayan şey bir insan tarafından yapılan zorlamadır.⁴⁰ Kişinin iradesine etkide bulunularak gelecekte belli bir şekilde hareket etmesinin sağlanmasına ise tehdit denilir. Burada belirleyici unsur, zararın henüz gerçekleşmemiş olması ve ilerideki bir zaman aralığında gerçekleşebilecek olmasıdır.⁴¹

Korkutmada da kişinin iradesine etki edilerek suç işlenmesi söz konusudur. Ancak burada tehditten farklı olarak zarar o anda mevcuttur. Örneğin, bir kimseyi aç bırakarak, suç işlemesinin sağlanmasında,⁴² şakağına tutulan silahla ölüm tehdidi üzerine devlet sırrının açıklanmasında⁴³ olduğu gibi.

Tehdidin ve korkutmanın kusurluluğu kaldırabilmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olması gerekir.⁴⁴

- İhlal edilen hakla korunmak istenen zarar arasında eşitlik bulunması (bazı yazarlar tehdidin hayata veya vücuda yönelik olması gerektiği görüşündedirler),⁴⁵

- korunmak istenen yarara yönelik zarar tehdidinin ağır ve muhakkak olması,

⁴⁰ Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, s. 100.

⁴¹ Alacakaptan, s. 237, 238.

⁴² Dönmezer - Erman, *II*, s. 312.

⁴³ Gülşen, s. 175.

⁴⁴ Dönmezer - Erman, *II*, 313; Gülşen, s. 174, 175.

⁴⁵ Önder, *II*, s. 370.

23

- tehditte bulunanın emirlerine boyun eğmeden bundan kurtulma olanağının bulunmaması ve

- tehdidin meydana gelmesine bilerek sebebiyet verilmesi.

Özetle ifade edecek olursam: Cebirdeki zorlama maddi iken, ikrah ve tehditteki zorlama manevi niteliklidir. Dolayısıyla cebirde kişinin başka türlü davranma imkanı yokken, ikrah ve tehditte zorlama manevi nitelikli olduğundan, kişinin suç işlemek yerine başka türlü davranmayı, yani suç işlememeyi ve zararı kabullenmeyi tercih etmesi mümkündür.

Maddede cezasızlığı sağlayan haller cebir, şiddet, korkutma ve tehdit ile sınırlanmış olup, örneğin sevgilisinin telkini ve etkisi altında hareket ederek iftira suçunu işleyen kimse⁴⁶ veya girdiği bir iddia üzerine suç işleyen kimse işlediği suçtan dolayı cezalandırılacaktır.

Yargıtay bir kararında tehditle tutanağa imza atılması durumunda suç kastının bulunmadığı yönünde karar vermiştir: *"Mazgirt Jandarma Birlik Komutanlığı'nda Hareket-Eğitim Astsubayı olan sanık T. K'nın 19.10.1994 tarihinde bir teröristin cesedi üzerinden Tim Komutanı Astsubay M. Y. tarafından düzenlenen tutanak ile elde edilen suç konusu tabancayı mal edinmek amacıyla gerçek tutanağı ortadan kaldırıp yerine tabancadan söz etmeyen sahte tutanağı düzenleyen Jandarma Birlik Komutanı diğer sanık yüzbaşı A. T'nin sahte tutanağı imzalaması konusundaki önerisini önceleri reddederek olumsuz tutum sergilemesine rağmen, onun 'bu tutanak mutlaka imzalanacak, imzalamazsanız ben yapacağımı bilirim' diyerek, ayrıca sicilini bozacağından ve uzak karakola süreceğinden söz ederek tehdit etmesi üzerine askeri disiplin, bölgenin olağanüstü*

⁴⁶ Gülşen, s. 176.

*hal özelliği ve görevin hayati tehlike arz etmesi gibi zor koşullar nazara alınıp değerlendirildiğinde ciddi ve endişe verici boyutlarda olduğunun kabulü gereken bu tehdit ve baskının etkisi altında kalarak imzalamak mecburiyetinde kaldığı, oluşa göre bir 'mal edinme' ilişkisi içerisinde de olmadığı, tehdit ve baskının ortadan kalkmasını müteakip yaklaşık dört ay sonra 20.2.1995 tarihinde olayı adli mercilere ihbar ettiği dosya içeriği ve toplanan kanıtlardan kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşılması karşısında, suçun manevi kast ögesi itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde zimmete iştirakten mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir."*⁴⁷

Kanun cebir, şiddet, korkutma ve tehdit sonucu suç işleme hallerinde, cebir, şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişinin suçun faili sayılacağını belirtmektedir. Hemen belirtelim ki, bu kimse hem cebir ve tehdit suçundan, hem de cebir ve tehdit sonucu işlenen suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır. Keza, suç bu etkiler altında işleyen kimse cezalandırılmayacak ise de, kişi suçu işlerken kendisine yüklenen zorunluluk sınırlarını aştığı takdirde, cezasızlıktan yararlanamaz ve genel iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulur. Keza örneğin tehdit belli bir suçun doğrudan işlenmesine yönelik değilse ve tehdit edilen bu tehditten kurtulmak için bir suç işlemişse, artık TCK m. 28 değil, şartları gerçekleşmişse zorunluluk haline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Örneğin, bir kimsenin tehdit dolaşısıyla saldırgandan kaçmak için üçüncü bir kişinin arabasını çalması gibi.⁴⁸

⁴⁷ 5. CD. 1.7.1998, 1757/2832.

⁴⁸ Gülşen, s. 177.

**KANUN SUÇ İŞLENİRKEN
FAİLİN İÇİNE DÜŞTÜĞÜ YANILGIYA
DEĞER TANIMAKTA MIDIR?**

Kanun, kural olarak kişinin yanılığına önem vermektedir. Bu husus yeni Kanun'un 30. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede düzenlenen yanılığ türleri şunlardır:

1. Unsurlarda yanılığ (TCK m. 30/1).
2. Nitelikli hallerde yanılığ (TCK m. 30/2).
3. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde yanılığ (TCK m. 30/3).
4. Hukuksal yanılığ (TCK m. 30/4).

Bunlardan hukuksal yanılığ konusunu 3. soruda ele aldığımдан, diğer konuları incelemekle yetineceğim.

1. Unsurlarda Yanılığ: Bir fiilin suç oluşturması için bulunması gerekli unsurlarda yanılma, unsurlara ilişkin yanılmadır. *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır"* (TCK m. 30/1).

Failin suç tipindeki bir unsorda yanılması, bu suçun kasten işlenmesini engeller. Bu takdirde suç taksirle işlendiği takdirde cezalandırılabilen bir suç ise, sorumluluk taksirli suçtan dolaydır. Örn: Birisine su verdiği zannı ile gerçekte zehir vererek ölümüne sebep olan kişinin sorumluluğu taksirdir.⁴⁹

“Olay gecesi saat 22.00 sıralarında, sanığın duyduğu sesin atını ürkütmesi ve bu sesi ayı sesine benzetmesi nedeniyle paniğe kapılarak sesin geldiği tarafa doğru av tüfeği ile bir el ateş ettiği, fişegin maktule isabet sonucu ölümün meydana geldiği anlaşıldığından, öldürme kastı bulunmayan sanığın eylemi tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturur” (CGK., 19.6.1995, 1-189/217).

Unsurlara ilişkin yanılma ile hukuki yanılıgyı birbirine karıştırmamak gerekir

Bir kızla cinsel ilişkide bulunan kimse, on sekiz yaşından küçüklerle cinsel ilişkinin bir suç olduğunu bilmezse, hukuki yanılıgyı; bu kimse ilişkide bulunduğu kızın on sekiz yaşından küçük olduğunu bilmezse, suçun unsurlarında yanılma söz konusu olur.

Unsurlara ilişkin yanılma ile hukuki yanılıgyı birbirine karıştırmamak gerekir

Bir kızla cinsel ilişkide bulunan kimse, on sekiz yaşından küçüklerle cinsel ilişkinin bir suç olduğunu bilmezse, hukuki yanılıgyı; bu kimse ilişkide bulunduğu kızın on sekiz yaşından küçük olduğunu bilmezse, suçun unsurlarında yanılma söz konusu olur.

Fiil, taksirle işlendiği takdirde cezalandırılan bir suç değilse, fail hiçbir şekilde cezalandırılmaz. Kendisinin zannıyla başkasının bavulunu alan (hırsızlık) kimse örneğinde olduğu gibi.

⁴⁹ Önder, II, s. 346.

Aynı şekilde, örneğin bir kimsenin on sekiz yaşından büyük olduğunu zannederek (örneğin; nüfus cüzdanına göre on dokuz yaşında gözükiyordur) onunla rızasıyla cinsel ilişkiye giren kimse, sonradan yaşının nüfusa büyük kaydedildiği ve aslında on sekizden küçük olduğu anlaşılrsa da, bu yanlışından faydalanır ve on sekiz yaşından küçük biriyle taksirle cinsel ilişki kurmak cezalandırılmadığından, faile ceza verilmez (m. 30/1).

Failin konu bakımından yanılması ne suçun vasfını ne de ağırlığını etkilemeyebilir: A'nın samanlığından arpa çalmak isteyen kimse, karanlıkta görmeyerek buğday alırsa, bu yanılmanın etkisi yoktur.⁵⁰

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, maddede bahsedilen “*maddi unsurları bilmeyen*” ifadesi suçun maddi nitelikli unsurlarını, objektif unsurlarını anlatmakta olup, bunun hukuksal yanlışlıkla, yani eylemin suç oluşturup oluşturmadığını bilip bilmemekle bir ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim aşağıda nakledeceğim Yargıtay kararında hukuksal yanlışlıktan bahsedilmekteyse de, kararda tartışılan husus, maddi unsurlarda yanlış olup olmadığıdır: “*Mahkumiyetlerine ilişkin kararlar kesinleşen diğer sanıkların devlet ormanında kaçak olarak kestikleri tespit edilen emvali nakletmenin, çevresinde orman bulunan bir yerleşim bölgesinde oturup nakliyecilik yapan ve orman yasası uyarınca suç oluşturduğunu bilmesi (kanunu bilmek) gereken sanık A'nın, bu emvalin menşeyini ve nakliyesini bulunup bulunmadığını araştırma (maddi unsuru bilmek) sorumluluğuna uymayarak kamyonu yükleyip nakletmesi Orman Kanunu m. 108/1'e göre suç teşkil ettiği ve bunların kaçak olduğunu bilmediği (maddi unsurda yanlış) yolundaki savunması madde 44 karşısında hukuki bir değer taşımadığı...*” (3. CD., 07.07.1982, 508/236).

⁵⁰ Dönmezer - Erman, II, s. 326.

2. Nitelikli Hallerde Yanılgı: “Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” (TCK m. 30/2).

Türeyen suç tiplerinde, Kanun’un ifadesiyle suçun nitelikli hallerindeki fiili yanılmayı basit suç tipini ağırlatan veya hafifleten haller üzerinde ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.⁵¹

a. Hafifletici Sebeplerde Yanılgı

- Fail olayda hafifletici sebep olmadığı halde, hafifletici sebebin olduğunu sanıyorsa, başka ifadeyle, failin işlemek istediği suç tipinde hafifletici sebep bulunduğu halde, gerçekleşen suçta herhangi bir hafifletici sebep yoksa, esas alınacak husus, failin sübjektif durumudur ve böylece fail mefruz hafifletici sebeplerden yararlandırılır. Dolayısıyla değersiz sanarak değerli bir kolyeyi çalan kimse hakkında TCK m. 145’teki hafifletici sebep uygulanır.

- Fail olayda hafifletici sebep bulunduğu halde, hafifletici sebebin olmadığını sanıyorsa, başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde hafifletici sebep bulunmadığı halde, gerçekleşen suçta hafifletici sebep varsa, fail objektif olarak mevcut olan bu hafifletici sebepten yararlandırılır. Örneğin; değerli bir kolyeyi almak isterken, onun değersiz taklidini alan fail TCK m. 145’teki hafifletici sebepten faydalanır. Aynı sonuç işlemek istediği suçta bir hafifletici sebebin bulunduğundan tamamen habersiz olan fail bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla işlediği kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, fail, hafifletici sebepten habersiz de olsa, TCK m. 86/2 uygulanacaktır.

⁵¹ Dönmezer - Erman, *II*, s. 320-322; Önder, *II*, s. 346, 347, 357.

b. Ağırлатıcı Sebeplerde Yanılgı

• Fail olayda ağırlatıcı sebep olduğunu sanıyor, fakat gerçekte ağırlatıcı sebep yoksa, başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde ağırlatıcı sebep bulunduğu halde, gerçekleşen suçta bulunmuyorsa, mefruz suç kuralları uygulanacaktır. Burada irade ile gerçek arasındaki farklılığın irade lehine çözümleneceği kuralına bir istisna getirilmekte ve ağırlatıcı sebep uygulanmamaktadır. Örneğin, babasını öldürdüğünü sanan ve fakat başka bir kişiyi öldüren kimse hakkında ağırlatıcı sebep (TCK m. 82/1-d) uygulanmaz.

• Fail olayda ağırlatıcı sebep olmadığını sanıyor, fakat gerçekte ağırlatıcı sebep varsa, başka ifadeyle, failin gerçekleştirmek istediği suç tipinde ağırlatıcı sebep bulunmadığı halde, gerçekleşen suçta ağırlatıcı sebep varsa bir ayırım yapmak gerekir:

• Eğer ağırlatıcı sebep, daha ağır bir neticenin faile yüklenmesinden kaynaklanıyorsa (netice sebebiyle ağırlaşmış suç), faile bu ağırlatıcı sebebin uygulanabilmesi için, failin bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir (TCK m. 23).

• Bunun dışında kalan ağırlatıcı sebepler bakımından ise, “gerçekleşen ağırlatıcı sebep failin kastının kapsamı içinde değildir ve bu itibarla, failin ağırlatıcı sebeple türeyen suçtan sorumlu tutulabilmesi kast kuralına aykırı” olduğundan ağırlatıcı sebep uygulanmayacaktır. Mesela başkasını öldürmek isterken yanılarak babasını öldüren kimse hakkında ağırlatıcı sebep uygulanmaz. Ağırlatıcı sebebin faile uygulanabilmesi için mağdurun babası olduğunu bilmesi gerekir, zira ağırlatıcı sebepler failce bilinmelidir.

• Gerçekleştirilmesi İstenen ve Gerçekleşen Suçlarda Ağırlatıcı Sebebin Bulunması: Tartıştığı abisini öldürmek niyetiyle salladığı bıçakla ani olarak araya giren babasını öldüren kişinin durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda uygulanacak çözümün çok ilginç bir sonuç ortaya çıkaracağını peşinen ifade etmek isterim: Fail abisini öldürmek istediği halde netice öyle gerçekleşmediğinden neticeye bakılarak bu ağırlatıcı sebep uygulanmayacak, babasını öldürmek de istemediğinden iradeye bakılarak ondan kaynaklanan ağırlatıcı sebep de uygulanmayacaktır. Bu durumda fail hakkında TCK m. 81 uygulanacaktır. Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir.⁵²

3. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenlerde Yanılgı: Bu kapsamda iki hususu ele almak gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinde yanılgı ile ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan diğer nedenlerde yanılgı:

a. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma

Burada öncelikle şunu açıklığa kavuşturmak gerekir: Failin esasen hukuk düzenince kabul edilmemiş olan bir hukuka uygunluk sebebinin mevcut olduğunu sanmasının önemi yoktur. Sözgelimi yirmi beş yaşındaki kızını tedip hakkının mevcut olduğunu sanıp da onu döven kimse mevcut olmayan böyle bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanamaz.⁵³ Bu ön belirlemeyi yaptıktan sonra konuyu ikili bir ayırım içinde ele almakta yarar vardır:

• Olayda hukuka uygunluk sebebi vardır, ancak bunu fail bilmemektedir. Hukuka uygunluk sebepleri objektif nitelikli

⁵² 1. CD. 20.11.2000, 2798/3202.

⁵³ Önder, II, s. 177

olduklarından, fail neticeden sorumlu tutulmaz. Varlığından haberdar olmasa dahi, hukuka uygunluk sebebi uygulanır.⁵⁴

• Olayda fail hukuka uygunluk sebebi içinde olduğunu zannetmekte ve fakat esasen failin hukuka uygunluk sebebinden faydalanmasını gerektiren bir durum yoktur. Mesela, ıssız ve soygunların yapıldığı bir yerde, karanlıkta bir kişinin kendisine koştuğunu gören fail, saldırıya uğradığını sanarak, bu kişiyi yaralamış veya öldürmüş olabilir.⁵⁵ Bu durum, TCK m. 30/3'te düzenlenmiştir. Buna göre, *“ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır”*. Bu takdirde şöyle bir değerlendirme yapmak gerekir: Hukuka uygunluk sebebinin koşullarının gerçekleştiği noktada failde var olan hatada, faile yüklenebilecek bir kusur söz konusu mudur? Başka bir ifadeyle, esasen fail bu hataya düşmemesi gerekirken, yani yanılıgısı kaçınılabiliirken mi bu hataya düşmüştür? Eğer bu soruyu olumlu cevaplayabiliyorsak, yani hataya düşmesinde kusuru var, esasen hataya düşmeyebilirdi diyebiliyorsak, hukuka uygunluk nedeninden, yeni Kanun'un ifadesiyle ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerden yararlanamayacaktır. Buna karşılık fail bu hatayı önleyemeyecek idiye, yani hataya düşmesi kaçınılmaz ise kastı kalkmış olur ve kendisine ceza verilemez.⁵⁶ Her ne kadar 30. maddenin 1. fıkrasında bu durumda taksirli sorumluluk halinin saklı olduğu açıkça belirtilmiş ve fakat 3. fıkrada bu husus düzenlenmemiş olsa da, genel hükümler gereğince, failin kastından dolayı sorumlu tutulamayacak olması, varsa taksirinden ötürü sorumlu tutulmasına engel değildir.

⁵⁴ Önder, II, s. 176; aksi görüş, Özgenç, İzzet - Şahin, Cumhuriyet, Uygulamalı Ceza Hukuku, 3. B., Ankara 2001, s. 217.

⁵⁵ Toroslu, s. 124.

⁵⁶ Krş. Alman Ceza Kanunu 16/1; Özgenç - Şahin, s. 213 vd.

“Bu yanılmanın kaçınılabilir olup olmadığıнын tayini, taksirle işlenen haksızlıklar açısından söz konusu olan özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin ölçütler doğrultusunda yapılacaktır”.⁵⁷ Dolayısıyla, örneğin, “fail hukuka uygunluk sebebinin mevcut olup olmadığı konusunda kati bir kanaate sahip olmadığı halde, olsa da olmasa da fark etmez diyerek fiili işlemiş olduğu durumda, hukuka uygunluk sebebinden yararlanamayacaktır”.⁵⁸

Kanun’un hukuka uygunluk sebeplerinde yanılıya ilişkin bu düzenlemesi eleştirilerek, kişinin yanılısı durumunda kastının bulunmadığı ve kastı dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı; ancak, bu takdirde durumu yanlış değerlendirildiği ve gerekli özeni göstermediği, bu itibarla taksirinin bulunduğu; bu nedenle de sorumluluğunun taksire göre belirlenmesi gerektiği açıklanmaktadır.⁵⁹

b. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Diğer Nedenlerde Yanılma

Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin maddi şartlarında yanılma varsa, örneğin zorunluluk halinin şartlarında bir yanılma varsa nasıl hareket edilecektir? Örneğin kişinin hayatı bakımından tehlike olmadığı halde tehlikede olduğunu düşünerek suç işlemişse zorunluluk halinin maddi şartlarında hata vardır. Bu hatadan kişi yararlanır. Ancak burada kusurluluk üzerinde etkili olan bir hata söz konusu olup, bu takdirde faile CMK m. 223/3-d gereğince *“kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı”* verilecektir.

⁵⁷ Özgenç - Şahin, s. 217.

⁵⁸ Önder, II, s. 178.

⁵⁹ Roxin - İsfen, s. 239.

24

Kusurluluğu azaltan nedenlerin varlığında da hataya düşülmüş olabilir. Örneğin, haksız bir fiil olmadığı halde, fail haksız fiilin gerçekleştiği zannıyla (haksız tahrik) fiili işlerse, ceza sorumluluğunu azaltan bir nedenin maddi şartlarında yanılığ söz konusudur. Bu durumda da hatadan yararlanılabilmesi için hata kaçınılmaz olmalıdır. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, fail haksız tahrik konusundaki hatasından yararlırsa dahi, kusurlu sayılmakta ve kusuru azaldığından sadece cezasında indirim yapılmaktadır.

AKIL HASTALARINA İLİŞKİN OLARAK
KANUN NE TÜR DEĞİŞİKLİKLER
ÖNGÖRMÜŞ BULUNMAKTADIR?

Bu konudaki en önemli değişiklik, akıl hastalıkları arasında yapılan tam ve kısmi şeklindeki ayırımın kaldırılmış olmasıdır.

TCK m. 32/1'e göre akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak bunların tedbir sorumlulukları vardır.

İşlediği fiille ilgili olarak birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla beraber davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişinin ise cezasında indirim yapılacaktır. Mahkum olunan ceza, kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir (TCK m. 32/2; bkz., TCK m. 57/6). Burada söz konusu olan kısmi akıl hastalığı olmayıp, kanun bu tür bir akıl hastalığını kabul etmemektedir. Fıkarda düzenlenen husus ise, kişinin algılama yeteneklerinin olması, ancak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin bulunmamasıdır. Buna örnek olarak "*histeri*" gösterilebilir.

25

İkinci önemli değişiklik ise, akıl hastalarına ilişkin olarak uygulanacak güvenlik tedbirleri bakımından ölçüt olarak “iyileşme”nin değil, “toplum açısından tehlikelilik”in esas alınmış olmasıdır. Bir çok akıl hastalığı bakımından iyileşmenin zaten mümkün olmadığı düşüncesiyle, akıl hastaları için güvenlik tedbirleri uygulamasında ölçütün, bunların toplum için tehlike arz edip etmemeleri veya tehlikeliliğın önemli ölçüde azalması olduğuna karar verilmiştir (TCK m. 57/2).

I. HAZIRLIK HAREKETİ - İCRA HAREKETİ AYIRIMI

Ceza hukuku öğretisinde çok tartışmalı olan konulardan birisi hazırlık hareketleri ile icra hareketleri ayırımıdır. Önceki kanun, bu konuda bir kriter getirmemiş, sadece hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağını açıklamak bakımından “*icraya başlayıp da ...*” ifadelerini kullanmıştı. Bu konuyu izah gayreti içinde olan bir çok teori ortaya atılmıştır. Gerçekten de, hazırlık hareketleri ile icra hareketleri arasında sınırlama güçlükleri ortaya çıkmaktadır. Acaba failin davranışı hala cezasız olan hazırlık hareketleri safhasında mıdır, yoksa cezalandırılan icra hareketleri safhasında mıdır? “*Hazırlık hareketleri sadece suçun gerçekleştirilebilmesi için gerekli ortamı, koşulları sağlayan, hazırlayan davranışlardır*”.⁶⁰ Hazırlık hareketleri hazırlayıcı, icra hareketleri yapıcıdır.⁶¹ Ancak ayırım burada ifade edildiği kadar kolay değildir. Ayrıca hazırlık hareketleri cezalandırılmadığı halde, icra hareketleri cezalandırılmaktadır. Bu itibarla bir hareketin ne zaman hazırlık hareketi, ne zaman icra hareketi olduğunun büyük önemi vardır.

⁶⁰ Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, Berlin, New York 1976, s. 223.

⁶¹ Erem - Danışman - Artuk, s. 297.

26

Yukarıda da ifade ettiğim gibi öğretilerde bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler olmakla beraber, bunlara değinmeksizin yeni Kanun'un 35. maddesinde bu probleme çözüm getirmek için kabul edilen ölçütü ele almakta yarar görüyorum: Buna göre, cezalandırılmayan hazırlık hareketi ile cezalandırılan icra hareketleri arasındaki sınır şu şekilde tespit edilir: Fail hareketi ile ceza normu tarafından korunan hukuki yararı direkt olarak tehlikeye sokmaya başladığı ve hareketinin kanun tarafından yasaklanan sonuca yaklaştığı anda hazırlık hareketinden icra hareketine geçiş söz konusu olur.⁶² Başka ifadeyle, eğer failin davranışı, suçun gerçekleştirilmesi için gerekli olan hareketlerle öyle sıkı bir bağlantı, ilişki içinde olup da, bu davranış herhangi bir engel çıkmaması halinde, olayın gelişiminde uzun bir kesinti olmaksızın direkt olarak suçun gerçekleştirilmesini sağlayacak ise, icra hareketlerinden söz edilir.⁶³ Konuyu daha da açmak gerekirse: Suç tipinde belirtilen bir hareket yapılıyorsa, ortada sorun olmaz, icra hareketlerine başlanmıştır. Ancak bu hareketlerle bağlantı ve bütünlük içinde bulunan hareketlerin de icra hareketleri olarak kabulü gerekir.⁶⁴ Ancak bu bağlantı doğrudan doğruya bir bağlantı olmalıdır. Başka ifadeyle, "yapılan hareketin, failce tamamlanması amaç edinilmiş suç tipiyle belirli bir yakınlık içinde olması" aranacaktır. Bunun için de, tipik unsurlardan biri henüz gerçekleştirilmemişse, yapılan hareket ile tipik eylemin gerçekleşmesi arasında dar bir zaman ve mekan fasılası bulunmalıdır.⁶⁵ Örnek; Faik hukuk fakültesi mutemedini soymak istemektedir. Önceden yaptığı araştırmalar sonucundaki tespitine uygun olarak, mutemedin

⁶² BGH bei Dallinger, MDR 1975, 21

⁶³ BGH 31, 178

⁶⁴ Önder, II, s. 444.

⁶⁵ İçel, Kayıhan - Sokulu Akıncı, Füsün - Özgenç, İzzet - Sözüer, Adem - Mahmutoglu, Fatih - Ünver, Yener, (İçel vd.), *Suç Teorisi*, 2. kitap, 2. B., İstanbul 2000, s. 335, 336.

her ayın on beşinde saat 10.00’da geçtiği bir binanın köşesinde bekler. Faik paltosunun içinde bir sopa saklamaktadır. Sopya, para çantasını alabilmek için mutemede vuracaktır. Ancak Faik boşuna beklemektedir, zira mutemet istisnaen o gün saat 09.00’da oradan geçmiştir. Faik cezalandırılabilir mi?

Çözüm: Yağma suçu gerçekleşmemiştir. Zira para alınmamıştır. Teşebbüs açısından ise icra hareketlerine başlanılmış olması gerekir. Ayrıca en azından potansiyel mağdurun tehlikeli bölgeye girmiş olması gerekir. Daha önce zaten yağmanın gerçekleştirilmesi mümkün olamaz. Aradaki adım da yoktur. Pusuda beklemek, gözlemek yeterli değildir, teşebbüs yoktur. Ama en azından mağdur geldiği anda ona yönelme söz konusu olursa icra hareketleri başlamış sayılmalıdır.

Sonuç olarak, sadece suç tanımında yer alan hareketler değil, bununla bağlantılı olan ve bütünlük içinde olan hareketler de icra hareketi niteliğindedir. Suç tanımında yer almayan hareketler ise, tipik eylem ile dar bir mekan ve zaman bağlantısına sahip ise, icra hareketi olarak kabul edilmelidirler. Önemle belirtmek gerekir ki, Kanun’un benimsediği ölçüt objektiftir. Yani failin kendi düşüncesine göre icraya başlayıp başlamadığı göz önünde bulundurulmaz.

Yargıtay mağduru kovalayan kimselerin eylemlerinin teşebbüs olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay’a göre mağdurun yakalanması halinde onu dövüp dövmeyecekleri belli olmadığından, kovalama yaralamaya teşebbüs olarak kabul edilemez. Bu kararda Yargıtay hareketin dışında kalan unsurlara, mesela kovalamadan önceki olaylara değer vermemiştir. Yargıtay’ın kararı isabetsizdir.

Ancak Yargıtay’ın aksi yönde kararları da vardır. Bir kararında Yargıtay *“kaçırmak üzere mağdureyi yakalamak için*

peşinden koşmak icra başlangıcıdır” şeklinde karar vermiştir (5. CD, 16.2.1981, 3854/3911). Bir başka kararda da balta ve bıçakla müştekiyi kovalamaktan ibaret eylemin yaralamaya eksik teşebbüs niteliğinde olduğunu kabul etmiştir (2. CD, 6.10.1981, 6365/6559).

Hırsızlık suçunda suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağı öğretisi ve uygulamada değişik görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştu. Ancak yeni Kanun eşyanın zilyedin egemenlik alanından çıkmasını suçun tamamlanması için yeterli görerek, sorunu şu şekilde çözmüştür: *“Almak fülinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır”* (141. madde gerekçesi).

II. EKSİK - TAM TEŞEBBÜS AYIRIMI

Teşebbüs alanındaki önemli ikinci değişiklik ise, eksik ve tam teşebbüs ayırımının kaldırılmasıdır. Ancak bu husus teşebbüsün her safhasının aynı şekilde cezalandırılmasını gerektirmeyecektir. Aksine kanun bu konuda bir ölçüt getirmiştir. Kanun, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kastettiği suçu tamamlayamayan failin cezasının indirileceğini hükme bağlamıştır (TCK m. 35/2). Bu indirim nasıl yapılacaktır? Kanun’a göre indirimde ölçüt, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığıdır. Bu durumda artık icra hareketlerinin bitip bitmemesine göre değil, öncelikle bir zararın meydana gelip gelmediğine; gelmişse zararın ağırlığına; gelmemişse meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre cezanın belirlenmesi gerekecektir.

Konuyu örneklerle açıklamakta yarar vardır: “Sanığın öldürmeye elverişli bir alet olan bıçakla, mağdurun hayati bölgesinde, akciğerde lezyon husule getirecek biçimde şiddetli bir darbe ile, işlemeyi kastettiği cürümün icrasına taalluk eden bütün fülleri bitirmiş olması, ancak başarılı bir tıbbi müdahale ve tedavi ile sonuç, yani ölüm, sanığın ihtiyarında olmayan bir nedenle husule gelmemiş bulunması karşısında” (CGK, 20.2.1978, 1-477/50) meydana gelen zarar ağır olduğundan hakim takdirine göre TCK m. 81’de öngörülmüş olan ceza yerine teşebbüs dolayısıyla örneğin on beş yıl ceza takdir edebilecektir. Buna karşılık şarjöründeki bütün mermileri boşaltmasına rağmen mağdura isabet ettiremeyen kimse bakımından, meydana gelen bir zarar söz konusu olmayıp, sadece tehlike mevcut olduğundan, cezada daha yüksek bir indirimle gidilebilecek ve böylece yukarıdaki örnekte söz gelimi dokuz yıla kadar inilebilecektir. Bununla birlikte bu örnekte manevi bir zararın meydana gelmiş olabileceği de göz önünde bulundurularak örneğin on yıl ceza öngörülebileceği kanaatindeyim.

Bilindiği üzere önceki Kanun'da sadece eksik teşebbüs aşamasında vazgeçmeyi ifade eden "gönüllü vazgeçme" düzenlenmiş, buna karşılık tam teşebbüs aşamasında, yani suçun icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra vazgeçme durumu olarak ifade edilen faal nedamet kurumu düzenlenmemiştir. Yeni Kanun ise gönüllü vazgeçme başlığı altında bu iki kurumu da düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

1. icra hareketlerinden vazgeçme,
2. suçun tamamlanmasını önleme,
3. neticenin gerçekleşmesini önleme

durumlarında vazgeçme vardır ve bu vazgeçme gönüllü ise fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacak, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılacaktır (TCK m. 36).

Böylece, suçu gerçekleştirmek için gerekli hareketleri yaptıktan sonra, pişman olup mağdura yardım edip de neticenin gerçekleşmesini önleyen kimse de teşebbüsten cezalandırılmaz.

Örneğin; bir kimseyi zehirledikten sonra onu alıp hastaneye götürün veya panzehiri veren kişi artık öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmaz, sadece yaralamadan dolayı ceza alır.

Öğretide TCK m. 36 hükmünün aşırı bir düzenleme olduğu, böylece örneğin öldürmek için ateş eden kimsenin, kurşunun isabet etmemesinden sonra öldürmekten vazgeçmesi durumunda, teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı eleştirisi yöneltilmektedir.⁶⁶ Kanımca, verilen örnekte icra hareketleri tamamlanmış bulunduğundan, failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden faydalanabilmesi için suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemesi gerekmektedir. Olayda ise fail suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlemediğinden 36. madde hükmünden faydalanamayacak ve teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Kanun ayrıca “*etkin pişmanlık*” adı altında, Kanun’un genel hükümler kısmında yer almayıp, dolayısıyla bütün suç tipleri için geçerli olmayan, sadece özel hükümler kısmında düzenlendiği suç tipleriyle ilgili olarak geçerli olan bir kurumu daha düzenlemiştir. “*Suç bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonra, örneğin çalınan eşyanın geri verilmesi veya kaçırılan kişinin serbest bırakılması hallerinde artık vazgeçme değil, etkin pişmanlık söz konusudur*” (36. madde gerekçesi).

Ceza Kanunu’nun özel hükümler kısmında düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlık halleri olan, failin resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırması; suçun meydana çıkmasına yardım etmesi (TCK m. 93, 201); mey-

⁶⁶ Toroslu, Nevzat - Ersoy, Yüksel, “Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 13.

dana gelmiş neticeyi tamamen ortadan kaldırması (TCK m. 110); mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin etmesi (TCK m. 168, ayrıca bkz., 248, 254), resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce diğer suç ortaklarının veya suç konusu eşyanın saklandığı veya imal edildiği yerleri merciiine haber vermesi, suç konusu eşyayı kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini haber vererek suçluların yakalanmalarını veya söz konusu eşyanın ele geçirilmesini kolaylaştırması veya suçlar haber alındıktan sonra suçun meydana çıkmasına ve fail ve ortaklarının yakalanmasına yardım etmesi, resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi (TCK m. 192, 201), kurulan örgütü suç işlemeyen önce dağıtması veya verdiği bilgilerle örgütün dağıtılmasını sağlaması, suç işlemeyen önce örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirmesi, suç işlemeyen yakalanması durumunda örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlaması, gönüllü olarak teslim olup, örgüt hakkında bilgi vermesi (TCK m. 221), rüşvet alma konusunda anlaşılan kamu görevlisinin; rüşvet veren veya anlaşılan kişinin soruşturma makamlarını haberdar etmesi (TCK m. 254), iftira edenin iftirasından, yalan tanıklık yapanın tanıklığından dönmesi (TCK m. 269, 274), gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçtıktan sonra kendiliğinden teslim olması (TCK m. 293) hallerinde faile ceza verilmemesi veya cezasında indirim yapılması öngörülmüştür.

Etkin pişmanlık sadece yukarıda sayılan suçlar bakımından, cezayı kaldıran veya cezada indirim yapılmasını gerektiren bir şahsi sebep olarak düzenlenmiştir.⁶⁷ Ancak örneğin, TCK m. 184/5'te etkin pişmanlık halinde mahkum olunan cezanın dahi bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Aynı şekilde TCK m. 230/5'te

⁶⁷ Özgenç, İzzet, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*, Ankara 2004, s. 15.

aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptırانların, medeni nikah yaptırdıklarında kamu davası ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükmü konmuştur. Buna karşılık, rüşvet suçunda etkin pişmanlık durumunda (TCK m. 254), sadece cezaya hükmedilmeyecek, “*ancak işlenmiş olan suç işlenmemiş duruma irca edilemeyeceği için, rüşvet konusu şeyin müsadere edilmesi gerekecektir*” (madde gerekçesi).

Önemle altını çizmek gerekir ki, kanun iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda yukarıda belirttiğimiz hususlardan daha ileri bir adım atarak, 41/2. maddede,

“Suçun;

a. Gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması,

b. Gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması,

hallerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır” hükmünü koymuştur.

Böylece örneğin, kişi gönüllü vazgeçmiş ve bu noktada da gayret göstermiş, ancak örneğin diğer şerikler polis tarafından yakalandıkları için suç işlenememiş olsa dahi 41/1. madde uygulanabilecektir. Keza, gönüllü vazgeçenin bütün samimi çabalarına rağmen suçun işlenmesi önlenememiş olsa dahi, gönüllü vazgeçen vazgeçmesinden yararlanacaktır.

FAİLLİK	AZMETTİRME	YARDIM ETME
Müşterek Faillik		Maddi
Dolaylı Faillik		Manevi

İştirak ile ilgili olarak yeni Kanun esasen eski Kanun'dan çok büyük ölçüde farklı bir düzenleme içermemektedir. Eski Kanun'da asli maddi iştirak şekilleri olarak gösterilen ve uygulamada karışıklıklara yol açan irtikap etme/doğrudan doğruya beraber işleme şekilleri ortadan kaldırılarak "*müşterek faillik*" adı altında, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişiler olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Faillik başlığı altında düzenlenen ikinci tür faillik ise dolaylı faillik olup, bu kavram ilk defa pozitif bir metinde düzenlendiğinden bunun üzerinde aşağıda daha ayrıntılı olarak duracağım.

Azmettirme konusunda ise eski Kanun'dan farklı olan nokta, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzun kullanılması ve çocukların azmettirilmesi hallerine ilişkin olarak azmettirenin cezasının artırılmasını sağlayan yeni bir hüküm konmuştur (TCK m. 38/2). Bu konudaki ikinci yenilik ise "*azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya*

çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında” ceza indiriminin öngörölmüş olmasıdır. Bu suretle azmettirenin belli olmadığı suçlarda azmettirenin ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır. Bu hüküm iyi uygulandığı takdirde faydalı olacağı açık olan bir düzenlemedir. Ancak uygulamada azmettirenin olmadığı suçlarda masum kimselerin azmettiren olarak olaya katılabilecekleri veya başka kimselerin üzerine azmettirmenin yıkılabileceği tehlikesi düşünölerek çok dikkatli araştırmalar yapılmak gerekmektedir.

Yardım etme bakımından ise eski Kanun’daki hüküm hemen hemen alınmış bulunmaktadır.⁶⁸

⁶⁸ Ayrıntılar için aşağıda 30. soruya da bkz.

“Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur” (TCK m. 37/2).

Bir suçu bizzat işleyen, başka ifadeyle kanuni tarifte belirtilen fiili kasten ve hiç bir yanılgıya maruz kalmadan doğrudan doğruya gerçekleştiren ve yine kanuni tarifte aranan ilgili suça mahsus maddi ve manevi faillik vasıflarını bünyesinde toplayan şahıs doğrudan faildir. Ancak, fail, suçun işlenişinde bir mekanik araçtan yararlanabileceği gibi; bir insanın dahi suçun işlenişinde vasıta olarak kullanılması mümkündür. Burada vitrin önünde duran şahsın iteklenmesiyle vitrin camının kırılması örneğinde olduğu gibi, bir insanın hareketsiz obje olarak düşünülmemesi gerekir; bilakis, başka şahsın hareketinin suçun işlenişinde vasıta olarak ikame edilmesi hali söz konusudur. Bu durumda dolaylı faillikten bahsedilir.⁶⁹ Araç şahsın davranışı bir fiil niteliği arz etmiyorsa (vitrin örneği), ortada dolaylı faillik değil, doğrudan faillik hali mevcuttur.⁷⁰

“Bu durumda, arka plandaki şahıs, suçun icrai hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde üstün hakimiyet kur-

⁶⁹ Özgenç, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 197.

⁷⁰ Özgenç, *Suçta İştirakin*, s. 201.

*maktadır ve bu hakimiyet, arka plandaki şahsa dolaylı faillik vasfını kazandırmaktadır”.*⁷¹

Dolaylı faillik aşağıdaki hallerde söz konusu olabilir:⁷²

I. Asli failin fiili kasten işlememiş olması halinde: Bu durumda asli failin yanılgıya sevk edilmesi suretiyle ona bir suç işletilmesi söz konusudur. Kimliği hakkında yanlış bilgi vererek, sadece asli fail tarafından işlenmesi mümkün olan bir fiilin, asli faile işletilmesi buna örnek olarak gösterilebilir. Mesela, tapu memuruna kendisini taşınmaz malın sahibi gibi göstererek bu taşınmazın başkasına satışının gerçekleştirilmesi gibi. Aslında resmi evrakta yapılan bu sahtekarlık yalnız memur tarafından işlenebilirken, memur yanılgıya sevk edilerek, memur resmi evrakta sahtekarlık suçunda bir araç olarak kullanılmıştır. Burada memura yüklenmesi mümkün bir kusur bulunmamaktadır. Burada memuru araç olarak kullanan kişi, memur olmasa dahi, dolaylı faillik müessesesinden gidilmesi suretiyle, memur gibi cezalandırılabilir.

II. Asli failin kendine karşı bir suçu işlemiş olması halinde: Bu olasılıkta ise asli fail aynı zamanda mağdurdur. Asli failin kendisi vasıta olarak kullanılmak suretiyle, bizzat kendisine yönelik bir suç işletilmektedir. Mesela, dolaylı fail asli maddi faile başkasının olduğunu iddia ve ikna ederek ona gerçekte kendi malını tahrip ettirmiş olabilir. Bir kimsenin kendi malına zarar vermesi suç olmadığından, iştirak kurallarının uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle, kendi malını yine kendisine tahrip ettiren kişi, bu suçun dolaylı faili olarak cezalandırılabilir. Bu olasılığa Almanya’da gerçekleşen ve mahkeme kararına konu olan Sirius olayı da örnek olarak gösterilebilir. Orada dolaylı fail, asli maddi

⁷¹ Özgenç - Şahin, s. 350.

⁷² Önder, II, s. 498-500.

faili, Sirius gezegeninden gelen birisi olduğuna inandırarak, ölümünden sonra onu Sirius gezegenine götüreceğini söyleyerek, intihara teşebbüs etmesini sağlamıştır.

III. Asli failin hukuka uygunluk sebebi içine sokularak bir suçun işletilmiş olması halinde: Dolaylı fail, bir hukuka uygunluk sebebi ortamı oluşturarak, istediği neticeye ceza hukukunun kapsama alanı dışında kalarak ulaşmak isteyebilir. Mesela, *“Ahmet, Birol’e Cemil tarafından ilk karşılaştıklarında öldürüleceğini söyleyebilir. Birol ile Cemil karşılaştıklarında, Birol öldürüleceği zannı ile silahına sarılır; ancak Cemil çok iyi bir nişancıdır, daha atik davranır ve bu hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu hal içinde, Birol’u öldürür. Ahmet de ölmesini istediği Birol’den böylece cezalandırılmadan ve hukuka uygunluk sebebi içinde kurtulmak istemiş olabilir. Burada dolaylı faillik müessesesine müracaat ettiğimizde, Ahmet hukuka uygunluk sebebinin kasten oluşturmuş olduğundan, Cemil cezalandırılmasa dahi, Cemil’i bir vasıta olarak kullanması sebebiyle, Ahmet’in dolaylı fail olarak cezalandırılması mümkün olacaktır”*.

IV. Asli failin kusur yeteneğine sahip bulunmaması: Asli maddi failin küçük veya akıl hastası olması sebebiyle cezalandırılmaması halinde, dolaylı faillik dolayısıyla cezalandırma söz konusu olabilir. Ancak bu noktada hemen belirtelim ki, gerek Yargıtay ve gerek öğretide bazı yazarlar, bu bakımdan dolaylı faillik müessesesini kullanma gereğini duymazlar, zira iştirakte bağlılık bakımından, suçun aynı olması şartında kusur yeteneğinin mevcudiyeti şartını aramamaktadırlar. Dolayısıyla bu tip hallerde azmettirme kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay da aşağıdaki olayda bu yönde karar vermiştir: *“Sanık, davacının küçük kızı Kamile’yi ‘seni köye götüreceğim, elbiseler alacağım, annenin parasını al, bana getir’ diye kandırması ve Kamile de gizlice annesinin parasını alarak sanığa getirmiş bulunmasına göre, fiil hırsızlığa azmettirme suçu*

mahiyetindedir" (CGK, 19.2.1945, 81/78). Kanun "kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullananların" cezasının artırılmasını hükme bağlamıştır (TCK m. 37/2). Böylece bu tip durumlarda dolaylı failin cezası artırılabilecektir.

V. Asli failin cebir ve tehdit sonucu suç işlemiş olması: Cebir ve tehditte, cebir ve tehdit kullanan kişi suçun işlenmesinde asli faili bir araç olarak kullanmaktadır.⁷³ Asli failin davranışı ceza hukuku manasında hareket sayıldığından, durum örneğin bir silahın araç olarak kullanılmasından farklıdır. Bu itibarla, cebir ve tehdit uygulayarak bir kimseye suç işlettiren kimse, dolaylı fail olarak sorumlu tutulacak, cebir ve tehdit sonucu suç işleyen kimse ise cezalandırılmayacaktır (TCK m. 28).

Görülüyor ki, bazı hallerde iştirak kurallarının uygulanması yeterli olmamakta ve özellikle azmettirenin cezalandırılmasını sağlayamamaktadır. Şu halde, bu tip hallerde "dolaylı faillik müessesesinden yararlanılırsa, kendinde hukuka uygunluk sebebi bulunmayan veya hareketi tipe uygun olan kişiyi, suçun dolaylı faili saymak, maddi unsuru sanki kendisi gerçekleştirmiş gibi onu cezalandırmak mümkün olur".⁷⁴

Kanun özel hükümler kısmında da dolaylı faillğe ilişkin bazı hükümler sevk etmiştir. Örneğin, iftira suçunun düzenlendiği 267. maddenin 4. fıkrasına göre, "yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle göz altına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur" (Ayrıca bkz., TCK m. 272).

⁷³ Özgenç - Şahin, s. 350.

⁷⁴ Dönmezer - Erman, II, s. 509.

İştirakte bağıllık kuralı şimdiye kadar öğretilmiş kabul edilen, eski kanunda açıkça düzenlenmemiş bir kural idi. Ancak yeni Kanun 40. maddede bu kuralı açıkça hükme bağlamış bulunmaktadır. Buna göre,

“1. Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.

2. Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

3. Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”.

Şimdi bu kuralın sonuçlarını tek tek ele alalım:

I. İştirak Şekilleri Bakımından Bağıllık Kuralı

Kanun'un ikilik sistemini benimsediğini yukarıda ifade etmiştim. Dolayısıyla şerikler ilkin iki ana kategoriye ayrılmıştır.

Bunlar TCK m. 37 ve 38’de düzenlenmiş bulunan asli failer ile TCK m. 39’da düzenlenmiş bulunan yardım edendir. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılabilir: Maddi ve manevi olmak üzere. Bu ayırımda esas alınan husus ise, iştirakin failin iradesine etki yapıp yapmamasıdır. İştirakin failin iradesine etkiye yönelik şekillerine manevi iştirak, maddi bir katkı niteliği arz eden şekillerine ise maddi iştirak adı verilmiştir. Sonuçta, asli maddi fail (müşterek fail ve dolaylı fail), azmettiren (manevi fail) ve maddi ve manevi yardım eden olmak üzere dört grup iştirak şekli ortaya çıkmış bulunmaktadır (Bkz., yukarıda 28 numaralı soru).

İştirakin bu şekilleri arasındaki ayırım ise *“fölin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir”* (39. madde gerekçesi). Fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığı ise, failin olayın gelişimini elinde tutup tutmamasına göre ortaya konulacaktır.⁷⁵ *“Suçun icrasına iştirak etmekle beraber, suçun işlenişine bulunduğu katkı suçun kanundaki tarifine uygun olmayan diğer suç ortaklarının da gerçekleşen haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri gerekir”*. Azmettirme ve yardım etmede, *“suç ortaklarının gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıktan sorumlu tutulabilmeleri ancak bağıllık prensibi vasıtasıyla mümkün olabilecektir”*. Müşterek faillik veya dolaylı faillikte *“fail, gerçekleşen kanuni tarife uygun haksızlıkla, suçun objesiyle doğrudan temas halinde iken”*, azmettirme ve yardım etmede *“böyle bir doğrudan temas söz konusu değildir”*. Bunlar, faille olan şahsi bağlantıları nedeniyle ve *“ancak bağıllık prensibi vasıtasıyla söz konusu haksızlıktan sorumlu”* tutulacaklardır.⁷⁶

⁷⁵ Lackner - Köhl, vor §25, kn. 4.

⁷⁶ Özenç - Şahin, s. 322.

II. Suçun Aynılığı Bakımından Bağlılık Kuralı

İştirakte bağlılık kuralından anlaşılması gereken şudur: *“Bir suça katılmak isteyen ve buna yönelik maddi veya manevi nitelikte katkıda bulunmuş olanın bu katkısı suça katılmış olarak kabul edilmesinde yeterli değildir ve iştirak kurallarının harekete geçmesi bakımından daha başka bir şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bu şart, asli failin bütün suça katılanlar bakımından aynı olan bir suçu işlemiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle, iştirak bağımsız niteliğe sahip bir müessese değildir ve varlığını asli failin bir suçu gerçekleştirmiş olması halinde kazanabilir”.*⁷⁷

Bundan ne anlaşılması gerekir, bunu etraflı bir şekilde ele alalım:

1. Suçun Unsurları Bakımından: Suçun aynı olmasından söz edebilmek için, sadece maddi unsurun aynı olması yeterli değildir, manevi unsurun da aynı olması gerekir. Bir kimseyi öldürmesi için asli faile verilen silahın taksir ile ateş almasına sebebiyet vererek hasmın ölümüne sebep olan kişi ile silah verenin fiili arasında iştirak yoktur. Bu gibi hallerde iştirak halinde işlenmiş tek bir suç değil, şeriklerin sayısınca değişebilen bir suç söz konusu olur. Böylece kastlı bir suça taksirle veya taksirli bir suça kastla iştirak etmek mümkün değildir ve şeriklerin ayrı kusurluluk çeşitleriyle hareket etmeleri halinde iştirak kuralları uygulanamaz.⁷⁸

2. Asli Failin Suçu İşlemediği Olması: İştirakte bağlılık prensibini kabul eden kanun asli fail bir suçu işlemedikçe, yani hiç olmazsa icra hareketlerine başlamadıkça suça katılanların bu suç sebebiyle cezalandırılmayacağı kuralını benimsemiştir.

⁷⁷ Önder, II, s. 487, 488.

⁷⁸ Dönmezer - Erman, II, s. 485.

Azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluk için, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (40. m. gerekçesi) (TCK m. 40/3). Ancak Ceza Kanunu'nun özel kısmında düzenlenen bazı suç tipleriyle belirli hareketler bağımsız suç olarak düzenlenerek, iştirak hükümleriyle cezalandırılmayan bu hareketlerin cezalandırılması yolu açılmaktadır. Mesela TCK m. 214' te olduğu gibi.

Asli fiilin teşebbüs aşamasında kalması halinde, diğer failler de teşebbüsten dolayı cezalandırılacaktır.

3. Gerçekte İşlenen Suçun Farklı Olması: Burada ele almak istediğimiz husus, anlaşılan suç ile gerçekleştirilen suçun farklı olması halinde sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Bu bakımdan dört ayrı ihtimal söz konusu olabilir:⁷⁹

- Sadece işleniş şeklinde değişiklik yapılması,
- İşlenen suçun daha hafif olması,
- İşlenen suçun daha ağır olması,
- Üzerinde anlaşılan suçun dışında bir suçun veya bir başka suçun daha işlenmesi

öncelikle belirtmek gerekir ki, suç aynı kalmakla beraber işleniş şeklinde değişiklik yapılması, bu değişiklik cezanın ağırlaştırılmasını gerektirse bile bu konuyu değil ağırlatıcı sebeplerin sirayeti meselesini ilgilendirir. Dolayısıyla örneğin, azmettiren, mağdurun yaralanması hususunda telkinde bulunmuş fakat yaralamanın bıçakla yapılmasını istememiş olduğu halde, asli maddi fail bıçak veya başka bir silahla suçu işlemiş olabilir. Bu durum suçun değişmesine yol açmadığından, sadece ağırlatıcı sebeplerin sirayeti bakımından önem arz edebilir.

⁷⁹ Dönmezer - Erman, II, s. 488 vd.

30

Suçun aynı olması bakımından üzerinde durulması gereken ikinci husus ise, asli maddi failin işlemiş olduğu suçun kararlaştırılan suçta nazaran daha hafif olmasıdır. Gerçekte işlenen suç, iştirak iradesinin ilişkin olduğu suçtan daha hafif ise, kanun sadece gerçekleşeni cezalandırdığı için, bütün failer gerçekleşen bu daha hafif suçtan dolayı ceza göreceklerdir. Gerçekten suç işlenmeseydi, şerik hiç de ceza görmeyecekti.

Üçüncü ihtimal, yapılan hareketin iştirak iradesinin sınırı içinde olmasına rağmen, bu hareketten istenilenden daha ağır bir neticenin ortaya çıkmasıdır. Bu durumda *“yapılan hareket iştirak iradelerinin sınırı içinde ise, bu hareketten istenilenden daha ağır bir neticenin doğması halinde kanuna bakmak gerekir; kanunda bu aşırı neticenin faille yükleneceği yolunda hüküm varsa, aşırı neticeden hareketi yapan asli maddi fail gibi diğer şeriklerin de sorumlu tutulmamaları için sebep yoktur. Mesela azmettiren, mağdurun dövülmesi için telkinde bulunmuş fakat yaralama neticesinde mağdurun çehresinde sabit eser kalmış ise, asli maddi fail nasıl ve hangi sebeple gerçekleşen aşırı neticeden sorumlu tutulacaksa, azmettiren de aynı şekilde sorumlu olur”*. Aynı şey TCK m. 87/4 açısından da geçerlidir. Fakat, *“kararlaştırılan hareket yapılmakla beraber, gerçekleşen aşırı neticeden dolayı kanun asli maddi faili esasen sorumlu tutmuyorsa, diğer şeriklere de bu yüzden sorumluluk yüklenemez”*. Buna karşılık ağır netice, netice sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğini arz etmiyor ve bu ağır netice üzerinde şerikler anlaşmamışlarsa, ağır neticeden ancak asli maddi fail sorumlu tutulabilecek; şeriklerden ağır neticenin gerçekleşmesine yönelik irade ortaya koyanlar da asli maddi fail gibi bu neticeden sorumlu olacaklardır.

Bu başlık altında ele alınması gereken asıl husus, asli maddi failin, iştirak iradelerinin ilişkin olduğu hareket yerine başka bir hareket yapması veya kararlaştırılan hareketten başka ikin-

ci bir harekette bulunmasıdır. Mesela, azmettiren mağdurun dövülmesi yolunda telkinlerde bulunduğu halde, azmettirilen mağduru öldürebilir. Bir evde hırsızlık yapmak için anlaşmış olan iki kişiden biri dışarıda gözcülük yaparken, eve giren evde bulunduğu kıza cinsel saldırıda bulunabilir, yahut ev sahibinin gelmesi üzerine ona karşı cebir ve şiddet kullanabilir. İşte bu başka hareket veya ikinci hareket suç oluşturuyorsa, şerikleri bu suçtan sorumlu tutmaya imkan yoktur.

Burada asli maddi fail tarafından yapılan hareketlerin diğer şerikler tarafından öngörülebilirliği önemsizdir. Azmettiren, asli failin sabıkalı bir hırsız olması dolayısıyla mağduru dövdükten sonra cüzdânını çalacağını öngörmüş olsa bile, hırsızlık hareketine azmettirmedeği için, hırsızlıktan sorumlu tutulamaz.

4. Yanılma: *“Suçun aynı olması bakımından belirtilmesi gereken bir husus da, fülü yanılma veya sapma gibi bir sebeple, suçun asıl mağdurdan gayri bir kişiye karşı işlenmesinin, aynıyeti zedelemeyeceğidir”.* Azmettirilen kimse, öldürülmesi kendisine telkin olunan kişiden başka bir kimseyi öldürecek olursa, sanki öldürülmesi istenen kimse gerçekten öldürülmüş gibi sorumlulukların tespiti yoluna gidilir.⁸⁰

III. Nitelikli Hallerin Şeriklere Sirayeti Bakımından Bağlılık Kuralı

Kanun nitelikli hallerin mevcudiyeti durumunda, bu halin kendisinde bulunduğu kişi dışındaki şeriklere de etki edip etmeyeceğine ilişkin olarak *“suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz*

⁸⁰ Dönmezer - Erman, II, s. 492.

önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır” hükmünü sevk etmiştir (TCK m. 40/1).

Bu hükümden çıkan sonuçlar şunlardır: Kişisel cezasızlık nedenlerinden sadece kendisinde bu neden bulunan kimse yararlanacaktır (örneğin, TCK m. 167/1). Böylece babasının cebinden para çalmak isteyen kıza yardım eden şerik, kız TCK m. 167/1 dolayısıyla cezalandırılmazsa dahi, hırsızlığa yardımdan dolayı cezalandırılacaktır. Cezanın hafiflemesine yol açan nitelikli haller bakımından ise kural olarak bütün şerikler bağıllık kuralı gereğince bundan faydalanabilecek ise de, örneğin etkin pişmanlık kanunda cezayı kaldıran veya indiren bir şahsi sebep olarak düzenlendiğinden,⁸¹ etkin pişmanlıktan sadece etkin pişmanlık gösteren kimse yararlanacaktır. Keza TCK m. 144/1-b ve 150/1’deki haller de ancak alacağı bulunan kimse bakımından geçerli kişisel sebepler olduğundan, bu kimsenin fiiline iştirak eden diğer şerikler bu maddelerdeki indirimlerden yararlanamayacaktır.

Cezanın ağırlaşmasına yol açan nitelikli haller bakımından ise herkesin kusuru göz önünde bulundurulacağından, bu nitelikli hali bilen kimsenin kusurundan bahsedilecek, aksi takdirde bu nitelikli hal, durumdan haberi olmayan kimseye uygulanamayacaktır.

IV. Suçun İcra Hareketlerine

Başlanmış Olması Bakımından Bağıllık Kuralı

Yukarıda II nolu başlık altında asli failin suçu işlememiş olması konusuna burada tekrar kısaca değinmek durumundayım: Asli maddi fail tipe uygun hareketin icra hareketlerine

⁸¹ Özgenç, Gerekçeli, s. 15.

başlamadan önce suçu işlemekten vazgeçerse, iştirak kurallarının ikincil niteliği (bağlılık prensibi) ve iştirake teşebbüsün mümkün olmaması dolayısıyla, diğer şerikleri de cezalandırmak mümkün olmaz. *“Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için, ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir”* (TCK m. 40/3).

V. Özgü Suçlar Bakımından Bağlılık Kuralı

“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur” (TCK m. 40/2).

Ancak belirli bir niteliğe, özelliğe sahip kimseler tarafından işlenebilen suçlara *“özü suçlar”* adı verilmektedir. Örneğin, ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu bir özgü suçtur. Kanun bu suçlara ilişkin bir kural getirmiş bulunmaktadır. Buna göre bu suçlarda özel faillik niteliğini taşıyan kimseler, örneğin kamu görevlileri fail; buna karşılık, iştirak eden diğer kimseler ise ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Zira bu kimseler, özel faillik niteliğini taşımamaktadırlar. Bu nedenle fail olarak cezalandırılmaları hiçbir zaman mümkün olmayacaktır.

Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir. Örneğin resmi belgede sahtecilik suçunun işlenişine iştirak eden kamu görevlisi kişilerin, bu suçun nitelikli şekli açısından müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmeleri için, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, ayrıca belgede sahtecilik fiili üzerinde ortak hakimiyet kurmaları gerekir (madde gerekçesi).

30

İfade edelim ki, Kanun'un bu düzenlemesine eleştiri olarak, bir kamu görevlisini, ancak kamu görevlileri tarafından işlenebilecek bir suça azmettiren kimsenin kamu görevlisine nazaran daha hafif cezalandırılması gerektiği, zira kamu görevlisi olmayan bu kimsenin özel bir yükümlülüğü ihlal etmediği haklı olarak ileri sürülmektedir.⁸²

Burada akla şöyle bir soru geliyor. Örneğin ancak bir kamu görevlisi tarafından işlenebilecek resmi belgede sahtecilik suçunun, kamu görevlisi olmayan bir kimsenin, kamu görevlisini tehdit etmesi sonucu işlenmesi durumunda, fail TCK m. 28 gereğince, tehdidi kullanan kişi olacaktır. Buna karşılık TCK m. 40/2, özgü suçlarda özel faillik niteliği taşımayan kimselerin fail olamayacağı, ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacağı açıklanmaktadır. Bu durumda kamu görevlisi olmayan kişi fail olarak kabul edilecek midir, edilmeyecek midir. TCK m. 28'e bakıldığında fail sayılacak, TCK m. 40/2'ye bakıldığında ise fail sayılmayacak,⁸³ ancak azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılabilir. Kanımca burada TCK m. 28'in TCK m. 40/2'de getirilen kuralın bir istisnasını oluşturduğunu kabul etmek ve dolayısıyla tehdit ederek bir özel fail niteliği taşıyan kimseye suç işleyen kimseyi fail olarak kabul etmek gerekecektir. Nitekim, yukarıda dolaylı faillik bahsinde, bir kimseye cebir, tehdit, korkutma vs. suretiyle suç işleyen kimsenin dolaylı fail sayılacağını açıklamıştım.⁸⁴

⁸² Roxin, Claus - İsfen, Osman, "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches", GA 2005, s. 240.

⁸³ Roxin - İsfen, s. 238, dn. 49.

⁸⁴ Bkz., 29. soru.

Bir kimsenin başkasının evine girerek, evden zorla bir şeyler çalması, esasen iki ayrı suçu oluşturur: Konut dokunulmazlığını ihlal ve yağma. Ancak Kanun'a baktığımızda TCK m. 149/1-d' de tam da bu husus düzenlenmiş ve yağma suçunun ağırlatıcı sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu durumda acaba yine de her iki fiilden dolayı ayrı ayrı ceza verilecek mi sorusu ile karşılaşılır. Bir başka örnek vermek gerekirse, bir kimsenin mağdur üzerinde cebir şiddet uygulayarak parasını alması, yine iki ayrı suçu oluşturur: Cebir (veya tehdit) ve hırsızlık. Ancak yine Kanun'a baktığımızda TCK m. 148'de tam da bu husus düzenlenmiş ve bu iki suçtan oluşan müstakil bir suçtan bahsedilmiştir: Yağma. Acaba bu durumda yine de faile her iki fiilden dolayı ayrı ayrı ceza verilecek midir?

İşte, her neticenin bağımsız bir suç olmasının ilk istisnası bileşik suçlardır. Bileşik suç iki ayrı suçtan meydana gelir. Bu suçlardan biri diğerinin ya unsuru ya da ağırlatıcı sebebidir. Kanun da öğretideki bu tanımı 42. maddede vermektedir: *"Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir"*. Esasen Kanun suça tesir eden sebeplere nitelikli hal ismini vermiş olmakla

31

beraber, burada Eski Kanun'da olduğu gibi ağırlaştırıcı neden terimini kullanmaktadır.

Birincisinde, biri diğerinin unsurunu oluşturan iki suç vardır; bu takdirde, her iki suçun niteliği değişmekte ve Kanun bu iki suçu bir arada nitelendirmek üzere başka bir isim kullanmaktadır. Örneğin yağma suçu (TCK m. 148) iki suçun kaynaşması ile meydana gelir: Hırsızlık (TCK m. 141 vd) ve cebir (TCK m. 108) suçları. Bu iki suçtan biri diğerinin unsurudur. Bunlar birbiriyle öyle kaynaşmaktadırlar ki, isimlerini bile kaybederek müştereken yağma suçu olarak adlandırılmaktadırlar.

Hemen belirtelim ki, Kanun yağmayı oluşturan suçların tekrar kendini oluşturan suçlara dönüştüğü bir hali düzenlemektedir: *“Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır”* (TCK m. 150). Böylece yağma suçunda bir çözüme kabul edilerek, artık bileşik suç olan yağmadan değil, yağmayı oluşturan tehdit veya kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırma öngörülmektedir.

“İkinci halde bir suç diğerinin ağırlaştırıcı sebebi olarak öngörülmüştür; bu takdirde ise kendisinde ağırlatıcı sebep bulunan suçun niteliği değişmez, kanuni adı yine aynı kalır; sadece suçun basit şekli değil, nitelikli şekli söz konusu olur”.⁸⁵ Konutta yağma suçu da (TCK m. 149/1-d) yağma (TCK m. 148) ve konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116) suçlarının birbiriyle kaynaşmalarından oluşmuştur. Burada bir suç diğerinin ağırlaştırıcı sebebini oluşturmaktadır. Yağma suçunun konut dokunulmazlığını ihlal suçu da işlenmek suretiyle gerçekleştirilmesi ağırlatıcı sebep

⁸⁵ Dönmezer - Erman, I, s. 407.

olarak düzenlenmiştir. Keza TCK m. 82’de düzenlenen kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden örneğin “*yangın*” suretiyle bir kimsenin öldürülmesi de bir bileşik suçtur. Burada TCK m. 170’te düzenlenmiş bulunan yangın çıkarmak suretiyle genel güvenliğin tehlikeyi sokulması suçu ile TCK m. 81’de düzenlenmiş bulunan kasten öldürme suçu birleşerek bir nitelikli hale vücut vermektedir. Bu itibarla, bu tip hallerde bileşik suç kuralları gereğince artık TCK m. 170 uygulanmayacaktır. Bu konuya son bir örnek olarak işkence suçunun cinsel yönden taciz şeklinde gerçekleştirilmesi gösterilebilir (TCK m. 94/3).

Kanun’un iki ayrı suçu müstakil bir hükümde kaynaştırdığı bu hallerde, artık müstakil suçlardan dolayı faile ayrı ayrı ceza verilmeyecek, ortaya çıkan yeni suça veya ağırlatıcı sebebe ilişkin hükmün uygulanması yetinilecektir. Nitekim Kanun da 42. maddede, bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz derken, bunu kast etmektedir.

Bileşik suça ilişkin hükmün uygulama alanı aşağıda ele alacağımız örneklerde daha iyi anlaşılacaktır: (A), ev sahibini öldürmek için gece evine girer. (A), kendisini hırsızlık yaparken gören kimsenin şahitlik yapmasını önlemek için onu öldürür. (A), hırsızlık yapmak için girdiği evde, evin kızını görünce ona cinsel saldırıda bulunur.

Peki, bu durumlarda nasıl hareket etmek gerekir? Yukarıdaki ihtimallerde iki ayrı suçun işlenmekte olduğu görülmektedir. Bu suçlardan dolayı yapılacak araştırma, bunların TCK m. 42 gereğince, biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturup oluşturmadığıdır. Vermiş olduğumuz örneklerde bu suçlardan hiç biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturmamaktadır. Bu nedenle de, TCK m. 42 uygulanmayacak, faile her suçtan dolayı ayrı ayrı ceza tayin edilecektir.

Kanun'un özel hükümler kısmında, bazı suç tiplerinde bileşik suç kabulünü engellemeye yönelik hükümlerin sevk edildiği görülmektedir. Örneğin, "özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma" başlığını taşıyan m. 264. maddenin 2. fıkrasına göre "elbisenin sağlayacağı kolaylık ve olanaklardan yararlanarak bir suç işlenirse, yalnız bu füliden ötürü yukarıdaki fıkroda belirtilen ceza üçte biri oranında artırılarak hükmolünür". Böylece bu tip durumlarda bileşik suç kabul edilemeyecek, hem m. 264/1 gereğince tayin edilecek ceza artırılacak, hem de işlenen diğer suç sebebiyle ayrıca ceza verilecektir.

YENİ KANUN'DA DA
MÜTESELSİL SUÇ KURUMUNA
YER VERİLMİŞ MİDİR?

32

Evet. Ancak kanun kavramı Türkçeleştirmiştir: Zincirleme Suç (TCK m. 43).

Esasen TCK m. 43'de birkaç kurumun düzenlendiğini görmekteyiz.⁸⁶ Birinci fıkrada zincirleme suç düzenlenirken, ikinci fıkrada aynı neviden fikri ıçtima düzenlenmiş bulunmaktadır. Aslında aynı neviden fikri ıçtimain, farklı neviden fikri ıçtimain düzenlendiği 44. maddede düzenlenmesi gerekirken, aynı neviden fikri ıçtima, zincirleme suçla bağlanan sonuçlara tabi kılınmak istendiğinden 43. maddede yer almıştır. Bu nedenle, ben de burada zincirleme suçla beraber aynı neviden fikri ıçtima konusunu da ele alacağım.

Zincirleme suç bakımından Kanun'un eski Kanun'dan ayrıldığı noktalar şunlardır. İlkin, öğretilerde ve uygulamada bazı kararlarda zincirleme suçun mağdurlar farklı olsa dahi kabul edileceği savunulmaktaydı. 2004 Kanunu ise "bir kişiye karşı" demek suretiyle, mağdurların farklı olması durumun-

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Akbulut, Berrin, "Zincirleme Suç&Fikri İçtima", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 2, Sonbahar 2004, s. 163 vd.

da zincirleme suçun uygulanmasını reddetmiş bulunmaktadır. İkinci olarak, öğretide suçun basit haliyle nitelikli hallerinin zincirleme suç kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmaktaydı. Esasen öğretideki hakim görüş ile uygulama, suçun temel şekli ile nitelikli şekillerinin de aynı suç sayılacağını kabul etmekteydi. Kanun şimdi bu konuyu açık bir hükümlerle bir sonuca bağlamış bulunmaktadır. Bir üçüncü farklılık, 1926 Kanunu zincirleme suç durumunda failin cezasının altıda birden yarıya kadar artırılmasını öngörürken, 2004 Kanunu bu oranı arttırmış ve dörtte birden dörtte üçe şeklinde belirlemiştir. Son olarak, 1926 Kanunu döneminde, Yargıtay'ın özellikle şahıs aleyhine işlenen suçlarda kanunda açık bir hüküm olmamasına rağmen zincirleme suçun uygulanamayacağına yönelik içtihatları, 2004 Kanunu'nda da yansımaları bulmuş ve 43. maddenin ilk şeklinde "*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında*" zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş, 27.5.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanun ile maddede yapılan değişiklik ile cinsel saldırı ile çocukların cinsel istismarı suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına tekrar olanak sağlanmıştır. Bu değişikliğin arkasında yatan neden, özellikle küçük yaşta evliliklerin bulunduğu haller ile kız kaçırma olaylarında cinsel ilişki kurulması durumunda zincirleme suç kabul edilmeyecek olduğunda, faile verilecek cezanın çok ağır olmasıdır.

Kanun'da "*bir kişiye*" ifadesinin kullanılmasının nedeninin, mağdurların farklı olması durumunda zincirleme suç müessesesinin uygulanamayacağını açıklamak olup, bundan zimmet gibi mağdurun toplum olduğu veya kamu olduğu suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı sonucunun çıkarılamayacağını daha önce açıklamıştım.⁸⁷ Bununla beraber,

⁸⁷ Hakeri, *Yeni Türk Ceza Hukukunun*, s. 319.

uygulamada çıkabilecek muhtemel tereddütleri önlemek bakımından, 27.5.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile TCK m. 43. maddenin birinci fıkrasına, *"mağdur belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır"* cümlesi eklenmiştir. Madde gerekçesinde bu değişiklik şöyle açıklanmaktadır: *"Rüşvet ve çevrenin kirletilmesi gibi, toplumu oluşturan herkesin mağdur olduğu suçlarda, muayyen bir kişi mağdur olmadığına göre, zincirleme suç hükümlerini öncelikle uygulamak gerekir. Ancak, bu son durumla ilgili olarak hukuk uygulayıcılarımızda oluşan tereddüdü gidermek amacıyla"* bu cümle eklenmiştir.

Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiille işlenmesi durumunda failin nasıl cezalandırılacağına ilişkin, uygulamamızda değişik kararlar söz konusu olmuştur. Daha eski kararlarında Yargıtay, *“her iki memuru şahıs tayin ederek aynı kelime ile tahkir etmede fikri birleşme kaidelerine göre tek suç olduğunu kabul etmek gerekir”* (4. CD., 18.2.1953, 1413/1686), *“aynı zamanda ve aynı sözlerle yapılan hakarete bir tarafta bekçiye hakareten, bir taraftan kahveciye hakareten iki ayrı ceza verilmesi yolsuzdur”* (CGK., 14.11.1983, 6-158/377) derken; daha yeni kararlarında *“birden çok görevliye sövüğü halde, suçun mağduru sayısınca suç oluşacağı gözetilmeden ve birleşme biçimi tartışılmadan tek suçtan hüküm verilmesi doğru değildir”* (4. CD., 28.2.1996, 314/1712) şeklinde içtihat edilmiştir.

Yeni Kanun’un 43/2. maddesinde düzenlenen *“aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi”* durumu öğretide *“aynı neviden fikri içtima”* olarak adlandırılmakta ve bu takdirde tek fiil ile aynı suç birden fazla mağdura yönelik olarak işlenmektedir. Hükmün uygulanabilmesi için ortada tek bir fiil olmalı ve bu fiil ile aynı suç işlenmelidir. Ancak bu tek fiil ile işlenen aynı suçun mağduru birden fazla olmalıdır. Bu du-

rum, daha çok hakaret suçlarında söz konusu olabilir. Böylece örneğin, “bütün hukuk fakülteleri öğrencileri aptaldır” diyen bir kimsenin, Türkiye’deki mevcut hukuk fakültesi öğrencisi kadar hakaret suçundan ötürü değil; tek bir hakaret suçundan ötürü cezası belirlenecek ve artırılacaktır.

Keza bir tek hakaret edici mektupla, bir kaç kişinin tahkiri halinde de, aynı hüküm ihlal edildiği için fikri içtima hali düşünülemez ve normalde kaç kişi hakarete uğramışsa, o kadar suç işlenmiş olur. Ancak burada 43/2 maddesi gereğince tek suçun işlenmiş olduğu kabul edilerek failin cezası artırılacaktır.⁸⁸

Bu hükmün örneğin bir kurşunla birkaç kişinin öldürülmesi durumunda da uygulanabilip uygulanmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Maddenin uygulanabileceği kabul edildiği takdirde, bunun adil bir sonuç olmayacağı kanaatindeyim. Uygulamada Yargıtay’ın zaman zaman verdiği kararlarında bu tip olaylarda fikri içtima kurallarını uygulamasına nazaran, bu hükmün uygulanmasının daha ağır bir cezalandırmayı sağlayacağı muhakkak ise de, özellikle öldürme suçlarında mağdur sayısı kadar suçun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Nitekim, 43/3. maddede kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında bu madde hükümleri uygulanamaz denilmek suretiyle, bu suçlarda failin hafif cezalandırılmasının önüne geçilmiştir.

⁸⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Hakeri, Hakan, *Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kolektif Hakaret*, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 405 vd.

Hareketin “bir normla beraber zorunlu olarak diğer bir normu da ihlal etmiş olması” halinde “asli-yardımcı norm” ilişkisi söz konusu olur.⁸⁹ ve bu durumda yardımcı normun sonralığı ilkesi geçerlidir.⁹⁰

Asli-yardımcı norm ilişkisinde, “ihlal edilen diğer norm, suç tipinde ne bir unsurdur, ne de ağırlatıcı sebeptir veya suç tipinde yer almamış olabilir. Failin esas amacı ve gerçekleştirmek istediği norm ihlal edildiği takdirde, bu normun ihlali ile birlikte zorunlu olarak ihlal edilmesi gerekli olan norm, uygulanabilme imkanını kaybeder. Ancak, asli norm uygulanabilme imkanına sahip olmadığı takdirde, bu tali norm uygulama alanına girer”.⁹¹ Asli-yardımcı norm ilişkisine örnek olarak TCK m. 257 gösterilebilir. Burada kullanılan “kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında” ifadesi, bu hükmün yardımcı bir norm olduğunu ve dolayısıyla asli bir normun varlığı halinde uygulanmayacağını ifade etmektedir.

⁸⁹ Önder, II, s. 528.

⁹⁰ İçel vd., *Suç Teorisi*, s. 459.

⁹¹ Önder, II, s. 528.

Keza suç tiplerinin tamamlandığı hallerde, teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması; zarar suçları karşısında tehlike suçları da asli-yardımcı norm ilişkisine örnek olarak gösterilebilir.⁹²

Nitekim, Kanun'da, *"belirli tehlikelere neden olmak başlı başına bir suç olarak tanımlandıktan sonra, bu tehlike sonucunda bir zararın meydana gelmesi haliyle ilgili olarak ayrıca özel hükümlere yer verilmemiştir"*. Bu tip bir durumda zarar meydana geldiğinde netice sebebiyle ağırlaşmış suçlara ilişkin kurallar uygulanarak ceza tayini yoluna gidilecektir. Bu tip bir durumda ise fikri içtima (TCK m. 44) hükümleri uygulanarak fail hakkında tek bir suçtan dolayı ceza tayini yoluna gidilebileceği gibi,⁹³ kanımca bir tehlike suçundan sonra, aynı konuya yönelik zararın meydana gelmesi halinde asli-yardımcı norm ilişkisine ilişkin kuralların uygulanması suretiyle de faile tek bir suçtan, yani meydana gelen zarar suçundan ötürü ceza tayini gerekeceği sonucuna da ulaşılabilir. Kanun tehlike suçlarında, zararın meydana gelmesi ile ilgili ayrı bir düzenleme yapmadığından, konunun iyi kavranması bakımından eski Kanun'dan bir örnek vermekte yarar görüyorum: Eski Kanun'un göçmen kaçakçılığını cezalandıran hükmünde (m. 201a/3), *"kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükmolunur"* denilmekteydi. Maddenin 3. fıkrasında getirilmiş bu ağırlatıcı sebepler olmadığı takdirde, göçmen kaçakçılığı suçunun faillerinin taksirle ve duruma göre muhtemel kast ile yaralama veya öldürme

⁹² Önder, II, s. 529.

⁹³ Krş. 170. ve 171. madde gerekçeleri ve Özgenç, *Gerekçeli*, s. 25; Özgenç, İzzet, "Ana Hatlarıyla TCK Tasarısı", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 111.

suçundan dolayı sorumlu tutulmaları gerekecekti. Ancak bunun için yaşam veya vücut bütünlüğü açısından bir tehlikenin değil, bir zararın oluşması aranacaktı. Bu hükümle, cezalandırılabilirlik sınırları öne çekilmiş ve daha zarar oluşmadan önce de ciddi bir tehlikenin varlığı durumunda kişilerin daha fazla cezalandırılması olanağı sağlanmıştı. Asli norm-tali norm konusu ile bağlantılı olarak bu hüküm bakımından ortaya çıkan sorun, vücut bütünlüğüne yönelik olarak sadece bir tehlikenin meydana gelmesi değil, ayrıca zararın da gerçekleşmesi durumunda faillerin ayrıca yaralama suçundan dolayı da cezalandırılıp cezalandırılmayacaklarıdır. Burada tehlikenin cezalandırılması önceki bir evrenin cezalandırılması olması dolayısıyla, sonradan zararın meydana gelmesi durumunda faili sadece meydana gelen zarardan dolayı sorumlu tutmak gerecektir. Kişinin hem yol açtığı tehlikeden hem de sonradan meydana gelen zarardan sorumlu tutulması düşünülemez: Vücut bütünlüğüne yönelik zararın mevcudiyeti halinde, asli norm-tali norm ilişkisi gereğince, faili sadece meydana gelen zarardan sorumlu tutmak gerekir. Tehlike suçu, zarar suçuna nazaran tali norm niteliğindedir.

Bu çerçevede, TCK m. 179/2 ile TCK m. 89 ilişkisine değinmek gerekir. Trafik güvenliğini tehlikeye sokan bir kimse, bu eylemi sonucunda bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet verdiği takdirde, olaya uygulanabilecek hem TCK m. 179/2 hem de TCK m. 89 söz konusu olabilecektir. Burada fikri içtima kurallarını uyguladığımız takdirde, daha ağır olan TCK m. 179/2'nin uygulanması gerekir ki, bu sonuç doğru olmaz. Halbuki uygulanması gereken içtima kuralı asli norm-yardımcı norm kuralıdır. Gerçekten de TCK m. 179/2 bir tehlike suçu olduğundan, artık zarar meydana gelmiştir ve bu norm zarar normu olan TCK m. 89 karşısında geri çekilmek durumundadır. Dolayısıyla bu tip hallerde uygulanması gereken hüküm TCK

m. 89 hükmüdür. Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir. Fail mağduru taksirle yaralamayıp, sadece güvenliğini tehlikeye soksaydı, iki yıla kadar ceza alacakken; yaraladığında alacağı ceza bir yıla kadar hapis veya adli para cezası olacaktır. Bu durumda, kişinin eylemi tamamlayıp, mağdura zarar vermesi tavsiye edilmek gerekecektir. Bu sonuç esasen Kanun'un bir tehlike suçuna, zarar suçuna nazaran çok ağır bir ceza öngörmüş olmasından kaynaklanmaktadır. Halbuki tehlike suçlarına verilecek ceza zarar suçlarına verilecek cezadan hafif olmak durumundadır. Bununla beraber, uygulamada TCK m. 179/2'nin sağlamış olduğu geniş makas içinde hareket ederek adil bir ceza tayini yoluna gidilebileceğini düşünmekteyim. Gerçekten de TCK m. 179/2 bir aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörmektedir ve meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre ceza takdir edilebilecektir.

Garantörsel ihmali suç (ihmal suretiyle icra suçu) ile saf ihmali suçun (gerçek ihmali suç) aynı anda söz konusu olduğu olaylarda, yardımcı normun sonralığı ilkesi uygulanarak, garantör sadece garantörsel ihmali suçtan cezalandırılır.⁹⁴

Bu konuya ilişkin olarak verilebilecek bir diğer örnek, TCK m. 214/1 ve 214/3 ilişkisidir. 214. maddenin 1. fıkrasında bir tehlike suçu düzenlenmiştir. 3. fıkradaki düzenleme ise bir zarar suçudur. Bu itibarla, tahrik sonucunda suç işlenmiş olursa, tahrik eden kişi 3. fıkra gereğince azmettiren olarak cezalandırılacak ve bu durumda ayrıca 1. fıkranın uygulanması asli-tali norm ilişkisi dolayısıyla söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, TCK m. 179/2'de bir tehlike suçu düzenlenmiştir: "*Kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve*

⁹⁴ Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 301.

34

idare eden kişi” cezalandırılır. Örneğin, kalabalık bir semtte caddede otomobil yarışı yapanlar bu maddeye göre cezalandırılacaklardır. Ancak bunun için, herhangi bir kimseye zarar verilmemiş olması gerekir. Eğer bu otomobil yarışı neticesinde bir kimse örneğin yaralanmış veya ölmüşse artık 179. madde tali norm olarak uygulama alanı bulmayacak, asli norm olan yaralama veya öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır (aynı şekilde, TCK m. 179/3).

TCK m. 261’de yardımcı (tali) norm niteliğindedir. Norma tali norm niteliği veren husus, “*fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde*” ifadesidir. Böylece, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir başka suçu oluşturduğu takdirde, söz konusu suça ilişkin hüküm asli norm niteliğinde olduğu için uygulanacak, TCK m. 261 uygulanmayacaktır.

Şahısta yanılma bakımından aşağıda aktaracağım sonuç üzerinde ittifak bulunduğunu söylemek mümkündür: “Gerçekten, fail iradenin gerçekleştirildiği safhada yanılmakta ve istemediği netice gerçekleşmiş olsa dahi, neticeyi gerçekleştirmek istediği konu ile gerçekleşen konu aynı nitelikte olduğu takdirde, fiil kasten işlenmiştir, suç tektir; zira Kanun aynı nitelikteki hukuki konuları aynı şekilde korur”.⁹⁵ Ancak işlenmesi istenen suçun hukuki konusu ile gerçekleşen suçun hukuki konusunun farklı olması halinde iki ayrı suçun bulunduğu kabul edilecektir. Mesela fail A’ya bastonla vurmak istemiş, fakat kaldırdığı baston B’ye ait mağazanın vitrinini kırmışsa yahut fail A’nın samanlığını yakmak için samanlığa ateş atmış, fakat ateş içerideki B’ye isabetle onu yaralamışsa, kastedilen suçla gerçekleşen suç arasında nitelik farkı vardır. Bu durumda meydana gelmemiş netice bakımından teşebbüs halinde kalan suçtan ve gerçekleşen netice bakımından ise, netice öngörülüp de istenmişse muhtemel (olası) kasttan; netice öngörülmesi gerekirken öngörülmemişse, taksirden dolayı sorumluluk söz konusu olup, bu iki suçtan ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.⁹⁶ Hemen belirtelim ki, Kanun’un

⁹⁵ Önder, II, s. 352.

⁹⁶ Dönmezer - Erman, II, s. 325.

44. madde gerekçesinde bu takdirde fikri içtima kurallarının uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁹⁷ Kanaatimce şahısta yanılma (tek neticeli yanılma), hiç bir zaman esaslı bir yanılma olarak kabul edilemez. Ortada bütün unsurları ile gerçekleşmiş bir suç vardır. Mağdurun değişmesi ise bu durumda bir değişiklik oluşturmaz. Dolayısıyla fail yanılmasaydı dahi, fiili yine suç teşkil edecekti. *“Kanun önünde suçun şu veya bu kimse aleyhine işlenmesi bakımından bir fark gözetilemez ve herkesi kanun eşit ölçüde korur”*. Bu nedenledir ki, *“yanılma veya sapma dolayısıyla suçun başka bir kişi aleyhine işlenmesi kusurluluğu kaldırıcı bir etki yapmaz”*.⁹⁸ Ceza hukukunda mağdurun şahsına göre ceza belirlenmesi usulü bulunmadığından, şahısta yanılma ceza sorumluluğuna etki etmez.⁹⁹ *“Sanık öldürücü nitelikte bir silah olan tabancasını insanların bulunduğu salon ve odaya doğru ufki vaziyette tutarak iki el ateş etmiş olmasına göre, orada bulunanlardan birinin vurulup ölebileceği bilinci içindedir. Sanık kalabalığa ateş ederek bir kişi öldürmüş olmasına göre adam öldürmek kastıyla hareket etmiş ve fakat özel olarak ölmüş olanı öldürmek istememiştir. Burada adam öldürmek istemiş olması, kastın varlığı ve suçun sübutu için yeterlidir”*.¹⁰⁰

Mağdurda yanılma halinde kusurluluğun kalkmadığı tespitini yaptıktan sonra, bu kez yanılma halinde kaç suçun bulunduğunu da ortaya koymak gerekir. Kanun’un sistemine baktığımızda yanılma halinde iki suçun varlığını kabul ettiği sonucuna varmamız mümkün gözükmemektedir, zira kanun sübjektif yöne üstünlük tanımaktadır (bkz., TCK m. 30/2). *“Gerçekten ortada biri kastedilip de gerçekleşmeyen netice*

⁹⁷ Bu gerekçenin benim de katıldığım eleştirisi için bkz., Toroslu, s. 237.

⁹⁸ Dönmezer - Erman, II, s. 323.

⁹⁹ Erem - Danışman - Artuk, s. 613.

¹⁰⁰ CGK., 5.3.1979, 1-483/95.

bakımından teşebbüs halinde kalmış kastlı bir suç, diğeri ise kastlı olmayarak gerçekleşen netice bakımından taksirli bir suç olmak üzere iki suç bulunmamaktadır. Ortada bir tek netice ve bir suç vardır". Ortada tek suçun bulunduğunu kabul edince, bu suçun failin gerçekleştirmek istediği mi, yoksa gerçekleşen suç mu olduğu sorusu ile karşılaşırız. Bunun çözümünü ise şöyle ortaya koymak gerekir: Kanun sübjektif yöne üstünlük tanımıştır. Şu halde bu tek suç gerçekleşen değil, failin gerçekleşmesini istediği suçtur.¹⁰¹

TCK m. 30/2'nin Diğer Sonuçları: Öncelikle belirtmek gerekir ki, şahısta yanılma sonucu gerçekleşen suçtaki nitelikli hallerin faile etkisi konusunda da TCK m. 30/2 uygulanacaktır ve bu konuda yukarıda "*suçun nitelikli hallerinde yanılma*" başlığı altında yaptığım açıklamalara bakılmalıdır.

Şahısta yanılma konusunda da uygulanacak bulunan TCK m. 30/2'nin diğer sonuçları şöylece özetlenebilir:¹⁰²

Madde esas itibarıyla şahısta yanılma durumunda failin ne şekilde sorumlu olacağına dair kurallar içermektedir. Dolayısıyla, yanılmanın "*esaslı olup olmadığını değil, önemli olup olmadığını halletmek isteyen bir hükümdür*".

Bu madde yalnız kasten işlenen suçlar için uygulanabilir. Taksirli suçlarda uygulanamaz.

Failin gerçekleştirmek istediği suçun tamamlanmış olması, maddenin uygulanması için aranan bir şart değildir. Dolayısıyla failin gerçekleştirmek istediği suçun teşebbüs derecesinde kalmış olması halinde de madde hükmü uygulanacaktır.¹⁰³

¹⁰¹ Dönmezer - Erman, II, s. 324.

¹⁰² Önder, II, s. 355, 356.

¹⁰³ 1. CD. 16.4.1949, 79/73

Hedefte Sapma

Bazı yazarlar hedefte sapmada da yanılmaya ilişkin kuralları uygulamak taraftarıyken, diğer bazıları sapma halinde yanılmada olduğu gibi tek değil, iki suç olduğunu kabul etmektedirler. Bunlara göre, bu suçlardan ilki failin gerçekleştirmek isteyip de gerçekleştiremediği suçtur. Bu suç bakımından netice gerçekleşmediğinden teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Diğer suç ise failin gerçekleşmesini istemediği, ancak sapma dolayısıyla gerçekleşen suçtur. Bu suç bakımından ise taksir sorumluluğunun bulunduğunu kabul ederler.¹⁰⁴ Kanun da hedefte sapma halinde bu sonucu kabul etmektedir (44. madde gerekçesi).

Bu durumda fikri içtima kuralları uygulanacaktır. Önemle ifade edelim ki, fikri içtima kurallarının uygulanabilmesi için tek neticeli sapmanın söz konusu olması gerekir. Buna karşılık, çok neticeli sapma durumunda (bkz., aşağıda “failin istediği netice ile birlikte istenmeyen neticelerin de meydana gelmesi”) fikri içtima değil, gerçek içtima kuralları uygulanacak, yani meydana gelen bütün neticelerden dolayı ayrı ayrı ceza tayin edilecektir.

Failin bir hukuka uygunluk sebebi içinde gerçekleştirilmiş olması halinde hedefte sapmaya rağmen, fail hukuka uygunluk sebebinden yararlanır. Yargıtay da aynı görüştedir: “Nefsine karşı vuku bulan silahla tecavüzü defetmek zarureti ile öldürülmesi kastedilen şahsa yapılan atışta, çıkan merminin başka bir kişiye isabetle öldürülmesinde, meşru müdafaa hali mevcuttur”.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Önder, II, s. 352, 353; Toroslu, s. 174.

¹⁰⁵ 1. CD, 26.2.1958, 567/505.

Failin İsteddiği Netice ile Birlikte İstenmeyen Neticelerin de Meydana Gelmesi: Şahista yanılma ve hedefte sapma ile ilgili olarak ele alınması gereken bir husus da öğretilerde çok neticeli sapma ve yanılma olarak da anlatılan, failin istediği netice gerçekleşmiş olmakla beraber, bunun yanında daha başka neticelerin de gerçekleşmesi durumudur. *“Aslında inceleme konumuzun yanılma ile ilgisi yoktur ve failin gerçekleştirmeyi istediği netice gerçekleştiikten sonra, daha başka suçların da meydana gelmesi halinde, mesele ya ceza tayini veya suçların içtimaı ile ilgilidir”*. Bu durumda ikili bir değerlendirme yapmak gerekir.¹⁰⁶

- Suç tekliği mi, çokluğu mu değerlendirmesi,
- Sorumluluğun kasttan mı, taksirden mi olacağı değerlendirilmesi.

Bu tip durumlarda ilkin karar vermemiz gereken husus, suç tekliğinin mi, yoksa suç çokluğunun mu kabul edileceğidir. Kanun’da bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay 765 s. TCK m. 79’a (yeni TCK m. 44) verdiği anlamdan dolayı, bu halde fikri içtima kurallarını uygulamaktadır. Örneğin, öldürmek kastı ile ateş eden sanığın tüfeğinden çıkan saçmalardan bazılarının mağdurun yanında bulunan çocuğuna da isabet etmesi halinde fikri içtima kabul edilmiştir.¹⁰⁷

Yargıtay’ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Fikri içtima kurallarının uygulanabilmesi için, neticenin tek olması şarttır. Oysa burada birden fazla netice vardır. Kanaatimce burada her neticenin bir suç oluşturduğu kabul edilerek, her suç için ayrı ayrı ceza verilmesi yoluna gidilmelidir. Yani fail her iki neticeden de sorumlu tutulmalıdır.

¹⁰⁶ Önder, II, s. 359, 361.

¹⁰⁷ 1. CD, 22.12.1983, 8933/4255.

35

Failin her iki neticeden de sorumlu tutulacağı böylece tespit edildikten sonra, tartışılması gereken bir diğer konu, fail tarafından istenen neticelerin yanında gerçekleşen diğer neticelerden dolayı failin sorumluluğunun kasttan mı yoksa taksirden mi dolayı olduğudur. Bunun için de aşağıdaki kriterleri kullanmak gerekir:

İstenmeyen, fakat yapılan hareket dolayısıyla **zorunlu** olarak gerçekleşecek olan neticelerin de kasten işlenmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Fail hareketi yaparken istediği netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceğini düşünür ve gerçekleşmesi halinde bu neticeleri de kabul etmiş olabilir. Burada da faildeki muhtemel kast (olası kast) sebebiyle, neticenin faille yüklenmesi gerekecektir.

İstenilen netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmekle beraber, bunların gerçekleşmesi istenmemiş olabilir. Gerçekleşen bu istenmeyen neticelerden fail **bilinçli** taksir dolayısıyla sorumlu olur.

Fail gerçekleştirdiği netice yanında daha başka neticelerin de gerçekleşebileceğini düşünebilmesi ve bunları öngörmesi gerekirken öngörmemiş olabilir ki, burada da istenmeyen neticeler bakımından failin **bilinçsiz** taksir ile sorumluluğu kabul edilmelidir.

**ÇOCUKLARIN KORUNMASINA YÖNELİK
GENEL OLARAK KANUN'DAKİ
DÜZENLEMELER NELERDİR?**

36

Öncelikle belirtmek gerekir ki, “*çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” anlaşılır (TCK m. 6/1-b).

Kanun çocuğunu veya babasını suç işlemeye azmettirme halinde, azmettirenin cezasının artırılacağını öngörmüştür. Bir çocuğun suça azmettirilmesi durumunda da fail, çocuğun babası, dedesi vs. olmasa dahi cezası artırılacaktır (m. 38). Böylece çocukların suç işlemek için kullanılmaları önlenmek istenmiştir.

Bunun dışında Kanun'da çocuklarla ilgili yapılan düzenlemeler kısaca ana başlıklar altında şöylece özetlenebilir:

- Kişinin cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar bağlamında, çocukların cinsel istismarı ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

- Aynı şekilde çocuklara sağlık için tehlike oluşturabilecek maddelerin verilmesi, suç olarak tanımlanmıştır.

- Mağdur çocukların korunması için kanundaki bir çok suç bakımından, mağdurun çocuk olması durumunda daha ağır cezaların öngörüldüğü görülmektedir.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Gülşen, s. 120.

36

- Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi suç haline getirilmiştir.
- İçerik bakımından müstehcen nitelikte olan ürünlerden çocukların korunmasına yönelik düzenlemeler yapılmıştır.
- Çocukların dilencilikte araç olarak kullanılması cezalandırılmaktadır.
- Çocukların fuhşa sürüklenmesi fiilleri, etkili ceza yaptırımına altına alınmıştır.
- Çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması halinde kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun cezası bir kat artırılacaktır.

Ayrıca 7.11. 1979 tarih ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu yürürlükten kaldıran, 3.7.2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu da çocuklar hakkında bazı önemli hükümler sevk etmiş bulunmaktadır. Bunlardan bazıları şöyledir:

1. Çocuğuna kötü muamele uygulayan ebeveynler hakkında Ceza Kanunu'ndaki sorumluluktan önce, Çocuk Koruma Kanunu m. 7 gereğince, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu veya Cumhuriyet Savcısı'nın istemi üzerine veya re'sen çocuk hakimi tarafından koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınabilir. Hakim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir (m. 7/4). Tedbirin uygulanması, on sekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer (m. 7/6). Koruyucu ve destekleyici tedbirlerin neler olduğu aynı Kanun'un 5. maddesinde sayılmış olup, çocuğuna kötü muamelede bulunan ebeveyn bakımından, bu maddenin c bendinde sayılan, *"çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmi veya özel bakım*

yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesi” bakım tedbiri uygulanabilecektir.

2. Çocuk Koruma Kanunu'nun 9. maddesine göre “*acil korunma kararının alınması*” da mümkündür. Buna göre, “*derhal korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için kurum tarafından çocuğun kuruma geldiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde çocuk hakimine müracaat edilir. Hakim tarafından, üç gün içinde talep hakkında karar verilir. Hakim, çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde kişisel ilişkinin tesisine karar verebilir*”. Çocuk Koruma Kanunu'nun 9/3 maddesine göre, “*kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa hakimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder*”.

3. Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiş bulunan koruyucu ve destekleyici tedbirler suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır (Çocuk Koruma Kanunu m. 11; TCK 31, 56).

4. Suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklarla korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında duruşma yapılmaksızın tedbir kararı verilir. Ancak, hakim zaruret gördüğü hallerde duruşma yapabilir (ÇKK m. 13/1). Tedbir kararının verilmesinden önce yeterli idrak gücüne sahip olan çocuğun görüşü alınır, ilgililer dinlenebilir, çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesi istenebilir (ÇKK m. 13/2).

5. Çocuk Koruma Kanunu, fiil için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı üç aydan fazla ve iki yıla kadar hapis cezasını veya adli para cezasını gerektirirse, savcı tarafından deliller toplandıktan sonra şüpheli hakkında açılacak kamu davasının belirli koşulların gerçekleşmesi halinde beş yıl süreyle ertelenebilmesine olanak tanımıştır. Erteleme kararı savcı tarafından verilecektir,

36

ancak kararın onaylanması çocuk hakiminin onayına bağlıdır. Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk bakımından, hapis cezasının üst sınırı üç yıl olarak uygulanır (ÇKK m. 19).

6. Çocuk Koruma Kanunu bir adım daha ileriye giderek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da olanak tanımıştır. 23. maddeye göre, çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis veya adli para cezası ise ve belirli koşullar gerçekleşmişse, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, çocuk, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Bu süre içinde çocuğun bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.

7. Uzlaşma bakımından da çocuklar açısından daha geniş olanaklar sağlanmış bulunmaktadır. Buna göre yetişkinlerden farklı olarak sadece soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar bakımından değil, ayrıca kasten işlenen ve alt sınırı iki yılı aşmayan hapis veya adli para cezasını gerektiren ya da taksirle işlenen suçlarda da uzlaşma mümkün kılınmıştır. Ayrıca suç tarihinde on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar bakımından bir olanak daha sağlanarak, hapis cezasının alt sınırının üç yıl olacağı hükme bağlanmıştır (ÇKK m. 24).

8. Çocuk Koruma Kanunu'nun 36. maddesine göre, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilen, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı onanan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen çocuğun denetim altına alınmasına karar verilebilir.

CEZA KANUNU'NDAKİ EN AĞIR CEZALAR HANGİ SUÇLAR İÇİN ÖNGÖRÜLMÜŞTÜR?

37

Kanun'un öngörmüş bulunduğu en ağır ceza ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olup, şu suçlar için öngörülmüştür:

1. Soykırım,
2. İnsanlığa karşı suçlar,
3. Ağır kasten öldürme,
4. İşkence sonucu ölüm,
5. Cinsel saldırı sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü,
6. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma,
7. Düşman devlet ordusunda bir komuta görevi üstlenme,
8. Askeri tesisleri tahrip suçunun Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin çıkarı için işlenmiş olması ile devletin savaş hazırlıklarını veya savaş kudret ve yeteneğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş olması,
9. Düşman askeri hareketleri yararına anlaşma sonucu düşman askeri hareketlerinin fiilen kolaylaşmış olması veya Türk Devleti'nin askeri hareketlerinin zarar görmüş olması,

37

10. Cebir ve şiddet kullanarak Anayasa'yı ihlal,
11. Cumhurbaşkanına suikaste bulunulması,
12. Cebir ve şiddet kullanarak TBMM'yi ortadan kaldırmaya veya görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etme,
13. Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme,
14. Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devlet yararına veya savaş sırasında işlenen veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokan casusluk,
15. Savaş zamanında işlenen veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakan gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklama,
16. Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devlet yararına işlenmesi.

Öncelikle mahkemeler tarafından bir suç sebebiyle hükmedilen para cezalarını, idari para cezalarından (örneğin trafik polisinin yazdığı ceza gibi) ayırmak için, para cezalarına adli para cezası adı verilmiştir.

Eski Kanun'a para cezaları sistemi konusunda yöneltilen en büyük eleştiri, enflasyonla beraber para cezaları miktarlarının erimesi ve bunun önüne geçmek için memur maaş katsayısı vs. gibi ölçütlerle cezaların yükseltilmesi idi.

Yeni Kanun bir çok yabancı ülkede başarıyla uygulanan "*gün para cezası sistemi*"ni benimsemiştir (m. 52). Buna göre Kanun'da para cezalarının miktarı belirtilmemiş, sadece günü belirtilmiştir. Örneğin, dolandırıcılık suçunun cezası hapis cezasının yanı sıra beş bin güne kadar adli para cezasıdır (m. 157). Hakim beş bin güne kadar adli para cezasından, beş günden az olmamak kaydıyla bir günü belirleyecektir. Örneğin, 100 gün adli para cezasına karar verecektir. Ondan sonra failin ekonomik durumu önem kazanacaktır. Hakim her gün için belirli bir miktar belirleyecektir. Bu miktar 20 ile 100 lira arasında bir miktar olacaktır. Örneğin hakim günlüğü 50 lira olarak belirlemiş

38

olsun. Bu durumda, $100 \text{ gün} \times 50 \text{ lira} = 5000 \text{ lira}$. Böylece adli para cezasının toplam miktarı 5000 lira olacaktır. Diyelim ki, dolandırıcılık suçunu işleyen kimsenin maddi durumu iyidir. O takdirde hakim 100 günü belirledikten sonra, maddi durumu iyi olduğu için günlüğü örneğin 95 lira olarak belirleyebilecektir. Bu durumda $100 \text{ gün} \times 95 \text{ lira} = 9500 \text{ lira}$. Böylece adli para cezalarının caydırıcı olması sağlanacak, adil bir cezaya hükmedilebilecektir. Kişinin maddi ve şahsi durumuna göre cezanın miktarı yükselebilecek, dolayısıyla ekonomik yönden zayıf bir kimse için daha düşük; buna karşılık kuvvetli bir kimse için daha yüksek bir para cezasına hükmedilebilecektir. Bu suretle, zengin olduğu için para cezalarından etkilenmeyecek kimselerin, suç işlemeleri önlenmiş olacaktır. Aslında bazı yabancı ülkelerde bizdeki gibi 20 ile 100 lira arasında bir miktar şeklinde bir belirleme yapılmamakta, failin ekonomik durumuna göre hakime bu konuda takdir hakkı tanınmaktadır. Ancak ülkemizde kayıt dışı ekonominin boyutları ve herkesin gerçek gelirinin saptanmasının güçlüğü dolayısıyla böyle bir yola gidilmiştir.

**BELİRLİ HAKLARI KULLANMAKTAN
YOKSUN BIRAKILMA YAPTIRIMI İLE İLGİLİ OLARAK
GETİRİLEN YENİ SİSTEMİN ESASLARI NELERDİR?**

Suç işleyen herkes hak kullanmaktan yoksun bırakılmaz. Hak yoksunluğu için işlenen suçun kasıtlı bir suç olması, yani taksirle işlenmiş bir suç olmaması ve suç neticesinde hapis cezasına mahkum edilmesi gerekir. Adli para cezasına mahkumiyet durumunda da hak yoksunluğu söz konusu olmaz.

Böylece, kasıtlı bir suç işleyip de hapis cezasına mahkum edilen kimse aşağıdaki hakları kullanmaktan yoksun bırakılır (m. 53):¹⁰⁹

1. Kamu görevinin üstlenilmesi.
2. Seçme ve seçilme ehliyeti ile diğer siyasi hakları kullanmak.
3. Velayet hakkı; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmak.

¹⁰⁹ Mahkumiyetin süresine bakılmaksızın belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma yaptırımının öngörölmüş olması öğretide haklı olarak eleştirilmektedir, "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004, s. 303.

39

4. Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmak

5. Kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğunda icra etmek.

Eski Kanun bazı haklardan mahrumiyeti ömür boyu mahrumiyet olarak kabul etmiş ve bunların ancak yasak hakların geri verilmesi muhakemesi sonucunda mahkemece kaldırılabilceğini öngörmüştü. Yeni Kanun ise isabetli olarak bunların ancak cezanın infazı süresince geçerli olacağını, infaz bitince hak yoksunluklarının da kural olarak otomatikman sona ereceğini kabul etmiştir. Bu sebeptendir ki, artık mevzuatımızda “*memnu hakların iadesi*” kurumu yer almamaktadır. Bununla beraber 53. maddenin 1. fıkrasında belirtilen hak ve yetkilerden birinin (örneğin hekimlik görevinin) kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkumiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir (TCK m. 53/5). Keza adli para cezasına mahkumiyet halinde de belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma söz konusu olamayacak ise de, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adli para cezasına mahkumiyet durumunda da, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adli para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar (TCK m. 53/5).

Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen de hak yoksunluklarına tabi olacak mıdır? Bu sorunun cevabı, kural olarak evettir. Ceza er-

telense ve hükümlü koşullu salıverilse de kişi belirtilen hakları kullanamaz. Ancak bu iki halde, hükümlünün kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri bakımından hak yoksunluğu söz konusu olmaz.

Ancak, ertelenen ceza kısa süreli hapis cezası ise, yani bir yıl veya daha az hapis cezası ise, bu takdirde hak mahrumiyeti söz konusu olmaz.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında izne tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğunda icra etmek yoksunluğuna karar verip vermemek konusunda ise hakime takdir yetkisi tanınmıştır: TCK m. 53/3 gereğince, mahkum olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında TCK m. 53/1-e bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir. Böylece kişi örneğin avukat ise, mahkeme cezayı ertelediğinde, bu madde gereğince bu kimse hakkında bu hak yoksunluğunun uygulanmamasına ayrıca karar verilecektir.

Bugün toplumumuzdaki sorunlardan birisi de, özellikle hırsızlık, gasp gibi malvarlığı aleyhine işlenen suçların faillerinin bu suçları devamlı olarak işlemeleridir. Kanun önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra belirli bir süre içinde tekrar suç işleyenlere yönelik özel düzenleme yapmıştır. Bunun en önemli sonucu, bu kimselerin cezalarının infazının özellik arz etmesi (koşullu salıverilme süresinin uzaması, ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda artık koşullu salıverilme yapılmaması) ve bu kimselerin cezalarının infazından sonra haklarında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasıdır (TCK m. 58).

Bilindiği üzere 647 sayılı eski İnfaz Kanunu ile 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu arasında şöyle bir ilişki vardı: İnfaz Kanunu'nda hürriyeti bağlayıcı ceza türleri arasında (ağır hapis, hapis, hafif hapis) infaz yönünden bir ayırım söz konusu değildi. Ancak özellikle erteleme, tekerrür, zamanaşımı, adli tevbih gibi hususlar bakımından bu ayırım değerini korumaktaydı. Hatta ceza muhakemesi yönünden dahi, tutukluluk, mahkemelerin görev ve yetkileri gibi konularda da bu ayırım önem taşımaktaydı.

Bunların dışında olay daha ceza hakiminin elinden kesinleşmiş bir hükümlerle çıkmadan önce uygulanacak bazı hükümler de İnfaz Kanunu'nda düzenlenmişti. Örneğin; kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler ile cezaların ertelenmesi gibi.

Yeni sistemde ise her kurum ve kavramın yerli yerinde düzenlendiği görülmektedir. Örneğin, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar (TCK m. 50) ile hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51) müesseseleri artık İnfaz Kanunu'nda değil, ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir, zira bunlara infaz aşamasından önceki bir safhada hakim tarafından karar verilmektedir. Buna karşılık koşullu salıverilme artık saf bir infaz kurumu olarak eski Kanun'da da olduğu gibi İnfaz Kanunu'nda düzenlenmiş bulunmaktadır.

- Yüksek Güvenlikli Kapalı,
- Kadın Kapalı,
- Çocuk Kapalı,
- Gençlik Kapalı,
- Açık Cezaevleri Ve
- Çocuk Eğitim Evleri.

Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarında kalanlar ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum olanlar ile süresine bakılmaksızın, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgütün faaliyeti çerçevesinde Ceza Kanunu'nda yer alan insanlığa karşı suçları, kasten öldürme suçlarını, uyuşturucu suçlarını, devletin güvenliğine karşı suçları veya anayasal düzene karşı suçları işleyen kimselerdir.

Yeni Kanun'da cezaların içtimai kurumu düzenlenmemiştir. Buna göre, her ceza bağımsız olarak verilecek ve infaz edilecektir. Nitekim 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 99. maddesine göre, *"bir kişi hakkında hükmolunan her bir ceza diğerinden bağımsızdır, varlıklarını ayrı ayrı korurlar"*.

Ancak, bir kimsenin birden fazla cezaya hükümlülüğü durumu, cezanın infazı aşamasında göz önünde bulundurulacak ve buna özellikle koşullu salıverilme bakımından bir takım sonuçlar bağlanacaktır. Nitekim 5275 sayılı Kanun'un 99. maddesine göre, *"bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler bulunur ise, 107. maddenin uygulanabilmesi yönünden mahkemeden bir toplama kararı istenir"*. Bu karar duruşma yapılmaksızın verilir ve karar verilmeden önce savcı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmeleri istenebilir (CGTİK m. 101/1).

CGTİK 99. madde gereğince *"cezaların toplanması gerektiğinde, bu hususta karar vermek yetkisi, en fazla cezaya hükmetmiş bulunan mahkemeye, bu durumda birden çok mahkeme yetkili ise son hükmü vermiş olan mahkemeye; hükümlerden biri doğrudan*

43

doğruya bölge adliye mahkemesi tarafından verilmiş ise, bölge adliye mahkemesine, Yargıtay tarafından verilmiş ise Yargıtay'a aittir" (CGTİK m. 101/2).

Bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay'dan başka mahkemeler tarafından verilmiş olan bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir (CGTİK m. 101/3).

Yeni Ceza Kanunu'nda cezaların ictimai kurumunun düzenlenmemesine rağmen, Kanun'un 76. maddesinin 2. fıkrasında "soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek ictima hükümleri uygulanır" denilmektedir. Burada gerçek ictimadan bahsedilmekle beraber, kanunda gerçek ictima kurumu düzenlenmemiştir. Bu bakımdan bu hükmün, "mağdur sayısınca ayrı ayrı ceza tayin edilir" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.

**SOYKIRIMIN SUÇ HALİNE GETİRİLMESİ
TÜRKİYE BAKIMINDAN OLUMSUZ SONUÇLAR
DOĞURABİLİR Mİ?**

44

Yeni Kanun'da kabul edilen yeni suç tiplerinden biri de 76. maddede düzenlenmiş bulunan soykırım suçudur.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, tarihimizde soykırım söz konusu olmadığından böyle bir hükümden çekinilmesini gerektirecek haklı bir gerekçe bulunmamaktadır. Kaldı ki, kanunlar yürürlüğe girdikten sonra işlenecek suçlara uygulanacağından, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlara bu hüküm uygulanmayacaktır.

İkinci olarak vurgulamak gerekir ki, 76. maddede yaptırım altına alınan eylemler, bu suç tipi olmasa dahi, eski Kanun'a göre de, yeni Kanun'a göre de zaten öldürme, yaralama vb. suçları gerçekleştirdiğinden, cezalandırılabilmekteydi. Yani bu eylemler ilk defa 76. madde ile yaptırım altına alınan eylemler olmayıp, 76. maddedeki koşullar çerçevesinde artık bu eylemler soykırım adı altında cezalandırılacaktır.

İhmali bir davranışla bir neticenin meydana gelmesine sebebiyet veren herkesin, bu neticeden dolayı sorumlu tutulması düşünülemez. Bunun için bir ek şarta gereksinim vardır. Bu ek şart, kişinin neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü olmasıdır. Neticeyi önlemek hususunda hukuken yükümlü kişiye “garantör” adını vermekteyiz. Garantörlüğün kaynağı yeni Kanun’un 83. maddesine göre üç türlü olabilir:¹¹⁰

1. Kanuni bir düzenleme,
2. Sözleşme ve
3. Önceden gerçekleştirilen davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması.

Bu üç durumu ayrıntılı olarak ele alalım ve örnekler verelim:

¹¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı*, s. 124 vd; Hakeri, Hakan, “Yeni Türk Ceza Kanununda, Hayata Karşı, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, İşkence ve Eziyet, Terk ve Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi, Çocuk Düşürme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, *Şanlıurfa Barosu Dergisi*, 2005/1, s. 27 vd.

1. Kanuni Düzenlemelerden Kaynaklanan Garantörlükler

a. Doğal Bağlılık: Doğal bağlılık, öncelikle bir ailenin üyeleri arasında söz konusudur. Böylece ilkin aile içindeki en yakın kimseler, ilke olarak birbirlerini tehdit eden vücuda, hayata yönelik tehlikeleri önlemekle yükümlüdürler. Gerçekten de bir başkası için yardım yükümlülüğü normalde ancak acil durumlarla ilgili olarak geçerli iken (TCK m. 98/2), bir ailenin üyeleri tehlikede bulunan diğer üyenin acı çekmesini veya ölmesini seyretmeleri halinde yerine göre yaralama suçundan, hatta adam öldürmeden sorumlu tutulacaktırlar. Bu kapsamda aşağıdaki durumlar garantörlük kaynağı olarak söz konusu olabilir:

aa. Ebeveyn-Çocuk İlişkisi: Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesinde *"ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler"* denilmektedir. 324. maddede ise, *"ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdürler. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir"*. Keza aynı Kanun'un nafakaya ilişkin 364. maddesi de usul ve fûrua birbirine yardım yükümlülüğü yüklemektedir. Bundan başka, Medeni Kanun'un 185, 327, 339, 346, 368 ve 369. maddelerine dayanılarak da garantörlüğün bulunduğu kabul edilebilir.

Çocuklar da ebeveyne karşı garantördürler. Medeni Kanun çocukların da ebeveyne karşı garantör olduğuna ilişkin

açık hükümler içermektedir. Nitekim yukarıda da temas etmiş bulunduğumuz 322. madde yardım yükümlülüğünden bahsederken, “birbirlerine” ifadesini kullanmak suretiyle ebeveyn ve çocuğun karşılıklı olarak bu yükümlülüğe sahip olduklarını açıkça belirtmiştir. Keza Medeni Kanun’un 364. maddesi de bu konuda gayet açıktır: “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür”. Bu sonuncu hükümde kastedilen her ne kadar maddi yardım ise de, bu hükümden vücut ve yaşama yönelik garantörlük yükümlülüğünün öncelikle kabulünün mümkün olacağı kanısındayız

bb. Eşler Arasında Garantörlük: Medeni Kanun’un 185/III maddesi eşlerin birbirlerine karşı yükümlülüğünün hukuksal dayanağını göstermektedir:

“Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar”.

Keza aynı Kanun’un 195. maddesine göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde eşler hakim müdahalesini isteyebilirler. Hakim gerektiği takdirde kanunda öngörülen önlemleri alır.

Bugün öğretilerde eşlerin birbirlerinin yaşam, sağlık ve özgürlüğünün korunması hususunda mükellef oldukları hususu tamamen tartışmasızdır.

b. İkame İlişkiler: Ebeveyn-çocuk ilişkisi bakımından hukuken tanınmış ikame ilişkiler vardır: Evlat edinme ve vesayet. Bunlar açısından yukarıda ebeveyn-çocuk ilişkisi ile ilgili olarak söylenenler aynen geçerlidir. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nun 314. maddesi hükmüne göre de, “ana babaya ait olan haklar ve yükümlülükler, evlat edinene geçer”.

c. Polis ve gardiyan gibi kamu görevlileri de kanunla kendilerine yüklenen görevlerinden ötürü garantördürler.

2. Sözleşmeden Kaynaklanan Garantörlük

Bugün öğretilerde sözleşmeden kaynaklanan garantörlük için açık bir sözleşmeden ziyade “gönüllü bir üstlenme”nin bulunması yeterli görülmektedir. Burada fail üstlenme hareketi dolayısıyla sorumluluğu kendi üzerine almaktadır. Örneğin, bir görme engelli bir kimseyi caddede karşıdan karşıya geçiren kimse garantör olmaktadır, zira burada bir gönüllü üstlenme vardır ve bu üstlenmeye rağmen, görme engelli kimsenin caddede ortasında bırakılması halinde, meydana gelen zararlardan sorumluluk söz konusu olacaktır (Zaman zaman garantörlüklerin bir olayda çakışması söz konusu olabilir. Nitekim bu örnekte, öngelen tehlikeli hareketten kaynaklanan garantörlük de düşünülebilir).

Bunun tipik örneği, çocuk bakıcısının çocuğa göz kulak olmayı kabul etmesidir. Keza hemşireler, korumalar (body-guard), antrenör, yüzme öğretmeni, cankurtaran, itfaiye eri, dağ rehberi de buna örnek olarak gösterilebilir. Garantörlük, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenilmesi ile oluşur.

Hekimler bakımından kanunen hastalara bakmakla yükümlü oldukları hal dışında (Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesi ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. maddesi) hekimlerin bir hastanın bakımını üstlenmesi dolayısıyla garantörlüğün kaynağı, gönüllü üstlenmedir.

3. Öngelen Tehlikeli Eylemden Kaynaklanan Garantörlük.

Kanun'un 83/2-b bendinde düzenlenmiş bulunan bu garantörlük türünde, davranışı ile bir zarar doğması tehlikesine neden olan kişinin zararın meydana gelmesini önleme yükümlülüğünden kaynaklanan garantörlük söz konusudur. Bir kimsenin bazı olaylara neden olması veya o olayların gelişimine seyirci kalması diğer hukuki değerler bakımından zararlı sonuçlara yol açmamalıdır. Böyle bir muhtemel zarar halinde, netice önlenmek zorundadır. Fail önceki hareketi ile bir başkasını yüksek bir koruma ihtiyacının bulunduğu ve yardım olmaksızın kendini kurtaramayacağı bir duruma sokmaktadır. Öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükte failin bizzat kendisi tehlikenin kaynağıdır. Yaptığı şey başkalarını tehlikeye soktuğundan, bu tehlike kaynağını da kapamalı, tehlikenin neden olabileceği sonuçları önlemelidir. Burada neticeye neden olma ile neticeyi önlemeyi ihmal birlikte söz konusu olmaktadır. Gerçekten de failin neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını, failin nedensellik serisini bizzat harekete geçirmiş olması oluşturmaktadır.

Bu tür garantörlüğe örnek olarak şu olay gösterilebilir: Bir motosiklet sürücüsünün dikkatsizce yola çıkan bir kimseye çarpmamak için motoru çevirip, yoldan çıkması. Bu olayda sürücünün düştüğü yerden çıkabilmesi ve başka zararların da meydana gelmemesi için yardıma ihtiyacı vardır. Yola çıkan kişi garantör olarak yardım etmekle mükelleftir, zira motor sürücüsü onun zarar görmemesi için tehlikeli duruma düşmüştür, öngelen tehlikeli eylem de ondan kaynaklanmaktadır.

Bir başka örnek; Piyasaya sürüldüğünde herhangi bir tehlikesi saptanmamış bulunan ve fakat daha sonra zararlı yönleri tespit edilen ürünlerin ya toplanması ya da sahiplerinin uyarıl-

ması gerekir. Yine, köpeğinin saldırısına uğrayan bir kimseye yardım etmeyen kişi bakımından ihmal suretiyle yaralama veya öldürme suçu söz konusu olacaktır.

Bu arada önemle açıklamak gerekir ki, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, özellikle trafik kazası sonucu bir kimseye çarpan sürücülerin, mağdurun ölümü halinde normalde taksirle adam öldürmeden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalarına neden olabilir. Gerçekten de öngelen tehlikeli eylemin taksirli olduğu hallerde, bunu takip eden neticeyi önlememe hareketinin kasti olması durumunda, öngelen eylemden doğan garantörlüğün büyük bir pratik önemi söz konusu olmaktadır. Zira öngelen tehlikeli icrai eylemden dolayı zaten sorumluluk vardır ve fakat bunu takip eden ihmali hareketten sorumluluğun dayanağı öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük olmaktadır. Nitekim dikkatsizlikle çarptığı bir kimseye durup da yardım eden sürücü, mağdurun ölümü halinde taksirle adam öldürmeden ötürü sorumlu olacakken; yardım etmeksizin olay yerinden kaçması durumunda öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük dolayısıyla -kasti mevcut ise; muhtemel kast da yeterlidir- ihmal suretiyle kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulur.

Önemle ifade etmek gerekir ki, kanunda yazılı bu unsurların dışında, garantörsel ihmali suçlara ilişkin yazılı olmayan unsurlar da vardır. Bunlar hareket olanağı ve beklenebilirliktir. Hareket olanağından kasıt, bir kimsenin ihmalinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için hareket etmesinin mümkün olmasıdır. Böylece, yüzme bilmeyen kocayı, eşini denize atlayıp da kurtarmamasından ötürü sorumlu tutmak mümkün olmaz. Beklenebilirlik ise somut olayda kişinin hareketinin ne ölçüde ondan beklenebilir olduğunun araştırılması gerektiğini anlatır.

45

Kişinin kendini tehlikeye atması ondan beklenemez. Köpek balıklarının eşinin çevresinde yüzdüğü bir denize atlamasını kocadan bekleyemeyiz.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus, yeni Kanun'un, ihmali suçlarda failin cezasında indirimi öngören bir çok kanun gibi, 83/3. maddede failin cezasında indirim yapılabilmesinin mümkün olduğunu açıklamış olmasıdır.

Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Bir neticeyi önlemek konusunda hukuksal yükümlülüğü olmayan kişi, tehlikede olan birine yardım etmediği takdirde cezalandırılmayacak mıdır? Kanun bu konuyu da düzenlemiştir. Hukuksal yükümlülüğü olan kimseler yardım etmedikleri takdirde öldürme veya yaralama suçundan sorumlu tutulurken; hukuksal yükümlülüğü olmayan kimselerin yardım etmemesi durumunda *"yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi"* suçu (m. 98) oluşacaktır. Böylece örneğin bir trafik kazasını görüp de olay yerinde durup yardım etmeyen veya durumu yetkili mercilere bildirmeyen diğer araç¹¹¹ sürücülere bu madde hükmüne göre bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaklardır.

Konuyla doğrudan bağlantılı olarak şöyle bir sorun ortaya çıkabilir: Boğulmakta olan komşunun oğlu ile kendi oğlundan sadece birini kurtarabilecek durumda olan baba, komşunun oğlunu kurtarırsa sorumlu tutulabilir mi? Soru, insanların yerine getirmekle yükümlü oldukları iki yükümlülükten hangisini tercih ettikleri takdirde cezalandırılmayacaklarını ilgilendirmektedir. Bu tür durumlarda bakılacak şey şudur: Kişi öncelikle daha üstün değerde olan yararı kurtarmakla yükümlüdür. Örneğin aynı durumda bir köpek ile bir insan

¹¹¹ Bkz., 52. soru.

tehlikede olsa, öncelikle insanın kurtarılması tercih edilme-
lidir. Ancak verdiğimiz örnekte kurtarılacak olanların ikisi
de insandır. Yani eşit değerdedir. Fakat bunlardan birisinin
kişinin kendi oğlu olması, onun kurtarılmasının daha üstün
nitelikte olduğunu göstermez. Kişi kendi oğlunu da, komşu-
nun oğlunu da kurtarsa, cezalandırılmayacaktır. Kendi oğlu
yerine komşunun oğlunu tercih etmesi, hukuk düzeni önünde
her ikisinin de yaşamı aynı değerde olduğundan, babanın bu
nedenle cezalandırılmasına engel oluşturur.

765 sayılı TCK 463. maddenin gerek ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine, gerekse adil yargılanma hakkına aykırı olduğu, objektif sorumluluğa yol açtığı gerekçesiyle kanundan çıkarılması gerektiği öğretide öteden beri savunulmaktaydı.¹¹² Ancak uygulamada büyük kolaylık sağlaması ve sıkça uygulanması dolayısıyla, bu hükme 2003 Tasarısı'nda dahi yer verilmişti.¹¹³ Fakat Kanun isabetli olarak modern bir ceza kanununda böyle bir kuralın bulunamayacağı düşüncesiyle, bu konuda bir hüküm sevk etmemiştir.

Bu durumda değerlendirilmesi gereken konu, birden fazla kimse tarafından işlenip de asli failin belli olmadığı hallerde, nasıl bir karar verilmesi gerekeceğidir. Bunu somut örnekler üzerinde değerlendirmekte yarar vardır:

¹¹² Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, C.I, Ankara 1995, s. 180 vd.; Ünver, Yener, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", *Ceza Hukuku Günleri*, İstanbul 1998, s. 150; Özgenc, İzzet, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul 1996, s. 314.

¹¹³ 463. maddenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru üzerine, mahkeme 1968 yılında verdiği karar ile, maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığını açıklamıştır (11.6.1968, 1967/24, 1968/48).

Örnek Olay 1: Beş kişi, bir kimseyi öldürmek üzere anlaşır, pusu kurarlar. Hepsi mağdura ateş eder, ancak sadece bir kurşun isabet eder veya sadece bir kurşun ölüme sebebiyet verir. Ancak bu kurşunun kimin silahından çıktığı, dolayısıyla asıl ölüme sebebiyet veren hareketi kimin yaptığı belirlenemez.

Bu takdirde, 463. madde olsun veya olmasın çözüm şöyle olmak gerekir. Bu beş kişi bir kimseyi öldürmek üzere anlaştıklarından, aralarındaki iştirak iradesi bunların eylemini bir bütün olarak değerlendirmemizi sağlar. Bu nedenle, faillerin aralarında iştirak iradesi olduğu ve hepsinin de müşterek fail olarak hareket ettiği olaylarda artık kimin eylemi ölüme sebebiyet verdi diye bir araştırma yapılmaz. Eylem bir bütün olarak değerlendirilir ve bütün müşterek failer tamamlanmış kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulurlar.

Örnek Olay 2: Beş kişi müşterek düşmanları olan kimseyi öldürmek üzere tesadüfen, aynı yer ve aynı zamanda mağdura ateş ederler, ancak bunlardan sadece birinin kurşunu isabet eder veya sadece bir kurşun ölüme sebebiyet verir. Ancak bu kurşunun kimin silahından çıktığı, dolayısıyla asıl ölüme sebebiyet veren hareketi kimin yaptığı belirlenemez.

1 nolu olayda çözümümüz kolaydı. Kişiler arasında iştirak iradesinin varlığı, eylemi bir bütün olarak değerlendirmemizi sağlıyor ve kimin silahının isabet ettiği veya öldürücü olduğunu araştırma gereksinimi duymuyorduk. Fakat bu olayda iştirak iradesinin bulunmaması, herkesin müstakil rolünün tespitini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla bu tespit yapılamayınca, bu kez "*şüpheden sanık yararlanır*" kuralını uygulamak durumunda kalmaktayız. Gerçekten de faillerden örneğin bir tanesi kişiye isabet dahi ettirememişse ve biz bu failin hangisi olduğunu tespit edemiyorsak, bu kimseyi de tamamlanmış

46

adam öldürmeden sorumlu tutmamız adil olmayacaktır. Bu kimsenin aslında sorumluluğu adam öldürmeye teşebbüsten dolayı belirlenmek gerekir. Ancak, bu arada bir (veya birkaç) kişi de tamamlanmış adam öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Fakat bunları da belirleyememekteyiz. O zaman devlet gücünü kullanan organların tespitteki zaafalarını faillere yüklemek doğru olmaz. Bunu faillere yüklemek demek, hepsini tamamlanmış adam öldürmeden dolayı sorumlu tutmak demektir. Halbuki içlerinde eylemi teşebbüs derecesinde kalmış olan (veya olanlar) vardır. O zaman bu zaafı faillere yüklemeyip, “*şüpheden sanık yararlanır*” evrensel kuralını uygulayarak, bütün failleri “*adam öldürmeye teşebbüs*”ten dolayı sorumlu tutmak gerekecektir. Burada elbette bir (veya birkaç) kimsenin aslında tamamlanmış adam öldürmeden ceza alması gerekirken, daha hafif cezalandırılacakları da doğrudur. Ancak masum bir kimsenin fazla ceza almasındansa, daha fazla ceza alması gereken bir kimsenin daha az cezayla kurtulmasını bir hukuk devleti daha üstün tutmak durumundadır.

Örnek Olay 3: Beş kişi bir kimseyi öldürmek üzere anlaşmıştır. Bunlardan üçü müşterek fail, diğer ikisi yardım edendir. Mağdur ölmüş, ancak kimlerin fail, kimlerin yardım eden olduğu belirlenememiştir. Burada da “*şüpheden sanık yararlanır*” kuralı gereğince, bütün failleri yardım eden olarak sorumlu tutmak gerekecektir. Zira devlet faillerin kim olduğunu belirlemeyip, bu zaafını da aslında yardım eden olarak az ceza alması gereken kimseleri de fail olarak daha ağır cezalandırarak ört bas edemez. O nedenle, asgari sorumluluk şekli olan “*yardım eden*” olarak bütün şerikleri sorumlu tutmak gerekmektedir.¹¹⁴

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özgenc, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 294 vd.

Eski Kanun'a göre müessir fiil olarak adlandırdığımız suçun, yeni Kanun'daki ismi "yaralama"dır. Yaralamadan anlaşılması gerekenin ne olduğu, suçun basit şeklinin düzenlendiği 86/1. maddede ifade edilmektedir: "Kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan" her davranış yaralamadır.

Eski Kanun'dan farklı olarak maddenin başında "katil kasdiyle olmaksızın" terimlerine yer verilmemiştir. Ancak, bu suçun gerçekleşebilmesi için elbette failin yaralama kastı ile hareket etmesi gerekecektir. Failin kastının öldürme olup da, neticede failin yaralanmasının söz konusu olduğu hallerde, teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Buna karşılık failin kastının yaralama olup da, neticenin ölüm şeklinde gerçekleşmesi durumunda eski 452. maddeye tekabül eden yeni 87/4 uygulanacaktır.

Suçun basit şekli için öngörülen cezanın yeni Kanun'da artırıldığını ve makasın açıldığını görüyoruz. Eski Kanun'da altı aydan bir yıla kadar olan hapis cezası, yeni Kanun'da bir yıldan üç yıla kadar olmak üzere artırılmıştır.

47

Bu bakımdan yapılan en önemli değişiklik, eski Kanun'da bulunan ve tabibin vereceği on veya yirmi gün gibi sürelerle göre cezanın tayini sisteminin terk edilmiş olmasıdır. Bu suretle, hakim, fiilin kişi üzerindeki etkisine göre, cezayı tayin konusunda takdir yetkisi genişletilmiş ve tabiplerin yerine göre sübjektif raporlarına bağlılığı bir ölçüde azaltılmış bulunmaktadır. Gün esası üzerinden ceza tayini sıkıntı yaratması nedeniyle tabiplerin de şikayet ettikleri konulardan birini oluşturmaktaydı.

Eski Kanun'da 456/4. fıkrada yer alan suçun hafifletici nedeni ise 88/2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, fiilin kişi üzerindeki etkisi, örneğin basit bir plaster ile ya da kafasına taş atılan kimsenin basit bir dikişle tedavisinin yapılmasında olduğu gibi basit bir tıbbi müdahaleyi gerektirecek ölçüde hafif olursa, faile daha az bir ceza verilecek ve suçun soruşturma ve kovuşturması mağdurun şikayeti üzerine yapılacaktır. Hemen belirtelim ki, "*basit tıbbi müdahale*" kavramının uygulamada karışıklıklara yol açacağı ifade edilmekte, bu kavramın tıbbi bir kavram olmadığı açıklanmaktadır. Keza müdahalenin basit olup olmadığının, müdahaleyi yapan hekimin uzmanlığına göre de değişebileceği, örneğin bir cerrah için basit müdahale sayılabilecek bir hususun, bir pratisyen için basit olamayabileceği söylenmektedir.

Ancak bu halde de, öngörülen cezanın eski Kanun'dan daha ağır olduğuna işaret etmek isterim. Bu durumda hakim hapis cezası yerine beş günden az olmamak üzere (TCK m. 52/1) adli para cezasına da hükmedebilecektir.

TCK m. 86/3. fıkrada kasten yaralama suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bunlardan a ve c bentlerinde sayılanlar tümüyle, b bendinde sayılan ise mağdurun çocuk olması dışında kasten öldürme suçunda da öngörülmüş nitelikli hallerdir. Maddede kasten öldürme suçundan farklı olarak öngörülmüş bulunan ağırlatıcı nedenler suçun,

- Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ve

- Silahla işlenmesidir.

Kamu görevlisinin, zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmemekte (Krş. m. 256); silahın tanımı de yeni Kanun'un 6/1-f maddesinde yapılmaktadır.

Burada 86 ve 88. maddelerde 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan ortaya çıkan bir sorun, 86/2. maddede söz konusu olan şekilde yaralamanın nitelikli halinin işlenmesi ve fakat meydana gelen yaralamanın basit bir tıbbi müdahaleyi gerektirecek ölçüde hafif olması durumunda (m. 88/1) nasıl hareket etmek gerekeceği yönündeydi. Kanun değişmeden önce gerek hakim ve savcılarla, gerekse avukatlarla yapılan eğitim seminerlerinde, bu durumda öğretilen ileri sürülen "engelleme etkisi" müessesesini uygulamak gerektiğini savunmuştum. Buna göre, bir olayda hem cezayı artıran hem de cezayı azaltan nitelikli haller birbirini bertaraf eder nitelikte iseler, cezayı azaltan nitelikli halin mevcudiyeti, cezayı artıran nitelikli halin uygulanmasını engeller. Burada da olayda 88/1. maddenin uygulanması, 86/2'nin uygulanmasını bertaraf eder nitelikteydi, zira her iki madde ayrı ayrı ceza öngörmüş ve bunların her ikisinin uygulanması olanağı kaldırılmıştı. Bu nedenle, bu tip hallerde artık 86/2 değil, 88/1. madde uygulanmak ve yaralamanın bu türünün de şikayete tabi olması gerekmektedir.

Ancak kanun koyucu bu sonucu arzu etmediğini, maddede 5328 sayılı Kanun'la yaptığı değişiklikle göstermiştir. Buna göre, kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması durumu 86. maddenin ikinci fıkrasına alınmış ve hemen onu takip eden 3. fıkrada ise artık oran üzerinde ceza artırımı benimsenmek

suretiyle “engelleme etkisi” ortadan kaldırılmıştır. Şikayet bakımından da, “şikayet aranmaksızın” ifadeleriyle, 86. maddenin 3. fıkrasındaki ağırlaştırıcı hallerin mevcudiyeti durumunda, kasten yaralama fiilinin etkisi basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek olsa bile, suç re’sen kovuşturulacaktır.

Eski Kanun’un 456/2 ve 3. fıkralarında düzenlenmiş bulunan netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama, yeni Kanun’da 87. maddede hükme bağlanmıştır. Madde eski Kanun’da olduğu gibi kazuistik bir şekilde düzenlenmiş ve eski Kanun’daki ifadeler Türkçeleştirilmiştir. Cezaların ise suçun basit şekli için belirlenmiş cezanın bir kat artırılması suretiyle tayin edileceği açıklanmıştır.

87. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen hal, eski Kanun’da bulunmamaktadır. Buna göre, kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına neden olması durumunda, kırığın etkisine göre hakim bir yıl ile altı yıl arasında bir ceza tayin edecektir. Bu hükmün adli tıp uzmanlarının talebi üzerine kanuna eklendiği ifade edilmekle beraber, uygulamada bazı sorunların da ortaya çıkabileceği açıktır. Örneğin, kemik kırığı değil de çatlak olması durumunda bu ağırlaştırıcı sebep uygulanamayacaktır. Esasen, adli tıp uzmanları da yeni uygulamada çatlak kavramına yer verilmemesi gerektiğini, çatlak olarak kaydedilen lezyonun aslında ayrıksız kırık olduğunu ifade etmektedirler.¹¹⁵

TCK 87/3’de düzenlenen hal, müstakil bir madde olarak düzenlendiğinden, kemik kırığı bulunduğu bu madde diğer maddelerle birlikte uygulanmayacak, sadece bu madde uygulama alanı bulacaktır.

¹¹⁵ 18.12.2004 tarihinde düzenlenen “Yeni TCK ve Adli Tıp Uygulamaları Sempozyumu”nda Doç. Dr. Yasemin Balcı tarafından sunulan tebliğde ifade edilmiştir.

*ORGAN VEYA DOKU TİCARETİ SUÇU (TCK M. 91) İLE
2238 SAYILI ORGAN NAKLİ KANUNU
ARASINDAKİ İLİŞKİ NEDİR?*

Hukukumuzda organ ve doku nakli 2238 sayılı, 3.6.1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun bu konulara ilişkin hükümler getirdikten sonra, 15. maddede bu kanuna aykırı olarak organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla hapis ve para cezası öngörülmüştür.

Ancak, yeni Kanun'a, organ veya doku ticaretine ilişkin 91. madde konulmuş bulunmaktadır. Bu durumda, sonradan yürürlüğe giren ve aynı konuları düzenleyen kanun olması itibarıyla 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren organ veya doku ticareti konusunda TCK m. 91 uygulanacaktır. Bununla beraber, organ ve doku nakline ilişkin genel prensipler ve uyulması gereken kurallar konusunda 2238 sayılı Kanun hükümleri geçerliğini sürdürecektir, zira 91. madde bu Kanun'a aykırı olarak yapılan organ veya doku nakli ve ticareti gibi eylemler için de geçerli bir norm özelliğini taşımaktadır.

48

Kanun'daki düzenlemenin en önemli özelliği, Organ Nakli Kanunu'ndan farklı olarak organını satana da ceza öngörmüş olmasıdır. Bunun yanı sıra cezaların da artırıldığı görülmektedir.

Bu çerçevede, 2238 sayılı Kanun ile yeni Kanun'un 91. maddeleri beraberce değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

Yaşayan kimselerden rızası olmaksızın zorla organ alınması (TCK m. 91, 2238 S. K. m. 6) halinde fail beş yıldan dokuz yıla kadar; doku alınması durumunda ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (TCK m. 91/1). Kanun'un bu hükmü ile insan ticaretini düzenleyen 80. maddenin 1. fıkrası hükmü gerçek içtima kuralları çerçevesinde bir araya gelebilir.

On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden rızasıyla da olsa organ ve doku alınması durumunda 2238 sayılı Kanun'un 15. maddesi uygulanacaktır (bkz., 2238 S. K. m. 5). 2238 sayılı Kanun'un bu hükmü ile unsurlarının gerçekleşmesi durumunda yeni Ceza Kanunu'nun insan ticaretini düzenleyen 80. maddesinin 3. fıkrası hükmü bakımından gerçek içtima kuralları uygulanabilecektir.

Ölüden organ veya dokunun 2238 sayılı Kanun'un 11 ila 14. maddelerinde belirtilmiş bulunan koşullara aykırı olarak alınması durumunda fail hakkında TCK m. 91/2 uygulanacaktır.

Organ satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler beş yıldan dokuz yıla; doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişiler ise iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (m. 91/3). Ancak organ veya dokularını sa-

tan kimsenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak bu kimseye verilecek cezanın indirilmesi mümkün olduğu gibi, ceza verilmekten sarfı nazar da edilebilir (m. 92). Bu hüküm ile özel bir zaruret hali kanuna eklenmiş bulunmaktadır.

Canlılardan zorla organ veya doku alınması ve bunların satın alınması, satılması, satılmasına aracılık edilmesi fiillerinin bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ceza artırılabacaktır (m. 91/4).

2238 sayılı Kanun'un 5 ila 14. maddelerinde belirtilen koşullara aykırı olarak elde edilmiş bulunan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır (m. 91/5).

Bunların dışında, organ veya doku teminine yönelik reklam verilmesi veya yakalanması yaptırım altına alınmakta (m. 91/6); 91. maddedeki suçların bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde yapılması halinde bunlar hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmekte (m. 91/7) ve son olarak zorla organ veya doku alınması sonucu mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı (m. 91/8) hükme bağlanmaktadır.

Yeni Kanun'un 93. maddesinde ise bir etkin pişmanlık haline yer verilmiştir. Buna göre organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar olayı öğrenmeden önce durumu mercisine haber verir ve suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa hakkında cezaya hükmolünmayacak (93/1); suçun haber alınmasından sonra organ veya dokularını satan kişinin suçun meydana çıkmasına yardım etmesi halinde ise verilecek cezada indirim yapılacaktır (93/2).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde düzenlenmiş bulunan *"memurun, sanığa cürmünü söyletmek için işkence vesair kötü muamele yapması"* suçu unsurlarında yapılan bazı değişikliklerle yeni Kanun'un 94. maddesinde düzenlenmiştir.

Yeni düzenlemenin, eski Kanun'daki hükümden en önemli farkı, eski Kanun'daki *"cürmü söyletmek saiki"* ne yer verilmemiş olması gibi gözükmekte ise de, madde gerekçesinin de esas itibarıyla eski Kanun'un 243. maddesi ile yeni 94. maddenin örtüştüğü izlenimi bırakacak şekilde yazıldığı görülmektedir. Nitekim, maddede 10 Şubat 1984 tarihli *"İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"* esas alınmış ve bu sözleşmenin 1. maddesindeki aşağıya aldığım işkence tanımı göz önünde tutulmuştur: *"İşkence' terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya*

ızdırap veren bir fiil anlamına gelir". Bu itibarla, işkence suçu esas itibarıyla yine bir suç şüphesi dolayısıyla delil etme amacına yönelik olarak işlenecek ve fakat eski Kanun'dan farklı olarak sözleşmedeki ifadeyle *"ayırım gözeten herhangi bir sebeple"* de işlenebileceği düşünülebilirse de, esasen Kanun'un *"cürmü söyletmek saiki"*ni aramadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yeni düzenleme bu yönüyle eski 243. maddeden ayrılmıştır.

Fertilere yönelik basit kötü muameleden işkencenin farkının ne olduğu madde gerekçesinde açıklanmıştır: Buna göre, işkence teşkil eden fiiller, *"ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler"*. Böylece işkencenin en önemli özelliği süreklilik arz etmesidir.

"İşkence suçu bakımından aranan sistematik olarak ve belli bir süreç içinde uygulanma kriteri, aynı hareketlerin tekrarlanması olarak anlaşılmalıdır". Buna göre, örneğin tek bir tokat atma, işkence değil, yaralama suçunu oluşturacaktır. Ancak tokatın yanı sıra tekme, hakaret, cinsel taciz gibi fiiller eklenirse, işkence suçundan bahsedilebilecektir. *"Buna karşılık bazı hareketler mahiyetler itibarıyla sistematik bir uygulama özelliği taşırlar. Örneğin, Filistin askısı, falaka ve cinsel saldırı"* gibi.¹¹⁶

Eski Kanun'da olduğu gibi, suçun mağdurunun mutlaka suç şüphesi altında olan kişiler olması gerekmemektedir. *"Tanık ve hatta bir kamu görevlisi de bu suçun mağduru olabilir"*.

Maddede işkence oluşturan eylemlerin neler olduğu 1. fıkrada tek tek sayılmıştır.

2003 Tasarısı'nda bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suç olarak öngörülmüştü. Fakat yeni Kanun'a göre, suçun faili

¹¹⁶ Üzülmöz, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İşkence ve Eziyet Suçu", *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005, s. 236.

ancak kamu görevlisi olabilir. Benzer eylemleri kamu görevlisi olmayan bir kimse yaptığı takdirde, eziyet suçu oluşabilir.

Kamu görevlisi olmayan kimselerin de suça iştiraki durumunda, bunların da kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır (m. 94/4). Bu noktada Kanun'un genel hükümlerdeki düzenlemelerden ayrıldığı görülmektedir. Zira Kanun'un 40/2. maddesine göre, özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

Suçun ağır halleri, suçun;

- Çocuğa, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı,
- Avukata veya diğer kamu görevlisine karşı görevi dolayısıyla işlenmesidir (m. 94/2).
- Fiilin cinsel yönden taciz şeklinde işlenmesi halinde de cezanın artırılacağı öngörülmüştür (m. 94/3). *“Dikkat edilmelidir ki, bu hükmün uygulanabilmesi için, mağdur üzerinde gerçekleştirilen fiillerin cinsel saldırı boyutuna ulaşmamış olması gerekir. Aksi takdirde, işkence suçunun yanı sıra, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı da cezaya hükmetmek gerekecektir”* (94. madde gerekçesi). Ancak burada ceza yönünden büyük bir orantısızlık söz konusu olmuştur. Zira fail cinsel saldırı şeklinde hareketlerle işkence suçunu gerçekleştirecek olursa, ayrıca cinsel saldırı suçundan dolayı alacağı ceza, cinsel taciz şeklinde işlenmesine nazaran daha hafif olmaktadır.

Kanun'da ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence halleri de düzenlenmiş bulunmaktadır (m. 95). Bunlar için, kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerine bakılmalıdır.

İşkence ile ilgili olarak getirilen önemli ve isabetli yeni bir hüküm, bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, failin cezasında bu sebeple indirim yapılmayacak olmasıdır (m. 94/5). Böylece kamu görevlileri işkence yaparken, duruma müdahale etmeyen, seyirci kalan diğer görevliler bizzat işkence yapmasalar da ihmalleri dolayısıyla işkence suçundan ötürü sorumlu tutulabileceklerdir. Bu hüküm, uygulamada ispat yönünden de bir kolaylık sağlayacaktır. Mağdurun örneğin bir karakolda, gözleri kapalı olarak kendisine işkence yapanları teşhis edememesi durumunda, karakolda o dönemde sorgu ile görevli olanlar ile karakol amiri, hareket olanağı hususu da göz önünde bulundurulmak kaydıyla,¹¹⁷ ihmallerinden ötürü sorumlu tutulabilecektir.

Hemen belirtelim ki, Kanun'un 43/3 maddesi gereğince işkence suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Esasen bu hükme gerek bulunmamaktadır. Zira aynı mağdura karşı işkence oluşturan hareketlerde esasen bir süreklilik aranmaktadır. Bu itibarla, süreklilik oluşturan bu hareketlerin zincirleme suç olarak kabulü zaten mümkün değildir. Mağdurların farklı olması durumunda ise, failde aynı suç işleme kararı olsa bile 43/1. madde zincirleme suçun oluşmayacağını belirtmektedir.

Eski Kanun'dan farklı olarak burada da, cezaların artırıldığını görmekteyiz. Eski Kanun'da sekiz yıla kadar hapis cezası olan ceza, yeni Kanun'da üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiş ve ağır hallerde cezanın on beş yıla kadar artırılması olanağı tanınmıştır (m. 94/2, 3; ayrıca bkz., m. 95/1, 2). Ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ise, nitelikli kasten öldürme suçu için öngörölmüş bulunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedileceği belirtilmiştir (m. 95/4).

¹¹⁷ Bkz., yukarıda 45. soru.

Yeni Kanun'un 97. maddesinde düzenlenmiş olan eziyet suçu ilk defa kanunda yer almaktadır. Eziyetin tanımı madde gerekçesinde şöyle yapılmaktadır: *"Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir"*.

"Buna göre, kişilere karşı aşırı sıkıntı veren her türlü hareketle bu suç işlenebilir".¹¹⁸

Esasen eziyet ile Kanun'da zaten düzenlenmiş bulunan yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz gibi suçların farkının ne olduğu sorusu akla gelebilir. Bu soruya gerekçe şöyle cevap vermektedir. *"Bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımını altına alınmasını gerektirmiştir"*. Dolayısıyla eziyet suçunun karakteristik özelliği olarak sürekliliği ön plana çıkmaktadır.

¹¹⁸ Üzülmöz, *İşkence ve Eziyet*, s. 244.

Eziyet suçunun çocuğa, beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı işlenmesi ile; üstsoy veya alt soya, babalık veya analığa ya da eşe karşı işlenmesi ise ağırlatıcı nedendir. Burada dikkat çeken husus, öldürme ve yaralama suçlarından farklı olarak burada yakın akraba arasında babalık ve analığın da sayılmış olmasıdır.

Burada şöyle bir sorunla karşılaşılabilir. Hamile olan eşe karşı işlenen bedensel yönden acı çekmesine yol açacak süreklilik arz eden davranışlar sonucunda eş, örneğin çocuğunu düşürmüş olabilir. Bu durumda TCK m. 87/2 gereğince faile verilecek ceza sekiz yıldan az olamaz. Öte yandan, burada eziyet suçunun gerçekleştiği kabul edilecek olursa faile verilecek ceza TCK m. 96/2 gereğince üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası olacaktır. Böylece, aynı fiile uygulanabilecek iki ayrı hüküm ve bunların öngördüğü ayrı cezalar söz konusu olabilecektir. Burada kanımca iki türlü çözüm düşünülebilir: İlkin, fikri içtimain bulunduğu kabul edilerek yeni Kanun'un 44. maddesi gereğince daha ağır ceza öngören 87/2. madde gereğince failin cezalandırılması gerekecektir. İkinci yol ise farklı düşüncelerle aynı sonuca ulaşmaktadır. Buna göre, eziyet suçunun ancak basit yaralama niteliğindeki fiillerin sürekli biçimde işlenmesi suretiyle işlendiği kabul edilerek, ağır yaralama hallerinde eziyet suçunun değil, kasten yaralama suçunun gerçekleştiğini benimsemek gerekecektir. Ancak bu takdirde de, faile uygulanacak olan hüküm yine 87/2. madde olacaktır.

Eski Kanun'un 473. maddesinde düzenlenmiş bulunan "küçüğü veya kendini idare edemeyeni terk" suçu, yeni Kanun'un 97. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece yaşlı veya hasta olması dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimseyi terk eden kişi üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

"Suçun konusu, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimselerdir. Suçun faili ise, bu kimseler üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi olabilir" (madde gerekçesi).

Yeni düzenlemenin eskisinden farkları olarak şunlar ifade edilebilir: İlk önce eski Kanun'da on iki yaşından küçükler suçun mağduru olabiliyorken, yeni Kanun ölçüt olarak "yaşı nedeniyle kendini idare edemeyecek durumda olanlar"ı esas almıştır. Hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olanlar ise yeni Kanun'da da suçun mağduru olarak sayılmıştır. Yaptırım noktasında ise yeni Kanun'un eski Kanun'daki alt sınır olan üç ayı esas aldığı, ancak üst sınırdaki eski Kanun'a nazaran daha az bir ceza öngördüğü görülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrası ise aynı konuyu düzenleyen eski maddenin ikinci fıkrasından farklı düzenlenmiştir. Bu farklılığın nedeni, yeni Kanun'un ceza hukukundaki çağdaş gelişmeleri esas alması ve bunu, bu hükme de yansıtmasıdır. Böylece eski Kanun, netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç olarak terk sonucu mağdurun sağlığında zarar gelmesi veya ölümünü düzenlemekte ve failin bu noktadaki kusuruna bakmaksızın, maddede öngörülen şekilde cezalandırılmasını hükme bağlamaktaydı. Buna karşılık, yeni Kanun, terk neticesinde mağdurun bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüş olması durumunda, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre failin cezalandırılacağını açıklamaktadır. Bu farklılığın sonucunu tespit etmek için, Kanun'un genel hükümler kısmına göz atmak gerekecektir. 23. maddeye göre, *"bir failin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir"*. Böylece, terk neticesinde meydana gelen neticelerden sorumlu tutulabilmesi için, failin en azından taksir derecesinde kusuru olmak gerekir. Yani, fail, fiili neticesinde mağdur üzerinde kanunda belirtilen ve öngörülebilir nitelikteki neticelerin meydana geleceğini öngörmesi gerekirken, öngörmemiş olmalıdır. Bu durumda, fail netice sebebiyle ağırlaşmış suçtan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, fail, fiili neticesinde mağdurun sağlığında bir zarar meydana gelebileceğini veya ölebileceğini öngörmüş ve bu neticeyi de kabullenmişse, o takdirde olası kastı dolayısıyla kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır. Örneğin; soğuk bir kış günü gece vakti تنها bir yere gayri meşru çocuğunu bırakan anne bakımından olası kast söz konusu olabilecektir. Bu bahsettiğimiz iki halde de, fail doğal olarak, ya netice sebebiyle ağırlaşmış terk suçundan veya kasten öldürme suçundan dolayı cezalandırılacak, ayrıca terk fiilinden ötürü cezalandırılmayacaktır, zira m. 97/1 bir tehlike suçu iken,

51

m. 97/2 bir zarar suçudur ve tehlike suçları, zarar suçlarına nazaran tali norm, yardımcı norm niteliğindedir. Böylece asli normun uygulama alanı bulduğu yerde, yardımcı norm geri çekilmek durumundadır.¹¹⁹

Suç, icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, ihmali bir hareketle de işlenebilecektir. “Örneğin ileri yaşta bulunan veya hasta bir kişi ya da bir bebek evde kendi haline terk edilerek tatile çıkılması halinde, koruma ve gözetimden yoksun bırakılabilirler” (madde gerekçesi). Suçun ihmali hareketle işlenmesi halinde ve netice, örneğin ölüm olduğu takdirde, 97. madde ile 83. madde arasında ayırım yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, örneğin bebeğini evde yalnız bırakarak evi terk eden anne, bebeğin ölümü durumunda 83. maddeden ötürü mü, yoksa 97. maddeden ötürü mü sorumlu tutulacaktır. Öncelikle belirtelim ki, m. 97/1’de suçun faili olarak “koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimsenin” terk edilmesinden bahsedildiğinden, terk suçunun faili ancak garantör olabilecektir.¹²⁰ Dolayısıyla bu yönüyle, fiil bir garantör tarafından işlenen suç olarak, hem 83. hem de 97. maddeyi ihlal edebilecektir. Ancak kanımca, buradaki ayırım failin kastına göre yapılmak gerekir. Böylece, fail baştan itibaren terk suretiyle mağdurun ölümünü amaçladığı takdirde, 83. maddenin; buna karşılık asıl kastı terk olmakla beraber, neticede ölüm gerçekleşmişse, 97/2. maddeden ötürü sorumluluğu tayin etmek gerekecektir.

Konuyla bağlantılı olarak ele alınması gereken bir hüküm de, 233/2. madde hükmüdür. Buna göre hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir (m. 233/2).

¹¹⁹ Bkz., 34. soru.

¹²⁰ Bkz., 45. soru.

**YARDIM VEYA BİLDİRİM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN
YERİNE GETİRİLMEMESİ
CEZALANDIRILMAKTA MIDIR?**

Evet. Yeni Kanun'un 98. maddesinde düzenlenmiş bulunan bu suç tipi, eski 476. maddeye tekabül etmektedir. Burada esasen yardıma muhtaç durumda olan kimselere yardım edilmesi veya en azından durumun ilgili makamlara bildirilmesi şeklindeki bir ahlaki yükümlülük, hukuki yükümlülüğe dönüştürülerek yaptırıma bağlanmaktadır.

Örneğin bir trafik kazasında yaralanmış bulunan kişileri ilgili makamlara bildirmemek ya da gerekli yardımı yapmamak bu suçu oluşturmaktadır.

Eski Kanun'da mağdur olarak yedi yaşından küçükler belirlenmişken, burada kıstas olarak 97. maddede olduğu gibi, "yaş" getirilmiştir. Eski Kanun, yedi yaşından küçük veya akıl veya beden hastası bir kimse bakımından ilgili makamlara bildirmemeyi; yaralı veya sair tehlikede olan kimse açısından ise bildirmemeyi veya yardım yapmamayı cezalandırmaktaydı. Yeni Kanun'da ise 476. maddenin bir ve ikinci fıkralarının 98/1. fıkrada birleştirildiğini görmekteyiz. Böylece mağdur olarak yaşı, hastalığı veya yaralanması veya başka herhangi bir nedenden ötürü kendini idare edemeyecek

kimseye yardım edilmemesi veya durumun ilgili makamlara bildirilmemesi cezalandırılmaktadır. Bu bakımdan bildirme ve yardım yükümlülüğü maddede sayılan bütün mağdurlar açısından kabul edilmiş olmaktadır. Maddedeki “*başka herhangi bir nedenden ötürü kendini idare edemeyecek kimse*” olarak örneğin, aşırı sarhoş kimselerin kabul edilebileceklerini düşünmekteyim. Bununla beraber, Kanun’un bu düzenlemesi eleştirilerek¹²¹ sarhoş olduğu veya uyuşturucu madde aldığı için kendini idare edemeyen yardım etmeyeni cezalandırmanın doğruluğu tartışmaya açılmaktadır.

Eski Kanun’la ilgili olarak işaret etmek istediğim son fark, yaptırım noktasındadır. Gerçekten de, eski Kanun’da sadece para cezası öngörülmüş iken, yeni Kanun’da cezanın önemli ölçüde artırıldığını görmekteyiz. Buna göre mağdura bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilebilecektir.

98. maddenin ikinci fıkrasında getirilen hüküm ise yenidir. Buna göre yukarıdaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi halinde, fail bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Burada ölüm neticesinin meydana gelmesine rağmen, failin hafif bir ceza ile cezalandırılmasının öngörüldüğü gözlenmektedir. Bunun nedenleri üzerinde durmak ve bu vesileyle bu hükmün esası üzerinde de bir takım bilgiler vermekte yarar görüyorum:

Kanunlar, ihmali suçları düzenlediklerinde, insanlara fazladan bir yük yüklemiş olurlar. İcrai suçlarda bu sorun yoktur. Kimseyi dolandırma, sahtecilik yapma, ırza geçme gibi emirlere uymak, insanlara ek bir yük getirmez. Buna karşılık, insanlara yardım et, suçları bildir vs. gibi yükümlülükler, insanlara ek bir ödev yükler, harekete geçme yükümlülüğü

¹²¹ Toroslu - Ersoy, s. 17.

getirir. Bu nedenle, kanun koyucular ihmali suçları icrai suçlara nazaran daha az sayıda düzenlerler. Bunun dışında, herkesin ihmalden sorumlu tutulması her suç bakımından söz konusu olmaz. Nitekim, yeni Ceza Kanunu'nda düzenlenen yeni bir hüküm olan, yukarıda ele aldığım, ihmal suretiyle bir kimsenin öldürülmesinde, her ihmali harekette bulunanın sorumlu tutulması uygun görülmemiş, ancak harekete geçmek konusunda hukuksal bir yükümlülük altında bulunan garantörler fail olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık 98. maddede fail herkes olabilecektir. Fail olmak için hukuksal bir yükümlülük aranmamıştır. Dolayısıyla, hukuksal bir yükümlülük olmamasına rağmen, kişinin ihmali bir davranışı sonucu bir kimsenin ölmesi durumunda Kanun bir ila üç yıl arasında bir ceza öngörmekle, suç siyaseti açısından garantörler ile garantör olmayanlar arasında haklı bir ayırım yapmış olmaktadır. Bu açıklamalarımı konuya genel olarak bakmayı da sağlamak bakımından şöylece özetleyebilirim. İhmali hareketin cezalandırılması ile ilgili olarak üç olasılık söz konusu olabilir:

1. Genel sosyal dayanışma içerisinde mütalaa edilebilecek ihmal cezalandırılmaz. Örneğin; tehlikesiz bir soğuk algınlığında hastaya yardım etmeme gibi.

2. Acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde mütalaa edilebilecek ihmal az bir ceza ile cezalandırılır (TCK m. 98).

3. Özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde mütalaa edilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmal ise, icrai harekete denk sayılır ve aynı ceza ile cezalandırılır (garantörsel ihmali suçlar) (TCK m. 83).¹²²

¹²² Bkz., 45. soru.

52

Almanya'da gerçekleşen şu olay konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından faydalı olacaktır; Kevin (üç yaşında) ve Tobias (iki yaşında) isimli iki erkek çocuk sahibi yirmi dört yaşındaki anne, çocukları odaya kilitleyerek evde bırakıp yeni tanıştığı erkek arkadaşının evine gider. Çocuklar iki hafta içinde, evde bulunan yiyecekleri bitirdikten sonra, açlık ve susuzluktan dolayı ölürlür. Anne savunmasında çocuklarını istemediğini bu nedenle de onlarla ilgilenmediğini, kendi hayatını yaşamak istediğini söyler. Anne ömür boyu hapis cezasına mahkum edilir. Savcılık, çocukların evin camlarına vurduklarını görmelerine rağmen herhangi bir yardımda bulunmayan komşular hakkında da soruşturma başlatır. Görüldüğü gibi, burada anne garantör olarak TCK m. 83, komşular ise herkes sıfatıyla, TCK m. 98/2'den sorumlu tutulacaktır.

Burada vurgulanması gereken bir başka husus, bir kimse'nin harekete geçmek konusunda hukuksal bir yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, artık 98. maddenin uygulanmayacağıdır. Örneğin, eşinin bir trafik kazasında yaralandığını gören koca (garantör), karısına yardım etmemesi durumunda, yeni TCK m. 98, değil, yeni TCK m. 83 uygulanacaktır. Burada yeni TCK m. 98 yardımcı norm niteliğindedir ve yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince, uygulama alanı bulmayacak, asli norm olan yeni TCK m. 83 uygulanacaktır.

Sonuç olarak, TCK m. 98/2 hükmünün uygulanabilmesi için failin garantör olmaması, yani neticeyi önlemek hususunda hukuksal bir yükümlülüğünün bulunmaması gerekir. Her ne kadar bu suç herkes tarafından işlenebilen bir suç ise de, failin ayrıca garantörlük sıfatının bulunması durumunda, hem TCK m. 83, hem de TCK m. 98/2'nin uygulanabilirliği söz konusu olabilecek, bu durumda ise yukarıda belirttiğim içtima kuralı gereğince¹²³ TCK m. 83 uygulama alanı bulacaktır.

¹²³ Bkz., 34. soru.

Bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Maddenin düzenlenişi ve mantık kuralları gereğince, kişiden öncelikle beklenen, zor durumda olan kişiye yardım etmesidir. Ancak bu yardımın mümkün olmaması veya kişinin yardım edecek durumda olmaması vb. nedenlerin mevcudiyeti halinde ise, bu kez bildirme yükümlülüğü getirilmektedir. Yani bildirme yükümlülüğü asgari ve ikincil bir şarttır. Öncelikli olan yardım yükümlülüğüdür.

Kanun'da düzenlenen bütün ihmali suçları belirtmekten çok, önemli birkaç tanesine işaret etmekle yetiniyorum:

Kanun'a göre, akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü, başkalarının hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde ihmal eden kişi, altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 175). Bu suçun gerçekleşebilmesi için başkasının hayatına, sağlığına veya malvarlığına bir zarar gelmesi aranmamakta, bu haklara yönelik bir tehlikenin bulunması yeterli görülmektedir.

Gözetimi altında bulunan hayvanı başkalarının hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olabilecek şekilde serbest bırakan veya bunların kontrol altına alınmasında ihmal gösteren kişi altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 177). Burada henüz bir kimseye zarar verilmemesine rağmen kişinin cezalandırılması söz konusudur. Buna karşılık serbest bırakılan veya kontrol altına alınmayan hayvan bir kimseye zarar vermiş, örneğin ısırmuşsa, o takdirde fail artık bu maddeden değil, başkasını yaralamadan ötürü sorumlu tutulur.

İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında insan hayatı veya beden bütünlüğü bakımından gerekli tedbirleri alınması gerekmektedir. Bu tedbirler alınmadığı takdirde kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (m. 176).

Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymayan kişi iki aydan altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu işaret veya engelleri kaldıran veya bunların yerini değiştiren kimseler de aynı şekilde cezalandırılacaktır (m. 178).

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 1995 İspanyol Ceza Kanunu'ndan alındığı ileri sürülen¹²⁴ cinsel suçlara ilişkin hükümler, 1926 Kanunu'nda genel adap ve aile düzeni aleyhine suçlar kısmında düzenlenmiş iken, 2004 Kanunu'nda kişilere karşı suçlar kısmında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmek suretiyle, konunun genel adap ile değil, kişinin cinsel özgürlüğü ile ilintisinin altı çizilmiştir.

Daha önce ırza geçme suçu olarak adlandırılan ve bu yönüyle ancak erkekler tarafından işlenebileceği kabul edilen suç, cinsel saldırı suçu olarak ırza tasaddi suçunu da içerir bir şekilde düzenlenmiş ve kadınların da bu suçun (hem ırza geçme, hem ırza tasaddi) faili olmasına olanak tanınmıştır. Suçun basit hali ırza tasaddiye karşılık gelen, "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal*" iken; ağır hali ırza geçmeye tekabül eden, "*filin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi*" durumudur. 765 sayılı Ka-

¹²⁴ Artuk, Mehmet Emin, *Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, Toplumsal Değişik Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2004, s. 151.*

nun'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenen sarkıntılık suçu da bu suretle cinsel saldırı suçunun basit şekli içinde yer almış bulunmaktadır (TCK m. 102/1).

Keza önceki uygulamadan farklı olarak vücuda¹²⁵ sadece cinsel organın değil, herhangi bir organın; hatta sair bir cismin sokulması suçun oluşması için yeterli görüldüğünden, örneğin parmak veya cop sokulması durumunda da eski Kanun'un ifadesiyle ırza geçme suçu gerçekleşmiş olacaktır. Burada önemli bir nokta da, oral yoldan da organ veya sair bir cismin sokulmasının suçun oluşmasını sağlayacak olmasıdır. Böylece eski uygulamamızda oral ilişki "*ırza tasaddi*" olarak değerlendirilerek daha hafif cezalandırırken, yeni Kanun oral ilişkiyi de cinsel saldırı suçu olarak kabul etmektedir.

Bir başka husus, suçun mutlaka karşı cinse karşı işlenmesi gerekmekte, aynı cinsler arasında da bu suç işlenebilmektedir. Dolayısıyla hemcinsler veya karşı cinsler arasındaki anal ilişki; veya lezbiyenler arasındaki cisim sokma gibi eylemler de cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır.

Suçun basit şekli olan ve ırza tasaddiyi karşıladığını ifade ettiğim hal bakımından (TCK m. 102/1), failin cinsel arzuları tatmin amacı arandığı halde; suçun ağır hali olan ve ırza geçmeyi karşılayan hal açısından (TCK m. 102/2), bu amaç aranmamaktadır. Bu itibarla, cinsel bir amaçla olmaksızın dahi, örneğin, anüse cop sokulması durumunda bu suç oluşacaktır. Ancak burada şöyle bir sorunla karşılaşılabilir: Cinsel bir amaç olmaksızın ağza, örneğin, kağıt sokulması durumunda da cinsel saldırı suçu gerçekleşecektir. Kanımca, uygulamada bu tür hallerde yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmek daha uygun olacaktır.

¹²⁵ Öğretide, kanunun "vücut boşluğu" yerine "vücut" terimini tercih etmesi haklı olarak eleştirilmektedir, Toroslu - Ersoy, s. 17.

Yeni Kanun'un bu konuda getirdiği önemli bir hüküm de, evlilik içi zorla cinsel ilişkilerin de cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmesidir. Bu takdirde fail yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Ancak bu suçun eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdur eşin şikayetine bağlı kılınmıştır (TCK m. 102/2). Burada maddenin bu konuya ilişkin gerekçesine dikkat çekmek istiyorum. Buna göre, *“evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır”*. Gerekçede belirtilen tıbbi ve hukuki sınırlar, evlilik içindeki her türlü zorla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin değil, bu sınırların ihlali suretiyle gerçekleştirilen cinsel ilişkinin TCK m. 102/2 kapsamında değerlendirilmesini sonuçlamaktadır. Böylece tıbbi ve hukuki sınırların neler olduğunu belirlemek gerekmektedir. Bu konuda gerekçede ayrıntılı bilgi verilmemektedir. Kanımca tıbbi sınırlar olarak eşin hastalığına veya regl dönemi içinde olmasına rağmen gerçekleştirilen cinsel ilişki; hukuki sınırlar olarak da örneğin zorla gerçekleştirilen anal ilişki düşünülmüş olabilir. Ama bu durumda ortaya çıkan sonuç, bu hallerin dışında zorla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin suç oluşturmayacağıdır ki, bunu kabul etmek mümkün olmaz.

Çocuklara yönelik cinsel suçlar ise yabancı ülke hukukları esas alınmak suretiyle *“çocukların cinsel istismarı suçu”* adı altında düzenlenmiştir. Bu suçu düzenleyen 103. maddede hem çocuğa yönelik sarkıntılık ve ırza tasaddi oluşturan eylemler, hem de ırza geçme eylemleri yaptırıma bağlanmıştır.

Kanun'da ensest suçu düzenlenmiş midir? Ensest suçu bir çok batılı ülkelerden farklı olarak Kanun'da düzenlenmemiş-

tir. Bunun sonucu olarak reşit çocuklarıyla rızalarıyla ilişkide bulunan anne veya baba (veya diğer yakınlar) cezalandırılmaz. Reşit çocuklarıyla zorla ilişkiye giren anne-babaya ise normal kimselere nazaran daha ağır bir ceza verilir (TCK m. 102/3-c).

Ancak ensest suçunun düzenlenmemiş bulunması, on beş-on sekiz yaş arasındaki çocuklarıyla rızasıyla da olsa ilişkiye giren anne veya babanın cezalandırılmasına engel değildir. Ayrıca bu durumda *“reşit olmayanla cinsel ilişki”* suçunu oluşturan bu eylemden dolayı ebeveynin cezası iki kat artırılabilecektir (TCK m. 104). On beş-on sekiz yaş arasındaki çocuğuyla zorla veya hile veya tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak ilişki kuran ebeveyn ise *“cinsel istismar”* suçundan dolayı cezalandırılır ve başka bir kimseye nazaran ebeveynce daha ağır bir ceza verilir (TCK m. 103).

On beş yaşından küçükler bakımından ise, bunların rızası da olsa suç *“cinsel saldırı”* suçu olarak kabul edilir ve normalde sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası anne veya baba bakımından yarı oranında artırılarak uygulanır. Bu ağırlaştırıcı neden üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren vb. kişiler bakımından da uygulanır. On beş yaşından küçükler ile cebir veya tehdit kullanılarak cinsel ilişki kurulması halinde ceza tekrar yarı oranında artırılabilecektir. Suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamayacaktır (TCK m. 103).

Reşit olmayanla cinsel ilişki: Yeni Kanun'un 104. madde hükmüne göre on beş yaşını bitirmiş olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkide bulunan kimse altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

54

Bu düzenleme ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorun, cinsel ilişkiye girenlerin ikisinin de on beş yaşından büyük ve fakat on sekiz yaşından küçük olmaları halinde fail ve mağdurun kim olduğunu tespit bakımından ortaya çıkmaktadır. Hüküm hatalıdır. Uygulamada daima erkek çocukların fail, kızların ise mağdur sayılmaları gibi sakıncalı bir sonuca yol açabilecektir. Ayrıca verdiğim örnekte fail ve mağdur belirsiz olduğundan, şikayet hakkını kimin kullanacağı da belirsizdir.

Failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması durumunda, failin cezasının iki kat artırılacağı öngörülmüştür. Böylece özellikle kırsal kesimde görülen, genç kızların yaşlı erkeklerle evlendirilmesi ve okulların önünde küçük yaşta kızların peşinde dolaşan erkeklerin ağır cezalandırılması amaçlanmış bulunmaktadır. Yaşları nispeten birbirine daha yakın kimselerin ilişkisine nazaran bu kimselerin ilişkisi böylece daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmuştur.

Halk arasında "cinsel taciz" olarak adlandırılan eylem, Kanun'da daha farklı düzenlenmiştir. Bir kimseye dokunmak veya cinsel ilişki kurmak şeklindeki hareketler cinsel saldırı suçunu oluştururken, bir kimseye dokunmaksızın cinsel amaçlı olarak taciz edilmesi cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır. Böylece bu suçun genellikle laf atma şeklinde işleneceği anlaşılmaktadır. Kanun bu durumda faile üç aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verilmesini öngörmüş bulunmaktadır. Erkeklerle de laf atılması durumunda faile aynı ceza uygulanacaktır.

105. maddede 27.5.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile biçimlenen son haline göre, "bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği

takdirde" ceza artırıllacak; bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamayacaktır. Böylece patron ya da yöneticinin çalışanlarını taciz etmesi, aynı işyerinde çalışanların birbirine yönelik tacizleri durumunda ceza artırıllacaktır.

105. maddenin basit hali şikayete tabi iken, 2. fıkrada düzenlenmiş bulunan nitelikli hali şikayete bağılı değildir.

Esasen, topuktan vurma olarak tabir edilen mafya türü eylemler için açık bir hükme gereksinim bulunmamaktadır. Bu tür eylemlerin yaralama veya öldürmeye teşebbüs olarak cezalandırılacakları açıktır. Ancak bu tür eylemlerin arkasında ayrıca korkutma, tehdit amacı yattığından, bu eylemlerin yaralama dışında ayrıca tehdit dolayısıyla da cezalandırılmaları gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 106/3. maddesine göre, tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, tehdit suçunun dışında ayrıca bu suçlardan dolayı da ceza verilecektir. Böylece aslında tehdit amacına yönelik olarak bir kimsenin ayağından kurşunlanması veya malına zarar verilmesi gibi eylemler yapıldığında, fail sadece yaralama veya mala zarar verme suçundan dolayı değil, ayrıca tehdit suçundan dolayı da cezalandırılacaktır. Bu suretle fikri içtima hükümlerine bir istisna getirilmiş bulunmaktadır.

Hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş bulunan bazı yeni suçlar şunlardır:

Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi (TCK m. 118): Madde, bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya yönetimdeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla cebir ve tehdit kullanılmasını ve cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesini cezalandırmaktadır. Suçun oluşumu için amaca ulaşılması gerekli olmayıp, bu suç bir teşebbüs suçudur.¹²⁶

Kişinin belli bir hakkı kullanmak için yetkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi de Kanun'da ilk defa düzenlenmiş bulunan yeni bir suç tipidir (TCK m. 121).

Kanun'da yeni düzenlenen suç tiplerinden biri de "aytırmıcılık suçu"dur. Kanun'un 122. maddesine göre, kişiler ara-

¹²⁶ Üzülmöz, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", Kazancı, S. 5, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Getirdikleri, s. 109.

sında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak,

a. bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, bir hizmetin icrasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan bu hallerden birine bağlayan,

b. besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c. kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.

Böylece örneğin; kadınlara ev satmayan, kadınları cinsiyetleri dolayısıyla işe almayan veya Türk olmadığı için bir kimsenin mesela pazarda çalışmasına müsaade etmeyen kimseler bu suçu işlemiş olacaklardır. Benzer bir hüküm 1995 İspanya Ceza Kanunu'nda da bulunmaktadır.¹²⁷

Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu da, 1926 Kanunu'nda kabahat olarak düzenlenmiş bulunan bir suç tipi idi. Sırf huzur ve sükununu bozmak amacıyla bir kimseye ısrarlar telefon edilmesi, gürültü yapılması veya başka bir hukuka aykırı davranışta bulunması halinde faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir (m. 123). "Başka bir hukuka aykırı davranış" ifadesi Adalet Alt Komisyonu'nun hazırladığı metinde bulunmuyordu. Maddenin Adalet Komisyonu'ndaki görüşmeleri sırasında, teknolojik gelişmeler dolayısıyla elektronik posta adreslerine, cep telefonlarına gönderilen mesajlarla da bir kimsenin huzur ve sükununun bozulması durumunun da madde kapsamına alınması önerilmiş, Yargıtay uygulamalarında da "bir insanın otomobille sürekli takip edilmesi", "kapısının,

¹²⁷ Bkz., Üzülmez, s. 112.

penceresinin tıkrdatılması”, “büyü yapılması” gibi davranışların da eski TCK 546, 547. maddeler kapsamında değerlendirildiği, bu nedenle maddeye “hukuka aykırı herhangi bir davranış” ibaresinin eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece 123. maddeye “hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması” da eklenmiştir. Kanımca, “başka bir hukuka aykırı davranış” a örnek olarak, ülkemizde sık sık gerçekleşen, ev sahibinin kira artışını kabul etmeyen kiracısını çıkarmak için taciz etmesi, huzur ve sükununu bozması gösterilebilir.

Madde suçun oluşabilmesi için davranışların “ısrarla” gerçekleştirilmesini aramaktadır. Bu itibarla eylemde belirli bir sürekliliğin bulunması, tek bir defa yapılmakla kalmaması gerekir. Bu sürekliliğin ölçütü somut olay hakimi tarafından belirlenecektir.

Bu hareketler, mağdurun ruhsal sağlığının da bozulmasına yol açtığı takdirde, kasten yaralama suçu ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçları arasında fikri içtima kurallarının uygulanması gerekir.¹²⁸

Burada TCK 123 ile 183. maddeler arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. TCK m. 183’de, “*ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülüklerle aykırı olarak, başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli bir şekilde gürültüye neden olan kişi*” cezalandırılır denmektedir. Maddenin TCK’nın 123. maddeden en önemli farkı, eylemin belirsiz kişilere karşı gerçekleştirilmesidir. TCK’nın 123. maddesinde ise belirli bir kişiye yönelik olarak maddede sayılan eylemler yapılmaktadır. İkinci bir fark ise, TCK m. 183’de sadece gürültü cezalandırılırken, TCK m. 123’de gürültü yapılmasının yanı sıra, telefon edilmesi ve hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması da cezalan-

¹²⁸ Bkz., Üzülmez, s. 112.

56

dırılmaktadır. Son olarak, TCK m. 123' de belirli bir süreklilik aranırken, TCK m. 183' ün gerçekleşebilmesi için eylemin bir kez yapılması yeterlidir.

Bu konuya değinmişken, konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından kanunda getirilen bir yeni hükme de işaret etmekte yarar görüyorum. Kanun'un 116/3. maddesinde girilmesi izne bağlı doktor muayeneleri ve avukat büroları gibi işyerleri de konut dokunulmazlığını ihlal suçunun konusu haline getirilmiştir.¹²⁹

¹²⁹ Gülşen, Recep, "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ile Getirilen Yenilikler", *Şanlıurfa Barosu Dergisi*, 2005/1, s. 119.

1926 Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmamakta ve sorun ancak tazminat hukuku (veya hakaret suçu) çerçevesinde ele alınmaktaydı.

Yeni Kanun'da ise bu tür suçlar ilk defa ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

İnsan hayatının iki yönünün bulunduğu, bunların hayatın genel ve özel yönleri olduğu; özel yönünün de "özel hayat" ve "hayatın gizli alanı" olmak üzere ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. "Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği bulunmadığından, bir özelliği yoktur. Örneğin; kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık hayatın özel yanı her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. Hayatın gizli alanı mutlak bir şekilde korunur, hatta dokunulmaz sayılırken, özel hayat nispi olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır. Mesela bireyin, suç teşkil etmemek şartıyla, cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir."¹³⁰

¹³⁰ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B., Ankara 2002, s. 155.

Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar şunlardır:

- Haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132; krş. 765 s. TCK m. 195, 197),
- kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (TCK m. 133),
- özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134),
- kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135),
- verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136) ve
- verileri yok etmeme (TCK m. 138).

Bu hükümlerle, bireyin özel hayatına girilmemesi, kişisel verilerinin, konuşmalarının, telefon görüşmeleri ile diğer haberleşmesinin dinlenmemesi ve kayda alınmaması, başkasına verilmemesi ve yayılmaması gibi hakları koruma altına alınmak istenmiştir. Bu maddelerin şekillendirilmesinde Alman Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinden büyük ölçüde yararlanılmıştır.

“Özel hayat hakkı, her bireyin kendisi, ailesi ve mesleğiyle ilgili başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği bilgilerin gizliliği, bireyin üzerinin, eşyasının, iletişiminin ve konutunun dokunulmazlığı ve bunlarla ilgili olarak herkese karşı ileri sürülebilen anayasal güvence altındaki mutlak hak olarak tanımlanabilir.”¹³¹

“Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamına giren bireyin konutu ve işyeri ile buradaki faaliyetleri ve özgürlüğü, o hak ve hürriyete sahip olan bireyin bu alanlarda serbest ve izlenmeksi-

¹³¹ Şen, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Özel Hayata Karşı Suçlar”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 2005/3, Mayıs-Haziran, s. 707.

zin hareket edebilme özgürlüğüne, bu alanların dokunulmazlığına, mahremiyetinin korunması hakkına sahip olmasını da gerekli kılar. Bir başka ifadeyle birey, özel hayatında ve bu hayat kapsamına giren faaliyet ve ilişkilerinde rahatsız edilmemelidir.”¹³²

¹³² Şen, s. 715.

Evet. Esasen 132. maddede düzenlenmiş bulunan bu suç tipinde sadece telefon dinleme değil, kişiler arasındaki her türlü haberleşmenin (mektup, telgraf, elektronik posta vs.) içeriğinin öğrenilmesi yaptırım altına alınmıştır.

Telefon dinleme, Ceza Muhakemesi Kanunu 135. madde gereğince ancak hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilecek bir tedbirdir.

Keza, 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı Kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nda, Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda ve Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişikliklerle;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı'nın / Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanı'nın yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edi-

lebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

Bu hükümler dışında, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlali kanun tarafından suç olarak belirlenmiştir.

Haberleşme gizliliğinin dinlemek veya okumak suretiyle ihlali suçun basit halini oluştururken, haberleşme içeriklerinin dinleme ve okuma dışında ayrıca kayda alınması durumunda suçun nitelikli hali söz konusu olmaktadır.

Haberleşme içeriğinin hukuka aykırı olarak ifşası ise ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olup, bu durumda haberleşme gizliliğinin ihlaline nazaran ceza daha ağır olarak öngörülmüştür. Bu suçun hafif hali ise, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa etmesidir. Böylece kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini kaydetmesi suç oluşturmamakta, bunları rıza olmaksızın ve alenen ifşa etmesi suç teşkil etmektedir.

"Kişiler arasındaki telefon konuşmalarına ilişkin kayıtların, savcılık veya mahkemeye verilmesi, duruşmada açık şekilde dinlenmesi veya okunması halinde, söz konusu suç oluşmayacaktır. Buna karşılık, henüz soruşturma aşamasında iken, kişiler arasın-

58

daki konuşma içeriklerinin, hukuka uygun bir şekilde kayda alınmış olsalar bile, örneğin televizyonlarda veya gazetelerde yayınlanması halinde, bu suç oluşacaktır” (madde gerekçesi). Ancak örneğin hakim kararıyla yapılmış bir iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucunda elde edilen bilgilerin kamu oyuna veya basına verilmesi durumunda hem bilgileri veren kamu görevlisi, hem de bunları yayınlayan basın mensubu bakımından TCK 132/2. maddenin ihlali sayılacaktır.¹³³

Haberleşme içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde ise ceza yarı oranında artırılabacaktır (TCK m. 132).

¹³³ Şen, s. 713.

Aleni konuşmaları kaydetmek suç değildir. Buna karşılık kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinlemek veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydetmek iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Kişi aleni olmayan söyleŐinin tarafı da olabilir, yani söyleŐiye katılan kimselerden biri de olabilir. Bu durumda da diğer konuŐanların rızası olmadan söyleŐiyi kayda almak suç oluŐurmaktadır. Bu dinleme veya kayıtları kullanarak yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin eden kişi de altı aydan iki yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 133). Dikkat edilirse, 132. madde gereğince kişilerin kendi yaptıkları telefon gürüŐmelerini hukuka aykırı bir biçimde açığa vurmadıkça sadece kayıt altına almaları suç oluŐurmazken, kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları dinlemek de, kaydetmek de suç olarak belirlenmiştir.

Konuşmanın aleni olup olmadığını belirlemek bakımından, konuşmanın başkaları tarafından ancak özel gayret gösterilerek duyulabilecek olması aranır (madde gerekçesi). *“Sadece konuŐanların paylaŐtıęı, başkalarının duymasını veya öğrenmesini*

*istemediği, konuşanlardan herhangi birisi için gizlilik ifade eden görüşmeler” aleni olmayan konuşmalardır.*¹³⁴ Dolayısıyla kamuya açık bir yerde de iki kişi arasında yapılan özel konuşmalar aleni değildir.

Maddenin 2. fıkrasında bu kez konuşmayı kayda alan kişinin konuşmanın taraflarından birisi olması söz konusudur. Bunu ifade etmek amacıyla kanunda “söyleşi” ifadesi kullanılmış ve doğal olarak da “dinleme” cezalandırılmamıştır. Bu durumda öngörülen ceza da, bu nedenle, maddenin ilk fıkrasında kayda alan kişinin konuşmanın tarafı olmaması durumuna nazaran daha az bir ceza olarak belirlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, kişinin yargılamada delil olma amacına yönelik olsa dahi, böyle bir kayıt işlemi yapmasının cezalandırılacağıdır. Zira madde mutlak olarak bu tür söyleşileri kayda almayı cezalandırmakta ve buna yönelik olarak hukukumuzda bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır (Rızanın varlığı ise tipikliği kaldıran bir sebep olacaktır). Ancak Alman hukukunda bir kimseyi tehdit eden kişinin sözlerinin kayda alınması meşru müdafaa sayılarak hukuka uygun kabul edilmektedir.¹³⁵ Keza delil elde edilmesine yönelik olarak dinleme ve kayıt altına almaları da hukuka uygun gören mahkeme kararları bulunmaktadır.¹³⁶

Bu noktada, basının suç oluşturan ifadeleri kayıt altına almasının hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden faydalanıp faydalanmayacağı ele alınmalıdır: Öğretide Erman, gazetecinin bir haberi elde etmek için hukuka aykırı yollara başvurmuş olması durumunda, haber verme hakkının kötüye kullanıldığını

¹³⁴ Şen, s.714.

¹³⁵ Bockelmann, Paul, Strafrecht, Besonderer Teil/2, München 1977, s. 169.

¹³⁶ Tröndle, Herbert - Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch, 52. B., München 2004, §201, kn. 11; Lackner - Kühl, §201, kn. 13.

savunmaktadır. Yazar, hukuka aykırı yollara örnek olarak ise şunları göstermektedir: Telefon dinlemek, mektupları açmak, kimliğini saklamak, muhatabının rızası olmaksızın fotoğrafını çekmek, sesini kaydetmek gibi.¹³⁷ Kanun'un bu hükmünün Alman Ceza Kanunu'nun 201. maddesinden esinlendiği anlaşılmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasında yapılan kaydı kullanan veya başkalarına veren kimsenin, daha ağır basan kamusal bir yararın söz konusu olduğu hallerde cezalandırılmayacağı belirtilmektedir. Bu hüküm ise Kanun'a alınmamıştır. Alınmamanın iki nedeni olabilir. İlk, basın faaliyeti açısından bakıldığında, kamu yararı için faaliyet gören basının bu faaliyetinin zaten hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi içinde kabul edildiği ve bu itibarla ayrı bir hükme gerek görülmediği düşünülebilir. Ya da, bu hüküm alınmamak suretiyle basının böyle bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanması engellenmek istenmiş olabilir. Kanımca, bu iki olasılıktan ilkinin kabul etmek gerekir. Basının kamusal yarar için böyle bir faaliyetine engel olmanın toplum bakımından bir yararı söz konusu olamaz. Bu nedenle, basın organlarının bir suç şüphesiyle kişilerin konuşmalarını gizlice kayda almalarında hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak burada her alınan kaydın hemen de kamuoyuna açıklanmaması, suçun işlendiğine ilişkin yan delillerin araştırılması ve bu kaydın açıklanmasında kamu yararının, kişinin bu kayıtların açıklanmasından göreceği zarardan daha üstün olması gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda, Alman Ceza Kanunu'nda öngörülen bu hukuka uygunluk sebebinin basın özgürlüğünün sınırlarını oluşturduğu da özellikle belirtilmektedir.¹³⁸ Bu itibarla, bizim hukukumuz açısından da bu sınırlar çerçevesinde basının ses kaydı almasına imkan tanınması gerektiği görüşümdedir.

¹³⁷ Erman, Sahir, *Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*, İstanbul 1999, s. 15.

¹³⁸ Tröndle - Fischer, §201, kn. 13.

Öğretide, kişinin hayatı üç alana ayrılmaktadır: Gizli hayat, mahrem hayat ve kamuya açık hayat. Medeni Kanun "*isim ve resim hakkı*"ndan söz etmektedir ve bu nedenle basın-yayın kuruluşları kişinin ismini istediği gibi kullanamazlar. Keza resim hakkına da saygı göstermek zorunluluğu vardır. Ancak anonimleşme söz konusu olduğu takdirde resim kullanılabilir. Bir kimse örneğin, evinin bahçesinde mayoyla güneşlenirken, televizyonda görünmek istemiyorsa, onu haber veya görüntü olarak televizyonda verme hakkı bulunmamaktadır.¹³⁹

Anayasa'nın 20. maddesi herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkına sahip olduğunu ve özel hayatla aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağını belirtmektedir.

İşte bu esasları yaptırım altına almak üzere yeni Kanun'un 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. "*Böylece, kişinin özel hayatına, bu kapsama giren aile ve meslek yaşamına, tüm bu alanlarda geçen ve başkalarından gizlediği, yani başkalarının görmesini istemediği faaliyetlerine, ilişkilerine ve görüntüsüne, ayrıca bu alandaki huzur ve sükununa, dışarıdan*

¹³⁹ Hafızoğulları, s. 7.

veya içeri girmek suretiyle müdahale edilmesi fiilleri suç sayılmış bulunmaktadır”¹⁴⁰

Buna göre gizli yaşam alanına girerek veya başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayının saptanması ve kaydedilmesi cezalandırılmaktadır (TCK m. 134/1). Özellikle günümüzde teknik alandaki hızlı gelişmeler sonucunda, hemen herkes günlük yaşamında kamera ile dolaşır olmuş ve internet sayesinde de çekilen resimlerin bütün dünyaya hızlı bir şekilde dağıtılması mümkün kılınmıştır. Soyunma kabinlerinde, havuzlarda, plajlarda gizli çekim yapılması kolaylaşmış ve dolayısıyla da sıklaşmıştır. İnsanların özel yaşamına müdahalenin bu kadar kolay olması, bu alana ceza hukuku yaptırımlarıyla müdahaleyi gerekli kılmıştır.

Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşa edilmesi durumunda, bu görüntü ve sesler ister hukuka uygun olarak, ister hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsun (madde gerekçesi), suç oluşturmaktadır (TCK m. 134/2). Ancak kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin hukuka uygun olarak elde edilebileceği bir duruma mevzuatımızda yer verilmemiştir. Nitekim, Ceza Muhakemesi Kanunu m. 140, ancak şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesine ve ses veya görüntü kaydı alınmasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla kişilerin özel hayatına ilişkin olarak ancak işyerindeki meslek yaşamı hukuka uygun bir şekilde izlenebilir veya ses veya görüntü kaydı alınabilir. Bunun dışında özel yaşama hukuka uygun bir müdahale arama koruma tedbiri vasıtasıyla söz konusu olabilirse de, orada da ses veya görüntü kaydıdan bahsetmek mümkün değildir. İletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen seslerin ifşası ise bu madde değil, 132. madde çerçevesinde de-

¹⁴⁰ Şen, s. 715.

60

ğerlendirilmek gerekir. Bu nedenlerle, 134. madde gerekçesinde belirtilen hukuka uygun elde edilen ve özel yaşama ilişkin ses ve görüntü, ancak CMK'nın 140. maddesi çerçevesinde söz konusu olabilir ki, bu da çok sınırlı olacaktır. Onun dışında, özel yaşama yönelik ve hukuka uygun bir ses ve görüntü elde edilmesi söz konusu olamaz.

Madde gerekçesinde belirtilen hukuka uygun olarak elde edilmiş görüntü veya ses, bir soruşturma kapsamında hukuka uygun olarak elde edilmiş görüntü veya sesten ziyade; elde edildiği zamanda kişinin rızasının söz konusu olduğu bir ses veya görüntü olabilir. Dolayısıyla hukuka uygun olarak elde edilmiş ses veya görüntü, bilahare ifşa edilmek suretiyle, TCK m. 134/2'de düzenlenmiş bulunan suç işlenmiş olabilir.

Madde bakımından uygulanabilecek "*ilgilinin rızası*" hukuka uygunluk nedeni bakımından şu hususa dikkat etmek gerekir. Bir basın mensubuna görüntü veren veya açıklamalarda bulunan kişinin, bu görüntü veya seslerin yayımlanmasına zımnen izin verdiğini de kabul etmek gerekecektir.¹⁴¹

Bu noktada yine konuyu basın açısından değerlendirmekte yarar vardır. Kişilerin özel hayatına ilişkin ses ve görüntü alınması haber değeri olsa da yasaklanmıştır. Ancak burada kamuya mal olmuş kişiler bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bugün kamuya mal olmuş kişilerin, gerek sanatçı, gerekse politikacı vb. olsun, bu konuma istekleriyle girmek suretiyle, özel hayatlarının bir kısmından gönüllü olarak feragat ettikleri kabul edilmektedir.¹⁴² Bu itibarla, örneğin bir bakanın gayri meşru ilişkisine ilişkin görüntülerin yayımlanması durumunda, basın mesleğinin icrası dolayısıyla eylemin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekecektir.

¹⁴¹ Şen, s. 717.

¹⁴² Hakeri, Erman Armağanı, s. 405 vd.

Bununla beraber, Monaco Prensesi Caroline'in İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı müracaat üzerine 2004 yılında mahkemenin vermiş olduğu kararla, bulvar basınının hareket alanı büyük ölçüde kısıtlanmıştır. Mahkeme kararı hakkında ayrıntılı bilgi vermeden önce Prenses Caroline'in müracaatları üzerine Alman yerel mahkemelerinin vermiş olduğu kararlara kısaca değinmek istiyorum:

Prenses Caroline, Burda Yayınevi aleyhine, Yayınevi'ne ait olan iki dergide kendisini yalnız, tiyatrocu bir başka erkek aktörle, çocuklarıyla ve başkalarıyla gösteren resminin yayınlanması üzerine Münih mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme davayı reddetmiştir. Bunun üzerine Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur, bu mahkemenin de davayı reddetmesi üzerine Federal Yüksek Mahkemesi'ne temyize müracaat edilmiştir. Yüksek Mahkeme 1995 yılında, Prenses'in aktörle birlikte olduğu resmin yayınlanmasının caiz olmadığına, diğer resimlerin ise yayınlanabileceğine karar vermiştir. Mahkeme, kişinin resmi üzerinde hakkı olduğunu kabul etmekle beraber, Prenses'in tarihsel bir kişilik olduğuna işaret etmiştir. Tarihsel kişilik olma konusundaki ölçüt ise, kamuoyunun bu kimsenin resimlerini anlamlı bulması ve bu kimseye dikkatini yöneltmesidir. Böylece haberin resimle aktarılmasında kamuoyunun gerçek bir bilgilendirme ihtiyacı bulunmaktadır. Bu manada, özellikle krallar, cumhurbaşkanları, başbakanlar, başbakan adayları, önemli siyasi şahsiyetler sayılmalıdır. Bu çerçeveye halen Monaco'yu yöneten Prens'in en büyük kızı olan davacı da dahildir.¹⁴³

Bu karar üzerine Prenses Federal Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmiştir. Mahkeme 1999 yılında verdiği kararında, Prenses'in çocuklarının da gösterildiği resim dolayısıyla

¹⁴³ BGH VI ZR 15/95, 19 Aralık 1995.

Anayasa ile korunan “genel kişilik hakkı” (Alman Anayasası m. 2 ve 1/1) ile kuvvetlendirilen ailenin korunmasına ilişkin 6. maddenin ihlal edildiğine, ancak diğer resimlere yönelik bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme kararındaki bazı noktalara işaret etmekte yarar görüyorum: Mahkemeye göre, Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenmiş bulunan genel kişilik hakkı ile korunan özel yaşam alanı, sadece ev ile sınırlı değildir. Bireyler ev dışındaki müstakil, ayrılmış yerlerde de fotoğraflarının çekilmeyeceğinden emin olmalıdır. Ebeveynin çocuklarıyla ilişkisine yönelik resimler noktasında ise ebeveynin genel kişilik hakkı, Anayasa’nın 6. maddesinde düzenlenmiş bulunan ailenin korunması prensibi ile de kuvvetlendirilmektedir. Çocuklar yetişkinlere nazaran daha fazla korunmaya layıktır. Anayasa’da garanti altına alınmış bulunan basın özgürlüğü magazin niteliğindeki yayınları da kapsamakta ve bu yayınlardaki resimler de bu özgürlükten yararlanmaktadır. Bu husus, kamusal yaşama mal olmuş kimselerin hem günlük hem de özel yaşamları açısından da geçerlidir.¹⁴⁴

Bu karar üzerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne başvuran Prens on yıllık uzun bir uğraşın sonunda Strasbourg’da haklılığını ispatlamıştır. Mahkeme 24 Haziran 2004 tarihinde verdiği karar¹⁴⁵ ile kişinin resimlerinin yayınlanmasını İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. maddesinde düzenlenmiş bulunan “özel yaşama saygı hakkı”nın ihlali niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararı özetle şöyledir:

İfade özgürlüğü resim yayınlama bakımından da geçerlidir. Ancak bu alanda başkalarının korunması ile kişinin imajının korunması önem arz etmektedir, zira bu alanda fikirlerin

¹⁴⁴ BVerfG, 1 BvR 653/96, 15 Aralık 1999.

¹⁴⁵ Şikayet no: 59320/00.

yayılması değil, kişilerin kişisel ve hatta gizli yaşamına ilişkin bilgiler verebilecek resimlerin yayılması söz konusudur. Ayrıca magazin basınında yayınlanan resimler çoğunlukla kişilerin devamlı olarak baskı altında tutulduğu, kişinin özel yaşamına girildiği, hatta devamlı takip altında tutulduğu bir ortamda elde edilmektedir. Kişinin özel yaşamının korunması hakkı ile düşünce özgürlüğü arasındaki denge bakımından belirleyici kriter, yayınlanan fotoğrafların genel kamuoyu ilgisi için ne ölçüde yararlı olacağıdır. Somut olayda prensesin günlük yaşamına ilişkin resimler söz konusu olup, saf özel yaşam faaliyetleri gösterilmektedir. Ayrıca resimler şikayetçinin izni olmaksızın ve kısmen de gizlice çekilmiştir. Şikayetçi resmi bir makam sahibi olmadığından ve resimler kişinin sadece özel yaşamına ilişkin ayrıntılara yönelik olduğundan, bu resimlerle genel kamusal yarara bir katkı düşünülemez.

Alman mahkemeleri tarafından belirlenmiş olan “*mutlak tarihsel kişilik*” ve “*nispi tarihsel kişilik*” kavramları özel yaşamın korunması noktasında yeterli bir koruma sağlayamamaktadır.

Kamuoyunun bilgilendirilme hakkı bulunduğu ve bu hakkı bazı şartlar altında kamusal yaşama ait kimselerin özel yaşamına yönelik de olabileceği bilinmektedir. Ancak somut olayda böyle bir hak yoktur. Tanınmış bir kişilik de olsa, Prenses’in nerede bulunduğu, genel olarak özel yaşamını nasıl sürdürdüğü, hatta ev dışındaki alanlarda da bulunsa neler yaptığı konusunda kamuoyunun meşru bir bilgilene talebi söz konusu olamaz. Kamuoyunun böyle bir talebi olsa da ve basın organlarının bu noktada ticari bir yararı da bulunsa, bu yararlar kişinin özel yaşamının etkili olarak korunması hakkı karşısında geri çekilmek durumundadır.

Modern toplumun geldiği nokta ve güvenlik nedenleriyle, bir çok özel veya resmi kuruluşa kişisel verilerimizi gönüllü olarak vermekte, bunlardan kayıtlar tutulmaktadır. Bu tip hallerde, *“ilgilinin rızası”* dolayısıyla eylem hukuka uygundur. Ancak bunun dışında, kişilerle ilgili bilgiler ancak mevzuat tarafından izin verilen hallerde kayıt altına alınabilir. Hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi halinde ise faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilecektir (TCK m. 135/1).

Kişisel verinin ne olduğu madde gerekçesinde belirlenmiştir: *“Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri”* dir.

Yine kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla izin verilen hallerde, kişinin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kayıt altına alınmasına izin verilebilir. Bu hallerin dışında kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kişisel veri olarak kaydedilmesi suç oluşturmaktadır (m. 135/2).

Kişilere ait mahkeme veya polis kayıtlarındaki bilgiler ise kayıt altına alınabilir.

Bu kapsamda, dedektiflik faaliyetinin suç olup olmadığını da araştırmak gerekmektedir. Dedektiflik soyut olarak Kanun'da suç olarak düzenlenmemiştir. Ancak dedektiflik faaliyeti içerisinde yapılabilecek eylemlerin suç oluşturacağı açıktır. Örneğin, telefon dinleme, aleni olmayan konuşmaların dinlenmesi ve kaydedilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlali ve hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi suçları dedektiflik faaliyeti çerçevesinde işlenebilecek suçlardandır. Hatta, Kanun'un 133/3. maddesi kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suretiyle elde edilen bilgilerden yarar sağlanması veya bunların başkalarına verilmesi veya diğer kişilerin bilgi edinmelerinin temin edilmesini cezayı artıran bir sebep olarak düzenlemiştir.

Bu nedenle, özel bir mevzuat ile dedektiflik faaliyeti hukuka uygun kılınmadığı müddetçe, dedektifliğin bizzat kendisi değil, ancak yukarıdaki faaliyetleri suç oluşturacaktır.

Yeni Ceza Kanunu'nda, eski Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan *“mal varlığına karşı temel suçların büyük bir bölümü muhafaza edilmekle birlikte, şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi (m. 164) ve bilgi vermeme (m. 166) gibi yeni suç tipleri de öngörülmüştür. Ayrıca yeni Kanun, temel suçların tanımında bazı değişikliklere gitmiş (örneğin kullanma hırsızlığı, güveni kötüye kullanma, yağma, dolandırıcılık gibi)”* ve önceki Kanun'da mala karşı suçlar babında düzenlenen bazı suçlara ise yer vermemiştir. Örneğin, yağmaya dönüşen hırsızlık (eski TCK m. 495/2), korkutarak faydalanma (eski TCK m. 498), adam kaldırma (eski TCK m. 499), adam kaldırmada muhabere nakli (eski TCK m. 500) ve karşılıksız yararlanma suçları (eski TCK m. 521a).¹⁴⁶

¹⁴⁶ Koca, Mahmut, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar”, Kazancı, S. 5, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Getirdikleri*, s. 69.

Hırsızlık suçunun unsurları bakımından eski kanun ile yeni Kanun arasında çok esaslı bir fark bulunmamaktadır. Ancak, eski Kanun'da "diğeri", yeni Kanun'da "zilyedi"; eski Kanun'da "taşınır", yeni Kanun'da "taşınabilir" ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Hırsızlık suçu bakımından uygulamadaki sorunlardan biri, suçun ne zaman tamamlanmış sayılacağıdır. Bu bakımdan Kanun herhangi bir çözüm getirmemekle beraber, madde gerekçesinde konu açıklanmaya çalışılmıştır: "Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hale gelmesidir. Bu tasarruf olanağı ortadan kaldırılınca suç da tamamlanır."

Suçun nitelikli halleri yeni Kanun'da tek bir maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. Önceki Kanun'daki,

1. Hırsızlığın kanunen veya hükümetin emri ile resmen mühür altına alınmış şeyler hakkında işlenmesi;

2. hırsızla malı çalınan arasında hizmet veya bir iş yapmak veya bir yerde muvakkat olsun birlikte oturmak yahut

63

karşılıklı nezaket icaplarından ileri gelen itimadı suiistimal neticesi olarak siyanetine terk ve tevdi olunmuş eşya hakkın-
da işlenmesi;

3. mezarlıkların veya mahfuz mezarların muhafaza ve tezyini için konulmuş yahut cesetle gömülmüş eşya hakkın-
da işlenmesi;

4. ormanlarda kesilmiş odunlar ve istif edilmiş kereste ve ağaçlar ve sair yerlerde koparılmış veya biçilmiş mahsuller ve tarlada bırakılmış ziraat aletleri hakkında işlenmesi;

5. duvar, kapı, pencere, demir parmaklık, kasa ve sandık gibi şeyleri yıkmak, devirmek, kırmak, delmek veya mahvetmek veyahut suni vasıtalarla veya şahsi çeviklik sayesinde bertaraf edilebilen maniaları kaldırarak veya aşarak hane ve sair yerlerde girmek suretiyle işlenmesi;

6. hırsızlık suçunun ikiden fazla kimse tarafından işlenmesi;

7. suçun işlenmesinde her maddede belirtilen nitelikli hallerden iki veya daha fazlasının birleşmesi

8. hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin fazlalığı,

halleri yeni Kanun'a alınmamıştır.

Yukarıda 5. maddede saydığımız hal Kanun'da ayrıca bir nitelikli hal olarak düzenlenmediğinden, hırsızlık suçunun bu şekilde işlendiği hallerde, bileşik suç kuralları uygulanmayacak ve bu takdirde mala zarar verme ve hırsızlık suçlarından ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir.

Yukarıda 7. maddedeki ağırlaştırıcı sebebin Kanun'da yer almaması ve 142. maddede sayılan nitelikli hallerin seçimlik nitelikleri dolayısıyla, belirtilen hallerden bir kaçısı söz konusu

olsa dahi, faile tek bir ceza verilecektir. Ancak bu takdirde elbette, hakimın cezayı belirtilen oranların yukarı haddi nispetinde artırma olanağı bulunmaktadır.

Belirtilen ağırlaştırıcı nedenlerin Kanun'a alınmamasına karşılık hırsızlık suçunun;

1. Elektrik enerjisi hakkında işlenmesi (TCK m. 142/1-f),
2. elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle işlenmesi (TCK m. 142/2-b) ile
3. bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi halleri yeni Kanun'da ilk defa düzenlenmiş bulunan cezayı artıran nitelikli hallerdir. Hırsızlığın bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesine örnek olarak, bir başkasının hesabında bulunan paranın bu sistemler kullanılarak kişinin veya bir başkasının hesabına aktarılması verilebilir.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Koca, s. 75.

Kanun korkutarak faydalanma, adam kaldırma ve adam kaldırma suçunda muhabere nakli suçlarına yer vermemiştir.

Adam kaldırma halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve hırsızlık suçlarından dolayı ceza tayini yoluna gidilecektir. 148. maddenin 1. fıkrasındaki “malı teslim mecbur kılma” ifadeleriyle de korkutarak faydalanma suçunun karşılanmak istendiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca eski TCK m. 495/2’de düzenlenmiş olan “hırsızlığın yağmaya dönüşmesi” hali de yeni Kanun’da bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde bu hükmün gereksiz olduğu, zira “mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin; evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur” denilmektedir. Buna karşılık, önceki Kanun’daki bu hükmün bir ihtiyacı karşıladığı, evin içindeki eşyayı alıp kapıdan dışarı çıktıktan sonra eşyayı yolda park ettiği otomobile götürürken mal sahibi ile karşılaşan hırsızın, ona karşı cebir veya tehdit kullanması durumunda hangi suçun

oluşacağı sorularak, yeni TCK bakımından bu takdirde yağma suçunun oluşamayacağı ve bu boşluğun ileride problemlere neden olacağı ifade edilmektedir.¹⁴⁸

Son olarak, eski Kanun'dan farklı olarak yağma suçunda da, suçun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı daha az cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir (TCK m. 148/2).

¹⁴⁸ Koca, s. 79.

765 sayılı Kanun'dan farklı olarak 5237 sayılı Kanun'da müstakil bir ihkak-ı hak suçu bulunmamaktadır. Onun yerine hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarında, bu suçların bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi durumlarına ilişkin birer hüküm sevk edilerek, bu hallerde faile hırsızlık, yağma ve dolandırıcılık suçlarından dolayı verilecek cezanın indirileceği hükme bağlanmıştır:

TCK m. 144: Hırsızlık suçunun;

b. Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

TCK m. 150: Kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması halinde, ancak tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

TCK m. 159: Dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla işlenmesi halinde, şikayet üzerine, altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

Bu üç madde incelendiğinde, 144 ve 159. maddelerde “*bir hukuki ilişkiye dayanan alacak*”tan bahsedilirken, 150. maddede “*kişinin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağını*” denilmektedir. Bu maddelerdeki ifadelerin özellikle mi farklı kullanıldığı bilinmemektedir. Ancak bu suretle, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın bir üçüncü kişi tarafından da bu suçlar işlenmek suretiyle işlenmesi durumunda bu cezayı azaltan haller uygulanacakken; yağma suçu bakımından kişinin ancak kendisinin bu alacağını bizzat tahsil etmesi halinde indirimden faydalanması gerekecektir. Belki de bu şekilde kanun koyucu, yağma suçu bakımından alacağın mafya türü organizasyonlara devredilerek tahsil edilmesi halinde hafifletici sebebin uygulanmasını engellemek istemiş olabilir.

Bunların dışında benzer bir hüküm de belgede sahtecilik suçlarıyla ilgili olarak sevk edilmiştir:

TCK m. 211: Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir.

OTOPARK MAFYASI HAKKI OLMAYAN YERLERE
TECAVÜZ SUÇUNDAN DOLAYI
CEZALANDIRILABİLİR Mİ?

Önceki Kanun'un 513-515; yeni Kanun'un 154. maddesinde düzenlenen "*hakkı olmayan yerlere tecavüz*" suçu bakımından eski Kanun'a nazaran önemli bir farklılık yapılmıştır ve bu farklılık otopark mafyasının, diğer suçların yanı sıra hakkı olmayan yerlere tecavüz suçundan ötürü de cezalandırılmasını sağlayacaktır. Buna göre, önceki Kanun'da "*suçun konusu yalnızca özel kişilere ait taşınmazlar olarak belirtilmişken, yeni TCK'da kamuya ait taşınmazların malikmiş gibi tamamen veya kısmen işgal edilmesi de suç haline getirilmiştir*". Böylece özellikle büyük şehirlerde kamuya ait sokakları zapt ederek bu yerlere araçların ücretsiz park edilmesini engellemek suretiyle işgal eden kişilere bu madde uygulanabilecektir. "*Zira bu kişiler, herhangi bir hakka dayanmaksızın kamuya ait bu yerleri tamamen veya kısmen işgal etmektedirler.*" Suçun kovuşturması da re'sen yapılacaktır.¹⁴⁹

Bu noktada 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "*işgal*" başlıklı 38. maddesinde düzenlenen kabahat tipi ile "*hakkı olmayan yerlere tecavüz*" suçu arasındaki ilişkiye

¹⁴⁹ Koca, s. 84.

de değinmek gerekmektedir. Söz konusu maddenin 1. fıkrasına göre, *“yetkili makamların açık ve yazılı izni olmaksızın meydan, cadde, sokak veya yayaların gelip geçtiği kaldırımları işgal eden veya buralarda mal satışa arz eden kişiye, belediye zabıta görevlileri tarafından elli Türk Lirası idari para cezası verilir”*. Bu durumda, cadde ve sokakları işgal ederek otopark olarak kullandıran kimsele-
rin eylemleri hem TCK m. 154’deki suçu, hem de Kabahatler Kanunu m. 38’deki işgal suçunu gerçekleştirmektedir. Bu tür hallere ilişkin olarak Kabahatler Kanunu 15/3. maddede şöyle bir hüküm konulmuştur: *“Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”* Böylece bu durumda sadece TCK m. 154 hükmünün uygulanmasıyla yetinilecektir.

YAĞMURLU GÜNLERDE ARACIYLA KALDIRIMDAKİ YAYALARA KASTEN SU SIÇRATAN KİMSE CEZALANDIRILABİLİR Mİ?

Yeni Kanun'a göre evet. Önceki Kanun'a göre ancak tazminat sorumluluğunun söz konusu olduğu bu durumda başkasının malını kirletme vardır ve Kanun bu hususu, mala zarar verme olarak kabul etmektedir. Başkasının binasının duvarına yazı yazma, afiş veya ilan yapıştırma veya resim yapma durumunda da aynı suç işlenmiş olur (TCK m. 151/1).

Ancak öğretilerde bu hüküm eleştirilerek, "kirletme eyleminin maddede sayılan diğer seçimlik hareketlere nitelik ve nicelik olarak uymadığı" ve ağırlık olarak da farklı olduğu, "kirletme şeklindeki zarar vermenin, suçun temel şekline göre daha hafif bir ceza ile karşılanması gerektiği" haklı olarak ifade edilmektedir.¹⁵⁰

Hemen belirtelim ki, suç ancak kasten işlendiği takdirde cezalandırılmakta olup, taksirle gerçekleştirildiğinde suç oluşmayacaktır. Ancak, yoldaki su birikintisini ve kaldırımda yürüyen yayaları görüp, doğrudan kastı olmasa da, "olursa olsun" düşüncesiyle hızını kesmeyen sürücüler bakımından da bu suçun olası kastla işlendiği kabul edilebilecektir.

¹⁵⁰ Koca, s. 82.

Kanun'da malvarlığına karşı işlenen suçlar açısından en önemli değişikliklerden birisi "*karşılıksız yararlanma*" suçu bakımından gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda, önceki Kanun'un 521a maddesinde düzenlenen "*karşılıksız hizmet, besin ve içecekten yararlanma*" suçu Kanun'a alınmamıştır. Bu suçun ayrıca düzenlenmesine gerek görülmemesinin nedeni, dolandırıcılık suçuna ilişkin hükümlerin bu takdirde uygulama alanı bulacak olmasıdır. Nitekim dolandırıcılığa ilişkin 157. madde gerekçesinden anlaşıldığına göre bu tür hallerde ihmali hareketle işlenen bir dolandırıcılık suçu söz konusu olmaktadır: "*Karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak*" bu eylemi gerçekleştiren kimse, "*hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğü*" bulunuyorsa, artık ihmali hareketle gerçekleştirilmiş dolandırıcılık suçu vardır ve bu nedenle, bu haller için eski TCK m. 521a gibi bir hükmün sevk edilmesine gereksinim bulunmamaktadır.

Ancak öğretilerde bu çıkış noktasına yönelik olarak "*karşılıksız yararlanma niteliğindeki eylemler, eğer failde başlangıçtan beri hizmetin bedelini ödememe kastı varsa, ancak bu takdirde dolandırıcılık suçunu oluşturabilir*" denilmekte ve "*hizmetten yararlan-*

nan kişinin ödememe kararını hangi anda verdiği konusunda ispat güçlükleriyle karşılaşılacağı için, bu tür eylemleri çoğu durumda dolandırıcılık çerçevesinde cezalandırma olanağı bulunmayacaktır” eleştirisi yöneltilmektedir.¹⁵¹ Buna karşı bu görüşün, “eski bir anlayışın ürünü olarak, hileyi derecelendirmeye tabi tutmakta” olduğu, böylece belirli bir yoğunluğa varmamış hileleri dolandırıcılık suçu kapsamında kabul etmediği belirtilmektedir.¹⁵²

Yeni Kanun’da “karşılıksız yararlanma” başlığı altında düzenlenmiş suçlar ise, ilkin esasen eski Kanun’da da yer alan otomatlar aracılığıyla sunulan ve bedeli ödendiği takdirde yararlanılabilen bir hizmetten ödeme yapmadan yararlanılması ile yeni bir suç tipi olarak telefon hatları ile frekanslarından veya elektromanyetik dalgalarla yapılan şifreli veya şifresiz yayınlardan sahibinin veya zilyedinin rızası olmadan yararlanma suçudur. Madde gerekçesinde, karşılıksız yararlanma adı altında düzenlenen suçların ortada taşınabilir bir mal bulunmadığından hırsızlık suçu olarak kabul edilemedikleri ve bu nedenle bunların ayrı bir suç olarak hükme bağlandıkları ifade edilmektedir.

¹⁵¹ Erdem, Mustafa Ruhan, “Karşılıksız Yararlanma Suçları”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 136, 137; Koca, s. 89.

¹⁵² Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2002, s. 64.

KOOPERATİFLER VEYA ŞİRKETLER HAKKINDA YANLIŞ BİLGİ VERMEK SUÇ MUDUR?

69

Kooperatifler veya şirketler hakkında kamuya yapılan beyanlarda veya genel kurula sunulan raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler veren veya verdiren ilgili kişiler altı aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 164). Bu suç tipi mevzuatımıza ilk defa yeni Ceza Kanunu ile girmiş bulunmaktadır.

“Maddeyle, şirket veya kooperatifler alanında kamunun veya sözü geçen kuruluşların genel kurullarının aldatılmalarını önleyecek bir yaptırım getirilmiştir.” Bu suç ancak kasten işlendiği takdirde cezalandırılacak, taksirli hali cezalandırılmayacaktır.

“Kamuya yapılan beyanlardan” maksat, basın ve yayın yoluyla veya postayla prospektüsler gönderilerek belirli olmayan kişilere hitap edilmesi ve bunlara önemli yanlış bilgiler verilmesidir. Bu tür bilgilerin genel kurula sunulan raporlarda, önerilerde yer alması da suç sayılmaktadır; gerçeğe uymayan bilançolar yapılması, örneğin gerçeğe aykırı karlardan bahsedilmesi gibi. Ancak bütün bunların yanlış olduğu bilinerek doğru imiş gibi gösterilmesi suçun oluşması için zorunludur (madde gerekçesi). Böylece suç olası kastla işlenemez.

Suçun oluşması açısından failde bir kar sağlama amacının bulunması veya bir zararın meydana gelmesi şart değildir. Şirket veya kooperatifin aleyhinde olmak üzere yanlış bilgi verilmesi de bu suçu oluşturacaktır (madde gerekçesi).

Öncelikle 170. maddenin 1. fıkrasının c bendinde kişilerin hayatı veya sağlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda silahla ateş edilmesi durumunda, birine zarar verilmese bile failin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir. Böylece maçlardan sonra veya düğünlerde havaya ateş eden kimseler, bundan dolayı insanlar yaralanmasalar veya ölmeler dahi, sırf bu madde gereğince cezalandırılabilirler. Buna karşılık, kimsenin bulunmadığı ıssız veya bu iş için ayrılmış mekanlarda ateş edilmesi, bu suçu oluşturmayacaktır.

Radyasyon yayma başlıklı 172. maddenin 1. fıkrasına göre, bir başkasını, sağlığını bozmak amacıyla ve bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak surette, radyasyona tabi tutan kişi cezalandırılır.

173. maddede atom enerjisi ile patlamaya sebep verme suçu ilk defa mevzuatımızda düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, *"atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet veren kişi ... cezalandırılır"*.

Bağdat Caddesi'nde yarış yapan gençler Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılabilir mi? Evet, hem de ağır bir ceza ile; İki yıla kadar hapis cezası (TCK m. 179/2). Bu kimselerin cezalandırılabilmesi için ayrıca bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermeleri şartı aranmamaktadır.

Benzer şekilde, Kanun'un 179/3. maddesine göre, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi de iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu ceza başkasına hiçbir zarar verilmese dahi uygulanabilecek bir cezadır.

Eğer alkollüyen dikkatsizlik, tedbirsizlik sonucu bir kimsenin yaralanmasına veya ölümüne sebebiyet verilirse, bu takdirde verilen ceza daha ağır olmaktadır. Bu durumda örneğin bir kimsenin ölümüne sebebiyet verildiği takdirde, normalde iki yıl olan ceza daha yukarı hadden örneğin altı yıldan takdir edilebilecek, bu ceza da yarısına kadar artırılabilir, böylece dokuz yıl ceza verilebilecektir. Bu ceza adli para cezasına çevrilemeyecektir (TCK m. 85, 22, 50).

Evet. İlgili kanunlarda belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi önceden sadece idari yaptırıma tabi tutulurken,¹⁵³ artık altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir (TCK m. 181). Ancak bu yaptırım ancak iki yıl sonra uygulanabilecektir. Zira belediyelerin ve fabrikaların hazırlanması bakımından bu hükmün yürürlüğü iki yıl ertelenmiştir (TCK m. 344).

Zararlı atıkları ülkeye sokmak Ceza Kanunu kapsamında bir suç müdür? Evet. Kanun'a göre, atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (m. 181/2).

Esasen çevreye yönelik eylemlerin ceza hukuku normlarıyla yaptırım altına alınması Avrupa Birliği'nin de genel bir politikasıdır. Bu normlarla Türkiye bu alanda Avrupa Birliği ile uyum konusunda bir adım atmış bulunmaktadır.

¹⁵³ Çevre Kanunu'nda idari suç olarak düzenlenmiş olan eylemlerin, Ceza Kanunu'nda da düzenlenmiş bulunması ve aynı eyleme hem adli hem de idari cezanın uygulanmasının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla uyumluluk arz etmediği, bu nedenle Çevre Kanunu hükümlerinin gözden geçirilmesinin gerektiği, öğretilde ifade edilmektedir, Tezcan - Erdem, s. 352, 353.

**GECEKONDU YAPMAK SUÇ MUDUR VE
BELEDİYELERİN GECEKONDULARA İLİŞKİN
SORUMLULUKLARI NELERDİR?**

72

Kanun'un 184. maddesi hükmünden önce gecekondu yapmak suç oluşturmamakta, sadece gecekondu yıkılmakta ve gecekondu sahibinin tazminat sorumluluğu bulunmaktaydı. Ancak Türkiye'de yaygınlaşan imar kirliliği ile etkin mücadele bakımından Kanun artık yapı ruhsatıyesisi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapma veya yaptırmayı suç olarak belirlemiş bulunmaktadır.

Henüz yapı ruhsatıyesisi olmaksızın başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi de imar kirliliği suç işlemiş olur (TCK m. 184/2). Ancak burada henüz şantiye durumunda olan yerlere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılması cezalandırılmaktadır. Buna karşılık bitmiş binalara bu bağlantıların yapılması bu suç oluşturmayacaktır. Bu tip yerlere telefon, su veya elektrik bağlantısının yapılması görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur (m. 257).

Bu bağlantılar kamu görevlileri tarafından değil de, örneğin komşu tarafından da yapılmış olursa, bu kez bu kimseler söz konusu madde gereğince sorumlu olacaklardır.

Ancak burada da "*etkin pişmanlık*" hallerinden biri söz konusudur. Buna göre, kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı

72

olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, hatta kişi mahkum olmuşsa, ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

Son olarak 5357 sayılı Kanun ile 184. maddeye bir 6. fıkra eklenmiştir. Buna göre: *“İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış yapılarla ilgili olarak uygulanmaz”*. Bu suretle, 12 Ekim 2004 tarihinden önce yapılmış bulunan şantiyelere söz konusu bağlantıların yapılması veya buralarda herhangi bir sınıai faaliyetin icrasına müsaade edilmesi durumunda suç oluşmayacak, suçun oluşabilmesi için şantiyelerin 12 Ekim 2004 tarihinden sonra yapılmış olması gerekecektir.

**UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE
KULLANAN KİŞİ HAKKINDA
NASIL BİR YAPTIRIM UYGULANACAKTIR?**

73

Kanun izlenen suç politikası gereği çok radikal bir adım atarak, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak değil, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak fiillerini suç olarak tanımlamıŐtır. Uyuşturucu kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kiŐidir. Bu nedenle uyuşturucu madde kullanan kişinin, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Uyuşturucu madde kullanan kişi hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı hÜk-molunan ceza, ancak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması halinde infaz edilecektir (TCK m. 191).

Kullanmak için uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa hakkında cezaya hÜk-molunmaz (TCK m. 192/2).

Kanun'a eklenen çok önemli yeni bir hüküm, sağlık için tehlike oluşturabilecek örneğin sigara, alkol, tiner gibi maddeleri çocuklara ve akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara veren veya tüketimine sunan kişilerin, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmalarını öngörmektedir (TCK m. 194). Ne var ki, bu suç bugün çok ciddi bir biçimde işlenmekte ve herhangi bir denetim de maalesef yapılmamaktadır.

**KAMU GÖREVLİSİNE
YALAN BEYANDA BULUNMAK
SUÇ MUDUR?**

75

Bir resmi belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 206). Ancak, her türlü yalan beyan bu suç oluşturmaz. Bir memura karşı yapılan beyanın doğruluğu düzenlenen resmi belgeyle ispat edilecekse, yalan beyan suçtur. Ancak beyanı alan memur, beyanın doğruluğunu araştırıp, buna kanaat getirdikten sonra resmi belgeyi düzenlemek durumunda ise, yani resmi belge sadece kişinin beyanı üzerine değil de, memurca yapılacak inceleme sonucuna göre meydana getirilmekte ise bu maddedeki suç oluşmaz. Örneğin; gümrük muayene memuruna, belirli bir malı ithal veya ihraç edeceği yolunda yalan beyanda bulunan kişi, bu maddedeki suçu işlemiş olmaz; zira beyanı alan gümrük muayene memuru sırf bu beyanla yetinmeyip, beyanın doğruluğunu incelemekle yükümlüdür.

*HASTA OLMADIĞI HALDE BİR KİMSEYE
HATIRA BİNAEN HASTA RAPORU VEREN
DOKTOR CEZALANDIRILIR MI?*

Evet. Gerçekte hasta olmayan bir kimseye doktor raporu verilmesi durumunda gerçeğe aykırı belge düzenlenmesi söz konusudur ve doktor üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belge kişiye haksız bir menfaat sağlıyor veya kamunun ya da kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıyorsa doktor resmi belgede sahtecilikten ötürü cezalandırılacaktır (TCK m. 210).

Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, 2004 Kanunu'nda belgede sahtecilik suçları çok daha derli toplu düzenlenmiştir. Örneğin, yeni Kanun belgelerde sahtecilik suçlarında eski Kanun'daki;

1. Resmi belgelerde nitelikli sahtecilik,
 2. Hüviyet ve nüfus cüzdanları, pasaport ve ruhsatlarda sahtecilik,
 3. Özel yarar sağlayan belgelerde sahtecilik
- ayırımını terk etmiştir. Keza resmi belgelerle ilgili olarak;
1. Resmi belgenin aslında,
 2. Resmi belgenin suretinde ayırımını da terk edilmiştir.

Ancak bu hususlar cezanın tayininde göz önünde bulundurulabilecektir. Hakim, öngörülen alt ve üst sınırlar arasında, belgenin niteliğine göre temel cezayı belirleyebilecektir.¹⁵⁴

Sahtecilik bakımından kamu görevlisi ile özel kişi arasında kural olarak fail olmak açısından ayırım gözetilmemiş, ancak failin kamu görevlisi olması durumunda daha ağır bir ceza öngörülmüştür.

Son olarak üzerinde durmak istediğim hüküm, yeni Kanun'un 212. maddesi hükmüdür. Sahte belgenin kullanılması suretiyle başka bir suçun işlenmesi durumunda, Yargıtay'ın fikri içtimai kabul eden kararları bulunmaktadır. Bunu engellemek bakımından, *“sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur”* kuralı sevk edilmiştir. Böylece örneğin sahte belge kullanılarak bir kimse dolandırıldığı takdirde, hem sahtecilik, hem de dolandırıcılıktan dolayı hüküm kurmak gerekecektir.

¹⁵⁴ Kaylan, Keskin, “Belgelerde Sahtecilik Suçları”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004, s. 184.

Olur. Kanun'a göre işlenmiş olan bir suç u veya işlenmiş olduğu suçtan dolayı bir kimseyi öven, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenmiş olan bir suçun failini veya kanuna uymayan kişiliğini, sırf suç işlemesi sebebiyle övme de böylece bu kapsamda değerlendirilecektir. Ancak gerek bir suçun gerekse bir suçlunun övülmesi suçunun gerçekleşebilmesi için övme eyleminin alenen yapılması gerekir. Yani belirsiz sayıda kişinin duyabileceği şekilde olması gerekmektedir (TCK m. 215).

**HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇUNUN
İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ
İÇTİHAATLARINA UYGUN OLABİLMESİ İÇİN
NE TÜR DEĞİŞİKLİKLER YAPILMIŞTIR?**

Bilindiği üzere, eski 312/2. maddenin kendisi dolayısıyla değil de, uygulaması dolayısıyla Türkiye hakkında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından bir çok kez mahkumiyet kararı verilmiş bulunmaktadır. İleride bu tür mahkumiyetlerin önüne geçmek ve Avrupa Birliği mevzuatı ile uyum sağlamak bakımından geçtiğimiz yıllarda madde üzerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin bir devamı olarak yeni Kanun'da da maddenin uygulamasının sınırlandırmasını sağlayacak adımlar atılmıştır. Bu adımlar, madde gerekçesinde şöylece açıklanmaktadır:

“Çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kabul edilmektedir. Bu bağlamda; kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımı, bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır.

Suçtu oluşturan ‘tahrir’, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail sübjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete

78

tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin, 'öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal'; düşmanlık ise, 'husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu' olarak da tanımlanabilir. Şu halde kin ve düşmanlık; 'husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hal' olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde; fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde 'kin ve düşmanlık' ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece 'şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler' madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hakim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişi-

nin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında 'açık ve mevcut tehlike' kriterinin¹⁵⁵ var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez".

Gerek 765 sayılı TCK ve gerekse 2003 Tasarısı'nda (m. 294/2) "kamu düzeni" terimi kullanılmıştı. 5237 sayılı Kanun ise "kamu güvenliği" terimini tercih etmiştir. "Kamu güvenliği" ifadesi, kamu düzeni ifadesine nazaran daha dar bir kavramdır. Kamu düzeni, bir hukuk kuralının uygulanmasının sonucu olarak ortaya çıkar. Başka bir deyişle, kamu düzeni, hukuk kurallarının uygulanmasıyla korunur. Buna karşılık, kamu düzeni, hukuk kurallarının uygulanmasında bir ölçüt görevi görmez. Aksine, kamu düzeni açısından ölçütü, belirlenmiş hukuk kuralları oluşturur (TBMM Adalet Komisyonu Müzakere Tutanakları, 7.7.2004, s. 4).¹⁵⁶

Suç tipinin uygulanmasına yönelik sıkıntıları önlemeye yönelik bu değişikliklere rağmen, sonuçta maddeyi uygulayacak hakimlerin bu maddeyi özgürlükçü bir yoruma tabi tutmaları gerekmektedir. Nitekim, madde görüşmeleri sırasında "söz konusu fıkraya ilişkin olarak nasıl bir formülasyon benimsenirse benimsensin, bu fıkra hükmünün uygulanmasında, hakimnin %95, buna karşılık kanun metninin %5 oranında belirleyici olduğu yönün-

¹⁵⁵ Bu kriterin Amerikan Hukuku'ndan alındığı görülmektedir.

¹⁵⁶ Özgenç, *Gereğeli*, s. 321, dpn. 25.

78

de" açıklamalarda bulunulmuştur. Buna göre hakim, "yargıdan talep edilenlere", "hassasiyetlere" göre bir olguyu somut tehlike olarak yorumlayabilecektir.¹⁵⁷ Bu görüş, Türkiye'deki demokratikleşmenin önündeki engelin "uygulama" olduğu şeklinde yöneltilen eleştirilerin haklılığını bir kez daha göstermektedir. Ümidimiz, önümüzdeki dönemde yeni Kanun'un özgürlükçü anlayışının hakimlere de yansımadır. Aksi takdirde, kanun koyma bakımından atılan ileri adımlar, günlük yaşama yansımamayacaktır.

¹⁵⁷ Özgenç, *Gerekçeli*, s. 321, dn. 24.

BİR ÖRGÜT KURARAK SUÇ İŞLEYENLER NASIL CEZALANDIRILIR?

79

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanun örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olmasını öngörmüş bulunmaktadır (TCK m. 220/1).

Kanun, suç sayılan eylemleri işlemek amacıyla örgüt kurmayı veya örgüte üye olmayı, hiç suç işlenirse dahi cezalandırmaktadır. Ancak örgüt kurulduktan sonra örgüt üyeleri ayrıca bir de suç işleyecek olursa, bu suçlardan dolayı da ayrıca ceza verilecektir. Örgüt yöneticileri ise, bizzat kendileri işlemseler dahi, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı da ayrıca ceza alacaklardır (TCK m. 220). Ayrıca bazı suçların örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi cezayı artıran bir neden olarak öngörülmüştür. Örneğin; organ veya doku ticareti suçu örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenirse, suçun cezası artırılır. Böylece bir örgütün bu suçu işlemesi durumunda, suç işleyen örgüt üyeleri ağır organ ticareti suçundan ceza alacaklar, ayrıca örgüt üyeliğinden dolayı da cezalandırılacaklardır. Örgüt yöneticisi de, hem örgüt yöneticisi olmaktan, hem de ağır organ ticareti suçundan ceza alacaktır (TCK m. 91).

79

Burada belirtmek gerekir ki, TCK m. 220 genel, TCK m. 314 hükmü ise özel hüküm niteliğindedir. Böylece örgütlü suç cebir unsurunu içermiyorsa genel hüküm olan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, içeriyorsa özel hüküm olan 314. madde (silahlı örgüt) uygulanacaktır.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Avcı, Mustafa, "Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Türk Hukukunda Örgütlü Suç Kavramı", *Hukuk ve Adalet*, Yıl: 2, S. 5, Nisan 2005, s. 357, 371.

**ÖRGÜTÜ DAĞITAN ÖRGÜTTEN AYRILANA DA
CEZA VERİLİR Mİ?**

80

Yeni Ceza Kanunu bu bakımdan örgüt üye ve yöneticilerine eski Kanun'da olmayan büyük imkanlar sağlamaktadır (TCK m. 221). Buna göre, örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve suç işlenmeden önce örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında ceza verilmez.

Örgüt üyesi de, herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldığını ilgili makamlara bildirirse kendisine ceza verilmeyecektir. Buna karşılık gönüllü olarak ayrılmayıp da, henüz bir suç işlenmeden yakalanan örgüt üyesi, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi verirse, hakkında cezaya hükmolunmayacaktır.

81

**ŞAPKA KANUNU'NA MUHALEFET
SUÇ MUDUR?**

Evet. Kanun'un 222. maddesine göre Şapka İktisası Hakkında Kanun'a aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

Eski Kanun'daki "*alenen hayasızca hareketler*" suçu yeni Kanun'da da düzenlenmiştir. Kanun herkesin önünde cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişiyi altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırmaktadır (m. 225). Kanun'da teşhirciliğin ne olduğu açıklanmamaktadır. Ancak öncelikle cinsel organların gösterilmesi teşhircilik olacaktır. Buna karşılık, dekolte kıyafetlerin bu suç kapsamında değerlendirilmeyeceği de açıktır.

Kanun'un 226. maddesinde "müstehcenlik" suçu düzenlenmektedir. Ancak bu hüküm, halk arasındaki anlamıyla müstehcenliği cezalandırmamakta, on sekiz yaşından küçüklere müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi, içeriğinin gösterilmesi, okunması, dinletilmesi; bunların içeriklerinin çocukların girebileceği veya görebileceği yerlerde ya da alenen gösterilmesi; bu ürünleri içeriğine vakıf olunabilecek şekilde satışa veya kiraya arz edilmesini; bunları bunlara mahsus alışveriş yerleri dışında satanları cezalandırmaktadır. Bu itibarla, bu tür ürünler bunlara mahsus yerlerde satılabilecektir. Bu eylem, suç oluşturmamaktadır.

Müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlarda yayınlanması ise suç olup, bu eylem karşılığında altı aydan üç yıla hapis cezası öngörülmüş bulunmaktadır.

Maddede ayrıca çocuk seks-porno görüntü, film ve seslerinin çekilmesi beş yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmakta; çocukların kullanıldığı bu tür ürünleri ülkeye sokan, çoğaltan ve satan-

ların da iki yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezasına çarptırılacağı açıklanmaktadır.

Şiddet içerikli; hayvanlarla ve ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin film, görüntü ve seslerin üretimi, satımı da cezalandırılmaktadır.

Maddedeki “*doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış*”ın ne anlama geldiği konusunda Adalet Komisyonu’ndaki görüşmelerin tutanaklarına bakıldığında, esasen, önce bu ifade yerine “*toplulu seks*”, “*eşcinsel ilişki*” gibi terimlerin kullanılmasının düşünüldüğü, ancak zamana göre hakim bu davranışın ne olduğunu kendisinin belirlemesi gerekeceği düşüncesiyle, bu ifadelerin tercih edildiği anlaşılmaktadır.

Öncelikle kumarın ne olduğunu belirlemek gerekir. Kanun kumarı tanımlamaktadır: *“Ceza Kanunu’nun uygulanmasında kumar, kazanç amacıyla icra edilen ve kar ve zararın talihe bağlı olduğu oyunlardır”*. Ancak, kumar suç değildir. Kanun, kumar oynayanları cezalandırmamakla beraber, kumar oynanması için yer ve imkan sağlayan kimsenin bir yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür (TCK m. 228).

İfade edelim ki, kumar Ceza Kanunu manasında suç değilse de 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu manasında bir kabahat teşkil etmektedir. Söz konusu Kanun’un 34. maddesine göre, *“(1) Kumar oynayan kişiye, yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, kumardan elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir. (2) Bu kabahat dolayısıyla idari para cezasına ve el koymaya kolluk görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir karar verir”*.

Hayır. Dilencilik Ceza Kanunu kapsamında bir suç değildir. Fakat çocukların, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimselerin dilencilikte araç olarak kullanılması suçtur. Dolayısıyla bu tip durumlarda, dilenci değil, onu kullanan kimse cezalandırılacaktır (TCK m. 229).

Hemen belirtelim ki, dilencilik Ceza Kanunu manasında suç değilse de 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu manasında bir kabahat teşkil etmektedir. Söz konusu Kanun'un 33. maddesine göre, "(1) Dilencilik yapan kişiye, *elli Türk Lirası idari para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.* (2) *Bu kabahat dolayısıyla idari para cezasına ve el koymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir veya belediye encümeni karar verir*".

HASTANELERDE ÇOCUKLARI DEĞİŞTİRENLER HANGİ SUÇU İŞLEMİŞ OLURLAR?

Hastanelerde çocukları bilerek ve isteyerek değiştirenler “*çocuğun soy bağıını değiştirme*” suçunu işlemiş olurlar (Bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası). Buna karşılık, gerekli özeni göstermeyerek çocukların karışmasına neden olan kişi ise bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK m. 231).

Kanun'un 232. maddesinin ikinci fıkrasında, *"idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir"* denmektedir. Bu maddede kullanılan *"sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi"* ifadesi dolayısıyla öğretmen, usta ve anne-babaya bir disiplin yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu disiplin yetkisinin kapsamının ne olduğu açıklanamamaktadır.

Fakat, bugün ne anne-babanın, ne öğretmenin, ne de ustanın çocuğunu, öğrencisini veya çırağını dövme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, dövme eylemi yaralama suçunu oluşturur. Hatta anne-baba ve öğretmen bakımından cezanın artırılması da söz konusu olabilir (TCK m. 86/3).

Dövme dışındaki, odadan çıkarmama, tahtada bekletme gibi davranışlar ise sınır aşılılmamak kaydıyla disiplin yetkisi içinde kabul edilip, cezalandırılmazlar.

Evet. 2004 Kanunu'ndaki yeni hükümlerden biri de 233. maddede düzenlenmiş bulunan "*aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*" suçudur. Buna göre, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 233/1).

Benzer şekilde, daimi sarhoşluk, uyuşturucu maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapsi cezası ile cezalandırılacaktır (TCK m. 233/3).

Maddenin gerek 1. ve gerekse 3. fıkrasında düzenlenmiş bulunan bu suçlar tehlike suçlarıdır. Bu itibarla, zarar meydana geldiği takdirde, artık bu hükümler değil, meydana gelen zarara göre yaralama veya öldürme suçlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Tefecilik, 1926 Kanunu'nda yer almayan, ilk defa 2004 Kanunu'nda düzenlenmiş bulunan bir suçtur. Tefecilikten anlaşılması gereken, kazanç elde etmek maksadıyla başkasına ödünç para verilmesidir ve bu eylemi yapan kimseler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır (TCK m. 241). Tefecilik suçu "*senet kırdırma*" denen usulle de işlenebilir. Örneğin; henüz vadesi gelmemiş bir bononun vadesinden önce başkasına verilerek karşılığında bono üzerinde yazılı meblağdan daha az bir paranın alınması durumunda tefecilik suçu oluşur (madde gerekçesi).

Bu madde ile kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi cezalandırılırken, ödünç para alan kişi cezalandırılmamaktadır, dolayısıyla suç çok failli suç değildir.

Kanun bir bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimsenin; bir bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan kişinin; bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişinin cezalandırılacağını öngörmektedir (m. 243, 244).

**BANKA VEYA KREDİ KARTLARININ
KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇUNUN
UNSURLARI NELERDİR?**

91

Kanun'da ekonomik yaşamdaki gelişmeler dolayısıyla düzenlenen yeni suçlardan biri de *"banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu"*dur (TCK m. 245). Banka veya kredi kartlarının ele geçirilerek kullanılması veya kullandırılması suretiyle yarar sağlanması; bu kartların örneğin banka görevlileri tarafından sahibine verilmesi gerekirken kullanılması veya kullandırılması suretiyle yarar sağlanması halinde bu suç oluşacaktır.

27.5.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanun ile maddeye eklenen ikinci fıkraya göre, *"başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek sahte banka veya kredi kartı üreten, satan, devreden, satın alan veya kabul eden kişi"* cezalandırılacaktır.

Aynı şekilde gerçek kartların ele geçirilerek kullanılması değil de, sahte oluşturulması veya üzerinde sahtecilik yapılarak yarar sağlanması da maddenin üçüncü fıkrasında yaptırım altına alınmış bulunmaktadır.

Esasen hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarını oluşturabilecek bu eylemler, uygulamada

91

duraksamaları önlemek maksadıyla ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır (madde gerekçesi).

Kartların ele geçirilme şekli ayrı bir suç oluşturuyorsa, örneğin, hırsızlık gibi, bu takdirde şöyle bir ayırım yapmak gerekecektir. Kartlar henüz kullanılmamışsa, sadece hırsızlıktan dolayı cezaya hükmolunacak; ancak kartlar ayrıca kullanılmışsa artık her iki suçtan ayrı ayrı ceza tayini yoluna gidilecektir, zira Kanun kartların ele geçirilmesine yönelik olarak işlenen suçlar ile kartların kullanılması suçu bakımından bileşik suç öngörmemiştir. İki ayrı eylem söz konusu olduğundan fikri içtima kuralları da uygulanamayacaktır.

Önceki Kanun döneminde öğretide, failin mal edinme amacına sahip olmaksızın malı geçici bir süre ve tahsis amacına aykırı olarak kullanması durumunda kullanma zimmeti söz konusu olacağı açıklanmaktaydı.¹⁵⁹ Uygulamamızda da Yargıtay, failde faydalanma kastı bulunduğu takdirde kullanma zimmetini kabul etmekteydi. Ancak öğretide bu durum eleştirilerek, 765 sayılı Kanun'da kullanma zimmeti, temellük zimmeti şeklinde bir ayırım bulunmadığından, Yargıtay'ın bu uygulamasının kanun koyucunun yerine geçmek olduğu ileri sürülmekteydi.¹⁶⁰

Öğreti ve uygulamadaki bu görüşler çerçevesinde, kanun koyucu, kullanma zimmetine yasal bir dayanak kazandırmış bulunmaktadır. Kanun'un 247. maddesinin 3. fıkrasında, "*zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir*" hükmü ile kullanma zimmeti tanımlanmış ve bu

¹⁵⁹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. B., Ankara 2002, s. 599.

¹⁶⁰ Artuk, Mehmet Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. B., Ankara 2004, s. 315.

takdirde, normal zimmete nazaran daha hafif bir ceza öngörülmüş bulunmaktadır.

Suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla zimmet olgusu ortaya çıktığına göre; kullanmanın malikin bulunabileceği tasarruf niteliğinde olup olmadığına bakmak gerekir. Bu nedenle, her bir kullanmanın, ilgili somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirmeyle, zimmeti oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir. Bu bakımdan, kullanmanın salt belli bir süreyle sınırlı olması, zimmetin oluşumuna engel değildir.¹⁶¹

Zimmet suçuna değinmişken belirtmek gerekir ki, Kanun eski Kanun'da olmayan bir hafifletici nedeni zimmet suçu bakımından kabul etmiş bulunmaktadır. Buna göre, zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir (TCK m. 249).

Keza önceki Kanun'un 202/4. maddesindeki "*meydana gelen zararın ödenmemesi halinde, mahkemeye ödettilmesine re'sen hükmolunur*" hükmü de yeni Kanun'a alınmamıştır. Ancak bu uygulamada bir sorun oluşturmayacaktır, zira bu durumda zimmet konusu şey müsadere edilebilecek veya genel hükümler çerçevesinde zararın tazminat olarak ödettilmesine karar verilebilecektir.¹⁶²

¹⁶¹ Özgenç, İzzet, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, s. 144.

¹⁶² Apaydın, Necati, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler*", *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, Türkiye Barolar Birliği Yayını*, Ankara 2004, s. 154.

Kamu görevlisinin yapmak zorunda olduğu bir işi yapması veya yapmamak zorunda olduğu bir işi yapmaması için menfaat sağlaması olarak tanımlanan basit rüşvet, yeni Kanun'da rüşvet suçu olarak tanımlanmamıştır. Ancak bu tip hallerde, menfaat sağlayan vatandaş bakımından suç söz konusu olmamakla birlikte, çıkar elde eden kamu görevlisi bakımından TCK m. 257/3'te düzenlenmiş bulunan görevi kötüye kullanma suçu gerçekleştirilmiş olacaktır: *"İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır"*.

Öğretide bu değişiklik eleştirilerek, *"memura menfaat sağlayan ferdin her zaman masum ve suçun mağduru konumunda olduğunu söylemek mümkün değildir"* denmektedir.¹⁶³

¹⁶³ Yenidünya, A. Caner, "2004 Türk Ceza Kanunu'nun Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlara İlişkin Bölümü Hakkında Bir Değerlendirme", Kazancı, S. 5, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Getirdikleri, s. 125, 126.

93

Rüşvet suçuna değinirken, bu konudaki çok önemli bir yeniliğe de işaret etmekte yarar görüyorum: Rüşvet suçunu kamu görevlisi olmayanlar işleyebilir mi? Rüşvet suçu esasen bir memur, kamu görevlisi suçudur. Kamu görevlisi olmayan kimseler bu suçu işleyemezler. Ancak Kanun yerinde bir düzenlemeyle hukukumuzda ilk defa kooperatifler, halka açık anonim şirketler gibi bazı kurumlar için hukuki ilişki tesis etmeye yetkili kimselerin temin ettikleri menfaati de rüşvet kapsamına sokmuş bulunmaktadır. Böylece örneğin; bir kooperatif yöneticisinin ya da anonim şirket yöneticisinin mal alımında haksız menfaat temin etmesi halinde, kendisi kamu görevlisi olmasa dahi rüşvet suçundan dolayı cezalandırılabilir (TCK m. 252/4).

ESKİ KANUN'DAKİ DÖRT AYRI SUÇU
BİR ARADA DÜZENLEYEN
HÜKÜM HANGİSİDİR?

94

TCK m. 257: Görevi Kötüye Kullanma

Eski Ceza Kanunu'nun 212/1. maddesinde düzenlenen, basit rüşvet alma; 228/1. maddesinde düzenlenen keyfi muamele; 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal ve son olarak 240. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçları, bir arada "*görevi kötüye kullanma*" başlıklı 257. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında keyfi muamele ve görevi kötüye kullanma; ikinci fıkrasında görevi ihmal ve son fıkrasında da basit rüşvet alma suçu yer almaktadır. Bu suç daha önceki Kanun'da yer alan 230 ve 240. maddelerdeki görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi bir torba suç (genel, tali ve tamamlayıcı) niteliğindedir. Ancak torbanın eski Kanun'a nazaran oldukça büyüdüğü görülmektedir.

Madde ile getirilen en önemli yenilik, uygulamada sık sık karşılaşılan, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma ile diğer suçları ve özellikle disiplin suçlarını birbirinden ayırma problemini çözme amacına yönelik olarak, her görevin gereklerine aykırılığın değil, ancak bu davranışın kişilerin mağduriyetini

sonuçlanmış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış bulunması koşullarının öngörölmüş bulunmasıdır. Böylece uygulamada yerleşmiş bulunan “özel kast” ölçütü isabetli olarak terk edilmiştir.

Kanun, görevin ihmali suçunu da “görevi kötüye kullanma” başlığı altında düzenlemiş, ancak burada görevin kötüye kullanılmasının icrai veya ihmali hareketle yapılması bakımından bir ayırım yapmıştır. Yukarıda belirttiğimiz koşullar ise hem icrai hem de ihmali görevi kötüye kullanma bakımından aranmaktadır.

Burada gerekçede verilen bir örnek olması itibarıyla bir konu üzerinde durmak istiyorum: “Görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin, orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürölmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir”. Öte yandan Kanun’un 184/2 maddesinde şöyle denilmektedir: “Yapı ruhsatıyesı olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi ... cezalandırılır”. Bu durumda örneğin bir belediye başkanının görevinin gereklerine aykırı olarak yapı ruhsatıyesı olmaksızın başlatılan inşaatlara söz konusu bağlantıların yapılmasına müsaade etmesi durumunda, kamu açısından bir zarar meydana geldiği takdirde, hem TCK m. 184/2, hem de m. 257/1 ihlal edilmiş olacaktır. Ancak 257. madde genel nitelikli bir hüküm olduğundan, olayda özel nitelikli 184/2. madde hükmünün uygulanması gerekecektir. Bu bakımdan gerekçede verilen örnek isabetli olmamıştır, zira aynı konuda özel bir hüküm bulunmaktadır. Ancak bitmiş binalara bu bağlantıların yapılması durumunda ise görevi kötüye kullanma suçu oluşacaktır.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Bkz., 72. soru.

Son olarak, maddenin 3. fıkrasında düzenlenen görevin gereklerine uygun davranmak için çıkar sağlama suçuna ilişkin gerekçeyi aktarmakta yarar görüyorum: “Maddenin üçüncü fıkrasına göre; kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlaması, bazı hallerde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacaktır. Ancak, bunun için, fiilin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmaması gerekir. Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için, kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikap suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiği yönünde somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiilin görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir”.

KAMU GÖREVLİLERİNİN İŞÇİLER GİBİ GÖREVLERİNİ TERK ETMELERİ YA DA YAVAŞLATMALARI SUÇ MUDUR?

Kamu görevlilerinin hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde görevlerini terk etmeleri, görevlerine gelmemeleri, geçici de olsa görevlerini yapmamaları veya yavaşlatmaları suçtur. Ancak bunun için bu eylemleri gerçekleştiren kamu görevlisi sayısının üçten fazla olması gerekir.

Kanun, eski Kanun'da bulunmayan yeni bir düzenleme yapmış bulunmaktadır. Buna göre, kamu görevlilerinin mesleki ve sosyal hakları ile ilgili olarak, hizmeti aksatmayacak biçimde, geçici ve kısa süreli iş bırakmaları veya yavaşlatmaları halinde, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza da verilmeyebilir (TCK m. 260).

**İFTİRA SUÇU BAKIMINDAN
BASIN İLE İLGİLİ YAPILAN
YENİ DÜZENLEME NEDİR?**

96

Basında belirli bir suç ile ilgili olarak yapılan yayınlar kovuşturma ile yetkili organlar tarafından ihbar kabul edilerek, ilgili kimseler hakkında soruşturma başlatılmaktadır. Bu itibarla, bu yayınlar da yetkili makamlara yönelik ihbar niteliğinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla basın organlarında bir kimsenin o suç işlemediğini bildiği halde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için suç isnadında bulunulması da iftira suçunu oluşturacaktır (TCK m. 267).

Bu hüküm, basın organlarında çıkan her türlü haber dolayısıyla yargılanıp da beraat eden kimseler bakımından iftira suçu oluşturmasını gerektirmeyecektir. Ancak bu düzenleme basın-yayın organlarının kişilere suç isnadında bulunurken daha dikkatli davranmalarını sağlayacaktır. Kaldı ki, suçun oluşması için *“kişinin suçu işlemediğini bilme”* şartı aranmaktadır. Dolayısıyla basın organlarının belirli şüpheler çerçevesinde hareket ettiği hallerde, suç oluşmayacaktır.

İftira suçuna değinmişken, Kanun’a yeni eklenen bir hükme de kısaca işaret etmekte yarar görüyorum. TCK m. 268’e göre, *“işlediği suç nedeniyle kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacıyla, bu kişiye ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır”*.

Kural olarak kişilerin suçları ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, bunun istisnaları da vardır:

İlki mevzuatımıza ilk defa 5237 sayılı Kanun ile giren 278. madde hükmüdür. Buna göre suç, “işlenmekte olan bir suç” ise, yetkili makamlara bildirmemek suç oluşturmaktadır. Örneğin, bir kimsenin kaçırılarak belli bir yerde tutulduğunun bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi; komşusunun kaçak elektrik kullandığını bilmesine rağmen ihbar edilmemesi bu suçu oluşturacaktır. Aynı şekilde, işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün olan suçları da ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin, bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi halinde bu suç oluşacaktır (TCK m. 278).

İkinci olarak, kamu görevlilerinin görevleri dolayısıyla öğrendikleri suçları da ihbar yükümlülüğü vardır (TCK m. 279). Örneğin, önüne gelen diplomanın sahte olduğu gören okul müdürü, bu suçu ihbarla yükümlüdür. Bu kapsamda

ayrıca sağlık mesleği mensuplarının da, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmaları halinde, durumu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü vardır (TCK m. 280).

278. maddenin son fıkrasında, “mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde” cezanın artırılacağı öngörülmektedir.

Kara paranın aklanması özellikle organize suçluluk bakımından büyük önem taşımaktadır. Bilhassa uyuşturucu madde ticareti ve silah kaçakçılığında elde edilen paranın bir an önce aklanması gerekmektedir. Zira aksi durumda, bu para örgüt tarafından işlenen suçların ortaya çıkarılmasında kullanılabilir ve böylece örgüt mensuplarının cezalandırılmasına yol açacaktır. İkinci olarak, bu paranın müsadere edilmesi tehlikesi bulunmaktadır.¹⁶⁵ İşte bu nedenlerle, yasal olmayan yollardan elde edilen paranın aklanması organize suçluluk bakımından hayati önemi haizdir ve bu sebeple, Kanun'da bu konuya ilişkin özel bir hüküm sevk edilmesi gereği doğmuştur: *"Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol olarak görülmesine neden olmaktadır. Suç işlemek suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olan ekonomik değerlerin meşruiyet görüntüsü kazandırılarak ekonomik sisteme sokulması, aynı zamanda suç delillerinin değiştirilmesi, gizlenmesi ve dolayısıyla, suçlunun kayrılması sonucunu doğurmaktadır. Bu düşüncelerle,*

¹⁶⁵ Coşkun, Neslihan, "Karapara Aklama", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 2, Sonbahar 2004, s. 203.

suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, yurt dışına transfer edilmesi veya bunların gayri meşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla çeşitli işlemlere tabi tutulması, ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır” (282. madde gerekçesi).

Hukukumuzda 1996 tarih ve 4208 sayılı Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile ilk defa kara para tanımlanmakta ve kara paranın aklanması cezalandırılmaktaydı. Ancak yeni Ceza Kanunu’nun 282. maddesi ile birlikte, kara paranın aklanması konusunda sonradan ihdas edilen yeni bu hüküm ile 4208 sayılı Kanun’daki kara paranın aklanması suç tipi zımnen ilga edilmiş olmaktadır.

Gerek korunan hukuksal yarar itibarıyla ve gerekse suç tipinin adliye karşı suçlar bölümünde ve *“suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme”* suçu ile benzerliği dolayısıyla bu suç tipinden sonra düzenlenmesi isabetlidir.¹⁶⁶

282. maddede *“kara para”* terimine özellikle yer verilmektedir. Böylece aklanan şeyin mutlaka para olması gerekmemektedir. Nitekim, Kanun *“malvarlığı değerleri”* terimini kullanmaktadır. İkinci olarak, Kanun sadece belirli suçları sayarak malvarlığı değerlerinin bu suçlardan kaynaklanmasını aramamaktadır. Kanun’un getirdiği ölçüt, *“alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç”* tur. Böylece 4208 sayılı Kanun’daki *“sayma sistemi”* sonucu, zimmet, devlet alım satımına fesat karıştırma, irtikap vb. bir çok suçun kara para aklama suçu kapsamında bulunmadığı yönündeki eleştiri ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Coşkun, s. 204.

¹⁶⁷ Coşkun, s. 206.

Suçun maddi unsuru, seçenekli hareketli olarak belirlenmiştir:

1. Yurt dışına çıkarmak veya
2. Çeşitli işlemlere tabi tutmak.

Öğretide özellikle 4208 sayılı Kanun'daki sınırlı sayıda sayma sistemi yerine 282. maddede serbest hareketli olarak "*çeşitli hareketlere tabi tutma*" hareketinin belirlenmiş olmasının isabetli olduğu, böylece günümüzde bu alanda yeni teknoloji ve sistemlerin kullanılması dolayısıyla, sayma sisteminin yetersiz kalma tehlikesi içerdiği ve böylece kara para aklamaya ilişkin bazı yöntemleri karşılayamayabileceği ifade edilmektedir.¹⁶⁸

Vurgulamak gerekir ki, esasen "*yurt dışına çıkarmak*" da, çeşitli işlemlere tabi tutmak çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu itibarla, bunun ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır. Kaldı ki, suçun maddi unsuruna ilişkin ilk hareket bakımından manevi unsur yönünden bir özellik bulunmazken, "*çeşitli işlemlere tabi tutmak*" bakımından ise "*gayri meşru kaynağını gizlemek ve meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadı*" aranmaktadır. Böylece, çeşitli işlemlere tabi tutma işleminin bahsedilen amaçlara yönelik olması gerekecektir. Yurt dışına çıkarma hareketi de "*çeşitli işlemlere tabi tutma*" çerçevesinde sayıldığında, bu iki hareket arasında manevi unsur bakımından bu tür bir farklılığa gidilmesine de gerek kalmayacaktı. Ayrıca ifade edelim ki, maddede her iki maksat bakımından "*ve*" bağlacının kullanılması doğru olmamıştır. Bunun "*veya*" şeklinde anlaşılması gerekmektedir.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Coşkun, s. 207.

¹⁶⁹ Coşkun, s. 207.

Suçun kamu görevlisi veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi durumunda verilecek ceza artırılabacaktır (TCK m. 282/2).

Bu suç, bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de cezayı artıran bir nitelikli hal olarak belirlenmiştir (TCK m. 282/3). Yukarıda da ifade ettiğim gibi bu durumda, fail hem örgüt kurma suçundan, hem de TCK m. 282/3'den dolayı ayrı ayrı cezalandırılacaktır (bkz., TCK m. 220).

Kanun'da ilk defa 285. maddede "gizliliğin ihlali" başlıklı bir suç tipi düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddede;

1. Soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlali,
 2. DuruŐmadaki aÇıklama ve gürüntülerin gizliliğinin ihlali ve
 3. Damgalamaya yol aÇacak Şekilde gürüntü yayınlanması,
- eylemleri cezalandırılmaktadır.

Burada öncelikle ele alınması gereken husus, Basın Kanunu'nda yer alan benzer hükümler ile 285. madde arasındaki iliŐkidir. Şunu ifade etmek gerekir ki, Basın Kanunu'ndaki hükümler, sadece basın ile ilgilidir. Bu madde ise hem basın, hem de diğer kişiler bakımından geçerlidir.

Maddede ilk olarak cezalandırılan husus soruşturmanın gizliliğinin alenen ihlalidir. Masumluk karinesi gereğince, kişi kesin bir hükümlle mahkum edilinceye kadar suçsuz sayıldığından, bu karinenin aksi yöndeki eylemlerin engellenmesi,

kişinin kamu oyuna suçlu olarak çıkarılmaması gerekmektedir. Nitekim CMK 157. maddeye göre, “Kanun’un başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir”.

“Maddede, soruşturma evresinde yapılp aleni olmayan gizli işlemlerin, yani ceza usulüne ilişkin kanunların netice ve içeriklerinin gizli olduğunu belirttiği işlem içeriklerinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması” suç olarak belirlenmiştir. Fakat bu bilgilendirme aleni olarak yapıldığı takdirde bu suçu oluşturacaktır. Buna karşılık, “soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz” (TCK m. 285/1).

Örneğin, CMK’nın “Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği” başlıklı 80/1. maddesine göre, “75, 76 ve 78. maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez”. Anılan Kanun’un “İletişimin Tespiti, Dinlenmesi Ve Kayda Alınması” başlıklı 135. maddesinin 5. fıkrasına göre, “bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur”. İşte bu ve benzeri hükümlere aykırı olarak elde edilen bilgilerin alenen açığa vurulması durumunda TCK m. 285/1’de düzenlenmiş bulunan suç işlenmiş olacaktır. Bu suretle, özellikle basın yayın organlarının gizli tutulması gereken bilgi ve belgeleri alenen açıklamak suretiyle hem soruşturmanın sağlıklı yürütülmesini engelleyen, hem de kişilerin damgalanmasına neden olan eylemleri cezalandırılacaktır.

Maddenin 2. fıkrasında cezalandırılan husus ise kapalı duruşmalardaki açıklama veya görüntülerin alenen açığa vurulmasıdır. Burada da ilk fıkrada olduğu gibi, suçun oluşabilmesi

için aleniyet şartı aranmakla beraber, “*taniğin korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz*” (TCK m. 285/2). Bunun nedeni, taniğin korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararının aleni olarak ihlal edilmese de taniğin ciddi şekilde zarar görmesine yol açabilecek olmasıdır.

Son olarak, kolluk kuvvetleri gözaltına aldığı şüpheli veya sanıkları basın önüne çıkartamayacaktır. Kanun’a göre, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak damgalanmalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur (m. 285/4). Bu nedenle, suçluluğu kesinleşmemiş kişilerin kimleri belli olacak ve suçlu olarak damgalanmaları sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanmaması gerekir.

Bu konuyla bağlantılı olarak 286. madde hükmüne de temas etmekte yarar vardır. Şimdiye kadar mahkemelerde ses ve görüntü kaydı yapılabilmekteydi. Ancak yeni Kanun bunu yasaklamaktadır (m. 286). Böylece sanıkların şov yapımaları önlenmek istenmiş, yargılamanın adil bir biçimde yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Dolayısıyla mahkemelerden fotoğraf yerine yabancı ülkelerde olduğu gibi karakalem resimler yayınlanabilecektir.

Kanun Türk Bayrağı'nı yırtmayı, yakmayı veya başka bir şekilde alenen aşağılamayı cezalandırmaktadır. Dolayısıyla bayraktan yapılan elbiseyi giymek suç oluşturmaz (m. 300/1).

Kanun ayrıca İstiklal Marşı'nın alenen aşağılanmasını da cezalandırmaktadır (m. 300/2). Burada önemle ifade etmek gerekir ki, İstiklal Marşı'nın aşağılanması, ihmali bir hareketle değil icrai bir hareketle gerçekleştirilmek gerekir. Bu nedenle, örneğin İstiklal Marşı okunurken eşlik etmemek bu suçun oluşması için yeterli değildir. Aynı şekilde İstiklal Marşı okunurken gösterilen saygının bir ifadesi olarak durmak, dinlemek gibi hareketlerin yapılmaması da bu suçun oluşması için yeterli değildir. Yapılan hareketlerin istiklal marşının aşağılanmasına yönelik olması lazımdır.

Kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır. Böylece hukuk düzenimizde suç ile kabahat ayırımı yapılmış bulunmaktadır ve önceki Kanun'a göre bu ikisi arasında keskin bir farklılık benimsenmiştir.

Kabahatler Kanunu ceza kanununda olduğu gibi, iki ana bölümden oluşmaktadır. Genel hükümler ve özel kabahat tipleri. Kabahatler Kanunu'nun ilk otuz bir maddesinde genel hükümler 32-43. maddelerde ise çeşitli kabahatler düzenlenmiştir.

Suçlarda olduğu gibi kabahatler ve bunlara uygulanacak yaptırımlar bakımından da kanunilik ilkesi benimsenmiştir (Kabahatler Kanunu m. 4).

Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanamaz (Kabahatler Kanunu m. 11).

Suçlara teşebbüs cezalandırılırken, kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça buna olanak tanınmış olması gerekir (Kabahatler Kanunu m. 13).

İştirak bakımından, Kabahatler Kanunu ceza kanunundan ayrılmıştır. Ceza kanunu, ikilik sistemini benimserken (fail-yardımcı eden); Kabahatler Kanunu eşitlik sistemini benimsemiştir. Dolayısıyla bir kabahatin işlenmesine herhangi bir şekilde iştirak eden herkes aynı şekilde cezalandırılacaktır (Kabahatler Kanunu m. 14/1).

Bir eylem hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, kabahatten dolayı ayrıca ceza tayin edilmeyecek, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacak; ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanacaktır (Kabahatler Kanunu m. 15/3). Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde, ceza hukukundaki fikri içtima benzer şekilde, sadece en ağır idari para cezası uygulanacaktır. Ancak bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idari para cezasından başka idari yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımlardan her biri ayrı ayrı uygulanacaktır (Kabahatler Kanunu m. 15/1). Kabahatler bakımından gerçek içtima kabul edilmiştir. Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir (Kabahatler Kanunu m. 15/2).

Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir (Kabahatler Kanunu m. 16).

Kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye ilgili kanunda açıkça gösterilen idari kurul, makam veya kamu görevlileri yetkilidir. Kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri bu konuda yetkilidir (Kabahatler Kanunu m. 22). Cumhuriyet Savcısı, kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde bir kabahat dolayısıyla idari yaptırım kararı vermeye yetkilidir. (Kabahatler Kanunu

m. 23/1). Kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme tarafından artık idari yaptırım kararı verilmesi gerekmektedir (Kabahatler Kanunu m. 24).

İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir. (Kabahatler Kanunu m. 27).

Mahkemenin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. İtirazla ilgili karar, dosya üzerinden inceleme yapılarak verilir. İdari yaptırım kararının ağır ceza mahkemesi tarafından verilmesi halinde bu karara karşı itiraz mercii en yakın ağır ceza mahkemesidir (Kabahatler Kanunu m. 29).

Önceki Ceza Kanunu'nun kabahatler kitabının ilk hükmü olarak düzenlenmiş bulunan ve uygulamada büyük öneme sahip "*yetkili mercilerin emirlerine itaatsizlik*" (eski TCK m. 526) Kabahatler Kanunu'nda da ilk kabahat olarak düzenlenmiş bulunmaktadır: Emre aykırı davranış: (1) Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir. (2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir (Kabahatler Kanunu m. 32). Burada uygulama bakımından çok önemli husus mevzuatımızın bir çok yerinde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesine atıf yapılmış bulunmasıdır. Kabahatler Kanunu'nun 32/3 maddesi bu sorunu da çözüme

kavuşturmuştur: “1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 526. maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır”.

Kanun’da düzenlenen diğer kabahatler şunlardır:

1. Dilencilik,
2. Kumar,
3. Sarhoşluk,
4. Gürültü,
5. Rahatsız etme,
6. İşgal,
7. Tütün mamullerinin tüketilmesi,
8. Kimliği bildirmeme,
9. Çevreyi kirletme,
10. Afiş asma,
11. Silah taşıma.

Kavramlara Göre Dizin

0-9

1889 İtalyan Ceza Kanunu	3
2238 Sayılı Kanun	170
4208 Sayılı Kanun	273

A

açık deniz.....	25
adalet bakanı	26
adam kaldırma.....	216, 220
adam kaldırma suçunda muhabere nakli.....	220
adam öldürmeye teşebbüs	35, 164
adil yargılanma hakkı.....	162
adli para cezası.....	40, 75, 129, 139, 140, 143-146, 160, 166, 182, 186, 187, 192, 196, 205, 222, 229, 231, 237, 250-252, 257
afiş veya ilan yapıştırma.....	226
ağır kasten öldürme	141
ağırlatıcı sebeplerde yanılğı.....	86
aile hukuku.....	138, 256
aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali...	256
akıl hastalığı	64, 91, 92
akıl hastalıkları.....	91
akıl hastası	106, 186
aktif ötenazi.....	74
alenen	203, 240, 249, 250, 276, 277, 279
alenen hayasızca hareketler	249
altsoy	102, 156
amirin emri.....	64

anal ilişki.....	189, 190
Anayasa normu	17
anayasal düzene karşı suçlar	150
antrenör.....	157
asli norm	51, 126, 128, 130, 180, 184
atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi.....	232
atom enerjisi ile patlamaya sebep verme	230
Avrupa Birliği	232, 241
avukat.....	21, 147, 167, 174, 198
avukat büroları	198
aydınlatma yükümlülüğü	73
ayırıcılık suçu	195
aynı neviden fikri içtima	121, 124
azmettiren.....	66, 102, 103, 107-109, 111-113, 115, 116, 129, 137, 174
azmettirme.....	102, 103, 106, 109, 113, 137

B

babalık.....	177
bağlılık kuralı	108, 110, 113-115
banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması	259
basın faaliyeti	207
basın mesleğinin icrası.....	210
basit bir tıbbi müdahale.....	52, 75, 85, 166-168
basit rüşvet	263, 265
basit tıbbi müdahale.....	52, 53, 166
basit yaralama	51, 177

başkasının malını kirletme	226
beklenebilirlik	159
belgede sahtecilik	115, 223, 238
belgelerde sahtecilik suçları	238, 239
belirlilik prensibi	11
belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma	10, 146
bileşik suç	117-120, 218, 260
bildirme yükümlülüğü	185, 271
bilinçli taksir	36-41, 136
bilinçsiz taksir	136
bilirkişiler	45, 46
bilişim sistemi	258
Büyükelçilik	26

C

cankurtaran	157
casusluk	142, 202, 203
cebir	21, 64, 78-81, 107, 113, 116-118, 144, 191, 195, 220, 222, 246
cebir veya tehdit	21, 191, 195, 220
cezaların içtimaı	151, 152
ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler	64, 82, 87, 88
ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde yanılğı	82, 87
ceza sorumluluğunun şahsiliği	162
cinsel bir amaç	189
cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar	188

cinsel ilişki	15, 41, 74, 83, 84, 122, 190-192, 249, 251
cinsel istismar.....	191
cinsel saldırı.....	113, 119, 122, 141, 173, 174, 189-192
cinsel saldırı suçunun basit şekli.....	189
cinsel taciz.....	173, 174, 176, 192
conditio sine qua non.....	56
Cumhurbaşkanı	26, 142
cürmü söyletmek saiki.....	172, 173

Ç

çevre kirletme.....	4
çevrenin kirletilmesi.....	123
çifte nedensellik	58
çocuğun soy bağıını değiştirme.....	254
çocuk	43, 68, 69, 102, 122, 137-140, 150, 154-157, 166, 184, 190-192, 211, 212, 234, 236, 250, 252 -254, 256, 271
çocuk bakıcısı	157
Çocuk Koruma Kanunu	138-140
çocukların cinsel istismarı.....	122, 137, 190
çocukların cinsel istismarı suçu.....	190
çok failli suç.....	257

D

dağ rehberi	157
dedektiflik.....	214, 215
denetimli serbestlik	140, 148, 235
deniz ve hava araçları	25, 26
derhal uygulama prensibi	23

devlet aleyhine işlenen suçlar.....	3
devletin güvenliğine karşı suçlar.....	150
dilencilik.....	138, 253
dini nikah.....	16
disiplin yetkisi.....	255
doğal bağıklık.....	155
doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranış.....	251
doğrudan faillik.....	104
doğrudan kast.....	33-35, 38, 40, 42, 50, 226
dolandırıcılık.....	143, 144, 216, 222, 223, 227, 228, 239, 259
dolaylı fail.....	104-107, 109, 116
dövme yetkisi.....	255
düalist sistem.....	9

E

ebeveyn.....	138, 155, 156, 191, 212
ebeveyn-çocuk ilişkisi.....	155, 156
ekonomik suçlar.....	17, 31
eksik teşebbüs.....	96, 98
elverişli hareketler.....	96
Endikasyon.....	72
engelleme etkisi.....	167, 168
ensest.....	190, 191
erteleme.....	23, 139, 149
eşcinsel ilişki.....	251
eşler arasında garantörlük.....	156
etkin pişmanlık.....	99-101, 114, 171, 233

etkin sebep teorisi.....	55
evlilik içi zorla cinsel ilişki.....	190
evrensellik.....	29
eziyet	11, 154, 173, 174, 176, 177

F

faile göre şahsılık.....	29
failin istediği netice ile birlikte istenmeyen neticelerin de meydana gelmesi.....	135
falaka	173
fer'i cezalar	10
fikri içtima.....	41, 42, 120, 124, 125, 127, 128, 132, 134, 135, 177, 194, 197, 239, 260
Filistin askısı.....	173
fuhuş.....	26

G

garantör.....	129, 154-159, 180, 183, 184
garantörlüğün kaynağı.....	154, 157
garantörlük.....	155-159, 184
garantörsel ihmali suç.....	129, 159, 183
garantörsel ihmali suçlar	159, 183
gayri muayyen kast.....	34
gazetecilik mesleğinin icrası	70
gebe kadın	174, 177
gecekondu	4, 233
geçici kanun.....	23, 24
geçici nedenler	64

geçici veya süreli kanunlar	23, 25
geçmişe yürümezlik ilkesi.....	22
genel adap	188
genel hükümler.....	18, 19, 24, 99, 174, 179, 262
genel kişilik hakkı.....	212
genetik inceleme sonuçlarının gizliliği.....	277
gerçek içtima	42, 134, 152, 170
gerçek ihmali suç.....	129
gizli hayat	208
gizliliğin ihlali	276
göçmen kaçakçılığı.....	127
gönüllü üstlenme.....	157
gönüllü vazgeçme	98, 99, 101
görevi kötüye kullanma	115, 233, 163, 265-267
Guantanamo.....	26
gürültü	196, 197
güveni kötüye kullanma	216, 259
güvenlik tedbirleri.....	9, 11, 22, 92, 151

H

haberleşme içeriğinin hukuka aykırı olarak ifşası.....	203
haberleşmenin gizliliğini ihlal	200
haberleşmenin gizliliğinin ihlali.....	203
"Hacker"lık.....	258
hafifletici sebeplerde yanılğı.....	85
hakaret	70, 71, 124, 125, 17, 176, 199
hakkı olmayan yerlere tecavüz.....	224

hakkın icrası	70, 206, 207
hakkın kullanılması.....	64, 70
haksızlık	12-14, 89, 109
haksız tahrik.....	64, 90
halka açık anonim şirketler	265
hapis cezasının ertelenmesi	23, 149
hareket olanağı.....	159, 175
hata	5, 12, 14-16, 38, 39, 46, 64, 72, 82, 85, 88-90, 192, 207, 227
hayatın gizli alanı	68, 199, 200
hayatın normal akışı	52
hazırlık hareketi.....	93, 94
hedefte sapma	131, 134, 135
hekim.....	46, 72, 73, 78, 146, 157, 166
hemofili hastalığı.....	60
hemofili hastası.....	60, 61
hemşire.....	46, 157
hırsızlığın yağmaya dönüşmesi	220
hırsızlık	14, 67, 83, 96, 113, 117-119, 148, 216-220, 222, 223, 228, 259, 260, 270
histeri.....	91
hukuk devleti	11, 32, 164, 199, 203
hukuka aykırı herhangi bir davranış.....	197
hukuka uygunluk nedenlerinde yanılma	87
hukuka uygunluk sebebi.....	64-66, 70, 71, 76, 87-89, 106, 107, 134, 206, 207
hukuksal yanılğı	82, 84

hükmün açıklanmasının geri bırakılması.....	140
hürriyet	68, 107, 149, 195, 200, 220, 241, 242
hürriyete karşı suçlar	195

I

ırza geçme.....	182, 188-190
ırza tasaddi.....	188-190

İ

icra başlangıcı.....	96
icra hareketi.....	93, 94, 95
icrai bir hareket.....	180, 279
ifade özgürlüğü	212, 243
iftira	35, 80, 100, 107, 269
ihbar etme yükümlülüğü	270
ihkak-ı hak suçu.....	222
ihmal suretiyle icra suçu	129
ihmal suretiyle kasten öldürme.....	159
ihmali bir hareket	180, 279
ihmali davranış	175
ihmali suçlar.....	56, 129, 159, 160, 182, 183, 186
ikilik sistemi	108
iletişimin denetlenmesi.....	204, 209
ilgilinin rızası	64, 210, 214
İnfaz Kanunu	22, 23, 149
infaz rejimi.....	22, 23
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi	211, 212, 232, 241

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi.....	212
insanlığa karşı suçlar.....	141, 150
isim ve resim hakkı	208
ispat	37-41, 175, 212, 223, 228, 237
İstiklal Marşı.....	279
işgal.....	224, 225, 266
işkence.....	11, 26, 119, 122, 172-176
işkence sonucu ölüm.....	141
iştirak iradesi.....	60, 112, 163
iştirak şekilleri bakımından bağlılık kuralı.....	108
itfaiye eri	157
iznin iptali.....	32

K

Kabahatler Kanunu	224, 225, 252, 253, 280-282
kabullenme	37-39, 80
kamu düzeni	243
kamu görevlisi	20, 100, 115, 116, 167, 172-174, 204, 237, 239, 263, 264, 267, 268, 275
kamu görevlisine yalan beyanda bulunmak.....	237
kamu güvenliği.....	242, 243
kamuoyunun bilgilendirilme hakkı.....	213
kamusal yarar	207, 213
kamuya açık hayat	208
kanuni düzenlemelerden kaynaklanan garantörükler.....	155

kanunilik prensibi	9, 22, 24
kanunun bağlayıcılığı	12
kara para	272-274
kara ve hava sahaları	25
karasuları	25
karşılıksız yararlanma	216, 227, 228
kast	12, 14, 33-42, 47-52, 54, 60, 70, 80-83, 85, 86, 88, 89, 96, 97, 104-106, 108, 110, 118, 119, 122, 125, 127, 131-136, 140-142, 150, 153, 158, 159, 163, 165-168, 171, 174, 175, 179, 180, 194, 197, 222, 226, 227, 229, 232, 261, 266
kasten öldürme	49, 50, 119, 122, 125, 141, 150, 152, 159, 163, 166, 171, 175, 179, 194
kasten yaralama	118, 122, 125, 152, 165-168, 174, 177, 194, 197, 222
kemik kırığı	168
kırmızı ışık olayı	40
kısmi akıl hastalığı	91
kimliğini saklamak	207
kişinin cinsel özgürlüğü	188
kişisel cezasızlık nedenleri	114
kişisel veri	200, 214, 215, 277
kişisel verilerin kaydedilmesi	200, 214, 215
kişisel veya ailevi durum	43
klasik doktrin	9
klasik okul	9
konu bakımından yanılma	84
konut dokunulmazlığını ihlal	76, 117, 118, 198

kooperatifler	216, 229, 264
korku veya telaş	77
korkutarak faydalanma	216, 220
korkutma	64, 78-81, 116, 194
koruma sistemi	29
koşullu salıverme	23
kullanma zimmeti	261
kumar	138, 252
kusur ilkesi	31, 50
kusur yeteneği.....	64, 106, 107
kusur yeteneğine etkili hususlar	64
kusurluluğu kaldıran sebepler	64
kusurun azlığı	46
kusurun yoğunluğu	46

L

lehe kanunun geçmişe uygulanması	23
lehe kanun geçmişe yürür kuralı	24

M

mağdura göre şahsılık	29
mağdurda yanılma	132
mahrem hayat	208
mala zarar verme	194, 218, 226
malın değerinin azlığı	221, 262
malvarlığı	68, 75, 129, 148, 186, 194, 216, 227, 230, 272, 273
malvarlığına karşı suçlar	216

Medeni Kanun	155, 156, 208
memnu hakların iadesi	146
manevi sorumluluk	9
mekan ve zaman bağlantısı	95
mektupları açmak	207
mesafe suçları	27
meşru müdafaa	65, 68, 69, 77, 134, 206
meşru müdafaa hali	134
meşru savunma	64, 68, 69, 77
muhtemel kast	34, 50, 127, 136, 159
mülkîlik	29
münhasıran	43, 44, 77
müsadere	10, 32, 101, 262, 272
müstehcen	138, 250
müşterek fail	109, 115, 163, 164
müşterek faillik	102, 108
müteselsil suç	121

N

nedensellik bağı	48, 50, 54, 55, 57, 58, 62
netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar	47, 53, 127
neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence	174
nitelikli hallerde yanılğı	82, 85
nitelikli hallerin şeriklere sirayeti bakımından bağlılık kuralı	113

O

objektif nitelikli unsurlar	33
objektif sorumluluk	48, 53, 162
olası kast	34-42, 50, 179, 226, 229
olursa olsun	20, 21, 37, 226
oral ilişki	189
orantılılık ilkesi	32
Organ Nakli Kanunu	170

Ö

ödünç para	257
öldürme	14, 27, 32-36, 38, 39, 41, 42, 45, 47, 49, 50, 52, 60, 77, 83, 86, 87, 97, 99, 110, 119, 122, 125, 127, 130, 132 135, 141, 150, 152, 153, 155, 159, 160, 163-166, 171, 175, 177, 176, 194, 256
öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük	158, 159
öngörme	37, 38, 49-51, 129, 136, 179, 183, 236, 258, 260
öngörülebilir	41, 50, 52, 113, 179
örgüt	100, 150, 171, 245-247, 272, 275
özel ceza kanunları	18
özel faillik niteliği	108, 115, 116, 174
özel hayat	199-201, 206, 208-210, 215
özel hayatın gizliliğini ihlal	200, 208
özel işaret ve kıyafetleri usulsüz kullanma	120
özel kast	266
özel yarar sağlayan belgelerde sahtecilik	238
özel yaşama saygı hakkı	212

özel zorunluluk halleri	66
özen yükümlülüğü	73, 89
özgü suçlar	108, 115, 116, 174
özgü suçlar bakımından bağlılık kuralı	115

P

pozitivist doktrin	9
--------------------------	---

R

radyasyon yayma	230
resmi belgede sahtecilik	115, 116, 238
resmi belgelerde nitelikli sahtecilik	238
resmi evrakta sahtekarlık	105
reşit olmayanla cinsel ilişki	191
rüşvet	21, 28, 70, 100, 101, 123, 263-265, 267

S

saf ihmali suç	129
saf ihmali suçlar	186
sağır ve dilsizlik	64
sahtecilik	14, 28, 115, 116, 182, 223, 238, 239, 259
sarkıntılık	189, 190
sebeplerin çokluğu	55, 59
sekiz oranı	45
sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi	195
senet kırdırma	257
sınırın aşılması	77

silahla	34, 79, 111, 134, 167, 230
silahlı örgüt	246
sistematik	173, 176
sollayan nedensellik	62
sosyal ve kültürel çevre koşulları	14
soykırım	26, 141, 152, 153
söyleşi	205, 206
sözleşme	28, 154, 157, 173, 212
sözleşmeden kaynaklanan garantörlük	157
suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme	273
suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini	
aklama suçu	272
suçun aynılığı bakımından bağlılık kuralı	110
suçun icra hareketlerine bağlanmış olması	
bakımından bağlılık kuralı	114
suçun işlendiği yer	30
süreklilik	173, 175-177, 198
sürelî kanun	23, 24

Ş

şahısta yanılma	131-133, 135
Şapka İktisası Hakkında Kanun	248
şart teorisi	55
şiddet	64, 78-81, 97, 113, 117, 142, 242, 251
şikâyet	75, 140, 166-168, 190, 192, 193, 212, 213, 222
şüpheden sanık yararlanır	163, 164
şüpheli	139, 202, 209, 278

T

taciz.....	119, 173, 174, 176, 192, 193, 197
taksirle adam öldürme.....	159
taksirli suçlar	45, 46, 133
taksirli suçlarda iştirak	46
tali norm.....	51, 126, 128-130, 180
tam teşebbüs.....	96, 98
tanık.....	100, 173
tazminat hukuku	199
tazminat sorumluluğu	226, 233
tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri.....	235
tedip hakkı.....	87
tefecilik	257
tehdit	21, 64, 78-80, 84, 107, 116-118, 155, 176, 191, 194, 195, 206, 220, 222
tehlike hali	9, 10
tehlike suçları.....	50, 127, 129, 180, 242, 243, 256
tehlike suçu.....	50, 127-129, 179, 242
tek fiil.....	41, 117, 124
tekerrür	23, 149, 150
telefon dinleme	202, 207, 215
terk.....	47, 48, 50, 85, 86, 166, 178-180, 218, 238, 266, 268
teşebbüs ..	21, 35, 36, 41, 60-62, 93, 95-99, 106, 108, 111, 115, 127, 127, 131, 133, 134 142, 164, 165, 194, 195
tıbbi ve hukuki sınırlar	190
tipik eylem	94, 95
toplayıcı (atipik) nedensellik	59

toplu seks	251
toplum açısından tehlikelilik	92
türeyen suç tipleri.....	85
Türk Medeni Kanunu	155, 156
tüzel kişiler	10, 31, 32
Türk Bayrağı.....	279

U

unsurlarda yanılğı.....	82, 84
uygun sebep teorisi	55
uyuşturucu madde ticareti.....	26, 272
uyuşturucu suçları	150
uzlaşma	9, 140

Ü

üstsoy	102, 156, 177
--------------	---------------

V

varsayılan nedensellik	62
varsayılan rıza.....	76
verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme .	200
verileri yok etmeme	200

Y

yağma	95, 117, 118, 122, 216, 220-223
yalan beyan	237
yangın.....	39, 40, 119
yanılğının kaçınılabılır olup olmadığı.....	89

yanlış bilgi verilmesi	229
yaralama	41, 45, 47-52, 75, 77, 85, 95, 96, 99, 111, 112, 118, 122, 125, 127-130, 152, 153, 155, 159, 160, 165-168, 173, 174, 176, 177, 186, 189, 194, 197, 222, 255, 256
yardım eden	66, 108, 109, 111, 114-116, 159, 164, 174
yardım etme	75, 99, 100, 102, 103, 109, 155, 156, 158- 160, 171, 182-185
yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi.....	154, 160
yardım yükümlülüğü	152, 156, 182, 185
yardımcı norm	51, 126-129, 180, 184
yardımcı normun sonralığı ilkesi.....	126, 129, 184
yaş	15, 16, 47, 64, 74, 83, 84, 87, 122, 137, 138, 140, 170, 178, 180, 181, 184, 191, 192, 250, 271
yaş küçüklüğü.....	64
yaşam veya vücut bütünlüğü.....	128
yeni ceza kanunları	4
yüzme öğretmeni.....	157

Z

zarar suçu	50, 127-129, 180
zarar suçları.....	50, 51, 127, 129, 180
zarar veya tehlikenin ağırlığı.....	96
zararlı atıkları ülkeye sokmak	232
zilyetliğin korunması.....	69
zilyetlik.....	68, 96, 217
zimmet	81, 122, 261, 262, 273
zincirleme suç	121-124, 175
zorunluluk hali	64-66, 81, 89

Türk Ceza Kanunu'na Göre Dizin

TCK 3/1	32
TCK 5.....	18
TCK 6/1-b.....	137
TCK 6/1-c	20
TCK 6/1-f.....	167
TCK 7/3	22, 23
TCK 7/4	23, 24
TCK 8.....	25
TCK 8/1	27
TCK 8/2-b.....	25
TCK 8/2-c	25, 26
TCK 13.....	26
TCK 19.....	29
TCK 20/1	31
TCK 20/2	31
TCK 21/2	34, 37
TCK 22.....	231
TCK 22/3	40
TCK 22/4	45
TCK 22/5	46
TCK 22/6	43
TCK 23.....	48, 49, 86, 178
TCK 25/1	68
TCK 26.....	70
TCK 26/2	74

TCK 27/1	77
TCK 27/2	77
TCK 28.....	78, 81, 107, 116
TCK 30/1	82, 84
TCK 30/2	82, 85, 132, 133
TCK 30/3	82, 88
TCK 30/4 (5237 S. K.).....	12, 16, 82
TCK 31.....	139
TCK 32/1	91
TCK 32/2	91
TCK 33.....	253
TCK 34.....	252
TCK 35.....	94
TCK 35/2	96
TCK 36.....	98, 99
TCK 37.....	109
TCK 37/2	104, 107
TCK 38.....	109, 137
TCK 38/2	102
TCK 39.....	109
TCK 40.....	108
TCK 40/1	66, 114
TCK 40/2	115, 116, 174
TCK 40/3	111, 115
TCK 41/1	101
TCK 42.....	117, 119
TCK 43.....	121-123

TCK 43/2	124, 125
TCK 43/3	125, 175
TCK 44.....	127, 132, 135
TCK 50.....	149, 231
TCK 50/4	40
TCK 51.....	149
TCK 52.....	143
TCK 52/1	166
TCK 53.....	22, 145
TCK 53/1	146
TCK 53/1-e.....	147
TCK 53/3	147
TCK 53/5	146
TCK 54/4.....	32
TCK 56.....	139
TCK 57/2	92
TCK 57/6	91
TCK 58.....	148
TCK 60.....	32
TCK 60/1	32
TCK 76.....	153
TCK 76/2	152
TCK 81.....	57, 87, 97, 119
TCK 82.....	119
TCK 82/1-d	86
TCK 83.....	56, 154, 183, 184
TCK 83/2-b.....	158

TCK 83/3	160
TCK 85	231
TCK 86/1	165
TCK 86/2	85, 167
TCK 86/3	166, 255
TCK 87	168
TCK 87/2	177
TCK 87/3	168
TCK 87/4	47, 50, 52, 53, 112, 165
TCK 88/1	52, 167
TCK 88/2	166
TCK 89	128
TCK 91	169, 170, 245
TCK 91/1	170
TCK 91/2	170
TCK 91/3	170
TCK 91/4	171
TCK 91/5	171
TCK 91/6	171
TCK 91/7	171
TCK 91/8	171
TCK 92	67, 171
TCK 93	99
TCK 93/1	171
TCK 93/2	171
TCK 94	172
TCK 94/2	174, 175

TCK 94/3	119, 174, 175
TCK 94/4	174
TCK 94/5	175
TCK 95.....	174
TCK 95/1	175
TCK 95/2	175
TCK 95/4	175
TCK 96/2	177
TCK 97.....	47, 176, 178, 181
TCK 97/1	50, 178, 180
TCK 97/2	50, 180
TCK 98.....	75, 160, 181, 183, 184
TCK 98/1	181
TCK 98/2	155, 182, 184
TCK 102/1	189
TCK 102/2	189, 190
TCK 102/3-c	191
TCK 103.....	190, 191
TCK 104.....	191
TCK 105.....	192, 193
TCK 106/3	194
TCK 108.....	118
TCK 110.....	100
TCK 116.....	118
TCK 116/3	198
TCK 118.....	195
TCK 121.....	195

TCK 122.....	195
TCK 123.....	196-198
TCK 132.....	200, 202, 204, 205, 209
TCK 132/2	204
TCK 133.....	200, 205
TCK 133/3	215
TCK 134.....	200, 208, 210
TCK 134/1	209
TCK 134/2	209, 210
TCK 135.....	200, 202
TCK 135/1	214
TCK 135/2	214
TCK 136.....	200
TCK 138.....	200
TCK 140.....	32, 210
TCK 141.....	118
TCK 142.....	218
TCK 142/1-f.....	219
TCK 142/2-b.....	219
TCK 144.....	222, 223
TCK 144/1-b.....	114
TCK 145.....	85
TCK 147.....	67
TCK 148.....	117, 118
TCK 148/1	220
TCK 148/2	221
TCK 149/1-d	117, 118

TCK 150.....	118, 222
TCK 150/1	114
TCK 151/1	226
TCK 154.....	224, 225
TCK 157.....	143, 227
TCK 159.....	222, 223
TCK 164.....	216, 229
TCK 166.....	216
TCK 167/1	114
TCK 168.....	100
TCK 170.....	75, 119
TCK 170/1	230
TCK 172/1	230
TCK 173.....	230
TCK 175.....	186
TCK 176.....	187
TCK 177.....	186
TCK 178.....	187
TCK 179.....	130
TCK 179/2	128, 129, 231
TCK 179/3	130, 231
TCK 181.....	232
TCK 181/1	4
TCK 181/2	232
TCK 182/1	4
TCK 183.....	197, 198

TCK 184.....	4, 233
TCK 184/2.....	233, 266
TCK 184/5.....	100
TCK 184/6.....	234
TCK 191.....	235
TCK 192.....	100
TCK 192/2.....	235
TCK 194.....	236
TCK 201.....	99, 100
TCK 206.....	237
TCK 210.....	238
TCK 211.....	223
TCK 212.....	239
TCK 214.....	111
TCK 214/1.....	129
TCK 214/3.....	129
TCK 215.....	240
TCK 220.....	245, 246, 275
TCK 220/1.....	245
TCK 221.....	100, 247
TCK 222.....	248
TCK 225.....	249
TCK 226.....	250
TCK 228.....	252
TCK 229.....	253
TCK 230/5.....	100

TCK 231.....	254
TCK 232/2	255
TCK 233.....	256
TCK 233/1	256
TCK 233/2	180
TCK 233/3	256
TCK 241.....	257
TCK 243.....	258
TCK 244.....	258
TCK 245.....	259
TCK 247/3	261
TCK 248.....	100
TCK 249.....	262
TCK 252/2	21
TCK 252/4	264
TCK 254.....	100, 101
TCK 256.....	167
TCK 257.....	126, 233, 265
TCK 257/1	266
TCK 257/3	263
TCK 260.....	268
TCK 261.....	130
TCK 264/1	120
TCK 264/2	120
TCK 265/2	21
TCK 267.....	35, 269
TCK 267/4	10

TCK 268.....	269
TCK 269.....	100
TCK 272.....	107
TCK 274.....	100
TCK 277.....	21
TCK 278.....	270
TCK 278/son.....	271
TCK 279.....	270
TCK 280.....	271
TCK 282.....	273, 274
TCK 282/2.....	275
TCK 282/3.....	275
TCK 285.....	276
TCK 285/1.....	277
TCK 285/2.....	278
TCK 285/4.....	278
TCK 286.....	278
TCK 293.....	100
TCK 300/1.....	279
TCK 300/2.....	279
TCK 303/4.....	67
TCK 314.....	246
TCK 344.....	232
Eski TCK 451.....	61
TCK 456/3.....	41
TCK 463.....	162, 163

Ceza Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dizin

CMK 15	25, 26
CMK 80/1.....	277
CMK 135/5.....	277
CMK 157	277
CMK 223/3-b	66
CMK 223/3-d	89

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a Göre Dizin

CGTİK 99	151
CGTİK 101/1.....	151
CGTİK 101/2.....	152
CGTİK 101/3.....	152
CGTİK 107	151

Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Dizin

ÇKK 5	139
ÇKK 7	138
ÇKK 7/4.....	138
ÇKK 7/6.....	138
ÇKK 9.....	139

ÇKK 11	139
ÇKK 13/1.....	139
ÇKK 13/2.....	139
ÇKK 19	140
ÇKK 23	140
ÇKK 24	140
ÇKK 36	140

Kabahatler Kanunu'na Göre Dizin

Kabahatler Kanunu 4.....	280
Kabahatler Kanunu 11	280
Kabahatler Kanunu 13	280
Kabahatler Kanunu 14/1.....	281
Kabahatler Kanunu 15/1.....	281
Kabahatler Kanunu 15/2.....	281
Kabahatler Kanunu 15/3.....	225, 281
Kabahatler Kanunu 16	281
Kabahatler Kanunu 22	281
Kabahatler Kanunu 23/1.....	282
Kabahatler Kanunu 24	282
Kabahatler Kanunu 27	282
Kabahatler Kanunu 29.....	282
Kabahatler Kanunu 32/3.....	282



10.000.000.- TL
10.00 YTL



Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay-ANKARA

Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57

web: www.barobirlik.org.tr

e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr