



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

TÜRK CEZA KANUNU REFORMU

İKİNCİ KİTAP

MAKALELER, GÖRÜŞLER, RAPORLAR

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 71

Türk Ceza Kanunu Reformu
-II-
Makaleler, Görüşler, Raporlar
Editör: Teoman Ergül

ISBN:975-6689-62-5
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Eylül 2004

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

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

Baskı
ŞEN MATBAA
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

MAKALELER, GÖRÜŞLER, RAPORLAR

İKİNCİ KİTAP

Editör: Teoman Ergül

Teoman Ergül

VII Editörden

MAKALELER

- | | | |
|--|-----|---|
| Prof. Dr. Nevzat Toroslu
Prof. Dr. Yüksel Ersoy
Prof. Dr. Köksal Bayraktar | 1 | Kanunlaşmaması Gereken
Bir Tasarı |
| | 21 | TCK Tasarısı'na İlişkin
Genel Bir Değerlendirme ve Genel
Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri |
| Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Doç. Dr. Ali Rıza Çınar | 37 | Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve
Adalet Alt Komisyonu Tasarısı
Üzerine Düşünceler |
| Dr. Mustafa Tören Yücel
Necati Apaydın | 85 | TCK Tasarısı Üzerine Notlar |
| | 147 | TCK Tasarısı'ndaki Bazı Suç
Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler |
| Keskin Kaylan | 163 | Belgelerde Sahtecilik Suçları |
| Yrd. Doç. Dr. H. Yokuş Sevük | 185 | TCK Tasarısı'nın Yaş Küçüklüğüne İlişkin
31. maddesinin Değerlendirilmesi |
| Doç. Dr. Mustafa Avcı | 199 | TCK, Tasarılar ve 2004 TCK Tasarısı'nın
Genel Olarak Değerlendirilmesi |

GÖRÜŞLER

- | | | |
|----------------------------|-----|---|
| Prof. Dr. Aysel Ekşi | 235 | Zinanın Çaresi Yasaklar Değil |
| Adli Tıp Uzmanları Derneği | 241 | TCK'nın 530. Maddesi Ortadan
Kaldırılıyor!.. |
| Av. Devran Melik | 243 | TCK Tasarısı Hakkında Görüş |
| Av. Mehmet Alagöz | 247 | Tasarı Üzerinde Görüş |
| Av. Münip Ermiş | 255 | TCK Hakkında Mütalaa |

RAPORLAR

- Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu
Prof. Dr. Bahri Öztürk
- 285 Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı
Hakkındaki Raporu
- 319 Galatasaray Üniversitesi,
İstanbul Kültür Üniversitesi
ve İstanbul Barosu Tarafından
Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma
Gurubu Toplantı Notları
- Pof .Dr. Durmuş Tezcan
Yrd.Doç.Dr. M. Ruhan Erdem
Doç. Dr. F. Selami Mahmutoğlu
- 327 DEÜ Hukuk Fakültesi TCK Tasarısı
Hakkındaki Raporu
- 357 TBMM Adalet Komisyonu'nda
Kabul Edilen TCK Tasarısı Hakkında
Rapor

Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın TBMM Genel Kurulu'nda görüşmelerine katkıda bulunmak üzere peş peşe iki kitap yayımlamaktayız. Tasarı'nın öyküsünü "*Türk Ceza Kanunu Reformu*" ana başlıklı birinci kitapta TBB Başkanı Av. sayın Özdemir Özok yazdığı için yinelemeyeceğim.

Bu kitapta TCK Tasarısı hakkında "*makaleler, görüşler, raporlar*" yer almaktadır. Yazıların bir kısmında Adalet Alt Komisyonu Raporu'na atıfta bulunulması yadırganmamalıdır. Adalet Komisyonu metni TBMM internet sitesine geç verildiği ve yayımlandığı, ayrıca Alt Komisyon metninden pek farklı olmadığı da görüldüğünden, ilk rapora dayanılarak yapılan değerlendirmeler hoş görülmelidir. Kaldı ki çeşitli şekillerde ifade ettiğimiz gibi bu tasarı ile ilgili eleştiriler fevkalade "*kaypak*" ve "*değişken*" bir zeminde yapılabilmektedir.

TBMM Adalet Alt Komisyonu, yapısı gereği milletvekillerinin oy sahibi olduğu ve onların dışında bulunanların (uzmanların, temsilcilerin) düşünce ve önerilerini bağımsız olarak yapamayacakları bir çalışma ortamı temin etmektedir. Alt Komisyon ilk toplantısında, üzerinde yirmi yıla yakın çeşitli uzmanların çalışmış oldukları hükümet tasarısını bir yana bırakarak, yeni bir "*felsefe*" ile tasarımı hazırlayacağı iradesini açıkladığı için, yeni "*felsefe*" sahiplerinin kafasındaki düşünce bilinemeyeceğinden yeni "*felsefe*"nin ürününe görüp düşüncelerimizi söylemekten doğal bir şey olamayacağı için çalışmalara düzenli katkıda bulunmak olanağı bulunamamıştır. Bunun diğer bazı kuruluşlar için de geçerli olduğunu, ancak o kuruluşların "*resmi*" nitelikleri dolayısıyla toplantıları zoraki sürüklediklerini de biliyorum.

Tasarı çok kısa bir sürede tamamlandı. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, bu tasarı 1985 yılından 2004 yılına kadar üzerinde çalışılan tasarı değildir. Yeni bir "*felsefe*" ürünü bu tasarının hazırlanmasında, siyasilerin, "*bu tasarı yirmi yılda hazırlandı*" biçimindeki sözlerinin gerçekle ilgisi bulunmamaktadır. AKP iktidarının AB'den "*müzakere günü*" alınma tarihi yaklaşırken gösterdiği aceleciliğin, telaşın etkisi

olduğu anlaşılmaktadır. Başlangıçta bu açıkça beyan edilmemekle birlikte, sona yaklaştıkça “ev ödevi” hazırlamak gayreti açığa da vurulmuştur. Bu Tasarı’nın Avrupa Birliği’ne karşı bir koz olduğu söylenmiştir. Bu kozun “zina suçu” gibi bir konuda garip bir anlayışla elden geçirildiğini de görmekteyiz. Böylelikle tasarı ne bilimsel nitelikte sayılacaktır, ne de Avrupa Birliği’nden “müzakere günü” alınmasında koz olarak kullanılabilir.

Tasarı bu acele nedeniyle parça parça, sürekli düzeltilerek kamuoyuna internet vasıtasıyla sunuldu. Tasarı’nın mimarlarının söyledikleri gibi bu yöntemin, bir meziyet mi, yoksa tartışma ortamının belirsizliği nedeniyle bir zafiyet mi olduğu tartışılabilir. Ancak, bilimsel olmadığı kesin olan bu yöntemin “biz onu değiştirmiştik”, “biz onu düzeltmiştik” gibi eleştirileri boşa çıkarma gayretlerine ve örneğin TBB’nin Gazi Üniversitesi ile birlikte düzenlemiş olduğu sempozyumda pek çok eleştiri yöneltmesine karşın “ciddi bir eleştiri olmadığı” söylenmesine imkan sağladığını kabul etmek gerekmektedir.

Ceza politika ve felsefesi gibi toplumun yaşamında önemli bir yasanın tartışılması da örneği görülmemiş biçimde, ancak yasalaştıktan sonra olabilecektir.

Tasarı’nın görüşülmesi sırasında mağazinsel önemi olan maddelerin görüşülmesinin kamuoyuna sızdırılması sonunda, bilinçli olarak başlatılan “tartışma”ların kamuoyunun bilgilendirilmesi olarak kabulünün doğru olduğunu sanmıyoruz. Bu yöntemin alt komisyonda ciddi tartışmalara ve çalışma arkadaşlarının biri birlerinden kuşku duymalarına, komisyon çalışmalarından çekilmelere neden olduğunu da bilmekteyiz.

Ceza Kanunu’nun hazırlanması, herhangi bir temel kanunun hazırlanmasından daha önemli bir iştir. Batı’da bu çalışmalarda çok uzun süreler, yetkin kuruluşların ve kişilerin katkıları söz konusudur. Bütünsellik içinde yapılması gereken bu çalışmalarda “bilimsel güven” her şeyin önünde gelir ve gelmelidir.¹ Oylama veya kamuoyunun bas-

¹ Bilimsel güvenin önceliğini herkesin aynı şekilde algılamadığı ve önemsemediği görülmektedir. İzzet Özgenc, Türk Ceza Kanunu Reformu, Birinci Kitap, TBB yayınları, Ankara 2004, s. 257

kısı ile ceza yasası hazırlanması mümkün değildir. Yeni bir ceza yasası hazırlığının istatistiklere, monografilere, sosyolojik analizlere ve uygulamadaki birikimlere dayandırılması gerekir. Uluslararası sözleşme ve düzenlemelere özellikle iç hukukla yakın ilişkisi dolayısıyla AİHM kararlarının değerlendirilmesi şarttır.

Cezaevinden veya mağdurlardan gelen mektupların değerlendirilmesi mümkündür, ama tasarımı bu tür bireysel tespitlerin yönlendirilmesi düşünülemez. Tasarımın danışmanlarının, ayağından "meçhul" bir kişi tarafından vurulan bir mağdurun mektubu üzerine, bu konuda düzenleme yaptıklarını söylemelerini dehşet içinde dinledim ve Tasarım'da buna nasıl çare bulunduğunu da anlamış değilim.

TBMM Adalet ve Adalet Alt Komisyonları'ndaki çalışmalarla ilgili olarak sık işittiğimiz bir kelime "uzlaşma" idi. Siyasetçilerimizin bilim adamlarının gayreti ile sağladıklarını söyledikleri "uzlaşma", genelinde kutlanacak bir davranıştır. Ancak, bilimsel gerçeğe "politikacıların uzlaşması" ile ulaşmak da mümkün değildir. Nitekim tasarının Adalet Komisyonu'ndan TBMM'ne sevkinden sonra pek çok konuda bu uzlaşmanın bozulduğunu basından öğreniyoruz.² "Zina" suçu konusunda yaratılan havanın ise kimsenin işine yaramayacağı yukarıda vurgulanmıştı.

İşin ilginç yanı iktidar partisinin tasarının bütünlüğünü ve felsefesini bozarken muhalefet şerhi ve değişiklik önermelerinin bilim adamları tarafından hazırlanmakta oldukları haberlerinin basında yer almasıdır.

Bir komisyon üyesinin³ "ırz" konusundaki kişisel düşüncesinin bir bilim kadınının desteğine rağmen ne kadar yanlış olduğu ise basit bir inceleme ile ortaya çıkmaktadır. "İrz", "insanın nefesine, haremine müteallik haysiyet", "namus, iffet, şeref, cinsel haysiyet, bir kimsenin başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffeti" olarak tanımlanmaktadır. Din açısından ise "ırz"; "İslam dinine göre bir kimsenin kendisine 'helal' kınandan başkasına açmaması, göstermemesi gereken benli-

² Cumhuriyet, 12.8.2004: "AKP Karşı Devrim peşinde"; Cumhuriyet, 13.8.2004: "AKP'liler şeriatın ceza yasasını istiyorlar."

³ Aynı kitap, s. 161.

ği. *Maddi ve manevi değerlerin ölçüsü*" olarak tanımlanmıştır. Bunların hangisine dayanarak, "ırz, erkeğe aittir" demenin mümkün olduğunu anlamak bizim için zordur. Hele cinsel suçları tasarıda "ırz" kelimesi kullanılmadığı halde eylemlerin "ırza geçme", "ırza tasaddi" kavramlarıyla açıklanmasının paradoksallığını gördükten sonra bu konuda sayın Necati Apaydın'ın endişelerine hak vermemek imkansızdır.

Türkiye Barolar Birliği, 1985 yılında Ord. Prof. Dr. rahmetli Sulhi Dönmezer başkanlığında kurulan ilk Türk Ceza Kanunu Komisyonu'nda kurucu başkanı Prof. Dr. rahmetli Faruk Erem ve TBB Yönetim Kurulu üyesi Av. sayın Hilmi Becerik ile temsil edilmişti. Bu komisyonun hazırlamış olduğu tasarı 1987 tarihinde yayımlandı. Tasarı'ya karşı en yoğun eleştiriler barolar ve TBB tarafından yöneltildi. "Çağdaş", "yeni", "hümanist" ve "demokratik" olmadığını TBB yayınlarında ve düzenlemiş olduğu toplantılarda dile getirdi.

Eleştirilerin haklılığı devrin iktidarı ve komisyon başkanı rahmetli Sulhi Dönmezer tarafından da kabul edildiğinden ikinci komisyon kuruldu. Kurucu başkanımız rahmetli Erem bilimsel kontenjandan komisyona girmişti. O dönemde yönetim kurulu üyeleri olan Av. sayın Burhan Karaçelik'le ben ikinci komisyonda Türkiye Barolar Birliğini temsil etmek üzere görevlendirilmiştik. Erem'in rahatsızlığı nedeniyle sonuna kadar katılmadığı çalışmalarda jenosit suçunun tasarısına konulması, 141 ve 142. maddeler ile ölüm cezasının kaldırılması gibi konularda yoğun gayret gösterilmesine karşın komisyonun yapısı dolayısıyla başarılı olunamadı. Ölüm cezası ile ilgili gelişmeleri *Manisa Barosu Dergisi*'nde yazdığım için burada ayrıntıya girmeyeceğim.⁴

Tasarı'ya geniş bir muhalefet şerhi yazılmış olmasına karşın komisyon başkanı bunu yayımlamadı. O dönemin TBB Başkanı Av. sayın Teoman Evren muhalefet şerhini basın toplantısı ile kamuoyuna duyurdu.

Bunlar çeşitli zamanlarda, çeşitli şekilde yazıldı. Bilinmeyen konular değil. Bunları Türkiye Barolar Birliği'ni, çeşitli zamanlarda çeşitli komisyon ve platformlarda temsil eden avukatlar ile bilim adamlarının ortaya çıkan ürüne karşı, TBB yönetiminden yükselen itiraz ve

⁴ Ergül, Teoman, "Ölüm Cezası", *Manisa Barosu Dergisi*, S. 67.

halefetleri içine sindirmeleri gerektiğini vurgulamak için yazıyorum. “Komisyonda temsilcileri vardı” hele hele “işin içine politika girdi, tavır değiştirildi” gibi gerekçelerle ortaya çıkan ürüne karşı yönelen eleştiri ve muhalefete “hazımsızlık” gösterilmesi ya da temsilci varlığının ortaya çıkan ürüne “dokunulmazlık” sağladığının sanılması yanılıdır. Kim ki bu şekilde düşünürse yanlış yapar. TBB ve barolar gibi hukuk açısından çeşitli düşünceleri çatısı altında toplayan kuruluşların sabit ve dokunulmazlık sağlayan, kesin uzlaşma diye nitelendirilebilecek görüşleri eskiden de olmadı, şimdi de olmaz. Bundan sonra da olması mümkün değildir. Her düşüncenin alternatifi bulunur ve bulunacaktır.

Ceza hukukundaki herhangi bir kurum hakkında iki düşünce ve bu düşüncelere uygun düzenleme de doğru olabilir. Bunlardan birinin seçilmesi gerekecektir. Her ikisi için de seçimden sonra eleştiri gelebilir. Gelecektir de. Ben böyle durumlarda eski kurum düzenlemesi ve yeni düzenleme bilimsel açıdan yanlış değilse, seksen yıllık birikim ve uygulamayı nazara alarak eski düzenlemenin devam etmesini isterim. Toplumun bu uygulama hakkında bir düşüncesi oluştuğunu, hukuk kuralı kadar önemli bir geleneğin toplumun belleğine kazınmış olduğunu var saymak gerekir.

TBB’nin Gazi Üniversitesi ile birlikte düzenlemiş olduğu sempozyum, Tasarı’nın Meclis’te çok kısa sürede görüşülebileceği endişesi ile düzenlenmişti. Bu toplantının, gerekçesi, yani bir bakıma “felsefesi” açıklanmamış bir metin olması nedeniyle bilimsel katkı beklenildiğinden az olmuştu. Bunun için Adalet Komisyonu üyesi ve Alt Komisyon’un aktif üyelerinden milletvekili sayın Orhan Eraslan’ın ayrışık oy yazısında belirttiği gibi, “aktüel bazı olaylardan esinlenerek ceza yasası yapmanın” doğru olmayacağı düşüncesinden hareket ederek Tasarı hakkındaki makale ve görüşlerden bir “ikinci kitap” hazırlanılmasına başlandı. Bu konuda başvurulan ceza hukukçuları hep zamanın darlığından yakındılar. TBMM’nin bu amaçla toplanacağını anlaşılmamasından sonra ise son bir gayretle okumak imkanı bulduğunuz yazıları hazırladılar. “Zina” ile ilgili olarak, Prof. Dr. sayın Aysel Ekşi’nin bir makalesini iktibas etmekteyiz. İşin aceleliği nedeni ile yazarından ve gazeteden izin alamadığım için üzgünüm. Yazarlarımıza teşekkür

ediyorum. Bundan sonra gelecek yazıları, ki anlaşılan yasa hakkında olacaktır, dergimizde yayımlama imkanı arayacağız.

Görüleceği üzere, tasarının lehinde az, aleyhinde çok söz vardır. Ortak payda ise, tasarı üzerinde tartışmaların devam etmesi yönündedir. TBB'nin Başkanı tarafından Danıştay'ın kuruluş yıldönümü toplantısında ve Gazi Üniversitesi ile birlikte düzenlenen sempozyumdan önceki basın toplantısında kamuoyuna açıkladığı düşünceleri de bu yöndedir. Adalet Bakanı Tasarı ile ilgili görüşlerini açıkladığı bir yerde *"Tasarı noksan ya da yanlış olabilir. Uygulamada mahkemeler ya da Yargıtay bunu telafi edebilir. Olmazsa yeni kanunlar çıkarırız"* mealinde bir konuşma yaptı.

Ceza kanunu uygulamasında yorum veya yargıcın yasa koyucu yerine geçmesi mümkün değildir. Sonradan düzeltme işine gelince TBB Başkanı'nun dediği gibi; *"Türkiye'nin sınama-yanılma yöntemi ile kaybedecek zamanı yoktur"*. *"AB telaşı"* içinde hazırlanmış tasarıya emeği geçenleri kutlamakla birlikte noksanlık ve yanlışlıkların da düzeltilerek yasanın çıkarılmasını dilemekteyim.

Saygılarımla.

Teoman ERGÜL

MAKALELER

KANUNLAŞMAMASI GEREKEN BİR TASARI

Prof. Dr. Nevzat TOROSLU *

Prof. Dr. Yüksel ERSOY **

I. YETERSİZLİK SAPTAMASI

1. Giriş

Türk Ceza Kanunu (TCK), kabulünden bu yana pek çok değişikliğe uğramış olmakla beraber, uygulama ve öğretinin de katkılarıyla, tam olmasa bile, belli bir yapıya ve tutarlılığa ulaşmış bulunmaktadır.

Bunun yanında, yıllardan beri TCK'nın tamamen yenilenmesi yönünde de çalışmalar yapılmış; ancak bu konuda günümüze kadar kanunlaşmasında yarar görülebilecek bir metin ortaya çıkarılmamıştır. Diğer yandan da, yabancı bir kanunun (1899 İtalyan Ceza Kanunu'nun) bazı değişikliklerle sistemimize sokulmuş olmasından duyulan rahatsızlık ve seksen yıla varan bir uygulamadan sonra artık kendi kanunumuza sahip olmamız gerektiği özlemi hep devam etmiştir.

Ancak, aşağıda özetlemeye çalışacağımız çeşitli nedenlerle, ülkemizde mevcut ortamda sağlıklı, tutarlı, sistematik ve belli bir ceza hukuku anlayışını yansıtan, kendi içinde bütünlüğü olan bir ceza kanunu Tasarısı'nın hazırlanmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bugün için seçenek, maalesef, ya gerektiğinde değişiklikler yaparak mevcut TCK'nın uygulamaya devam etmek veya temel felsefesi itibariyle uygun bulduğumuz başka bir ülkenin ceza kanununu bütünüyle esas alarak kendi hukuk sistemimize uygun hale getirerek kabul etmektir.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi E. öğretim üyesi.

** Ankara Barosu üyesi, SBF E. öğretim üyesi.

1. Tasarı Hazırlamanın Esası ve Yöntemi

Belli bir felsefi temele dayanan, sistematik, kendi içinde bütünlüğü olan, yeterli ve belli bir ceza hukuku anlayışını yansıtan bir Ceza Kanunu Tasarısı hazırlamak, ancak böyle bir felsefi temelin ve buna uygun bilimsel ortamın oluştuğu toplumlarda mümkündür.

Nitekim, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu Klasik Okulu'nun başlıca temsilcileri tarafından; 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ise Teknik Hukuk Okulu'nun kurucusu olan Rocco tarafından hazırlanmıştı. Elimizdeki Tasarı'yı hazırlayanların ceza hukuku okullarından hangisinin kurucuları veya başlıca temsilcileri oldukları bilinmemektedir.

Öte yandan, bu tip tasarılar hazırlanırken, yöntem bakımından da, genellikle, komisyonların kurulmasında gereken özenin gösterilmemesi, komisyon çalışması yapılamaması, ortaya çıkan öntasarının daha geniş çevrelerde incelenmesinin sağlanamaması, bu incelemeleri takiben eleştirilerin uygun bir şekilde değerlendirilmemesi ortaya sistematiği, bütünlüğü, yeterliliği olan tasarılar çıkarılmasına engel olmaktadır. Gözden uzak tuttuğumuz bir husus da, örnek almaya çalıştığımız, özendiğimiz uygar ülkelerde, bu tür "code" niteliğinde, belli bir sistematiği bulunan, kendi içinde bütünlüğü olan tasarıların yasama organında bir bütün olarak oylanıp kabul edilmesi; müzakarelere katılanların, kendi başlarından geçen olaylardan veya yaşadıkları deneyimlerden kaynaklanan önerilerle, maddeler üzerinde, ilk bakışta sistemi bozup bozmadığı anlaşılamayan, değişiklikler yaptırılmalarıdır.

2. Tasarı'nın Yetersizliği

Mevcut tasarı ile gösterilen çaba da kendimize has bir ceza kanununa sahip olma özlemimizden kaynaklanmış olsa gerektir. Ancak, bunun yanında, Avrupa Birliği'nin de ülkemizin yeni bir ceza kanunu kabul etmesini arzuladığı ve bundan dolayı alelacele bir tasarı oluşturulduğu da söylenmektedir. Şayet Avrupa Birliği yeni bir ceza kanununun kabulünü istiyorsa, bu kanunun içeriği ile ilgili beklentileri de olması ve kabul edilmek istenen tasarı'nın çeşitli yönleriyle bu birliğin beklentilerini yerine getirmesi gerekirdi.

Mevcut tasarı, bırakın Avrupa standartlarını, bir ceza kanununda bulunması gereken şekil ve içerik özellikleri bakımından, ortalama bilgiye sahip bir ceza hukukçusunun beklentilerini dahi tatmin edecek nitelikte değildir. Dolayısıyla, bu Tasarı'nın kabulü, aşağıda belirtilen ve sadece örnekleme niteliğindeki genel ve maddeler bakımından değerlendirmelerin de gösterdiği gibi, ceza hukukumuzu bulunduğu noktadan da geriye götürecektir; ceza hukuku uygulaması ve öğretisinin mevcut temellerini bozacak; varsa, Avrupa Birliği'nin muhtemel beklentileri bakımından hiçbir ilerleme sağlamayacak ve uygulamada, mevcut ceza mahkumiyetlerinin en azından bir kısmının yeniden gözden geçirilmesi de dahil, pek çok sakıncaya yol açacaktır.

Diğer yandan, iddiaların aksine, bu Tasarı, Türk hukukçularının kendi bilimsel görüşlerine ve Türk uygulamasının verilerine göre, yani mevcut Türk Ceza Hukuku'na göre oluşturulmuş bir tasarı da değildir. Hatta, hiçbir sistematığe ve temel felsefi-hukuki görüşe dayanmadan değişik ülkelerin ceza kanunlarının birtakım hükümlerinden esinlenmiş olması nedeniyle, belli bir yabancı ceza kanunu esas alınarak düzenlenen bir ceza kanununun sahip olacağı tutarlılıktan da yoksundur.

Bir an için hazırlanan Tasarı'nın "yerel" bir ürün olduğu kabul edilse bile, toplumun içinde bulunduğu toplumsal-siyasal durumda bunun sakıncalı dahi olacağı söylenebilir. Yıllar önce suç olmaktan çıkarılmış "zina" fiilinin yeniden suç haline getirilmesi için son günlerde sarfedilen özel çabaların da gösterdiği gibi, sağlıksız toplumsal bünyede oluşan örf-adetin kurallaşması toplumu geliştirmeyecek, aksine geriye götürecektir. Zinayı kadının suçu olarak gören bir toplumda, fiil her iki cins için aynı şekilde düzenlense dahi, sonuçta "kadının erkeğe üstünlüğü" anlayışı çerçevesinde, cezalandırılan kadının zinası olacak; erkekler istedikleri gibi hareket etmekte serbest kalacaklardır.

3. Yetersizliğin Nedenleri

Aydınlanma ile birlikte batıda kişi hak ve özgürlüklerinin yasama, yürütme ve yargı erklerinin keyfiliklerine karşı korunması amacıyla kabul edilen "kanunilik ilkesi" gereği yürütülen yoğun çalışmalar sonu-

cu ceza hukuku kavramları adeta matematiksel formüller gibi kesinlik kazanmıştır.

Söz konusu ilkenin, kişi hak ve özgürlüklerini yasama, yürütme ve yargı erklerinin keyfiliklerine karşı korumak işlevini yerine getirebilmesi için, suçların ve temel kavramların kanunda öngörölmüş olmaları yeterli değildir. Bunların, farklı anlaşılmalara ve yorumlara yol açmayacak biçimde doğru, açık ve net olarak tanımlanmış olmaları da gerekir.

Oysa 1987 yılından bu yana hazırlanan çeşitli taslak ve tasarılar da, ceza hukuku kavramlarının pek çoğu gerçek içeriğini yansıtmayan bir biçimde tanımlanmış, böylece bunların değişik ve keyfi şekilde anlaşılmasına yol açılmıştır.

Bir örnek vermek gerekirse, isnat yeteneği, yani anlama ve isteme yeteneği Tasarı'nın 87. maddesinin 4 nolu bendinde "*fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği*" olarak tanımlanırken 32, 34, 106. maddelerinde "*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmek*" olarak tanımlanmıştır. Bu sonuncu tanıma göre isnat yeteneği fiilin suç olduğunu bilmek olarak anlaşılmaktadır. Böyle bir anlayış sadece yanlış olmakla kalmamakta Tasarı'nın 4. maddesinde yer alan "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmü ile de çelişmektedir.

Gerek geçmişteki tasarılar gerek mevcut tasarı bakımından sorun, bütün aksine iddialara rağmen, "*code*" niteliğinde, yani temelinde belli bir felsefi-hukuki görüş olan, sistematığı ve kendi içinde tutarlılığı bulunan bir ceza kanununu hazırlamanın gerektirdiği felsefi-hukuki temeli oluşturmamış, yöntemi ve ciddi çalışmayı hiçbir zaman yapmamış ve gereken önemi vermemiş olmamızdan kaynaklanmaktadır. Bu ortamda ve bu yaklaşımla, tutarlı ve düzeyli bir kanun yapılması mümkün değildir. Aynı yanlış yaklaşım, yukarıda açıklandığı üzere, Tasarı'nın kanunlaşmasında izlenmek istenen yöntem bakımından da mevcuttur.

Bağlı olduğu değerlerle ceza hukuku felsefesinin pozitif hukukun kaynağını teşkil etmesi ve felsefenin aynı zamanda belli bir tarihi durumun mantıki yorumu olması dolayısıyla, hiçbir ceza hukuku, ortaya çıktığı ve içinde olgunlaştığı tarihi durumdan soyutlanarak anlaşılabilir. Bazı hukuk dallarının ideolojik-siyasal-kültürel kökenden

etkilenmeleri en düşük seviyede olabilir. Buna karşılık ceza hukuku, ideolojik-siyasal-kültürel tabandan en çok etkilenen, bunların izlerini en çok taşıyan hukuk dalını teşkil eder.

Belirtmek gerekir ki, ceza hukukunun temel işlevi sadece toplumun varlığını korumak değil, aynı zamanda onun gelişmesine de hizmet etmektir. Bu durum göz önünde tutulunca, ülkemizde Cumhuriyet'le birlikte izlenmek istenen bilimsel ve akılcı yaklaşımın ve buna dayanan siyasi görüşlerin ceza hukuku bakımından da etkili olmaması ve buna uygun bir ceza kanununa yönelme yoluna gidilmemesi mümkün değildi. Kabul edilecek ceza kanununun, aynı zamanda topluma verilmek istenen yeni yönü destekleyecek ve hedeflere ulaşılmasını kolaylaştıracak nitelikte olması gerekiyordu. Bu nedenle, zamanın klasik-liberal yaklaşımını en iyi şekilde yansıttığı düşünülen 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu esas alınmış ve TCK kabul edilmişti.

Ancak, ülkemiz, düzeyine ulaşılacak istenen uygar ülkelerin değerlerini benimseme ve geliştirme çabalarını sürdürememiş; reform karşıtı unsurların, diğerleri arasında laikliği de reddetmek için, 1950'li yıllardan itibaren dini siyasete alet etmek suretiyle giderek arttırdıkları güçlerinin etkisi altında kalmıştır. Şu anda ülkemizde, reformcu ve karşı-reformcu görüşler arasında, bazılarınca iddia edildiğinin aksine, bir uzlaşmaya varılmadığı ve, bazı "değişme" iddialarına karşın, iki görüş arasındaki mücadelenin sürdüğü bir ortamda, belli ilkelere dayanan ciddi ve tutarlı bir Ceza Kanunu Tasarısı hazırlanmasına imkan verecek felsefi-hukuki-siyasal temelin bulunduğu hiçbir şekilde söylemez. Söz konusu durum, ülkemizde sağlıklı bir kültür birikimine ve gerçek anlamda bilimsel bir ortamın oluşmasına da imkan vermemiş bulunmaktadır.

Aynı durum hukuk alanında da mevcut olduğu için, adlarının başında ne unvan bulunursa bulunsun öğreti ya da uygulama mensuplarından oluşturulacak komisyonlarda, ya siyasal misyonu olan veya kendilerine siyasal kariyer veya uygun bürokratik konum arayan ya da okulu bitirdikten sonra ciddi bir ceza hukuku kitabını başından sonuna okumamış olanlar da kaçınılmaz olarak yer alacaktır. Komisyonlarda toplu halde çalışmayı bilmememiz nedeniyle sonuçta işin bir veya iki kişiye kalmasıyla da ortaya sağlıklı bir metnin çıkması beklenemeyecektir.

Bir taraftan görünüşte Avrupa Birliği'ne katılma konusunda çabalar gösterirken, diğer yandan ülke içerisinde bilimsel ve akılcı anlayışı reddedip taassuba taviz verme ve laikliği reddetme yönünde ısrarcı olan anlayışın hangi temelde Ceza Kanunu Tasarısı hazırlamak istediğini tahmin etmek de mümkün değildir.

4. Sonuç

Bütün bunlar Türk Ceza Hukuku düşüncesinin henüz böyle organik bir kanunu yapabilecek düzeye ulaşmadığını çok açık bir biçimde ortaya koymaktadır.

Buna rağmen birilerinin yıllardır bu tasarıları kanunlaştırmak konusunda sarsılmaz bir inat içerisinde olduğu görülmektedir. Oysa hemen herkesi çok yakından ilgilendiren bir konuda makul olanı tercih etmek yerine yanlıştta ısrar etmek, hiç kimseye bir şey kazandırmayacak, aksine Türk Ceza Adaleti'nde giderilmesi mümkün olmayan sorunlara yol açacaktır.

Aşağıda, Tasarı ile ilgili olarak yapılan genel ve maddeler itibarıyla değerlendirmeler örnek niteliğinde olup, bunların düzeltilmesi halinde Tasarı'nın kabul edilebilir bir nitelik kazanacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü, yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ülkemizin ihtiyacına cevap verecek, belli bir ceza hukuku felsefesine dayalı, sistematik, kendi içinde tutarlı, yeterli bir metin hüviyetini hiçbir zaman kazanamayacaktır.

I. GENEL DEĞERLENDİRME

1. Tasarı dil açısından tutarlı değildir ve pek çok ciddi ifade bozuklukları vardır.

Ayrıca bazen çok öz Türkçe sözcükler kullanılırken, bazen de çok eski sözcüklere (örneğin; "sarfınazar" gibi) yer verilmektedir.

2. Ceza kanununun amacı ile ilgili düzenlemeyi (m. 1) anlamak mümkün değildir. Bir ceza kanununun amacı tüm hükümlerinin değerlendirilmesinden çıkarılır.

3. Aslında Anayasa'da yer alması gereken bazı düzenlemelere Tasarı'da yer verilmiştir. Örneğin; 2. maddenin 2. fıkrasında, 3. maddenin 1. ve 2. fıkralarında, 20. maddenin 2. fıkrasında olduğu gibi.

4. Pozitivist Okul'un etkisiyle 20. yüzyılda giderek artan bir oranda failin kişiliği ön plana çıkarılmış olmasına karşılık, Tasarı eski ye dönüş yaparak fiili ön plana çıkarmak istemektedir. Bu konuda 3. maddeye bakınız.

5. Temel kavramların pek çoğu yanlış tanımlanmıştır. Bu konuya ilgili maddeler değerlendirilirken değinilmiştir.

6. 20. yüzyılda suç teorisi ile ilgili gelişmeler göz ardı edilerek hukuka aykırılığı, kusurluluğu, isnat yeteneğini ortadan kaldıran ve azaltan nedenlerle suça etki eden nedenler "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*" başlığı altında bir arada düzenlenmiştir.

7. Bazı benzer suç ipotezleri bir araya getirilerek tek bir suç ipotezi olarak düzenlenmiş; bu yapılırken mevcut bazı suç ipotezleri suç olmaktan çıkarılmış; bazen suçlar aynen muhafaza edildiği halde ceza azaltılmış veya artırılmıştır.

Bütün bunlar, Tasarı'nın 7. maddesi hükmü karşısında uygulamada ciddi sorunlara yol açacak niteliktedir.

III. MADDELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

m. 1: Böyle bir hükme gerek yoktur. Zira bir ceza kanununun amacı hükümlerinin genel bir değerlendirmesi ile belirlenebilir.

m. 2: a. Ceza kanununa bu maddenin ikinci fıkrasındaki gibi bir hüküm koymanın herhangi bir önemi yoktur. Böyle bir hüküm ancak Anayasa'ya konursa anlam ifade eder. Zira bu hüküm, daha sonraki bir özel kanunla hükümete düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratma yetkisi verilmesine engel değildir.

b. Birinci fıkra hükmü karşısında üçüncü fıkraya gerek yoktur. Zira birinci fıkradaki "*açıkça*" ibaresi bu gereği zaten ortaya koymaktadır.

m. 3: a. Madde kenar başlığı isabetli değildir. Zira “adalet önünde eşitlik”ten söz edilemez. Nitekim adaleti sağlayacak olan eşitliklerdir.

b. Birinci fıkrada ceza ve güvenlik tedbirinin fiilin ağırlığı ile orantılı olacağı öngörülmüş; böylece 20. yüzyılın başlarından itibaren çok önemli bir gelişme olarak nitelendirilen bir olgu, bir anda terkedilmiştir. Bu olgu failin kişiliğinin ceza hukukunda daha fazla ön plana çıkarılması ve cezaların failin kişiliğine, başka bir deyişle tehlikeliliğine uydurulması olgusudur. Şu halde söz konusu hüküm, çağımız ceza hukuku anlayışına tamamen ters düşen bir hükümdür.

c. İkinci fıkra hükmü ceza kanununda değil, Anayasa’da yer alması gereken bir hükümdür.

m. 4: “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesini yumuşatmak yararlı olacaktır. Ancak bunu yaparken “sakınamayacağı bir hata nedeniyle” gibi ne anlama geldiği belli olmayan bir ölçüt kullanmak isabetli olmamıştır. Bu ölçüt uygulamada tartışmalara ve keyfiliklere yol açacaktır.

m. 5: Maddenin kaleme alınışı Türkçe bakımından son derece yanlıştır. “Ceza içeren kanunlardaki suçlar” ne demektir?

m. 6: a. “Vatandaş” tanımı isabetli olmadığı gibi, bu tanım suçluların geri verilmesini düzenleyen madde ile de uyum içinde değildir. Nitekim 18/2 maddede “Vatandaş geri verilemez” denmektedir. 6. maddede ise fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlık esas alınmaktadır. Şu halde fiili işledikten sonra Türk vatandaşı olan kimsenin geri verilmesi söz konusu olacaktır.

b. c bendinde yer alan “sürelî veya geçici” sözcüklerinin farkı anlaşılmamaktadır.

c. d bendinde savcının ve avukatının “yargı görevi yapan kimse” olarak tanımlanması, ceza muhakemesi hukuku esaslarına tamamen aykırıdır. Bunlar olsa olsa, “adli görev yapan kişi” olarak nitelendirilebilirler.

d. h bendinde itiyadi suçlu tanımlanırken bir yıl içinde işlenen suçlardan dolayı mahkum olmuş olma şartı aranmamaktadır. Bu

durumda failin bir yıl içinde aynı suçu iki defa işlemiş olduğuna ve dolayısıyla itiyadi suçlu olduğuna kim karar verecektir?

e. i bendinde “suçu meslek edinen kişi” tanımında da mahkumiyet şartı aranmaması anlaşılabilir değildir.

f. j bendindeki “örgüt mensubu suçlu” tanımı ile 222. maddenin 6. fıkrası arasında uyum yoktur.

m. 7: Bu maddenin (3) numaralı fıkrası hükmü (1) numaralı fıkrası ile ve dolayısıyla kanunilik ilkesiyle çelişmektedir.

m. 8: Ceza hukukunda fiil hareket, sonuç ve nedensellik bağından oluşur. Oysa bu maddede “fiil” sözcüğü “hareket” anlamında kullanılmıştır. Karışıklığı önlemek için burada “fiil” yerine “hareket” veya daha doğrusu “davranış” denilmeliydi.

m. 9: Bu maddenin (2) nolu fıkrasında yer alan “Türk karasularında” ibaresinden sonra “ve bunların üzerindeki hava sahasında” ibaresi yer almalıdır.

m. 12: Bu maddenin (2) numaralı fıkrasında tüzel kişiler yönünden getirilen sınırlama anlaşılammıştır.

m. 14: Madde Türkçe açısından bozuktur.

m. 15: Bu maddede soruşturmanın başlatılması için aranan şartın nasıl belirleneceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu belirleme yapılırken henüz soruşturma evresi başlamamıştır. Bu durumda maddede yer alan “soruşturma evresinde ileri sürülen” ibaresini anlamak mümkün değildir.

m. 18: a. Madde kenar başlığı yetersizdir. Bu, “suçluları geri verme” veya “suçluların geri verilmesi” şeklinde olmalıydı.

b. (1) nolu fıkranın (b) bendinde yer alan “düşünce suçu” ibaresi tartışmalara ve keyfi uygulamalara neden olabilecektir. Zira düşünce suçunun tanımı yapılmamıştır.

c. (1) numaralı fıkranın (e) bendinde sözü edilen “zamanaşımı”nın ve “af”fın iadeyi isteyen devletin kanunlarına göre mi, yoksa iade edecek devletin kanunlarına göre mi belirleneceği anlaşılammaktadır.

d. (8) nolu fıkra Türkçe ifade yönünden yanlıştır. Bu cümle “*veya ceza infaz edilebilir*” şeklinde olmalıydı.

m. 20: Bu maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz*” hükmünün, bu konuda sınırlayıcı bir etkiye sahip olması için, Anayasa’da yer alması gerekir. Zira, bu yapılmazsa, herhangi bir kanunla aksine hüküm koymak mümkündür.

m. 21: a. Bu maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi, gerek esas yönünden gerek Türkçe açısından tamamen yanlıştır.

Nitekim fail, suçun kanuni unsurundaki unsurları değil, suçu oluşturan fiili gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla kastın varlığı için, failin suçu oluşturan fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir.

b. Bu maddenin (2) numaralı fıkrasındaki “*olası kast*” veya “*muhtemel kast*” tanımı tamamen yanlıştır. Muhtemel kast, failin sonucu öngördüğü halde, bu sonucun gerçekleşmesi ihtimalini göze alarak hareketi (davranışı) gerçekleştirmesi durumunda söz konusudur.

c. (2) nolu fıkranın son cümlesinde ceza indiriminin temel ceza üzerinden yapılacağına hükme bağlanmasına gerek yoktur. Bu husus 62/2. maddede düzenlenmiştir.

m. 22: a. Bu maddenin (2) nolu fıkrasındaki “*taksir*” tanımı yanlış ve belirsizdir. Örneğin; sonucun öngörülebilir ve önlenabilir bir sonuç olması gereği vurgulanmamıştır

b. (4) numaralı fıkra hükmü karşısında (5) numaralı fıkra hükmüne gerek yoktur.

m. 23: Bu maddedeki “*neticesi nedeniyle ağırlaşan suç*” tanımı tamamen yanlıştır. Nitekim kastedilenden başka bir netice meydana geldiğinde, bu netice kastedilenden ağır olmayabilir.

(“*İkinci kısım*”, “*ikinci bölüm*”ün başlığı “*cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler*” dir. Bunun doğru bir başlık olduğu söylenemez. Zira kanunun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru savunma ve zorunluluk hali, hakkın icrası ve mağdurun rızası cezai sorumluluğu

kaldıran değil, fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eden nedenlerdir. Bunlara genel olarak “*hukuka uygunluk nedenleri*” denir.

Aynı başlık altında düzenlenen şiddet, tehdit, hata gibi müesseseler kusurluluğa etki eden, yani onu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerdir.

Yine aynı başlık altında düzenlenen yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır dilsizlik, sarhoşluk, uyuşturucu madde etkisinde olma gibi müesseseler ise isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan nedenlerdir.

Görülüyor ki birbirinden çok farklı müesseseler aynı başlık altında toplanmıştır. Bu da Tasarı’yı hazırlayanların suç teorisi ile ilgili gelişmeleri izlemediklerini ortaya koymaktadır.)

m. 24: Bu maddenin (3) numaralı fıkrasında Anayasa’nın 137. maddesine paralel olarak “*Konusu suç teşkil eden emir hiç bir suretle yerine getirilemez. Aksi halde yerine getiren ... sorumlu olur*” hükmü yer almaktadır.

Ceza kanununu ilgilendiren emir, konusu suç teşkil eden emirdir. Konusu suç teşkil etmeyen emrin ceza kanunu yönünden önemi yoktur. Bu durumda konusu suç teşkil eden emir yerine getirilemez demek, amirin emrini bir cezasızlık, daha doğrusu hukuka uygunluk nedeni olmaktan çıkarmak anlamına gelmez mi?

m. 25: a. Bu maddenin (1) numaralı fıkrası Türkçe açısından son derece yanlıştır.

Ayrıca her türlü hak yönünden meşru savunmayı kabul etmek aşırı bir düzenleme olacaktır.

b. Bu maddenin (2) numaralı fıkrasında zorunluluk hali Türkçe olarak çok kötü tanımlanmıştır. Ayrıca “*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunması*” ibaresi anlamsızdır. Nitekim tehlike ile konu veya kullanılan vasıta arasındaki “*orantı*”nın nasıl kurulacağı belli değildir.

m. 27: a. Birinci fıkranın Türkçe ifadesi yanlıştır. Ayrıca sınırın kasıtsız aşılması halinde failin taksirden dolayı sorumlu olacağı hükme

bağlanmış; failde taksir de yoksa yine sorumlu olacağı sonucu ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan maddenin (2) numaralı fıkrasında meşru savunma için kabul edilen cezasızlığın zorunluluk hali için neden kabul edilmediği olduğu anlaşılamamıştır.

Kaldı ki, meşru savunmada heyecan, korku veya telaş hep vardır. Dolayısıyla bu hükme göre meşru savunmada aşırılık halinde faile hiçbir zaman ceza verilemeyecektir.

m. 28: Bu madde Türkçe ifade yönünden son derece yanlıştır. Örneğin; “*muhtak ve ağır bir korkutma*” ne demektir?

Kaldı ki, bu maddede ciddi bir kavram karmaşası söz konusudur.

Nitekim “*cebir*” genel bir kavramdır ve iki şekilde ortaya çıkar; a. maddi cebir ve b. manevi cebir. Maddi cebire “*şiddet*”, manevi cebire ise “*tehdit*” adı verilir. Dolayısıyla “*cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” yerine ya sadece “*cebir*” sözcüğünü veya sadece “*şiddet ve tehdit*” sözcüklerini kullanmak gerekir. “*Korkutma*” tehditten başka bir şey değildir.

m. 30: a. Bu maddenin (2) numaralı fıkrası Türkçe olarak yanlıştır.

b. Maddenin (3) nolu fıkrasındaki “*kaçınılmaz bir hata*” ibaresi yerine “*kusursuz hata*” ibaresinin kullanılması daha uygun olacaktır. “*Kaçınılmaz bir hata*” ibaresi tartışmalara ve keyfiliklere yol açacaktır.

m. 31, 32, 33: Bu maddelerde failin isnad yeteneği ile ilgili olarak “*fülin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamamak*”tan söz edilmektedir. Fülün hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmek kanunu bilmek anlamına gelir. Oysa 4. maddede ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz deniyor. Bu durumda bir çelişki söz konusu olmaktadır.

m. 35: Bu maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan “*doğrudan doğruya icraya*” başlamak ibaresinin anlamı belirsizdir. Ayrıca “*tanımlanamayacak*” olanın, icra hareketleri mi yoksa suç mu olduğu düşünülmemiştir.

m. 36: Bu madde ile icra hareketleri tamamlandıktan sonra da gönüllü vazgeçme kabul edilmiştir. Bu aşırı bir düzenlemedir. Örneğin; kişi öldürmek için ateş ediyor; kurşun isabet etmiyor ve fail öldürmekten vazgeçiyor. Bu durumda fail teşebbüsten sorumlu olmayacaktır.

m. 40: a. Bu maddenin kenar başlığı anlaşılammaktadır.

b. (1) numaralı fıkrada yer alan “*kasten hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin*” ibaresi yerine “*kasıtlı ve hukuka aykırı bir fiilin*” ibaresi konması daha doğru olacaktır.

c. (3) numaralı fıkrada yer alan “*ilgili suçun*” ibaresi daha uygun bir ibareyle değiştirilmelidir.

m. 42: Bileşik suçta bu suçu oluşturan suçlardan biri diğerinin unsuru değildir. Aksine iki suç birleşmekte ve üçüncü bir suçu oluşturmaktadır. Örneğin; hırsızlık ve cebir kullanma suçları birleşerek yağma suçunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla birleşen suçlardan biri diğerinin unsuru değil, her ikisi de suçun bileşik unsurlarıdır. O halde maddeyi buna göre düzenlemek gerekir.

m. 43: a. Birinci fıkrada zincirleme suç Türkçe açısından kötü tanımlanmıştır.

b. İkinci fıkrada, aynı suçun birden çok kişiye karşı “*tek bir fiille*” işlenmesi durumu düzenlenmiştir. Burada tek bir fiilden söz etmek mümkün değildir. Fiilin tekliğini sonucun tek olması belirlediğine ve bu ipotezde suç birden çok kişiye karşı işlendiğine göre birden çok sonuç ve birden çok fiil söz konusu olacaktır. Bu nedenle “*tek bir fiille*” ibaresi yerine “*tek bir hareketle*” veya “*tek bir davranışla*” demek doğru olur.

c. (3) numaralı fıkrada getirilen istisnayı anlamak mümkün değildir.

m. 44: Maddede yer alan “*birden fazla farklı suçun*” ibaresi kulağı rahatsız etmektedir.

m. 50: Birinci fıkrada (e) bendinin dil yönünden düzeltilmesi gerekir.

m. 51: Son fıkraya göre cezanın ertelenmesinde denetim süresinin yükümlülöklere uygun şekilde geçirilmesi halinde ceza infaz edilmiş

sayılmaktadır. Buna göre mahkumiyet varolmaya devam edecektir. Bu çok aleyhe bir düzenlemedir. Zira mahkumiyetten kaynaklanan yasaklar devam edecektir. Böyle bir düzenleme ertelemenin amacıyla bağdaşmaz.

m. 54: a. Birinci fıkrada müsadere için mahkumiyet şartı aranması keyfiliğe yol açacaktır.

b. Üçüncü fıkra hükmü de keyfiliğe yol açacak niteliktedir.

m. 61: Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ifade yönünden düzeltilmelidir.

m. 63: Bu maddede öngörülen takdiri indirim nedenlerinin niçin “cezaî sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler” bölümünde düzenlenmediği anlaşılamamıştır.

m. 64: İfade düzeltilmelidir. Nitekim “... şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler” ibaresi anlaşılır değildir.

m. 65: Bu maddenin ifadesi açık değildir.

m. 67: Birinci fıkranın ikinci cümlesinin ifadesi bozuktur. “müsadereye tabi eşya ve maddi menfaatler hakkında davaya devam olunursa ...” ibarelerinin anlamı açık değildir. Dava kişiler hakkında olabilir. Burada “ile ilgili olarak” denmeliydi.

m. 69: Beşinci fıkra hükmü anlaşılamamıştır.

m. 70: Bu maddenin ifadesi son derece bozuktur.

m. 71: Dördüncü fıkradaki “Türleri başka başka cezaları içeren hükümler” ibaresi Türkçe açısından düzeltilmelidir.

m. 76: Şikayet ve şikayetten vazgeçme karşısında bu maddenin (8) numaralı fıkrasındaki hükmün ne anlama geldiği anlaşılamamaktadır.

m. 81: “... maksadıyla oluşturulmuş bir örgütü kuranlara” ibaresi yerine “maksadıyla örgüt kuranlar” denmelidir.

m. 83: a. Birinci fıkrada yer alan “tehdit, baskı, cebir ve şiddet uygu-

lama” ibaresinde gereksiz tekrarlar söz konusudur. “*Tehdit veya şiddet uygulama*” şeklinde denmelidir.

b. İkinci fıkra anlaşamıyor.

m. 84: a. 21. madde hükmü karşısında, 84. maddenin birinci fıkrasında “*kasten*” ibaresine gerek yoktur.

b. Birinci fıkranın 2. cümlesinde “*Suçun ani kararlarla işlenmesi*” ceza-yı hafifletici neden sayılmıştır. Ani karar da kastı oluşturduğuna göre böyle bir ayırımın gereği anlaşılammıştır.

m. 85: Maddenin (f) bendindeki “*kişinin*” sözcüğünün “*memurunı*” şeklinde olması gerekirdi.

m. 86: İhmalî davranıştan dolayı sorumluluk için bir yandan ihmalî ve icrai davranışın eşdeğer olması aranmakta, öte yandan ihmalî davranışla adam öldürme halinde ceza azaltılmaktadır. Bu bir çelişkidir.

m. 89: a. “*Müessir fiil*” yerine başka sözcükler kullanılabilse de bu “*yaralama*” olmamalıdır. Çünkü yaralamanın sözcük anlamı, müessir fiilin her şeklini kapsamaz.

b. Tasarı’daki “*algılama yeteneği*” ibaresinin mevcut kanundaki “*akli melekeler*”i karşılayıp karşılamadığı değerlendirilmelidir.

c. (c) bendindeki “*kişinin*” sözcüğü yerine “*memurunı*” sözcüğü konması gerekirdi.

d. Adam öldürme ile ilgili ağırlaştırıcı nedenlerden bazılarının bu suç yönünden ağırlaştırıcı neden sayılmamış olmasını izah zordur. Örneğin; bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak için müessir fiilde bulunma durumu gibi.

m. 90: a. Müessir fiil sonucu kişinin bitkisel hayata girmesi halinde beyinsel ölüm gerçekleşmiş olacağından, bu durumun ölüme neden olma sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmesi gerekirdi.

b. (4) nolu fıkrada kastı aşan adam öldürme objektif sorumluluk esasına göre düzenlenmiş gibi gözükmektedir.

Oysa 23. maddede neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda failin istenmeyen neticeden sorumlu olması için failin en azından taksirle hareket etmiş olması aranmaktadır.

Kastı aşan adam öldürme de aslında neticesi sebebiyle ağırlaşan bir suç olduğuna göre burada failin taksirli olmasının aranıp aranmayacağı anlaşılmamaktadır.

m. 93: İnsan üzerinde deney suçunun temel şekli için kişinin rızası aranıp aranmayacağı anlaşılmamaktadır.

Rıza olmadan deney yapmayı daha ağır şekilde cezalandırmak gerekirdi.

m. 97: Birinci fıkradaki işkence suçu tanımı son derece belirsiz olup, farklı ve keyfi uygulamalara yol açacaktır.

Ayrıca maddede failin amacına yer verilmediğinden “*kasten yaralama*” suçu ile bu suçu birbirinden ayırmak mümkün olamayacaktır.

Yegane fark, birinde failin herhangi bir kimse olması, diğerinde kamu görevlisi olmasıdır. Bu durumda akla şu soru geliyor: Kamu görevlisi kasten yaralama suçu işlemeyecek midir?

m. 98: a. 23. madde hükmü karşısında, 98. maddede sayılan sonuçlardan sorumlu tutulması için failin bu sonuçlar yönünden en azından taksirli olması aranacak mı; aranacaksa bu neye göre ve nasıl belirlenecektir?

b. (4) numaralı fıkrada işkenceden ölüm sonucu meydana gelmişse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası öngörülüyor. İstenmeyen bir sonuçtan dolayı en ağır cezanın verilmesi kabul edilebilir mi?

m. 99: a. Birinci fıkrada yer alan “*eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştirmek*” ne demektir? Bu derece belirsiz bir suç tanımı kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Zira kanunilikten söz edebilmek için suç tanımının açık ve net olması gerekir.

b. Ayrıca, bu suçu kasıtlı yaralama ve işkence suçlarından ayırmak da çoğu defa mümkün değildir.

m. 100: Maddede “*terk*” suçunun kim tarafından işlenebileceği açıkça belirtilmemiştir. Bu fiil herhalde koruma ve gözetim yükümlülüğü olan tarafından işlenebilecektir.

m. 101: Bu maddede çok belirsizdir. Nitekim “*herhangi bir nedenle*” kendini idare edemeyecek durumda olana yardım etmeme suç sayılmıştır. Örneğin sarhoş olduğu için veya uyuşturucu madde aldığı için kendini idare edemeyene yardım etmeyi cezalandırmak doğru olur mu?

m. 102: a. 3. fıkradaki ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için taksir aranacak mı yoksa objektif sorumluluk esasına göre mi değerlendirilecektir?

b. 98. maddenin 4. fıkrasında işkence sonucu ölüm meydana gelirse faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası veriliyor. Bu maddede ise (f. 3) kadının rızası olmaksızın uygulanan çocuk düşürtme fiilinden ölüm meydana gelirse faile süreli hapis cezası veriliyor. Bu farkı açıklamak mümkün değildir. Aslında ikinci halde ceza birincisinden daha ağır olmalıdır.

(İkinci kitap, ikinci kısım, Altıncı Bölümün başlığının “*Cinsel özgürlüğe karşı suçlar*” olması gerekmez mi?)

m. 105: a. Birinci fıkra hükmü son derece belirsizdir. “*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etme*”nin anlamı ve sınırları belli değildir.

b. İkinci fıkra hükmü sadece belirsiz değil, aynı zamanda anlamsızdır. Zira “*vücuda sair bir cisim sokmak*” her zaman cinsel dokunulmazlığı ihlal olarak nitelendirilebilir mi?

Örneğin; bir kimsenin ağzına cop sokmak bu suçu oluşturacak mı? O zaman işkenceden farkı ne olacak?

Ayrıca maddede “*vücut boşluğuna*” değil, “*vücuda*” sokmaktan söz edilmesi de garip sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır.

c. Altıncı fıkranın uygulanabilmesi için ölümün meydana gelmesi yeterli midir? Yoksa failde bu sonuç yönünden taksirin varlığı aranacak mıdır?

m. 106: a. Bu madde de son derece belirsiz ve karmaşık bir şekilde kaleme alınmıştır.

b. Son fıkrada cinsel istismarın mağdurun sadece ölmesine değil, bitkisel hayata girmesine neden olması halinde de ceza artırılıyor. Doğrudur, ancak *“bitkisel hayata girme”* durumu, örneğin; 105. maddenin son fıkrasında, neden nazara alınmamıştır.

m. 107: Bu maddenin 2 numaralı fıkrası ceza bakımından aşırı bir düzenlemedir.

m. 111: Bu maddede cebir kullanma suçu kasten yaralama suçunun ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. O halde yaralama suçunun düzenlendiği kısımda yer alması gerekmez mi?

m. 113: Madde kenar başlığı *“suç sonrası pişmanlık”* olmalıdır.

m. 115: Birinci fıkrada yer alan *“hukuka aykırı başka bir davranışla”* ibaresi son derece belirsizdir.

m. 116: *“Hukuka aykırı başka bir davranışla”* ibaresi son derece belirsizdir.

m. 117: Son fıkrada yer alan *“hukuka aykırı başka bir davranışla”* ibaresi belirsizdir.

m. 119: Bu maddenin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde rızanın bağlandığı şart uygulamada ciddi sorunlar yaratacaktır. Örneğin; evli bir erkek karısından habersiz eve kısa bir süre için bir hayat kadını getirdiğinde, bu kadın konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olacaktır.

m. 120: Bu madde Türkçe ifade yönünden bozuktur.

m. 127: Maddede *“onur”* ve *“şeref”* sözcüklerinin peşpeşe sıralanması gereksizdir. Zira her ikisi de aynı anlama gelmektedir.

m. 128: Maddedeki *“üstü kapalı geçirtilmiş”* ibaresi düzgün bir ifade sayılamaz.

m. 129: İsbat hakkının sadece suç sayılan fiiller yönünden tanınmış olması isabetli sayılamaz.

m. 130: Maddede iddia ve savunma dokunulmazlığından söz edilebilmesi için isnat ve değerlendirmelerin “gerçek (olması) ve somut vakialara dayanması” şartına bağlanması, ispat hakkının gündeme getirilmesi anlamına gelmektedir.

m. 131: Maddedeki “haksız fiil” ibaresiyle ne kastedildiği anlaşılammaktadır.

m. 132: a. Maddenin kenar başlığı “kişinin hatırasına hakaret”tir. Ölümler “kişi” olarak nitelendirilebilir mi? “Ölünün hatırasına hakaret” şeklinde değiştirilse daha iyi olmaz mı?

b. İkinci fıkradaki “tasarrufta bulunmak”tan ne kastedildiğini anlamak mümkün değildir.

m. 134: İkinci fıkrada yer alan “kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini” ibaresi düzgün bir ifade sayılamaz.

m. 137: a. Birinci fıkranın birinci cümlesi ile ikinci cümlesi arasındaki fark net değildir.

b. İkinci fıkranın ifadesi de açık değildir.

m. 149: Burada zorunluluk hali söz konusu olduğuna göre, böyle bir düzenlemeye gerek var mıdır?

m. 152: Maddedeki suçun oluşması için alacağın tahsili amacıyla tehdit veya cebir kullanılması yeterli görülmüş, tahsilin gerçekleşmesi aranmamıştır. Bu düzenleme maddenin amacı yönünden uygun değildir. Madde “cebir veya tehdide başvurarak alacağımı tahsil eden ...” şeklinde olmalıydı.

m. 159: Başkasının hatasından yararlanmak suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu durum yeni gelişmelere uygun değildir.

m. 168: Bu çok tehlikeli bir hükümdür.

m. 174: Bu maddenin (1) numaralı fıkrası düzenleniş biçimiyle “topluma karşı suçlar” bölümünde değil, “kişilere karşı suçlar” bölümünde, özellikle “kasıtlı yaralama” olarak düzenlenmeliydi.

m. 175: Bu madde düzenleniş biçimiyle “*Şahıslara karşı suçlar*” bölümünde yer almalıydı.

m. 181: (3) numaralı fıkra hükmü ceza bakımından aşırı bir düzenleme getirmektedir.

m. 185: Maddede yer alan “*başka bir kimsenin sağlığının zarar görmesine elverişli*” olma şartı, sonuçta gürültünün cezalandırılmaması sonucuna yol açacaktır.

TÜRK CEZA KANUNU TASARISI'NA İLİŞKİN GENEL BİR DEĞERLENDİRME ve GENEL HÜKÜMLER ÜZERİNE BİRKAÇ ELEŞTİRİ

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR*

GİRİŞ

TASARI'NIN HAZIRLANMA SÜRECİ

Ülkemizde 1980'li yılların ortalarında önemli bir ceza hukuku etkinliği yaşanmaya başlamıştı. 1986 yılında Adalet Bakanlığı tarafından kurulan ortak bir kurul, ceza kanununu baştan aşağı değiştirmeye yönelmişti. Gerçekten, dönemin en ünlü hukukçuları, bilim adamları, yargıçları, baro temsilcilerinden oluşan bu kurul, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığında tüm ceza kanununu gözden geçirmiş ve bu yönde son derece yoğun bir çaba içerisine girmişti. Erem, Erman gibi bilim adamlarının da yer aldığı bu kurul, pek çok Yargıtay üyesi, yargıç, Adalet Bakanlığı'nda görev almış hukukçulardan oluşmuş ve Türkiye'de gerçekleştirilebilecek bir ceza hukuku reformunun ilk önemli basamağını teşkil eden ceza kanunu üzerinde çalışmıştı. Ülkemizde 1926 yılında kabul edilen genel hukuk reformunun bir parçası olan ceza kanununun artık güncel gereksinimler karşısında yetersiz kaldığı yönündeki görüşlerden hareket eden bu önemli etkinlik, 1 yıl içerisinde sonucunu ortaya çıkarmış ve 1987 yılında "*Türk Ceza Kanunu Öntasarısı*" başlıklı ilk taslak kamuoyunun incelemesine sunulmuştu. Bu taslak, üniversitelere, barolara, yargı organlarına ayrı ayrı gönderilmiş ve taslak ile ilgili görüşlerin bildirilmesinden sonra bu taslak, ilk kurula katılan yeni üyelerin de çalışmaları ile 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı hazırlamıştı. Böylece, 1987 yılında kamuoyunun

*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi

önüne çıkan Öntasarı, 1989'da ikinci kurul tarafından yerine getirilen çalışmalar ile ikinci bir tasarı haline gelmişti.

1989'dan 1996'ya kadar uzayan bölüm, adeta bir beklenti süreci özelliğini taşımakta ve bu dönemden önceki yıllarda hazırlanmış bulunan tasarı üzerinde yeni kurulların çalışmaları görülmemektedir. Ancak, 1996 yılında kurulan yeni kurul, ilk iki tasarı üzerinde çalışmalara başlamış ve 1 yıl süren bu çalışmalar sonucunda 1997 Tasarısı ortaya çıkmıştır. Bu üçüncü Tasarı'nın Yasama Organı'na sunulmasının öngörüldüğü zaman dilimi içerisinde 1999 yılında yeni bir kurul oluşturulmuş ve bu kurul, eldeki tasarıyı daha da geliştirerek dördüncü son tasarıyı hazırlamıştır.¹

Bu gelişme, 1990'lı yılların sonlarında tamamlanma aşamasına gelmiş ve son kurul Tasarı'ya kesin şeklini verdikten sonra Adalet Bakanlığı'na sunmuştu. Bakanlıkta Tasarı yeniden gözden geçirilip üzerinde bazı çalışmalar yapıldıktan sonra Bakanlar Kurulu'na sunulmuş ve Bakanlar Kurulu da bunu Hükümet Tasarısı biçiminde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunmuştu. Son Ecevit Hükümeti zamanında Hükümet Tasarısı olarak TBMM'ye sunulan Tasarı, daha sonra yapılan seçimlerle TBMM'nin, siyasal iktidarın, Bakanlar Kurulu'nun değişmesi sonucunda yeni bir süreç içerisine girmiştir.

İşte bu noktada, öntümüzdeki yıllarda Türk hukuk dünyasında önce bilinmesi ve sonra tartışılması gereken bir gelişme yaşanmıştır. Adalet Alt Komisyonu'na kadar geçen süre içinde tüm kurulların başkanlığını büyük bir özveri ile yürütmüş olan Sn. Dönmezer ve diğer kurul üyeleri, sadece Yargıtay Üyesi Yargıç Sn. Keskin Kalyan hariç, Adalet Alt Komisyonu'nun toplantılarına çağırılmamış, buna karşılık üç genç bilim adamı bu komisyonun faal üyesi olarak görev almışlardır. Bu üç genç bilim adamından Doç. Dr. Adem Sözüer, kimi zaman toplantılarda, kimi zaman televizyon ve basında, yeni bir Tasarı hazırladıklarını açıklamıştır. Böylece, 17 yıllık bir çalışma süreci sonucu hazırlanan bir Tasarı üzerinde çalışan TBMM Adalet Alt Komisyonu, yeni bir tasarı yaptığını, bir danışman üyesi, Sn. Sözüer aracılığı ile kamuoyuna duyurmuştur.

¹ Bayraktar Köksal, Yeni Bir Ceza Kanunu'na Doğru (1) Reform Çalışmalarının Amacı, *Günışığı*, sayı 1, Mart 2003, İstanbul, s.34.

Acaba 17 yıllık bir çalışma ürünü, 1 yıl içinde hemen başka bir tasarı haline gelebilir mi? Acaba 17 yıllık bir çalışma bu kadar kolay inkar edilebilir mi? Ama daha da önemlisi, Alt Komisyon'da bütün görüşmelerde 17 yıllık Dönmezer Tasarısı temel alınıp, bunun üzerinde bütün çalışmalar yoğunlaştırılmışken, "biz yepyeni bir tasarı yaptık" diyebilmek tarihsel bir yanlışlık, gerçeği gizleme değil midir?

Ancak, şunu da söylemeliyiz ki, Türkiye'de gerçekleştirilmiş Ceza Hukuku'ndaki yenileştirme eylemini kuran, devam ettiren, geliştiren, 17 yıl boyunca çalışan ve büyük yapıtı gerçekleştiren kişi Sn. Dönmezer'dir. Bu gerçeğe karşı çıkılmaz; tüm hukuk dünyası, Tasarı'nın Dönmezer Tasarısı olduğunun da bilincindedir.

Bununda ötesinde şu soruyu da şimdi sormak ve tartışma konusu durumuna getirmek gerekir: Alt Komisyon hangi hukuki ölçütler ve yöntemlerle kurulmuştur? Evet TBMM Komisyon çalışmalarında bilim adamlarından danışman olarak yararlanılmaktadır, bu bilinmektedir. Ancak bu kadar önemli bir tasarı üzerinde çalışılırken ve üç genç bilim adamı Komisyon'dan adeta öngelerek, demeçlerini basına ve TV'lere verip geçmişi inkar edebilirken, bu güçlerini hangi hukuksal dayanaklardan almışlardır? Kısaca Alt Komisyon yapılandırılırken hangi hukuki işlemler yapılmıştır? Bu soruların yanıtları bugün kamuoyunun bilgisinde değildir.²

TBMM Adalet Alt Komisyonu oluşturulurken milletvekillerine danışmanlık statüsünde hizmet veren bilim adamlarının hangi kıstaslar çerçevesinde seçildiği, TBMM Adalet Alt Komisyonu'nun hangi işlemleri sonucu bu danışmanların görevlendirildiği konusu bugün dahi belirsizliğini, bilinmezliğini korumaktadır.

TBMM Adalet Alt Komisyonu Tasarı'ya son biçimini verdikten hemen sonra Tasarı, TBMM Adalet Komisyonu'na sunulmuştur. Adalet Komisyonu çok kısa bir süre içerisinde tüm Tasarı'yı basından öğrenildiği kadarıyla üç-dört oturumda gözden geçirmiş ve TBMM Genel Kurulu'na sunulabilecek duruma getirmiştir.

² Bayraktar Köksal, Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda Sona Doğru, *Güncel Hukuk*, sayı 9, Eylül 2004, İstanbul, s.48

Bu aşamada da, şu hususu açıklamak gerekmektedir. Komisyon, ülkemizdeki üniversitelerin hukuk fakültelerine Tasarı üzerindeki görüşlerini sormuş ve bu konuda çalışmalar yapılmasını istemiştir. Ne var ki, Komisyon tüm üniversitelere görüş bildirimini için çok kısa süre vermiş ve bu süre sonucunda hemen çalışmalara geçmiştir. Bugün ülkemiz hukuk fakültelerinin sundukları görüşler ve bu görüşlerin komisyonda göz önüne alınıp alınmadığı hususları kamuoyunca bilinmemektedir.

Bu uzun giriş ve hazırlık aşamalarının gelişimini açıklamamızın nedeni, bu konuları tüm hukuk dünyamızın bilgisine yeniden sunmaktır.

Tasarı, Genel Hükümler ve Suçlar başlıklarını taşıyan iki kitaba ayrılmıştır. Genel Hükümler başlıklı ilk kitap da üç kısma ayrılmaktadır.

İlk kısım Temel İlkeler, Tanımlar ve Uygulama Alanı başlığını taşımakta, ikinci kısım ceza sorumluluğunun esasları ile ilgili bulunmakta, üçüncü kısım ise yaptırım ile ilgili kuralları içermektedir.

I. TASARI'DA YERALAN TEMEL İLKELER, TANIMLAR VE UYGULAMA ALANINA İLİŞKİN KURALLAR

1. Kanun'un Amacı ve İlkelerine Bağlı İki Değişik Rastlanmayan Kural

Ceza Kanunu Tasarısı incelendiğinde Temel İlkeler ve Tanımlar başlıklı birinci bölümde iki madde ilginç ve değişik özelliklerle karşımıza çıkmaktadır. Bunlar "*Ceza Kanunu'nun Amacı*" başlığını taşıyan 1. madde ile "*Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi*" başlıklı üçüncü maddedir.

Öncelikle her hukuk dalının kendine özgü ilkeleri ve kuralları olduğunu ve bir hukuk dalı ile yakından ilgili ilkenin başka bir hukuk dalında aynı etkinliğe sahip olmayabileceğini düşünmek gerekmektedir. Kısaca Ticaret Hukuku ile ilgili bir ilke hemen ve kolayca Anayasa'da yer almayacağı gibi, bir Anayasa kuralının aynı açıdan Medeni Kanun'da veya Ticaret Kanunu'nda yer alması da pek olağan

karşılana bir durum değildir. Daha açık ifade etmek gerekirse, Anayasa'da yer alan bir kural toplumun tarihsel gelişimi ve istekleri doğrultusunda biçimlenmekte ve bu çerçevede de önemli değerlere sahip olmaktadır. Anayasa Hukuku'nun bakış açısı ile biçimlendirilmiş bir ilke başka bir hukuk dalında aynı öneme ve gerekliliğe sahip olmaktadır. Tıpkı 1961 Anayasası'nın başlangıcındaki direnme hakkının diğer hukuk dallarında önem taşımayacağı gibi.

İşte bu noktada Ceza Kanunu Tasarısı'nda "*Ceza Kanunu'nun Amacı*" başlığı içerisinde, kanunun amacının kişi hak ve özgürlüklerinin, kamu düzen ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının, çevrenin ve toplum barışının korunması olduğu ifade edilmektedir. Açıklayabildiğimiz gibi ceza kanununun başlangıcında bir amaç maddesine ve bu amacın içinde yer alan unsurları belirlemeye gerek yoktur ancak ceza kanunun temelinde yatan bazı önemli ilkeler vardır ve bu ilkelerin kesin olarak belirlenmesinde zorunluluk vardır. Örneğin; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, ceza kurallarının dar yorumlanması ilkesi, kıyas yasağı, lehe olan kuralların geçmişe etkili olması, ceza yargıcının dar sınırlar içerisinde hareket etmesi gibi. Tasarı'nın ilk maddesinde amaç içerisinde Anayasa'da yer alan ilkeler belirtilmekte ve bu ilkelere ulaşmak için suçların, cezaların ve güvenlik tedbirlerinin düzenlendiğine işaret edilmektedir.

Anayasa Hukuku ile Ceza Hukuku'nu birleştiren bu maddenin doğru bir içeriğe sahip olduğunu da kabul edebilmek bizce mümkün görülmemektedir, şöyle ki; pek çok ceza hukuku kitabında, bu hukuk dalının başlıca iki amacı olduğu ileri sürülür. Bu amaçlar cezanın kefaret ve ibret teşkil etmesidir. Bugünkü dilde genel önleme ve özel önleme biçiminde de nitelenen bu amaçların anlamı topluma başkaldıran, kişilere zarar veren suçlunun eylemine, başkaları için örnek oluşturacak derecede bir karşılık vermektir. Bu açıdan cezalandırma ile suçlunun yeniden tekrarlanması, tarih boyunca önlenmek istenmiştir.

Tasarı'nın ilk maddesi okunduğunda, sadece ibret ve kefaret (özel ve genel önleme) amaçları görülmektedir. Kişi hak ve özgürlükleri, kamu düzeni ve güvenliği, hukuk devletinin, kamu sağlığının, çevrenin ve toplum barışının korunmasının temelinde ibret ve kefaret bulunmaktadır. Çünkü kamu düzeni, güvenliği, toplum barışı ancak ibretle sağlanabilecek kişi hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesi

gene ibretle mümkün olabilecektir. Dikkat edilirse burada hep toplumsal düzenle ilgili belirlemeler vardır. Bu da klasik tarihsel çizginin dışında başka bir hususu ortaya koymamaktadır.

Oysa Çağdaş Ceza Hukuku'nun başka bir amacı da suç işleyen kişinin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılmasıdır. Ceza hukuku 20. yüzyıldaki gelişiminde cezanın amaçları olarak öngörülen ibret ve kefaretin yanında, suçlunun topluma kazandırılması kavramını da eklemiş ve eklenen bu son unsur ikinci dünya savaşından sonra diğer amaçları gölgede bırakıcı bir değer kazanmıştır. Tasarı'nın ilk maddesi işte bu yönden eksiktir.

Aynı özelliği Tasarı'nın üçüncü maddesinde de görmekteyiz. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi başlığını taşıyan bu maddenin hemen ilk fıkrasında şöyle denilmektedir: *"Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilini ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur."* Bu kuralda açıkça görüldüğü gibi suç işleyen kişi hakkında yaptırım uygulanırken yalnız eylem değerlendirilecek, insan önemsenmeyecektir. Yukarıda belirttiğimiz gibi ceza hukukunda yaptırımın önemli bir amacı insanın düzeltilmesi ve topluma kazandırılması olduğunda yaptırımın derecesinin saptanmasında da yalnız eylem değil insanın psikolojik durumuna, sosyal ve ailevi özelliklerine de değer verilecektir. Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi olarak Tasarı'da öngörülen ilke, son derece katı, dogmatik ve kısası andıran bir bakış açısı ile ortaya konulmaktadır.

Tasarı'nın 3/2. maddesinde yer alan kavramları anlayabilmenin çok zor olduğunu açıklamak her halde fazla karamsar bir tutumu oluşturmayacaktır. Kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir ve düşünceler, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumlar yönünden ayırım yapılmayacağı biçimindeki ilkeyi ceza hukuku uygulamasında değerlendirebilmek büyük zorlukları da beraberinde getirecektir. En büyük zorluk da, cezanın bireyselleştirilmesi, suçluyu

³ BAYRAKTAR Köksal, Tasarı'da Temel İlkeler İle İlgili İki Değişik Madde, Sulhi Dönmez-Feridun Yenisey *Ceza Hukuku'nun Güncel Kaynakları* C.III, 8 Artvin Konferansı 2-3, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Ağustos 2004, İstanbul, s.33

topluma yeniden kazandırmak için yapılan bir takım çabaların gerçekleştirilmesinde görülecektir.

Yeni bir kanun yapılırken önemli olan, toplumun amaç ve isteklerini, çağdaş çizgilere uyumlu kılabilme. Bu yönde insanın ve bu arada suç işleyen insanın topluma karşı değil topluma uyumlu bir konuma getirilmesi son derece önemlidir. Böyle bir amaca erişme, sadece ceza hukuku sınırları içinde kalma ve bu hukuk dalını kendi kuralları ile geliştirme çabası ile mümkün olabilir. Aksi takdirde Anayasa'dan aktarılan kimi ilkeler, ceza hukuku alanında büyük sorunlar yaratabilir.³

2. Kanunilik İlkesinin Tasarı'daki Görünümü

Tasarı'nın 2. maddesinin ilk fıkrasında "*Suçta ve Cezada Kanunilik Prensipleri*" güvenlik tedbirleri için de genişletildikten sonra, aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında aynen şöyle denilmiştir:

" İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunlar'ın suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz. "

Bu kurallar ile Türk Hukuku'nda bugüne kadar görülen idarenin düzenleyici işlemlerinde zaman zaman suçun maddi unsuru ile ilgili düzenlemelere gitmek yolu kapatılmaktadır. Bu tutumun Türk Ceza Hukuku gelişmesine ne gibi etkilerde bulunacağını zaman gösterecektir.

Tasarı'da kıyas ve yorum ile ilgili düzenlemedeki kıyasa ilişkin cümleye, doğaldır ki bütünüyle katılmaktayız. Gerçekten, ceza hukukunda kıyas yapılamayacağı ana kuraldır.

Ne var ki, yorum ile ilgili olarak geniş yorumlanamaz şeklindeki kısıtlayıcı ve sınırlayıcı terimler, ileride ceza hukukundaki geliştirmeci ve genişletici yorum olanaklarını alabildiğine sınırlandırabilecek ve tartışmalara yol açabilecektir.

Fransız Ceza Kanunu'nda yer alan "*ceza kanunları dar yorumlanır*" biçimindeki kurala benzer şekilde getirilen bu kısıtlayıcı düzenleme, kanımızca, Türk Ceza Hukuku gelişmesini engelleyici sonuçlar yaratabilecektir.

3. Özel Ceza Kanunları ile Genel Ceza Kanunu İlişkisi

Tasarı'nın 5. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun'un genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

Bu düzenleme ile yürürlükteki Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan kural, zorunlu kural durumuna getirilmiştir. Oysa, TCK 10. maddede özel ceza kanunlarının muhalif olmayan maddeleri için de genel ceza kanununun uygulanacağı belirtilmekte idi. Buna karşılık, Tasarı'daki 5. madde, zorunlu bir genel-özel ceza kanunu ilişkisi yaratmaktadır ki, uygulamada bu durum büyük sorunları yaratabilecektir.

4. Vatandaş İade Edilemez Kuralına Getirilen İstisna

Geri vermeye ilişkin olarak, vatandaşın durumu ile ilgili şu kurala yer verilmiştir:

"Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez." (m. 18/2)

"Vatandaş iade edilemez" şeklindeki Anayasa'nın 38/10. maddesindeki ve TCK 9/1. maddedeki ilkeler ile Tasarı'daki düzenleme tam olarak örtüşmemekte ve hatta Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Maddede açıkça görüldüğü gibi, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin vatandaşının Uluslararası Adalet Divanı'na taraf olma ile ilgili yükümlülüklere aykırı bir eylemi sözkonusu olduğunda, vatandaşın iadesi mümkün olabilecektir.

II. CEZA SORUMLULUĞU İLE İLGİLİ BAZI DÜZENLEMELERİN HATALI YÖNLERİ

1. Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu hakkında şu kural getirilmiştir:

“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” (m. 20/2)

Düzenlemede önce tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı açıkça belirtildikten hemen sonra, bunlar hakkında güvenlik tedbirinin öngörüldüğü belirtilmektedir.

Tasarı'nın 60. maddesinde güvenlik tedbirleri ile ilgili olarak tüzel kişiler için iznin iptali ve müsadere hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bir tüzel kişinin yaşamına son verme niteliğini taşıyan iznin iptali ile müsadere ne şekilde bir güvenlik tedbiri olduğunu anlayabilmek çok güçtür. Çünkü, güvenlik tedbiri bir kişiyi iyileştirmek, ıslah etmek için öngörülen bir tedbirdir. Aslında, fer'i bir ceza olan müsadere güvenlik tedbiri olarak ortaya konulması ve gene aslında güvenlik tedbiri niteliği ile bağdaşmayan iznin iptali kavramının güvenlik tedbiri olarak ortaya konulması, bizce hatalıdır. Bu düzenleme, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanamayacağını değil, uygulanabileceğini göstermektedir.

2. Olası Kast İle İlgili Düzenleme

Kastın tanımında, olası kast ile şu belirlenimde bulunulmuştur:

“Kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaşmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.” (m. 21/2)

Olası kast kavramının Tasarı'daki tanımı, ileride uygulamada hem kuşkulara ve hem de yanlışlıklara sebebiyet verecek bir özellik taşımaktadır. Olası kast durumları, ikinci derecede doğrudan doğruya kast, belirli olmayan (gayrimuayyen) kast, dolayısıyla kast gibi terimlerle çeşitli varsayımları ifade etmek için kullanılmakta⁴ ve failin

⁴ Bkz. Dönmezer Sulhi-Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 12. Bası, İstanbul 1999, s. 220-226 ; İÇEL Kayıhan, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 1999, s.242.

öngörmesinin ötesinde bildiği ve istediği neticeye zorunlu veya önemli ölçüde bağlı olan diğer neticeleri de istememiş olmaması üzerine kastın varlığı yönünde bir yargıya varılmaktadır.

Tasarı'da failin öngörmesi ile kast arasında bağlantı kurulmakta ve fakat kastın önemli unsurları olan bilme ve isteme ile ilgili hiçbir belirlemede bulunulmamaktadır. Olası kast gibi önemli ve doktrin ile içtihatların alabildiğine çalışarak ortaya koyduğu ve genişlettiği belirsiz bir kavramın kanuna bu şekilde girmesi, bizce hatalıdır. Bu hata, ileride, kast kavramının çok genişletilmesine sebebiyet verecektir ve kanundaki tanım, kast ile bilinçli taksiri birbirinden ayırt edilemez bir duruma sokmuştur.

Ayrıca, kural olarak ceza hukukunda belirli olmayan (gayrimuayyen) kast ya da dolayısıyla kast hallerinde faile suçun tam cezasının verilmesi kuraldır.⁵ Oysa Tasarı'da olası kast durumunda faile daha az ceza öngörülmektedir ki, bu durum, yukarıda belirtildiği gibi olası kast ile bilinçli taksirin aynı nitelikte görülmesinden ileri gelmektedir.

3. Bilinçli Taksir İle İlgili Düzenleme

Bilinçli taksir ile ilgili Tasarı'da şu yaklaşımda bulunulmuştur:

“Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar arttırılır.” (m. 22/3)

Bilinçli taksir, bu düzenleme içerisinde eksik ve hatalı bir özellik taşımaktadır. Bilinçli taksirde, fail, neticeyi öngörmekte ve fakat istememesine rağmen hareketlerini isteyerek yerine getirmektedir. Bu sebeptendir ki, fail daha ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır. Bilinçli taksirin hareket dikkate alınmadan Tasarı'daki biçimi ile düzenlenmesi, ileride objektif sorumluluğu dahi ortaya çıkarabilecek bir görüntümü yaratabilecektir.

⁵ Dönmezer-Erman, s. 221-223.

Tasarı'daki bilinçli taksir ile olası kast kavramları arasında varolan karmaşa, kast ve taksir kavramlarının genişletilmesi sonucunu meydana getirebilecektir.

4. Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Düzenleniş Biçimi

Tasarı'nın 25. ve 26. maddelerinde hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Meşru müdafaa ve ızdırar hali koşullarının Tasarı'daki düzenleme ile genişletilmiş olması karşısında Türk hukuku ileride tartışmalar içerisine girecektir. Mağdurun rızasının özel olarak düzenlenmesi önemli bir gelişmedir.⁶

5. Haksız Tahrik

Haksız tahrikte Tasarı'daki tanım ile gerekçesi şu biçimde ortaya konulmaktadır:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis yerine on sekiz yıldan yirmi dört yıla ve müebbet hapis cezası yerine on iki yıldan on sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir." (m. 29)

Maddeye ilişkin gerekçede aynen şöyle denilmektedir:

"Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle "töre ve namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir.

Maddedeki düzenleme nedeniyle bir suçun mağduruna yönelik olarak gerçekleştirilen fiiller dolayısıyla fail haksız tahrik indiriminden yararlanamayacaktır. Örneğin; cinsel saldırıya maruz kalmış kadına karşı babanın veya erkek kardeşin işlediği öldürme fiilinde, haksız tahrike dayalı olarak ceza indirimi yapılamayacaktır. Maddedeki haksız fiil terimi, bir davranışın hukuk

⁶ Bkz., Bayraktar Köksal, Suçun Hukuka Aykırılık Unsurunda Yeni Ufuklar, *Açık Sayfa*, Sayı 11, Şubat 1998, s. 12-13.

düzenince tasvip edilmediği anlamına gelmektedir. Ancak böyle bir haksız fiil yapan kişiye karşı yönelik fiilin varlığı durumunda maddenin uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle, örneğin; eşi hakkında bir söylentinin varlığına dayanarak veya çocuğunun seçtiği arkadaş ya da eş nedeniyle ona karşı aile bireylerinin veya diğer kişilerin öldürme suçunu işlemesi halinde bu maddeye göre ceza indirimine gidilemeyecektir. "

Haksız tahriki düzenleyen madde ile gerekçedeki farklılığı saptayamamak mümkün değildir. TBMM Adalet Alt Komisyonu danışman üyelerinin töre ve namus cinayetini böylece önledikleri yönündeki övgü dolu sözleri ile Tasarı'nın metni arasındaki tutarsızlığı göremek olanağı yoktur. Aslında, gerekçelerin kanun metnine dahil olmadığı ve yargıç için bağlayıcı bir özellik taşımadığı da dikkate alındığında, koparılan gürültünün anlamsızlığı bütünüyle ortaya çıkmaktadır.

6. Hata İle İlgili Hatalı Düzenleme

Hata, Tasarı'da şu şekilde düzenlenmiştir:

"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. " (m. 30/1)

"Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. " (m. 30/3)

Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlarının bilinmemesinin kastı ortadan kaldıracağı şeklindeki yaklaşım bizce kanunu bilmemek mazeret sayılmaz biçimindeki ana ilkenin değerini çok zayıflatacak bir durum yaratmaktadır. Tasarı'nın 4. maddesinde açıkça ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz denilirken, 30. maddede kanuni tanımdaki maddi unsurları bilmemenin kastı ortadan kaldıracağını belirtmek, açık bir çelişkidir.

Ayrıca, bu durumda taksiri bir çeşit varsayılan kusurluluk olarak kabul etmek de son derece hatalıdır. Çünkü taksir, istisnai bir kusurluluk çeşididir ve ancak kanunda açıkça gösterilen hallerde söz konusu olabilir.

7. Teşebbüs

Teşebbüsü öngören 35. madde ile eksik, tam teşebbüs ayırımı ortadan kaldırılmaktadır. Ayırımın kaldırılmasının bir sonucu olarak da, gönüllü vazgeçme ile etkin pişmanlık ayırımı da artık düzenleme içerisinde yer almamaktadır. Maddenin gerekçesinde eksik teşebbüs ile tam teşebbüs ayırımında her olaya uygulanabilen ve duraksamaya yer bırakmayan objektif bir ölçütün bulunmaması, ayırımın kaldırılması nedeni olarak ortaya konulmaktadır. Kısaca, yetersizliğin yıllardan beri süregelen ayırımın ortadan kaldırılması nedeni olarak belirtildiği görülmektedir ki, bu hal, aczin ifadesinden başka bir anlama gelmemektedir.

Doğaldır ki, Türk Hukuku bu değişik düzenlemenin sancılarını çekecektir.

Ayrıca, suça teşebbüsü düzenleyen 35. madde ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddedeki tutarsızlık, ileride tam teşebbüsün hala varolduğu yönünde birtakım kuşkuları da ortaya çıkarabilecektir.

8. İştirak İle İlgili Düzenleme

Tasarı'nın dördüncü bölümünde 37, 41. maddeler arasında iştirak öngörülürken, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu sistemi tamamına yakın biçimde ortadan kaldırılmaktadır. Yıllardan beri Türk Hukuku'nda uygulanmış olan asli ve fer'i maddi ve manevi iştirak çeşitleri, faillik ve yardımcılık şeklinde ikili bir ayırma bağlı tutulmakta ve azmettirmeye özel bir önem verilmektedir. Azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkarılmasını sağlayan fail ya da diğer suç ortağı şeklindeki düzenleme ile "*sayın muhbir vatandaşı*" kavramı geri dönmektedir.

9. Zincirleme Suç İle Fikri İctima Kavramlarının Düzenleniş Biçimi

Suçların içtimasında zincirleme suç ile ilgili şu kural getirilmiştir:

"Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır.

Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz. " (m. 43/2, 3)

Fikri içtima ise şöyle tanımlanmıştır:

"İşlediği bir fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. " (m. 44)

Tasarı'nın 43/2 ile 44. maddeleri yan yana getirildiğinde, tanımlardaki benzerlik hemen ortaya çıkabilmekte ve böylece ileride kavram ve uygulama karışıklıklarının oluşabileceğini şimdiden söylemek abartılı bir yaklaşım olmayacaktır.

III. YAPTIRIMLAR

Cezaları düzenleyen kısımda yer alan maddelere göre, Türk Ceza Hukuku'nda bundan böyle sadece hapis ve adli para cezaları olacaktır.

Hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapistir (m. 45, 46). Ayrıca kısa süreli hapis cezası yerine yaptırımlar da öngörülmüştür (m. 47).

Adli para cezası düzenlemesi ilginçtir:

"Adli para cezası beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir." (m. 52/1)

Adli para cezasının miktarının nasıl tespit edileceği de 52/2. maddenin son cümlesi ile ortaya konulmaktadır. Şöyle ki: "... Adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir ..."

Bu çalışmamızın II/1. bölümünde yanlışlığı belirtilerek irdelenen ve Tasarı'nın 3. maddesindeki eşitlik ilkesi ile adli para cezasının miktarının ekonomik durum ile bağlantılı olarak tayin edilmesi yönündeki düzenlemenin tutarsızlığı ve yanlışlığı maalesef çok açıktır. Böylece aynı suçu işleyen kişiler iktisadi durumlarına göre farklı para cezaları ile karşılaşabileceklerdir ki, bunun kabul edilebilmesi herhalde mümkün değildir.

SONSÖZ YERİNE

Bu inceleme TCK Tasarısı'nın ilk 75 maddesini içeren birinci kitabının bilimsel ve çok yönlü bir araştırması katiyen değildir. Bu çalışmada Genel Hükümler ile ilgili çok açık ve Türk Hukuku'nu ileride büyük zorluklar ve açmazlara yöneltebilecek hatalı yaklaşımlar üzerinde durulmuştur.

Şayet Türkiye'de gerçekten bir Ceza Hukuku Reformu yapılmak isteniyorsa, son iki yılda görülen hızlı, çok çabuk ve ortak çalışma istemeyen tutumların dışına çıkılarak ve sadece Türkiye'nin gereksinimleri, amaçları ve Türk insanının beklentileri göz önünde tutularak bir tasarı hazırlanmalıdır. Bu konuda yıllar önce yapılmış ve dört ayrı kurul tarafından tekrar tekrar gözden geçirilmiş tasarı varken, bu geçmişteki tasarıdan hareketle çok kısa bir süre içerisinde pek çok değişikliklere gidilmesi, bu yaklaşımda da tamamen ülkemizdeki hukuk kurumlarına sırt çevrilmesi uygun olmamıştır. Dönmezer Tasarıları'nın yeniden gözden geçirilmesi, geniş boyutlu olarak ele alınması ve bu çerçevede hazırlıkların sürdürülmesi daha ülke yararına olacaktır.

YENİ BİR CEZA KANUNU ARAYIŞLARI VE ADALET ALT KOMİSYONU TASARISI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*
Doç. Dr. Ali Rıza ÇINAR**

1. Giriş

1 Temmuz 1926'dan beri yürürlükte bulunan "Türk Ceza Kanunu" nun günün ihtiyaçlarına cevap veremediği ve ceza hukukunda ortaya çıkan gelişmelere ayak uyduramadığı gerekçeleriyle Adalet Bakanlığı tarafından yeni bir ceza kanunu hazırlanması için çalışmalar yapıldığı bilinmektedir. İlki 1940 yılında yapılan bu çalışmaların sonuncusu Adalet Alt Komisyonu'nca kabul edilen ve Adalet Komisyonu Başkanlığı'na 12.05.2004 tarihinde sunulan Türk Ceza Kanunu Tasarısı'dır.

Yeni bir ceza kanunu meydana getirme çabalarının sürat kazandığı günümüzde, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'nun hangi aşamalardan geçerek yasallaştığının bilinmesi yerinde olacaktır. Bu nedenle aşağıda; TCK'nın değiştirilmesine yönelik tasarılar değinmeden önce 1926 tarihli TCK'nın hazırlanması süreci ve bu kanunun kabulünde etkili olan fikirler irdelenecektir. Daha sonra yeni bir ceza kanunu hazırlanması yönündeki çalışmalar üzerinde durulacak, 1940 ve 1958 Tasarılarına ilişkin açıklamaların ardından, 1987 TCK Öntasarısı ve bu tasarıya getirilen eleştiriler belirtilecektir. Birkaç yenilik dışında 1987 Öntasarısı'nın tekrarı olan 1989 Öntasarısı'ndan bahsettikten sonra Prof. Dr. Aysel Çelikel'in Adalet Bakanlığı zamanında hazırla-

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** Yargıtay üyesi.

nan 1997, 2000 Tasarısı ve Başbakanlık tarafından 12.5.2003 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulan tasarılarla (Bu son tasarı Hükümet Tasarısı adıyla da anılacaktır) getirilen eleştiriler ve konuyla ilgili düşüncelerimiz açıklanacaktır.

Çalışmamızın esas ağırlık noktasını, Hükümet Tasarısı'nı hemen hemen ortadan kaldıran, mevcut ceza sistemimizde önemli değişiklikler meydana getiren Adalet Alt Komisyonu'nca kabul edilen metin teşkil edecektir.

2. 1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanışı

Teokratik Osmanlı İmparatorluğu zamanında, Tanzimat ve İkinci Meşrutiyet Devri'nde bazı sahalarda çıkarılan laik kanunların mevcudiyetine rağmen hukuk sistemimiz geniş ölçüde İslam Hukuku'nun hakimiyeti altında bulunmakta idi. Milli mücadele sona erdikten ve hükümet şekillerinin en medeni ve gelişmiş olan Cumhuriyet kurulduktan sonra dini hukuk sisteminin terk edilip yerine laik hukuk sisteminin benimsenmesi yolunda hareketlere girişildi. İktibas suretiyle kabul edilen kanunlar, ülkedeki şer'i düzen ve kurumlara son verdi.

1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'ndan önce yürürlükte olan kanunumuz, 1810 Fransız Ceza Kanunu'nu, hemen aynen tercüme etmek suretiyle vücuda getirilen 27 Zilhicce 1274 (9 Ağustos 1858) tarihli "*Ceza Kanunname-i Hümayunu*"¹dur. İlk defa bir batı kanunu örnek tutularak meydana getirilen bu kanun laik esaslara dayanmakta idi. Ancak kanunu yapanlar, çevrelerinin de etkisi altında kalarak kanuna, dini bazı hükümler koymuşlardır.² Nitekim yasanın birinci maddesinde, kendisinin şeriata aykırı olmayıp "*şer'an ülülemre ait olan ta'zirin derecatını*" göstermek için düzenlendiğini ve "*ancak şer'an muayyen olan*

¹ Bu kanundan önce Fatih Sultan Mehmet, Kanuni Sultan Süleyman, Dördüncü Sultan Mehmet devirlerinde suç ve cezalara ilişkin kanunlar yapıldığı gibi Tanzimat'ın ilanını müteakip 1 Rebiülevvel 1256 (3 Mayıs 1840) "*Ceza Kanunnamei Hümayunun*" ve 15 Ramazan 1267 (14 Temmuz 1851) "*Kanunu Cedid*" de neşrolunmuştur. Tanzimat'tan sonra çıkarılan kanunlar için bkz., Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul 1989, s. 1 vd.

² Bkz., m.1, 9, 171, 172, 177 (ilk şekil), 180 (ilk şekil), 181, 183 ve 192 (ilk şekil). Madde metinleri için bkz. Gökçen, s. 117 vd.

hukuku şahsiyeye halel gelmeyeceğini" yani kısas ve diyet gibi hakların Şeriye mahkemelerinden istenebileceğini açıklamıştır. Böylece şeriat hükümlerini ortadan kaldırmayan yeni laik ceza yasası tersine, bu hükümlerin kendisi ile birlikte uygulanacağını bildirmiştir. Bu şekilde kısas ve diyet cezalarının verilmesini gerektiren işlerde, Adliye Mahkemeleri tarafından yeni yasaya göre yargılanan bir kişi, ilgililerin başvurusu üzerine Şer'î mahkemeleri tarafından bir de İslam Hukuku'na göre muhakeme edilirdi.³ Hatta Yasa'nın 171. maddesi "*Hükmü kanuni hukuki şahsiyeyi iskat edemeyeceğinden maktulün veresesi var ise anların iddiaları üzerine hukuku şahsiye davası muhakemei şeriyeye havale olunur*" demekle doğrudan doğruya Şeriye mahkemesine başvurmaya olanak tanımıştı.⁴

Uygulamada kısas ve diyet davaları, şu şekilde görülürdü: Savcının kamu davasını açmasıyla vicdani delil sistemini uygulayan Nizamiye mahkemesi ceza kanununun hükümlerini esas alarak kararını verirdi. Nizamiye mahkemesinin verdiği hükümden sonra dosya, Şer'î mahkemesine yollanır ve bu mahkeme ancak ilgililerin, yani zarar görenin veya mirasçılarının isteği üzerine sorunu şer'î esaslara göre tekrar inceler ve Nizamiye mahkemesinin son kararını göz önüne almadan hükmünü verirdi.⁵ Zamanla uygulama ortaya çıkabilen çelişik kararlar karşısında, nasıl bir yol takip edileceği konusunda, belli bir çözüm getirdi: Kural olarak hangi mahkeme tarafından verilirse verilsin iki çelişik karardan en ağır cezayı kapsayanı uygulanıyordu.⁶ Kısaca ceza adaletinin uygulanmasında bir ikilik hüküm sürüyordu. Katil ve müessir fiil suçlarıyla sınırlı kalsa dahi bir ülke dahilinde aynı şahsa aynı zamanda farklı esaslardan kaynağını alan birbirinden tamamen ayrı iki kanunu tatbik etmenin tehlikeliliği yanında mantıksızlığı da açıktı.⁷

Cumhuriyetin ilanı sırasında da yürürlükte olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun yerine yeni bir ceza kanunu yapma

³ Kantar, Baha, *Ceza Hukuku, Başlangıç*, Ankara 1937, s. 76.

⁴ Taner, Tahir, "*Tazminat Devrinde Ceza Hukuku*", Tanzimat I, İstanbul 1940, s. 231, dn. 1.

⁵ Nord, Erich, *Das Türkische Strafgesetzbuch. vom. 28 Zilhidje 1274 (9 August 1858)* Berlin 1912, s. 53, dn. 3.

⁶ Nord, s. XI.

⁷ Kantar, s. 76,77.

teşebbüsüne İkinci Meşrutiyet'ten (1908) sonra rastlanılmaktadır. Gerçekten 1325 (1909) yılında Adliye Nazırı olan Necmettin Molla Bey, Yusuf Ziya (Özer) Bey'e 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nu Fransızca'dan tercüme ettirmiş ve bu tercümenin ilgililere dağıtılması sonucu alınan görüşler çerçevesinde bir "Ceza Kanunu Layihası" meydana getirilmiştir.⁸ İşte bu Ceza Kanunu Layihası 1925 tarihinde faaliyete geçen Eskişehir Komisyonu'nun çalışmalarına dayanak oluşturmuştur. Meclisi Umumiye sunulmuş iken geri alınan Layihanın, geri alınma sebebi, 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nu pek geniş ölçüde değiştiren 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) tarihli Kanun'un Adliye Nezaretince düzenlenen Esubabı Mucibe Layihası'nda; kanun tasarısının tetkikinin, Meclisi Meb'usan ve Ayan Heyeti Umumiyesince müzakeresinin ve kabulünün seneler süreceği, halbuki mevcut kanundaki eksikliklerin bir an önce giderilmesinin zorunlu olduğu şeklinde belirtilmiştir.

Tamamen yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesinin uzun yılları gerektirmesi ve yürürlükte olan 1274 Kanunu'nun noksanlarının gün geçtikçe kendini göstermesi mevcut kanunun, 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun hükümleri esas alınarak,⁹ 22 Mayıs 1327 (4 Haziran 1911) kanunu tarafından köklü bir değişikliğini sonuçlamıştır.¹⁰ Daha sonraki yıllarda da muhtelif değişikliklere uğrayan ve 1 Mart 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu tarafından ilga edilen Ceza Kanunname-i Hümayunu'nun tadili yerine yeni bir ceza kanununun meydana getirilmesi hususundaki çalışmalara birinci dünya savaşının bitiminden itibaren de rastlanılmaktadır. Gerçekten ceza kanununun yeniden düzenlenmesi ihtiyacını duyan Adliye Nezareti 1336 (1920) yılında bir komisyon teşkil etmiş, 20 Kanunuevvel 1337 (1921) tarihine kadar 38 toplantı yapan söz konusu komisyon, bu tarihten sonra siyasi değişiklikler yüzünden faaliyetine devam edememiştir.¹¹ Ancak yeni bir ceza kanunu hazırlanması çalışmalarına 1339 (1923) senesinden itibaren devam olunmuş ve söz konusu tarihte "Tâdilî Kavanîn Komisyonları" adı

⁸ Erem, Faruk, Yasaların Dili, *Cumhuriyet*, 25 Mayıs 1981, sy. 20405, s. 2.

⁹ Nord, s. XII.

¹⁰ 1327 Kanunu, Ceza Kanunname-i Hümayu'nun 50 maddesini yeniden değiştirmiştir, 10 maddesini ilga etmiş, 3 maddeye fıkra ilave etmiş, 7 maddeye ek madde eklemiş ve bir maddenin de bir fıkrasını ilga etmiştir. Bkz. Kunter, Nurullah, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi - Ne Bulduk, Ne Yapmalıyız?", *İstanbul Barosu Mecmuası*, S. :10, 1948, s. 543.

¹¹ Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s. 543.

altında altı komisyon kurulmuştur. Bu komisyonların birisi de Baha (Kantar) Bey'in başkan, Asım, Nihat, Sadettin Ferit (Talay) ve Cevdet Ferit (Basman) Beylerin üye oldukları "Kanuni Ceza Komisyonu" dur. 1327 tarihli komisyonun yerine geçen bu komisyon, birinci komisyonun kaldığı yerden itibaren çalışmalarına devam ederek, 57 maddeyi tamamlamış ve Adalet Bakanlığı'nun yeniden teşkilatlanması sırasında diğer komisyonlar gibi faaliyetini durdurmuştur. "Tâdilî Kavanîn Komisyonları" Mustafa Necati Bey'in başkanlığı zamanında 19 Mayıs 1340 (1924) tarihinde yeniden faaliyete geçmişlerdir. Yine Baha Bey'in başkanlığında, Asım, Tahir (Taner), Cevdet Ferit (Basman) ve Sadettin Ferit (Talay) ve daha sonra Hulûsi ve Bahir Beylerin de katılmasıyla kurulan bu üçüncü komisyon, 24 Ağustos 1340 (1924) tarihine kadar ikinci komisyonun faaliyetinin durduğu yerden başlayarak mesaisine devam etmiş, 19 maddede iştirak, içtima ve yataklık konularına ilişkin maddeleri hazırlamış ve bunların metin ve gerekçelerini Hükümete vermiştir. Komisyon daha sonraki oturumlarda çalışmasını tekerrür, itiyadi suçlular gibi konulara ayırmıştır. Bakanlığın bitirilen maddelerin bir an evvel gönderilmesini istemesi üzerine "Ceza Kanunu'nun ihtiva eylediği mevad bir küll teşkil eylediği cihetle ceste tetkikatı teşriîyeye arz edilmesinin mevaddı kanuniye arasında vücudu zarurî olan ahenk ve muvazeneyi ihlal edeceği cihetle muvafık olmadığı ve ancak Kanun'un heyeti umumiyesi tanzim ve bir defa daha tetkik olunarak sureti katiyede takarrür ettirildikten sonra Meclisî Âliye sevk olunabileceği" mütalaasında bulunan Komisyon, 15 Nisan 1341 tarihine kadar cezaların tecili konusunu da incelemiştir.¹² Komisyon, bakanlığın tasarının ne zaman tamamlanacağını sorması üzerine 2 Haziran 1341 (1925) tarihli cevabında, halen zamanaşımı konusunun tartışılmakta olduğunu ve ne kadar zaman zarfında tasarının tamamlanacağını tespitinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

Tasarı'nın bir an evvel Meclis'e sunulmasını isteyen Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Eskişehir'de Mehmet İhsan (Ezgü) Bey'in başkanlığında yeni bir komisyon kurdurmuştur.¹³ 12 Ağustos 1341 (1925) tarihinde çalışmaya başlayan "Eskişehir Komisyonu", 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 1325 (1909) yılında Adliye Nezareti tarafından

¹² Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.544.

¹³ Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.545.

yaptırılan tercümesini esas alarak altı aydan kısa bir müddetle Ceza Kanunu Tasarısı'nı hazırlamıştır.¹⁴ Adalet Komisyonu'nun toplantısında görüşülen ve değişikliğe uğrayan tasarı "*Türk Ceza Kanunu Layihası*" adıyla neşrolunmuştur (1925). İşte Türk Ceza Kanunu Layihası olarak Meclis'e sunulan metin İtalyan Kanunu'nun 1325 (1909) tarihli tercümesinin 1925 tarihinde değişikliklere uğramış şeklidir.¹⁵ Adalet Komisyonu'nda bir hayli tadil gören metin 1 Mart 1926 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kanunlaştırılmıştır.¹⁶

Böylece uzun zamandan beri aralıklarla devam eden milli bir ceza kanunu meydana getirmek için yapılan çalışmalar, İtalyan Ceza Kanunu kaynak kabul edilmek suretiyle süratle hazırlanan bir metnin kanunlaşması neticesi bir sonuca ulaşmamıştır. Ancak Milli bir ceza kanunu yapılmasına imkan vermediği ve İtalyan Kanunu'nu kaynak olarak kabul ettiği için devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Bey'i kınamamak gerekir. Milli bir kanunun üç beş senede yapılamayacağını¹⁷ yabancı ülke mevzuatlarının tetkiki de göstermektedir. Örneği İtalya'dan verelim: Bütün İtalya için geçerli yeni bir Ceza Kanunu'nun yapılması için tasarıların hazırlanması 1862 tarihinden itibaren başlar.¹⁸ Bu tasarılarından Adalet Bakanı Zanardelli'nin ikinci tasarısı 1 Ocak 1889'dan itibaren yürürlüğe giren İtalyan Ceza Kanunu olarak

¹⁴ Erem, *Yasaların Dili*, s. 2; Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihiçesi*, s. 545.

¹⁵ Erem, *Yasaların Dili*, s. 2.

¹⁶ İtalyan Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen Türk Ceza Kanunu, 1274 Ceza Kanunname-i Hümayunu'ndan alınan hükümlere de yer vermiştir. Riyaseti Celileye sunulan Adalet Komisyonu Raporu bu konuda şöyle demektedir; "Bu Layihanın tanziminde İtalyan Ceza Kanunu esas tutulmuş olmakla beraber umumi ahenk muhafaza edilmek şartıyla sırf memleketimize mahsus olan bazı hallerde ya eskiden mevcut ahkam ibka olunmak veya yeniden vaz olunmak suretiyle layihanın ikmaline çalışılmış ve usulü muhakematı cezaiyeden ve hususi ceza kanunlarımızdan umumi ceza kanununa alınması lazım gelen bazı maddelerde buraya geçirilmiştir". Adalet Komisyonu Raporu için bkz. Erem, Faruk, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet Kanunu*, 2. bası, Ankara-İstanbul 1948, s. XI-XIV-XII.

¹⁷ Adalet Komisyonu 21.10.2003 tarihinden 12.05.2004 tarihine kadar 58 toplantı yaparak 7 aydan kısa bir süre zarfında Türk Ceza Kanunu tasarısını meydana getirmiştir. Bkz., *Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Metin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı*, s.3.

¹⁸ 1862 Miglietti, 1864 Pisanelli, 1864 Mancini, 1868 De Filippo, 1870 Pronti, 1873 Defalco, 1874 Vigliani, 1876-1878 Mancini, 1883 Zanardelli, 1883 Savelli, 1885 Pessina, 1886 Tajani, 1888 Zanardelli tasarıları, bkz. Robert v.Hippel, *Deutsches Strafrecht*, C.: I, *Allgemeine Grundrügen*, Berlin 1925, s. 405, dn. 4.

kabul edildi.¹⁹ Ayrıca geçmişle tüm bağlarını koparmak isteyen Türk İnkılabı'nın beklemeye tahammülünün olmaması da bunda etkili olmuştur. Bunu Atatürk'ün 1925 yılında Ankara Hukuk Fakültesi'ni açış konuşmasındaki şu sözlerinden anlamak da mümkündür: “*Büsbütün yeni kanunlar vücuda getirerek eski esasatı hukukiyeyi temelinden kal'etmek teşebbüsündeyiz ve yeni esasatı hukukiye ile elifbasından tahsile başlayacak bir yeni hukuk neslini yetiştirmek için bu müessesatı açıyoruz*”.²⁰

Burada akla bir soru gelebilir. Özellikle Kara Avrupa'sının 19. yüzyılın ilk yarısında yürürlüğe giren birçok ceza kanununu²¹ etkileyen Fransız Ceza Kanunu'ndan iktibas edilen 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayununun saltanatını koruyan, din kurallarını yansıtan bazı hükümleri, örneğin m. 1 kaldırılarak, bu kanunun muhafazası²² yoluna gidilemez miydi? Sualin cevabının hayır olacağını zannediyoruz. Gerçekten bir an evvel geçmiş ile alakayı kesme düşüncesinin yanında Ceza Kanunnamei Hümayunu'nun zamarın ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle muhafaza edilemeyeceğini devrin Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt Bey'in Başvekaleti Celiliye sunduğu Türk Ceza Kanunu gerekçesinde yer alan şu satırlardan anlıyoruz: “... *Bu Kanun'un (1274 Kanunu'nun) ihzarında Fransız Ceza Kanunu'nun bilhassa mutlakiyet saltanatını takviye edecek müeyyideleri alınmıştır. Ammenin ve memleketin hukukuna taallük eden kısımlar pek basit bir surette veya meskût bir halde bırakılmıştır. Akla geldiği gibi zaman zaman ilâve olunan maddelerle kanunun esasatı arasında insicam kalmamış olduğundan hali hazırda*

¹⁹ Adalet Bakanı Zanardelli tarafından Parlamento'ya getirildiğinden Zanardelli Kanunu olarak anılan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun meydana gelişi hakkında bkz., Franz v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25. bası, Berlin ve Leipzig 1927, s. 104; R. v. Hippel, C. I, s. 403 vd.; Code Pénal d'Italie, 30 Juin 1889 (Traduit, annoté et précédé d'une introduction par Jules Lacoïnta), Paris MDCCCXC, s. XX vd; ayrıca bkz., Garraud, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, C. I, 3. Edition, Paris 1913, s. 187-188, dn. 26.

²⁰ Dâver, “Bülent, Türkiye Cumhuriyeti'nde Laiklik”, (Doktora Tezi), Ankara 1995, s. 95.

²¹ Örneğin, 1822, 1848 İspanyol, 1852 Avusturya Ceza Kanunları, bkz. Ancel, Marc-Marx, Yvonne, *Les Codes Pénaux Européens*, C. I, Paris 1956, s. XXIII.

²² İfade edelim ki, Türk Ceza Kanunu'nda mehazı 1274 tarihli Ceza Kanunnamei Hümayunu olan düzenlemeler mevcuttur. TCK'nın 240. maddesindeki görevi kötüye kullanma (Ceza Kanunnamei Hümayunu, m. 102) ve 243. maddesindeki fertlere işkençe ve kötü muamelede bulunmak (Ceza Kanunnamei Hümayunu, m.103) suçları bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

ilmi kıymetini ve tatbik kudretini tamamen zayı etmiş bir haldedir, denebilir. Esasen Fransız Ceza Kanunu pek eski nazariyata istinad etmekte ve ceza ilminin bugünkü terakkiyatını ifade edememektedir.²³ Bundan başka mer'i ceza kanunumuzdaki vaki noksanlar mahkemelerimizi ve hakimlerimizi azim müşkilât içinde bulundurmakta ve memleketin hali hazır ihtiyacını tatmin edememektedir. Birçok ceraim eshabını cezalandırmak imkanı bulunamamakta, bu yüzden halkın hukuku ve memleketin yüksek menfaatleri müeyyidesizlikten ziyaa uğramaktadır..."²⁴

1274 Kanunu'nun günün koşullarına uymadığı Riyaseti Celileye sunulan Adalet Komisyonu Raporu'nda da şu satırlarda ifadesini bulmaktadır: "Bugün mevkii mer'iyette bulunan 1274 tarihli Ceza Kanunu aslen Fransa'nın 1810 tarihli Ceza Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Muhelif tarihlerde birçok tadilata uğramış olmakla beraber ihtiva ettiği umumi kaideler, cürüm ve cezaların taksimat ve envai bilhassa kabul ettiği usulü mücazat itibariyle eski şekil ve ruhunu muhafaza etmektedir. 1810'dan hatta hicri 1274'den beri ise ceza ilmi pek ziyade terakki eylemiştir. Elimizdeki ceza kanunu bu ilmin bir ceza kanununda bulunmasını tavsiye ettiği şeylere nispetle pek noksan olduğu gibi Türk Devleti'nin kendine verdiği yeni şeklin ve Türk Milleti'nin girdiği yeni yoldan ceza cihetinden olan şimdiki ve ilerdeki ihtiyaçlarını da lâyıkıyla tatmin edemeyecek bir haldedir..."²⁵

Türk inkılabının ve milletin yüksek menfaatlerinin korunmasının eski ceza kanunuyla mümkün olmadığını Adliye Vekili Mahmut Esat

²³ Gerçekten 1810 kanunu soyut kuralların, varsayımların ve hukuki formüllerin ağır bastığı bir hukuk eseri olup, suçluyu gerçekler dışında soyut bir şahıs olarak göz önünde bulundurmakta, onu yaşayan, ihtiraslara ve çeşitli etkenlere açık bir varlık olarak görmemektedir. Kanun suçu fiziki, ruhi ve ahlaki etkenlerin altında ortaya çıkan bir olay olarak değil, bütün bunların dışında kendisine has ve değişmez bir niteliği olan soyut hukuki bir varlık olarak kabul etmektedir. Bu görüşün bir sonucu olarak cezai sorumluluk, suçlunun ruhi durumunu veya kişiliğini göz önüne almadan, doğrudan doğruya suçun meydana getirdiği zarara göre hesaplandığı gibi cezaya da aynı ve eşit olarak hükmedilmektedir. Toplumsal savunmayı korkutma suretiyle sağlamaya çalışan 1810 Kanunu'nda cezanın ıslah fonksiyonu geri plana atılmıştır. 1810 Kanunu'nun nitelikleri hakkında bkz. Vidal, Georges - Magnol, Joseph, *Cours de droit criminal et de science pénitentiaire*, C. I, 9. bası, Paris 1947, s. 23,24; ayrıca bkz. Garraud, R., I, 3. Edition, s.165 vd.

²⁴ Türk Ceza Kanunu gerekçesi için bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C.:I, İçtima:64, 01.03.1926, S. Numarası: 80, s.1; ayrıca bkz. Erem, *Gerekçeli*, s. IX-X,IX.

²⁵ Adalet Komisyonu raporu için bkz. Erem, *Gerekçeli*, s. XI-XIV, IX.

Bozkurt şu şekilde açıklamaktadır: “İnkılâbın ve Cumhuriyet’in vazettiği esaslar, prensipler, vücuda getirdiği eserler, başka bir tabirle, inkılabın davası, Türk Milleti’nin hakkı davası, halihazırdaki Ceza Kanunu’nunda, kafi derecede müeyyidelerle takviye edilmiş değildir”.²⁶ İnkılabın dini hukuktan ebediyen ayrılması lazım geldiği ve 1274 Kanunu’nun günlük ihtiyaçlara cevap veremediği sabit olunca, yeni bir kanunun kabulünde iktibas edilecek kanunun hangi ülke kanunu olacağı meselesi ile karşılaşıldı. 1889 İtalyan Ceza Kanunu iktibas edildi. Bu iktibasın nedeni 1909 yılında Necmettin Molla Bey’in Adliye Nazırlığı sırasında İtalyan Kanunu’nun tercüme ettirilmiş oluşu ve dolayısıyla elde hazır bir metnin bulunması yanında söz konusu kanunun, döneminin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yer veren kanun olmasındandır.²⁷ Gerçekten Adalet Komisyonu raporunda İtalyan Kanunu’nun “en yeni”²⁸ ve en mükemmel” ceza kanunlarından biri olduğu belirtilmiştir. Doktrinde de daha sonraki yıllarda 1889 İtalyan Ceza Kanunu’nun “inkılapçı, insani ve liberal” olduğu görüşüne yer verilmiştir.²⁹

3. 1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu’nun Kabulünden Sonra Yeni Bir Ceza Kanunu Hazırlanması Amacıyla Yapılan Çalışmalar

1274 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’ndan da bazı hükümler alan Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği 1926 yılından itibaren bugüne kadar birçok defa değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklikler sonucu bütünlüğünü yitiren yasa, Ceza Hukuku’nda kendini gösteren gelişmeler karşısında eskimiştir. Bu nedenle 1940 yılından beri yeni bir Türk Ceza Kanunu hazırlamak üzere Adalet Bakanlığı’nda çalışmalar yapılmaktadır. Aşağıda bu çalışmalar (1940, 1958, 1987, 1989 Öntasarı-

²⁶ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, C.: I, İçtima: 64, 01.03.1926, s. 4; ayrıca bkz. Arıkan, Baha, Kendi Sözleriyle Mahmut Esat Bozkurt, *Adliye Dergisi*, Mahmut Esat Bozkurt’un nüshası, S.: 1 ek, 1944, s. 20.

²⁷ Bu arada İtalyan Kanunu’nun tercümesinin hazır oluşu nedeniyle iktibas edildiği hususunda görüşlere de rastlanmaktadır. Bkz. Dönmezer, Sulhi, *Tartışmalar*, in: *Doğumunun 100. yılında Atatürk Sempozyumu, Atatürk İlkeleri ve Ceza Hukuku*, 15-18 Aralık 1981, İstanbul 1983, s.116.

²⁸ İtalyan Kanunu’ndan daha yeni kanunlar arasında 1896 Bulgaristan, 1905 Rus Ceza Kanunları sayılabilir.

²⁹ Donnedieu de Vabres, H., *La crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des Etats autoritaires*, Paris 1938, s. 23.

ları, 1997, 2000, Hükümet, Adalet Alt Komisyonu Tasarıları) üzerinde durulacaktır.

A. 1940 TCK Tasarısı

Adalet Bakanlığı tarafından yapılan ilk çalışma, 1940 yılında 1930 İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak meydana getirilen 416 maddelik tasarıdır.³⁰ Tasarı ile ilgili olarak değerlendirmeler yapılmıştır.³¹

1940 Tasarısı hakkında görüşlerini belirten bir müellif; Tasarı'da manevi sorumluluk esasının kabul edildiğini, halbuki Pozitivist Okul'un da belirttiği gibi, suçlu iradenin iç ve dış etkenlerin tesiri altında bulunduğunu, bu nedenle manevi sorumluluğa dayanan cezalar ile cemiyetin müdafaası amacıyla toplumsal sorumluluğa dayanan emniyet tedbirlerinin birlikte kabul edildiği tasarının sisteminin doğru olmadığını, bunun yerine medeni ve ilmi cesaret göstererek sadece "içtimai mesuliyet esası"nın kabul edilmesi gerektiğini,³² ölüm cezasını muhafaza eden tasarının isabetli bir şekilde bu cezanın infazında "aleniyeti" kaldırdığını..., buna karşılık hürriyeti bağlayıcı cezalardan ağır hapis ve hapis cezaları arasındaki farkı ortadan kaldıran ve tek bir hapis cezası öngören düzenlemenin hatalı olduğunu, hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında tedrici serbesti sisteminin Tasarı'da terk edildiğini, ancak Tasarı esbabı mucibesiz neşredildiği için bu sistemden niçin vazgeçildiğinin anlaşılamadığını, tedrici sistemin ıslahı kabil suçluların ıslahında doğru uygulandığı takdirde iyi sonuçlar verdiğini, bu noktada tedrici serbesti sisteminin en son devresi sayılan şartla salıvermenin tasarıda muhafaza edilmesinin yerinde olduğunu..., Tasarı'da cezaların infazı için ayrı bir fasıl açılmasının sistematik bakımdan lüzumsuz olduğunu...,³³ Tasarı'nın çocuklar hakkındaki emniyet tedbir-

³⁰ Tasarı'nın metni için bkz. *Adalet Ceridesi*, Y.: 32, S.: 9, Ankara 1941, s. 633 vd.; *Adalet Ceridesi*, Y.: 33, S.: 2, Ankara 1942, s. 113 vd.; *Adalet Ceridesi*, Y.: 33, S.: 6, Ankara 1942, s. 699 vd.

³¹ 1940 TCK Tasarısı'nın değerlendirmesi için bkz. Köni, Burhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu Üzerinde Tetkikler", *Adalet Ceridesi*, Y.: 32, S.: 11, Ankara 1941, no: 44, s.896 vd.

³² Geniş bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerim", I, *Ceza Mesuliyetinin Esası, Adliye Ceridesi*, Y.: 33, S.: 2, Ankara 1942, s. 145 vd.

³³ Geniş bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerim", II, *Cezalar, Adliye Ceridesi*, Y.: 33, S.: 5, Ankara 1942, s. 565 vd.

leri ve cezalarla ilgili hükümlerinin tatmin edici mahiyette bulunmadığını..., nitekim Tasarı'da çocuklara mahsus cezaevinde cezasını çeken küçüğün 18 yaşını bitirdiğinde derhal büyüklere mahsus cezaevlerine konulacağını öngörüldüğünü, halbuki aile, okul ve özel terbiye ve ıslah müesseseleri ile bir şekil verilmeye çalışılan çocuğa sarf edilen emeklerin tam meyvesinin toplanacağı sırada, onu bu müsait zeminden alıp, büyüklere ayrılmış cezaevlerinin zehirleyici havasına terk etmenin manasız ve yanlış olduğunu...,³⁴ Tasarı'da yürürlükte olan kanun gibi suçların cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrıldığını..., kabahatlerin toplum için tehlike teşkil etmediği ve cürümler hakkındaki ceza ve ceza muhakemeleri usulü hükümlerinin kabahatlere tatbik olunmasının bir haksızlık olduğu düşüncesinden yola çıkarak ayrı bir idari ceza hukuku mevzuatı oluşturmak suretiyle ceza kanununun sadece cürümlere özgülenmesine yönelik fikirlerin ortaya atıldığını..., kabahatlerde kast ve taksir aranmamasının, bu çeşit suçların cürümler hakkındaki kaidelere tabi olmadığını ve kabahatler için ayrı bir ceza kanunu yapılmasını isteyenlerin pek de haksız olmadıklarını ortaya koyduğunu...,³⁵ ceza kanunundan başka kanunlar hakkındaki hatanın suçu ortadan kaldıracığına ilişkin düzenlemenin (m. 57/3) büyük bir yenilik olduğunu..., Tasarı'da itiyadı suçlular hakkında alınacak cezai tedbirlere ilişkin bir hüküm bulunmamasının ise, önemli bir eksiklik sayıldığını...,³⁶ ifade etmiştir.

1940 TCK Tasarısı kanunlaşma imkanı bulamamıştır.

B. 1958 TCK Tasarısı

1958 Tasarısı'nın gerekçesinde niçin böyle bir çalışmaya ihtiyaç duyulduğu açıklanmaktadır:³⁷ "765 sayılı Türk Ceza Kanunu... otuz sene-yi tecavüz eden bir zamandan beri tatbik edilmektedir. Cemiyetin bünyesinde

³⁴ Geniş bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerimiz", III, *Emniyet Tedbirleri, Adliye Ceridesi*, Y.: 33, S.: 6, Ankara 1942, s. 756 vd.

³⁵ Geniş bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerimiz", IV, *Suç, Adliye Ceridesi*, Y.: 34, S.: 1, Ankara 1943, s. 33 vd.

³⁶ Geniş bilgi için bkz. Kunter, Nurullah, "Ceza Kanunu Projesi Hakkında Düşündüklerimiz", V, *Suçlu, Adliye Ceridesi*, Y.: 34, S.: 1, Ankara 1943, s. 44 vd.

³⁷ Tasarı'nın gerekçesi ve metni için bkz. *Türk Ceza Kanunu*, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958, s. 3 vd.

husule gelen devamlı tahavvüller ve ilerlemeler sebebiyle muhtelif tarihlerde bu kanun müteaddit değişikliklere maruz kalmış ve bugüne kadar tadilatın sayısı yirmiye, değişikliğe uğrayan maddelerin sayısı da üç yüz seksene kadar yükselmiştir. Kanununun bazı maddeleri ise bir kaç defa tadilat geçirmiştir. Bu suretle maddelerinin yarıdan fazlası ihtiyaç ve zaruretlerin sevki ile zaman zaman değişikliğe uğramış olan Türk Ceza Kanunu umumi ahenk ve insicamını kaybetmiş bir hale gelmiştir. Ceza tatbikiyle meşgul bulunanlar mütemadi tadiller sebebiyle ortaya çıkan çeşitli zorluklara maruzdurlar. Bugünkü haliyle kanununun vatandaşlar tarafından lâıykı veçhile bilinmesi ve anlaşılması güçleşmiştir.

Kanun'un kolaylıkla anlaşılıp tatbik edilebilecek ve cemiyetin bünyesinde husule gelmekte olan derin tahavvüllerin ve içtimâî ve iktisadî hayatımızda hızla ilerlemekte olan büyük kalkınma hamlelerinin ortaya koyduğu yeni yeni ihtiyaçları süratle karşılayabilecek bir hale getirilmesi bir zaruret olarak belirmiş bulunmaktadır.

Çalışmanın hedefi, milli bünyenin hususiyetlerine intibak edebilecek, içtimâî, iktisadî ve kültürel hayatımızda beliren yeni ihtiyaçları karşılayabilecek, ceza hukuku sahasında ortaya çıkan yenilikleri aksettirebilecek, ceza müeyyideleri ahenkleştirilmiş, boşlukları doldurulmuş, aksaklıkları giderilmiş bir ceza kanunu tasarısı hazırlamak olmuştur."

İfade etmek gerekir ki, 1958 Tasarısı'na etkili olan düşünceler, 1940 Tasarısı'nın hazırlanması sırasında TCK'ya getirilen eleştirilerin paralelindedir.³⁸ Ancak 1958 TCK Tasarısı da kanunlaşma imkanı bulamamıştır.

C. 1987 TCK Öntasarısı

Yeni bir Türk Ceza Kanunu Öntasarısı hazırlamak üzere Adalet Bakanlığı tarafından teşkil edilen Komisyon,³⁹ çalışmalarını 1987'de

³⁸ Bkz., Köni, s. 897 vd.

³⁹ 1987 TCK Öntasarısını hazırlayan komisyon, soyadı sırasına göre şu 18 üyeden kurulmuştu: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer (Başkan, İstanbul Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Uygur Aktalay (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi) Hilmi

tamamlayarak öntasarı metnini Adalet Bakanlığı'na tevdi etmiştir. Komisyonca hazırlanan Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Tasarı'nın gerekçesi 1987 yılında iki cilt halinde yayınlanmıştır. Öntasarı'nın gerekçesinde; *"Kanunun muhtelif maddeleri günümüze kadar 39 defa değiştirilmiştir. Değişikliklerin bazıları çok kapsamlı olmuştur. Bu değişiklikleri tabii saymak icap eder. Bir memleketin ceza kanunu, diğer bir ülkeden iktibas suretiyle meydana getirilecek olursa, zaman içinde hükümlerin değiştirilmesi zaruretinin ortaya çıkması çok tabiidir. Özellikle devlet ve toplumun ana ilkelerini, yeni sosyal değerleri korumak bakımından mehzaz kanunda yeterli hüküm mevcut bulunmadığı için, noksanların zaman içinde ceza kanununa eklenen hükümlerle veya tamamlayıcı müstakil kanunlarla ikmal edilmesine ve yeni değerlerin böylece korunmasına çalışılacaktır. Kaldı ki, demokratik bir ceza kanunu, ortaya çıkan ihtiyaçların baskısı ile gelecek nesiller tarafından mutlaka değiştirilir. Toplumun değerler sıralamasında meydana gelen değişikliklere göre, kanunun değişmesini elbette ki normal saymalıdır. Bir suç ve ceza politikası bakımından en önemli husus değişen değerleri fazla vakit geçirmeden ceza kanunlarına yansıtılabilmektir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, bütün bu değişikliklerin uygun şekilde tertiplenmiş bir suç ve ceza siyasetinin gereklerine göre yapılması lazımdır. Sözü edilen 39 kanun değişikliğinin hepsinin belirlenmiş bir suç ve ceza siyasetine dayanılarak gerçekleştirilmiş bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Yapılan değişikliklerin hiç olmazsa bir kısmının panik mevzuatı niteliğinde bulunduğunu da söylemelidir"* denildikten sonra, böyle bir çalışmayı zorunlu kılan hususlar üzerinde durulmuştur. Nitekim Öntasarı'nın gerekçesinde yürürlükte bulunan Ceza Kanunu'nun hukukçuların bile anlayamadıkları şekilde eski bir dille yazılmış olduğu, kanunun muhtelif tarihlerde geçirdiği değişikliklerde de, iktidarın anlayışına göre farklı bir dil kullanıldığı

Becerik (Avukat, Türkiye Barolar Birliği Temsilcisi) Selahattin Besni (..), Kenan Fahri Cavga (..), Muharrem Dinç (Yargıtay 6. Ceza Dairesi üyesi), Engin Doğu (Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı), Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Hakkı Erkan (Askeri Yargıtay Başkanı Hava Hakim Tümgeneral) Prof. Dr. Sahir Erman (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Kemal Esin (Yargıtay Cumhuriyet Savcısı), Abdülkadir Genelioğlu (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü), Ali güzel (Yargıtay üyesi), İrfan Kılıç (..), Ayhan Kılıçcioğlu (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Başkanı), İsmet Onur (Askeri Yargıtay Başsavcısı Hakim Tuğgeneral), Tuncer Sönmez (..), N. Yüksel Talayman (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı). Bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s. 190.

ve hatta yerleşik hukuk terimlerinde bile değişiklik yapıldığı, Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan özel kanunlarda, TCK'nın hükümlerini bazen teyid, bazen nakzeden, bazen sadece aynı hükümleri kelime değişiklikleri ile ifade eden hükümlerin yer aldığı ve böylece tereddütlerin ortaya çıktığı, Kanun'da yapılan bazı değişikliklerin panik mevzuatı karakterini taşıdığı, Kanun'un genel hükümlerinin önemli bir kısmının çağdaş gelişmelere uygun bulunmadığı, ölüm cezasının zaruri ve nadir hallerde ve çok ağır suçlarda muhafazası gerekirken, Kanun'un bu cezayı belirtilen icaplar itibarıyla gereği olmayan bazı suçlar bakımından da öngörmüş olduğu ve bu hükümlerin yıllardan beri uygulamada tatbik yeri bulunmadığı, Kanun'un cezalar sisteminin 647 sayılı Kanun'la getirilen değişikliklerden sonra mutlaka bir revizyona muhtaç hale geldiği, TCK'da yer alan mahkûmiyetin kanuni neticeleri, müebbet fer'i cezalar, güvenlik gözetimi altında bulundurmamak, ceza ve tedbirlerinin günümüzün geçerli insani telakkileri ile ve bir ceza sisteminde mutlaka göz önünde bulundurulması zorunlu suçlunun rehabilitasyonu, yeniden sosyalleştirilmesi ve bu maksatla uygun bir tedaviye tabi tutulması yönündeki çağdaş ceza bilimlerinin ortak esaslarıyla bağdaşabilir nitelikte olmadığı hususları belirtilerek genel olarak böyle bir çalışmayı gerekli kılan faktörler ifade edilmiştir.⁴⁰

Yine Öntasarı'nın gerekçesinde tasarı hazırlanırken uyulan suç ve ceza siyasetinin hedefinin insan hak ve hürriyetini güvence altında bulundurmamakla beraber toplum savunmasını hiç bir suretle ihmal etmemek ve kişi hak ve hürriyetleriyle toplum savunmasını dengeli olarak korumak olduğu belirtilmiştir.⁴¹

1987 Öntasarısı yayınlandıktan sonra ağır eleştirilere uğramıştır.

Bir görüşe göre; yürürlükteki ceza kanunu ile kabul edilmiş olan sistemi (özel kısma devlete karşı işlenen suçlarla başlanması), Öntasarı altüst etmiştir. Bu sistem değişikliğine sebep olarak da gerekçede Öntasarı'nın insanı ve insan haklarını koruma ilkesine verdiği üstün değer gösterilmiştir. Halbuki mukayeseli hukukta dört beş ceza kanu-

⁴⁰ 1987 TCK Öntasarısı'nın gerekçesi için bkz. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nın Gerekçesi, Ankara 1987, s.4 vd.

⁴¹ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nın Gerekçesi, s. 10.

nu dışında (1975 Avusturya, İsviçre, Arjantin ve Brezilya) bir çok ceza kanunu (örneğin, İtalya, 1975 Alman, Danimarka, Belçika, İspanya, Şili, Kore, Romanya gibi.) II. Dünya Savaşı'ndan sonra gerek kısmen gerek tamamen değiştirilmelerine rağmen devlete karşı işlenen suçlara ilk sırada yer vermektedirler. Bu kanunların reform çalışmaları sırasında da sistem değişikliği gündeme gelmiştir. Ancak senelerce uygulaması yapılmış ve alışılmış sistemin değiştirilmesine yukarıdaki gerekçenin yetmeyeceği, ceza kanunu gibi toplumu çok derinden ve yakından ilgilendiren ve etkileyen kanunun şekilciliğe feda edilerek altüst edilmesine iltifat edilemeyeceği, böyle bir yol izlendiği takdirde yerleşmiş hukuk hayatını ve yargı kararlarını içinden çıkılmaz bir kavram kargaşasına sürükleyeceği de vurgulanarak, eski klasik sisteme devam edilmiştir. Ayrıca özel kısma kişilere karşı işlenen suçlarla başlayan kanunlar incelendiğinde, İsviçre Ceza Kanunu hazırlanırken kişilere karşı işlenen suçların daha çok işlenen suçlar olması dolayısıyla böyle bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Yine Brezilya Ceza Kanunu'nda da esasen devlete karşı suçlar yer almanmış ve devlete karşı suçlar bağımsız bir kanun ve askeri mahkemelerin yetki alanı içinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan Öntasarı'nın getirmiş olduğu sistem değişikliğini haklı gösterecek herhangi bir sebep ileri sürülebilmesi olanaksızdır. Yürürlükteki kanun hükümlerinin %80'inin sırasını, madde numaralarını değiştirmek, kabahatlerle ilgili hükümlere cürümler arasında yer vermekle Öntasarı'nın yeni olduğunu iddia etmek mümkün değildir.⁴²

Öntasarı'nın getirmiş olduğu tek köklü yeniliği mevcut sistematiği tersyüz etmiş olması şeklinde açıklayan bir müellif de,⁴³ sistematik bakımdan yapılan değişikliğin gerekçesini haklı ve geçerli saymanın mümkün olmadığını, bu düzenlemenin uygulama zorluğu dışında hiç bir sonuç yaratmayacağını..., ayrıca sadece komisyonda yer alan kişilerce benimsenen görüşlerin yasa taslağına yansıdığını, bunun ise öğretide savunulan görüşlerin tartışılmasını, değişik olanakların düşünülmesini, düşünce çeşitlemelerini engellediğini, böyle bir tasa-

⁴² Önder, Ayhan, "Ceza Kanunu Öntasarısı", in: 09.03.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi*.

⁴³ Özek, Çetin, "Basın ve Kişi Özgürlüğü Kısıtlanıyor", in: 08.02.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi* Haberi; aynı doğrultuda bkz. Ali Sirmen'in Çetin Özek ile yaptığı söyleşi, in: 25.02.1987 tarihli *Cumhuriyet Gazetesi*, sayı:22452, s.7.

rının “yeni”, “ulusal” ve “orijinal” olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını..., Tasarı’da siyasal olmayan suçların cezalarında önemli indirimler sağlanırken, siyasal suçların uygulama alanının genişletilip, cezalarının artırılması ile Tasarı’nın gerekçede ileri sürüldüğünün aksine “çağdaş”lıktan çok “siyasallık” niteliği taşıdığını, bu siyasallığın devletin ve anayasal sistemin korunması olarak anlaşılıp gerekçede de savunulduğunu..., getirilen düzenlemelerle kişi özgürlüklerinin sınırlandığını ifade etmiştir.

Öntasarıyı eleştiren diğer bir müellif de,⁴⁴ Öntasarı’nın gerek genel kısımda gerekse özel kısımda yer alan çeşitli düzenlemelerle baskıcı bir devlet anlayışını yansıttığını, örneğin politik suçların kanuni tariflerinde belirsizlik olduğunu, ayrıca mefruz tehlikelilik hallerinin kabul edildiğini..., ölüm cezasını muhafaza eden, müebbet hapis cezasına yaygın olarak yer veren ve pek çok suça (özellikle politik ve kamusal otoriteyi ve ekonomik ayrıcalıkları korumaya yönelik suçlara) aıt asli cezaların mevcut kanundaki şiddetini koruyan Öntasarı’nın cezai sonuçlar açısından da baskıcı olduğunu..., para cezalarının miktarının yüksek ve suçlunun ekonomik durumuna uydurulamaz oluşunun, ayrıca hükümlünün ödeyememesi halinde hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilebilir olmasının cezai sonuçlar bakımından Öntasarı’yı aynı zamanda ayrıcalıkçı kıldığını..., sistematik açıdan özel hükümlerin uygulanmasıyla alakalı Öntasarı’ya bir “tanımlar maddesi”nin konulmasının yerinde olduğunu, ancak belirli suçları yada bazen tek bir suçu ilgilendiren bu tanımların tüm suçlar için tatbik imkanı bulabilen kuralların yer aldığı genel kısımda değil, özel kısımda yer alması gerektiğini..., Öntasarı’da bir kısım kabahatlerin suç olmaktan çıkarılmasının isabetli, fakat bunlardan suç olarak muhafaza edilenlerin kabahat biçiminde düzenlenmelerinin cürüm kabahat ayrımının aynen korunması demek olduğunu, öte yandan kabahat olarak muhafaza edilen suçların mevcut kanunun aksine ayrı bir bölümde değil de, ilgili oldukları kabul edilen cürümlerin arasına serpiştirilmiş bulunmalarının sistematik açıdan savunulamayacağını, bu hususun karışıklıklara ve tereddütlere neden olacağını, bu bakımdan kabahat fiillerinden sadece cürüm olarak cezalandırılabilir kabul edilenlerin muhafaza edilmesini, diğerlerinin ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılmalarının gerektiğini, böylece

⁴⁴ Toroslu, Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ankara 1987, s.6 vd.

cürüm-kabahat ayırımının ve buna paralel olarak da hapis-hafif hapis ve ağır para cezası-hatif para cezası ayırımlarının terk edilmesinin daha uygun olacağını, kişilere karşı suçların özel kısmın başına alınmasının isabetli olduğunu ancak bununla gerekçede ileri sürüldüğünün aksine insanı ve insan haklarını koruma ilkesine üstün bir değer verildiğini savunmanın mümkün olmadığını, zira Öntasarı'da mala karşı suçlara ilişkin cezaların şiddetinin kişisel varlıklara karşı işlenen suçların cezalarına oranla daha şiddetli olduğunu ve birinci grup suçların çoğu re'sen takibi gereken suçken, ikinci gruba giren suçların pek çoğunun takibinin şikayete bağlandığını, söz konusu anlayışın insana ve insan haklarına üstün değer verme niteliğinde kabul edilemeyeceğini..., ancak özel kısımda korunan varlıkların temelinde, kaynağında hep insan bulunduğuna göre kişilere karşı suçları düzenleyen hükümlerin diğer suçlara oranla genel hüküm niteliği bulunduğunu, genel normu nazara almadan özel norm incelenemeyeceğinden Öntasarı'nın sistematizmasının yerinde olduğunu..., Öntasarı'da yürürlükteki kanunun ve buna kaynak olan 1889 ve 1930 İtalyan Ceza Kanunları'nın aksine kişiye, topluma ve devlete karşı suçların genel kategorik varlık veya menfaatlere (örneğin, hürriyet, malvarlığı, kamunun sağlığı, kamu güveni, genel ahlak ve adap, kamu hizmeti ve görevi adliye gibi) göre bir ayırma tabi tutmakla yetinilmiş olup, bu genel kategorik varlık veya menfaatler içinde yer alan ve belirlenmesi hiç de zor olmayan daha küçük kategorik varlık ve menfaatlere veya diğer ölçülere göre alt ayrımlara gidilmemiş olmasının sistematik açıdan büyük bir eksiklik olduğunu, bu nedenle farklı özelliklere sahip suçların peş peşe sıralandığını, ayrıca bazı suçların yerleştirildiği bölümlerin Öntasarı'nın tasnif mantığı içinde dahi isabetli olmadığını (örneğin 263 ve 265. maddelerdeki suçların basit şekli bireylere ait ulaşım araçlarına karşı işlenen engelleme, kaçırma ve tahrip fillerini cezalandırdığına göre, bunların topluma karşı suçlar arasına yerleştirilmesi isabetli olmamıştır) belirtmiştir.

Öntasarı'ya getirilen eleştirilerden biri de suç ve ceza siyaseti açısından Türkiye'de ciddi inceleme ve araştırmalar yapılmadan böyle bir tasarının hazırlanmış olmasıdır.⁴⁵ Bunun dışında tasarı yayınlan-

⁴⁵ İçel, Kayıhan, *Nasıl Bir Ceza Kanunu? "Biz yaparız, olmazsa..."*, in: 13.02.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi*, s. 10.

dıktan sonra da tartışma ve inceleme için 6 ay gibi kısa bir süre tanınmış olması tenkit edilmiştir.⁴⁶

Öntasarı basın tarafından da soğuk karşılanmıştır. Özellikle Öntasarı'da casusluk suçu ile aynı bölümde düzenlenen gizli kalması gereken bilgiler (Öntasarı m. 348) ile bu bilgileri açıklama suçu (Öntasarı m. 345-346) konusunda getirilen hükümler basını susturmayı amaçladığından bahisle eleştirilmiştir.⁴⁷

D. 1989 TCK Öntasarısı

1987 TCK Öntasarısı yayınlandıktan sonra konu ile ilgilenen kurum ve kuruluşlar Öntasarı hakkındaki görüşlerini bildirmeye davet edilmişlerdir. Öntasarı'nın değerlendirilmesi yapıldıktan sonra Adalet Bakanlığı Öntasarı'yı yeniden gözden geçirmek üzere yeni bir heyeti görevlendirmiştir. İkinci Komisyon⁴⁸ tarafından yapılan değerlendirme sonunda hazırlanan metin ve Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Ge-

⁴⁶ Gözübüyük, A.Pulat, "İlim Işığında Türk Ceza Kanunu Taslağı, Tartışma ve İnceleme Süresi Yetersiz", in: 02.03.1987 tarihli *Milliyet Gazetesi*.

⁴⁷ Tezcan, Durmuş, "Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Yurt Dışında İşlenen Suçlar", *Manisa Barosu Dergisi*, Y.: 6, S.: 22, 1987, s.2 0,21.

⁴⁸ 1989 TCK Öntasarısı'nı hazırlayan Komisyon soyadı sırasına göre şu 18 üyeden kurulmuştu: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer (Başkan, İstanbul Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Uygur Aktalay (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi) Prof. Dr. Köksal Bayraktar (İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Vehbi Canbilen (Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürü), Prof. Dr. Erol Cihan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Muharrem Dinç (Yargıtay 6. Ceza Dairesi üyesi), Engin Doğu (Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı), Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Teoman Ergül (Avukat, Türkiye Barolar Birliği Temsilcisi), Hakkı Erkan (Askeri Yargıtay Başkanı Hava Hakim Tümgeneral), Kemal Esin (Yargıtay Cumhuriyet Savcısı), Abdülkadir Genelioğlu (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü), Burhan Karaçelik (Avukat, Türkiye Barolar Birliği Temsilcisi), Ayhan Kılıçcıoğlu (Yargıtay 2. Ceza Dairesi Başkanı), İsmet Onur (Askeri Yargıtay Başsavcısı Hakim Tuğgeneral), Yüksel Talayman (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı), Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi).

rekçesi 1989 yılının Mart ayında yayınlanmıştır.⁴⁹ 1989 TCK Öntasarısı birkaç yenilik dışında (örneğin, çocuk ve küçüklere ilişkin düzenlemelerin Öntasarı içine alınması, tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler konulması) 1987 Öntasarısı'nın bir tekrarıdır.

E. 1997 TCK Tasarısı

1997 TCK tasarısı 1989 Öntasarı metni esas alınarak hazırlanmıştır.⁵⁰ Nitekim 1997 TCK Tasarısı'nın gerekçesi de, metne ilave edilen yeni hükümler yanında, 1989 TCK Öntasarısı'na ilişkin genel gerekçenin gözden geçirilmesi suretiyle kaleme alınmıştır.

Bu Tasarı'nın getirdiği en büyük yeniliklerden biri ölüm cezasının kaldırılmış olmasıdır. Gerçekten 1997 TCK Tasarısı'nda ölüm cezası kaldırılmış ve bunun yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis (m. 58) cezası konulmuştur.⁵¹ Kanımızca 1997 Tasarısı'nda ölüm cezasına yer veril-

⁴⁹ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara-Mart 1989.

⁵⁰ 1989 TCK Öntasarısı'nı hazırlayan Komisyon aşağıda belirtilen 21 üyeden kurulmuştu: Başkan: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, İsmet Kürümoğlu (Yargıtay 7. Ceza Dairesi üyesi), Hak. Kd. Alb. Ersin Eseral (Askeri Yargıtay 3. Daire Başkanı), Uygur Aktalay (Kanunlar Genel Müdürü), İhsan Akçin (Ceza İşleri Genel Müdürü), Prof. Dr. Faruk Erem (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi, Türkiye Barolar Birliği Temsilcisi), Prof. Dr. Çetin Özek (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Köksal Bayraktar (İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Feridun Yenisey (Marmara Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. M. Emin Artuk (Marmara Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Bahri Öztürk (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), İsmet Onur (Emekli Hakim Tuğgeneral, Askeri Yargıtay Eski Başkanı), A. Tuncer Sönmez (Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı), Ali Em (Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), F.Gülçin Durak (Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), Mehmet Ata Atapek (Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi), Haluk Çolak (Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi), Keskin Kaylan (Yargıtay Cumhuriyet Savcısı), Mahmut Acar (Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı).

⁵¹ Ağırlaştırılmış müebbet hapis sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir. Bu rejimin şart-

memesinin sebebi, doktrinde belirtilen ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin felsefi ve dini, hukuki, infaza ilişkin ve insani bütün görüşlerin yanı sıra, Türkiye'nin taraf olduğu 13 Aralık 1957 tarihli suçluların geri verilmesine dair Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesidir. 11. maddeye göre; *"talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette işler cezanın umumiyetle tatbik edilmemesi halinde ancak talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kafi teminat verdiği takdirde iade yapılabilir"*. Türkiye'nin bugüne kadar verdiği teminat, mevzuatında ölüm cezası ihtiva etmeyen devletin idam cezasının infaz edilmemesine ilişkin talebinin, Türk Hükümeti'nce ölüm cezalarını nihai surette tasdik eden TBMM'ne henüz bir karar vermemişse arz edilmesinden ibarettir.⁵² İhtirazi kaydı ihtiva eden bu teminat karşı tarafa yeterli güvenceyi veremediğinden ölüm cezasının tümüyle kaldırılması suçluların iadesini sağlamak bakımından da zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.⁵³

1997 Tasarısı yayınlandıktan sonra doktrinde bazı müellifler tarafından övüldüğü⁵⁴ gibi, ağır eleştirilere de uğramıştır. Tasarı'ya yöneltilen tenkitleri bütüne, genel ve özel kısma ilişkin eleştiriler olmak üzere üç kısımda inceleyebiliriz.

larının neler olacağı Ceza İnfaz Kanunu ve İnfaz Tüzüğünde belirtilecektir (Tasarı m. 58/2). Sıkı güvenlik rejimi mahkumun cezaevi dışında çalıştırılmaması, ziyaretçi kabulünün, dışla teması çeşitli kısıtlamalara tabi kılınması, mahkuma izin verilmemesi, mahkumların cezaevlerinin özel kısımlarında bulundurulmaları gibi bazı yoksunluklar içerecektir. En az 10 yıl süreyle devam eden sıkı güvenlik rejiminin kaldırılmasına -şartla salıverme kurumunun ehliyet koşullarına uygun davranılması halinde- hakim kararı ile son verilebilir.

⁵² Bkz. 30.12.1957 tarihli ihtirazi kayıt. Bu kayıt 26.11.1959 gün 10365 sy. R.G.'de yayınlanmıştır.

⁵³ Bkz. Komisyon Başkanı Sulhi Dönmezer'in demeci; *Milliyet*, 29.01.1998, S.: 18033, s.16; Komisyon üyesi Bahri Öztürk'ün demeci, *Radikal*, 26.01.1998, s. 5.

⁵⁴ *"...Yeni Ceza Kanunu Tasarısı insan haklarına, demokrasiye saygılı, hukukun üstünlüğünü sağlayan, taksirli ve örgütlü suçlara karşı çağdaş infaz hükümlerini içeren bir anlayış getiriyor. Yeterli bir tasarıya sahip olduğumuz inancı içindeyiz ..."* Bkz. Nur Centel'in *"Türk Ceza Kanunu 1997 Öntasarısı'nın Getirdikleri"* isimli sempozyumu açış konuşması, in: Marmara'nın Sesi, MÜ İletişim Fakültesi Aylık Aktüalite ve Fikir Dergisi, Yıl: 15, S.: 137, 1998, s. 5.

a. Bütüne Dair Eleştiriler

Tasarı'nın bütününe yöneltilen temel eleştiriler aşağıdaki şekildedir:

Tasarıda kullanılan ifadeler arasında uyum bulunmamaktadır. Aynı hususu belirtmek için farklı sözcükler kullanıldığı gibi, lüzumsuz ifadelere de rastlanmaktadır.⁵⁵ Tasarı dil yanlışları ile doludur.⁵⁶ Örneğin, Tasarı'nın 363. maddesinde yer alan "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın hükümlerine aykırı olarak ve Anayasa'nın müsaade etmediği usullerle*" ibaresinde "*ve*" bağlacından sonra gelen kısma lüzum yoktur. Zira Anayasa'nın hükümlerine aykırı olan bir hususa, anayasa tarafından müsaade edilmediği de açıktır. Yine Tasarı'nın 3. maddesinde "*Bu Kanun, ayrı hüküm bulunmayan hallerde, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar hakkında da uygulanır*" denilmektedir. Burada da maddede "*aksine*" terimi yerine "*ayrı*" sözcüğünün kullanılması önemli bir hatadır. Ayrıca "*özel ceza kanunları*" ile "*ceza içeren kanunlar*" ibarelerinin özde aynı anlama geldiği de dikkate alınmamıştır. Tasarı'nın 131. maddesinin de kenar başlığı ile içeriği arasında uyumsuzluk mevcuttur. Nitekim hükmün kenar başlığı "*taksirle adam öldürme*" iken, madde içeriğinde "*insan öldürme*" ifadesi yer almıştır.⁵⁷

Özel kısımda kabahat suçları ayrı bir bölüm olmaktan çıkarılmış, kabahat teşkil eden bazı fiiller ilgili bölümlere yerleştirilmiştir. Batıda olduğu gibi kabahatleri suç olmaktan çıkarma yerinde bir düşünce olmakla birlikte, kabahat suçlarını muhafaza edip,⁵⁸ çeşitli bölümler içerisine aktarma karışıklıklara neden olacaktır.⁵⁹

⁵⁵ Bkz. Yargıtay Ceza Dairesi Başkanları'nın Orak Görüşü, s. 1; Çınar, Ali Rıza, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) Hakkında Görüş ve Tesbitler, s. 2; Toroslu, Nevzat, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün talebi üzerine verilen rapor, s.6.

⁵⁶ Hafızoğulları, Zeki, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.: 54, S.: 1, 1998, s. 40 vd.; Kazan, Turgut, "*Ulusal Bir Ceza Yasası Yasakçı Anlayışla Yapılmaz*", *Açık Sayfa*, Nisan 1998, s. 6.

⁵⁷ Eleştiriler konusunda bkz. Hafızoğulları, s. 40; Toroslu,

⁵⁸ Gerçekten Tasarı'nın 1/1. maddesinde suçların cürüm ve kabahat olduğu belirtilmiştir. Ancak Tasarıda kabahatlerin sayısı indirildiği gibi (Tasarı m. 223, 294, 295, 303, 468), bunlara ilgili bölümde cürümlerin arkasında yer verilerek karışıklıklara neden olunmuştur. Yine Tasarı'nın TCK'da yer alan birçok kabahati (TCKm.546, 547 - Tasarı m. 168; TCK m. 536 - Tasarı m. 301; TCK m. 537 - Tasarı m. 302) cürüm haline getirildiğini de burada belirtmek gerekir.

⁵⁹ Çınar, s. 2,3; Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün talebi üzerine verilen rapor, s. 3. Buna karşılık doktrinde "*kabahatler*"e ilişkin kısmın ceza kanunundan

Tasarı'nın genel hükümleri düzenleyen birinci kitabının altıncı kısmındaki “Çocuk ve Küçüklere İlişkin Hükümler” (m. 101-114) salt geneli ifade eden ceza kanununda yer almamalıdır.⁶⁰

Tasarı'ya özel hükümleri ilgilendiren bir “tanımlar maddesi”nin (m. 4) konulması yerinde olmuştur. Ancak belirli suçları ya da bazen tek bir suçu ilgilendiren bu tanımların tüm suçlar için tatbik imkanı bulabilen kuralların yer aldığı genel kısma konulması isabetli olmamıştır.⁶¹ Ayrıca “tanımlar maddesi”nde bulunmayan terimlere de, Tasarı'da rastlanmaktadır. Örneğin, Tasarı'nın 95/A-7. maddesindeki “tehlikeli mükerrirler” tabirinde adı geçen kişilerin kim olduğu belli değildir. Yine “akraba” tabirinin tanımı yapılmadığı için her seferinde bunlar tek tek sayılmaktadır.

Tasarı'nın hazırlanması aşamasında başta Yargıtay olmak üzere konuyla ilgili bir çok kurumun görüşü alınmamıştır. Bu açıdan tasarının tartışılması, eleştirilmesi, düzeltilmesi mümkün olmamıştır.⁶²

çıkarması da eleştiriye konu olmuştur. Hafizoğulları'na göre, ceza kanununun Tasarıda olduğu gibi iki kısımdan oluşması (genel hükümler ve özel hükümler) isabetli değildir. Ceza Kanunu'nun 3 kitaptan oluşması zorunludur: 1. Genel Esaslar, 2. Cürümler, 3. Kabahatler. Bkz. Hafizoğulları, s. 37.

⁶⁰ Hafizoğulları, s. 38.

⁶¹ Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün talebi üzerine verilen rapor, s. 2.

⁶² Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun'la yapılan röportaj, “Yargıtay Başkanı: Tasarı Geri Çekilmeli”, in: Açık Sayfa, Mart 1998, s. 11; Türkiye Barolar Birliği Başkanı Av. Eralp Özgen'in 1998-1999 Adalet Yılı'nın Açılış Toplantısı'nda Yaptığı Konuşma, (7 Eylül 1998), TBB Yayınları, s. 5 vd.; Kazan, s. 6. Yargıtay'ın tasarıya ilişkin görüş bildirmesini Tasarıyı hazırlayan komisyonun üyelerinden bir profesörün “ihlası rey” olarak nitelendirmesi de (24.03.1998 gecesi TRT 1'de yayınlanan programda) haklı olarak Yargıtay Başkanı tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “Yargıtay'ın Tasarıya ilişkin görüş bildirmesini; Tasarıyı hazırlayan komisyonun üyesi bir Sayın Profesör, ihlası rey (oy açıklaması) - red sebebi (Hakimin davaya bakamaması nedeni) olarak niteleyip kamuya duyurdu. Olaysal ve kişisel olmayan -Yasa metnine ilişkin - nesnel - genel hukuksal görüşleri, düşünce açıklama hürriyetini yok sayarcasına, bu biçimde değerlendirmeyi Yasamanın ve hukuk kamuoyunun takdirlerine bırakıyoruz. Cumhuriyetimizi kuruluşundan beri, Yargıtay'ımızın yaptığı bu tür, hukukumuzda katkı sağlayıcı çalışmalarımızı ödev sayıyor ve sürdürdüğümüzü de belirtiyoruz”. Bkz. Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun'un 1998-1999 Adalet Yılı Açılış Konuşması (7 Eylül 1998), s. 18.

b. Tasarı'nın Genel Kısımına İlişkin Eleştiriler

Tasarı'nın genel kısmıyla ilgili belli başlı eleştirileri aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür.

Genel kısımda birtakım kavramlar ve müesseselerin (örneğin, netice, nedensellik bağı, çok neticeli sapma, suçta sapma, kurucu unsurlarda hata gibi) tanımı verilmemiştir. Bu kavramların anlamı bakımından genel ilkelerden yararlanmanın mümkün olduğu düşüncesi, kanunilik kuralı bakımından yerinde değildir.⁶³

Tasarı'nın 26 ve 27. maddelerinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğu düzenlenmiştir. Tüzel kişiler, kendilerine vücut veren kanun ve bu kanuna dayanılarak oluşturulan statüleri ile sınırlı olarak hak ve fiil ehliyetine sahiptirler. Günümüz anlayışında tüzel kişilerin yalnız haksız fiil işleyebilme, yani tazminatın muhatabı olabilme ehliyeti dışında, idari suç işleyebilme ve idari cezaların muhatabı olabilme ehliyeti de bulunmaktadır. Ancak tüzel kişiler kriminal anlamda suç işleyemez ve kriminal cezanın muhatabı da olamaz. Buna tüzel kişiyi oluşturan hukuki metin (tüzük) engeldir. Zira tüzel kişi tüzüğü kapsamında eylem ve işlemlerde bulunabilir. Tüzük ise, kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı olamaz. Kanuna, genel ahlaka ve adaba aykırı bir irade "yok" hükmündedir. Durum bu olunca tüzel kişi kanunun faaliyetine dahil etmediği bir şeyin faili de olamaz. Suç ancak tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişiler tarafından işlenebilir.⁶⁴

Tasarı'nın ön ödeme müessesesini düzenleyen 94. maddesinde, hapis cezası yukarı sınırının bir yıla yükseltilmesi ve ayrıca hafif hapis cezasını gerektiren tüm suçların ön ödeme kapsamına alınması nedeniyle, Tasarı'daki birçok suç ön ödemelik hale gelmiştir. Bu düzenleme toplumsal barışın bozulmasına yol açabilecektir. Örneğin, devrim

⁶³ Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün talebi üzerine verilen rapor, s. 3; Çınar, s. 3.

⁶⁴ Hafizoğulları, s. 52. Tasarı'nın 26 ve 27. maddelerinde yer alan söz konusu düzenlemenin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bulunduğu, üçüncü şahsın fiilinden sorumluluğa yol açan objektif bir sorumluluk hali getirdiği ve böylece örgütlenme özgürlüğünü sınırladığını da belirtilmiştir. Bkz. 1997 Türk Ceza Yasası Öntasarısı ve İnsan Hakları Değerlendirme Raporu, İstanbul Barosu Başkanlığı İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul 1998, s.5,6.

yasaları olarak adlandırılan kanunların koymuş olduğu yasa ve yükümlülüklerle aykırı hareket edenler, ilgili para cezasını 10 gün içinde ödedikleri takdirde hiç bir adli işleme tabi tutulmayacaklardır. Yine hakaret ve müessir fiil gibi kişileri son derece mağdur eden bazı fiiller de bu müessese kapsamına girmektedir.⁶⁵

c. Özel Kısma İlişkin Eleştiriler

Tasarı'nın özel kısmı hakkındaki eleştirileri aşağıdaki şekilde belirtmek mümkündür:

Tasarı'nın özel hükümlere ilişkin tasnifi, herhangi bir esasa dayanmamaktadır. Tasarı kişilere karşı suçları başa almakla, kişiyi daha fazla himayeye kavuşturmamıştır.⁶⁶ Örneğin, Tasarı'da mala karşı suçlar kamu davası ağırlıklı iken, kişilere karşı işlenen suçlarda şikayet koşulu ön plana çıkmaktadır.⁶⁷ Ayrıca mala karşı cürümler için öngörülen cezalar, kişilere karşı işlenen suçlar için öngörülen cezalardan daha ağırdır.⁶⁸

Sistematiğin açıdan bazı suçlar (örneğin, ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık gibi bireyin cinsel özgürlüğüne karşı olan suçlar) ya yanlış kısımda düzenlenmiş (topluma karşı suçlar arasında) ya da ayrı bir kısımda düzenlenmesi gerekirken farklı menfaatleri ilgilendiren bir bölüme yerleştirilmiştir (örneğin, aileye karşı suçların topluma karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması yerinde değildir. Zira aile, toplumdan farklı ihtiyaçlara ve menfaatlere sahip olan bir gruptur).⁶⁹

⁶⁵ Akgül, Ahmet, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) Hakkında Görüşler, (15.01.1998), s. 5; Yargıtay Ceza Daireleri Başkanları Ortak Görüşü, s. 5. Ön ödemeye tabi tasarıdaki suçların listesi için bkz. Başal, Koparan (7. Ceza Dairesi Başkanı), Yargıtay Başkanlığı'na sunulan 7. Ceza Dairesi'nin Türk Ceza Kanunu Öntasarısı Hakkındaki Görüşleri.

⁶⁶ Hafizoğulları, s. 38.

⁶⁷ Akgül, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997) Hakkında Görüşler, (15.01.1998), s. 7.

⁶⁸ Çınar, s. 5.

⁶⁹ Bkz., Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk'ün talebi üzerine verilen rapor, s. 3; Çınar, s. 3.

Özel kısımdaki madde kenar başlıkları son derece düzensizdir. Kenar başlıklarında bazen suçun “*basit*”, bazen de “*nitelikli*” şekliinden bahsedilmiş, kimi zaman da “*ağırlatıcı sebep*” tabirine yer verilmiştir. Ancak bu kavramlar arasında ilgili hükmün niteliği itibariyle kesin ve net bir ayırım yapılmamış (örneğin, suç ve cezayı ağırlaştırır halleri göstermek için 133 ve 198. maddelerde “*nitelikli*”, 143, 266, 405 ve 415. maddelerde “*ağırlatıcı sebep*” ibareleri kullanılmış, bazen de 484/2 ve 486/2’de olduğu gibi bunların hiç birisine yer verilmemiştir) bunlar bazen birbirlerinin yerine kullanılmış, bazen de hiç (örneğin, 153 ve 177. maddelerin başlıklarına sadece suçun adı yazılmışken, 130, 197 ve 204. maddelerin başlığına “*basit*” ibaresi eklenmiştir) kullanılmamışlardır.⁷⁰

Özel kısımda düzenlenen bazı suçlar, Tasarı kanunlaştığı takdirde önemli sorunlar doğurabilecek, tehlikeli düzenlemeleri ihtiva etmektedir.⁷¹ Anayasa’yı ihlal suçuna ilişkin hükümde (m. 363) “*cebiri*” unsurunun yer almaması nedeniyle, Anayasa’da yer alan değiştirilemez nitelikteki hükümlerin yalnız değiştirilmesini önermek dahi bu suçu oluşturacaktır. Cürüm bildirmemeye ilişkin hüküm (m. 442) halkı suçlu duruma düşmemek için yerli yersiz birbirine suç isnat etmek zorunda bırakacaktır. Bunun gibi Tasarı’nın “*tanıklar ve karar üzerinde baskı yapma*” başlığını taşıyan 451 ile “*yargısal kararları aşışılama*” başlıklı 454. maddeleri, düşünce ve ifade özgürlüğünü, basın hürriyetini önemli ölçüde sınırlandırabilecek mahiyettedir. Yine “*hakimin veya yargısal görev yapanların saygınlıklarını ihlal*” başlıklı 453. madde savunma dokunulmazlığını tehdit edecek bir tarzda kaleme alınmıştır.

1997 TCK Tasarısı’nda fücür ve evlilik içi irza geçme gibi fiillerin geleneksel kaygılarla suç olarak düzenlenmemesi de kanaatimizce önemli bir eksikliklerdir.

Tasarı’nın bugünkü haliyle kanunlaşması halinde, öğretinin ve uygulamanın 70 yıllık emeğinin ve ürünlerinin hiçlenmiş olacağı, tüm taşların yerinden oynayacağı, çok büyük sorunlar ve sancılar yaşana-

⁷⁰ Çınar, s. 3, 4; Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk’ün talebi üzerine verilen rapor, s. 5.

⁷¹ Daha geniş bilgi için bkz. Toroslu, Devlet Bakanı Hikmet Sami Türk’ün talebi üzerine verilen rapor, s. 11 vd.; Çınar, s. 4; Hafızoğulları, s. 48 vd.

çağı belirtilmiştir.⁷² Bu konuda özel kısma ilişkin iki örnek verilmiştir: Tasarı'nın 251/2. maddesine göre uyuşturucu madde kullanan kimse, hakkında kamu davası açılıncaya kadar resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma fiilinden dolayı hakkında kovuşturma yapılamayacaktır. Bu hüküm uyuşturucu madde kullanımını yaygınlaştıracığı gibi, satımını, ithalatını da artıracaktır. Türkiye uyuşturucu madde kullananlar için serbest bölge olacaktır. Burada ülke gençliğinin içine düşeceği tehlikeyi de unutmamak gerekir. Madde gerekçesinde uyuşturucu madde kullanma suçlarının mağdursuz suç olduğu ve bu hüküm ile uyuşturucu madde kullanma suçlusunun alışkanlığından vazgeçmesinin teşvik edildiği belirtilmiştir. Halbuki bu cürüm mağdursuz değildir. Mağdur, kör, sağır, sakat ve akıl malulü olarak doğacak nesilleri ile tüm toplumdur. Diğer örnek ise, inkılap kanunlarına aykırı hareketlerin tasarıda ön ödemelik suçlar kapsamına alınmış olmasıdır. Böylece para cezasını ödeyen herkes inkılap kanunlarına aykırı hareket edebilecektir.⁷³

1997 TCK Tasarısı hakkında yapılan ve yukarıda genel hatları ile belirtilen eleştirilere katılmaktayız. Bu açıdan Tasarı metni ile birlikte muhalefet şerhlerinin yayınlanmamış ve komisyon görüşmeleri sırasında tutanak tutulmamış olmasını önemli bir eksiklik olarak görüyoruz.

Kanaatimizce birçok eleştiriye maruz kalan 1997 Tasarısı'nın genel ve özel kısma ilişkin hükümlerinin tek tek değerlendirilmesi ve tartışılması zorunludur. Ancak kamuoyunda, Tasarı'nın Meclis İktüzüğü'nün 91. maddesi uyarınca toptan görüşülüp bir an önce yasallaşması yönünde düşüncelere de rastlanmaktadır. Gerçekten TBMM İktüzüğü'nün ilgili maddesine göre, temel kanunları bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin genel kurulda görüşülmesinde uygulanacak özel görüşme ve oylama usulü tespitine, Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, danışma kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Belirtelim ki, Ceza Kanunu Tasarısı ile ilgili olarak

⁷² Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun'un 1998-1999 Adalet Yılı Açılış Konuşması (7 Eylül 1998), s. 16.

⁷³ Örnekler için bkz. Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun'un 1998-1999 Adalet Yılı Açılış Konuşması (7 Eylül 1998), s. 17.

“özel görüşme ve oylama” usulü tespiti, söz konusu yasanın temel hak ve hürriyetler üzerindeki etkisi de dikkate alınarak değişik fikirlerin ileri sürülmesine ve maddelerin geniş bir biçimde tartışılmasına olanak sağlamaya yönelik olmalıdır. Çünkü kişi özgürlüğüyle yakından irtibatlı bulunan ceza kanunlarının hazırlanması ve değiştirilmesinde diğer kanunlar için izlenen usulden tamamıyla ayrı ve güvenceli kuralların tatbiki şarttır. Bu nedenle ceza kanununun kabulünde, alelade kanunlara göre daha az güvenceli bir yasalaşma prosedürü izlenmesinin hiçbir hukuki dayanağı olamaz. Belirtilen bu hususlar Hükümet ve Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen Tasarılar hakkında da geçerlidir.

F. 2000 TCK Tasarısı

1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın yeniden gözden geçirilmesi suretiyle oluşturulan⁷⁴ ve 498 maddeden meydana gelen 2000 Tasarısı'nda genel hükümlere (m. 1-127) ilişkin düzenlemeler, içerik açısından önceki tasarı hükümleriyle paralellik arz etmektedir. Ancak

⁷⁴ 2000 TCK Tasarısını hazırlayan Komisyon şu üyelere oluşmuştu: Başkan: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer, Osman Şirin (Yargıtay 1. Ceza Dairesi üyesi), Ahmet Akyalçın (Anayasa Mahkemesi üyesi), Mehmet Uygun (Yargıtay Onursal 1. Başkanı), İsmet Onur (Emekli Hakim Tuğgeneral, Askeri Yargıtay Onursal Başkanı), Ömer Raci İmamoğlu (Yargıtay 2. Ceza Dairesi üyesi), Keskin Kaylan (Yargıtay 6. Ceza Dairesi üyesi), Kubilay Özkan (Yargıtay 8. Ceza Dairesi üyesi), Mahmut Gül (Yargıtay 10. Ceza Dairesi üyesi), Hak.Kd.Alb.Hasan Dengiz (Askeri Yargıtay 1. Daire üyesi), Yılmaz Turan (Yargıtay Onursal üyesi), Hak.Kd.Alb.Ersin Eserol (Askeri Yargıtay Onursal üyesi), Hak.Kd.Alb.Ali Fahir Kayacan (Askeri Yargıtay Onursal üyesi), Prof. Dr. Eralp Özgen (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Prof. Dr. Feridun Yenisey (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Prof. Dr. M. Emin Artuk (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Prof. Dr. Doğan Soyaslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Prof. Dr. Durmuş Tezcan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Prof. Dr. Bahri Öztürk (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi), Uygur Aktalay (Emekli Müsteşar Yardımcısı), Ali Em (Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürü), Dr.Haluk Çolak (Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), Mehmet Ata Atapek (Kanunlar Genel Müdürlüğü Daire Başkanı), Dr. Ali Rıza Çınar (Yargıtay Cumhuriyet Savcısı), Kenan Özdemir (Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi), Dr. Ali Karagülmez (Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi), Yusuf Solmaz Balo (Kanunlar Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi), Sabahat Çine (Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Hukuk Müşaviri).

müesseselerin düzenlendiği yer bakımından madde numaralarında farklılıklar göze çarpmaktadır. Örneğin, “*eksik teşebbüs*”, 1997 Öntasarısı’nın ikinci kısmının (suç) birinci bölümünde teşebbüs başlığı altında 18. maddede yer alırken, 2000 Tasarısı’nda ikinci kısmın (suçlu ve suç) Teşebbüs başlıklı Altıncı Bölümü’nün 37. maddesinde düzenlenmiştir. 2000 TCK Tasarısı’nın 1997 TCK Öntasarısı’ndan diğer bir farkını da 2000 Tasarısı’nda özel hükümlere (m. 128-498) bazı yeni suçlar ilave edilmesi (örneğin, jenosit m. 128; insanlığa karşı suçlar m. 129; Montaj m. 191; Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması m. 349) oluşturmaktadır. 1997 TCK Öntasarısı hakkında yapılan eleştiriler 2000 TCK Tasarısı hakkında da geçerlidir.

G. 2003 TCK Tasarısı (Hükümet Tasarısı)

2000 TCK Tasarısı Adalet Bakanlığı tarafından yayınlandıktan⁷⁵ sonra, TBMM üyeliği seçim döneminde Adalet Bakanlığı görevine Prof. Dr. Aysel Çelikel getirildi. Çelikel, Kanunlar Dairesi Başkanıyla (Ali Em) birlikte Prof. Dr. Köksal Bayraktar’ın başkanlığında TCK Kadın Çalışma Grubu ve kadın örgütlerinin temsilcilerinden oluşan bir komisyon kurdu. Komisyon cinsel suçlarla ilgili olarak 2000 Tasarısı’ndaki hükümlerde değişiklik yaptı.⁷⁶ Değişikliğe uğrayan bu tasarı Başbakanlığa gönderildi. Böylece Adalet Bakanlığı’na sunulan iki tasarı mevcuttu: 2000 ve cinsel suçlar konusunda “*Kadın Çalışma Grubu*” ve kadın örgütlerinin yönlendirmeleri sonucu meydana gelen değişiklikleri içeren tasarılar.⁷⁷ Milletvekilliği genel seçimlerine müteakip kurulan yeni hükümetin Adalet Bakanlığı tarafından tercih edi-

⁷⁵ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanunu’nun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000.

⁷⁶ Bakanlığı döneminde TCK Tasarısı’nda değişiklikler yaptıran Çelikel bu hususu şöyle ifade etmektedir: “*Taslak bana gelince ben yeniden düzenledim ilgili maddeler açısından ... Aşağı yukarı bugün Kadın Çalışma Grubunun ve kadın örgütlerinin ileri sürmüş olduğu bütün gerekçeler yer almıştı. Bir tek tereddüt tecavüz edenle tecavüze uğrayanın evlenmesiyle ilgili maddede idi. Ama tecavüz olduysa o zaman o kıza tecavüzçüyle evlendirmenin doğru olmayacağı şeklinde bir düzenleme gerekiyordu. O zaman net olarak bu ayrımı yapamamıştık ...*”. Bkz. Çelikel, Aysel, Toplumun Özgürleşmesi ya da Törelere, in: *Güncel Hukuk Aylık Hukuk Dergisi*, S.:2, Şubat 2004, s.22 (röportaj).

⁷⁷ Bu bilgilerin elde edilmesinde bizlere yardımcı olan Prof. Dr. Aysel Çelikel’e, Yargıtay 6. Ceza Dairesi üyesi Keskin Kaylan’a teşekkür ederiz.

len⁷⁸ 2000 Tasarısı (Hükümet Tasarısı) cüzi değişikliklerle 12.05.2003 tarihinde Başbakan Recep Tayyip Erdoğan imzasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sevk edildi.

2003 Tasarısı (Hükümet Tasarısı) hemen yukarıda ifade edildiği gibi cüzi bazı değişiklikler dışında 2000 TCK Tasarısı'nın aynısıdır. Bu değişiklikleri aşağıdaki şekilde irdelemek mümkündür:

Hükümet Tasarısı'nda (HT.) 2000 Tasarısında (T.) yer alan bazı madde başlıkları değiştirilmiş ancak içerik -para cezalarında öngörülen miktarlar dışında aynı kalmıştır. Örneğin HT. m. 24 "*Cebir ve şiddet, ikrah ve tehdit*", 2000 T. m. 24 "*Cebir, ikrah ve tehdit*"; HT .m. 43 "*Kişisel ağırlaştırıcı nedenlerin şerikler hakkında uygulanması*", 2000 T. m. 43 "*Kişisel ağırlatıcı nedenlerin sirayeti*"; HT. m. 44 "*Füili ağırlaştırıcı nedenlerin şerikler hakkında uygulanması*", 2000 T. m. 44 "*Füili ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti*"; HT. m. 109 "*Kamuya yararlı bir işte çalıştırma*", 2000 T. m. 109 "*Kamu yararına bir işte çalıştırma*"; HT. m. 183 "*Haksız eylem veya cebir ve şiddet kullanılması nedeniyle hakaret ve karşılıklı hakaret*", 2000 T. m. 181 "*Haksız hareket veya cebir ve şiddet kullanılması nedeniyle hakaret ve karşılıklı hakaret*"; HT. m. 191 "*Söyleşi sırasındaki konuşmaların kaydedilmesi*", 2000 T. m. 189 "*Konuşmaların kaydedilmesi*". Aynı yönde diğer örnekler için bkz., HT. m. 196, 2000 T. m. 194; HT. m. 201, 2000 T. m. 199; HT. m. 206, 2000 T. m. 204; HT. m. 209, 2000 T. m. 207; HT. m. 215, 2000 T. m. 213; HT. m. 216, 2000 T. m. 214; HT. m. 219, 2000 T. m. 217; HT. m. 224, 2000 T. m. 222; HT. m. 240, 2000 T. m. 238; HT. m. 461, 2000 T. m. 460.

Madde başlığı değişen Hükümet Tasarısı'nda madde kapsamı da genişletilmiştir. Örneğin HT m. 309 "*Ulaşım araçlarına ve kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformlara karşı suçlar*", 2000 T. m. 307 "*Ulaşım araçlarına ve kıt'a sahanlığındaki sabit platformlara karşı suçlar.*" Görüldüğü üzere Hükümet Tasarısı'nda münhasır ekonomik bölgede kurulmuş olan sabit platformlara karşı işlenen fiiller de

⁷⁸ Çelikel, tasarıdaki değişikliklerin -örneğin m. 150/4-5, 158- kaldırılması konusunda şunları söylemektedir: "*Taslağı biz hazırladık, imzaladık ve tekrar Başbakanlığa gönderdik. Ben görevimi tamamladım ve ayrıldım. Fakat seçimlerden sonra, nasıl oldu bilmiyorum, tekrar eski komisyonla bağlantı kurdu ve yeni bakan mı davet etti, yoksa Sulhi Hoca "ne yapıyorlar aman getirin ben bakaym mı" dedi, sonuçta tamamen eski haline iade edildi ve eski hükümler aynen tasarıda yer aldı*", Çelikel, s. 22.

suç olarak kabul edilmiştir. Diğer bir örnek için bkz. HT. m. 361, 2000 T. m. 360. madde başlığının değiştiği Hükümet Tasarısı'nda madde kapsamı daraltılmıştır. Örneğin, "Devlet memurunun ticareti" başlıklı 2000 Tasarısı ticari faaliyette bulunan memurun cezalandırılacağını öngörmüş (m. 479, f. 1), ticari faaliyetin memurun yetki alanı içinde icrasını ise, ağırlatıcı neden saymıştır (m. 479, f. 2). Madde başlığının "Memurun ticareti" şeklinde değiştirildiği Hükümet Tasarısı'nın 482. maddesinde, sadece yetki alanı içerisinde ticari faaliyette bulunan memurun cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Hükümet Tasarısı'nda 2000 TCK Tasarısı'nda bulunmayan bazı suçlara da yer verilmiştir: "Göçmen kaçakçılığı" (m. 131), "İnsan ticareti" (m. 132), "Ceza infaz kurumlarına yasak madde sokmak, bulundurmak ve kullanmak" (m. 470), "Hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme" (m. 471). Bu suçlardan göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti 201/a ve 201/b maddeleri olarak TCK'ye 03.08.2002 tarih ve 4771 sayılı kanunla eklenmiştir. Ceza infaz tasarısından alınan⁷⁹ Hükümet Tasarısı'nın 470 ve 471. maddeleri ise TCK'ye alınmıştır (TCK m. 307/a, 307/b, 05.02.2003, 4806 sk.).

G. Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı

21.10.2003'den 12.05.2004 tarihine kadar yapılan çalışmalar sonunda Adalet Alt Komisyonu'nun⁸⁰ hazırladığı "Türk Ceza Kanunu Tasarısı", gerekçeleriyle birlikte 348 maddeden meydana gelmiştir.

⁷⁹ Bu tasarıyla ilgili ilk toplantı 22.01.2001 tarihinde yapılmıştır.

⁸⁰ Tasarayı hazırlayan Adalet Alt Komisyonu şu üyelerden teşekkül etmiştir: Hakkı Köylü (Alt Komisyon Başkanı, Kastamonu Milletvekili), Halil Özyolcu (Ağrı Milletvekili), Bekir Bozdağ (Yozgat Milletvekili), Feridun Ayvazoğlu (Çorum Milletvekili), Orhan Eraslan (Niğde Milletvekili). Alt Komisyona, Keskin Kaylan (Yargıtay üyesi), Doç. Dr. Ahmet Gökçen (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Doç. Dr. İzzet Özgenç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Doç. Dr. Adem Sözüer (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi), Zekeriya Yılmaz (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) ve Yusuf Solmaz Balo (Adalet Bakanlığı Tetkik Hakimi) danışmanlık yapmışlardır.

Hükümet Tasarısı, Alt Komisyon'da bütünüyle değiştirilmiştir.⁸¹ Böyle bir değişikliğe niçin ihtiyaç duyulduğunu Hükümet Tasarısı'nda olduğu gibi "*Genel Gerekçe*" bulunmadığından anlayamıyoruz. Ancak tespit edilen husus Alt Komisyon Tasarısı'nın yedi aydan kısa bir süre zarfında 58 toplantı yapılarak meydana getirilmiş olduğudur.⁸² Alt Komisyon'un kabul ettiği metnin henüz yeterince olgunlaştırılmadan Adalet Komisyonu'nda görüşülmesinin bir takım sakıncalı sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle Tasarı'ya ayrışık oy yazısını yazan Niğde Milletvekili Orhan Eraslan, Türk Ceza Kanunu'nun 78 yıldan bu yana ilk defa bütünüyle yeniden yazılma çalışmalarına girişildiğini,⁸³ bu tarihi fırsatın aceleye getirilmeden çok iyi değerlendirilmesi lüzumunu, hem teorik hem pratik uygulamaları bilmek gerektiğinden ceza yasası yapmanın çok zor olduğunu, her ne kadar Alt Komisyon'a bir Yargıtay üyesi ve üç ceza hukuku doçenti büyük bir özveri ve iyi niyetle danışmanlık yapmaktaysalar da bu katılımın Türkiye'nin tüm hukuk birikimini ceza yasasına yansıtılabildiğinin söylenemeyeceğini, tasarının hukuk çevrelerinde geniş bir biçimde tartışılmasının zorunluluğunu,⁸⁴ ceza yasalarının nitelikleri icabı sık sık değiştirilmemesi gerektiğini, kanunda gözden kaçan noktaların ileride önergeler yoluyla düzeltilmesinin arzu edilen bir durum olmadığını, bu bakımdan Alt Komisyon metninin hukuk çevrelerinde tartışılmasına⁸⁵ müteakip

⁸¹ Tasarı hakkına "*Ayrışık Oy*" yazısını kaleme alan Niğde Milletvekili Orhan Eraslan yazısında konuyla ilgili şöyle demektedir: "... *Hükümetçe hazırlanan tasarı bütünüyle Alt Komisyon tarafından değiştirilmiş ve yeniden yazılmıştır. Bir anlamda Alt Komisyon metni Alt Komisyon Tasarısına dönüşmüştür. Yani Hükümet Tasarısı ile uzak-yakın bir ilgisi bulunmamaktadır. Anlayış olarak da farklı bir şekilde kaleme alınmıştır ... Ancak 1987'den bu yana yapılan çalışmaların elimizdeki tasarıya yansıtıldığını söyleme olanağı da yoktur ...*". Bkz. Eraslan, Orhan, *Ayrışık Oy Yazısı*, in: Adalet Alt Komisyonu'nda Kabul Edilen Metin Türk Ceza Kanunu Tasarısı, s. 4.

⁸² *Hürriyet Gazetesi*, 13.05.2004.

⁸³ Bu ifadeyle Eraslan yukarıda belirttiğimiz daha önce yapılan tasarıları unutmuş gözüküyor.

⁸⁴ Alt Komisyon Tasarısı üzerinde yeterli tartışma yapılmadan bir an evvel mevcut metnin Adalet Komisyonu ve genel kurula sevk edilmesi düşüncesi Adalet Komisyonu Başkanı Zonguldak Milletvekili Köksal Toptan'ın bu satırların yazarlarından M. Emin Artuk'a gönderdiği yazıdan da anlaşılmaktadır. 07.06.2004 tarihli Adalet Komisyonu Başkanlığı'nın yazısına göre (Sayı: A.01.1.ADK.1465) görüşlerin 28.06.2004 tarihine kadar Komisyon'a bildirilmesi gerekmektedir.

⁸⁵ Maalesef Alt Komisyon Tasarısı hukuk çevrelerinde yeterli bir biçimde tartışılmadan Adalet Komisyonuna gönderilmiştir. Tesbit ettiğimiz kadariyle Gazi Üniver-

tasarının yeniden gözden geçirilerek Adalet Komisyonu'na sevkinin daha doğru olacağını, yeterli tartışma süreci yaşanmadan tasarı metninin genel kurula getirilmesinin daha da hatalı sonuçlara yol açacağını belirtmiştir.⁸⁶

Alt Komisyon Tasarısı iki kitaptan oluşmaktadır. Birinci kitap "*Genel Hükümler*" (m. 1-78), ikinci kitap ise "*Özel Hükümler*"e (m. 79-346) ayrılmıştır. Tasarı, ikinci kitabın dördüncü kısmının dokuzuncu bölümündeki "*Son Hükümler*" (m. 347-348) ile sona ermektedir.

Aşağıda Tasarı'daki bazı yenilikleri zikrettikten sonra değerlendirmeye geçeceğiz.

Hükümet Tasarısı'nı bütünüyle değiştiren, halen mevcut ceza sisteminde önemli değişiklikler yapan tasarının getirdiği bazı yeni düzenlemeler şu şekilde özetlenebilir:

Ceza Kanunu'nun amacının kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek olduğu (m. 1); idarenin

sitesi ve Türkiye Barolar Birliği'nin ortaklaşa düzenledikleri "*Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu (21-22.05.2004)*" ve Galatasaray ve Kültür Üniversitelerinin İstanbul Barosuyla gerçekleştirdikleri "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı (25.05.2004)*" haricinde komisyon üyeleri, Üniversiteler ve Yargıtay üyelerinin birlikte katıldıkları bilimsel toplantılar da yapılmamıştır. Üzülerek belirtelim ki bu toplantılarda ileri sürülen görüşler de, Alt Komisyon'un bilimsel danışmanları tarafından göz önüne alınmamıştır. Böylece Komisyon danışmanlarından birinin eski tasarı hakkında ileri sürdüğü "... bu tasarı hazırlanırken birçok hukuk fakültesi görüş bildirmiştir ama kaale alınmamıştır. Ortada bir aldatmaca var, biz herkesten görüş istiyoruz diyorlar ama görüş bildirince de dikkate alınıyorlar. Yine ken'li bildiklerini okuyorlar" şeklindeki eleştiriyi gerektiren davranışı bizzat kendilerinin de yapması dikkat çekicidir. Bkz. Sözüer, Adem, Ortaçağa Gitmeyelim, in: *Sabah Gazetesi*, 03.11.2003 nüshası (röportaj).

⁸⁶ Eraslan, Ayrışık Oy Yazısı, s. 5; Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Tayfun Akgüner de "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*" konulu bilimsel toplantının açılışında yaptığı konuşmada, ivedilikle ve yeterince tartışma yapılmadan ceza kanununun çıkarılmasının yerinde olmadığını, AB'ye tam üyelik için önümüzde 10 ya da 15 yıllık bir süre bulunduğunu, bu süre zarfında tartışarak, bilimsel verileri ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alarak çağdaş ve çağcıl bir ceza kanunu çıkarabileceğimizi, çok iyi düşünerek ve üzerinde ciddi bilimsel çalışmalar yaparak ceza kanununu hazırlamamız gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. Akgüner, Tayfun, "*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*" konulu bilimsel toplantının açış konuşması, 25.05.2004 İstanbul, s.2 (Yayımlanmamış konuşma).

düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı (m. 2/2); ceza kanunlarının yorumunda kıyas yapılamayacağı (m. 2/3); ceza veya güvenlik tedbirinin suçun ağırlığıyla orantılı olarak hükmedileceği (m. 3/1); ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, cinsiyet vs. ayrımcılığı yapılamayacağı ve hiç kimseye ayrıcalık tanınmayacağı (m. 3/2); tam ve eksik teşebbüs ayırımının kalkması (m. 35); kabahatlerin ceza kanunundan çıkarılması (bkz., m. 2, 45 gerekçeler); asli ve fer'i ceza⁸⁷ ayırımının kalkması (m. 45 gerekçe); gün para cezası sisteminin kabulü (m. 52); tüzel kişiler hakkında ceza değil, güvenlik tedbirinin uygulanabileceği (m. 20/2, 61); hafif hapis cezasının kalkması (bkz., Hükümet Tasarısı m. 63); evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında ayırım yaratan "*yeni doğan çocuğu öldürme*" hükmüne (krz. Hükümet Tasarısı m. 139) yer verilmemesi; irza geçme, irza tasaddi, söz atma, sarkıntılık ibarelerinin kaldırılarak yerlerine "*cinsel saldırı*" (m. 105), "*çocukların cinsel istismarı*" (m. 106) terimlerinin konulması; evlilik içinde cinsel saldırı fiilinin ceza yaptırımına bağlanması (m. 105/2); "*organ ve doku ticareti*" (m. 94), "*eziyet*" (m. 99), "*dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi*" (m. 123), "*çevrenin kasten*" (m. 183) - "*tak-sirle*" (m. 184) kirletilmesi, "*imar kirliliğine neden olma*" (m. 186) gibi yeni suçlara yer verilmesi.

a. Tasarı'nın Genel Hükümlerine (m. 1-78) İlişkin Değerlendirmeler

1. Tasarı'nın 1. maddesinin 1. cümlesinde ceza kanununun amacının kişi hak ve özgürlüklerinin, kamu düzen ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığı ve çevrenin, toplum barışının korunması, suç işlenmesinin önlenmesi olduğu belirtilmiştir. Bu cümle 01.01.1997 tarihinden itibaren yürürlükte olan Rus Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 1. bendinden alınmıştır.⁸⁸ Karşılaştırmalı hukukta bildiğimiz kadarıyla

⁸⁷ Tasarı'nın 45. maddesinin gerekçesinde asli ve fer'i ceza ayırımının kaldırıldığı belirtilmişse de, "*belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" başlığını taşıyan 53. madde bugün fer'i ceza olarak nitelendirilen yaptırımları düzenlemiştir.

⁸⁸ Strafgesetzbuch der Russischen Föderation. Deutsche Übersetzung von Friedrich - Christian Schroeder und Thomas Bednarz. Einführung von Friedrich - Christian Schroeder, Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung CVIII, Freiburg im Breisgau 1998.

Rus Ceza Kanunu'ndan başka bir kanun "*ceza kanununun amacı*" na yer vermemiştir.⁸⁹ Madde komünist yönetimden vazgeçerek demokratik bir toplum olma çabası içine giren bir düzen bakımından anlamlı ve önemli olabilir. Ancak laik ve demokratik bir Cumhuriyet olan ve bu husustaki temel prensipleri ve çerçeveyi Anayasası'yla belirtmiş bulunan Türkiye Cumhuriyeti Devleti bakımından (Bkz., 1982 Anayasası m. 2) bu hususların ayrıca ceza kanununda yeniden vurgulanması kanaatimizce yerinde değildir. Tüm kanunların üstünde temel ilkeleri koyan Anayasaya kanunların aykırılığı düşünülemez. Bu bakımdan tasarıda böyle bir hükmün varlığına gerek bulunmamaktadır. Bu yolun açılması bundan sonra çıkarılacak yasal düzenlemelerde öncelikle bu nitelikteki bir hükmün yer alacağını akla getirmektedir.

Ayrıca Tasarı'nın 1. maddesinin 1. cümlesi, bazı yanlışlık ve eksiklikler içermektedir. Nitekim bu cümlede ceza kanununun görevinin suçların işlenmesini önlemek olduğu vurgulanmıştır. Suçların işlenmesini önlemek "*önleyici değil bastırıcı bir işleve*" sahip olan ceza kanunlarının görevi değil⁹⁰ cezanın amacıdır. Ortada işlenmiş veya işlenmesine teşebbüs edilmiş bir suç varsa ceza kabul edilen düşünceye göre geçmişe veya geleceğe yönelik olarak toplumsal hoşnutsuzlukları müeyyide altına almada kullanıldığı gibi, faili gelecekteki suçlardan korumayı da hedefler. Rus Ceza Kanunu'nun "*ceza kavramı ve cezanın gayesi*" başlıklı 43. maddesi tasarıya alınsaydı bu hata yapılmayacak ve cezanın amacının suç işlenmesini önlemek olduğu belirtilecekti. Maddede korunan amaçlar arasında sadece bazı bölümlerin -örneğin, kamu sağlığının ve çevrenin korunması- sayılması bir eksiklik teşkil etmektedir. Her suç bir hukuki menfaatin korunması amacıyla ihdas edildiğinden bütün bölüm başlıklarının maddede yer alması gerekirdi. Bu da mümkün olmadığından yukarıda belirtilen nedenlerle Tasarı'nın 1. maddesinin metinden tamamen çıkarılmasını teklif ediyoruz.

⁸⁹ Ancak Komünist rejimin geçerli olduğu zamanlarda örneğin 1961 şekliyle Macar (m. 1), 16.03.1968 Bulgar (m. 1), 28.11.1961 Çekoslovak (m. 1) Ceza kanunları ceza kanununun amacına yer vermişlerdir.

⁹⁰ Bkz., Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan, Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Gözlemler, TC Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Başkanlığı'na gönderilmek üzere DEÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı'na 28.06.2004 tarihinde sunulan rapor, s.2.

2. Tasarı'nın "*suçta ve cezada kanunilik ilkesi*" başlıklı 2. maddesinin 3. fıkrası, kıyas yasağını ve suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağını ifade etmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturan kıyas yasağına tespit edebildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta birçok kanun⁹¹ yer vermemiştir. Çoğunluktan ayrılan Rus CK 3. maddesinin 2. fıkrası "*ceza kanununun kıyasen uygulanmasına müsaade edilemez*" ve Fransız CK 111-4 maddesi ise "*ceza kanunu dar yorumlanır*" hükmünü getirmişlerdir. Fransız müelliflerden Leclerc⁹² 111-4'ü şerh ederken "*dar yorum hakimnin kanun metninin gerçek amacını ve kanun koyucunun maksadını araştırmasını engellemek değil, Nazi Almanya'sı Ceza Kanunu'nun öngördüğü gibi kıyas yapmasını önlemek anlamına gelir*" demektedir. Kıyas yasağı kanunilik ilkesinin (Bkz., Tasarı m. 2/1) bir sonucudur. Bu bakımdan 2. maddenin 3. fıkrasında ayrıca kıyas yasağına yer verilmesi kanaatimizce lüzumsuzdur. Doktrinde giderek yaygınlık kazanan bir görüşe göre fail lehine kıyas mümkündür.⁹³ Tasarı'nın 2. maddesinin 3. fıkrasının bu şekilde düzenlemesi tartışmalı olan lehe kıyas yapılmasını da engellemektedir.⁹⁴ Kanaatimizce 2. maddenin 3. fıkrasının tasarıdan çıkarılması yerinde olacaktır.

3. "*Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi*" başlıklı tasarının 3. maddesi, ceza ve güvenlik tedbirinin işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı hükmedileceğini (fıkra 1), ceza kanununun uygulamasında kişiler arasında ayırım yapılamayacağını ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmayacağını (fıkra 2) belirtmektedir. Hemen ifade edelim ki ceza miktarının tespitinde sadece fiilin ağırlığı değil ayrıca kusurun derecesi de göz önüne alınır (krz. TCK m. 29/son). Nitekim Tasarı'nın 22. maddesinin

⁹¹ Örneğin 10.03.1987 şekliyle Alman, 01.01.1990 şekliyle Avusturya, İsviçre, 01.09.1998 Polonya, 01.07.2001 şekliyle Danimarka Ceza Kanunları'nda kıyas yasağına ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu bakımdan Tasarı'nın 2. maddesinin 3. fıkrasının gerekçesindeki "*yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir*" ibaresine katılmak mümkün değildir. Gerekçeyi kaleme alanlar sadece Fransız Ceza Kanunu'na yollama yapmaktadırlar. Sormak gerekirse, Rus ve Fransız Ceza Kanunları dışında kıyas yasağına yer veren diğer kanunlar hangileridir? Bkz. Alt Komisyon Tasarısı, s.8.

⁹² Leclerc, Henri, *Lenouveau code pénal*, Paris 1994, s.29.

⁹³ Jürgen Baumann-Ulrich Weber, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, Bielefeld 1985, s.160-161.

⁹⁴ Tezcan-Erdem, Rapor, s.3.

4. bendinde “*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuru-na göre belirlenir*” hükmü yer aldığı gibi, “*cezanın belirlenmesi*” başlıklı 62. maddenin f bendinde de failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı”nın temel cezanın tespitinde göz önüne alınacağı vurgulanmıştır. Bu bakımdan 3. maddenin 1. fıkrasındaki “... *failin ağırlığıyla orantılı ...*” ibaresine “*kusur*” sözcüğünün de eklenmesi ve böylece ifadenin “... *kusur ve failin ağırlığıyla orantılı ...*” şeklinde değiştirilmesi gerekir. “*Adalet ilkesi*” başlıklı Rus CK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasından alınan bu fıkranın kanaatimizce “*Adalet İlkesi*”yle de alakası yoktur. Cezanın belirlenmesine ilişkin 62. maddede yer almalıdır.

3. maddenin 2. fıkrası herkesin kanun önünde eşit olduğunu ve hiçbir gerekçeyle kişiler arasında ayırım yapılamayacağını öngörmüştür. Bu fıkra da “*kanun önünde eşitlik*” ilkesini düzenleyen Rus Ceza Kanunu’nun 4. maddesinden alınmıştır. Bildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta Rus Ceza Kanunu’ndan başka bu anayasal ilkeye yer veren başka bir kanun yoktur. Bu esas çok eski zamanlardan beri temel hukuki düzenleme ve sözleşmelerde ifadesini bulmuş ve 1982 Anayasası’nın 10. maddesinin 1. fıkrasında “*herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*” ibaresiyle güvence altına alınmıştır. Türkiye uluslararası alanda da bu konuya yer vermiş ve pek çok sözleşmeye taraf olmuştur. 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun’un 7. maddesi ile Anayasa’nın 90. maddesinde yapılan düzenleme milletlerarası sözleşmelere üstünlük tanınması sonucunu doğurmuştur. Hal böyleyken kanun önünde eşitlik ilkesinin yeniden ceza kanununa konulmasının gereği bulunmamaktadır. Böyle genel hukuk prensiplerinin somut yansımaları elbette ki ceza hukuku alanında da sonuç doğuracaktır. Yukarıdaki nedenlerle fıkranın kaldırılmasını teklif ediyoruz.

4. Tasarı’nın 5. maddesi “*özel kanunlarla ilişki*” başlığı altında “*bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*” hükmünü öngörmektedir. Bu hükmeye göre özel kanunlarda -örneğin, teşebbüs, zamanaşımı, erteleme gibi konularda- ceza kanunun genel hükümlerinden farklı düzenlemelere gidilemeyecektir. Suçun özelliği gereği özel ceza kanunları veya ceza içeren kanunlarda ayrı bir düzenleme yapma olanağını kaldıran ve

ileride öngörülemeyen sakıncalar yaratma olasılığı bulunan bu hükümün⁹⁵ Tasarı'dan çıkartılması düşüncesindeyiz. Alt Komisyon Tasarısı'nda "özel kanunlarla ilişki"nin düzenlendiği 5. madde, kanunun uygulanması ile ilgili olduğundan maddeye –eğer madde mutlaka tasarıda bırakılacaksa– Tasarı'nın "temel ilkeler ve tanımlar" bölümünde değil, "kanunun uygulama alanı" bölümünde yer verilmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

5. Karşılaştırmalı hukukta bazı ceza kanunları⁹⁶ tanımlara yer verirler. Tanımları ait oldukları yerlere koyan ve dolayısıyla tanım maddesini öngörmeyen kanunlar da⁹⁷ vardır. Alt Komisyon Tasarısı'nın 6. maddesi, tanımlara yer vermiştir. Ancak Tasarı'da yer alan pek çok kavram ve anlamları (örneğin Türk kara ve hava sahaları m. 8; milli, etnik, ırki, dini grup m. 79; bilimsel bir deney, tedavi amaçlı deneme m. 93; eziyet m. 99; atom enerjisi m. 175) 6. maddede yer almamıştır. Bu durum suç ve cezada kanunilik, yasaların açık olması gibi temel olan ceza hukuku prensipleriyle çelişir niteliktedir. Tasarı da bazı kavramlar da (örneğin, kast m. 21/1; olası kast m. 21/2; taksir m. 22/2; bilinçli taksir m. 22/3; iftira m. 269/1) ilgili oldukları maddede tanımlanmıştır. Ayrıca bazı kavramların (örneğin, itiyadı suçlu, suçlu meslek edinen kişi) tanım maddesinde yer almalarına karşılık, diğerlerinin ilgili oldukları kısımda bulunmalarının (örneğin, bileşik suç m. 42) açıklaması da yapılamamaktadır. Bu gerekçelerle tanım maddesine lüzum olmadığı kanaatindeyiz.

6. Suçun nerede işlenmiş sayılacağı konusu "yer bakımından uygulama" başlıklı Tasarı'nın 8. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Tasarı'da fiilin hangi anda işlenmiş sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye ise rastlanmamaktadır. Bu bakımdan fiilin işlendiği anın icra-i veya ihmali hareketin yapıldığı an mı yoksa neticenin gerçekleştiği zaman

⁹⁵ Nitekim 1998 Polonya CK'nın 116. maddesi, bu kanunun genel hükümlerinin ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağını belirttiikten sonra meğer ki bu kanunlar genel hükümlerin uygulanamayacağını açıkça ifade etsinler demektedir. Bkz. Das polnische Strafgesetzbuch. Deutsche Übersetzung und Einführung von Ewa Weigend. Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung CXII, Freiburg im Breisgau 1998.

⁹⁶ Örneğin, Alman CK m. 11; Avusturya CK m. 68-74; İsviçre CK m. 110; İspanyol CK m. 24-26; Polonya CK m. 115.

⁹⁷ Örneğin 1930 İCK

mı olduğu konusu tartışmalı olarak kalmaya devam edecektir. Karşılaştırmalı Hukukta Alman CK m. 8, “Bir fiil fail veya şerikin hareketi yaptığı veya ihmali halinde hareketi gerçekleştirmesi gerektiği anda işlenmiş sayılır. Neticenin gerçekleştiği zamana bakılmaz” diyerek fiilin ne zaman işlenmiş sayılacağıyla ilgili bir düzenlemeye yer vermiştir. Alman CK’ye benzer bir hükmün Tasarı’da da yer almasını teklif ediyoruz.⁹⁸

7. Hükümet Tasarısı’nun 6. maddesinin 2. fıkrasından alınan Tasarı’nun 8. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, “Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır” hükmüne yer vermekle mesafe suçlarında karma teoriyi kabul etmiştir. Ancak fıkra ihmali veya iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ne zaman Türkiye’de işlenmiş sayılacağı sorusunu cevapsız bırakmaktadır.⁹⁹ Karşılaştırmalı hukukta “fiilin işlendiği yer” başlıklı Alman CK’nun 9. maddesi, “fiil, failin hareketi gerçekleştirdiği veya ihmali halinde hareketi yapmakla yükümlü olduğu veya kanuni tipteki neticenin meydana geldiği veya neticenin gerçekleşmesini istediği yerde işlenmiş sayılır” (f. 1) “iştirak, fiilin işlendiği yerde gerçekleştiği gibi şerikin hareketi yaptığı veya ihmali halinde hareketi yapmakla yükümlü olduğu veya tasavvuruna göre fiilin işlenmesinin gerektiği yerde vuku bulmuştur. Dış ülkede işlenen bir fiile ülkeden iştirak edilmişse fiil, işlendiği yer hukukuna göre cezayı gerektirmese dahi iştirak hakkında Alman Ceza Hukuku uygulanır” (f. 2) diyerek yukarıdaki soruları cevaplayan ayrıntılı bir hükme yer vermiştir.¹⁰⁰ Kanaatimizce bu şekilde bir hükmün tasarı tarafından kabulü yerinde olacaktır.

8. Tasarı’nun 9. maddesinde Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türkiye’de yeniden yargılanacağı kesin bir dille istisnasız olarak ifade edilmiştir.

⁹⁸ Aynı doğrultuda Tezcan-Erdem, Rapor, s. 5.

⁹⁹ Tezcan-Erdem, Rapor, s. 5.

¹⁰⁰ Karşılaştırmalı hukukta bu derece ayrıntılı olmayan kanunlara da rastlanmaktadır. Örneğin İsviçre CK’nun 7. maddesinin 1. fıkrası “bir cürüm veya cünha hem failin hareketi gerçekleştirdiği, hem de neticenin meydana geldiği yerde işlenmiş sayılır” demektir. Aynı maddenin 2. fıkrası “bir teşebbüs, hem failin hareketi yaptığı, hem de tasavvuruna göre neticenin meydana gelmesini istediği yerde işlenmiş sayılır” hükmünü taşımaktadır. 1930 İtalyan CK’nun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre “icra-i veya ihmali hareket kısmen veya tamamen ülkede işlendiği veya ihmali veya icranın neticesi ülkede gerçekleştiği takdirde suç ülkede işlenmiş sayılır”.

Yabancı ülkede yargılanan ve hakkında hüküm verilen bir kimsenin, Türkiye’de tekrar yargılanması, aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama (non bis in idem) kuralına aykırı olur. “Non bis in idem” sadece iç hukuk kuralı değildir. Nitekim uluslar arası bazı sözleşmelerle, özellikle evrensellik kapsamında kabul edilen suçlara ilişkin olarak yabancı ülkelerde yapılan yargılamaların kabul edileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Dolayısıyla bu nitelikte bir sözleşme Türkiye tarafından onaylandığında iç hukuk normu haline geleceğinden ve Anayasa 90 gereği iç hukuk düzenlemesiyle çelişkili olması halinde sözleşme üstün sayılacağından 9. maddenin kesin ifadesi de ortadan kalkmış olacaktır. Bu nedenle hükümde istisnaya yer verilmemiş olması kanaatimizce yerinde değildir.

9. Tasarı’nın 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, geri verme talebine esas teşkil eden fiil, düşünce suçu veya siyasi ya da askeri suç niteliğinde ise, geri verme talebi kabul edilmez. Tanımlar maddesinde (m. 6) yer almayan “düşünce suçu” kavramından ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Bu bakımdan sorunlar doğurabilecek nitelikte olan “düşünce suçu” kavramının Tasarı’dan çıkartılmasını teklif ediyoruz. Tasarı’nın 18. maddesinin 2. fıkrası vatandaşın geri verilemeyeceği kuralını içermektedir. Ancak Anayasa’nın 38. maddesinin son fıkrasında 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu uluslararası sözleşmelerle vatandaşın yabancı bir ülkeye verilebileceği öngörülmektedir. Böylece sözleşmeyi onaylayan devletin bu kurala uyma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bakımdan Tasarı’nın 18. maddesinin 2. fıkrası Anayasa ile bağdaşmadığından fıkranın Anayasaya uygun bir biçimde yeniden kaleme alınmasını teklif ediyoruz.

10. Tasarı’nın 21. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi, “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işleme halinde, olası kast vardır” diyerek olası kastı tanımlamıştır. Madde gerekçesinde olası kastla ilgili bazı örneklerde (otobüs sürücüsünün kırmızı ışıkta yoluna devam edip yayalara çarpması ve onların ölümüne veya yaralanmalarına neden olması, düğün evinde havaya ateş edenlerden birinin alkolün etkisiyle yere ateş edip ölümüne sebebiyet vermesi) verilmiştir. Hemen belirtelim ki oldukça karışık ve anlaşılmaz ifadeler içeren bu fıkrada olası kast olarak tanımlanan husus kanaatimizce bilinçli taksirdir. Diğer bir deyişle bilinçli taksirin

tanımının yapıldığı fıkra da buna olası kast denilmiştir.¹⁰¹ Gerekçede verilen örnekler de, neticenin istenip istenmediği açık bir şekilde ortaya çıkmadığından bilinçli taksire ilişkin misallerdir. Kanaatimizce taksirin bir çeşidi olan bilinçli taksirde kastta olduğu gibi neticenin öngörülmesi söz konusudur. Bu açıdan bilinçli taksirle, olası kast arasında bir benzerlik, yakınlık vardır. Ancak bilinçli taksirde fail genel olarak öngördüğü hukuka aykırı neticenin meydana gelmesini istemez ve gerçekleşmemesi için gerekeni yapar. Örneğin kalabalık caddede süratli araç kullanan şoför, genel olarak bir kimseye çarpabileceğini öngörür, düşünür, ancak somut olayda kendi maharetine güvendiğinden bu neticenin oluşmayacağına inanır, gerçekleşmesini de istemez. Nitekim zararlı sonucun gerçekleşme ihtimalinin varlığını kabul ettiği anda, hareketi yapmaktan, arabayı sürmekten vazgeçer. Oysa ki, olası kastta fail hareketinin hukuka aykırı netice meydana getirebileceğini öngördüğü halde, eylemine devam eder. Diğer bir ifadeyle ciddi olarak neticenin gerçekleşebileceğini mümkün gören fail onu kabullendir (Bkz. Avusturya CK m. 5/1). Olası kastta hareket eden şoför “*çarparsam çarparım*” diye düşünür. Bu iki kavram arasındaki fark işte buradadır. Kısaca netice öyle veya böyle gerçekleşse de hareket edeceğim diyen fail olası kast içindedir. Tasarı'nın 2. fıkrasının 2. cümlesi olası kastla hareket edenin cezasını indirmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta olası kast halinde ceza indiriminin kabul edildiğine rastlanmamaktadır. Uygulama bakımından büyük sorunlar doğurabilecek nitelikteki 21. maddenin 2. fıkrasının tasarıdan çıkarılmasını teklif ediyoruz. Son olarak bu madde Tasarı m. 4 ve m. 30 ile çelişki halindedir. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ve hukuki hata hallerine ilişkin çelişkiler mevcuttur. Söz konusu düzenlemeler ceza hukuku teorisiyle bağdaşmamaktadır, yanlıştır.

11. Tasarı'nın 32. maddesinin 2. fıkrasında kısmi akıl hastalarına uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde tercih edilen oranlar oldukça fazladır. Bu tip suçluların tecrit edilmesi isteği söz konusu gibidir.

12. Tasarı m. 35, teşebbüs halini düzenlemektedir. Eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır. Bu esasları dikkate alacak ve yarım kal-

¹⁰¹ Aynı kanaat için bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü, s. 9 (Yayınlanmamış rapor).

miş bir suçta ceza verecek olan hakimdir ve bu açıdan takdir yetkisi söz konusu olacaktır. Bu konudaki takdir yetkisinin çok iyi denetlenmesi gereklidir. Aksi halde failerin işledikleri fiiller, nitelik ve ağırlıkları dikkate alınmadan keyfi bir şekilde değerlendirilebilecek ve benzer olaylarda farklı cezalara hükmetmek söz konusu olabilecektir. Öte yandan teşebbüste ayırım yapmamakla birlikte gönüllü vazgeçmeyi ayrıca düzenlemek ne kadar doğru olmaktadır, bu da tartışılır.

13. Tasarı m. 36, gönüllü vazgeçmeyi düzenler. Maddenin devamında “...kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse...” denmektedir. Bu durum teoride belirttiğimiz faal nedamettir (etkin pişmanlık) ve gönüllü vazgeçmeden farklıdır. Dolayısıyla madde başlığı ve içerik birbiriyle uyumsuzdur. Kurumlar, kavramlar birbirine karıştırılmıştır.

14. Tasarı m. 38 azmettirmeden bahsetmektedir. Ancak “azmettiren” kavramına ilişkin bir tanım metinde bulunmamaktadır.

15. Tasarıda fer’i failiğe yer verilmemiş olmakla birlikte aynı kurum, yardım etme esasıyla (Tasarı m. 39) birlikte yeniden düzenlenmiş durumdadır. Oldukça kazuistik olan yeni düzenlemenin eskisinden daha yerinde olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir.

16. Tasarı’nın 43. maddesi zincirleme suç adı altında müteselsil suçu karışık bir yapıda düzenlemiştir. Farklı mağdurlara karşı, farklı zamanlarda aynı suç işleme kararıyla gerçekleştirilen eylemler bu düzenleme dolayısıyla müteselsil suç sayılmayacaktır. Oysa müteselsil suçta failin suç işleme kararındaki birlik esastır. Bu nedenle düzenleme, müteselsil suç mefhumunun bu özelliği dikkate alınarak sade bir anlatımla yeniden yazılmalı ve sadece mala karşı suçlarda tatbiki mümkün kılınmalıdır.

17. Tasarı’da fer’i cezalara yer verilmemiştir. Bunun yerine “emniyet tedbirleri” altında bugün fer’i ceza olarak nitelendirilen yaptırımlar düzenlenmiştir. Tasarı’nın “güvenlik tedbirleri” başlıklı ikinci bölümü dokuz maddeden oluşmaktadır.

Tasarı’nın 53. maddesinde “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” tedbirine yer verilmiştir. Maddenin sadece 5. fıkrası işlenen suçla bağlantılı olarak suçlunun tehlikelilik halini engellemeye matuftur.

Birinci fıkrada sadece hapis cezasına mahkumiyet, beş bent halinde sayılan yoksunluklara uğramak için yeterli kabul edilmiştir. Burada mahkumiyetin kanuni sonucu olarak bu yoksunluklar zikredilmiş, ancak söz konusu yoksunlukların hapis cezasının infazı müddetince geçerli olduğu ifade edilmiştir. İfade edelim ki, erteleme ve şartla salıverme ihtimali haricinde (f. 3) zaten hapis cezasının doğal sonucu olarak hükümlü bu haklardan istifade edemez. Ceza mahkumiyetinin neticeleri (TCK'da düzenlendiği şekilde) mahkumiyetle birlikte hüküm doğurur ama sonuçları infazdan sonra başlar. Mahkumiyetin doğal sonuçları, ceza mahkumiyetinin neticesi olarak bir tedbirmiş gibi anlatılmaktadır. Ayrıca işlenen suçla hiçbir irtibatı olmadan bu tedbirlere yer verilmesi, hapis cezasının süresinin dikkate alınmaması, emniyet tedbirleri tehlikeliliği önlemeye matuf olduğuna göre, emniyet tedbirlerinin ruhuna aykırıdır.

Tasarı'nın 54. maddesinin 2. fıkrasında "*eşyanın ... başka bir surette imkansız kılınması halinde ...*" denmektedir. Bu ifade ile ne kastedildiği anlaşılamamaktadır.

Tasarı'nın 55. maddesinde kazançların müsaderesine yer verilmiştir. Bu hüküm yerindedir. Ancak ekonomik bazı suçlarda (örneğin dolandırıcılık beş bin gün, m. 160) gün para cezasının biriminin yüksek belirlenmesi, kazançların müsaderesine yer verilen sistemde genel müsadere anlamına gelen sonuçlar doğurur. Bu çağdışı bir uygulamadır.

Tasarı'nın 56. maddesinde düzenlenen çocuklara özgü emniyet tedbirlerinin Çocuk Ceza Hukuku'na ilişkin Yasa'da yer alması doğru olurdu.

59. maddede tekerrür kurumu bir emniyet tedbiri olarak düzenlenmiştir. Burada tekerrür cezanın artırılması değil, infaz şeklinin değişmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu aşamada infaz kanunu çıkmadığından sonuçlarının ne olacağını bilmiyoruz. Ayrıca basit tekerrür ile suçu itiyat haline getirmek, meslek edinmek aynı sonucu doğurmaktadır (m. 59/9). Bu da tehlikelilik esasına aykırı bir düzenlemedir. Yine kasten adam öldürme, kasten yaralama, yağma ve dolandırıcılık gibi suçlar açısından uluslararası tekerrür kabul edilmiştir. Diğer suçların

kapsam dışı tutulması ve bu suçlara böyle bir özellik atfedilmesinin nedeni anlaşılammamaktadır.

Tasarı'nın 60. maddesinde sınır dışı edilme tedbiri bakımından işlediği suç nedeniyle, ceza sorumluluğu olmayan yabancı uyruklu çocuğun derhal başka bir güvenlik tedbirine gerek olmaksızın sınır dışı edilmesine karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu tedbirin hakimın takdirine bırakılması yerinde değildir.

18. Tasarı'nın yaptırım sistemine bakıldığında, cezalar oldukça arttırılmış ve ceza aralıkları büyük oranlarda genişletilmiştir. Tasarıda yer alan "Adli para cezası" (Tasarı m. 52) kişiler için büyük yoksunluklar -genel müsadere boyutunda- doğurabilecek niteliktedir. Oysa bu durum cezaların şahsiliği prensibine aykırıdır. Çünkü fail yanında ailesi de bu durumdan zarar görebilecektir.

19. Tasarı'nın 62. maddesinin 4. fıkrasında; "...daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi..." ifadesi yer almaktadır. "Daha az cezayı gerektiren nitelikli hal kavramı" net değildir, ne anlatmak istediği anlaşılammamaktadır.

20. Tasarı'nın 76. maddesinde uzlaşma kurumuna yer verilmiştir. Bu müessese, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda düzenlenmelidir.

b. Tasarı'nın Özel Hükümlerine (m. 79-346) İlişkin Değerlendirmeler

1. Tasarı m. 84, kasten öldürme suçlarını düzenlemektedir. Madenin 2. cümlesi suçun "ani" kararlarla işlenmesi halinde verilecek cezayı daha az olarak öngörmüştür. Bu durum toplumumuzda "Töre cinayetleri" olarak adlandırılan ve aile facialarına neden olan hallerde indirim yapılmasını sonuçlayacak niteliktedir. Ayrıca işlenen eylemin ani bir kararlarla olduğu konusunda sanığa bir ispat yükü yüklenmiş vaziyettedir. Bu nedenlerle hükmün yeniden düzenlenmesi zaruridir.

2. Tasarı m. 86, teoride ifadesini bulan ihmal suretiyle icra suçlarını düzenlemektedir. Ancak bu durum sadece adam öldürme suçları bakımından öngörülmüş ve oldukça karışık ve bulanık ifadelerle

yazılmıştır. Başka suçlar için öngörülmemiş olması ve ifade tarzıyla uygulamalarda sorunlar çıkartabilecek şekildedir.

3. Tasarı m. 87, “İntihar”ı düzenlemektedir. Ancak bu hüküm azmettiren diğer faillerle eşit ceza öngörmektedir. Oysa azmettirmenin anlatıldığı Tasarı m. 38’de, azmettiren için diğer faillerden daha fazla ceza öngörülmektedir. Dolayısıyla iki hüküm bakımından çelişki ortaya çıkmaktadır.

4. Tasarı’nın 89. ve 90. maddelerinde kasten yaralama suçu düzenlenmiştir. Hükümler doyurucu ve anlaşılır değildir ve ayrıca “...basit tıbbi müdahale...” kavramı uygulamada bilirkişilik kurumuna dosyaların gitmesine sebep olacak bulanık bir kavramdır. Basitliğin ölçüsü konusunda açıklık yoktur.

5. Tasarı’da bağımsız suç tipleri olarak eziyet (m. 99), işkence (m. 98), kasten yaralama (m. 89) eylemlerine yer verilmiştir. Bu suç tiplerinin birbirinden farkı anlaşılammamaktadır. Eziyet başlıklı suç tipinin hangi eylemi yaptırma bağladığını anlamak imkansızdır.

6. Tasarı m. 100, “Terk” suçunu düzenlemektedir. Maddenin 2. Fıkrası, terk sonucunda mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme; hastalanması halinde ise; kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Bu hal failin kastını ve dolayısıyla da sorumluluğunu değiştiren bir durumdur. Kişiyi baştan itibaren taşımadığı bir kasttan sorumlu tutmak söz konusudur. Oysa ortada netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç vardır ve ancak söz konusu suçun basit hali için belirtilen cezanın arttırılması hali öngörülmelidir.

Ayrıca kasten yaralama suçu (Tasarı m. 89-90) sonucunda ölüm meydana gelmesi halinde, terk sonucu ölümün meydana gelmesine oranla daha az ceza öngörülmüştür. Dolayısıyla bu da çelişkili bir durumdur.

7. Tasarı m. 93 ile insanlar üzerinde deney yapılması olanaklı hale gelmektedir. Ancak şartları tıbbi mevzuatlarla bağlantılı değildir. Kişilerin sağlığını tehlikeye düşürebilecek böyle bir uygulamanın şartlarının daha ayrıntılı düzenlenmesi gereklidir. Hayvanlar üzerinde bu amaçlarla yapılan deneylerin başarılı olması esası da öngörülmelidir. Ayrıca bu yol açıldığında buna başvuran uzman kişiler sonuç başarısız

olduğunda ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmamalıdır. Oysa hüküm bu tür sonuçları doğuracak niteliktedir. Bu ise, tıbbi gelişmelerin önünü keser mahiyettedir.

8. Tasarı'nın 105. vd. maddelerinde yer alan "*cinsel saldırı*", "*çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış*" gibi kavramlar geniş ve bulanıktır. Oysa ceza kanunları açık, anlaşılır ve net olmalıdır.

9. Tasarı m. 124; ayrımcılık suçunu düzenlemiştir. Bu hüküm anti laik uygulamalara zemin hazırlayacak mahiyettedir.

10. Tasarı'nın 127. maddesinde sövme ve hakaret eylemleri aynı yaptırıma bağlanmıştır. Mevcut yasadaki sövme ve hakaret suçları arasındaki ayrımı kaldıran bu düzenleme yerinde değildir.

11. 149. maddede hırsızlık suçunda zaruret hali hukuka uygunluk sebebine yer verilmiştir. Halbuki Tasarı'nın 25/2. maddesinde zaten zaruret hali düzenlenmiştir. Hırsızlık suçuna ilişkin hüküm, her suçta sanki böyle bir düzenleme yapılmış olması gerekir gibi bir sonuç doğurmaktadır.

12. Tasarı m. 228 ile müstehcen yayınların nasıl ve ne şekilde satılacağı, gösterileceği vb. esaslar ayrıntılı olarak düzenlenirken; maddenin devamında, bu tip ürünleri satanların, ihraç edenlerin depolayanların ve diğer fiillere karışanların cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme çelişkilerle doludur. Tasarı'yı hazırlayanların hangi eylemi, niçin, ne suretle yaptırıma bağladıkları anlaşılammaktadır.

13. Tasarı'nın 254. maddesi "*Rüşvet Suçunu*" düzenlemektedir. Burada "*hangi eylemin*" rüşvet sayılacağı belirtilmemiş, rüşvet alan ve verenin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin 5. fıkrasında da, sanki yukarıda rüşvetin tanımı yapılmış gibi, uluslar arası alanda yapılan bazı işlemler bakımından da "*bunlar da rüşvet sayılır*" gibi bir tanım maddesine yer verilmiştir. Rüşvetin tanımının yapılmadığı, basit rüşvet, nitelikli rüşvet ayrımının kaldırıldığı Tasarı düzenlemesi, soyuttur, kanunilik ilkesine aykırıdır, yolsuzluklarla mücadeleyi etkisiz hale getirmek üzere kaleme alınmış gibidir. Tasarı'da tanımlanmayan rüşvet suçu gerekçede tanımlanmakta ve burada da "*basit rüşvet*"-in suç sayılmayacağı belirtilmektedir. Ülkeyi yolsuzluk cenneti haline getirecek bu düzenlemeyi kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca yasa

gerekçeleri kanun değildir, kanunda yazması gereken hususları gerekçede kanun değerinde ifade etmek yanlıştır. Böyle bir düzenleme tarzı ceza hukukunda yoktur.

14. Tasarı'nın 308. maddesi düşünce hürriyeti bakımından kabul edilemez, "temel milli yarar" kavramı her anlama gelebilecek soyut bir ifadedir. Bu hüküm, uluslararası alanda pek çok yükümlülüğümüze aykırı nitelik taşımaktadır ve özellikle düşünce suçları bakımından sorunların çıkmasına sebep olabilecek niteliktedir.

SONUÇ

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Hükümet Tasarısı adı verilen Türk Ceza Yasası Tasarısı, Adalet Bakanlığı'nca, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlığında öğretim üyeleri, Yargıtay ve Askeri Yargıtay üyeleri, savcılar, yargıçlar, avukatlar ve Adalet Bakanlığı bürokratları ve diğer uzmanlardan oluşturulan Komisyon tarafından güç koşullarda özverili bir çalışmayla 15-20 yıl süren bir zaman sürecinde hazırlanmıştır. Oluşturulan tasarı metni bütün barolara, üniversitelere, Devlet kuruluşlarına ve başta Yargıtay olmak üzere Askeri Yargıtay'a, Danıştay'a gönderilerek görüşlerinin yazılı olarak bildirilmesi istenmiştir. Gelen bütün görüşler Tasarı'yı hazırlayan Komisyonca, Yargıtay'ın Özel Ceza Daireleri'nden üyelerin de katılımıyla değerlendirilmiş ve 2000 Türk Ceza Yasası Tasarısı meydana getirilmiştir.

2000 TCK Tasarısı, 12.5.2003 tarihinde Başbakan Recep Tayip Erdoğan tarafından Hükümet Tasarısı olarak TBMM'ye gönderilmiştir. TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda bu Tasarı, 7 ay -58 toplantı yapılarak- önemli ölçüde değiştirilmiştir. Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen ve bugün kanunlaştırılmaya çalışılan Tasarı'ya bakıldığında genel hatları ile; suçların oldukça kazuistik bir şekilde düzenlendiği (örneğin, zaruret haline yer verilen Tasarı'da, hırsızlık suçuna ilişkin kısımda da zaruret halinin ayrıca düzenlenmesi gibi), hürriyeti bağlayıcı cezaların tespitinde basamaklar arasının açıldığı, para cezalarının kaynak alınan yabancı kanunlarla mukayese edilmeyecek ölçüde fazla tayin edildiği (gerçekten Tasarı, para cezalarında gün para cezası sistemini yerinde olarak benimsemiş, ancak kazanç müsadresi-

ne yer verilen bir sistemde, 5000, 10000 gün gibi para cezası miktarları belirleyerek genel müsadereye neden olabilecek bir durum meydana getirmiştir), Tasarı'nın cezalar sistemi bakımından bu haliyle cezanın amaçları açısından kefarete, korkutma (genel önleme) ve toplumdan uzaklaştırmaya (özel önleme) ağırlık verdiği, hükümlerin kaleme alınmasında bırakın vatandaşları, uygulamacıların ve hatta ceza hukuku teorisyenlerinin bile anlamakta güçlük çekeceği bir dil kullanıldığı (örneğin, m. 30) görülmektedir.

Bu nedenle uzun bir zaman dilimi içerisinde çok geniş katılımlı bir komisyon tarafından özveriyle bir çalışma sonucunda hazırlanan tasarı'nın, kendi içindeki düşünce tutarlılığı bozulmuştur. Düşünce tutarlılığını sağlayarak, sağlıklı bir yasanın yapılabilmesi için; 2000 Tasarısı'nı hazırlayan komisyon üyeleri ile Adalet Alt Komisyonu'na katılan uzmanlar tarafından, yeterli bir süre içerisinde tasarı'nın yeniden değerlendirilmesi ve uygun bulunan görüşlere göre gerekli düzeltmelerin yapılması gerekir. Aksi halde ileride düzeltilmesi olanaksız sakıncalar ortaya çıkacaktır.

Ceza Yasası, Medeni Yasa gibi ülkenin temel iki yasasından biridir. Bundan dolayı değiştirilmesi güç ve kalıcı bir yasa olduğu için hukuk açısından yaşamsal bir önem taşımaktadır.

Takdir buyrulur ki, temel yasa olan Türk Ceza Yasası Tasarısı'nı, nesnel ve kapsamlı olarak değerlendirebilmek için, her bir hükmün ayrı ayrı ve birbirleriyle karşılaştırılarak derinlemesine bir mukayeseli hukuk ve yargısal görüşlerin süzgecinden geçirilerek incelenmesi gerekir. Bu ise çok uzun zaman ister. Bizlere verilen bu kadar kısa bir zaman sürecinde, kavramsal bilgiler, yargısal görüşler ile başta yürürlükteki yasayı aldığımız İtalya ve Avrupa ülkelerindeki düzenlemeleri gözeterek, tasarı hakkında görüş bildirilmesi olanaksızdır.

TBMM Adalet Alt Komisyonu'nca hazırlanan Tasarı'nın, yukarıda açıkladığımız biçimde, yeterli bir zaman süreci içinde, öğretim üyeleri ve uygulayıcılardan özellikle Yargıtay Özel Ceza Daireleri'nin her birinden en az bir üyenin katılımıyla oluşturulacak bilimsel bir komisyonca tüm maddelerin tek tek incelenerek gözden geçirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Sonuç olarak denilebilir ki;

Suç politikası çerçevesinde cezalandırma ya da cezalandırmama konusunda kurallar koyma yetkisi yasa koyucuya aittir. Ancak, bu yetki kullanılırken hukuk devleti ilkesinin gereği olarak da adalet ve hak duygusuna uygunluk ölçüsü gözetilmelidir. Aksi halde, bazı düşüncelerle, bir an önce çıkarma kaygısıyla, söz konusu tasarı tam olgunlaştırılmadan yasalaşacak olursa, ceza adaletinin, giderilmesi mümkün olmayacak sorunlarla karşı karşıya kalacağı muhakkaktır.

TCK TASARISI ÜZERİNE NOTLAR

LLM. JSD. Mustafa Tören YÜCEL*

*Gün be gün yaşanan o hatırayı
Unutup bir yana atmak olmaz ki
Gönül yarasına yoksa ilacı,
Tarihe boşuna çatismak olmaz ki...
Hicâz, Avni Anıl*

TBMM Adalet Alt Komisyonu'nca hazırlanan Türk Ceza Kanunu Tasarısı üzerine mimari yapısı bakımından Birinci Kitabı'ndaki "Genel Hükümler" de yer alan düzenlemelere ait sorgulamalara aşağıdaki incelemede yer verilmiştir.

Tasarı'nın "Temel İlkeler ve Tanımlar" bölümünün 1. maddesinde ceza kanununun amacına yer verilmiştir. Şöyle ki,

Ceza kanununun amacı

Madde 1: 1. Ceza Kanununun amacı, kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için, ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.

Metinde birden çok amaç yer almasına karşın tek amaçtan söz edilmesi Türk dili ile uyumsuzluğu ötesinde ceza hukuku öğretisinde yer alan kavram paketlerine örneğin "hukuk devleti" ne yer verilmesine karşılık gelecek elli yıla damgasını vuracak yeni Tasarı'da¹ özgün ve millî nitelikte felsefi bir yaklaşımın yakalanmadığı belirtilebilir. Öte

* Çankaya Üniv. Hukuk Fak. Hukuk Sosyolojisi ve Hukuk Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı.

¹ Adalet Komisyonu Başkanı Köksal Toptan'ın söylemi-21/5/2004 Gazi Üniversitesi Mimar Kemaleddin Salonu, Ankara.

yandan, mevcut ceza hukukunun işleyişi üzerine ne türden ampirik-sosyolojik araştırmalar yeni bir Türk Ceza Kanunu'na işaret etmektedir. Sorun 4616 sayılı Af kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un gereği gibi uygulanmamasından kaynaklanan ve ceza yaptırımlarının etkisizliğine/adaletsizliğine odaklanan kamu oyu tepkisinde kristalize olmaktadır. Soruna salt ceza kanunu (suçlar ve ceza yaptırımlarıyla) penceresinden bakmak ceza hukuku ile toplumsal normlar arasındaki ilişkiyi yadsımak olacaktır. Araştırmaların önerdiği üzere, kişilerin hukuka uyarlı davranış sergilemelerinde cezai yaptırım tehdidinin rolü az; buna karşın (1) hukuka karşı geldiklerinde buldukları sosyal grubun tepkisi ile (2) kişilerin kendilerini doğru şey yapmak isteyen ahlaki varlık olarak görmelerinin etkisi ise daha fazladır. Bu nedenle, soruna kriminolojik olduğu kadar ceza usul enstrümanlarıyla da yaklaşmak ve ultimatio ilkesine odaklanmak önem kazanmaktadır. Bu ilkenin açılımına aşağıda değinilmektedir.

Bu konuda temel sorun ceza kanununun aşağıda belirtilen amaca etkili bir şekilde nasıl hizmet edebileceğidir? Bu etkinliğe işaret eden göstergeler nelerdir? Bu konuda yukarıda anılan tespit çalışmaları yapıldı mı? Böyle bir tespit yapılmadı ise, yeni bir dogmatik enstrümana gereksinme duyulmasını nasıl açıklayacaksınız? Yoksa yaratılmak istenilen bir illüzyon mu? Veya daha kesin çizgilerle ceza adaletinin şimdiye kadar yarattığı da bir illüzyon olup; toplum için yeni bir illüzyon yaratılarak eskisi ile ikame edilmesi mi amaçlanmakta? Diğer bir anlatımla yeni bir sosyal psikoloji oyunu mu sahnelenmek istenmektedir? Gerçekte kanunlar, onlara uymamayı alışkanlık haline getirenlerin yüzüne beton gibi patlamalıdır.

Ceza kanununun amaçları arasında "*suç işlenmesini önlenmeye*" yer verilmekte ise de, ceza kanunu olmasa zaten suç olmayacağı için bu amaca yer verilmesi nasıl açıklanabilir? İşte başlangıçta hata ile malul olan bu Tasarı'nın mimarisinde kriminolojik ve hukuk sosyolojisi konularının göz ardı edildiği görülmektedir.

Almanya'da ceza hukuku'nda cezalandırılabilirliğin esaslı sınırlaması için hukuki yarar ve cezanın ultima-ratio işlevi kavramları kullanılmaktadır. Cezanın kullanılmasının kamusal tepkilerin ultimatio-su olarak esasen gerekli olup olmadığı irdelenmeli ve daha yumuşak araçların -medeni vs tepkilerin- yeterli olması halinde ceza hukukuna başvurulmaktan sakınılmalıdır.

Amerikan Model Ceza Kanunu'nda şöyle bir çerçeve önerilmektedir:

Suçların tanımını düzenleyen hükümlerin genel amaçları:

a. Bireysel veya kamusal menfaatlere (yararlara) haksız ve mazretsiz esaslı zarar verici veya tehdit eden davranışı yasaklamak ve önlemektir (s.1.01(1)).

Alman ceza hukuku teorisi de benzer bir başlangıç noktası sergilemektedir: Bir bireysel ve kolektif Rechtsgüter seti. Hukuki yarar kavramı birincil kurallar tarafından tanınmış-değerli bir durum veya hukuken korunmaya değer (ve korunan) bir yararı ifade etmektedir: Örnek olarak hayat, vücut bütünlüğü, özgürlük, mülkiyet ve sermaye, kanunların uygulanmasına ilişkin belirli fonksiyonlar, belirli çevre kurumları vs gösterilmektedir. Diğer bir anlatımla nesnel olarak önemli yararların ihlaline veya onlara karşı tehdidine karşı korunma söz konusu olmaktadır. Bu mülahazaya ek olarak ceza hukukunun işlevsel olarak cezalandırma yoluyla mağdurun nefret ve öç alma duygusuna da hizmet ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Alman teorisyenleri ceza hukuku yalnızca ciddi zararlı davranışlara karşı en son çare olarak başvurulması görüşündedirler ultima-ratio. Bu tür sınırlamanın kendisi enstrümental bağlamda gerçekleştirilebilir: Yalnızca mahkum olan ve cezalandırılanları değil; fakat kolluk soruşturmasına tabi tutulan veya yargılanıp beraat edenleri de kapsamaktadır. Sonuçta zarar ve yarar aritmetiği, oldukça ciddi zararı önleme açısından olası yegane yöntem olmadıkça ceza hukuku'nun tercih edilmemesi gerektiğine işaret etmektedir.

"Ultima-ratio ilkesi" yanında ceza hukukuna egemen olan diğer ilkelerin en temelli olanları da "kanunilik ilkesi" ile "kusur ilkesi" dir.

Kuşkusuz, ceza hukuku pragmatik bakış açısından, toplumun düzenli işlevi ve düzenin korunmasını geliştirmeye odaklanmalıdır (Walker 1980: 18, Devlin 1965: 5). Bu doğrultuda kolektif veya paylaşılan iyiliklerle insanların varlık ve bireysel gelişmeleri için gerekli önkoşulları sağlamak amaç değer olmaktadır. Ne var ki, ceza kanununa egemen olması değerleri yansıtan gerekçelere tanık olamadık.

TCK Tasarısı'nda yaptırımlara özgü benimsenen ilkelere değinilmemiş ise de, ceza bilimi bağlamında şu ilkelere yer verilmektedir:

1. Halkın korunması,
2. Suç faillerinin cezalandırılması: yaptırımın suçlara uyarlı olmasının sağlanması (oranlılık ilkesi),
3. Potansiyel faillerin suç işlemekten kaçınmaları,
4. Suçluların bazı hallerde toplumdan uzaklaştırılarak yeni suç işlemekten alıkonulmaları (nötrleştirme/incapacitation),
5. Suçluların iyileştirilmesi kadar mağdur zararının giderilmesidir.

Ceza normları ile mahkemelere, belli koşullar yerine getirilmediğinde takip edecekleri eylemler vaz edilmektedir (örneğin hükmedilecek ceza yaptırımları) (Bkz., Hart 1994: 35-38, Kelsen üzerine). Bu nedenle, normların düzenlenmesinde anlaşılır olması/açıklık ilkesi de temel ilkeler arasında yer almalıdır. Fazlaca yorum gerektirici terim ve kavramlardan kaçınılması gerekirken, Tasarı'da bunun da göz ardı edildiği görülmektedir.

Ceza hukukunun amacı sulh ve güven içinde adil bir toplum olmak yolunda katkıda bulunmak üzere, bireye ve topluma ciddi zarar veren veya tehdit içeren davranışlara karşı (yasaklama ve yaptırımları içeren) normlar ve usullerle, dürüst yargılama ilkelerine uyarlık içinde uygun bir şekilde baş edebilmeyi sağlamaktır. Bilinçli taksir muhtemelen bu işlevi görecektir(!?).

Ceza sorumluluğunun şahsiliği

Madde 20: 1. Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Kusur ilkesi Türk Ceza Hukuku'nun önemli bir unsurudur.

2. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.

Ceza sorumluluğu şahsidir demekle "şahsi" mi olmaktadır? Suçlunun ailesi ve yakınlarına vaki etki nedeniyle bu varsayım geçerli

değildir. Önemli olan alınacak sosyo-ekonomik tedbirlerle bu etkiyi olabildiğinde hükümlü kişiye indirgemek siyaseti benimsenmelidir. Öte yandan, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz mantığını da anlamak kolay değildir. Avrupa Birliği Hukuku ile Alman Hukuku'nda da bu yol benimsenmiş ve tüzel kişilere karşı cezai nitelik taşımayan para yaptırımları ön görülmüştür.

Ceza Siyasetinin Eleştirisi

Ükelere özgü geliştirilen ceza siyaseti eleştiriden yoksun değildir. Örneğin; İngiltere'de ekseri bilginlerce, siyasetin insicamsız ve irrasyonel olduğu belirtilmiştir: King ve Morgan (1980) Hükümetin cezavlerine bakış açısının bütünlükten ve eşgüdünden yoksun olduğu eleştirisini getirirken, Rutherford (1984) cezaevi krizinin ana nedeni olarak; hürriyeti bağlayıcı cezaya başvuru konusunda, ana ilkelerin olmayışına değinmiş, Ashworth (1983) ceza siyasetinin gelişigüzel ve eşgüdünden yoksun olduğu eleştirisini getirmiştir. Tarihsel analizlerde bulunan David Garland ve Victor Bailey (1987) ise ceza siyasetinin insicamsız olduğunu belirtmişlerdir. Aynı türde eleştiriler Türk Ceza Sistemi için de geçerlidir. 1965 yılına kadar süregelen sistemde cezaların ağırlığı ve zaman içerisinde (özellikle 1953 değişikliği ile) daha da ağırlaştırılması egemen olmuş (Gölçüklü); yasa koyucu, suçları "*korutma*" yoluyla önlemek istemiştir (Lopez Rey).² Penolojik gerçekler ise bu beklentinin sonuç vermediğini göstermektedir.

Adalet istatistiklerine göre, ceza adaleti sisteminde "*faili meçhul dava*" sayısı ve "*aşınma*" olgusunun kabarıklığı ile rasyonellikten yoksunluk hiçte pragmatik bir siyaset kollamadığımızı göstermektedir. Öte yandan kolluk güçleri ve savcıların kurallardan bazılarına ağırlık vermeleri geniş şekilde kabul görmekte; her iki ajan grubunun belli suçlara karşı kavuşturma başlatmaları ve diğerlerini göz ardı etmeleri sonucu ceza hukuku'nda yer alan bazı suçları cezalandırmayı ret ettiklerine de tanık olunmaktadır. Bu ajanlardan kolluk güçlerinin de facto

² Bkz., N. Kunter, "25 Cumhuriyet yılının ceza tarihçesi" İst., *Barosu Dergisi*, 1948, Sayı 10; F. Gölçüklü, *Türk Ceza Siyaseti*, Ank. 1966; M. Lopez-Rey, *Türkiye'de Suçluların İslahı*, Ank. 1965; N. Centel, "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi", Prof. T. Tufan Yüce'ye Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını) İzmir 2001 s.353.

ayrıştırılmaları aksine Cumhuriyet Savcılıkları evresinde “yeterli kanıt” ölçütü dışında ayrıştırma ve ayıklama işlemine elveren enstrümanların olmayışı veya kolaycı yaklaşımla açılan kamu davaları özellikle metropol ceza mahkemeleri iş yükünde enflasyona sebebiyet verildiği için ceza adaleti sisteminin hantallaştığına tanık olunmaktadır. Siz bu hantal sistemle en mükemmel ceza kanununu dahi sanallaştırabilirsiniz.

Hukukta etkinlik ve işlevsellik açısından dogmanın açıklanmasında tarihin yerinin oldukça az, buna karşılık yasayla istenilen sonuçlar ile onları arzulamanın nedenleri üzerine enerjinin yoğunlaştığı çalışmalara odaklanacağımız zamanı oldukça arzulamaktayız. Ceza kanunu da bu bağlamda irdelenmeli ve sorgulanmalıdır. Bu ideale yönelik bir adım olarak her avukat ekonomi anlayışına sahip olmak için uğraş vermelidir. Ekonomi siyasetinin bugünkü konumunda yasamanın sonuçlarını, onları elde etme vasıtalarını ve bedelini düşünerek ve tartarak değerlendirmek gerekmektedir. Bu doğrultuda başkaca şeyler için bazı şeyleri terk etmek gerektiğini öğrendiğimiz gibi kaybettiğimiz avantaja karşılık kazandığımız avantajı koymayı ve seçim yaptığımızda ne yaptığımızı bilmeyi öğrenmeliyiz.

Belli bir kanun’un etkili olmamasının nedenleri arasında;

- Sosyal yaşam ve alanları hakkında bölük börtük bilgi sahibi olmak, bu durum adli kararlardaki isabetsizliğin olgusal belirsizlikten kaynaklanması gibi.

- Yasa koyucu tarafından kabul edilen olguların gerçek olgulardan farklı olabileceği hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir. Yasaları etkisiz yapan bu türden uyumsuzluklar, gözlemlerdeki hatalar veya yasa koyucunun elde ettiği bilginin seçiminden kaynaklanabilmektedir. Kuşkusuz, olgusal saptamadaki hatalar hiçte istenilen türden değildir. Kuşkusuz, uygulamada, bu kusurlar dışlanamaz.

Bu düşünceler ışığında yeni Türk ceza tasarılarının (1989/1997/2004) oluşturulması sürecinde yapılan tartışmaların nüteliği düşündürücü gelmektedir. Bir örnek olarak hâkimlerce cezaların nasıl saptandığına (belirlendiğine) değinmek istiyorum. Bu konuyu düzenleyen ve yürürlükte olandan hiçte farklı olmayan 1997 Tasarısı’ndaki hükümlere aşağıda yer verilmiştir:

Madde 78: Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

Kanunun belirli bir oran çerçevesinde cezayı artırıp eksiltmeyi emrettiği yerlerde mevcut olan ağırlatıcı veya hafifletici sebepler nazara alınmaksızın, o fiil hakkında ne ceza tayin edilecekse, artırma veya indirme de o ceza üzerinden icra olunur.

Birden çok sebep bir araya gelmiş olursa artırma veya eksiltme, ondan evvelki artırma ve eksiltme sonucu olan ceza miktarı üzerinden yürütülür.

Bir araya gelen sebeplerden bazıları artırmayı ve diğerleri eksiltmeyi gerektirecek olursa önce artırmakla işe başlanır.

Bütün hallerde suçlunun yaşı, akli durumu, takdire bağlı hafifletici sebepler ve tekerrür, bu sıra izlenmek suretiyle en sonra nazara alınır.

Ceza artırılır veya eksiltilirken, kanun'un özel biçimde belirttiği haller saklı olmak üzere, her ceza nevi için belirli olan sınır aşılamaz.

Muvakkat cezalar, gün, ay ve yıl hesabıyla uygulanır. Bir gün yirmi dört saat; bir ay otuz gündür. Yıl resmi takvime göre hesap edilir. Muvakkat cezalar için bir günün, para cezaları için bin liranın küsuru hesaba katılmaz ve cezalar infaz edilmez

Temel cezanın tayini

Madde 79: Hâkim, iki sınır arasında temel cezayı, suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman ve yer, fiilin diğer özellikleri, zararın veya tehlikenin ağırlığı, kastın veya taksirin yoğunluğu, suç sebepleri ve saikleri, failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışı gibi hususları göz önünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler. Takdirin sebepleri kararda mutlaka gösterilir.

Adalet Alt Komisyonu (2004) Tasarısı'ndaki hükümler ise şöyledir:

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi

Cezanın belirlenmesi

Madde 62: 1. Hâkim, somut olayda (StGB Section 46)

- a. Suçun işleniş biçimini,
- b. Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c. Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d. Suçun konusunun önem ve değerini,
- e. Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f. Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını
- g. Failin güttüğü amaç ve saiki,

göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

2. Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

3. Birinci fıkrada belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz (StGB Section 46, 3).

4. Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.

5. Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile, takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

6. Hapis cezası'nun süresi, gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmî takvime göre he-

sap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk Lirasının arta kalanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

7. Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.

Yürürlükteki TCK 29. maddenin son fıkrası ve 1997 yılı Tasarısı'ndaki 79. madde düzenlemesi oldukça iyi formüle edilmiş iken, yenisini biçimlendirmenin mantığı algılanamamıştır. Temel cezanın saptanmasında yer alan faktörler arasında Fransa Ceza Kanunu'ndaki "kamu düzenini sarsma derecesi"ne yer verilmediğinden belli bir suçta örneğin "kapkaç" suç olgusundaki artış nedeniyle cezanın alt sınırı üstünde bir ceza verilemeyecektir. Bu sakıncayı gidermek üzere anılan fıkraya sekizinci faktör olarak "kamu düzenini sarma derecesi" (importance du trouble social) eklenmelidir.

Öte yandan, üçüncü fıkradaki hükmün ne derece tutarlı olduğu aşağıdaki açıklama karşısında irdelenmelidir. Şöyle ki, ağırlaştırıcı nedenler/saikler, genelde suç tanımlarında yer almamaktadır. Suç tanımları, genelde söz konusu yanlış davranışı yalnızca tanımaya yönelik gerekli minimumu belirleme şeklindedir. Bir suçun bizatihi varlığı, yasaklanan şeyin yapılmaması nedenini oluşturmaktadır. Bir suçun işlenmesindeki ağırlaştırıcı saik ise, yasaklanan şeyi yapmamak için beliren ve sorumluluğu gerektiren, yasanın suç normunda dayandığı nedenlere eklenecek bir diğer neden olarak belirlemektedir. Yürürlükteki TCK 450. maddesinde sayılan nedenler bu türdendir. Suç tanımına bunların da ithal edilmesi arabaya beş veya daha fazla tekerleğin eklenmesi anlamına gelecektir.

Genelde cezaların özelde "temel cezaların tespiti" konusu Komisyonlarda görüşülürken cezanın amaçları hakkında oldukça farklılık gösteren felsefi görüşler karşısında nasıl bir yol takip edilmesi gerektiği acaba tartışıldı mı? Tartışılırdı, üyelere bazılarınca, suçlunun hak ettiği cezayı görmesi (just deserts)-suçlu davranışın şiddeti itibarıyla derecelendirilmesine dayalı yaklaşımın benimsenmesi istenecekti. Şimdiye dek suçların şiddet itibarıyla derecelendirilmesine elveren rasyonel bir sistem üzerinde görüş birliğinin sağlanmadığı göz önüne alındığında ise, farklı suçların derecelendirilmesi hakkında Komisyon üyelerinin farklı görüş sahibi olması kaçınılmaz olacaktı. Komisyonun

diğer üyelerince önleme modelinin (deterrence) kullanılması dile getirildiğinde ise, bu yaklaşıma özgü esaslı sorunların olduğu; değişik ceza yaptırımları ile suçların önlenmesini ilişkilendiren ampirik kanıtlar olmadığı gibi Komisyon üyelerinin, önlemenin cezalandırmanın amaçlarını sağlayabileceği konusunda görüş birliğine varması ihtimali de çok zayıf olacaktı. Öte yandan, önlemeye dayalı yaklaşımın "hak ettiği cezayı alması" yaklaşımından daha geçerli olacağı da henüz kesinlik kazanmamıştır. İşte bu belirsizlikler ortamında, hükmedilen cezalarda haklı görülemeyecek türde farklılıkları gidermek üzere bir görüş birliği ve rasyonelliğe elverecek bir sistem getirilemeyeceğinden mevcut uygulamayı yasallaştırma yoluna başvurulmuştur, kanısındayım. Mevcudu korumak yerine rasyonel bir sistem oluşturma yolu seçilemez miydi? Yapmak isteseler de, acaba bunu normlaştırabilme ve aynı ölçüde uygulayabilme olanağı olacak mıydı? Şimdi yukarıda da değinilen cezanın amaçlarını bir kere daha yenileyelim: Cezanın amaçlarından önleme, nötrleştirme, iyileştirme ve hak ettiği cezayı vermeden ilk üçü açıkça yararcı nitelikte gelecekteki işlenecek suçları önlemeyi hedeflerken; geçmişte işlenmiş bir eyleme hak edilen cezanın verilmesi, gelecekteki suçları önleyip önlemeyeceğine bakılmaksızın bizatihi değerli bir son olarak görülmektedir. Geleneksel uygulama bu dört amacın her birini göz önüne alan bir ceza yaptırımı oluşturulmasıdır. Gerçek ise şudur, yaptırıma özgü gelecekteki suçlardan arınmaya yönelik yararcı- alternatif amaçların, suçlunun hak ettiği cezayı görmesi amacı ile uyumlaştırılmayacağıdır.

Öte yandan Yargıtay Ceza Daireleri üyeleri arasında tüm suçları derecelendirip sıralamaları istenildiğinde birbiriyle örtüşecek iki yanıt bulunabileceğinden kuşku duyulmalıdır. Bu konuda fazla becerikli olmadığımızı belgelemek üzere Yargıtay Ceza Daireleri'nce kıymet tayinine dair görüşlerine ilişkin listede "fahiş" terime verilen farklı değer dağılımına aşağıda yer verilmiştir:³

³ Yargı Mevzuatı Bülteni (4 Mart 2003) Sayı 201 s.79

Ceza Dairesi	Fahiş (TL)
3	500.000.000+
4	1.600.000.000+
6	1.500.000.000+
8	3.000.000.000+
10	1.500.000.000+

Cezanın bireyselleştirilmesi sürecindeki adli takdirin sadece ceza mekanizmasında katı genel hukuk kurallarınca mümkün olan dereceden fazla suçlular arasında ayırım oluşturabilme girişimi olarak algılanmalıdır. Ne var ki, tasarıda bu kavramın dejenere edildiğine tanık olunmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri

Madde 63: 1. Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir.

2. Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, failden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir (StGB Section 46, 1). Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

İlerde "Ceza Yaptırımlarının Etkinliği-Feed Back ilişkisi" kısmında irdelendiği üzere indirim nedeni olarak "cezanın failin geleceği üzerinde olası etkilerini" saptamaya elverişli tahmin cetvelleri geliştirilmediğinden akılcı olmak yerine hâkimlerin sezgilerine dayalı bir değerlendirme olacak ve teknik açıdan oldukça farklı uygulama örneklerine tanık olunacaktır.

Akıl Hastası Suçlular ve Cezai Sorumluluk

Sorumluluk; insanın, davranışlarını kontrol ile çeşitli davranış biçimleri arasındaki seçim yapabilme yeteneğine dayalı olarak geliştirilen bir kavramdır. "Kusursuz ceza olmaz." Görülen odur ki, seçme

yeteneği olmasına karşın insan görevini yerine getirmediğinde ceza adaletinde yer alan yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır.⁴

Akıl hastası suçlular bakımından incelendiğinde ise sorumluluk kavramı beraberinde şu soruları gündeme getirmektedir:

- Felsefi: Kişinin seçim yapabilme ve kendi işlerini yürütebilme hürriyeti ne ölçüdedir?
- Hukuki: Kişinin sorumsuzluğu veya sorumluluğun azaltılması söz konusu olabilir mi?
- Psikiyatrik: Çeşitli türdeki patolojik durumların nasıl tanımlanabileceği ve bunların suçlu davranışa olan etkisinin (nedensellik niteliği) ne olduğu?
- Kriminolojik : Suç işlemiş kişinin tehlikelilik derecesinin nasıl belirleneceği?

Ayrıca akıl hastası suçlunun “tehlikelilik hali” gibi kesinlik göstermeyen durumlara dayalı gereksinme duymadığı bir tedavi türüne tabi tutulması riskine karşı haklarının nasıl güvence altına alınacağı sorusu da yer almaktadır.

Nedensellik İlişkisi

Ekseri ceza kanunlarında, “sorumsuzluğun” veya “azaltılmış sorumluluğun” belirlenmesinde, akıl hastalığı ile suç olan fiil arasında kronolojik bir bağlantı bulunması yeterli görülmemiş; bunlardan birinin en azından kısmen de olsa diğerlerinin sebebi olduğunun gösterilmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu türden nedensel ilişki, fiilin işlendiği zaman suçlunun akıl hastalığı veya toksik şuur bulanıklığı durumunda realite ile temasının kesilmesi halinde güvenle ortaya konulabilir. Akıl hastası kişiler tarafından işlenen bu tür fiiller genellikle belirgin bir saikten yoksun olmakla beraber; mevcut akli patolojinin ürünü olarak açıklanabilecek garipliktedir.

⁴ M. T. Yücel, “Amerikan Ceza Hukuku’nda Cezai Mesuliyet ve Akıl Maluliyeti”, *Adalet Dergisi*, S. 56/5-4 (Mayıs-Haziran 1965), s. 678-687.

Sayıları oldukça kabarık diğer hallerde ise, nedensel ilişkinin varlığı açık değildir:⁵ fiilin işlendiği andaki hastanın akli durumunun yeniden inşa edilmesi ile sonraki müşahede, fiille nedensel bir ilişkiye inandırıcı bir biçimde işaret etmemektedir. Bu durum ekseriya kronik depresyon, nevrotik sıkıntı veya kişilik bozukluğu örneklerinde söz konusu olmaktadır.

Çoğu kanunlar, nedenselliği değerlendirme güçlüğünü sınırlamak amacıyla hâkim ve uzmanları, fiilin işlendiği andaki psikolojik işlevi değerlendirmeye yöneltmişlerdir.

Ceza hukuku alanındaki sorumluluk için anlama yeteneğine sahip olmak gereklidir. Türk Ceza Kanunu'nda dahil olduğu ekser kanunlarda sorumluluk bakımından irade kapasitesinin de irdelenmesi şarttır.

Bu bağlamda, yukarıda değinildiği gibi, bazı durumlarda suçun işlendiği andaki suçlunun akli kapasitesini değerlendirmek ve fiille bağlantısını kurmak mümkündür. Psikiyatr, suçlunun durumu ve fiili nasıl görmüş olabileceğini; vuku bulan sonucu ne ölçüde bekleyebileceğini; rahatlıkla hata yapıp yapamayacağını; ve fiilin veya eylemin illegal olduğu bilincine sahip olup olmadığını da anlatabilir. İrade kapasitesini (serbestçe karar verme veya tayin etme yeteneğini) değerlendirmek ise oldukça zordur. Uzman kişi esas itibariyle, fiilin işlendiği anda suçlunun kafasından geçen kişisel dinamikler arasındaki ilişkiyi yeniden oluşturmaya girişecek; arzular ile kişinin kendini kontrol etme arasındaki dinamik etkileşimi ve düşüncenin nasıl olup ta karara yöneldiğini değerlendirecektir. Bir tür "*girift nitelikli psikolojik sonuç*" olarak tanımlanabilecek iradeyi, mahkemeye sunulacak raporda, kesinlik derecesine varan türde normal veya patolojik olarak yorumlamak ekseriya risklidir. Çünkü, normal, kapasite ve sorumluluk deyimlerinin tatminkar bir tanımını vermek mümkün değildir. Bu

⁵ Türkiye'de suçlulardan kaçında bu "insanity" defisinin kabul gördüğü ile bunların akıl hastalığı türlerinin neler olduğu bilinmemektedir. Bu bağlamda "*nedensellik*" konusu da eleştiriden uzak değildir. Hastanın davranışları ile sanığın davranışları örneğin şizofren adlandırılan bir tür davranışlar ile suçlar olarak isimlendirilen diğer türden davranışlar vardır. Diğer bir anlatımla iki tür davranışın aynı şahısta birlikte bulunması bir neden sonuç ilişkisi olarak görülmemelidir. Kuşkusuz, nedensel bir ilişki olmaksızın bir müslüman kişi hırsızlık suçunu işleyebilir; yine aynı şekilde bir kişi, şizofren ve gaspçı olabilir. İki davranış türü nedensel bir ilişkiye işaret etmeksizin varlık gösterebilir. Diğer bir anlatımla davranış davranışa neden olmaz.

nedenle de, ceza hukuku'ndaki toplumu koruma kuramı gereği hangi tür yaptırımın hangi suçlu için yeterli olduğunun belirlenmesiyle yetinmelidir. Nitekim, İsveç ve Belçika Hukuku'ndaki uygulama bu yöndedir. İlgili ülkelerin kanunları bakımından, kişinin normal veya anormal, sorumlu veya sorumsuz olarak sınıflandırılması bir sonuç doğurmamaktadır. Bu ülkelerde, yetişkin kişilerin cezai sorumluluğu sorunu söz konusu değildir. Sistemde mevcut olan cezalar ile hastane bakımı gibi diğer tedbirlere önleme amacıyla başvurulmaktadır. Bu duruma açıklık getirmek amacıyla İsveç Ceza Kanunu hükmüne aşağıda yer verilmiştir:

“Kişi akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya akıl hastalığı derecesinde düşünülmesi gereken yoğunlukta akıl anormalliği etkisiyle suç işlediğinde, özel bakıma alınma veya ikinci paragrafta belirtilen hallerde para cezası veya gözetimli erteleme dışında diğer bir yaptırıma hükmedilemez. Sanığın ilerde suç işlemesini önleme amacına hizmet edeceği saptandığında para cezası uygulanabilir. Durumlar göz önüne alınarak özel bakımdan daha uygun olduğuna inanıldığında gözetimli erteleme uygulanabilir” (İsveç Ceza Kanunu, Bölüm 33, Kısım 2). Görülen odur ki, bu yasal düzenleme çerçevesinde, bireysel suçlu için hangi yaptırımın yeterli tedaviyi içermekte olduğunun cevaplandırılması gerekir.

Türk Ceza Hukuku bakımından ise; kişinin sorumluluğu şuur ve irade serbestisine bağlanmış olup; bu yaklaşım Ceza Kanunu Öntasarısı'nda korunmuş ise de, bilinç ve hareket serbestisi deyimleri tanımına her iki metinde yer verilmemiştir. 2004 Tasarısı'ndaki yaklaşıma ileride değinilecektir.

Psikopatolojik ve Normatif Ölçüt

Avrupa ülkelerinin çoğunda cezai sorumluluk bakımından benimsenen ölçüt psikopatolojik ve normatif yöntemdir. Bu yaklaşımda, belirli akıl hastalığı veya bozukluğu tespit edilmekte; ve sonra da mahkemece akıl hastalığının, suçlunun fiilin niteliğini bilme kapasitesi ile davranışını kontrol edebilme kapasitesi üzerindeki etkisi araştırılmaktadır. Cezai sorumluluğa değgin bu yöntem Almanya (Alman Ceza Kanunu Madde 20), Portekiz (Portekiz Ceza Kanunu Madde 20, no 1),

Danimarka (Danimarka Ceza Kanunu Madde 16, kısım 1), Hollanda (Hollanda Ceza Kanunu Madde 37, kısım 1j, Avusturya (Avusturya Ceza Kanunu Madde 15), İtalya (İtalyan Ceza Kanunu, Madde 85, Kısım 2 Madde 88), İsviçre (İsviçre Ceza Kanunu, Madde 10), Yunanistan (Yunan Ceza Kanunu Madde 34), İngiltere (M'Naughten Kuralı ile Adam Öldürme Kanunu'na göre azaltılmış ceza sorumluluğu) ve Türkiye'de (Türk Ceza Kanunu Madde 46-47) yer verilmiştir. Yalnız, bu kanunlarda suçlu için gerekli psikopatolojik karakteristikler kavramının genişliği bakımından farklılıklara tanık olunmaktadır. Bazı kanunlarda çeşitli akıl hastalıklarına yer verilirken, bazılarında ise yalnızca genel nitelikte bir veya iki deyimle yer verilmekte ve bu deyimlerin oldukça geniş bir yoruma tabi tutulduğu görülmektedir. İngiltere'de cezai sorumluluğa hakim olan M'Naughten kuralıdır (fail, fiili işlediği zaman akli maluliyeti ve zeka derecesinin çok düşük olması sebebiyle işlediği fiilin mana ve tabiatını veya yaptığı hareketin yanlış olduğunu bilmediğinin ispatlanması halinde kendisinin cezai sorumluluğu yoktur). Bu kural kapsamına girebilecek akıl hastası suçlu sayısı ise oldukça az olacaktır. Nitekim, bu durum, akıl sağlığı kanunuyla uyarlı olarak, mahkemenin mahkumiyet sonrası yaptırım olarak hastane bakımı veya diğer bir tedbire başvurabilme yetkisi ile telafi edilmiş bulunmaktadır. Hollanda, Portekiz, Belçika, Fransa ve Türkiye'de ise psikopatolojik unsur, failin işlediği fiilin niteliğini bilme veya davranışını kontrol kapasitesini dışlayan her akıl hastalığını kapsamaktadır. Ceza Kanunu Tasarısı'nda (1998/2004), bu kapsama bilinç veya hareket kapasitesinin önemli derecede azalması hali de alınmış bulunmaktadır.

Psikopatolojik ögenin yukarıda belirtildiği gibi yorumlanması halinde, birleşik psikopatolojik-normatif ölçütün yalın normatif ölçüte yaklaştığı görülmektedir.

Normatif öge (suçlunun eylemin niteliğini anlama ve eylemlerini kontrol kapasitesi) konusunda çeşitli ülkelerde var olan yorumlar farklılık göstermektedir. Suçlu, eyleminin niteliğini bilme yeteneğinden yoksun olduğunda, cezai sorumluluğu olmadığı her ülkede kabul görmekte ise de; yaptığını bilmesine karşın eylemini kontrol yeteneğinden yoksun olduğunda da bazı ülkelerde cezai sorumluluğu olmamaktadır (Danimarka, Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa,

Yunanistan, İzlanda, Portekiz, Almanya ve Türkiye). İngiltere’de M’Naughten Kuralı, yaptığıı bilen fakat eylemini kontrol edemeyen suçlulara imkan vermemektedir. Bu nedenle, İngiltere ve Galler’de takdir yetkisi kendilerinde var olan akıl hastası suçlular eylemlerini kontrol edemediklerinde mahkum olmaktadır. M’Naughten Kuralı İskoçya’da farklı bir şekilde uygulanmakta ve kişinin eylemini kontrol etmekteki kapasitesizliği defi olabilmektedir. Ne var ki, İngiltere ve Galler’de de akıl hastalığı nedeniyle eylemlerini kontrol edemeyen suçluların cezalandırılmadığı ve bunların tretmanı hakkında Akıl Sağlığı Kanunu uygulandığına tanık olunmaktadır.

Psikopatolojik Ölçüt

Bu görüşe göre suçlunun belirli akıl hastalığına duçar olması halinde cezai sorumluluğu yoktur. Akıl hastalığının, kişinin takdir veya davranışı kontrol kapasitesi üzerindeki etkisi söz konusu edilmektedir. İspanya Ceza Kanunu’nda bu ölçüte yer verilmiştir (İspanya Ceza Kanunu Madde 8, Kısım 1 ve Kısım 3). İsveç Ceza Kanunu yukarıda değinildiği üzere, cezai sorumluluk kavramına yer vermeyip; bireysel suçlu için hangi yaptırımın yeterli olabileceği bağlamında yalnızca yaptırım seçimine ilişkin düzenlemeyle yetinilmiştir. Öngörülen başlıca yaptırımlar, akıl hastanesinde bakım, gözetim altında bulundurma ve para cezasıdır. Akıl hastalığı veya ruhsal bir anormalliği olan kişinin durumu yalnız gözetim altında bulundurulmasını gerektirdiğinde mahkemece “gözetim altında bulundurma” kararı verilmektedir. Bu durumda, kişinin barınabileceği bir konutu veya geçinme olanaklarına sahip olup olmadığına bakılmaktadır. Uygun bir gözetimci bulunabildiği ve gözetim sırasında düzenli olarak bir uzman tarafından kontrol sağlandığında, “gözetim altında bulundurma” kararı en uygun bir karar olabilmektedir.

İsveç’te akıl hastası kişilerin işledikleri kabahat türü örneğin basit bir trafik suçu yanında hafif olmayan bir suç içinde (hakaret) para cezası uygulanabilmektedir. Akıl hastası kişilerinde para cezası korkusuyla bu tür suçları işlemekten vaz geçmesi mümkündür. Böyle suçlarda para cezası, yalnız daha etkili olmakla kalmayıp, hasta kişiyi kapalı bir akıl hastanesine kapatmaktan daha insancıl bir yaptırım ola-

rak belirlemektedir. Akıl hastalığı veya ruhsal anormallik etkisiyle suç işlemiş kişiye enderde olsa herhangi bir yaptırım uygulaması gereksiz olabilir. Buna suçu işlediğinde akıl hastalığının etkisi altında bulunan ancak mahkemenin karar aşamasında iyileşmiş olan kişinin durumu örnek gösterilebilir. Kuşkusuz, bu halde mahkeme suçlu hakkında bir yaptırım uygulamayacaktır.

Özet olarak, İsveç hukuku'ndaki düzenleme (akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya akıl hastalığıyla eşdeğerde sayılabilecek ruhsal bir anormallikte olanlar tarafından işlenmiş suçlar) psikopatolojik görüşe dayalı bulunmaktadır.

Normatif Ölçüt

Normatif görüşe göre, cezai sorumsuzluk, belli bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığının saptanmasına dayalı olmak yerine yalnızca eylemin niteliğini bilme, kişinin davranışını kontrol kapasitesindeki yoksunluğa bağlı bulunmaktadır. Avrupa ülkeleri ceza kanunlarında salt bu görüşe yer verilmemiş ise de, psikopatolojik öğenin kapsam olarak geniş tutulduğu ülkelerde bu görüşe bir yönelim söz konusudur. Nitekim, Hollanda, Belçika ve Fransa'da kişinin suçlu davranışının niteliğini bilme veya davranışını kontrol kapasitesinden mahrum bırakan her akıl hastalığı cezai sorumsuzluk kapsamına dahil edilmektedir.

Azaltılmış Ceza Sorumluluğu

Cezai sorumsuzluk Avrupa ülkelerinden Danimarka, Norveç, Hollanda, Belçika, Avusturya, Fransa, İzlanda, Almanya, İtalya, İsviçre, İspanya, Portekiz ve Türkiye'de için akıl hastalığının şiddetli olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, akıl hastalığının belli evrelerini geçiren kişilerin cezai sorumluluklarının azaltılması da kabul görmüştür. Ancak, bazı ülke kanunlarında (Danimarka, Hollanda ve Norveç) azaltılmış sorumluluğa açıkça değinilmemiş ise de, sorunun varlığı kabul edilerek, kanunların içerdiği güvenlik ve tretman tedbirleri ile bir akıl hastanesinde muhafaza ve tedavinin sorumlu suçlulara uygulanması hususunun düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Diğer ülkelerde

ise “azaltılmış sorumluluğun” açıkça hüküm altına alındığı ve böylece de sorumluluğu azaltılmış suçluların ceza ve/veya tretman yoluyla güvenlik tedbirine tabi tutulduğu görülmüştür.

Görülen odur ki, sorumsuzlukla azaltılmış sorumluluğu ayıran iki ölçütten biri, akıl hastalığının derecesi (nicelik açısından farklılık); diğeri ise, akıl hastalığının türüdür (nitelik açısından farklılık).

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı’nda azaltılmış sorumluluk hali sorumsuzluk maddesi içinde düzenlenerek bu kişilere de ceza verilemeyeceği ön görülmüş (TCK Öntasarı, Madde 33); 2004 Tasarısı ile eski yaklaşıma dönülmüştür.

Akıl Hastası Suçlular için Yaptırım Seçimi

Akıl hastası suçlular bakımından, akıl hastalığının zamanı oldukça önemlidir. Suçlu, suçun işlendiği sırada akıl hastası ve bu hastalığı duruşma sırasında da devam ediyorsa, kanunlarca suçun işlendiği an veya mahkumiyet anının kabul edilmesi bakımından bir fark yoktur. Bu durumda, aklen hasta olan suçlular için ön görülen hastanede muhafaza ve tedavi altına alınma tedbirine başvurulacaktır.

Suçlu, suçun işlendiği an akıl hastası fakat duruşmada bu hal devam etmiyorsa, sanığın beraat ettiğine tanık olunmaktadır. Kuşkusuz, ceza verilmeyecek bu kişilere akıl hastanesinde muhafaza tedbiri uygulanması da anlamsız olacaktır. Bu şekilde uygulamaya yer veren ülkeler sırası ile Belçika, Avusturya, Fransa, İsveç, İtalya, İsviçre, Almanya ve Türkiye’dir.

Suçlu, suçun işlendiği an akıl hastası olmayıp, duruşmada akıl hastası olmuş ise, ön görülen tretman ve tedbir türü her ülke için belirlenen zamana dayalı bulunmaktadır. Belçika Sosyal Savunu Kanunu (m. 7), İsveç (Bölüm 31, k. 3 ve 4) ve İtalyan (m. 203) Ceza Kanunları ve İngiliz Akıl Sağlığı Kanunu cezanın tayin edilmesi zamanını esas almış bulunmaktadır.

Suç işledikten sonra, özellikle hafif derecede akıl hastalığından muzdarip veya duygusal dengesizlik içinde bulunan kişiler bakımından, tutuklanıp cezaevine konulduklarında “*cezaevi saykozu*” oluştu-

ğuna tanık olunmaktadır. İşte bu durumda, ceza verilmekte ise de, cezanın infazı ertelenmektedir (Bkz., Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, m. 399). Almanya'da da suçlunun ceza tayini veya cezanın infazı sırasında akıl hastalığından muzdarip olması hali, infazın tehir edilmesi sebebini oluşturmaktadır (Bkz., Alman Ceza Usulü Kanunu, kısım 455, paragraf 1).

Akıl hastası suçlular için seçilecek yaptırımda suçun niteliği önem kazanmaktadır. Bazı ülkelerde "makullük" kuramına yer veren ilkeler konulmuştur. Sanığın ufak türden suçlar işlemiş olması halinde kendisinin akıl hastanesinde muhafaza ve tedavisi uygun olmayacağı gibi haklı da gösterilemeyecektir. Nitekim, Belçika (Sosyal Savunma Kanunu m. 7) ve İspanya'da (İspanya Ceza Kanunu m. 8, k. 1, alt-k. 2 ve k. 3 alt-k. 2) sanığın kabahat türü suç işlemesi halinde tretman ve güvenlik tedbirlerine izin verilmemektedir. Keza Avusturya'da (Avusturya Ceza Kanunu m. 21) akıl hastanesinde muhafazaya ancak en az bir yıla kadar hapis cezası verilebilecek suçlar için izin verilmektedir. İtalya'da (İtalya Ceza Kanunu m. 219), akıl hastalığı sebebiyle cezai sorumluluğu azaltılmış suçlu için bir güvenlik tedbiri olarak akıl hastanesinde muhafaza ve tedaviye ancak bu kişi tarafından işlenen cürüm için (tak-sirli olmayan) kanunun tespit etmiş olduğu hapis cezasının asgari beş yıldan az olmaması halinde başvurulabilmektedir. İngiltere'de Akıl Sağlığı Kanunu'na göre, ancak hapis cezası ile cezalandırılabilir suçlular için akıl hastanesi bakımına izin verilebilmekte; Almanya'da da genel makullük ilkesi tretman ve güvenlik tedbirleri uygulamasında göz önünde bulundurulmaktadır (Ceza Kanunu Bölüm 62).

Türk Ceza Kanunu'nda yalnızca fiile değinmekle yetinilmiş ve hastanede muhafaza süresi bakımından "isnat edilen suçun, ağır hapis cezasını gerektirmesi halinde" sürenin bir yıldan az olamayacağı belirtilmiştir (Türk Ceza Kanunu m. 46, 47).⁶ Ceza Kanunu Tasarısı'nda fiil ve suç deyimleri dışında sınırlayıcı bir düzenleme getirilmemiş; ayrıca yürürlükteki kanunda sözü edilen bir yıllık sürede kaldırılmıştır.

⁶ 1996 yılında kesinleşen mahkumiyet kararları taramasında haklarında TCK 46/47 madde uygulanan sanık sayısı 197'dir. M. T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2004; Almanya'daki sayısal görünüm için bk. H-L. Schreiber, "Psikiyatrik ve Hukuksal Kriterler Arasında Kusur Yeteneği Değerlendirilmesi", *Tıp ve Ceza Hukuku* (Seçkin Yayınevi) Ank., 2004, s.28.

Akıl Hastalığı Kapsamı

Akıl hastalığı bilimsel bir kavram olmayıp, psiko analitik bir kavramdır. WHO'nun hastalıkların uluslar arası sınıflandırılmasınının 10. Revizyonunda (ICD-10) temel kavram olarak bozukluk yer almaktadır. Hastalık deyimi bakımından hukuk sistemlerinde anlayış farkı görülmektedir. Ne var ki, akıl hastalığının devamlı, geçici veya devrik, tedavi edilir veya edilmez, irsi veya edinilmiş, irade dışı olması veya olmamasının fark etmediği konusunda görüş birliği vardır.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nda (1997) azaltılmış sorumluluk oluşturan akıl hastalığı hallerinin de sorumsuzluk maddesine ithal edilmesi sonucu "*akıl hastalığı*" geniş bir yoruma elverişli olmuştur. Aynı yorum biçimi Fransa ve İtalya içinde geçerli iken, Avusturya, İzlanda, İsveç ile Almanya'da "*akıl hastalığı*" dar bir yoruma tabi tutulmaktadır.

Akıl zayıflığı bakımından tüm Avrupa ülkelerinde cezai sorumluluk söz konusu değildir. Bu yaklaşım bazen İsveç örneğinde olduğu gibi açıkça hükme bağlanmıştır (İsveç Ceza Kanunu Bölüm 33, Kısım 2). Psikopatlık ve cinsel sapıklarında ancak belli bir şiddet derecesine ulaştıklarında cezai sorumlulukları olmayacağı konusunda görüş birliği vardır. Görüleceği üzere, her psikopat akıl hastası olmadığından ancak akıl hastası sayılabilecek durumda olanlar (saykozun başlangıcı gibi) için sorumsuzluk defisi ileri sürülebilir. Zaman zaman TCK 47. maddesinin tartışmalı bir uygulamaya dönüşmesi sonucu, bazı mükerir suçlu psikopatların teşvik edildiği göz ardı edilmemelidir. Nitekim, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından hazırlanmış bulunan Model Ceza Kanunu'nda "*yalnızca itiyadı suçluluk veya antisosyal davranışla ortaya çıkan anormallik halinin akıl hastalığı veya zayıflığı*" kapsamında olmayacağı normlaştırılmıştır (Model Ceza Kanunu madde 4).

Ceza Kanunu Öntasarısı'nda, (2004/Madde 58'de, toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığıнын veya önemli ölçüde azaldığıнын belirtilmesi üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir) akıl hastalarının "*tehlikelilik hali*" oluşturduğu; ve bu halin akıl hastalığının salah bulması sonucu veya başka bir sebeple (örneğin yaşlanma) ortadan kalkacağı kabul edilmiştir.

Öte yandan, Türk Ceza Kanunu 47. maddesindeki kısmi ehliyet hali, yukarıda değinildiği üzere, 46. madde kapsamında birlikte formüle edilerek Ceza Kanunu Öntasarısı'nda (33. madde) "cezai sorumsuzluk" kavramı altında toplanmış iken; 2004 Tasarısı ile cezai sorumsuzluk için M'Naughten Kuralı (yanlış-doğru tetsi) ile dayanılmaz dürtü testleri birlikte getirilmiştir. Unutulmamalıdır ki, adam öldürme ve intihar eyleminin obsesif-kompulsif nevrozdan kaynaklandığı görülmemiştir. Kısmi cezai sorumluluk açısından bu kez yalnızca dayanılmaz dürtü testi ile yetinilmiştir: Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye ... verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir (2004 Tasarısı m. 32/2).

Bu düzenleme biçimi ile suçlar için cezaevi yerine (özel güvenli) akıl hastanesi bakımı ikame edilmek istenilmiştir. 1997 Öntasarı gerekçesinde bu konuya ilişkin doyurucu bir değerlendirme yer almadığı gibi kategorik olarak ifade edilenlerde, yukarıda değinilen mukayeseli hukuk bulgularına duyarlık gösterememektedir.

Önceki Tasarı bu anlamda, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki sorumsuzluk normunun, şuur ve irade serbestisi bağlamında, akıl hastalığı bakımından genişletilmiş bulunan kapsamı Öntasarısı metniyle daha da genişletilmiş, bazı suç faillerinin ise, cezaevi ile akıl hastanesi arasında bir tercih yapmaları gerektiğinde, deli olarak damgalanmak yerine cezaevinde yatmayı yeğleyecekleri gerçeği göz ardı edilmiştir. En son Tasarı'da ise fiilin anlam ve sonuçları bakımından hukuki betimlemesine neden başvurulduğu anlaşılammıştır. Tasarı'da ki cezai sorumsuzluk ile güvenlik tedbirleri düzenlemesi şöyledir:

Akıl Hastalığı

Madde 32: 1. Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan (Alman Ceza Kanunu'nda hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan bir kimse)

kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükümlenir.⁷

Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

Madde 58: 1. Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.

Bu fıkrada görüleceği üzere güvenlik tedbirinin süresi açısından asgari bir süre öngörülmemesi toplum açısından riskli bir düzenleme görünümündedir. Unutulmalıdır ki, bu kapsamdaki bir şizofrenin sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığı veya önemli ölçüde azaldığının belirtilmesi üzerine ertesi gün mahkemece salıverilmesi mümkün olmaktadır. İngiltere’de kurala ismi verilen M’Naughten akıl hastanesindeki 20. inci yılında öldü. Gerçekte akıl hastalarının tretman merkezlerinde hiç kimseye tehlikeli olmayacağı belirleninceye kadar kurumda kalması benimsenerek tehlikenin önemli derecede azalması halinde salıverilme olasılığı Tasarı’dan çıkarılmalıdır. Önerdiğimiz yaklaşım benimsendiğinde güvenli akıl hastanesinde kalış süresi bazıları için müebbet olabilecektir. Azaltılmış cezai sorumluluk bakımından getirilen düzenleme ise şöyledir:

2. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye-(Alman Ceza Kanununda ehemmiyetli derecede azalmışsa), ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir.⁸

⁷ Alman Ceza Kanunu 20. paragrafı (Ruhî bozukluklardan dolayı kusur ehliyetsizliği): Hastalık teşkil eden ruhi bir bozukluktan, esaslı bir bilinç bozukluğundan veya akıl zayıflığından veya başka bir anormal ağır ruhi durumdan dolayı, fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme kabiliyetine sahip bulunmayan bir kimse, kusurlu hareket etmiş olmaz.

⁸ Alman Ceza Kanunu 21. paragraf (Azaltılmış kusur ehliyeti): Failin, fiilin hukuka aykırılığını anlama veya bu anlayışa göre hareket etme ehliyeti, 20’de gösterilen nedenlerle fiilin icrası sırasında ehemmiyetli derecede azalmışsa ceza 49 fıkra 1’e göre hafifletilir.

Özetle, ceza kanunlarının toplumu koruma işlevi, cezaların genel önleme etkisinden çok akıl hastalığı veya zayıflığı sebebiyle ceza sorumluluğu tamamen veya kısmen kaldırılacak suç faillerine uygulanacak yaptırımın özel önleme etkisi şeklinde kendini göstermektedir.⁹ Bu bağlamda, şimdiye dek açılımı yapılan teorik/normatif yaklaşım sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanarak; bu saptama sonrası yaptırım ve tretman türünün (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisin birlikte olacağını) belirlenmesi yaklaşımı özellikle ülkemize özgü çoğu sorunları giderebilecek nitelikte görülmektedir.

Yaptırımlar Sistemi

Tasarı'daki yaptırımlar sistemini irdelemeden önce ülkedeki yaptırımların görünümü- nü sergilemekte yarar görülmüştür. Bu amaçla 1993 yılına ait seçilmiş metropol adliyeleri ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarındaki yaptırımların oransal dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir.

ADLİYE	Hapis	Para	Hapis & Para	Erteleme	Diğer
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DİYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
TÜRKİYE	32.6	38.6	6.5	16.7	5.6

⁹ Council of Europe, *Studies on Criminal Responsibility and Psychiatric Treatment of Mentally ill Offenders*, Strasbourg, 1986; K.Dinçmen, *Adli Psikiyatri*, İst.,1984, s.21-27; Her ülkede var olan tedbirler dışında suçlular için "suçlular" ve "akıl hastaları" şeklindeki geleneksel ayırım büyük ölçüde anlamını yitirmiş olup; psikolojik rahatsızlıkları olan suçluların cezalandırılması ve tıbbi tretmana tabi tutulması görüşü ağırlık kazanmıştır. Bkz., Council of Europe, *Psychosocial interventions in the criminal justice system*, *Criminological Research*, Vol. XXXI, 1995, p.159.

TCK'nın ihlali bağlamında; yoğunluk gösteren maddelere göre mahkum olanların, (1993 yılı itibariyle) ağır ceza merkezlerindeki ortalama hürriyeti bağlayıcı ceza miktarı (yıl) dağılımı ise aşağıda verildiği gibidir:

TCK	Adana	Ankara	Erzurum	İstanbul	İzmir	Konya	Samsun	Sivas	Trabzon
202	2.4	2.6	2.4	1.9	2.8	2.3	2.9	2.1	2.7
227	3.0	3.1	2.3	2.6	2.8	3.1	3.9	2.5	3.1
342	2.4	2.5	2.3	2.5	2.5	2.4	2.4	2.6	2.4
345	0.7	1.3	0.8	1.4	1.3	1.6	1.6	1.0	1.5
403	8.4	10.1	11.4	10.0	8.6	10.8	10.3	10.5	9.3
404	3.8	4.6	2.5	3.9	3.8	3.9	3.3	3.8	3.4
414	6.6	8.9	7.1	8.0	7.0	7.5	7.5	7.6	8.3
416	2.6	4.1	4.8	4.7	4.1	3.7	5.3	5.2	3.3
418	4.2	5.8	7.2	7.3	6.1	6.8	6.9	7.1	5.8
448	16.0	15.6	15.4	14.7	14.6	15.3	15.8	15.7	15.9
449	18.6	19.3	20.6	17.9	17.8	19.0	19.1	17.5	20.6
450	24.9	24.9	20.0	23.0	25.5	22.4	24.3	24.7	24.1
456	2.1	1.9	2.6	1.9	2.8	1.8	1.9	2.1	1.7
491	0.9	1.0	1.2	0.9	1.1	0.9	1.0	1.0	0.7
492	1.6	1.6	1.0	1.5	1.8	1.3	1.8	1.5	1.1
493	1.9	2.1	2.0	2.1	2.3	2.1	1.7	1.9	1.7
497	13.6	14.5	17.2	15.7	14.0	13.1	14.4	13.9	13.5

Ceza Yaptırımlarında Farklılık

Ceza yaptırımları uygulaması ile hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza süresi bakımından ülkeler arasında farklılıklar olduğu gibi aynı ülkedeki mahkemeler arasında da farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu tür ülke içi karşılaştırmalar Kanada, Avustralya, ABD, İngiltere ile Türkiye için yapılmış olup; İngiltere'de otuz sulh ceza mahkemesini kapsayan çalışmada; bir mahkemenin, önüne gelen suçluların %46'sını para cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının %76'ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkemeler arasındaki değişimin %3 ile %19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibariyle bir değişime tanık olunmamıştır. Türkiye'de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görü-

len farklılığa ise, özellikle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenек ceza ve tedbirlerin uygulanmasında tarık olunmuştur.

ABD'de Federal düzeyde mahkemelerce hükmedilen adil olmayan ceza farklılığını gidermek üzere suçları ciddiyet derecesine göre sınıflandıran, kişinin sabıka durumunu göz önüne alan 43 seçenekli bir şemayı içeren rehber ilkeler (Federal Sentencing Guidelines) vaz edilmiş ise de, son yıllarda bu ilkelerden (downward) sapma gösteren ceza mahkumiyetleri yoğunluk göstermektedir.¹⁰

Para cezası Avrupa'da en popüler bir yaptırım olup; Almanya, Avusturya, Finlandiya ve İngiltere'de tüm yaptırımların %70'inden fazlası para cezalarından oluşmaktadır. Ülkeler açısından cezaevine giren hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü sayısı bakımından 1990 yılında hükümlülerin ceza süreleri itibarıyla dağılımına aşağıdaki tabloda yer verilmiştir:

ÜLKELER	0-3 ay	%	3-6 ay	%	6-12 ay	%	12 + ay	%	TOPLAM
Avusturya	2673	40.4	1360	20.6	1367	20.7	1207	18.3	6607
Danimarka	12410	80.4	1308	8.5	937	6.1	766	5.0	15421
Fransa	33844	38.6	21568	24.6	15853	18.1	16383	18.7	87648
İtalya	14911	22.7	18561	28.3	13554	20.7	18605	28.3	65631
Norveç	2171	48.7	550	12.3	885	19.8	858	19.2	4464
Portekiz(*)	1219	20.0			3011	49.5	1853	30.5	6083
İngiltere	10143	18.1	12608	22.5	13400	23.9	19918	35.5	56069
İskoçya	5148	39.6	45095	35.4	1853	14.3	1391	10.7	12987
İsviçre	10010	82.0	710	5.8	400	3.3	1090	8.9	12210
Türkiye	21513	47.2	3553	7.8	6633	14.6	13861	30.4	45560

(*): 0-6 ayı kapsamaktadır.

Bu tabloda görüldüğü üzere uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza hükümlü sayısı Portekiz, Türkiye ve İngiltere'de yoğunluk göstermekte; özellikle İngiltere ve Türkiye (aflara karşın) bu konumunu uzun süredir korumaktadır.

¹⁰ R. W. Zobel, "An Overview of the United States Sentencing Guidelines", *Resource Material Series* no. 55 (UNAFEI) Fuchu Tokyo (March 2000) pp.357-376.

Toplumda işlenen suçlar bakımından sabıkalı kişilerin büyük bir pay oluşturdukları yadsınamaz. Nitekim Almanya'da adli sicil veri tabanı üzerinde yapılan bir araştırmada, 1980 yılı içinde adli sicil kaydı oluşturulan hükümlülerden %53.2'sinin 1981-1985 döneminde bir kaydının daha olduğu ve bunların %17.8'sinin para cezasına, %35.4'ünün ise hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edildikleri saptanmıştır (Karl-Heinz Gross). 1/6/2000 tarihi itibariyle ülkemiz Adli Sicil veri tabanı taramasında 1994 yılında hakkında ceza fişi oluşturulan 480.289 hükümlüden %19.5'inin (94.074) 1994-1999 yıllarında birden çok suç işlediği ve ortalama suç sayısının 2 olduğu saptanmış; bunların %6.7 si hapis ve para cezasına, %52.6'sı para cezasına ve %40.5'i de hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edildiği görülmüştür. Bu verilerde göstermektedir ki, zorunlu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmemelidir. Bu penolojik gerçeğe karşın tarihsel bir karşılaştırma yapmak üzere ceza kanunu'ndaki yaptırımların sayısal konumu bakımından aşağıdaki tabloya bakıldığında 2004 Tasarısı'nda hapis cezalarında artış/para cezasında azalma görülmektedir.

Yaptırım Türü	1965	%	1995	%	2004(*)	%
Hapis	340	} 70.08	353	} 70.83	284	} 77.06
Ağır Hapis	160		163		25	
Müebbet Ağır Hapis	13		16		18	
İdam	38	5.19	16	2.133		
Para Cezası	181	24.75	203	27.03	94	22.04

(*) TCK Adalet Alt Komisyonca hazırlanan tasarı

Öte yandan, bu tablo hürriyeti bağlayıcı cezanın sayısal yoğunluğu nedeniyle şiddetli bir ceza sistemi görüntüsü vermekte ise de, bu durum yalnızca 1965 yılı öncesi için geçerlidir. Bu yılda yürürlüğe giren Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanunla yaptırımlar sisteminde reform niteliğinde bir değişim süreci başlatılmış; ve %50-55 civarında olan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulaması 1994 yılında %16'lara (2+4) düşerken, para cezası %60'lara (1+3) yükselmiş bulunmaktadır. Bu veriler, uygulaması artan erteleme (%17.6) ve hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek tedbirler (%5.7) ötesinde değişimin en belirgin kanıtını da oluşturmaktadır. Bu verilere ait tabloya aşağıda yer verilmiştir.

Mahkeme Türü	Ön Ödeme		Hapis		Para Cezası		2+3		Erteleme		Tedbirler	
	(1)	%	(2)	%	(3)	%	(4)	%	(5)	%	(6)	%
DGM	1	0.0	2091	47.4	385	8.7	1726	39.1	42	1.0	164	3.7
Ağır Ceza	388	1.1	14078	39.9	4994	14.1	6977	19.8	5575	15.8	3313	9.4
Asliye	19371	7.1	38479	14.1	108225	39.6	24903	9.1	67186	24.6	15365	5.6
Sulh	129632	32.8	7622	1.9	168769	42.7	17472	4.4	51257	13.0	20555	5.2
Çocuk	8	0.2	78	2.4	808	24.4	52	1.6	1198	36.1	1169	25.3
Türkiye	149400	21.0	62348	8.8	283182	39.8	51129	7.2	125258	17.6	40566	5.7

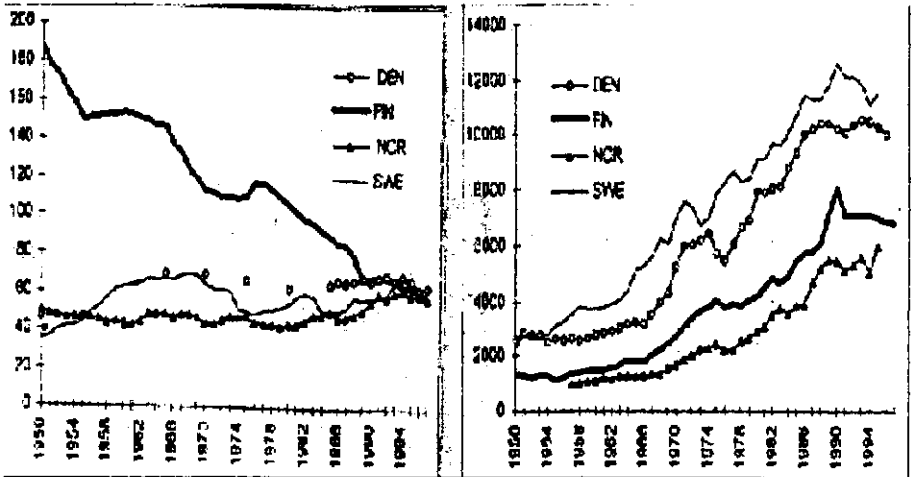
Şimdi Türkiye gündeminde güncelliğini koruyan cezaevleri nüfusu kabarıklığı ve bu nedenle kapasite üstünü eritmek amacıyla çıkarılan aflar sonrası nüfus hareketini izlemek üzere aşağıdaki tabloya yer verilmiştir.

YIL SONU İTİBARIYLA HÜKÜMLÜ VE TUTUKLU SAYISI (1967-2002)						
Yıllar	Hükümlü	Değişim	Tutuklu	Değişim	Toplam	Değişim
1967	18890	100	20049	100	38939	100
1968	27120	144	24305	121	51425	132
1969	27800	147	24729	123	52529	135
1970	31830	169	25584	128	57414	147
1971	30764	163	26139	130	56903	146
1972	30600	162	27655	138	58255	150
1973	27210	144	25835	129	53045	136
1974	5101	27	18417	92	23518	60
1975	13063	69	21134	105	34197	88
1976	17274	91	23550	117	40824	105
1977	24187	128	26101	130	50288	129
1978	26995	143	28353	141	55348	142
1979	29172	154	29048	145	58220	150
1980	37843	200	36747	183	74590	192
1981	47111	249	34307	171	81418	209
1982	46956	249	29322	146	76278	196
1983	46187	245	26694	133	72881	187
1984	47301	250	25512	127	72813	187
1985	46315	245	21980	110	68295	175
1986	31945	169	18313	91	50258	129
1987	31638	167	17259	86	48897	126
1988	30456	161	16996	85	47452	122
1989	29162	154	16873	84	46035	118

1990	29506	156	15704	78	45210	116
1991	10883	58	13283	66	24166	62
1992	13152	70	13935	70	27087	70
1993	15540	82	18483	92	34023	87
1994	20894	111	22645	113	43539	112
1995	26315	139	23009	115	49324	127
1996	31317	166	24965	125	56282	145
1997	33121	175	24383	122	57504	148
1998	41238	218	24927	124	66165	170
1999	44131	233	23450	116	67581	173
2000	24855	131	24657	122	49512	127
2001	27541	145	28068	139	55609	142
2002	30637	162	28550	142	59187	151

Cezaevindeki Nüfus Oranı (1950-1997)
(/100.000 nüfusa göre)

Ceza Kanunu'nu İhlal eden (1950-1997)
(/100.000 nüfusa göre)



Den: Danimarka, Fn:Finlandiya, Nor: Noveç, Swe: İsveç

Bir ülkedeki suç oranı kendi yasaları ve dinamiklerine göre yükselip düşerken, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet siyaseti de kendi dinamiklerine göre gelişmekte ve değişmektedir. Bu iki sistem birbirinden bağımsızdırlar. Nitekim (1950-1997) 100.000 nüfustaki suç ve cezaevi nüfus oranlarına ait aşağıdaki tabloların belgelediği üzere

İskandinav ülkelerinde hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurmada çarpıcı bir farklılık kadar kayıtlara geçen suçluluk gelişiminde de çarpıcı bir benzerliğe işaret etmektedir: Finlandiya’da mahpus oranının fazlaca azalmasına karşılık İskandinav ülkeleri suç oranları simetrisinin bozulmadığı görülmektedir.¹¹

Popülist ceza yaklaşımının bilimsel gerçekleri göz ardı ettiği, Siyasete egemen olan popülist yaklaşımın yakın bir geçmişte ceza hukuku alanına da sıçradığına tanık olunmuş ve “popülist ceza” kavramı kriminoloji’ye yer etmiştir. Bu kavram “yasa koyucuların cezai değerini göz ardı ederek daha ziyade popülerite beklentisine dayalı siyasetleri yasalastırma eğilimine” işaret etmektedir. Ceza siyasetindeki bu geleneksel yaklaşıma özgü başlıca sakıncalar şöyledir:

1. Girift sorunlara basit çözümler getirilmesi;
2. Sistematik kriminolojik araştırma sonuçları ile tutarsız olması;
3. Gereksiz ıstırap kaynağı olması yanında maddi ve sosyal bedelinin yüksekliğidir.

Siyasiler popülist süreçte cezai “silahlanma yarışına” kilitlenmekte; her parti seçmenleri arasında popülerite kazanmak üzere halkın korunması için cezaların daha ağırlaştırılmasını önermektedir. ABD’de tavana vuran cezai eskalasyon sürecini Avrupa Ülkeleri ve özellikle Türkiye’nin de kat etmeğe başladığı görülmektedir. Ülkedeki popülist yaklaşımın nasıl oluştuğu konusunda geliştirdiğim matematiksel modele aşağıda yer verilmiştir.

Cezaların önleyici etkisinin ölçümlemesine esas olmak üzere “beklenen ceza şiddeti/korkusu” şu şekilde formüle edilebilir: $CK = O \cdot Y$

CK: Ceza korkusu

O: Yakalanma ve mahkumiyet olasılığı **Y:** Yaptırım

Adil yargılanma hakkı bağlamında sanıklara özgü yaratılan bir hakla suçlu/masum kişiler açısından (O)’da bir azalma yaratıldığı; masum kişi kadar suçlu kişiyi de mahkum etmenin zorlaştığı CMUK

¹¹ T. Lappi-Seppälä, “Sentencing and Punishment in Finland: The Decline of the Repressive Ideal”, *Punishment and Penal Systems in Western Countries* (Ed. by M. Tonry and R. Frase) New York: Oxford University Press, 2001.

tadilatı sonrası dile getirildiği gibi şartla salıverme oranındaki yükseklik nedeniyle de cezanın etkisizleştirildiğinden söz edildi. Bu konumdaki CK'nın eski seviyesine getirilmesi doğrultusunda kamu oyu baskı ile yasama organı (Adalet Komisyonu Ceza Kanun Tasarısı üzerindeki çalışmalarda) ya (Y)'yi ağırlaştırarak, ya da bütçeden CMUK payını azaltarak ve/ya anayasal nitelikte olmayan usul haklarını kısarak (O)'yu eski seviyesine yükseltme iradesini sergileyebilir. Bu tepkiler, yasama organının sanık haklarında beliren yoğunlaşma /sanıkları koruma olgusu karşısında suçta beliren artışa karşı olmaktadır.

Yukarıdaki formüle dayalı, işlenen bir suç için beklenen ceza korkusu, suçlu kişi ile masum kişideki beklenti farkı olarak belirmektedir: $CK = C_s K - C_m K$, veya $CK = O_s * Y - O_m * Y$

O_s = sanığın suçlu olduğunda ceza görme olasılığı;

O_m = sanığın masum olduğunda ceza görme olasılığıdır.

Bu formülde ön görülen yaptırımın her iki halde de aynı olduğu kabul edildiğinde formül görüntüsü şöyle olmaktadır: $CK (O_s - O_m) Y$. Bu konumda yaptırım olasılığı suçlu olmayana bakılmaksızın aynı olacak (yani $O_s = O_m$ ise) ve bu konumda suç işlemedeki ceza korkusu sıfır olacaktır.

Medyanın genelde gerçeği yansıtmayan "suç haberleri" ile pompalanan suç korkusu, yaratılan isterya cezaların ağırlaştırılması doğrultusundaki popülist bir yaklaşıma yol vermekte ise de, bunun çoğulcu bir bedeli olacağı göz ardı edilmektedir. Ekonomi, trafik veya eğitim konusunda farklı öneriler getiren siyasiler rasyonel planlama gereği bu önerilerin maliyeti ile kaynağın nasıl sağlanacağına işaret etmek zorundadırlar. Kuşkusuz, aynı gereklilik suç ve ceza siyaseti bağlamındaki öneriler içinde geçerli olmalıdır. Yalnızca hukukun etkinliği ve kamu düzenini istemek yeterli görülmeyerek, cezaların ağırlaştırılmasının suçta ne kadar azalma sağlayacağına ilişkin tahminler ile artan hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasının kamu maliyesine getireceği parasal yükün ne olacağı da ortaya konulmalıdır. İşte siyasetin diğer alanları için geçerli olan "hesap sorulması" standartlarının ceza adaleti için de geçerliği de facto benimsendiğinde cezaların salt ağırlaştırılması yaklaşımının cazibesi önemli ölçüde azalacaktır.

Bu amaçla siyasiler kriminolojik gerçeklerden bilgilendirilmelidir. Farklı seçenekler arasında siyasi tercih yapmak konumunda olan siyasiler olası gerçeklerin leh ve aleyhindekileri açıklamakla yükümlüdürler. Halk onlardan bunu beklemektedir. Bu nedenle, hürriyeti bağlayıcı cezanın ne sağlayabileceği, sınırının ne olabileceği ile tehlikeleri konularında siyasilerin bilinçlendirilmesine yardımcı olunmalıdır. XX. yüzyılın son çeyreğinde ülkemiz cezaevlerinde yaşanan acı gerçekler karşısında kabarık cezaevi nüfusunun ne denli bir bedel ortaya koyduğu unutulmamalıdır. Siyasiler fazlaca "insancılık" ve "topluma yeniden kazandırma" projelerinden etkilenmeseler de, zaman zaman çok normal gibi görünen hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasının parasal tutarından etkilenebileceklerdir. Sorun cezaevi mi inşa edelim, yoksa okul mu inşa edelim (!?) Evet, hürriyeti bağlayıcı ceza gerekli bir yaptırım olarak belirlemekte ise de, bu yaptırımın tehlikeli suçlulara inhisar ettirilmesinde büyük yarar vardır.

Yaptırımlara Özgü Alt ve Üst Sınırlar

Tasarı'da özel hükümler bölümünde yer alan suçlar bakımından yaptırımlara özgü alt ve üst sınırlara yer verilmiştir. Cezaların alt ve üst sınırları yaptırımın bireyselleştirilmesine olanak vermek üzere düzenlenmiş olup; yurttan işlenen suçların artış göstermesine karşısında temel cezanın artırılmasına olanak veren bu düzenlemede alt-üst sınır arasındaki aralığın niceliği bakımından Tasarı'ya bakıldığında 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 yıllık farkların olduğu görülmektedir. Suçların toplumsal risk ve ciddiyet farklılıkları nedeniyle yaptırımsal farklılıkları doğal ise de, her suça özgü yaptırımın alt-üst sınırları arasındaki makasta beliren ve görünüşte mantıklı bir açıklaması olmayan bu yaklaşım bir eleştiri odağı oluşturmaktadır.¹² Örneğin; bir suç için ön görülen 2 yıllık alt sınır ile 15 yıllık üst sınır mantıklı açıdan bir çelişkinin

¹² Suç istatistiklerinde belirgin şekilde farklılık gösteren suçlara örneğin hırsızlık ve ırza geçmelere, suçların içerdikleri ciddiyet farklılıkları nedeniyle, farklı ağırlık puanı vererek kombine etmek söz konusu edilmektedir. Ne kadar bisiklet hırsızlığı ve teşhircilik ne kadar meskun mahalden hırsızlık ve ırza tasaddiye eşit tutulabilir? 100 mü ? 1000 mi ? Bu bağlamda şu sorular da yanıtlanmalıdır: (a) Üç balık veya bir paltodan hangisi daha sıcak tutucudur? (b) Üç havuç ve iki patates toplandığında ne eder? (a)'da balık ve paltoyu bağlayan müşterek bir olgu olarak net kalori alınabilir. Balıkları yiyerek paltoyu giymediğimizde mi yoksa balıkları yemeyip paltoyu

Min-Max	Kaç kez	Aralığı
1-2	3	1
1-3	31	2
1-4	6	3
1-5	10	4
1-6	5	5
2-4	9	2
2-5	20	3
2-6	1	4
2-7	4	5
2-8	1	6
2-12	1	10
2-15	1	13
3-5	4	2
3-6	7	3
3-7	4	4
3-8	11	5
3-10	4	7
3-12	1	9
3-15	1	12
4-7	1	3

Tabloda alt-üst hadler arasındaki makasın büyük olduğu sütunlar koyu renkli olarak gösterilmiştir.

4-8	2	4
4-10	4	6
4-12	1	8
5-9	2	4
5-10	11	5
5-12	5	7
5-15	5	10
6-10	4	4
6-12	4	6
7-12	2	5
8-12	5	4
8-15	5	7
10-15	10	5
10-20	1	10
12-16	2	4
15-20	5	5
15-24	1	9
20-25	1	5
20-30	1	10
24-30	2	6

Ay/yıl

Min-Max	Kaç kez	Aralığı-ay
1-3	1	2
1-6	3	5
1a-1y	3	11
1a-2y	1	23
2-6 a	4	4
2a-1y	6	10
3a-1y	15	9
3a-2y	7	21
4a-1y	2	8
4a-3y	2	32
6a-1y	8	6
6a-2y	28	18
6a-5y	1	54

Dilim/aralık genişliğine göre yoğunluk dağılımı

Aralık genişliği (yıl)	Tasarıda kaç kez yer aldığı
5	48
2	44
3	34
4	30
7	14
6	11
10	8
1	3
9	2
12	1
13	1
8	1

ifadesi olmaktadır. Öte yandan 6 aya..., 1 yıla..., 2 yıla..., 15 yıla kadar şeklinde ön görülen yaptırımlarda belirlemelerin nasıl saptanabileceği de karanlıkta kalmaktadır. Bu durumda Tasarısı'nın kanunlaşması halinde hükmedilen ceza yaptırımlarındaki eşitsizlik kaçınılmaz olacaktır. Bu düzenlemedeki çarpıklığı sergilemek üzere Tasarı'da (2004) özel hükümlerde yer alan suçlara ait ay/yıl olarak yaptırım dilimleri dağılımı ile özel hükümlerde kaç kez yer aldığına ait ayrıntılı tablolara aşağıda yer verilmiştir.

Öte yandan m. 190'da yer alan "...on yıldan az olmamalı" ve keza "on beş yıla kadar..." ile m. 170. m. Etkin Pişmanlıktaki 1/3-2/3 ve Yağma'daki 1/6-1/3 aralığındaki oranı saptarken referans değerine olacağı belli olmadığından uygulamada yaptırımda farklılıklar, eşitsizlikler kaçınılmaz olmaktadır.¹³ Bu durumda cezaların suça göre değil hakime göre değiştiği kanısı suçlular arasında oluşmakta ve ceza adaleti sistemi olan güven duygusu zayıflamaktadır.

giydiğimizde mi daha sıcak hissedeceğimiz sorusuna doğru yanıt "*palto belki de daha sıcak olabilir*". (b) de ise havuç ve patatesin ait olduğu müşterek bir türü bulabiliriz ve bu yanıt beş sebze olacaktır.

Bu teorik yaklaşım ceza mahkemelerindeki reel iş yükünü saptama sürecinde devreye girebilir. Her mahkeme türüne gelen iş yükü için gerekli işlem sayı ve süresinde var olan farklılık, aynı mahkemeye gelen işler (suç vasfının ceza adaleti sürecinde değişmesi) içinde geçerlidir. Ne var ki, ceza mahkemelerindeki yıllık veya derdest iş yüküne değinildiğinde, tüm işler sanki aynı işlem süresini gerektirmişçesine sayısal bir nitelendirme ile yetinilmekte; iş yükünün ağırlıklı ölçümü göz ardı edilmektedir. Bu durumu düzeltmek için farklı iş türlerini müşterek bir temele indirmek doğrultusunda örneğin meskenden yapılan bir hırsızlığın belli sayıdaki trafik işine eşdeğerde olduğunun saptanması gereklidir. Bu süreçte belirlenen belli bir sayı, ağırlık puanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, cinsel suç içerikli bir davanın yargılama ve işlem süresi hırsızlığın dört katı ise, ağırlık puanı dört olacak ve her iki davaya bakan mahkemenin iş yükü 4+1=5 olacaktır. Kuşkusuz, ağırlık puanının belirlenmesi için mahkeme içi ve dışında görülen işlemler için gerekli süre ölçümleri yapılmalıdır. İşte bu türden yapılan ölçümler sonucunda 1993 yılında ceza mahkemelerine yeni gelen iş yükünün 1.121.521 olmasına karşın; reel iş yükünün 5.766.925 olduğu saptanmıştır. Bk. M. T. Yücel, *Kriminoloji* ,İst.,(Umut Vakfı Yayını) 2004, s.15-16.

¹³ Kuralların kendilerine vücut veren haklı nedenlere göre dar ve kapsamlı olması: Modern hükümlerin gadrine uğramış bir kişi kuralların ne derece keyfi sonuçlar doğurmakta olduğunu bilir. Özelleştirilmiş/bireyselleştirilmiş kararlar adil olabilirken, bireysel durumları yeterince göz önüne alamayan kararlar adil olmayabilir. Cezaya hükmedilmesi sürecini irdelediğimizde, açık uçlu takdir yetkisi çokça eleştirilerek, ilgili değişkenlerin sayısı oldukça fazla olduğunda, rijit nitelikli kurallara

Bu dilimlerin saptanmasında bilimsel bir tabanın olması gerekir; en azından belli derecede verilen zararın boyutu (ihlal edilen menfaat / yarar) ile suçlunun sorumluluk derecesine (kasten öldüren veya yaralayan sanık taksirle aynı eylemlerde bulunandan daha ağır şekilde cezalandırmayı beklemesi) göre verilecek bir ağırlık puanı esas alınabilir. Sorumuz şöyle ki, Komisyon bu saptama işleminde hangi ölçütleri kullandı?

Yine hâkimin takdirine bırakılan ve fakat referanstan yoksun bir düzenlemede şöyledir:

Malın değerinin az olması

Madde 147: 1. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Yağmadakinin aksine burada malın değeri az olması halinde ne kadar indirim yapılacağı belirtilmemiştir. Öte yandan, malın değeri az olduğunda ilk soruşturma evresinde C. Savcılığı'nca takipsizlik kararı verilmesi dava ekonomisi açısından gerekli bir tedbir olarak belirmektedir. Nitekim mevcut ceza usulü kanununda buna yer verilmektedir.

Madde 152: 2. Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir.

Değer konusunda Yargıtay daireleri arasındaki yukarıda anılan farklılığı gidermek açısından ölçüye bir standart getirilmemesi bir sakınca olarak belirmektedir.

Ceza yaptırımları arasında yer alan etkili bir yaptırım türü de para cezasıdır. Bu yaptırımın kişinin mali durumuna uyarlı bir etkinlikte hükmedilmesini sağlamak, zengin ve fakir açısından oranlı ve adil bir yoksunluk sağlamak üzere günlük para cezası Tasarı'da hükme bağlanmıştır. Şöyle ki,

dayalı kararların fazlaca adaletsizlik üreteceğine değinilmiştir. Norveç'te alkollü vasıta kullanma hakkındaki yasa kuralının rijit infazının, kandaki alkol yüzdesinin 0.05 üzerinde olması halinde üç haftalık hapis cezasına mahkumiyetin kişinin arabasını garaja sokması veya hayat kurtarmak üzere olması halinde de uygulanması kayda değer bir örnektir. M. T. Yücel. *Hukuk Felsefesi*, Ank., 2004 s.148.

Günlük Para Cezası

Madde 52: 1. Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz (StGB, Section 40 -beş-üç-yüz altmış) günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesi'ne ödenmesinden ibarettir.

5-730 gün aralığı çok fazladır. Gün sayısı 1-120 olabilir; yalnız sanık birden çok suçtan yargılandığında yukarı sınır 180 güne çıkarılabilir. Ne var ki, özel hükümler kapsamında suçlara özgü yaptırımlarda "Bin gün, bin beş yüz gün, iki bin gün, üç bin gün, beş bin gün, on bin gün, yirmi bin gün ile on bin güne kadar..." ölçüler ön görülmüştür. Soru bu saptamaların mantığı var mıdır? Günlük miktar ne ye göre saptanacaktır? Bu saptamada yer alacak ekonomik ve şahsi parametreler nelerdir? Nasıl saptanacak? Hâkiminin takdirine mi bırakılacak ? Bırakılmayacaksa bunu saptamak için özel bir değerlendirme birimine ihtiyaç olmayacak mı? Denetimli erteleme kurumunda olduğu gibi etkili bir uygulamanın gerektirdiği örgütlenmenin parasal tutarı hesaplandı mı? Yoksa istim arkadan gelir düşüncesiyle Batı'da 100 yıl önce uygulamaya koyulan kurumları fantezi olarak yasallaştırmak ötesinde bir işlevi olmayacağı göz ardı mı edilmektedir. Yok eğer mali durum (net geliri) bakımından kişinin beyanına itibar edilecekse, Finlandiya ceza kanunu'nda olduğu gibi yanlış bir beyana özgü "özel bir suç" oluşmaya gerek yok mu? Bu konuya ilişkin Tasarı'daki normatif düzenleme aşağıda sergilenmektedir:

2. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir (StGB'de 2 DM-10.000 DM). Yasa'da bu miktarın enflasyona artışı için bir düzenleme getirilmediği görülmektedir!

3. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

4. Hâkim, ekonomik ve şahsi hallerini göz önünde bulundurarak, kişiye adli para cezasını ödemesi için hükmün kesinleşme tarihinden itibaren bir yıldan fazla olmamak üzere mehil verebileceği gibi, bu cezanın belirli taksitler halinde ödemesine de karar verebilir. Taksit süresi iki yılı geçemez ve taksit miktarı dörtten az olamaz. Kararda, taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi hâlinde geri kalan kısmın tamamının tahsil edileceği ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği belirtilir.

Tasarı'daki günlük para cezalarının dağılım ve aralığı ise şöyledir:

1.000 gün - 2.000

3.000 gün - 5.000

10.000 gün - 15.000

20.000 gün -

328. madde de ise minimum yer verilmeyip, 10.000 güne kadar olacağı hükme bağlanmıştır.

Bu sayısal görünümeler oldukça abartılı olup; yukarıda belirtildiği üzere makul bir hadde çekilmesi gerekmektedir. Öte yandan, (suçlunun mali durumuna göre) günlük para cezası Avrupa orijinli gözükmekte ise de, eski Türk Ceza uygulamasına hiçte yabancı değildir. Osmanlı'da gani, orta halli, fakir ve çok fakir diye yapılan sınıflandırmaya göre para cezası için belirlenen oranlar ise 4:3:2 veya 8:4:2:1 veya 10:5:3 vs idi. Anılan para cezasındaki karanlık delik sanığın mali durumunun gerçekçi olarak saptanmasıdır.

Yukarıdaki düzenleme bağlamında hâkim para cezasına hükmederken (birincisi, para cezasına esas olacak gün sayısını; ikincisi, bir günlük birim için para cezası miktarını; ve üçüncüsü, mehil, taksit sayısı ile taksitte ödenecek miktarına ait olmak üzere) üç evreli bir takdir kullanacaktır. Ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceği Tasarı'da belirtilmişse de, yöntemine işaret edilmemiştir. Bu konuda Cezaların İnfazı Hakkındaki 647 sayılı Kanun'un 5. madde hükmü ile 40 yıllık uygulamasına ilişkin kırk yıllık içtihat birikimi ile Tasarı'nın referans kaynaklarından StGB Section 43'deki ".....Bir günlük birim para cezasına, bir günlük hürriyeti bağlayıcı ceza tekabül eder." Hükmü göz ardı edilmiş bulunmaktadır.

Ceza Yaptırımlarının Etkinliği-Feed Back İlişkisi

Her toplumda bir kısım yetkililer toplumun diğer üyelerini asırlardır yargılamakta/cezalandırmaktadır.¹⁴ Bu sürede bazı şeylerin öğrenilmiş olmasını beklemek mantıklı ise de, hâkimlerin çoğu kez yaptırımın etkinliğine ilişkin öngöründen yoksun olarak karar verdiklerine tanık olunmaktadır. Onların bilinçli uğraşı, yargılamanın adil olarak usul gereklerine uyarlı bir biçimde yürütülmesine odaklanmaktadır. Hükmedilecek yaptırımın etkinliği onların ilgi alanı dışındadır. Etkinlik öğrenimi ancak sistemde feed back olanağına yer verildiğinde sağlanabilir. Dart oynayan bir kişinin hedefle kendisi arasında bir perde olması halinde ancak her atışta hedefe ilişkin bilgi verilmesi halinde bu oyunu öğrenebileceği düşünülebilir. Ceza adaletinde hâkimlerin konumu dart oynayanlar gibidir. Hükümlüler gözden uzak oldukları ve yaptırımın onlar üzerindeki etkisi konusunda feed back bilgi verilmediği için hâkimler perde üzerinde dart oynama konumundadırlar. Afların gündemden düşmediği ülkemiz bakımından bu olgu daha da çarpıcı olmaktadır. Ceza siyasetinde daha ciddi bir kara delikte zamanlaşımı nedeniyle düşmelerdir.¹⁵ Bunların yıllık tutarı yaklaşık 400.000 civarındadır. Tasarı'da buna çare olarak artırılan zaman aşımı süreleri bir çare gibi gözüküyorsa da, kırtasiyeciliği körüklemesi ötesinde sakıncalı yanları da göz ardı edilmektedir. Suçluların yeniden sosyalleşmesi (resocialisation) dile getirilmekte ise de, 81 yıllık uygulamadan, penolojik bilgiden yoksunluk bu yaklaşımı da sanal bir niteliğe büründürcektir.

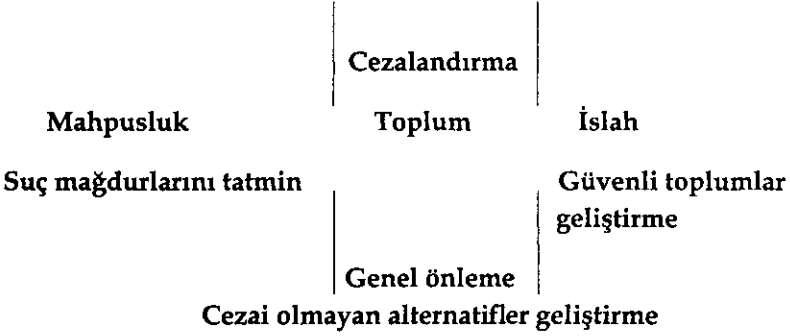
Tasarı için felsefede önemli bir değişiklikten söz ediliyor emperyal yaklaşımdan tüketici yaklaşımına doğru bir değişim olarak tercüme edilecek bu felsefenin biçim ötesinde bir varlığına tanık olunamamıştır. Gerçek değişim için mağdura odaklanılması gerekli olup; buna ait düşüncelere aşağıda yer verilmiştir.

¹⁴ Cezalandırmanın ahlaki temeli için bk. M.T.Yücel. *Hukuk Felsefesi* Ank., 2003, s.59-60.

¹⁵ Tebliğnamenin tebliğ edilememesi nedeniyle son iki yıl içerisinde beliren düşme sayısındaki artış nedeniyle yaptırım etkisi sınırlı olan suçlara ilişkin dava dosyalarının temyiz üzerine Yargıtay Başsavcılığınca tebliğname düzenlenmeksizin ilgili daireye gönderilmesi hükme bağlanmıştır (Yargıtay Kanunu 28. maddesine fıkra eklenmesi-RG 21/07/2004-25529- Madde 13).

Toplumsal Adalet Modeli

Bu modelde adaletin yerini bulması bağlamında güvenli toplumlar geliştirme ve mağdurların tatmin edilmesi hedeflenmekte; cezai olmayan alternatif tedbirlere ağırlık verilmektedir.



Şimdi bu yeni yaklaşım felsefesine değinilecektir. Toplum, doğal olarak suça karşıdır ve olması gereken de budur. Ne var ki, bu tepkide halkın dikkatleri suçtan ziyade suçluya kaydırılmış bulunmaktadır; yanlışların/sosyal sorunların yalnızca illegal yapılmak suretiyle çözümlenebileceği yanlışlığına düşülmektedir. Hürriyeti bağlayıcı cezaya hükümlü suçluların toplumdan soyutlanarak cezaevine konulmasının, pahalı olduğu kadar sınırlı etkiye sahip olması; cezaevine giren her suçlunun yerine yenisinin türemesi karşısında suçlulukla mücadelede yeni modelin ne olmalıdır sorusu gündeme gelmektedir. Kuşkusuz, yeni model, toplumu ve toplumun en alt idare birimi olan "mahalle"yi temel alan yaklaşımdır. Bu model Türk toplumuna hiçte yabancı değildir. Ne var ki, kültürümüzde yerleşik olan "mahalle namusu", "çalınan malların bedelinin mahallece karşılanması", "mahalle bekçisi" ve "mahalle karakolu" ile toplumsal temelli modelin yeni içerikler kazandırılarak güncelleştirilmesi yerine günümüzde terk edilmesi karşısında, bu modelde saklı bulunan sinerjinin yeni bir içerikle aktive edilmesi gerekmektedir. Bu yaklaşımda mahalle sorun çözen bir birim olarak ele alınmalı; resmi ve gayri resmi hizmetler o düzeyde organize edilerek; karar alma süreçlerine sakinlerinin katkı ve katılımların gerektiği anlayışı yerleştirilmelidir. Bu bağlamda suçluların neden cezalandırıldıkları sorgulanmalı; sistem tutarsızlıklarından arındırılma-

lıdır. Bu durum 2001 yılı ve sonrası af kanunu tartışmaları nedeniyle oldukça belirgin olmuştur. Devlet ne hakla vatandaşlara karşı işlenmiş suçları affederek, onların ikinci kez mağduriyetlerine sebebiyet verebilir(?) sorusu kamu oyunda yankılandı ve oldukça da taraftar buldu. Soyulan, ırzına geçilenin toplum değil, mağdur kişi olması nedeniyle suçlunun borcu, bu nedenle, topluma değil, mağdurdur. İşte yeni modelde “giderici adalet” gerçekçi bir paradigma olarak belirlemektedir. Bu yaklaşım Türk Ceza sistemine yabancı olmayıp, Cezaların infazı hakkındaki kanunda (1965) yer alan kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif bir tedbir olarak (aynen iade veya tazmin) sisteme girmiş bulunmaktadır. Bunun geleneksel yaptırım sistemine göre başlıca avantajları şunlardır:

1. Suç mağdurlarına el uzatması-yardım sağlaması;
2. Tazminat elde edebilme olanağının mağdurları suçu ihbar etmeye ve mahkeme huzuruna çıkmaya cesaretlendirmesi;
3. Tazminat keyfiyetinin, suçlunun kendisine bir şey yapılması yerine onun bir şeyler yapması olarak iyileştirilmesine katkı yapabileceği;
4. Bütçe gider harcamalarında önemli ölçüde tasarruf sağlanacağı;
5. Suçun kazançlı bir iş olmaktan çıkartılabileceğidir.

İşte aynen iade/tazminat etrafında şekillenen bu sistemin en büyük avantajı, hiç kuşkusuz, mağdurlarca sisteme sağlanacak “destek” olacaktır. Çoğu mağdurların cezai adalet (hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası) yerine giderici adaleti tercih ettiklerine dair fazlaca kanıt vardır. Mağdur için önemli olan çalınan malın iadesi, kırılan camın değiştirilmesi, hasar gören arabasının tamiri, genelde zararının giderilmesidir. Bu beklenti oldukça gerçekçidir. Öte yandan, ailevi veya kişisel ilişkiler içinde bulunan kişiler arasında işlenen şiddet suçlarına bakıldığında cezai adaletin devreye girmesi sonucu sosyal ve aile bağları kopmakta ve tarafların uzlaşma şansı azalmakta/yok olmaktadır. Bu süreçte fail ve mağdur arasında beliren kutuplaşma ve oluşan taraftarla nefret ve düşmanlığın körüklendiğine tanık olunmaktadır. Bu sosyolojik gerçek bile tek başına anlaşmazlıkları çözümleyici mekanizmanın ileride vuku bulacak şiddeti önlemek açısından ne derece önemli olduğunu kanıtlamaktadır.

Geleneksel ceza modelinde zarara zararlarla, acıya acıyla yanıt verilmekte (lex talionis); suçlunun ıstırabı arttıkça mağdurun ıstırabının azalacağı düşünülmektedir. Bu yaklaşım mantığı ile "göze göz dünyayı kör yapmış" (Ghandi); zarara zararlar verilen yanıt toplumdaki zararı katlamış; mağdur (kul) hakkı teslim edilmemiştir. Bu sistemde suç mağdurlarının menfaati/en belirgin ihtiyaçları göz ardı edilmektedir. Ceza hükmü mağdurun mağduriyetini belgeleyen resmi bir belge olmak dışında fazlaca bir anlam taşımamaktadır. Sistem "mağdura ne olacağı" yerine "faile ne olacağına" odaklandığından ceza hükmü ile mağdur eski bütünlüğüne kavuşmamaktadır.

Öte yandan, mağdurları yankıladığını iddia edenler, mağdurların ancak en ağır cezaların uygulanması ile tatmin olabileceklerini dile getirmekte iseler de, bu genelleme çoğu mağdurlar için geçerli değildir. Yukarda değinildiği üzere, iyileşme, iade, tazminat ve gelecekte mağdur olmayacağından emin olma çoğu suç mağdurları için temel amaçlardandır. İşte sosyal müdahalenin ana amacının toplumsal huzuru sağlamak, zararı gidermek, yaraları sarmak ve yeni suçların işlenmesini önlemek ise, ceza sisteminin başarısız olduğu yerde uzlaşma, iade ve tazminata dayalı "giderici sistem" in nasıl ve neden başarılı olacağını anlamak daha kolay olmaktadır.

İşte bu düşünceler doğrultusunda, bilinçli felsefi bir referans olmaksızın da, toplumların pisliklerini halı altına süpürmesi şeklindeki inancı gerçekçi ve uygun görülmeyle terk edilmeğe başlamış; sosyal bir sorun olarak suçun, sosyal sistemin ürünü olduğu; sosyal açıdan belirgin bir şekilde risk oluşturduğu için kabul görmeyecek suçlar dışında kalan tüm suçların toplumda trete edilmesi ilkesi egemen olmaya başlamıştır. İşte hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif, toplum temeline dayanan bu iyileştirme yaklaşımı negatif ve özellikle kurumsal yöntemlerden daha etkili olmaktadır. İşte Çocuk Mahkemeleri... Kanunu ile getirilen ve Tasarı'da yer alan denetimli erteleme (probation) bu toplumsal tretman yaptırımının en tipik örneğini oluşturmaktadır. Ne var ki, bu yaptırımın mana ve önemi yeterince algılanmadığından şimdilik de jure bir varlık göstermektedir. İşte bu yeni felsefi yaklaşım ile geleneksel ceza adaleti felsefesi arasındaki farkı aşağıdaki karşıtlar listesi açıkça sergilemektedir:

Mevcut infaz sistemi felsefesi şöyledir:	Toplumda gözetim felsefi yaklaşımı şunları öğütlemektedir:
Suç devlete karşı işlenen bir yasa ihlalidir.	Suç topluma karşı işlenmiş bir eylemdir.
Ceza şu nedenlerle etkilidir: a. Ceza tehdidi suçu önlemekte ve b. Ceza davranışı değiştirmektedir.	Bilinçli olarak yaratılan acının toplumun sağlığına bir katkısı olmamaktadır.
Ceza adaleti sistemi suçlu davranışı kontrol etmektedir.	Suç kontrolü temelde sosyal/ekonomik ve toplumsal örgütlenmede saklı bulunmaktadır.
Sorumlu tutulma ıstırap çekmekle örtüştürülmüştür.	Sorumlu tutulma, sorumluluk alma, zararı önleme ve onarma için davranma olarak tanımlanmaktadır.
Bu süreçte mağdurlar tali konumdadır.	Suçun çözümlenmesi sürecinde mağdur merkezi bir konumdadır.

Bireyin işlediği suçta toplumun da sorumluluk payı vardır. Bu bakımdan önlemenin ufkunu toplumsal alana doğru genişletmek zorunludur.

Toplumlarda suç ve ceza anlayışının daha nesnel ve daha insancıl doğrultuda gelişmesi çağımızda "uygar" nitelemesinin başlıca şartı olmuştur. G.B. Shaw'un söylediği gibi "Bir insanı cezalandırmak için ona kötülük etmeniz gerekir. Eğer onu düzeltmek istiyorsanız onun gelişmesine yardım etmelisiniz. Ve insanlar kendilerine kötülük edildiğinde gelişemezler."¹⁶

Cezaların şiddeti bağlamında pratikte göz önünde tutulması gereken bir sonuçta, oldukça ağır cezaların yasalarda yer alması halinde hâkimlerin bu tür yaptırımlara hükmetme olgusunda bir azalma (discriminalisation) görülmektedir. Çoğu değerlendirme çalışmalarının bellediği diğer bir gerçekte, genç suçlulara hükmedilen ağır cezaların, mükerrirlik oranları üzerinde aksi etki yaptığı merkezindedir.

¹⁶ G. B. Shaw, *The Crime of Imprisonment*, The Citadel Press, New York, 1961.

Diğer bir sonuçta, Batı dünyasında suç oranı ile hükmedilen cezaların şiddeti arasında kesinlikle nedensel bir ilişkisi olmadığı gibi ikisi arasında saptanabilir bir ilişki de olmadığıdır.¹⁷

Hapis cezasının ertelenmesi

Madde 51: 1. İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir (StGB, Section 56). Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından, üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için, kişinin

a. Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması,

b. Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

2. Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

Hapis ve ertelemeyi içeren bu yaptırım türü zararın tamamen giderilmesine yönelik mağdur eksenli çok önemli bir yeniliktir.

3. Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkum olunan ceza süresinden az olamaz.

¹⁷ Bkz., *Council of Europe. Crime and Economy Strasbourg, 1995, p.133*; gerçekte cezalar cetvelinde ağırından aşağıya doğru bir inişe tanık olundu; ilk önce ölüm cezasını ağırlaştırıcı biçimleri kaldırıldı; sonra ölüm cezasının hükmedildiği suç türleri azaltıldı. Zamanla ölüm cezasına de facto uygulanmayarak/de jure kaldırılarak son verildi. Uzun kat'ı cezası da aynı gelişimi takip etti. Ortaya çıkan boşluğu daha insancıl yaptırımlar doldurdu. Şu anda hürriyeti bağlayıcı cezanın çeşitli biçimleri ile alternatif yaptırımlar, özellikle para cezası artan ölçüde yer almaya başladı. Bunlar da, sonuçta devrini bitirip silinen diğer cezaların doğal ve zaruri ikameleri olarak görülmelidir.

4. Denetim süresi içinde,

a. Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b. Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c. On sekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine mahkemece karar verilebilir.

5. Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

6. Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

7. Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

Bu fıkrada hakime geniş bir takdir verilmektedir: Neye göre kısmen ve neye göre tamamen çektirilmesine karar verileceği konusunda referanslara yer verilmediği ve salt uzmanın (periyodik) raporlarına dayalı olacağı için uzmanın niteliği önem kazanmaktadır.

8. Denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

Bu fıkrada sözü edilen “*iyi hal*” kararı hangi ölçütlere göre saptanacaktır? Denetim uzmanının yargısı mı esas alınacaktır? sorularının yanıtı belirlenmelidir.

Yukarda fıkralara ilişkin olarak yapılan kısa açıklamalar sonrası kurumunun esasına bakıldığında; denetimli erteleme (probation) koşullu olması suçluların serbesti içerisinde topluma yeniden intibakı için isabetli bir kurum olarak belirmektedir.¹⁸ Bu kurum ceza mahkemelerinde görülen bir hizmet olup, hükümlülüğü saptanan kişi hakkında psiko-sosyal bir anket yapılmasını ve yararlandırılacak hükümlünün toplumda denetimi ile tabi olacağı hürriyetin koşullarını içermektedir. Suçlu hakkında yapılan anket, suçlunun öz geçmişi ile karakteri hakkında bilgi toplamayı amaç edinmekte; uzmanın rapor sonucunda vardığı teşhis yargısı hakime hükmedeceği yaptırımın seçiminde yararlı olacağı gibi hapis cezasına mahkumiyet halinde kurumsal tretman için yararlı bir referans olabilir. Sistemdeki sanık/hükümlü sayısı göz önüne alınarak probation’un etkili bir uygulamaya kavuşabilmesi için aşağıdaki öğelerin gerçekleşmesi gereklidir:

1. Rasyonel bir hukuki çerçeve,
2. Ceza yaptırımının ankete dayalı olarak hükmonulması,
3. Hükümlülerin denetimi konusunda rasyonel ilkeler,
4. Nitelikli bir örgütlenme.

Bu öğeler doğrultusunda probation hizmetlerinin ekonomik kazanımları yanında yüksek bir işletim bedeli olacağı unutulmamalıdır. Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’u ile ön görülmesine karşın şimdiye dek gerçekleştirilmemesi karşısında bu konuda iyimser olmadığımı belirtmek isterim.

Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar

Hürriyeti bağlayıcı cezaya en son çare olarak başvurulması gereği kısa süreli cezalara seçenek yaptırımlar 1960’lı yıllarda ceza sistemimize sokulmuş; çok kısa olanlar içinde (otuz gün ve daha az süreli

¹⁸ M.T. Yücel. *Kriminoloji -Suç ve Ceza*, Ank., 1986 s.240-249.

hapis cezası için) Tasarı'da seçenek uygulaması kesin buyuru haline getirilmiştir. Başlangıçta altı aya kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalar kısa süreli olarak kabul edilirken, bu süre bir yıla çıkarılmış olup; Tasarı'da bir yıllık süre korunurken fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası içinde seçenek uygulaması kesin buyuru şeklinde düzenlenmiştir. Bu gelişme ultima-ratio ilkesinin güzel bir uygulaması olarak belirlemektedir. Tasarı'da yer alan seçenek tedbirler yukarıda anılan cezaların infazı hakkındaki 647 sayılı Kanun'la ceza sistemimizde vücut bulmasına karşın uygulamasına fazlaca tanık olunamadığı gözlenmiştir.

Tasarı'daki düzenleme şöyledir:

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar

Madde 50: 1. Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre,

a. Adli para cezasına,

b. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c. En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e. Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya, çevrilebilir.

2. Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

3. Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

4. Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası kısa süreli olmasa dahi; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz.

5. Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.

6. Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

7. Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

İşte hükmedilecek kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya seçenek yaptırım veya tedbir bağlamında göz önüne alınacak parametreler arasında yer alan "suçlunun kişiliği", "sosyal ve ekonomik durumu", "yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık" ve "suçun işlenmesindeki özellikler" nedeniyle hakime referans olabilecek psiko-sosyal nitelikli bir uzman raporunun denetimli erteleme kurumunda olduğu sunulması gereği belirmektedir. Aksi takdirde, hakimler anılan parametreleri biçimsel olarak tekrar etmekle yetinerek takdirlerini kullanma yolunu yeğleyeceklerdir. Tasarı'da önemli bir yenilik "seçenek tedbirin hükümlünün

elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece değiştirilebilmesidir”.

Mevcut pozitif hukuktan bir sapma olarak aşağıdaki istisna da getirilmiş ise de, bunun oldukça mantıklı bir düzenleme olduğu belirtilebilir.

Madde 50: 1.

2. Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.

Müebbet Hapis

Ceza sisteminde idam cezası kaldırıldıktan sonra ikame bir yaptırım olarak “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası” getirilmiş bulunmaktadır. Tasarı’ya göre,

Madde 47: 1. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder, kanun ve tüzükte belirtilen sıkı güvenlik rejimine göre çektirilir.

Bu düzenlemenin kamu oyununda bir yanılısama yaratma ötesinde penolojik bir değeri olamayacaktır. Nitekim, 1965 yılına kadar devam eden infaz sistemi irdelendiğinde tretman değerleri açısından hiçte sağlıklı bir yöntem olmadığı görülecektir.

Tasarı’da müebbet hapis cezası korunmuştur. Tasarı’da düzenleme şöyledir:

Madde 48. 1. Müebbet hapis cezası, hükümlünün hayatı boyunca devam eder.

Burada Kant’cı bir ceza anlayışı ile lex taliona ilkesinin egemen olduğuna tanık olunmaktadır. Cezanın yaşam boyu devam edeceği belirtilmekte ise de, ülkemizi de içeren Batı dünyasında de facto yaşam boyu devam eden bu tür cezaya tanık olunmadığı da belirtilmelidir.

Tehlike Hali-Suç İşleme İhtimali

Toplumdaki işlenen suçların büyük bir yüzdesinin sabıkalı hükümlüler tarafından işlenmesi göz önüne alınarak mükerrerlik uygulusunun önemi yadsınamaz. Bu konuya ait Tasarı'daki düzenleme şöyledir:

Madde 59: 1. Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi halinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.

2. Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı,

a. Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,

b. Beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz.

Yukarıdaki a ve b bentlerinde beş yıl/üç yıl ayrımındaki kriminolojik gerekçenin ne olduğu anlaşılammıştır. Bu sürenin her hükümlü için üç yıl ön görülmesi isabetli olacaktır. Üç yıl suç işlemeyen varlığını sürdürmesi sabıkalı hükümlü için yeterli görülmelidir.

3. Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adli para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükümlenir.

Birinci fıkrada tekerrür hükmünün uygulanması için "*cezanın infaz edilmiş olması gerekmez*" denilmesine karşın bu fıkrada takdirin kaldırılarak yasama organınca ceza saptanması cezaların bireyselleştirilmesi ilkesine oldukça aykırı gelmektedir.

4. Kastlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askeri suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz. Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları hariç olmak üzere; yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz.

Hariç tutulan suçlar arasında sapıklık derecesindeki cinsel suçlara yer verilmemesi isabetli olmamıştır.

6. Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

Yeni bir yaptırım türü kavramuna tanık olduğumuz bu fıkrada sözü edilen denetimli serbestlik tedbiri (parole) şartlı salıverilme sırasında mı? Yoksa bihakkın tahliye sonrası mı söz konusu olacaktır? Birinci soruya olumlu yanıt verildiğinde bu tedbire infaz hakimliğince karar verilmesinin yerinde olacağı; yok eğer ikinci soru bağlamında bir tedbir ise bunun hükümle birlikte olması için kanunilik ilkesi uyarınca düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim aşağıdaki fıkra hükmünde ikinci yolun seçildiği görülmektedir.

7. Mahkumiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir.

8. Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.

Hiç kuşkusuz, bu gruptakiler tehlikelilik açısından önem arz ettikleri için öncelikle bunlar hakkında “denetimli serbest tedbiri” ne başvurulmasının kesin buyuru olarak düzenlenmesinde isabet olduğu düşünülmeyle beraber işlenmekte olan suçun ciddiyeti ve suçlunun kişilik profili göz önüne alınmaksızın bu sıfattaki her hükümlünün bu rejime tabi tutulmasının kriminolojik geçerliliği olmadığı gibi Tarsarı’da ön görülmesi gerekli uzman raporu ihtiyacı ile tutarsızlık içerisinde. Nitekim, Kanada ceza sistemine göre “tehlikeli suçlu” şöyle düzenlenmiştir:

Kişilere karşı zarar verici şiddet eylemlerinde bulunanlardan

- Müessir fiil veya öldürücü davranış biçimini itiyat edinenler,
- Cinsel dürtülerini kontrol edemeyenlerin zarar verme olasılığı,
- İşlediği suç o derece “vahşice” ki, gelecekte davranışını kontrol etmesinin olasılık dışı olması.

Öte yandan, tehlikeli suçlular bakımından, tahliye sonrası denetimli serbesti rejimin hükümle beraber saptanması ön görülmesine karşın bu konuda azami bir süreye Tasarı'da yer verilmemesi kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Bu düzenlemeler toplumun korunması amacıyla tasarlanmış gözüküyorsa da, biçimsellik ötesinde bir yarara hizmet etmesi konusunda ciddi kuşkularım olduğunu belirtmek isterim.

Tehlike hali-suç işleme ihtimaline anlamlı bir boyut kazandırmak amacıyla konunun ayrıntılı olarak irdelenmesinde yarar görülmüştür. Psikiyatri uzmanları ve kriminologlarca, geniş kapsamlı araştırmalara dayalı olarak kabul edilen husus, faillerin yeniden suç işlemesini tahmin edebilmenin yüksek derecede kesinlikten yoksun olduğudur. Dünya Sağlık Teşkilatı (WHO) koordinatörlüğünde gerçekleştirilen bir projede altı ülkeye ait verilere dayalı olarak varılan sonuçta, tehlikelilik haline ilişkin tahminlerde bulunacak uzman kişiler arasındaki görüş birliği derecesinin düşük olduğu; psikiyatri uzmanları arasındaki bu uyum derecesinin ise psikiyatri uzmanı olmayan kişiler arasındakilere göre yüksek bulunmadığıdır. Nitekim, haklarında tahmin işlemi yapılan kişilerin dörtte üçü bakımından %50'sinden daha az bir miktarında mutabakat sağlanabilmiştir. Bu durumda sağlıklı bir tahmin yapabilmek yüzdesi hiçte yüksek değildir.

Bu bağlamda, yeniden suç işleme ihtimalinin varlığını belirlemede en iyi gösterge failin önceki mahkumiyetleri sayısı olacaktır. Halen birkaç sabıkası olan bir kişinin ilerideki suçluluğunu tahmin etmek fazlaca zor olmayacaktır. Bu varsayım özellikle mala karşı suç işlemiş olanlar için geçerlidir. Şiddet ve cinsel suç işlemiş failer bakımından ise, psikiyatri uzmanı, önceden çok az veya hiç suç işlememiş kişiler hakkında tahminde bulunmak durumunda kalacaktır. Deneyimler, bu türden tahminlerin doğruluk yüzdesinin 25-30 dan fazla olmadığını göstermektedir. Aynı paralelde, psikiyatr, sosyolog, psikolog ve istatistik uzmanının birlikte yaptığı tahminde de tehlikeliliği tahmin edilen üç kişiden yalnızca birinin gerçekte şiddet suçu işlemeye devam ettiği görülmüştür.

Varılan nokta odur ki, mevcut tahmin yöntemleriyle, bir tehlikeli suçlu uğruna en azından iki veya üç tehlikeli olmayan suçlunun da özel bir kurumda "akıl hastanesinde", muhafaza ve tedavi altında bu-

lundurulması gerekecektir. Bu şekilde de, toplum, gerçekte az sayıda olan “*tehlikeli olmayan*” kişilerin akıl hastanesinde muhafaza edilmesine rıza göstermek durumunda kalacaktır.¹⁹

Türk Ceza Kanunu çerçevesinde konu irdelendiğinde ise, kanunda tehlikelilik haline yer verilmemesine karşın, Ceza Kanunu Öntasarısı 59. maddesinde İtalyan Ceza Kanunu’ndan esinlenerek “*tehlike hali*” kavramına yer verildiği görülmüştür. Ancak, Öntasarıda tehlike halinin tanımına yer verilmemiş, yalnızca, özel tehlike hallerine (mükerrir, itiyadı suçlu, mesleki suçlu, örgütlenmiş suçlu) değinilmiş; 2004 Tasarısı da bu düzenlemeyi korumuştur. Bu eksikliği bir ölçüde gidermek üzere, İtalyan Ceza Hukuku’nun bel kemiğini oluşturan 133. maddesinin de alınmasının yerinde olacağına inanılmaktadır. Bu madde hâkime, yalnız cezanın ve güvenlik tedbirinin tatbikinde değil, cezayı artıran veya azaltan sebepler ile suç vasfının takdirinde ve suçluya kanunun tanıdığı yararlarından istifade ettirmek hususlarında takdir yetkisini kullanırken aşağıda yer alan iki unsurun göz önünde bulundurmaya emretmektedir:²⁰

1. Fiilin mahiyetinden, fiilde kullanılan vasıtalarından, fiilin işleniş biçiminden, zaman ve mahallinden anlaşılın suçun vahameti;

2. Suçun saiklerinden, suçlunun adli ve cezai geçmişinden ve genellikle suç işleme öncesi, suç işlediği andaki veya ondan sonraki hareket biçiminden, kişisel, aile veya sosyal yaşamındaki durumundan çıkarılan veya anlaşılın cürüm işleme kabiliyet ve istidadı.

Salıverilecek Hükümlülerin Risk Değerlendirilmesi

Risk değerlendirilmesi odağında yatan soru, salıverilecek hükümlünün tehlikeli bir davranış gösterip göstermeyeceğidir. “*Tehlike/*

¹⁹ Bkz., *Council of Europe, Custody and Treatment of Dangerous Offenders*, Strasbourg, 1983; H. Hansen “Treatment of Dangerous Sexual Offenders”, *Seminar on Prison Health Services Goals, Standards and Ethics*, (24-27 September 1991) Helsinki, 1991 pp. 33-38; M. T. Yücel. *Kriminoloji*, İst. (Umut Vakfı Yayını) 2004.

²⁰ Temel cezanın tayini sürecinde göz önüne alınacak faktörler açısından kısmen Tasarının 62. maddesinde “*tehlikenin ağırlığına*” yer verilmiştir! (Tehlikeli suçlu kavramı –Cezaevinde tehlikelilik hali için bk. Avrupa Konseyi. Tehlikeli Suçluların Tretmanı-Council of Europe. Treatment of Dangerous Offenders)

tehlikeli” terimini kişinin zarar görme riskinde olduğunu göstermek için kullanırken, *“tehlikelilik”* terimini, karşıt olarak, bazı eylem, durum veya kişileri tasvir için kullanılmakta ve halk zarar görme riskiyle karşı karşıya gelmektedir.

Hükümlülere özgü risk değerlendirilmesinde, cezaevinden salıverilme (şartlı/bihakkın) sonrası kişinin topluma uyumunu riske atabilecek içsel/dışsal faktörlerin belirlenmesi (örneğin; iş olanakları, maddi/manevi destek sistemleri, yeni suç işleme eğilimi, tehlikelilik vs) gerekmektedir. Bu bağlamda *“tehlikelilik”* faktörlerden yalnızca biri olarak belirmektedir.

Risk değerlendirilmesinde, bazı potansiyel risk faktörleri ile tehlikelilik arasında ilişkişel illüzyona da tanık olunmaktadır. Bunun en belirgin örneği de, akıl hastası kişilerin, şiddet ve tehlikeli olmalarının akıl hastası olmayanlara göre fazla olduğuna çoğu insanların inanmalarıdır. Ne var ki, kuvvetli bir ilişkiye işaret eden çok az kanıt vardır.

Davranışları tahmin etmek her zaman aynı derece de kolay olmamaktadır. Eğer davranış toplumda sıkça var olan bir davranış türü ise, örneğin çay içme, o davranışa özgü tahmin yapılması çok kolay olurken; bir şahsın çay içip içmediğini tahmin etmeniz istenildiğinde verilecek yanıtın *“evet”* olmasının doğruluk derecesi oldukça yüksek olurken, sıkça görülmeyen davranış türlerinde tahmin olasılığı düşük olmaktadır. Nitekim adam öldürme oranı Türkiye’de yaklaşık 100.000’de iki ise, kimin katil ve kimin maktul olacağını tahmin etmek oldukça zor ve belki de imkansız görülmektedir.

Tehlikeli davranış gösterisini tahmine özgü değişkenler/tahmin cetvelleri arasında Webster tarafından geliştirilen TKR-20²¹ projesi güvenilir bir nitelik sergilemektedir. Tarihsel, klinik ve risk değişkenleri tehlikelilik ve risk değerlendirilmesinde yararlı görülmektedir. Tarihsel değişkenler hükümlünün öz geçmişindeki sabit veya statik olanlarıdır. Klinik değişkenler kişinin içinde bulunduğu mevcut faktörlere ilişkin beden ve ruh sağlığı uzmanlarının değerlendirmeleri; risk değişkenleri ise, uzmanların salıverilecek hükümlülerin farklı

²¹ C.D. Webster & D. Eaves, The HCR-20: A Scheme for the Assessment of Dangerousness and Risk, 1993.

ortamlarda riskin üstesinden nasıl gelebileceklerini tahmin etmelerine yardımcı olanlardır.

İşte bu üç gruptaki değişkenler şöyledir:

1. evre: Tarihsel/Statik değişkenler

1.Önceki şiddet olgusu

Gelecekteki şiddet eyleminin en iyi belirleyicilerinden biri geçmişteki şiddet içeren davranışlardır. Bir kişinin gelecekte şiddet içeren bir davranışta bulunma olasılığı bu türden geçmişteki her olgu oranında artış göstermektedir. Bu nedenle, kişinin geçmişte şiddet eylemlerine ait kanıt güçlü olduğunda tehlikeli davranışta bulunma olasılığı da fazla olacaktır.

2. Yaş

Birincisi, yaşla gelecekteki şiddet gösterimi arasında ters bir ilişki vardır. Suçlu yaşça genç olduğunda suçlunun gelecekte şiddete başvurma olasılığı da fazladır. İkincisi ise, ilk şiddet olgusunda kişi ne kadar genç ise, şiddet suçlusu olma veya olmaya devam etmesi olasılığı da o derece fazladır. Şiddet olgusunun gelecekteki şiddet gösterimi için dayanak olmasındaki güçlük çok suçlunun genç olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, dikkatler özellikle şiddet eylemin biçimine odaklanmalıdır. Genelde, sıkça işlenen oldukça yoğun ölçekli şiddet eylemler serisi ara sıra işlenen şiddet olgularına göre fazlaca tahmine esas olmaktadır.

3. Dengeli bir yaşam stili

İstikrarlı bir iş hayatı, aile bağları ve sosyal desteğe sahip hükümlüler şartla salıverme süresince düşük bir risk oluşturmaktadır. Yalnız yaşam stilineki dengenin şiddet eylemleri açısından düşük bir risk oluşturması açısından doğrudan ilişkisi pek açık değildir.

4. Alkol veya uyuşturucu madde/ilâç suiistimali

Madde suiistimali ile şiddet eylemleri arasında genel bir ilişki vardır. Gelecekteki şiddet veya tehlikeli davranışı tahmin bakımından kişinin geçmişteki şiddet eylemlerinin ne ölçüde uyuşturucu madde-

ye ilişkili olduğu özellikle önemli görülmektedir. Şiddetin kendisini kontrol etmenin ne kadar zor olduğu göz önüne alındığında suçluların hem şiddet eğilimleri ve hem de madde suiistimali sorunlarının üstesinden gelebilmesinin ne derece zor olduğunu düşünmek hiçte abartı olmayacaktır.

5. Akıl hastalığı

Genelde kişilik bozuklukları ve özelde psikopatlık şiddet riskine ilişkili görülmekte iken, diğer akıl hastalıkları örneğin şizofreni gerçekte şiddetle ters ilişki içinde olabilir. Genelde çoğu akıl hastası kişilerin şiddet eylemleri için bir risk oluşturmadığı; veya en kötüsünden, aralarında ilişkinin çok zayıf bir ilişki olduğu söylenebilir. Bu nedenle, akıl hastalığı geçmişi olan bir kişinin ilerde tecavüzkar olup olmayacağını tahmin etmek üzere geçmişte işlediği şiddet eylemi ile akıl hastalığı arasında bir ilişkisi olup olmadığına bakılmalıdır.

6. Psikopatlık

Geçmişinde şiddet yoğunlaşmasına tanık olunan psikopat kişilerin mükerrir şiddet suçlusu olma riski oldukça fazladır.

7. Okuldaki uyumsuzluklar

Kişinin ilk/orta öğretimdeki (a) Akademik yeteneksizliği ve okul başarısızlığı (b) Sınıftaki davranışı ve okuldaki genel uyumsuzluğu şiddet eylemleri için artan derece de bir risk oluşturabilmektedir. Bu iki faktörü özellikle okul döneminde tam olarak değerlendirmek zor görülmekte ise de, ilerdeki şiddet eylemleri için güçlü bir ilişkiye işaret ettikleri göz ardı edilmemelidir.

8. Kişilik bozuklukları

Kişilik bozuklukları şiddet açısından artan derecede bir risk işaret etmektedir. Bu durum özellikle anti-sosyal kişilik bozukluğu (psikopatlık) ve sınırdaki kişilik bozuklukları için geçerlidir.

9. Suçlunun önceki salıverilme sonrası başarısızlığı

Cezaevinden daha önce şartla salıverilen hükümlünün başarısızlığı -özellikle sergilediği şiddet eylemleri- bu kez de yeni bir suçtan

cezaevinde bulunan hükümlünün salıverilmesi sonrası başarısız olacağını gösteren güvenilir bir faktördür.

10. Ebeveynden ayrılık

Dengeli bir yaşam ve okuldaki uyuma ilişkili olarak, 15 yaş öncesi ebeveyninden ayrılmış bulunan suçlular genelde şiddet eylemleri için artan bir risk oluşturmaktadırlar. Bu durum yalnızca ölüm dışı nedenlerle ebeveynden soyutlanmış kişiler için geçerli görülmektedir.

II. evre: Klinik/Mevcut Değişkenler

11. İç görü

Bu faktör kişinin kendi akıl hastalığına ait iç görüsüdür. Bu faktör daha genel bir anlatımla, suçlunun işlediği suçtan sorumluluğu kabul etmesine ve ne ölçüde suçlu davranışının ciddiyetini takdir etmesine ilişkin bulunmaktadır. Bu nedenle, işlediği bir suçtan dolayı suçlu toplumda/ceza adaleti sisteminde/davranışın diğer dış nedenlerinde arama yaklaşımı önemlidir.

12. Düşünceler

Suçlunun taşımakta olduğu düşüncelerin toplumsal veya toplum karşısı olup olmadığı belirlenmelidir. Suçlunun ne ölçüde düşmanca, empulsif, tutarsız, sorumsuz, saldırgan vs olduğuna dikkat edilmelidir. Burada sözü edilen “şiddet eylemine özgü risk” olduğundan suçlunun önceki şiddet eylemi hakkındaki düşüncelerini saptamak önemlidir. Suçlu kişi üzüntü ve nedamet duymakta mıdır? Veya eylemlerini küçümsemekte, şiddet ve niteliğini yadsımakta mıdır?

13. Semptomlar

İstisnai bir görüntü sergileyen şiddet veya saldırgan davranışlara ait semptomlara değinilmektedir: Suçlu özellikle dehşet verici bir davranış sergiledi mi? Suçlunun beslediği şiddete yönelik fantezileri var mı? Suçlunun sergilediği şiddetin herhangi bir şekilde bazı algısal veya muhakeme yetersizliğine ilişkisi var mıdır?

14. Duygusal Denge

Duygusal dengesizlik, şiddet olgusu için klinik risk faktörü olarak

görülmektedir. Bu nedenle, suçlunun ne ölçüde duygusal denge sergilediği veya güven içinde olduğunu değerlendirmek önemlidir. Ek olarak, suçlunun geçmişindeki şiddet eylemine ilişkin risk faktörlerinin önemini göz önüne alarak, kişinin duygusal dengesizliğinin önceki şiddet gösterisine ilişkin olup olmadığı ciddi bir şekilde değerlendirilmelidir.

15. Rehabilitasyona Yatkinlık

Bu faktör suçlu kişinin geçmişte ve şimdiki rehabilitasyon girişimlerine ne derece yanıt verdiğiyle ilişkin bulunmaktadır. Bu bağlamda, hükümlünün risk faktörlerinden (örneğin uyuşturucu madde/ilaç suiistimali, beslediği düşünceler) kaynaklanan sorunları halletmek için cezaevlerinde yürütülen programları kullanma yeteneği dikkatlice değerlendirilmelidir.

III. evre: Risk/Gelecekteki Değişkenler

16. Geçerli Plan/Programlar

Geçmişte şiddet eylemi sergilemiş bir suçlunun yaşamında hiçbir şeyin değişmemiş olması halinde gelecekte benzer eylemleri sergilememesi için hiçbir neden yoktur. Salıverilen hükümlülerin özel gereksinmelerine (madde suiistimali, duygusal dengesizlik v.s.) uyarlı programlarla risk faktörleri azaltılırken, maddi/manevi destek sistemleri artırılmalıdır. Aksi takdirde mükerrir suçluluk kaçınılmaz olmaktadır. Nitekim, 4616 sayılı af kanunu ile salıverilen çoğu şiddet suçlusu yeniden şiddet suçları işlemişlerdir.

17. Temas İmkanı

Yukarda ki 16. faktördeki bilgiyi takiben, salıverilen suçlunun şiddete yönelme riski kendisini riske sokacak veya uyuşturucu maddeyi sağlayacak kişilerle teması ölçüsünde artacaktır. Suçlunun olası mağdurlar, silahlar, birlikte suç işleyeceği kişilerle teması olabilecek mi? Suçlunun yeniden uyuşturucu madde/ilaç suiistimal etme riski var mı? Suçlunun suiistimali kontrol konusundaki düşünce ve planları var mı?

18. Destek

Suçluların şiddete yönelme riskini azaltmasında yardımcı olacak bir destek sisteminin varlığı oldukça önemlidir. Destek sistemi bir eş, aile ve dürüst arkadaşları kapsamakta ise de, yalnız onlarla da sınırlı olmayıp; gerektiğinde profesyonel destek sağlanabilmelidir.

19. Uyumlu olabilme

Suçlu kendisine sunulan programlara, verilen destek veya yardıma ilgisiz kaldığında dünyadaki tüm plan ve destek sistemleri kendisi için yetersizlik ifade edecektir. Cezaların infazı sırasında hükümlülerin davranışlarını değiştirmeye istekli olması ve programlardan yararlanması gerekmektedir. Programların gerçekçi olmaması veya hükümlünün isteksiz olması halinde risk faktörlerinin devreye gireceğine kuşku duyulmamalıdır.

20. Stres

Stres faktörü saldırgan kişide var olan şiddet eylemi riskini artırmaktadır. Bazı stres faktörlerini (örneğin iş, ihtiyaç duyulan hizmetlerin varlığı) tahmin etmek nispeten kolay ise de, diğerlerini (örneğin destek sağlayan bir kişinin ölümü) tahmin etmek zor veya imkansız görülmektedir. Yalnız, stres ve şiddet arasındaki ilişki kadar suçlunun yaşamındaki olası stres faktörlerine ait incelemeler suçlunun cezaevinden salıverilme sonrası şiddet riski oluşturmasını belirlemede yardımcı olabilecektir.

İşte TKR-20 değişkenler serisi ile edinilen bilgi psiko-metrik bir ölçümleme vasıtası olmak yerine tehlike ve şiddete ilişkin güvenilir nitelikte bir tahmine rehberlik yapmaktadır. Bu nedenle, bu tahmin işleminde yapılan toplam bir puanlama saptamak yerine belli bir hükümlüye özgü değişkenlerin ne ölçüde yoğunluk sergilediğini belirlemektir. Bu süreçte, tüm değişkenlerin her suçlu için aynı derece de önemli olmadığı bilinmelidir: Okuldaki uyumsuzluk veya ebeveyninden ayrılmışlık bazı suçlularda özellikle yararlı bilgi sağlarken, diğerlerinde bu bilgi suçlunun geneldeki duygusal ve davranış sorunlarını anlama da yararlı olabilir.

TKR-20 Değişkenler Tablosu

Tarihsel Değişkenler	Klinik Değişkenler	Risk Değişkenleri
----------------------	--------------------	-------------------

T1-Önceki Şiddet	K1-İç görü	R1-Geçerlilik
T2-İlk suç yaşı		
T3-İlişkideki denge	K2-Düşünceler	R2-Temas
T4-İşteki denge		
T5-Alkol veya uyuşturucu	K3-Semptomlar	R3-Destek
T6-Akıl hastalığı		
T7-Psikopatlık	K4-Dengeli	R4-Uyum
T8-Erken uyumsuzluk		
T9-Kişilik bozukluğu		
T10-Önceki tahliye başarısızlık	K5-Tretman yatkınlığı	R5-Stres

Geçmiş	Şimdi	Gelecek
I. EVRE	II. EVRE	III. EVRE

SONUÇ

Suçlarda artış veya hukukta/yargılamada tıkanma olduğunda elimizde tek çare şu müthiş sözdür: "daha fazlası" dır.²² Nitekim, bazı suç türlerinde artış görüldüğünde cezaları ağırlştırıyoruz; davalar arttığında mahkeme/hâkim sayısını artırıyoruz; cezaevleri nüfusu arttığında yeni cezaevleri inşa ediyoruz; tıpkı yollarımız kalabalıklaştığında, daha fazla yol / alt geçit inşa edilmesi; kentlerimizde güvenlik sorun haline geldiğinde, daha fazla sayıda kolluk gücü için çağrı yapılması gibi.

²² Araştırma kanıtları, belli minimum seviyenin üstündeki ekstra kolluk gücü veya fazlaca ağır cezaların (potansiyel) suçluları önleme veya inkapasite etmedeki olası (ilave) etkisinin sınırlı ölçüde olacağını göstermektedir. Bk. G. C. Thomas and D.Edelman. "Evaluation of Conservative Crime Control Theology" Notre Dame Law Review Vol 63, no .2 (1988) pp.123-160.

Ne var ki, “*daha fazlası*” şimdiye dek sorunu çözmedi. Asıl sorun mahkeme değil, adalettir ve bu adaletin de yalnızca Adalet Bakanlığında olmadığı bilinmelidir. Yine güvenlikte sorun kolluk görevli sayısı değil, güvenlidir.

Ceza adaleti sistem analizinin belgelediği beraat, düşme(aşınma) ve adli yanılma oranlarındaki çarpıcı oranlar²³ kalite açısından patolojik bir görüntü sergilemektedir. Bu istatistik görüntünün yıllarca süregelmesine karşın Adalet Bakanlığı ve Yüksek Yargıda gerekli irade tezahürüne tanık olunamadı. Öte yandan Beş Yıllık Kalkınma Plan Stratejileri ve yıllık kalkınma programlarında şimdiye dek beraat/düşme/adli yanılma için bir oran hedeflendiğine tanık olamadım. Halkta bilinç yaratılmadığı için demokratik sistem de gerekli değişimi sağlayamadı. İşin trajik yanı ceza işlerinde bozma oranı %40 gözükmekte ise de, Yargıtay Başsavcısı Nuri Ok bu oranın gerçekte %70 civarında olduğunu belirtmektedir.²⁴

Ceza adaleti sisteminde “*her şey sanki suçluları korumaya yöneliktir*”. Sistemde mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve dengesizliğe tanık olunmaktadır. Bu durum isimlendirme açısından Batı dünyasında daha da belirgin olmaktadır: Ceza adaleti “*criminal justice*” (yoksa victim justice değil) olarak adlandırılmaktadır. Mevcut adli süreç “*mağdur*”u daha da mağdurlaştırılmaktadır; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmektedir. Hüküm giyen suçlu eğitilmekte, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulabilmekte; kendilerine “*af*” sağlamak üzere kader kuranı etiketi yapıştırılmakta; aflare salıverilenler özellikle cinsel sapıklar yeni kurbanlara doğru yelken açmaktadırlar. Tasarı’da psiko-sosyal anketlerle suçluların öz geçmiş-

²³ “...Savcılar otomatik dava açma makinesi olmaktan çıkarılmalıdır.” TÜSİAD. Yargılama Düzeninde Kalite, İst.,1998 s. 80; M.T.Yücel. *Hukuk Sosyolojisi-Hukuk ve Gerçekler* Ank., 2004; Avrupa ve Dünyadaki aşınma görünümü için bk. Heuni. *Crime and Criminal Justice Systems in Europe and North America 1990-1994*, Helsinki, 1998 pp. 95-100. M.T. Yücel. *Kriminoloji İst.*,(Umud Vakfı Yayını)) 2004. Adalet istatistiklerinin belgelediği olgusal gerçeği Aristotles, Retorik’te şöyle dile getirmektedir: “*İnsanlar, bir şeyin yapılabileceğini ve kendileri tarafından yapılabileceğini kendileri varsayıyor olmalıdır: ya yakalanmadan yapabileceklerini, ya da yakalanırlarsa cezadan kaçabileceklerini, cezalandırılabilirler bile, zararın kazançlarından veya önem verdikleri şeylerden daha küçük olduğunu varsayıyor olmalıdır.*” (Yapı Kredi Yayını) İst.,1995, s.78.

²⁴ 3.03.2004 tarihinde kendisi ile yapılan özel söyleşi.

lerinin profili çıkarılırken, mağdurlara ne olduğu konusunda hiç bir araştırma yapılmıyor. Cinayete kurban gidenler, sanki "temizlendiler". Onlar mağdur potansiyelli kişilerdi; cinayet olmasa başka bir nedenle X olacaktı-belki de yolda yürürken kafalarına bir saksı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, zamanaşımı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdikleri travmanın etkisine mahkum oluyorlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken, mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalasamıştır. İlke defa suç işlediklerinde korunan suçlular saliverilme sonrası yeniden suç işlediklerinde (belli bir süre geçtikten sonra) sistem yine koruyuculuğunu sürdürmekte; zaman zaman cezai sorumluluk açısından akıl hastalığı devreye girerek (insanity defense) farazi açıklamalarla sanığın cezai sorumluluğu olmadığı de hükme bağlanabilmektedir. Kuşkusuz, bu düzenleme de sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanmalı; bu saptama sonrası yaptırım ve tretman türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisinin mi olacağı) belirlenebilmelidir.

Sorun good ve evil'in/iyi ve kötünün ayırt edilmesi ve halkın bilgilendirilmesi, çelişkili durumların giderilmesidir. Yoksa ceza kanununa farklı anlamlar ve tonlar yükleyerek ceza adaleti sürecini iyice muğlak hale getirmek amaç olmamalıdır. Yalnız normatif çelişkiler yanında sosyal psikoloji açısından beliren çelişkilerde sosyal güdülenmelerde şizofreniye neden olmaktadır. Yukarıda sergilenen teze başka açıdan bakıldığında, toplum bir yandan, "Ne bu rezalet canım, burası nasıl bir ülke, güvenliği kalmadı, nereye baksanız bir sorun, bir olay/bir cinayet" diyor; öte yandan, cinayet işleyenler omuzlara alınarak, destek veriliyor; olası affa moral destek vermek üzere onları kader kurbanı olarak isimlendiriyorlar. Veya kişiler kendilerini güvenli/sonuç alabilecek şekilde güçlü hissetmediklerinden tepki gösteremiyor/itiraz etmiyor; kaderine razı oluyorlar. Kader kurbanı derken tüm toplumun kader kurbanı olma riski göz ardı ediliyor.

Gerçekte ceza kanununa teoriler açısından yeni bir felsefeyle yaklaşım isteniyorsa, mağdur eksenine dayalı olarak yaklaşılmalı;²⁵ mağdurun daha fazla mağduriyetini önlemek için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Hiç kuşkusuz, Tasarı'nın bu doğrultudaki düzenlemeleri oldukça olumlu görülmektedir.

Sonuç çıkarım olarak, toplumsal düzen ve kişilerde güven duygusu yaratmak bakımından temel sorunların üzerine eğilmek yerine işin en kolay yanı olan ve fakat içerdiği yeni kurumlarla yüksek bedelli yeni bir ceza kanunu yaratmak iddiası ile ortaya konulan bu Tasarı'yla toplumsal güvenliğin eskisinden daha iyi sağlanacağı iddiası sanal bir iddia olmaktan öteye geçemeyecektir.

²⁵ Mağdura göre cezaların ağırlaştırılması: Niçin bir trilyonardan yapılan bir milyarlık hırsızlıkla fakir bir insandan yapılan bir milyarlık hırsızlıkta suçlular aynı cezaya çarptırılmaktadır? Türkiye için geçerli olan bu durum ABD'de farklılık sergilemekte; ABD. Federal Yaptırım Rehber Kuralları uyarınca zayıf mağdura karşı işlenen suçta ceza ağırlaştırılmaktadır.

TÜRK CEZA KANUNU TASARISI'NDAKİ BAZI SUÇ DÜZENLEMELERİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Necati APAYDIN*

I. GİRİŞ

TCK yürürlüğe girdiği 1926 yılından bu yana, altmış kez değiştirilmesine karşın, çağdaş hukukun evrensel ilkelerine yakışan bir uygulamaya olanak sağlayamamış ve gelişen olaylar bakımından toplumun beklentilerine cevap verememiş olduğundan çevrelerin, özellikle hukukçuların eleştiri ve şikayetlerine hedef olmuştur.

Bu nedenle çağdaş bir ceza kanunu yapılmasının zorunluluk haline geldiği bir ortamda komisyonca düzenlenen TCK Tasarısı ileri ve cesur bir adım sayılmalıdır. Ancak, metnin kanunlaştırılması bakımından acele edilmesi, kamuoyunun beklentilerine uygun bir yasama faaliyeti olmaz.

Öncelikle metnin konu ile ilgili çevrelere dağıtılması, teori ve uygulama bakımından gelecek öneriler ışığında tekrar gözden geçirilerek olgunlaştırılması ve özellikle yeni düzenlemeler bakımından toplumsal uzlaşma sağlanması ve ondan sonra TBMM Genel Kurulu'na gönderilmesi gerekir. Bu yol izlenildiğinde, yetmiş sekiz yıllık uygulama sonucu oluşturulan "*İçtihat Hukuku*"nun kazandırdığı bilgi birikimlerinin, metnin olgunlaştırılmasına katkı sağlaması mümkün olacaktır. Bu yazıda; aşağıda gösterilen suçların Tasarı'daki düzenlemelerinin; TCK'daki düzenlemelerine nazaran mukayeseli şekilde incelenmesi yapılacak ve varılan sonuçlara göre saptanan eleştirileri açıklanacaktır.

* Yargıtay Onursal üyesi.

II. İNCELEME KAPSAMINDAKİ SUÇLAR

Konu başlığındaki “*Bazı suç düzenlemeleri*” deyimini, temyiz aşamasında incelenmesi Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi’nin görev alanı içinde bulunan ırza geçme, ırza tasaddi ve çocukları baştan çıkarma, reşit olmayanla cinsel ilişki, söz atma ve sarkıntılık, kadın, erkek kaçırma ve alıkoyma, zimmet, irtikap, denetim görevinin ihmali, rüşvet ve yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçlarının TCK Tasarısı’nın TBMM Adalet Alt Komisyonu’nca kabul edilen metnindeki düzenlemelerini kapsamaktadır. Bu suçlar Tasarı’nın “*Özel hükümler*” başlıklı ikinci kitabında değişik isimlerle yer almaktadır. İkinci kitabın “*Kişilere karşı suçlar*” başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde “*Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” başlığı altında 105. maddede cinsel saldırı, 106. maddede çocukların cinsel istismarı, 107. maddede reşit olmayanla cinsel ilişki ve 108. maddede cinsel taciz suçları, yine ikinci kısmın yedinci bölümünde “*Hürriyete karşı suçlar*” başlığı altında 112 ve 113. maddelerde “*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*” başlığı altında kaçırma ve alıkoyma suçu, ikinci kitabın “*Millete ve devlete karşı suçlar*” başlıklı dördüncü kısmının birinci bölümünde “*Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar*” başlığı altında 249, 250 ve 251. maddelerde zimmet, 252. maddede irtikap, 253. maddede denetim görevinin ihmali, 254, 255 ve 256. maddelerde rüşvet ve 257. maddede yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama suçlarının düzenlendiği görülmektedir.

III. TASARI METNİNDEKİ SUÇ DÜZENLEMELERİ

A. Irza Geçme, Irza Tasaddi ve Çocukları Baştan Çıkarma Tasarıya Göre Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçları

Tasarı’nın 105. ve 106. maddelerinde düzenlenmiş ve madde metinlerinde suçların tanımı ve kapsamı itibari ile oldukça değişik hükümlere yer verilmiştir. Bu değişikliklerin anlaşılabilirliği bakımından öncelikle TCK’daki düzenleme şekillerini hatırlatmak faydalı olacaktır.

TCK ırza geçme suçunu tanımlamamıştır. Kavram olarak “*ırza geçme*” cebirle gerçekleştirilen gayri meşru cinsel ilişki anlamı taşımaktadır. Cinsel ilişki erkeklik organının vajinal veya anal kanala, meninin mağdurun içine akmasını mümkün kılacak şekilde sokulmasıdır. Bu

itibarla cinsel organın ağza sokulması veya cinsel organ dışında bir organın (parmak) veya sair bir cismin vajinaya veya anüse sokulması ırza geçme sayılmaz. Bu özelliği nedeni ile fiil zorunlu olarak ancak bir erkek tarafından işlenebilir. Kadımlar bu suçun asli faili olamaz. Buna karşın, suçun mağduru kadın ve erkek olabilir. Cinsel ilişkinin gayri meşru olması da ayrı bir unsurdur. Hukuka aykırı olmayan cinsel ilişkiler bu suçu oluşturmaz. Örneğin kocanın eşi ile zorla cinsel ilişkide bulunması ırza geçme sayılmaz. Suçun bir diğer unsuru da cebirle (Maddi cebir, manevi cebir ve mefruz cebir) işlenmiş olmasıdır. Suçun manevi unsuru cürmi kasıttır. Bu konuda önemli olan husus suç saikinin cürmi kasıtle karıştırılmamasıdır. Saik, faili suça iten nedendir. Irza geçmenin muhakkak cinsel işlenmesi gerekmez. Fiil intikam, yaralama ve işkence saiki ile işlenmiş olsa bile suç oluşur. Çünkü fiilin kaynağı daima bir cinsel iç güdüdür.

Irza tasaddi ise cebirle gerçekleştirilen, cinsel birleşme boyutunda olmayan ancak bedeni teması içeren cinsel hareketlerdir. Bedeni temastan kast edilen şey, fiilin gerçekleştirilmesi sırasında, fail ile mağdurun bedenlerinin temas halinde olmasıdır. Suçun faili erkek ve kadın olabildiği gibi mağduru da hem erkek hem kadın olabilir. Bu suçta cebirle işlenmesi ve gayri meşru olması gerekir. İki suç arasındaki fark cürmi kast bakımındandır. Yargısal kararlara göre ırza tasaddide genel kasttan ayrı olarak fiilin suç oluşturması için failin özel bir kasıtle da hareket etmesi ve fiili cinsel arzularını tatmin saik ve amacı ile işlemiş olması aranmaktadır. Bu itibarla cinsel hareketlerin yaralama, hakaret ve intikam saik ye amacı ile işlenmeleri halinde ırza tasaddi suçunun oluşmayacağı kabul edilmiştir.

Irza geçme ve ırza tasaddi suçlarında mağdurun yaşı da suç unsurları arasındadır. Suçlar on beş yaş sınırına göre şekillendirilmiş ve mağdurun on beş yaşını bitirmiş veya bitirmemiş olması durumu farklı hükümlere bağlanmıştır. On beş yaşını bitirmeyen kimselere karşı işlenen ırza geçme ve ırza tasaddi fiilleri, yaş küçüklüğüne bağlanan cebir hali nedeni ile suç oluşturduğu halde, fiil işlenirken cebirin diğer hallerinin kullanılması şiddet sebebi sayılmış, buna karşın on beş yaşını bitiren kimselere karşı işlenen fiillerin suç oluşturması cebir kullanılması şartına bağlanmıştır. On beş yaşını bitiren ve reşit olmayan kimseler ile rızaen cinsel ilişkide bulunmak suç oluşturduğu halde, bunlara karşı gerçekleştirilen ırza tasaddi fiilleri suç sayılmamıştır.

Tasarı'daki düzenlemelere gelince; bu suçlar metnin 105. ve 106. maddelerinde cinsel saldırı ve çocuklarının cinsel istismarı başlıkları altında düzenlenmiş ve cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmek biçiminde tanımlanmıştır. Cinsel davranışlar, kişinin vücudu üzerinde iradesi dışında temas halinde gerçekleştirilen cinsel nitelikteki hareketlerdir. Cinsel davranışların erişkin kimselere karşı işleneni 105. maddede "*Cinsel saldırı*", çocuklara karşı işleneni ise 106. maddede "*Çocukların cinsel istismarı*" olarak nitelendirilmiştir. Suçların temel şekilleri ve nitelikli şekilleri olmak üzere iki şekli olup temel şekil ırza tasaddiyi, nitelikli şekil ırza geçmeyi karşılamaktadır.

Suçların maddi hareketi cinsel davranışlardır. Cinsel davranışların, cinsel arzuları tatmin amacı ile cinsel ilişki boyutuna varmayacak surette yapılıncinsel saldırı suçunun temel şeklini, buna karşın cinsel davranışların vücuda organ veya sair bir cismin sokulması sureti ile yapılıncinsel saldırı suçunun nitelikli şeklini oluşturmaktadır. Nitelikli cinsel saldırı suçunda da maddi unsur cinsel davranış olduğundan, bir fiil cinsel davranış olarak nitelendirilmedikçe bu suçun oluştuğundan söz edilemez. Bu nedenle erkeklik organının vücuda oral, vajinal ve anal yoldan sokulmasına veya başka bir organın örneğin parmağın veyahut sair bir cismin vücuda vajinal ve anal yoldan sokulmasına ilişkin fiiller ancak nitelikli suç kapsamında mütalaa edilebilir. Buna karşın parmağın veya sair bir cismin vücuda oral yoldan (ağza) sokulması suç oluşturmaz. Çünkü bu fiiller cinsel davranış değildir. Başka bir ifadeyle, nitelikli cinsel saldırının kapsamı; vücuda sokma şeklinde gerçekleştirilen cinsel davranışların, ya erkeklik organı ile yapılması veyahut başka bir organ veya sair bir cisimle yapılması halinde, vajinal ve anal kanalın hedef alınması fiilleri ile sınırlıdır. Bu açıklamaya göre suçun erkeklik organı ile gerçekleştirilenleri erkek tarafından, başka bir organ veya sair bir cisimle gerçekleştirilenleri ise hem erkek, hem kadın tarafından işlenebilir. Suçun mağduru da hem erkek, hem kadın olabilir.

Fiilin gayrı meşru zeminde (hukuka aykırı) işlenmesi koşul değildir. Zira fiilin evlilik ilişkisi içinde eşe karşı işlenmesi halinde, şikayet koşuluna bağlı olarak suç oluşturacağı madde metninde belirtilmiştir. Suçun manevi unsuru kasttır. Suçun temel şeklinin oluşması bakımından, ayrıca failin cinsel arzularını tatmin, saik ve amacı ile hareket etmesi koşuludur. Buna karşın suçun nitelikli şeklinin oluşmasında,

böyle bir koşul aranmamaktadır. Suçun bir diğer unsuru cebir ile işlenmesidir. Erişkin kişilere gerçekleştirilen cinsel davranışların, kişinin iradesi dışında yapılması gerekir. Rızaen yapılması halinde ceza sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Fiil işlenirken cebirin her çeşidinin kullanılması mümkündür. Bu haller 106. maddede "*Fiilin cebir tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde*" deyiimiyle ifade edilmiştir.

Çocukların cinsel istismarı 106. maddede TCK'da olduğu gibi mağdurun on beş yaşını tamamlamış olup olmamasına göre şekillen-dirilmiştir. On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği geliş-memiş olan çocuklara karşı işlenen fiillerin, rızaen işlenmiş olsalar bile, bu durumda yaş küçüklüğünden kaynaklanan mefruz cebir hali gerçekleşmiş olduğundan suç oluşturduğu kabul edilmiş ve suçun cebir (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) kullanılmak sureti ile işlenmesi hali ağırlatıcı neden sayılmış, buna karşın yaş küçüklüğü dı-şındaki diğer mefruz cebir halleri tekraren ağırlatıcı neden kabul edil-memiştir. On beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen cinsel davranışların suç oluşturması ise; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanmış işlenen cinsel davranışlardan, sadece cinsel ilişki şeklinde gerçekleştirilenler Tasarı'nın 107. maddesinde "*Reşit olmayanla cinsel ilişki*" başlığı altında ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve cinsel ilişki boyutuna varmayanlar, suç olarak kabul edilmemiştir.

Erişkin kimselere karşı işlenen cinsel saldırı suçunun temel şek-linin takibi mağdurun şikayeti koşuluna bağlandığı halde, çocuklara karşı gerçekleştirilen istismarın temel şeklinin takibi için böyle bir koşul aranmamıştır.

Maddelerin diğer fıkralarında cezanın artırılması nedenleri gös-terilmiştir. Bunlar suçun erişkin kimselere ve çocuklara karşı işlen-melerine göre bulunmaktadır. Tasarı'da TCK'da bulunan ve en çok uygulama alanı olan iki artırıcı nedene yer verilmemiştir. Birincisi; TCK'nun 417. maddesinde düzenlenen "*Suçun birden ziyade kimseler tarafından işlenmesi*" halidir. İkincisi ise; TCK'nun 418. maddesindeki "*Suçun mağdurun mayubiyetini müstelzim bulunması*" durumu, yani kız-lığın bozulması halidir.

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Tasarı'nın 107. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında on beş yaşını bitirmiş olan çocuklar ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın yapılan cinsel ilişki suç sayılarak, şikayet üzerine cezalandırılmakta, ikinci fıkrasında ise failin mağdurdan üç yaştan daha büyük olması cezanın artırılması nedeni olarak gösterilmekte ve suçun takibi için şikayet koşulu aranmaktadır.

C. Söz Atma ve Sarkıntılık Tasarı'ya Göre Cinsel Taciz Suçu

Tasarı'nın 108. maddesinde düzenlenmiştir. "*Cinsel taciz*" başlığı altındaki bu maddenin birinci fıkrasında söz atma ve sarkıntılık suçları ayırım yapılmadan tanımlanıp şikayet koşuluna bağlı olarak ceza yaptırımına bağlanmış ve ikinci fıkrasında bu suça özgü cezanın artırılması nedenleri gösterilmiştir.

D. Kız, Kadın ve Erkek Kaçırma ve Alıkoyma Tasarı'ya Göre Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu

Tasarı'nın 112 ve 113. maddelerinde düzenlenmekle birlikte bağımsız bir suç olarak düzenlenmiş değildir. Tasarı'nın 112. maddesinde "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" suçunun genel düzenlemesi içinde, bu suçun cinsel amaçla işlenmesi hali olarak yer almaktadır. Bu haliyle suç; erişkin bir kimseyi cinsel amaçla ve hukuka aykırı olarak cebir, tehdit veya hile kullanılmak suretiyle bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakma biçiminde tanımlanmaktadır. Suçun, maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel şeklinin oluşması fiilin hukuka aykırı olması, ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli şeklinin oluşması ise; fiilin cebir, tehdit veya hile kullanılarak işlenmesi koşuluna bağlanmıştır. Hukuka aykırılık kavramı, hukukun izin vermediği halleri ifade etmektedir. Suçun maddi hareketi, kişinin bir yerde tutulması, bir yere götürülmesi veya bir yere gitmesinin engellenmesi biçiminde gerçekleşebilir. Bu hareketlerin erişkin kimselere karşı cebir, tehdit veya hile kullanılmadan fakat rıza dışında yapılması hukuka aykırı sayılır. Bu hareketlerin çocuk yaştaki kişileri onların rızası ile yapılması, çocuğun rızası, veli veya vasisinin de rızası olma-

dıkça geçerli olamayacağından, hukuka aykırı sayılma durumunda değişiklik yapmaz. Ancak veli ve vasisinin de rızası ile gerçekleştirilen maddi hareketler ceza sorumluluğunu gerektirmez. Suçun oluşması için genel kasttan ayrı olarak cinsel amaçla işlenmiş olması da gerekir. Suçun faili ve mağduru hem erkek hem de kadın olabilir. TCK'nın 429. maddesinde erişkin kadınların kaçırılıp alıkonulmaları suç sayılırken, erişkin erkeklerin cinsel amaçla kaçırılmaları fiil kapsamı dışında tutulmuştur. Bu bakımdan Tasarı'da erişkin erkeklerin de cinsel amaçla kaçırılabilirliklerine ilişkin düzenleme bir yenilik getirmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, suçun eşe karşı işlenmesi artırıcı neden olarak gösterildiğinden TCK'daki düzenlemenin aksine fiilin eşe karşı işlenmesi de mümkündür.

TCK'da nasıl ki, mağdurun yaşı, yani reşit olup olmama durumu suçun şekillenmesine ve farklı hükümlere bağlanmasına neden oluyor ise; Tasarı'da çocuğa karşı işlenmesi ayrı bir artırıcı neden olarak gösterildiğinden, suçun işlenen şekli de bu suretle düzenlenmiş ve daha ağır ceza yaptırımına bağlanmış bulunmaktadır.

Maddenin diğer fıkralarında; cezanın artırılması nedenleri gösterilmiş, TCK'da olduğu gibi, kaçırılma mağdurun on iki yaşını doldurmamış olmasından, kaçırılan kadının evli bulunmasından ve suçun işlenmesi amacı ile veya suçun işlenmesi sırasında mağdurun ölümüne sebebiyet verilmesinden kaynaklanan artırıcı nedenlere yer verilmemiş ve Tasarı'nın 113. maddesinde; suç failinin, kaçırma ve alıkoyma nedeni ile soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakması "*Etkin pişmanlık*" başlığı altında cezanın indirilmesi nedeni olarak kabul edilmiştir.

E. Zimmet Suçu

Tasarı'nın 249, 250 ve 251. maddelerinde düzenlenmiştir. Tasarı'nın 249. maddesinin birinci fıkrasında basit zimmet, ikinci fıkrasında nitelikli zimmet (ihtilas) ve üçüncü fıkrasında kullanma zimmeti olmak üzere zimmetin bütün şekilleri düzenlenmiştir. TCK'nın 202. maddesinde kullanma zimmetinin ayrıca düzenlenmesine gerek gö-

rülmediği halde, Tasarı'da kullanıma zimmetine de yer verilmesi bir yenilik oluşturmaktadır. Suçun faili kamu görevlisidir. Maddede aynı bölümde düzenlenen diğer suçlarda olduğu gibi, "memur" kavramı yerine "kamu görevlisi" kavramı tercih edilmiş, böylece ceza hükmü içeren diğer ceza kanunlarındaki "memur sayılır" ve "memur gibi cezalandırılır" biçimindeki atıfların işlerliğine son verilmiştir.

TCK'nın 202. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "*Meydana gelen zararın ödenmemesi halinde, mahkemece ödettirilmesine re'sen hükmolunur*", aynı maddenin son fıkrasındaki "*Bu fiiller kamu bankaları aleyhine işlenmiş ise faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.*" 219. maddesinin birinci fıkrasında "*202. maddede yazılı suçun emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakim ve savcılar tarafından işlenmesi halinde verilecek cezalar yarısı oranında artırılarak hükmolunur*" ve son fıkrasındaki "*Bu kanunun 202. maddesi ile mahkum olanlara aynı zamanda memuriyetten müebbeten mahrumiyet cezası da verilir*" biçimindeki düzenlemelere tasarı metninde yer verilmemiştir. Ancak; zimmet suçunun işlenmesi nedeniyle meydana gelen zararın miktarı kesin şekilde belli olduğundan, müdahil kurumun talebi halinde faizi ile birlikte mahkemece, genel hükümler çerçevesinde tazminat olarak ödettirilmesine karar verilebilecektir. Böylece talep olmasa bile "*re'sen ödettirme*"ye olanak sağlayan kanun hükmü kaldırılmış bulunmaktadır. Ayrıca zimmet suçundan ötürü failin, hapis cezası ile mahkumiyetine karar verilmesi halinde Tasarı'nın genel hükümlerindeki 53. maddesi gereğince güvenlik tedbiri olarak failin memuriyet ve hizmette istihdam edilmekten yoksun bırakılmasına karar verilebilecektir.

Tasarı'nın 250. maddesinde; Zimmete geçirilen malın veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesine ilişkin bir ceza indirim nedeni etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmiştir. TCK'nın 202. maddesinin son fıkrasında; kovuşturma yapılmadan önceki ve hüküm verilemeden önceki evrelerde yapılan iade ve ödemeler ayrı miktarlarda indirim nedenleri olarak öngörüldüğü halde, Tasarı'daki bu maddeye ilişkin metinde bu iki evreye ilaveten, soruşturma başlamadan önceki evrede yapılan iade ve ödemeler daha fazla ceza indirimi sağlayan bir neden olarak kabul edilmiştir.

Tasarı'nın 251. maddesinde "*Daha az cezayı gerektiren hal*" başlığı altında, zimmet konusu malın değerinin azlığına ilişkin başka bir

cezai indirim nedeni düzenlenmiştir. TCK'nun 219. maddesinin üçüncü fıkrasında; zimmet konusu değerinin hafif veya pek hafif olması halleri ayırt edilerek seçeneksiz bir ceza indirimine bağlandığı halde Tasarı'nın bu maddesine ilişkin metinde, malın değerinin sadece hafif olması haline yer verilmiş, ancak ceza indiriminin alt ve üst düzey sınırları gösterilmek sureti ile seçenekli bir indirime bağlanarak, hakim değerinin hafifliğine göre indirim miktarının tayinine takdir hakkı tanınmıştır.

F. İrtikap Suçu

Tasarı'nun 252. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında icbar suretiyle irtikap, ikinci fıkrasında ikna suretiyle irtikap ve son fıkrasında da hatadan yararlanmak suretiyle irtikap suçunun tipleri, failin yarar sağlama olgusunu gerçekleştirme şekillerine göre tanımlanmış ve TCK'nun 209. maddesindeki hükme paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bu düzenlemede; TCK'nun 219. maddesinin birinci fıkrasındaki irtikap suçunun emir ve idare yetkisine sahip olanlar ile hakimler ve savcılar tarafından işlenmesine ilişkin artırıcı neden ile aynı maddenin üçüncü fıkrasındaki irtikap suçu dolayısıyla sağlanan yararın, hafif veya pek hafif olmasına ilişkin indirim nedeni ne yer verilmemiştir.

G. Denetim Görevinin İhmal Suçu

Tasarı'nun 253. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede; zimmet ve irtikap suçlarına bağlı yeni suç tipleri oluşturulmuştur. TCK'nun 203. maddesinde, sadece basit zimmet suçunun işlenmesi nedeniyle denetim görevini ihmal ederek zimmetin oluşmasına ve artmasına imkan verenlerin suç sayıldığı halde, Tasarı'nın bu maddesi ile yapılan düzenlemede, denetim ile yükümlü olan kamu görevlisinin;

a. Zimmet ve irtikap suçlarının işlenmesine kasten göz yumması, maddenin birinci fıkrasında;

b. Denetim görevini ihmal ederek zimmet ve irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlaması ise, maddenin ikinci fıkrasında; suç sa-

yılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır. Kasten göz yumma suçunda, fail işlenen zimmet ve irtikap suçlarının asli faileri ile iştirak halinde bulunduğundan müşterek fail olarak sorumlu tutulurken, ihmal suçunda fail müstakil konumda bulunduğundan bağımsız bir suçun faili gibi cezalandırılmaktadır.

H. Rüşvet Suçu

Tasarı'nın 254, 255 ve 256. maddelerinde düzenlenmiş olup 254. maddenin üçüncü fıkrasında; rüşvet suçunun tüm unsurlarını içerecek şekilde açık ve sade bir tanımı yapmıştır. Bu tanımda; *"Rüşvet, bir kamu görevlisinin gereklerine aykırı olarak, bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlamasıdır"* ifadesine yer verilmiş olduğundan, sadece haksız bir işin yapılması veya yapılmaması (yapılması gereken işin yapılmaması veya yapılmaması gereken işin yapılması) için yarar sağlanması rüşvet sayılmamış ve bu halde kamu görevlisinin konumunun icbar suretiyle irtikap suçu kapsamında değerlendirilmesi öngörülmüştür. Bu durumda yarar sağlayan iş sahibi kişinin icbar suretiyle irtikap suçunun mağduru konumunda olacağı tabidir.

Maddenin birinci fıkrasında rüşvet alan kamu görevlisi ile rüşvet veren kişinin ne şekilde cezalandırılacağı gösterilirken, rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, yarar sağlanmamış olsa bile suç tamamlanmış gibi cezaya hüküm olunacağı açıklanmak suretiyle bu suçta rüşvet anlaşmasının önemi vurgulanmak istenmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında; rüşvet alan veya alma konusunda anlaşmaya varan kişinin yargı görevi yapan hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde cezanın arttırılması öngörülmüştür.

Maddenin dördüncü fıkrasında; rüşvet suçunun faili bakımından uygulama alanı genişletilmiş ve kamu görevlisi dışında, kimlerin daha bu suçun faili olabilecekleri açıklanmış ve maddenin beşinci fıkrasında; yabancı kamu görevlisine, yabancı ülkede, uluslar arası ticari işlemler nedeni ile rüşvet teklif veya vaat edilmesi veya verilmesi rüşvet sayılmış ve bu düzenleme ile yeni bir rüşvet tipi oluşturulmuştur.

Rüşvet suçuna aracılık edenler bakımından TCK'nın 216. maddesinde olduğu gibi ayrı bir düzenleme yapılmayarak iki taraflı bir suç olan rüşvette, suçun tamamlanmasına kadar tarafların fiillerine iştirak edenlerin, Tasarı'nın genel hükümleri içinde yer alan 37, 38 ve 39. maddelerinde düzenlenen "*Suçta iştirak*" hükümleri yollaması ile cezalandırılmaları imkanı sağlanmıştır.

Tasarı'nın 255. maddesi; rüşvet suçunun işlenmesinden ötürü, lehine haksız yarar sağlayana tüzel kişiye, Tasarı'nın 61. maddesinde gösterilen güvenlik tedbirlerinden birine hükmedilmesi için yapılan yeni bir düzenlemeyi içermektedir.

Tasarı'nın 256. maddesinde; cezalandırmayı ortadan kaldıran etkin pişmanlık halleri düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında rüşvet alan veya rüşvet alma konusunda başkası ile anlaşılan kamu görevlisinin, ikinci fıkrasında; rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşılan kişinin, üçüncü fıkrasında; rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin soruşturma başlamadan önce, pişmanlık duyarak durumu soruşturma makamlarına haber vermesi ve rüşvet konusu şeyi aynen teslim etmesi halinde cezadan sorumlu olmayacakları öngörülmüştür. Madde; TCK'nın "*Cezasızlık sebebi*" başlıklı 215. maddesi hükmüne paralel hükümler içermekte olup üçüncü fıkrasında, rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin durumlarını da açıklığa kavuşturması bakımından daha kapsamlı bulunmaktadır.

TCK'nın 217. maddesinde "*Müsadere*" başlığı altında "*kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde rüşvet olarak verilen para, eşya ve diğer şeylerin veya bunlarla edinilen mal ve değerlerin müsadere sine hükmedilir*" denilerek rüşvette müsadereye ilişkin özel bir düzenleme yapıldığı halde, Tasarı'da bu şekildeki özel bir hükme yer verilmemiştir. Bunun nedeni; rüşvet konusu olan para, eşya ve diğer şeylerin veya bunlarla edinilen mal ve ekonomik değerlerin Tasarı'nın genel hükümleri içinde yer alan "*Kazanç müsadere si*" ne ilişkin 55. maddesi gereğince müsadere lerinin mümkün bulunmasıdır.

İ. Yetkili Olmadığı Bir İş İçin Yarar Sağlama Suçu

Tasarı'nın 257. maddesinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisinin görevine girmeyen ve yetkili olmadığı biri işi yapabileceği veya yaptırabileceğinden bahisle kişiden yarar temin etmesi bu maddeyle ceza yaptırımına bağlanmıştır. TCK'nın 218. maddesinde düzenlenen suç tipini karşılamakla birlikte, Tasarı'da madde kapsamı genişletilmiş ve kamu görevlisinin işi yapabileceği yanında özel ilişkileri nedeniyle işi yaptırabileceğinden de söz etmesi suç sayılmıştır.

IV. SUÇ DÜZENLEMELERİNE İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

A. İkinci Kısım Altıncı Bölümdeki Suçlara İlişkin Olanlar

Bu bölümdeki cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına ilişkin düzenlemeler için şu eleştiriler yapılabilir.

1. Dil yönünden, tasarı metnindeki terim ve kavramların, Türkçe karşılıklarının kullanılmasına özen gösterilmiş olduğundan, 106. maddede çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların "*istismar*" sözcüğüyle ifade edilmesi yakışık değildir.

2. Tasarı'nın 105. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun temel şeklinde, mağdurun şikayet etmesi koşulunun aranması, madde metninde iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası öngörüldüğü nazara alındığında, suçun takibini zorlaştıracak ve mağdurun şikayet etmemesi konusunda baskı altında tutulmasına neden olabilecektir.

3. Tasarı'nın 106. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarında çocuğun bitkisel hayata girmesi (beyin ölümü) artırıcı neden kabul edildiği halde, bu suçun erişkin kişilere karşı işlenen düzenleyen 105. maddede artırıcı neden sayılmamasına anlam verilememiştir.

4. Kaçırma ve alıkoyma suçu ile cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları genelde içtima halinde ve birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmekte ve iki fiil arasında bu şekil araç suç-amaç suç ilişkisi bulunmaktadır. Tasarı'nın 112. maddesinde kaçırma ve alıkoyma suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi bir artırıcı neden

olarak düzenlenmiş bulunduğundan, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında da böyle bir düzenlemeye yer verilmesi ve bu suçun faileri lehine yaratılan ayrıcalığın ortadan kaldırılması gerekir.

5. Tasarı'nın 107. maddesinin ikinci fıkrasında failin mağdurdan üç yaş daha fazla büyük olması halinde, şikayet koşulu aranmaksızın, cezasının iki kat artırılacağı öngörülmektedir. Yargıya intikal eden olayların genelinde, failin her zaman için mağdurdan üç yaş daha büyük olduğu görülmektedir. Bu durumda istisnaen uygulanması gereken artırıcı neden, her olayda üstelik şikayete gerek görülmeden uygulama alanı bulacak ve maddenin birinci fıkrasının uygulama alanı oldukça daralacak olduğundan yaş aracılığı açılmalıdır.

B. İkinci Kısım Yedinci Bölümdeki Suçlara İlişkin Olanlar

Bu bölümdeki kaçırma ve alıkoyma suçuna ilişkin düzenlemeler için şu eleştiriler yapılabilir.

1. Kadın, kız ve erkek kaçırma, alıkoyma suçu ülkemizde çokça işlenen suç tiplerinden olmasına karşın, suçun maddi hareketindeki ayniyet nedeniyle "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" suçunu düzenleyen 112. madde metni içinde, bu suçun "*Cinsel amaçla işlenmesi hali*" olarak gösterilmiştir. Oysa bu suç toplumumuzda aileler arasında kan davalarına neden olan bir olgu olarak önem taşımaktadır. Düzenleme tekniği de hukukumuzda yabancıdır. Suçun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilinin, maddede sayılan artırıcı nedenlerinin gerçekleşmesi ile oluştuğu ve şekillendiği görülmektedir. Bu düzenleme uygulamayı zorlaştıracaktır. Suçun aynı bölümde ayrı bir madde halinde düzenlenmesi hem önemsenmesini sağlayacak, hem de uygulamayı kolaylaştıracaktır.

2. Tasarı'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasında, nitelikli cinsel saldırı suçunun, eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi eşin şikayetine bağlandığından, eşe karşı işlenen kaçırma ve alıkoyma suçuna ilişkin 112. maddede de şikayet koşulu aranmalıdır.

3. Tasarı'nın 113. maddesinde; failin kaçırılan veya alıkonulan mağduru, soruşturmaya başlamadan önce, güvenli bir yerde serbest bırakması, etkin pişmanlık olarak ceza indirimi nedeni sayılmıştır. Bu düzenleme ile korunmak istenen hukuki menfaat mağdurun suçtan zarar görmesini önlemek olduğundan, fail soruşturmaya başladıktan sonra da mağduru serbest bıraktığında ceza indiriminden yararlanabilmelidir.

C. Evlenme Nedeniyle Dava ve Cezanın Ertelenmesine İlişkin Olanlar

Irza geçme ve irza tasaddi ile kaçırma ve alıkoyma suçlarında failin mağduru ile evlenmesi nedeniyle dava ve cezanın ertelenmesi kamuoyunda en fazla tartışılan bir konudur. TCK'nın 434. maddesinde; evlenme halinde kamu davasının ve ceza verilmiş ise cezanın çektirilmesinin ertelenmesi öngörülmektedir. Tasarı metninde bu şekildeki bir düzenlemeye yer verilmediği gibi, ayrıca nitelikli cinsel saldırı (ırza geçme) ile kaçırma ve alıkoyma fiillerinin eşe karşı işlenmesi halinde bu suçların oluşacağı hükme bağlanmıştır.

Evlenme nedeniyle etelectede korunan hukuki menfaat, suç failini himayee etmek, onu cezadan kurtarmak olmayıp, ailenin üstünlüğünü sağlamak ve mağdur kadın açısından suçtan meydana gelen zararlı sonuçları hafifletmektir. Anayasa Mahkemesi TCK'nın 434. maddesinin Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal istemini reddetmiş (09.10.1997 tarih ve 77/66 sayılı karar) ve red gerekçesinde; evlenme durumunda devletin cezalandırma yetkisinin, aile birliğinin korunması amacıyla, askıya alındığı vurgulanmıştır. Anayasa'nın "Ailenin korunması" başlığı altındaki 41. maddesinde de devletin aileyi koruma yükümlülüğü açıkça belirtilmiştir. Bu yükümlülük bakımından, suç işlemeyenler ile işleyenlerin evlilikleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Çok istisnai olaylardan, örneğin on kişinin bir kadını kaçırıp ırzına geçtikten sonra birisinin mağdureyle evlenmesinin hepsini cezadan kurtaracağından söz edilerek, müesseseyi dışlamak, izlenen suç siyaseti bakımından uygun görülebilir. Ne var ki evlenmelerin çoğunluğu on beş yaşını bitirmiş olan kız çocuklarının rızaen kaçırılması ve onlar ile cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunulması fiilleri ile sınırlı

kalmakta ve bu ortamda hukuka uygun olarak yapılan evlenmeler Türk toplumunun vazgeçilmez gerçeklerinden biri olarak görünmektedir. Evlenme iki aile arasında yapılan bir uzlaşmadır. Uzlaşma ise hukukun bir parçasıdır. Bu uzlaşmayı göz ardı etmek ve aile birliğini dışlayarak, failin cezalandırılmasını istemek, uygulama sırasında çıkabilecek sorunlar bakımından sakıncalıdır. Bugün toplumun feminist çevrelerinden –hem de müessesenin amacına aykırı gerekçelerle– gelen sızlanma ve şikayetlerin, daha fazlasının, yarın bu suretle oluşturulan aile çevrelerinden gelebileceği iyice hesaplanmalı ve müessesenin kaldırılması yerine, hiç değilse bu suçların yukarıda açıklanan rızaya dayalı şekilleri bakımından revize edilip, bir etkin pişmanlık nedeni olarak korunması görüşü benimsenmelidir.

D. Dördüncü Kısımın Birinci Bölümündeki Suçlara İlişkin Olanlar

Bu bölümdeki zimmet, irtikap ve rüşvet suçlarına ilişkin düzenlemeler için şu eleştiriler yapılabilir.

Zimmet, irtikap ve rüşvet suçları; Tasarı'da "*Kamu idaresinin güvenirliliği ve işleyişine karşı suçlar*" başlığı altında düzenlenmiş ve bu fiillerin ceza yaptırımına bağlanmasıyla korunan hukuki menfaatin ortak olması nedeniyle düzenleme, aynı bölüm içinde yapılmıştır. Kamu görevlilerinin idareye karşı dürüst ve iş sahiplerine karşı tarafsız davranmalarının sağlanması bakımından bu fiiller suç sayılarak ceza yaptırımına bağlanmıştır. O nedenle fiiller, işleniş şekilleri itibarıyla birbirlerine çok yakın benzerlikler taşımakta, irtikap gibi görünen fiil rüşvete ve rüşvet gibi görünen irtikapa dönüşebilmektedir. Bu özelliklerinden dolayı bu fiillere ilişkin suç düzenlemesi yapılırken, ortak hükümlere yer verilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla;

1. Tasarı'nın rüşvete ilişkin 254. maddesinin ikinci fıkrasında "*Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması hali*" artırıcı neden olarak kabul edildiğine göre irtikap suçundan da benzer düzenlemeye yer verilmelidir.

2. TCK'nın 219. maddesinin birinci fıkrasında; "*Zimmet, irtikap ve rüşvet suçlarının emir ve idare yetkisine sahip olanlar tarafından işlenmesi*

halî” artırıcı neden sayılmıştır. Gerçekten müsteşar, genel müdür, vali, kaymakam, emniyet müdürü, jandarmanın komutanı vs. gibi üstün yetkilerle donatılmış olan amir konumundaki kamu görevlilerinin işledikleri bu suçlar, sıradan bir kamu görevlisinin işlediği suçlara nazaran farklı bulunmaktadır. Çünkü bu şahısların maiyetleri üzerinde, bu suçları işlemelerini önleyici ve onların dürüst ve tarafsız hizmet vermelerini sağlayıcı isari önlemleri alma konusunda geniş yetkileri vardır. Onun için bu artırıcı nedenin zimmet, irtikap ve rüşvet suçlarına ilişkin düzenlemelerde yer alması gerekir.

3. Zimmet suçu düzenlenirken Tasarı’nın 251. maddesinde “Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı” daha az cezayı gerektiren hal başlığı altında ceza indirim nedeni olarak kabul edildiği halde, irtikap ve rüşvet suçlarında benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa yargıya intikal eden irtikap ve rüşvet olaylarının genelinde sağlanan yararın değerinin az olduğu, örneğin 50-100 milyon lira sınırını aşmadığı görülmektedir. İcra memuru, tapu memuru, nüfus katibi, orman koruma memuru, polis memuru vs. gibi kamu görevlilerinin sağlayacakları yararın değerinin daha fazla olabileceğini umut etmek gerçek değildir. Bunların yanında milyar liralarla ifade edilen irtikap ve rüşvet olayları da vardır. Bunların sayısı adet verilemeyecek kadar azdır. İki değer arasındaki farka göre cezanın alt ve üst sınır düzeyleri arasında, birine alt düzeyden, diğerine üst düzeyden bir ceza tayin ve takdirine idilse bile ceza adaleti sağlanamamaktadır. Onun için irtikap ve rüşvet suçlarında da aynı düzenlemeye indirim nedeni olarak yer verilmelidir.

**BELGELERDE SAHTECİLİK SUÇLARI
(765 Sayılı TCK ile TCK Hükümet Tasarısı ve
TBMM Adalet Komisyonu'nca Kabul Edilen
Tasarı Metnindeki Düzenlemelere Göre
Karşılaştırmalı Bir İnceleme)**

Keskin KAYLAN*

"Adalet Bakanlığı'nca kurulan ve 1987, 1989, 1997, 2000 ve Hükümet Tasarısı olarak TBMM'ye sunulan 2001 TCK Öntasarıları'nı hazırlayan Komisyonların Başkanı Ord. Prof. Dr. Sulli Dönmezer'in saygın anısına"

**I. Konuyla İlgili Kavramlar ve Kısa Açıklamalar
Kamunun Güveni**

Kamu'nun güveni; hukuk düzeninin, herhangi bir hukuksal olayı kanıtlayıcı yeteneği tanıdığı şeylerle doğruluk ve gerçekliğine herkesçe güvenilmesini öngördüğü şekil ve alametler; belirti, işaret, iz, nişan, simgenin sahtecilikten korunmalarını görmek ve bilmek biçiminde oluşmuş genel, sürekli toplumsal bir hak ve yararadır.

Diğer bir anlatımla kamu'nun güveni; özel veya kamu huku-ku'nun kanıtlayıcı gücü tanıdığı şey, şekil ve alametlere karşı olan genel güvendir. Toplumun inanma ve bireyin aldatılmama hakkı kamu güvenini oluşturur. Kavram kısaca bireyin, toplumda aldatılmama hakkıdır biçiminde de tanımlanabilir.

Kamu'nun güvenine karşı suçlar, geniş anlamda sahtecilik suçlarıdır.

* Yargıtay üyesi.

Kamu Güvenine Karşı Suçlar

Kamu güvenine karşı suçlar;

1. Kamusal değerler üzerinde sahtecilik: (a) paralarda, (b) kamu değeri kağıtlarında ve (c) değerli damgalarda sahtecilik (kalpazanlık),
2. Devlete ait mühürler ve damgalarla diğer alametlerde sahtecilik,
3. Belgelerde sahtecilik,

olmak üzere üç ana bölüme ayrılmaktadır.

Genel Olarak Sahtecilik

Bir hile (dolan) suçu olan sahtecilik, öğretide “*sözde, yazıda ve eylemde sahtecilik*” biçiminde sınıflandırılabilir.

Gerçeğin herhangi bir biçimde değiştirilmesi, gerçeğe aykırı söz, yazı veya eylemin doğru diye ileri sürülmesi sahteciliktir.

Genel olarak sahtecilik, başkasını aldatmak için kullanılan her türlü hile ve yöntemlerdir. Her hile (dolan), aldatmaya elverişli şey sahtedir.

Kanıtlanma araçlarında, gerçekliğine inanılması gereken biçim ve alametler; belirti, iz, işaret, nişan, simgede gerçeğin bozulması, değiştirilmesi sahteciliktir.

Hile, sahteciliğin ayrılmaz bir ögesidir.

Sahtecilik amaç değil, amacı gerçekleştiren; haksız çıkar elde etmek, amaçlanan bir başka suça ulaşmak için kullanılan araçtır.

Belgelerde Sahtecilik

Belge: Hukuken hüküm ifade eden ve bir hakkın doğmasına, hukuksal ilişkinin veya bir olayın, olgunun kanıtlanmasına yarayan yazıdır. Belgeden söz edebilmek için öncelikle “*yazılılık*” koşulunun gerçekleşmesi gerekir.

Bir yazının belge niteliğini elde edebilmesi için taşınır bir şey

(kağıt, bez, levha ve benzeri) şeyler üzerine yazılmış olması; yazının bireyselliği ve kimliği (yazıdaki irade açıklamasının belli bir kişi veya kuruma ait) ve içeriğinin bulunması; kanıt aracı olabilmesi (hukuksal bir olgu/olayı veya bir hakkı kanıtlamaya elverişli) ve hukuksal bir değer taşıması; gerekir.

İrade bildiriminde bulunan veya gerçeği onaylayan kişinin belirlenebilir olması yeterlidir.

Belgelerde Sahteciliğin Ana Şekilleri

Belgede (yazıda) sahteciliğin konu edilebilmesi, gerçeğin tahrif/tağyir veya taklit edilmiş olmasını gerektirir. Tahrif/tağyir; gerçeğin kanıtı olan bir belgenin kapsadığı fiili ve hukuki durumunda değişiklik yapmak, taklit; bir belgenin kısmen veya tamamen tıpkısını oluşturmaktır. Bu suç; (a) gerçek belgeyi değiştirme, başkalaştırma, bozma veya (b) tamamen veya kısmen sahte belge düzenleme, biçiminde gerçekleştirilebilir.

Tahrif/tağyir (değiştirme, başkalaştırma, bozma) suretiyle sahtecilik; çıkarma veya ekleme yöntemiyle, taklit suretiyle sahtecilik de; imza ve metin taklidi, sahte metin düzenlemek biçiminde yapılmaktadır.

Diğer bir açıklamayla; belgede sahtecilikte gerçek iki türlü değiştirilebilir. (1) Maddi sahtecilik; yazıda fiziksel değişikliktir ve maddi izler bırakır. (2) Fikri sahtecilik; öze, içeriğe ilişkindir. Biçimlere ve merasime uyarak, görünüşte gerçek bir belge düzenlenmekte olup içeriği ve özü gerçek ve doğru değildir. Bu nedenle maddi iz bırakmaz.

Maddi sahtecilikte, önceden gerçek bir belge vardır. Suç sonra işlenir. Fikri sahtecilikte, önceden gerçek bir belge yoktur. Sahtecilik belgenin düzenlenmesiyle ortaya çıkar.

Bunların ışığında belgelerde sahteciliği; bir hakkın veya hukuksal sonuç doğuran bir eylemin kanıtlanmasına özgülenmiş bir yazıda, zarar verme bilinciyle gerçeğin taklit veya tahrifidir biçiminde tanımlamak olanaklıdır.

Belgelerde Sahteciliğin Ortak Ögeleri

Belgelerde sahteciliğin, diğer anlatımla gerçeği taklit veya tahrifin aldatma yeteneği olması, zarar olanak ve olasılığının bulunması, kasten (zarar verme bilinciyle) yapılması gerekir.

Eylemin belge niteliğindeki yazı üzerinde gerçekleştirilmiş olması, sahtecilik suçunun ön koşuludur.

Aldatma yeteneği; belgedeki sahteciliğin ilk bakışta anlaşılabilmesi, başkalarını aldatabilecek biçim ve içerikte, kamu güvenini bozabilecek nitelikte olmasıdır.

Aldatma yeteneğini, suçun maddi ögesine göre hakim takdir eder.

Aldatma yeteneğinin bulunmadığı kaba taklit veya tahrif halinde kamu güveni sarsılmayacağından işlenmez sahtecilik suçu vardır.

Zarar olanak ve olasılığı; belgenin doğruluğuna inanılmasında kamu yararı vardır. Bu nedendenler ki sahtecilik "kamu güvenine karşı suçlar"dandır. Zararın doğması zorunlu değildir. Zarar olanak ve olasılığı belgede sahteciliğin gerçekleşmesi için yeterlidir.

Kandırıcılık yeteneği olan belgede sahtecikte, toplumun inanma ve bireyin aldatılmama hakkı, belgeye duyulan inanç sarsılacağından zarar olasılığı her zaman vardır. Belgede sahtecilik gerçekleştiğinde kamu güveni hemen ve kaçınılmaz biçimde sarsılır ve kamu zararı doğar. Ayrıca bireysel zarar genel zarara eşlik edebilir. Sahtecilikte bireysel zarar genellikle ve kamusal zarar mutlaka vardır.

Zarar hukukça korunan bir hak veya çıkarın bozulması anlamındadır.

Sahtecilik, soyut tehlike suçudur. Sahtecilik eylemi işlendiğinde zarar veya zarar tehlikesi doğacağından suç oluşur.

II. 765 Sayılı TCK'da Belgelerde Sahtecilik Suçları (Madde 339 - 357)

765 sayılı TCK'da düzenlenen belgelerde sahtecilik suçları; "resmi belgede sahtecilik", "özel belgede sahtecilik", "sahtecilikle ilgili ortak hükümler" ve "yalan bildirimde bulunmak" başlıkları altında gruplandırılabilir.

A. Resmi Belgede Sahtecilik

Resmi belge; kamu görevlisi (memur) veya hukuken yetkili kılınan tarafından, yasa gereğince yerine getirdiği işlev (fonksiyon) nedeniyle düzenlenen yazıdır. Resmi belgeye bu niteliği ve hukuksal sonuçları yasa hükmü verir. Belgeyi düzenlemek kamu görevlisinin görevi içinde bulunmalı, belge yasa da öngörülen usul, biçim ve işlemlere uygun düzenlenmiş olmalıdır.

Yetkili kamu görevlisince düzenlenen ve doğrudan doğruya kamuyu ilgilendiren belgeler hem içerik hem de biçim bakımından resmi belge olduğu gibi içeriği özel hukuka ilişkin bulunduğu halde, yetkili kamu görevlisince düzenlenmesi veya onaylanması nedeniyle de belge biçim bakımından resmi belgedir.

Resmi belgede sahtecilik suçu; (1) Yetkili kamu görevlisinin (memurun) resmi belgede sahteciliği ve (2) Bireyin (memur olmayanın) resmi belgede sahteciliği olmak üzere iki kesime ayrılmaktadır.

1. Yetkili Kamu Görevlisinin (Memurun) Resmi Belgede Sahteciliği

a. Kamu görevlisinin resmi belgenin aslında sahteciliği (Madde 339/1)

Yetkili memurun, yukarıda tanımlanan resmi belgeyi tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemesi veya gerçek bir resmi belgeyi değiştirmesi, başkalaştırmasıyla suç gerçekleşir. Belgenin birden çok aslı olabilir. Bunlardan birinde sahtecilik, suçun oluşması için yeterlidir.

Resmi belge düzenlendiğinde veya değiştirildiğinde suç tamamlanır. Düzenleyen veya değiştiren kişi yönünden suçun oluşması için ayrıca kullanmak gerekli değildir. Resmi belgede sahtecilikte kullanma, öge veya açıklatıcı neden olmadığından, sahteciliği yapan ve kullanan aynı kişi ise tek bir sahtecilik suçu, Sahteciliği yapanla bilerek kullanan ayrı kişiler ise ayrı suç söz konusudur.

b. Kamu görevlisinin resmi belgenin özünde sahteciliği (m. 340)

Kamu görevlisinin biçimsel olarak gerçek, içerik (kapsam, öz) olarak kısmen veya tamamen sahte belge düzenlemesidir.

Belgenin özünde sahtecilik iki biçimde yapılabilir; (1) Gerçeğe uygun olmayan durum ve anlatımları, gerçek ve önünde olmuş gibi göstermek (sahte doğrulama), (2) Tutanağa (belgeye) geçirmekle görevli olduğu anlatımları geçirmemek veya değiştirmektir.

Anlatımların kısmen veya tamamen saptanmaması arasında fark yoktur. Ancak, kamu görevlisinin belgenin özünde sahteciliğinin hukuksal sonuç ve etkisi olmalıdır.

c. Kamu görevlisinin belgenin onaylı suretinde sahteciliği (Madde 341/1)

Yasa'nın öngördüğü suret, belgenin onaylı surettir.

Suret; resmi daire veya noterliklerde saklı olan bir resmi belgenin aslına tümüyle, sözcüğü sözcüğüne uygun bulunan ve bu uygunluğu yetkili kamu görevlisince onaylanan belgedir.

Yetkili kamu görevlisi tarafından suç; (1) aslı olmayan resmi belgenin onaylı örneğini uydurma, (2) var olan aslını değiştirmeden, ortadan kaldırmadan resmi belgenin asla aykırı onaylı bir örneğini oluşturma biçimlerinde işlenebilir.

d. Kamu görevlisinin belgenin içeriğine ilişkin onaylı özetlerde sahteciliği (Madde 341/2)

Var olan resmi belgenin asıl veya sureti veya resmi sicil ve kütüklere dayanılarak yetkili kamu görevlisince oluşturulan, hukuken önemli kimi olgu ve durumun varlığı veya yokluğunu belirten, içeriğini özetleyen ve kısaltan belge; onaylı özettir.

Onaylı özet, yalnızca içeriği özetlenen, kısaltılan bir aslın varlığını belirtmektedir.

Suç, onay yetkisi olan kamu görevlisince işlenebilir.

2. Bireyin (Yetkili Kamu Görevlisi Olmayanın) Resmi Belgede Sahteciliği

a. Bireyin resmi belgenin aslında sahteciliği (Madde 342/1)

Suç herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Belgenin düzenlenmesiyle görevsel nedensellik bağı bulunmayan, yetkili olmayan kamu görevlisi de bu kapsamdadır.

Yetkili kamu görevlisiyle özel kişi arasında bir anlaşma (suç ortaklığı) varsa, memuriyet sıfatı esas olacağından suç; TCK'nın 64/1-2. maddesinin yollamasıyla aynı Yasa'nın 339 veya 340. maddelerindeki, kamu görevlisiyle özel kişi arasında anlaşma yoksa (kamu görevlisinin aldatılmış olması-özel kişi tarafından bir araç olarak kullanılması durumunda) TCK'nın 342/1. maddesindeki, suç oluşur.

b. Bireyin resmi belgenin onaylı suretinde sahteciliği (Madde 342/3)

Bu suç, birey tarafından; (1) Aslı olmaya resmi belgenin onaylı suretini düzenleme, (2) Aslına aykırı onaylı suret düzenleme, (3) Gerçek örneği değiştirme, biçimlerinde işlenebilir.

Yetkili kamu görevlisinin görevi, onaylı sureti düzenlemekle sona ereceğinden, gerçek sureti değiştirme onun tarafından da yapılırsa, özel kişi gibi TCK'nın 342. maddesinin 3. fıkrasıyla cezalandırılır.

3. Resmi Belgede Sahtecilik Suçlarında Ortak Ağırlaştırıcı Neden

Resmi belgeler kanıtlama gücü bakımından; (1) Sahteliği kanıtlanuncaya kadar geçerli olanlar (kesin-mutlak-salt olanlar), (2) Aksi (tersi) belirleninceye kadar geçerli olanlar (kesin- mutlak-salt olmayanlar) biçiminde ikiye ayrılır.

TCK'nun 339. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde, 342. maddesinin 1. fıkrasında ve 340. maddesinde tanımlanan resmi belgeler, kural olarak aksi (tersi) belirleninceye kadar geçerli olanlardır.

Sahteliği kanıtlanıncaya kadar geçerli (ayrıcalıklı kanıtlama gücüne sahip) bulunan 339, 341. maddenin 1. fıkrasının 2. ve 340. maddenin son cümlesine, 342. maddenin 2. ve 4. fıkralarına konu olanlar, yasalarda bu nitelikleri açıkça gösterilmiş olanlardır.

Bunlar;

a. HUMK'nun 295. maddesi gereğince (davacı ve davalısı bulunan, hasımlı) mahkeme ilamları,

b. CMUK'nun 267. maddesi uyarınca duruşma tutanakları,

c. İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde açıklanan ilam niteliğini taşıyan belgeler,

d. Noterlik Kanunu'nun 82. maddesi uyarınca noterlerce düzenlenen belgeler,

e. Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 178. maddesi gereğince seçim kurullarınca düzenlenen tutanaklar,

f. Umuru Belediyeye Ait Ahkamı Cezaiye Hakkında 486 sayılı Kanun'un Bazı

Maddelerini Değiştiren 1608 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince düzenlenmiş tutanaklar,

g. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 21. maddesinde belirtilen kaçakçılığa ilişkin tutanaklardır.

4. Sahtecilikte Kamu Görevlisi (Memur) Gibi Değerlendirme ve Resmi Belgeye Eş Sayılma

TCK'nun 349. maddesinin 1. fıkrasıyla aynı Yasa'nın 279. maddesine göre kamu görevlisi (memur) olanlar, özel yasalarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları belirtilenlerden ayrı olarak, mahkemeler

ve resmi dairelerde kanunen geçerli sayılan belge düzenlemeye yetkili olanlar da kamu görevlisi gibi değerlendirilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasıyla esasta özel belge, resmi belgeye benzetilmiştir. Benzetme, belgeye özgüdür ve resmi belgede sahteciliğe ilişkin hükümlerin uygulanmasıyla sınırlıdır.

Bu fıkra göre; kambiyo senetleri, emtiayı temsil eden senetler, ortaklık ve alacaklılık sağlayan belli tutarı temsil eden hisse senetleri, tahviller, hazine bonoları, kıymetli evrak ve mali değeri temsil eden veya çıkarının mali yükümlülüklerini içeren belgeler, resmi belgeye benzetilmiş, ona eş kabul edilmiştir.

Bunların resmi belge olarak kabulü, Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen biçimsel zorunlu öğeleri taşımaları durumunda olanaklıdır. Zorunlu öğelerde eksiklik, anılanların özel belge olarak kabulünü gerektirir.

5. Kimlik ve Benzeri Belgelerde Sahtecilik

Bu bölümde, cezası TCK'nın 339, 340 ve 341. maddelerindeki kadar ağır olmayan resmi belgelerden; hüviyet cüzdanı, nüfus tezkeresi, pasaport ve ruhsatnamelerdeki sahtecilik suçları düzenlenmiştir. Bu farklı düzenlemenin nedeni, sonuçta daha az zarar doğabileceği düşüncesidir.

Hüviyet Cüzdanı (Kimlik Belgesi): Kişinin kimliğini veya medeni durumunu gösteren, resmi dairelerce verilmiş belgelerdir. Okullardan verilen öğretmen veya öğrenci kimlik belgeleri, resmi kurumlarca çalışanlarına verilen kimlik belgeleri, yabancılara verilen ikamet tezkereleri, evlenme cüzdanları bu kapsamdadır.

Nüfus Cüzdanı/Tezkeresi: Nüfus kayıtlarına uygun olarak kimliği, medeni durumu, doğum yeri ve tarihi, nüfus kütüğünde yazıldığı yeri ve buna ilişkin bilgileri, askerlik durumunu göstermek üzere nüfus müdürlüklerince düzenlenip verilen belgelerdir.

Pasaport: Türkiye'den dış ülkelere gitmek veya dış ülkeden Türkiye'ye girmek için Türk veya yabancı makamlarca verilen, taşıyanın kimliğini, gideceği veya geçeceği ülkeleri gösteren belgedir.

Ruhsatname: Bireylerin faaliyetlerine yasayla konulmuş sınırlamaları sürekli veya geçici olarak kaldıran yönetsel izin belgeleridir. Silah bulundurma veya taşıma, avlanma, ticarethane açma, taşıt veya diğer araçları kullanma izin belgeleri örnek gösterilebilir.

a. Bireyin kimlik ve benzeri belgelerde sahteciliği (Madde 350)

TCK'nın 350. maddesinde sayılan belgelerde sahtecilik suçu; (1) doğrudan gerçeğin taklidi suretiyle anılan belgenin düzenlenmesi, (2) bu tür gerçek belge üzerinde silinti, kazıntı, ekleme, çıkarma, fotoğraf değişikliği gibi işlemler yapılması, (3) başkalarının sahtecilik yapılmış belgeleriberek kullanmak, şeklinde işlenir.

b. Yetkili kamu görevlisinin kimlik ve benzeri belgelerde sahteciliği (Madde 352)

TCK'nın 350. maddesindeki suç, görevsel nedensellik bağı bulunan kamu görevlisi tarafından işlenir veya bu konuda bireyle anlaşmak suretiyle gerçekleştirilirse ceza anılan Yasa'nın 352. maddesiyle belirlenir.

6. Özel Yarar Sağlayacak Belgelerde Sahtecilik

TCK'nın 355. maddesinde belirtilen;

1. Yardım ve iyilik elde edilmesine yarayacak belgeler (yoksulluk belgesi),

2. Özel veya genel güven sağlayıcı belgeler (iyi hal kağıdı, vergi levhası, iş bitirme belgesi)

3. Kamu kuruluşlarında memur veya hizmetli olarak görev alabilmeyi sağlayıcı belgeler (iyi tanıtma, tavsiye niteliğinde belgeler),

4. Yasal izin veya yarar, çıkar elde etmeye ilişkin belgeler (bazı ödemelerden bağışıklık sağlayan belgeler),

5. Bir memuriyet veya kamu görevinden veya ödevinden kurtulmayı, bağışıklığı sağlayan belgeler, aynı Yasanın 339-341 ve 350. maddelerinde tanımlananlardan ayrı, üçüncü grup resmi belgeleri oluşturmaktadır.

a. Kamu görevlisinin(memurun) veya hukuken yetkili kılınmış kişinin özel yarar sağlayacak belgede sahteciliği (Madde 355).

Kamu görevlisi (Memur) veya hukuken yetkili kılınmış kişinin maddede yazılı yararları sağlayıcı belgeyi sahte olarak düzenleyip vermesiyle suç oluşur. Belgenin verilmesi yeterlidir, belgeden beklenen yararın elde edilmesi gerekmez.

b. Bireyin (memur veya hukuken yetkili olmayanın) özel yarar sağlayacak belgede sahteciliği (Madde 356).

TCK'nın 355. maddesinde konu edilen belgelerle ilgili sahtecilik eylemi, bu belgeleri düzenlemeye yetkili ve görevli olmayanlarca gerçekleştirilmesi ve kullanılması durumunda 356. madde uygulanır.

Suçun maddi ögesi; gerçeğin taklidi suretiyle belge düzenlenmesi veya gerçek belgenin değiştirilmesi ve kendisi veya başkasınca sahtecilik yapılmış belgenin kullanılmasıdır.

B. Özel Belgede Sahtecilik

Özel belge; memurun görevi nedeniyle düzenledikleri dışında kalan, resmi belgelerden sayılmayan, resmi bir işlem nedeniyle düzenlenmiş olmayan ve doğrudan hukuken hüküm, sonuç doğuran, bir hakkın doğmasına veya kanıtlanmasına yarayan yazıdır. Kuşkusuz konusu hukuka aykırı olmamalıdır.

Özel belgede sahtecilik; a. Genel nitelikte özel belgede sahtecilik (madde 345), b. kolluğun denetimine bağlı defterlerde ve bilgi vermede sahtecilik (madde 353), c. özel nitelikteki sağlık raporlarında sahtecilik (madde 354) ve d. açığa imzanın kötüye kullanılması (madde 509/1), biçiminde dört bölümde incelenebilmektedir.

1. Genel Nitelikte Özel Belgede Sahtecilik (Madde 345)

TCK'nın 345. maddesi uyarınca özel belgede sahtecilik suçunun maddi ögesi iki ayrı eylemden oluşur. Bunlar; a. Kısmen veya tamamen sahte belge düzenlemek veya gerçek belgede değişiklik yapmak, b. belgeyi kullanmaktır.

Suçun oluşması için belgenin kullanılmış olması gerekir. Kullanma ya özel belgede sahteciliği yapan veya sahteciliği bilen bir başkasınca olur. Kullanma sonucunda bir çıkar sağlanmış olup olmamasının suçun oluşmasına etkisi yoktur. Genel veya özel zarar olasılığı yeterlidir.

2. Kolluğun Denetimine Bağlı Defterlerde ve Bilgi Vermede Sahtecilik (Madde 354)

Suçun oluşabilmesi için yasa gereği kolluğun denetimine bağlı defter tutmaya veya sanat ve mesleğin işlemlerine ilişkin olarak kolluğa bilgi vermeye zorunlu bireyin; a. bu defterlerde sahtecilik yapması veya b. yanlış bilgi vermesi gerekir.

Bu yükümlülükler bazı işyeri işletmecilerine veya meslek sahiplerine belli konularda ve yasayla verilmektedir.

3. Sağlık Raporlarında Sahtecilik (Madde 354)

Burada konu olan özel nitelikteki raporlardır. Görevli ve yetkili olan kamu görevlisince düzenlenen raporlar resmi belgedir. Bunlar üzerinde sahtecilik TCK'nın 339. maddesine uygun resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturur.

TCK'nın 354. maddesinde tanımlanan sahtecilik suçunu; kamu görevlisi (memur) olmayan, görevli ve yetkili bulunmayan hekim, eczacı, sağlık memuru veya diğer sağlık mesleği mensubu işleyebilir.

Sağlık raporu, bir kişinin bedensel, ruhsal veya ussal (akli) durumunu saptayan, belirten belgedir. Özel sağlık raporunun resmi makamlara sunulmak üzere verilmiş olması gerekir.

Suç sağlık mesleği mensubunu, resmi makamlara sunulmak üze-

re, sahte rapor düzenleyip vermesi veya bir kimsenin sahte raporu resmi makamlara sunarak kullanması şeklinde işlenir.

Sağlık mesleği mensubu yönünden suç raporun ilgiliye verilmesi, birey yönünden suç raporun resmi makamlara verilip kullanılmasıyla tamamlanır.

Maddenin 2. ve devamı maddelerinde cezayı artırıcı nedenler sayılmıştır.

Kullanılan sahte raporun sağlık mesleği mensubunca düzenlenmiş olması, 354. maddenin uygulanabilmesi için zorunludur. Sahte raporu düzenleyen sağlık mesleği mensubu olmaması durumunda düzenleyen ve kullanan hakkında TCK'nın 354. maddesi değil 356. maddesinin uygulanması gerekir.

4. Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması (Madde 509/1)

Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu TCK'nın "*mal varlığına karşı suçlar*" bölümünde düzenlenmiş ise de, aynı maddenin 2. fıkrasındaki açıklama karşısında bir "*sahtecilik*" suçu olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Bir kişi, geri vermek veya belli bir biçimde kullanmak için kendisine teslim edilen imzalı ve yazısız kağıdı, verenin (sahibinin) zararına hukukça hüküm doğuracak bir işlem yazar veya yazdırırsa suç oluşur.

D. Sahtecilikle İlgili Ortak Hükümler

1. Sahte Belgelerin Kullanılması (Madde 346)

TCK'nın sınırlayıcı hükmü nedeniyle bu madde, aynı Yasa'nın 339, 342 ve 345. maddeleri kapsamındaki sahteciliklerde uygulanabilir.

Belgede sahtecilik ile sahte belgenin kullanılması kural olarak ayrı ayrı suçtur. Bir kişinin sahtecilik suçuna katılmaksızın sahte belgeyi bilerek kullanması veya onunla çıkar elde etmesiyle TCK'nın 346. maddesindeki suç oluşur. Sahte belgeyi kullananın, sahtecilik suçuna

katılmış olması durumunda “suç ortağı” sıfatıyla cezalandırılması gerekecektir.

Yasa kullanma suçunun oluşması için, kullanılan belgenin asıl veya onaylı örneğinin sahte olmasını yeterli görmektedir.

Bu suç; a. sahte belgenin kullanılması veya b. belgeyle çıkar elde edilmesi şekillerinde işlenebilir.

Resmi belgede sahtecilik düzenlemeyle (taklit veya değiştirmeyeyle) oluşur. Kullanma suçun ögesi değildir. Bu nedenle sahte resmi belgenin kullanılmasının ayrı suç oluşturmasında bir duraksama yoktur. Özel belgede sahtecilikte ise, kullanma suçun ögesidir. Bu durumda TCK'nın 346. maddesi yoluyla 345. maddenin uygulanması; saruğun , sahte belgeyi oluşturan asıl faille anlaşma olmaksızın ve onun bilgisi dışında belgeyi bilerek kullanması durumunda olanaklıdır.

Sahte belgeyle çıkar sağlama; maddi, manevi veya siyasi olabilir; bir amaca ulaşabilmek için olumlu bir harekette bulunma bu anlamdadır.

2. Ortak Hafifletici Neden (Madde 347)

TCK'nın 347. maddesi, kendisinden önceki 339-346. maddelerde konu edilen sahtecilik suçlarında cezayı hafifleten, azaltan özel bir durumu düzenlemiştir. Kendisinden sonraki 348-356. maddelerle ilgili olarak uygulama yeri yoktur.

Maddenin uygulanabilmesi için, gerçek bir olayın kanutlarını elde etmek amacıyla sahtecilik yapılmış olması gerekir. Kişi, iyi niyetle doğru ve gerçek olduğuna inandığı bir olayın kanutını oluşturmak için hareket etmiş bulunmalıdır. Bu inanç, akla uygun ve kabul edilebilir, geçerli (meşru) olmalıdır.

3. Gerçek Belgenin Yok Edilmesi ve Bozulması (Madde 348)

Suç; TCK'nın 339, 342, 343, 344 ve 345. maddelerinde belirtilen bir gerçek belgenin veya aslı yerine geçen suretin haksız olarak ortadan kaldırılması veya bozulmasıyla oluşur. Onaylı da olsa diğer suretler 348. madde kapsamına girmez.

Suçun konusu gerçek (sahte olmayan) resmi veya özel belge aslı veya aslı yerine geçen surettir.

Suç, resmi veya özel gerçek belgenin maddi varlığını yok edecek nitelikte kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak veya yararlanılmaz duruma getirmek suretiyle bozmak biçiminde işlenebilir.

Sahtecilik biçimsel suç olduğu halde gerçek belgenin yok edilmesi, bozulması maddi suçtur. Eylem sonucunda belgedeki esaslı öğeler yok olmuş, hukuksal değerini yitirmişse suç tamamlanmış, ancak esaslı öğeler zarar görmemiş, belgenin hukuksal değer ve sonucu devam ediyorsa suç eksik kalkışma aşamasında kalmıştır.

4. Açığa İmzalı Kağıdın Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilip Kullanılması (Madde 509/2)

İmzalı ve yazısız kağıdı sahibinin rızası dışında; çalma, dolandırma, hile, kandırma ve benzeri yöntemlerle; yolunu, fırsatını bulup haksız olarak elde etmek, elde tutulmak, gizlemek suretiyle doldurulup kullanıldığında TCK'nun 509. maddesinin 2. fıkrasının yollanmasıyla sahteciliğe ilişkin hükümler uygulanır. Yasal öğelerine göre TCK'nun 342 veya 345. maddedeki suç oluşur.

D. Yalan Bildirimde Bulunmak

Gerçeğe aykırı "söz"le işlenen "sahtecilik" suçları: Bireyin resmi belgenin düzenlenmesinde; ticari kimlik konusunda; kimlik veya benzeri belgelerin düzenlenmesinde; gerçek bir belgenin ilişkin olduğu kişi hakkında; yalan bildirimde bulunmasıdır.

1. Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Bildirim (Madde 343)

Bireyler, yasal bir görev olarak bildirimde bulunmaya Devlet adına çağrıldıklarında gerçeği anlatmakla yükümlüdürler.

Suç; bireyin, resmi belgenin düzenlenmesi sırasında kamu görevlisine (memura)

(a) kendisinin veya başkasının kimlik ve sıfatı veya (b) anılan belgeyle doğruluğu kanıtlanacak diğer durumlar hakkında yalan bildirimde bulunması şeklinde işlenir.

Bildirim sözlü veya yazılı olabilir. Yazılı bildirim, kamu görevlisine belgenin düzenlenmesi sırasında sözle bildirilecek konunun yazıyla bildirilmesi anlamındadır.

“Kimlik ve sıfat”tan amaç; kişinin bir başka kişiden ayrılmasına yarayan her türlü bilgidir.

“Diğer durumlar” hakkında yalan bildirim TCK’nın 343. maddesiyle cezalandırılabilmesi için, bildirim saptandığı resmi belgenin, durumun gerçeğe uygunluğunu kanıtlamaya yönelik olması gerekir.

Yalan bildirim evlenme, doğum, ölüm veya adli işlere ilişkin bulunması, cezayı artırıcı neden olarak kabul edilmiştir.

2. Ticari Kimlik Konusunda Yalan Bildirim (Madde 344)

Bu suçun konusu olan kimlik, “medeni” değil “ticari” kimliktir.

Suç; ticari belgeye, gerçeğe aykırı olarak ticari kimliğin yansıtılması, bireyin kendisinin veya başkasının ticari kimliği hakkında yalan bildirimde bulunmasıyla oluşur.

Medeni kimlikle ilgili yalan bildirim, niteliğine göre önceki sahtecilik suçlarına vücut verir.

3. Kimlik ve Benzeri Belgelerin Düzenlenmesine Yalan Bildirim (Madde 351)

Bireyin, TCK’nın 350. maddesinde sayılan belgelerin düzenlenmesi sırasında kendi adı, soyadı, sıfatı konusunda gerçeğe aykırı, yalan

bildirimde bulunması veya bu doğrultuda tanıklık etmek suretiyle yazılmasını, kayda geçirilmesini sağlamasıyla suç oluşur.

TCK'nın 351. maddesindeki suç kamu görevlisi tarafından görevsel nedensellik bağı bulunacak biçimde işlenir veya bireyle bu konuda anlamak suretiyle gerçekleştirilirse aynı Yasa'nın 352. maddesi uygulanır.

4. Gerçek Belgenin İlişkin Olduğu Kişi Hakkında Yalan Bildirim (Madde 357)

Bireyin gösterdiği gerçek bir belgenin, resmi makamları aldatmak için, kendisine veya bir başkasına ait olduğunu yalan yere sözlü olarak bildirmesidir.

III. TCK Hükümet Tasarısı'nda Belgelerde Sahtecilik Suçları (Madde 279-290)

Adalet Bakanlığı'nca öğretim üyeleri, Yargıtay ve Askeri Yargıtay üyeleri, hakimler, Cumhuriyet savcıları, avukatlar, Adalet Bakanlığı bürokratları ve diğer uzmanlardan oluşturulan komisyonlar; Ord. Prof. Dr. Sayın Sulhi Dönmezer'in başkanlığında 1987, 1989, 1997 TCK Öntasarıları'nı hazırlayıp sunmuş; bunlar üniversitelere, yüksek mahkemelere, adli yargı ilk derece mahkemeleri adalet komisyonları ve Cumhuriyet başsavcılıklarına, barolara, Barolar Birliği'ne, Bakanlıklara gönderilerek alınan görüşler, Ülke genelinde düzenlenen toplantılarda ileri sürülen düşünceler ve eleştiriler, Yargıtay Özel Ceza Daireleri'nden üyelerin de katılımıyla değerlendirilmek suretiyle 2000 Öntasarısı ve bu öntasarı konusunda da aynı doğrultuda görüşler alınıp bir kez daha gözden geçirildikten sonra 2001 Öntasarısı tamamlanıp Adalet Bakanlığı'na teslim edilmiştir.

TBMM'ne sunulan "Hükümet Tasarısı"nu, 2001 Öntasarısı oluşturmaktadır.

Belgelerde sahtecilik suçları; Hükümet Tasarısı'nın 279-290. maddelerinde, küçük değişiklik ve birleştirmeler dışında 765. sayılı

TCK'nun 339- 357. maddelerine içerik olarak koşt biçimde ve duru bir Türkçe ile düzenlenmiştir:

1. 765 sayılı TCK'nun 339, 340 ve 348. maddelerini kapsayacak şekilde " yetkili kamu görevlisinin (memurun) resmi belgenin aslında ve özünde sahteciliği" ile bu nitelikteki "gerçek belgenin yok edilmesi bozulması" Hükümet Tasarısı'nın 279. maddesinde;

2. 765 sayılı TCK'nun 341 maddesine uygun olarak " yetkili kamu görevlisinin resmi belgenin onaylı suretinde ve onaylı özetinde sahtecilik suçu" Hükümet Tasarısı'nın 280. maddesinde;

3. 765 sayılı TCK'nun 342. maddesiyle uyumlu olarak " bireyin resmi belgenin aslında ve onaylı suretinde sahtecilik" Hükümet Tasarısı'nın 281. maddesinde;

4. Resmi belgenin kanıtlama gücü bakımından " sahteliği kanıtlanıncaya kadar geçerli olma" durumu, 765 sayılı TCK'nun 339, 341 ve 342. maddelerinde olduğu gibi ayrı ayrı değil tümü için bir defada Hükümet Tasarısı'nın 283. maddesinde;

5. Mahkemeler ve resmi dairelerde geçerli sayılan belge düzenleme yetkisi kişilere yasayla verilebileceğinden ve belgenin, eylemin niteliği de yetkiyi veren yasaya göre belirleneceğinden, 765 sayılı TCK'nun 349. maddesinin 1. fıkradaki bu kişilerin (memur gibi) değerlendirileceği hükmüne Hükümet Tasarısı'nda yer verilmemiş, anılan maddenin 2. fıkrasının karşılığı olarak resmi belgeye eşit sayılanlar kapsamına "vasiyetnameler" de eklenerek Hükümet Tasarısı'nın 286. maddesinde;

6. 765 sayılı TCK'nun 350, 351, 352, 353, 355, 356 ve 357. maddelerindeki "kimlik ve benzeri belgelerde sahtecilik", " bu nitelikteki belgelerin düzenlenmesinde yalan bildirim", "kolluğun denetimine bağlı defterlerde ve bilgi vermede sahtecilik", "özel yarar sağlayacak belge sahteciliği" ve "gerçek bir belgenin ilişkin olduğu kişi hakkında yalan bildirim" suçlarını kapsayacak ve böylece resmi belgeler arasındaki üçlü derecelendirme ikiye indirilerek Hükümet Tasarısı'nın 289. maddesinde;

7. 765 sayılı TCK'nun 345, 348. maddelerini kapsayacak ve onlarla uyumlu biçimde "özel belgelerde sahtecilik" ile "özel belgeyi kısmen veya

tamamen ortadan kaldırma, bozma" Hükümet Tasarısı'nın 284. maddesinde;

8. 765 sayılı TCK'nın 354. maddesine uygun olarak *"sağlık raporlarında sahtecilik"* Hükümet Tasarısı'nın 288. maddesinde;

9. 765 sayılı TCK'nın 509. maddeyle uyumlu biçimde *"açığa imzanın kötüye kullanılması"* Hükümet Tasarısı'nın 285. maddesinde;

10. 765 sayılı TCK'nın 346. ve 347. maddeleriyle koşut olarak *"sahte belgenin kullanılması"* ve *"ortak hafifletici neden"* Hükümet Tasarısı'nın 287. maddesinde ve kapsamı genişletilerek 290. maddesinde;

11. 765 sayılı Yasa'nın 343. maddesinin 2. fıkrasındaki cezayı artırıcı nedene yer verilmeden, ancak belgenin kanıtlama gücü bakımından sahteciliği kanıtlanıncaya kadar geçerli olması hali ağırlaştırıcı neden kabul edilerek anılan maddenin 1. fıkrasıyla uyumlu olarak *"bireyin resmi belgenin düzenlenmesinde yalan bildirimde bulunması"* Hükümet Tasarısı'nın 282, 283. maddelerinde düzenlenmiştir.

12. 765 sayılı TCK'nın 344. maddesinde yer alan *"bireyin ticari kimlik konusunda yalan bildirimde bulunması"* suçuna; bu bildirim yasal öğeleri ve koşulları gerçekleştiğinde (medeni kimlik) konusundaki yalan bildirim gibi sahtecilik suçlarından birisini oluşturacağından Hükümet Tasarısı'nda yer verilmemiştir.

IV. TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen TCK Tasarısı'nda Belgelerde Sahtecilik Suçları (Madde 204-212)

TBMM Adalet Komisyonu'nda kabul edilen TCK Tasarısı, resmi belgeler arasındaki; *"Resmi belgelerde nitelikli sahtecilik"*, *"Hüviyet ve nüfus cüzdanları, pasaport ve ruhsatlardasahtecilik"*, *"Özel yarar sağlayan belgelerde sahtecilik"* biçimindeki üç aşamalı sıralamaya ve resmi belgede nitelikli sahteciliğin de kendi aralarındaki; *"resmi belgenin aslında"*, *"özünde"*, *"onaylı suretinde"*, *"onaylı özetinde sahtecilik"* şeklindeki ayrıma ceza yaptırım bakımından yer vermemiştir.

1. TBMM Adalet Komisyonu'nca kabul edilen Tasarı'nın 204. maddesi; 765 sayılı TCK'nın 339, 340, 341, 342, 346, 350, 352, 355, 356. ve Hükümet Tasarısı'nın 279, 280, 281, 283, 287, 289. maddelerinde dü-

zenlenmiş olan “*kamu görevlisinin*” ve “*bireyin*” resmi belgenin; aslında, özünde, onaylı suretinde ve özetinde sahtecilikler ile kimlik ve benzeri belgelerde, özel yarar sağlayan belgelerde sahtecilik suçlarını, sahte resmi belgenin kullanılması eylemlerinin tümünü kapsamaktadır.

Belirtilen resmi belgeler nitelik olarak birbirine eşit sayılmış, yalnızca cezanın alt ve üst sınırı kamu görevlisiyle birey bakımından farklı belirlenmiştir.

2. 765 sayılı TCK'nın 348. ve Hükümet Tasarısı'nın 279, 284. maddelerine koşut olarak “*resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek*” TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nın 205. ve “*özel belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek*” de 208. maddesinde düzenlenmiştir.

3. TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nın 206. maddesi; 765 sayılı TCK'nın 343, 351, 353. ve Hükümet Tasarısı'nın 282, 289. maddelerinde yer alan “*bireyin resmi belgenin düzenlenmesinde yalan bildirim*”, “*kimlik ve benzeri belgelerin düzenlenmesinde yalan bildirim*” suçlarının tamamı ile yasal ögeleri olduğu takdirde de “*kolluğun denetimine bağlı defterlerde ve bilgi vermede sahtecilik*” eyleminin “*bilgi vermekte sahtecilik*” bölümünü içermektedir.

4. 765. sayılı TCK'nın 345, 346, 353. ve Hükümet Tasarısı'nın 284, 287, 289. maddeleri ile düzenlenen “*özel belgede sahtecilik*”, “*sahte özel belgeyi bilerek kullanmak*” ve “*kolluğun denetimine bağlı defterlerde sahtecilik*” suçlarını; TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nın 207. maddesindeki düzenleme karşılamaktadır.

5. 765 sayılı TCK'nın 509, Hükümet Tasarısı'nın 285. maddelerinde yer alan “*açığa imzanın kötüye kullanılması*”nın koşulu TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nın 209. maddesidir.

6. 765 sayılı TCK'nın 349. maddesinin 1. fıkrasındaki “*mahkemeler ve resmi dairelerde kanunen geçerli sayılan belge düzenlemeye yetkili olanın memur gibi değerlendirileceği*” hükmüne, Hükümet Tasarısı'nda olduğu gibi TBMM Adalet Komisyonu tasarısında da yer verilmemiştir.

“*Resmi belge hükmündeki belgeler*” yönünden TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nın 210. maddesinin 1. fıkrası Hükümet Tasarısı'nın 284. maddesiyle uyumlu bulunmaktadır.

“Sağlık raporlarında sahtecilik” suçuna, 765 sayılı TCK’nun 354. ve Hükümet Tasarısı’nun 286. maddesinde olduğu gibi ayrı bir maddede değil “düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamu-nun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hüküm olunacağı” belirtilerek TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı’nun 210. maddesinin 2. fıkrasında yer verilmiştir.

7. 765 sayılı TCK’nun 347. ve Hükümet Tasarısı’nun 290. maddelerindeki “belgede sahtecilik suçlarında ortak hafifletici neden” TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı’nun 211. maddesinde (Hükümet Tasarısı gibi geniş kapsamlı olarak) düzenlenmiştir.

8. Özel belgede sahtecilik suçunun gerçekleşebilmesi için sahte belgenin kullanılması gereklidir. Sahte özel belge kullanılmak suretiyle bir başka suç (örneğin sahte özel belge kandırma aracı olarak kullanılıp haksız çıkar elde etmek suretiyle dolandırıcılık suçu) işlenebilmektedir.

Yargıtay’ın görüşü; bu durumda iki suç arasında biçimsel toplama (fikri içtima) ilişkisi bulunduğu, bir eylemle yasanın birden çok hükmünün ihlal edildiği, sanığın en ağır cezayı gerektiren hükümden sorumlu tutulması gerektiği yönündedir.

Öğretide benimsenen baskın görüş ise; salt kullanma ile kullanma sonucu bir başka suç işlenmesinin, sahte özel belgenin başka bir suç işlenmesi sırasında kullanılmasının ayrı suç oluşturduğudur.

Öğretideki bu görüş Hükümet Tasarısı’nda madde metnine yansıtılmamakla birlikte 284. maddenin gerekçesinde “Sahte özel belgenin kullanılması, başka bir suçun işlenmesine neden olabilir. Böyle bir durumda sahtecilik, işlenen başka suçun unsur ve ağırlaştırıcı nedenin oluşturuyorsa, bileşik suç kuralı gereğince, her iki suçun cezası ayrı ayrı verilir; aksi halde ise o başka suçun cezasının verilmesiyle yetinilir. Bu itibarla sahte belgenin kullanılması suretiyle bir kimse aldatılarak zarara uğratılmışsa, özel belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarına ait cezaları içtima suretiyle verilmesi gerekecektir.” denilerek benimsendiği vurgulanmıştır.

TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı’nun 212. maddesinde “Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması

halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan ayrı ayrı cezaya hükmolunur. " kuralı açıkça belirtilmiştir.

9. TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nda, Hükümet Tasarısı'nda olduğu gibi 765 sayılı TCK'nın 344. maddesindeki "*ticari kimlik konusunda yalan bildirimde bulunmak*" suçu ayrıca düzenlenmemiş ve 765 sayılı TCK'nın 357. ve Hükümet Tasarısı'nın 289. maddelerindeki "*gerçek bir belgenin ilişkin olduğu kişi hakkında yalan bildirim*" suçuna da yer verilmemiştir.

Buna; yalan bildirim bir başka suça vücut veriyorsa, o suçun cezası'nın uygulanmasının, aksi halde yönetsel yaptırımın yeterli olacağı düşüncesinin egemen olduğu anlaşılmaktadır.

V. Sonuç

Belgelerde sahtecilik, 765 sayılı TCK'da ve Hükümet Tasarısı'nda olduğu gibi TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı'nda da "*kamu güvenine karşı suçlar*" bölümünde yer almaktadır.

Belge, resmi belge ve özel belge tanımları; belgelerde sahteciliğin ortak öğeleri; resmi belgede sahtecilik, özel belgede sahtecilik ve yalan bildirimde bulunma biçimindeki üçlü sınıflandırma; resmi belgede sahteciliğin, yetkili kamu görevlisi veya birey tarafından işlenmesi ve kanıtlama gücü yönünden kesin olan, olmayan ayırımı; sahte belgenin kullanılması ve sahtecilikte ortak hükümler bakımından TCK ve her iki tasarı arasında uyum bulunmaktadır.

Resmi belgelerin, öğretilde ve uygulamada benimsenen; belgenin aslında, özünde, onaylı suretinde ve onaylı özetinde sahtecilikle kimlik ve benzeri belgeler, özel yarar sağlayacak belgede sahtecilik sıralaması ilke olarak varlıklarını sürdürmektedir. Ancak, TBMM Adalet Komisyonu Tasarısı bu belgelerde sahtecilik halinde uygulanacak ceza yönünden ayırımı ortadan kaldırmıştır. Öngörülen alt ve üst sınırlar arasından hakim, her türlü değerlendirmeyi yaparak temel cezayı belirleyecektir.

ADALET KOMİSYONU'NDA KABUL EDİLEN TÜRK CEZA KANUNU TASARISI'NIN YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜNE İLİŞKİN 31. MADDESİ'NİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK*

Çocukların haklarına duyulan saygı, suçluluğun önlenmesi ve kontrolünün toplum yaşamı içinde biçimlendirilmesi, toplumun suç işleyen çocuklara yaklaşımı toplumun gelişmişlik düzeyini yansıtır. Günümüzün evrensel gelişmeleri ve gereksinimleri karşısında, uluslararası belgeler göz önünde tutularak, çocuklar için özel bir statü oluşturulmalıdır. Türkiye'nin de onayladığı Çocuk Hakları Sözleşmesi ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi,¹ çocuklar hakkında uygulanacak tedbirler ve cezaların, çocuklara ilişkin ceza düzeninin, çocuklar hakkında alınan kararları yerine getirme sisteminin ve çocukların yargılama usulüne ilişkin düzenlemelerin yeniden ele alınmasını gerektirmektedir. Kanımızca, tüm bu hususlar bir başka deyişle çocuk ceza sistemi, yargılama sistemi ve alınan kararların- tedbir ve cezaların yerine getirilme sistemi tek bir yasal düzenlemede yer alarak çocuk adalet sistemi oluşturulmalıdır. Böylelikle; kanunların birbirleriyle uyumsuzluğunun önüne geçilecek, yalın ve anlaşılır bir bütünlük sağlanarak; çocuklara durumları ve suçları ile orantılı kendi yararlarına olacak şekilde muamelede bulunulması hiçbir tereddüde mahal kalmayacak şekilde gerçekleşmiş olacaktır. Ayrıca Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 40/3 gereği, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, mahkemeye çıkan ve gözaltına alınan tüm insanları kapsayan koruyucu kurallar içerdiği gibi, özellikle "suçlu çocuklar söz konusu olduğunda, yargılama usulünün çocukların yaşlarını göz önüne alan ve onların rehabilite edilmelerini destekleyen" nitelikte olması gerektiğini vurgular.

sürülen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulması sağlanacaktır.

Çocukla ilgili tüm hususların bir tek yasada yer alması gerektiği görüşümüze rağmen, Adalet Komisyonunda kabul edilen TCK Tasarısı'nın Birinci Kitabı'nın "Genel Hükümler" kısmında düzenlenen yaş küçüklüğüne ilişkin 31. maddesi, kanun koyucunun çocuk adalet sistemindeki yaklaşımını göstermesi bakımından incelemeyi gerektirmektedir. Kaldı ki Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın bu şekilde yapılması, "hukukla ihtilâflı çocuklara ilişkin adalet hizmetlerinin verimli ve etkili sunulması, kanunla ihtilâf hâlinde bulunan çocukların topluma yeniden kazandırılmasının sağlanması, günümüzün ekonomik ve sosyal alandaki gelişmeleri ile çocuk hukukunun uluslararası standartları göz önünde tutularak, çocuk ceza adaleti sistemini oluşturan mevzuatta gerekli değişikliklerin yapılması ve ayrı bir çocuk ceza hukuku mevzuatının oluşturulması"nı planlayan Çocuk Hukuku Komisyonunun çalışmalarını anlamsız kılacaktır.²

TCK Tasarısı 31. madde ceza sorumluluğu olmayan çocuklar ve ceza sorumluluğu olan çocuklar bakımından evrensel gelişmelerden uzak, klasik ceza hukuku kurallarını dikkate alan bir düzenleme getirmektedir.

1. Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar

Yaş küçüklüğünü düzenleyen 31. madde fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluğu olmadığını, bu çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılamayacağını ancak tasarının 56. maddesinde öngörülen çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını düzenlemektedir.³

Bu çocuklar hakkında ceza kovuşturması yasağı getirilerek, ceza kovuşturmasına ilişkin işlemlerin yapılmasının, psikolojik gelişimle-

² Kanunlar Genel Müdürlüğü Faaliyetleri (6/8/2004) hakkında bkz. www.kgm.adalet.gov.tr/58.htm

³ TCK Tasarısı m. 31, " Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir."

ri üzerindeki olumsuz etkisi belirtilmiştir. Ancak ceza kovuşturması kavramından uygulamada anlaşılan, ceza muhakemesinin son soruşturma kısmıdır. Bu da bu çocuklar hakkında hazırlık soruşturmasının yapılacağı fakat yaşı nedeniyle kamu davasının açılmasına yer olmadığına karar verileceği şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa kovuşturma suç isnadıyla başlar.⁴ Kanunlarda çoğu kez kovuşturmada son soruşturmanın anlaşılmasını haklı gösterecek şekilde kaleme alınmıştır.⁵ Örneğin; 7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı'nın Kovuşturma başlıklı Üçüncü Kitabında kovuşturmada kastedilenin kamu davası olduğu görülmekte, ceza adalet sisteminin işleyişinde temelde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin varlığından söz edilmektedir. CMUK Tasarısı bu haliyle kabul edilip kanunlaşırca, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar için hazırlık soruşturmasının yapılması söz konusu olacaktır.

TCK Tasarısı'nda özellikle "*ceza kovuşturması*" kavramının tercih edildiği "*suça sürüklenmiş çocuk*" tanımından ve bu çocuklar için güvenlik tedbirlerinin uygulanabilirliğinin öngörülmesinden anlaşılmakta, bu çocuklar hakkında hazırlık soruşturmasının yapılması amaçlanmaktadır. Ayrıca 13.5.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan tasarı metninde bu hususu düzenleyen 101. maddenin Adalet Alt Komisyonu'nda değiştirilmesi de bunu göstermektedir. 2003 TCK Tasarısı m. 101'de, "*Fiili işlediği tarihte 12 yaşını bitirmemiş olanlar hakkında ceza soruşturması ve kovuşturması yapılamaz.*" denilerek, bu çocuklar hakkında hiçbir işlem yapılmayacağı belirtilmiştir. 2003 TCK Tasarısı m. 101'deki düzenleme, 31. maddedeki düzenlemeye nazaran, ceza sorumluluğu olmayan çocuğu adalet mekanizmasının dışında tutması bakımından çocuğu yararlıdır.

TCK Tasarısı'nun 31. maddesindeki ceza kovuşturması kavramı değiştirilmezse, uygulamadaki sorunlar devam edecek, hazırlık soruşturması yapılacaktır. Örneğin; hazırlık soruşturmasında savcı bu çocukların ifadesini alabilecektir. Uygulamada da savcı halen, 11 yaşını

⁴ Ceza kovuşturması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter Nurullah-Yenisey Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 12. Bası, İstanbul 2002, No. 9. 7 (98).

⁵ Kunter-Yenisey, No.9.7 (98)/II.

bitirmeyen çocuğun ifadesini almakta daha sonra yaşı nedeniyle kamu davasının açılmasına yer olmadığına karar vermektedir.⁶ Oysa ifade alma, suçun aydınlatılması amacıyla ilgili kişiden bilgi elde etmeye yönelik faaliyet olduğundan,⁷ ceza sorumluluğu olmayan çocuğun ifadesi alınamaz.⁸

İyi bir kanun, evrensel ilkeleri dikkate almalı, aynı zamanda uygulamadaki aksaklıkları da gidermeye yönelik olmalıdır. Bu nedenle bu çocuklar hakkında "ceza soruşturması" yapılamayacağı şeklindeki bir düzenleme, alışıl gelmiş uygulamanın önüne geçerek, çocuğu ceza adalet sisteminin dışında tutacaktır. Ceza soruşturması, bugünkü mevzuat anlamında hazırlık soruşturması ve son soruşturmayı kapsar şekilde anlaşılmalıdır. Ancak 7.3.2003 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşma olasılığına karşı ise, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında "soruşturma ve kovuşturma yapılamaz" şeklinde bir düzenleme ile bu çocuklar hakkında hiçbir işlem yapılmayacağı belirtilmelidir. Ceza soruşturmasının yapılamaması, çocuk hakkında koruyucu tedbir kararı alınmasına engel değildir.

⁶ Ad. Bak. Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 19.11.1996 tarihli 27650 sayılı görüş yazısına göre; "...2253 sayılı kanunda küçüğün ifadesine başvurulmasını engelleyen açık bir hüküm bulunmadığına göre aksi yönde bir uygulama yapmak sanığın savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur ki bu da korunmak istenen menfaatin kanun eliyle kısıtlanması anlamını taşır."

⁷ Öztürk Bahri-Özbek Veli Özer-Erdem Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7.Baskı, Ankara 2002, No. 495.

⁸ Kanımızca, ceza sorumluluğu olmayan çocukların ve temyiz kudreti olmayan çocukların olayı aydınlatmak amacıyla ifadesi alınamaz. YİGY m. 18'de, "suç tespitinde küçük hiçbir surette kullanılamaz" demek suretiyle kendilerine suçla ilgili hiçbir sorunun sorulamayacağı belirtilmiştir. Suçun tespiti ancak tanık, mağdur ifadeleri ve diğer delillerle mümkündür. Kaldı ki isnat kabiliyeti bulunmayanların muhakemeye katılabilmeleri, hak ve yükümlülüklerini bilebilmeleri ve bunlara uygun davranabilmeleri; kısaca gerçek anlamda muhakeme stüjesi olabilmeleri fiilen mümkün olmayacağından, CMUK'nun ifade almayı düzenleyen m. 135, 135a'nın bu çocuklara uygulanabilmesi olanaksız olduğundan bu çocukların ifadesi alınamaz.

2. Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar Hakkında Tedbir Uygulanması⁹

Türk Ceza Kanunu Tasarısı m. 31/1'de ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği öngörülmüştür. Madde gerekçesinde ise, ceza sorumluluğu olmayan bu çocuklar, suç yoluna sürüklenmiş çocuklar olarak nitelendirilip, koruyucu ve eğitici nitelikte olan güvenlik tedbirlerine başvurulacağı belirtilmiştir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerini düzenleyen 56. madde, Tasarı'nın "Yaptırımlar" başlığı altında üçüncü kısımda düzenlenmiştir. Tasarıda, yaptırımlar ikiye ayrılarak cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak öngörülmüştür.¹⁰ Bu düzenleme de göstermektedir ki, Tasarı çocuklara özgü güvenlik tedbirini bir yaptırım türü olarak öngörmüştür.

Ceza kanununda belirlenen bir fiile uygun davranış nedeniyle uygulanan tedbirler söz konusu olduğunda yaptırımdan söz edilir.¹¹ Güvenlik tedbirleri, cezalar yanında veya onların yerine uygulanan tedbirlerdir.¹² 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, güvenlik ted-

⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yokuş Sevik Handan, "Çocuk Yargılaması Hukukunda Hazırlık Soruşturması", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1-2, Haziran 2004.

¹⁰ TCK Tasarısı, "Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri" başlıklı 56. maddesi: 1. Suça sürüklenmiş çocuk;

- a. Eğitimine devam edebilmesi için, bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilir,
 - b. Beden veya ruh sağlığının bozuk olması durumunda, bir sağlık kuruluşunda tedaviye tabi tutulur,
 - c. Bir meslek ve sanat icrasına yönelik olarak gördüğü eğitimi tamamlaması durumunda, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek ve sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılabilir.
2. Hakim, hakkında güvenlik tedbirlerine karar verdiği çocuğa rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirir. Bu kişi, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak çocuğa öğütte bulunur, yol gösterir ve eğitimine yardım eder; çocuğun kanuni temsilcisi ve eğitiminden sorumlu olan kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; çocuğun gelişimi, eğitim durumu ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek, hakime verir.
3. Güvenlik tedbirinin süresini hakim belirler. Hakim, tedbir uygulaması sırasında çocuğun gelişimini ve davranışlarını göz önünde bulundurarak, belirlediği süreyi değiştirebilir.

4. Güvenlik tedbiri uygulaması, en geç ilgilini on sekiz yaşını doldurmasıyla sona ere.

¹¹ Nuhoglu Ayşe, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Ankara 1997, s.23; Emniyet tedbirlerinin bir yaptırım olduğu konusunda bkz. Kunter Nurullah- Yenisey Feridun,

birlerini bir yaptırım olarak benimsemiştir.¹³ Güvenlik tedbirlerinin amacı cezadan farksız olup toplumsal savunmadır. Kanun koyucu cezalarda olduğu gibi, toplumsal düzeni savunmayı amaçlamaktadır.¹⁴ Başka bir deyişle, işlenmiş olan suç ve bu sebeple failin cezalandırılmasını değil, toplum bakımından gösterdiği tehlike sebebiyle geleceğe yönelik, toplumu ilerideki suçlulardan koruma amacını taşır.¹⁵

Çocuk adalet sisteminde ise, topluma nazaran çocuğun yararı gözetilmeli, çocuğu cezalandırmaktan ziyade çocuğun yeniden toplumsallaşması amaçlanmalıdır. Çocuklar için Adalet Sistemine Dair Asgari Standart Kuralları (Beijing Kuralları)¹⁶ kural 17.4'ün açıklamasında, "*Topluma yeniden kazandırmaya karşılık baskı ve ceza mı?, Her olayın özelliğine göre tepki göstermeye karşılık genelde toplumu korumak amacıyla tepki göstermek mi?*" denilerek uluslararası alanda kabul edilmiş ilkelere daha yakın olanı tespitinin önemi vurgulanmıştır. Burada öncelikle çocuk adalet sisteminde benimsenecek yaklaşımı belirlemek gerekmektedir. ÇHS m. 3'e göre çocuğun yüksek yararı temel düşünce olunca, çocuk adalet sisteminin temelini de çocuğun yararı oluşturur ki bu da cezalandırıcı yaklaşımdan kaçınmayı gerektirir. Çocuk adalet sisteminin birinci hedefi, çocuğun iyileştirilmesidir (Beijing Kuralları, 5). Ayrıca, ÇHS m. 40/3b çocukların mümkün olduğunca adli mekanizmanın içine sokulmaması gerektiğini belirtmektedir. Tüm bunlardan yola çıkarak, bu çocuklar için güvenlik tedbirlerine hükme-

Muhakeme Hukuku Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap, (Öğrenme Kitabı I), 12. Bası, İstanbul 2002, No.6.7(74); Hafızoğulları emniyet tedbirlerinin yaptırım olmadığını ileri sürerek, bu tedbirleri ceza hukukuna özgü bulunan bir hukuki himaye vasıtası olarak nitelendirmektedir., Hafızoğulları Zeki, *Ceza Normu, Normatif bir Yapı olarak Ceza Hukuku Düzeni*, İkinci Baskı, Ankara 1996, s.273.

¹² Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım,C.II*, 12. Bası, İstanbul 1999, No.1582. Nuhuğlu'na göre, emniyet tedbirleri özünde cezaya benzese bile bir ceza yaptırımı olmayıp bunlar bir bastırma değil, sadece önleme tedbirleridir., Nuhuğlu , s.23.

¹³ Anayasa Mahkemesi de emniyet tedbirlerinin bir ceza hukuku yaptırımı olduğunu kabul etmiştir., Anayasa Mahkemesi, 9.3.1971, 1979/42 E., 1971/30 K., RG.23.11.1971.

¹⁴ Hafızoğulları, s.242.

¹⁵ Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s.544.

¹⁶ United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules), *Compendium of United Nations Standards and Norm in Crime Prevention and Criminal Justice*, United Nations-New York 1992, s.169-208.

dilemeyeceği ancak onlar hakkında koruyucu tedbirler alınabileceği sonucuna varılır.¹⁷

Öğretide işledikleri fiiller nedeniyle tehlikelilik hali sergiledikleri için bu çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin öngörüldüğü ileri sürülmektedir.¹⁸ Burada önemli olan çocuğun içinde bulunduğu tehlike durumu olup, toplum için tehlike oluşturup oluşturmadığı değildir. Tabii ki iyi bir çocuk adalet sistemi, çocuğun yararı yanında toplumun gereksinimlerini de karşılamalıdır. Ancak ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında yaptırımın uygulanması, yeniden topluma kazandırma işlevini yerine getirilmesini olanaksız kılacak, aynı zamanda bu çocukların ceza adalet sisteminin içinde ele alınmasına neden olacaktır. Mahkeme, gerekli sosyal incelemeyi yaptıktan sonra medeni hukuk çerçevesinde tedbire karar vermelidir. 2003 TCK Tasarısı 101. maddenin gerekçesinde, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında tedbirlerin alınmasında yerinde olarak, çocuk mahkemesinin özel hukuk anlamında bir velayet ve vesayet makamı olarak hareket edeceği ve tedbir alacağını belirtmiştir.

Çocuğun yararı gerektiriyorsa tedbir talebinde bulunulmalıdır. Beden, ruh ve ahlak gelişmeleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede olan çocuk için koruyucu, eğitici tedbir alınmalıdır. Güvenlik tedbirine gerekçe ile “koruma, eğitim ve tedavi amaçlı” niteliklerini yüklemek, güvenlik tedbirlerinin doğuracağı sonuçları engelleyemez. Örneğin; Adli Sicil Kanunu m. 4’e göre güvenlik tedbirlerine dair kararlar adli sicile geçirilecek bilgilerdendir. Ayrıca bu tedbirleri güvenlik tedbirleri olarak nitelendirdiğimizde, kanunilik ilkesi gereği kanunda saymamız gerekecektir. Oysa ceza sorumluluğu olmayan çocuk için bu maddede sayılan başka bir tedbirle çocuğun iyileştirilmesi sağlanabiliyorsa hakim ya da mahkeme bu tedbire de hükmedebilmelidir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, bu tedbirler koruma, eğitim ve tedavi amaçlı ise,

¹⁷ Dönmezer-Erman, Ceza sorumluluğu olmayan kişilere uygulanan tedbirlerin teknik anlamda güvenlik tedbiri olmayıp sosyal korunma tedbirleri olduğunu ileri sürmektedir. Dönmezer-Erman, C.II, No.1582; Özgenç-Şahin ise bu çocuklar hakkında koruma ve ıslah tedbirinin alınmasından söz etmektedir. Özgenç İzzet-Şahin Cumhuriyet, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2001, s.245.

¹⁸ Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s.479; Özgenç-Şahin, s.245.

bu amaçların elde edilmesi başka bir kanunda öngörülen bir tedbirle sağlanabiliyorsa ya da hakimın öngöreceği başka bir tedbirle sağlanabiliyorsa, bu tedbire de hükmedilebilmelidir.

Kaldı ki bu çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabileceği öngörülürken, Tasarının 56. maddesinde “suça sürüklenmiş çocuk” tan söz edilmektedir. Bu kavram, çocuğun ceza kanununda belirtilen bir suç tipini işlediği iddiasını içinde barındırır. Bu iddia ile bu çocuklar hakkında tedbire karar verilebilmesi, güvenlik tedbiri muhakemesini gerektirir, aksi düşünce adil yargılanma hakkının ihlali anlamındadır. Bu da çocuğu adli mekanizmanın içine sokmak anlamındadır. Oysa çocuk olabildiğince ceza adalet sisteminin dışında tutularak tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler de çocuğu koruyucu tedbirlerdir.

Özetle, ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında ceza kovuşturması yapılamayacağına göre, bunlara işledikleri fiilden dolayı bir yaptırım da uygulanamaz ancak koruyucu tedbirler alınabilir. Güvenlik tedbirine gerekçe ile “koruma, eğitim ve tedavi amaçlı” niteliklerini yüklemek, bu tedbirlerin yaptırım niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmez.

3. TCK Tasarısı Madde 31/2

Türk Ceza Kanunu Tasarısı m. 31/2, fiili işlediği sırada 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu olmadığını belirtmekte, ancak bu çocuklar için “çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur” diyerek emredici hüküm getirmektedir. Oysa, maddenin birinci fıkrasında, ceza sorumluluğu olmayan 12 yaşını bitirmemiş çocuklar için bu güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği belirtilerek bir zorunluluk getirilmemektedir. Bir başka deyişle, Tasarının m. 31/1 ile 31/2’de ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkındaki düzenleme arasında bir çelişki söz konusudur.

Maddenin gerekçesinde, bu grup yaş küçüklerinin ceza sorumluluğunun olup olmadığının çocuk hakimince, yaş küçüğünün içinde

bulunduğu aile koşulları, sosyal ve ekonomik koşullar ile psikolojik ve eğitim durumu hakkında uzman kişilerce hazırlanacak raporlara göre değerlendirileceği vurgulanmaktadır. Bu çocuklar hakkında tedbire karar vermeden önce de böyle bir sosyal inceleme raporu gerekli olup, tedbire karar verip vermeme hakim in takdirinde olmalıdır. Çocukların çeşitli özel gereksinimleri ve uygun yaptırımlar göz önüne alındığında, yargılamanın her aşamasında olduğu gibi soruşturma ve muhakemede takdir yetkisinin tanınmasını öngören Beijing Kuralları 6 ve çocuk hakkında bir karar vermeden önce sosyal inceleme raporunun gerekliliğini öngören Beijing Kuralları 16.1 göz önünde tutularak, çocuk hakkında tedbir uygulanıp uygulanmayacağına ya da hangi tedbirin uygulanacağı hususuna uzman kişilerin görüşlerinden yararlanarak hakim karar vermelidir.

4. Ceza Sorumluluğu Olan Çocuklar

Uluslararası belgelerde, çocuk adalet sisteminin her aşamasında ve tüm düzeylerde uygulanabilecek bazı temel ilkeler vardır ki, bu ilkeler kapsayıcı (şemsiye) ilkeler olarak adlandırılır. Bu ilkeler arasında; çocuk suçluluğuna yönelik mevzuatın 18 yaşın altındaki herkese uygulanması; ayırimcılık yapmama (ÇHS m. 2); çocuk suçluluğuna ilişkin her politika ve faaliyette çocuğun üstün yararının gözetilmesi (ÇHS m. 3); çocukların özgürlüklerinin kısıtlanmasının son çare olması (ÇHS m. 37 (b)), çocuklara yapılan muamelede, çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesine olanak sağlayacak ve onun toplumdaki yapıcı rolünü güçlendirecek şekilde hareket edilmesi (ÇHS m. 40) vardır.¹⁹ ÇHS'ye göre 18 yaşına kadar olan herkes çocuk olduğundan ve bu sözleşme ile belirtilen tüm haklardan istisnasız yararlandırılması gerektiğinden, 12 yaşını doldurmuş ve 18 yaşını doldurmamış tüm çocuklar bakımından 12-15, 15-18 gibi bir ayırım yapılmadan sözü edilen vazgeçilemez ilkeler göz önünde bulundurulmalıdır.

Çocuğa işlediği suçtan dolayı gösterilecek tepki, sadece suçun ağırlığı ve işleniş tarzıyla değil, çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve gereksinimleri ile toplumun gereksinimleriyle de orantılı olmalı-

¹⁹ Bu konuda bkz. International Review of Criminal Policy, Parg. 65-66.

dır (Beijing Kuralları, 17.1/a). Bu kural cezalandırıcı katı yaklaşımın yerinde olmadığına işaret etmektedir. Yetişkinlerle ilgili davalarda ve muhtemelen çocuklar tarafından işlenen ağır suçlarla ilgili davalarda hak edilen tam cezanın ve karşılık verilen yaptırımların bir temeli olduğu kabul edilirken, çocuklarla ilgili davalarda genç insanın iyiliği ve geleceğini koruma kaygısı ağır basar.²⁰ TCK Tasarısı 31. maddesi ise bu kaygılardan uzak, hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasını alternatifsiz kabul etmektedir. Oysa, çocuklara yönelik bir yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın, çocuk suçlular ve sosyal ilişkileri üzerinde olumsuz yönde önemli etkilerinin olduğu ve bazı istisnalar haricinde, çocukları yeniden topluma uyumlu hale getirmenin çocukların kurumlara kapatılması yöntemi ile daha zorlaştırıldığını gösteren bulguların varlığı bilinmektedir. Kurumsallaştırmanın bir başka deyişle kurumlara kapatmanın alternatifleri böyle bir kurumun yapımı ve işletimi yüksek harcamaları gerektirdiğinden toplumun gereksinimleri ile de uyumludur.²¹

a. 12 Yaşını Doldurmuş 15 Yaşını Doldurmamış Çocuklar: TCK Tasarısı m. 31/2

Türk Ceza Kanunu Tasarısı m. 31/2'de, 12 yaşını doldurmuş olup da 15 yaşını doldurmamış çocuklar için, işlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, tedbir öngörülmeden indirilmiş cezaya hükmedileceği belirtilmiştir. Bir başka deyişle, mahkeme ceza sorumluluğu olan çocuk hakkında tedbire hükmedemeyecektir. Bu düzenleme, uluslararası ilkelere uygun değildir.

Beijing Kuralları 5'e göre, çocuk adalet sistemi, çocukların iyiliğinin sağlanmasının üzerinde önemle durur ve çocuk failere gösterilecek bir tepkinin, hem failerin ve hem de işlenen suçun şartları ile her zaman orantılı olmasını güvence altına almalıdır. İşlediği suçtan dolayı çocuğa indirilerek verilen ceza ile her zaman çocuk için iyileştirmenin sağlandığı ileri sürülemez. Uluslararası ilkeler ve bağlayıcı olan Çocuk Hakları Sözleşmesi, özgürlüklerin kısıtlanmasının en son çare olmasını ve mümkün olduğunca en kısa süre olmasını belirtir (ÇHS

²⁰ Beijing Kuralları 17. maddenin açıklaması, *Compendium of United Nations*, s.175.

²¹ *International Review of Criminal Policy*, Parg.173-174.

m. 37(b), Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına ilişkin BM Kuralları (Havana Kuralları) 1, Beijing Kuralları 17.1).

Beijing Kuralları, Riyad Kuralları ile birlikte Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğun kuruma kapatılması olanağını ciddi bir şekilde sınırlayarak, çocuğun toplumda yapıcı bir rol üstlenmesi yönündeki yaklaşımı desteklemektedir. Çocuğun çıkarlarına ve refahına tam olarak neyin uygun olduğunu belirleyebilmek için, ilgili makam olay hakkında son kararı vermeden önce, çocuğun sosyal ve ailevi geçmişini, öğrenim hayatını da içerecek şekilde belirleyip tüm bilgileri mahkemeye sunmalıdır.²² Bundan sonra mahkeme bir yaptırım uygularken tedbirin mi, cezanın mı çocuğun yeniden toplumla bütünleşmesinde etkin olacağına karar vermelidir. Ancak tasarı bu haliyle sadece ceza öngörerek bunu sağlamaktan uzaktır.

Halen uygulanmakta olan ÇMK m. 12'ye göre, fiili işlediği zaman 11 yaşını bitirmiş 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında 20. maddeye göre yapılan inceleme, ceza tertibini gerektirmiyorsa mahkemece 10. maddedeki tedbirlerin uygulanabileceğini öngörmüştür. Yargıtay da içtihatlarıyla bu hususu desteklemektedir.²³ Tasarıdan beklenen daha çağdaş daha uluslararası ilkeleri gözeten düzenlemeler iken, tasarının uluslararası ilkelere bu hususta daha uygun olan mevcut düzenlemeden daha geri bir düzenleme getirmesi anlaşılır değildir. Nitekim 2003 TCK Tasarısının "*Tedbirler ve Cezalar*" başlığını taşıyan m. 103. maddesinde ceza sorumluluğu olan çocuklar için tedbir uygulanması söz konusu idi.²⁴ Tasarının bu maddesi Adalet Alt Komisyonunda kabul görmemiş ve 31. maddedeki şeklini almıştır.

²² International Review of Criminal Policy, V.49-50, 1998-1999, United Nations, New York 1999, parg. 204.

²³ Y.2.CD, 10.12.1991, 1991/114291 E, 1991/12630, YKD, XVIII, (Temmuz 1992), 1125-1126.

²⁴ 2003 TCK Tasarısı m. 103: Ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında uygulanabilecek tedbir ve cezalar aşağıda gösterilmiştir:

A. Çocuğun, koruma, tedavi ve eğitim noksanlığını giderici tedbirler:

1. Yargılama neticesinde, velayet ve vesayete ilişkin yetkilerin kötüye kullanıldığı veya görevin ihmal edildiği sabit olduğunda, çocuk hakkında velayet ve vesayetle ilgili kanuni tedbirlerin alınması,

2. Beden veya ruh sağlığı bozuk olan veya aksaklıkları bulunan çocuğun ayakta veya yatırılarak tedaviye tabi tutulması,

3. Ahlak ve beden bakımından tehlike içinde bulunduğu anlaşılan çocuğun eğitim yardımlarına veya denetimli eğitime tabi tutulması,

b. 15 Yaşını Doldurmuş Olup da 18 Yaşını Doldurmamış Olan Çocuklar: TCK Tasarısı m. 31/3

TCK Tasarısı m. 31/3, 15 yaşını doldurmuş olup da 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar hakkında, işledikleri suç karşılığında indirilmiş cezaya hükmedileceğini düzenlemektedir. Bu çocukların, "normal koşullarda" davranışlarının hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olduğu ancak, bu kişilerin davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmemiş olabileceği, bunların normatif olarak irade yeteneklerinin zayıf olduğu kabul edilmekle beraber, kusur yeteneğine sahip olmalarından dolayı kural olarak indirilmiş cezaya hükmedileceği, madde gerekçesinde belirtilmiştir.

Bu çocuklar da bazen içinde buldukları aile, sosyal çevre veya psikolojik durumlarından ve sosyal ve ekonomik koşullardan dolayı tasarının deyimiyle "suç yoluna sürüklenmiş" olabilirler. Çocuğun iyileştirilmesinde veya yeniden toplumsallaşmasında toplum içinde iyileştirme bir başka deyişle kurum dışı yaklaşımlar kurumsal iyileştirmeye tercih edilmelidir.²⁵ Bu çocuklar hakkında da tedbire hükmedilebilmeli ve bu mahkemenin takdirine bırakılmalıdır.

2003 TCK Tasarısı m. 116, suç işleyen bu çocuklar hakkında cezaya hükmedilmesinin esas olduğu ancak istisnaen ; işlenen suçun cezasının yukarı sınırı üç yılı aşmaması ve çocuğun suçla ortaya çıkan tehlikeli eğilimleri giderilerek topluma uyumlu bir hayata hazırlanması için eğitilip yetiştirilmesi yönünden mahkemece kanaat getirilmesi halinde tedbir uygulanmasını düzenlemektedir.²⁶

4. 94. maddenin (A) fıkrasının (5) ve (6) numaralı bentlerinde öngörülen tedbirlerin uygulanması.

B. Disiplin tedbirleri

1. Tekdir,
2. Çocuğun yükümlere tabi kılınması,
3. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma.

C. Cezalar

1. Para cezası,
2. Çocuklara ve küçüklere özgü hapis cezası.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yokuş Sevük Handan, *Uluslar arası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım*, İstanbul 1998, s.108 vd.

²⁶ Bu düzenlemeye ilişkin eleştirilerimiz: Maddenin düzenleniş şekline, küçüklere hakkında tedbir uygulanmasının istisna olduğu anlaşılmaktadır. Oysa tedbir uygu-

2003 TCK Tasarısı'nın eleştirdiğimiz hususları olmakla birlikte, çocuk adalet sisteminde benimsediği politika açısından bütün olarak bakıldığında Adalet Komisyonu'nda kabul edilen tasarıdan daha ileri olduğu açıktır.

Sonuç olarak, çocuk adalet sistemi, çocuğun çıkarlarını ve refahını geliştirmeli ve çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesini ve toplumda yapıcı bir rol üstlenmesini sağlamalıdır.²⁷ TCK Tasarısı m. 31 bu haliyle kabul edilirse, bunu sağlamaktan uzak bir anlayışla, cezalandırıcı yaklaşımı benimseyen ve uluslararası ilkeleri göz ardı eden bir düzenlemeyi Türkiye kabul etmiş olacaktır.

lanmasına karar verilirken yaş ölçüt olmamalıdır. ÇHS ne göre 18 yaşına kadar olan herkes çocuk olduğundan ve bu sözleşme ile belirtilen tüm haklardan, çocuklar istisnasız yararlandırılmalıdır. 18 yaşına kadar olan çocuklar bakımından, yaş ayırımı getirilerek ayrımcılık yasağına (ÇHS m.2) aykırı davranılmaktadır. Tedbir alınarak çocuğun iyileştirilmesi sağlanabiliyorsa, bu çocuklar hakkında tedbir uygulanması istisna olarak düzenlenmemelidir. Üstelik tüm tedbirlerin değil de sadece m.104'deki koruyucu ve m.109 da ki "*kamuya yararlı bir işte çalıştırma*" tedbirlerinin öngörülmesi de yerinde olmamıştır. Tedbire karar vermede suçun cezasına dayalı bir ölçüt getirilmiştir. Oysa gerek tedbire karar vermede gerekse tedbirin türünü belirlemede ölçüt, tedbirlerin ve cezaların uygulanmasını düzenleyen m.113 de belirtildiği üzere çocuktaki tehlikeli eğiliminin giderilerek toplumla bütünleşmesine yardımcı olmak ise, cezaya dayalı ölçüt ve sadece 104 ve 109. maddelerdeki tedbirlerin öngörülmesi kabul edilemez. Madde bu haliyle Tasarının 113. maddesiyle uyumlu değildir.

116 maddenin 2. fıkrasında, 113. maddenin 2. ve 3. maddelerinin uygulanacağı belirtilmektedir. 113/2 de ise tedbir uygulanmasından beklenen amaca ulaşılmazsa tedbirin değiştirilebileceği veya cezaya hükmedilebileceği öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde ise, tedbir uygulamasının maddenin 1. fıkrasında beklenen amaca ulaşılmasına olanak vermeyecekse faile ceza verileceği belirtilmekte yani tedbirin değiştirilmesinden söz edilmemekte; ancak tedbirler amaca ulaştığında 113/2 ve 3 fıkralarının uygulanacağı belirtilmektedir. Madde metninden bu anlaşılmamaktadır. Gerekçe ile madde metni arasında bir çelişki söz konusudur.

²⁷ International Review of Criminal Policy, parag. 203.

TÜRK CEZA KANUNU, TCK TASARILARI VE ÖZELLİKLE 2004 TCK TASARISI'NIN GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ*

Doç. Dr. Mustafa AVCI**

I. GİRİŞ

Türkler, bilinen 4000 yıllık tarihleri boyunca dinleri ve alfabeleri gibi hukuk sistemlerini de birkaç defa değiştirmişlerdir. İslamiyeti kabul etmezden önce, uzakdoğu kültürü etkisinde kalmış olmakla birlikte kendilerine özgü hiç de ilkel sayılmayacak milli¹ bir hukuka sahip olmuşlardır.²

Göçebe hayattan yerleşik hayata geçen Türkler, İslâm'ı kabul ettiklerinde onun hukuk sistemini kendi bünyelerine uygun bulmuşlar,³ bu

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen ve 21-22 Mayıs 2004 tarihlerinde yapılan "Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel ve Podyum Tartışmaları" konulu toplantıda sunulan konuşma metninin makale formuna sokulmuş şeklidir.

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

¹ Eski Türk Hukuku'nun, özellikle Çin Hukuku'ndan etkilenmiş olması, onun milli özelliğini bertaraf etmez. Çünkü Dünyada tamamen saf bir hukuk sistemi bulmak imkansızdır. Bozkurt, Gülnihal, *Batı Hukuku'nun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ank. 1996, s.7. Bu dönem Türk Hukuku'nun ilkel dönem ceza hukuku özelliklerini taşıdığı iddiası için bkz. İçel-Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1*. Kitap, İst. 1999, s.45.

² Orhun Kitabeleri'nde egemenlik ve bağımsızlığın alameti olarak, "Hakan"ın töre koyma yetkisi gösterilmişti. Türklerde sosyal ve hukuk kurallarının tümüne töre denirdi. Töre halkın geleneklerinden, Hakan'ın iradesinden ve Kurultayın kararlarından kaynaklanırdı. Fendoğlu, H. Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, İst. 2000, s.13. Osmanlı örfi-sultani hukukunun kaynağı da padişah iradesiyle kanunlaştırılmış örf ve adetler ile doğrudan padişahın iradesine (otoritesine) dayanarak çıkardığı kanunlardı. İnalçık, Halil, "Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih'in Kanunları", in: *Osmanlı İmparatorluğu Toplum ve Ekonomi*, İst. 1992, s.320-322.

³ Üçok-Mumcu-Bozkurt, *Türk Hukuk Tarihi*, Ank. 1999, s. 47. Türkler, İslâm Hukuku'nu 868-1926 yılları arası tam 1058 yıl uygulamışlardır. Fendoğlu, s.47.

sebeple bu tarihten sonra Türklerde, İslam kültür ve hukuku egemen olmuştur. Bu dönemde hem İslâm öncesi devlet geleneklerine büyük ölçüde bağlı kalmışlar,⁴ İslâm Hukuku'nun boşluklarını kendi anlayışları ile doldurmuşlar, hem de İslâm Hukuku'na aykırı olmamak üzere Padişahlar tazir hakkına dayanarak ceza kanunnameleri çıkarmışlardır.⁵

Tanzimat'ın ilanından sonra Batı kültürü kabul edilmiş; ancak İslâm kültür ve hukukundan tamamen vazgeçilmemiştir. Bir ülke dahilinde aynı kişiye aynı zamanda esasları birbirinden tamamen ayrı, hatta birbirine zıt iki kanunu (1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilen 1858 Osmanlı CK ile İslâm Hukuku'nu) uygulamanın mantıksız ve tehlikeli olduğu iddiasına⁶ karşılık bu çözümün dahiyane olduğunu söyleyenler de olmuştur.⁷

Cumhuriyet döneminde ise Batı kültür ve hukuku bir bütün olarak kabul edilmiştir.⁸ Biz bu kısa araştırmamızda Türklerin yaptığı ceza kanunları ile 20.04.2004 tarihi itibarıyla Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nı inceleyeceğiz.

II. TÜRKLERİN YAPTIKLARI CEZA KANUNLARI

A. Osmanlı Öncesi Kanunlar: Türkler, Osmanlı devletinin kurulmasından önce de bir çok devletler kurmuşlar ve birçok ceza kanunları

⁴ Türklerin Orta Asya'dan beri sahip oldukları devlet anlayışı, kökleşmiş adetler ve inançlar mahiyetindeydi. İslam dinine en fazla riayetkar sayılan Türk hükümdarları bile, devlet otoritesini her şeyin üstünde tutmuşlardır. İnalçık, s.321-322.

⁵ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ank. 1998, s.58.

⁶ Kantar, Baha, *Ceza Hukuku Başlangıç*, Ank. 1937, s.76-77.

⁷ İslâm Hukuku'nu tamamen bertaraf edemeyince, sadece adam öldürme ve müessir fiil suçlarına (ceza sorumluluğu bakımından kanun, tazmin sorumluluğu bakımından ise İslam hukuku ilkelerinin) uygulanması uzlaştırıcı bir yoldur. Soyaslan, s.83. Türkiye'nin, Batı hukukunu bütünüyle benimsemesinde, 1858 CK'nın öncü işlevi olmuştur. Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, İst. 1994, I/127.

⁸ Üçok-Mumcu-Bozkurt, s.3. Resepsiyonla sadece bazı hukuk normları değil, aynı zamanda yabancı hukuki düşünce de taşınmaktadır. Bozkurt, s.7.

yapmışlardır. Örneğini; Timur Tüzükatı,⁹ Cengiz Yasası,¹⁰ Dulkadiroğlu Alaüddevle Bey Kanunu¹¹ ve Bozok Kanunu,¹² bunlardan birkaçıdır.

B. Osmanlı Kanunnameleri:

1. **Klasik Dönem Kanunları:** Fatih Kanunnamesi¹³ II. Bayezid Kanunu,¹⁴ I. Selim Kanunu,¹⁵ I. Süleyman (Kanuni) Kanunnamesi,¹⁶ III. Murad Kanunnamesi,¹⁷ IV. Mehmed Kanunudur.¹⁸

2. **Modernleşmeye Doğru İlk Kanunlar:** 1838 Askeri Ceza Kanunu,¹⁹ 1838 Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi.²⁰

⁹ Kanun metni için bkz. Timur ve Tüzükatı (Mütercimi: Mustafa Rahmi) İst. 1339, s.37-105. Timur Tüzükatı'nda da yasa ruhu hakimdi. İnalçık, s.323.

¹⁰ Kanun metni için bkz. Alinge, Curt, *Moğol Kanunları* (Çev.: C. Üçok) Ank. 1967. Cengiz Yasası'nın kaynağı, örf-adetler ile eski devlet gelenekleriydi. İnalçık, s.322.

¹¹ Kanun metni için bkz., Barkan, Ö. Lütfi: *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları-I Kanunlar*, İst. 1943, s.119-124. Osmanlı padişahları tarafından çıkarılmış bir kanun olmamasına rağmen, gerek şer'i, gerekse örfi esaslar bakımından Osmanlı kanunnameleri ile müşterek bir kaynağa götürmektedir. İnalçık, s.337. Alaüddevle Bey Kanunu ve Dulkadiroğulları ceza hukuku hakkında geniş bilgi için bkz. Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s.44-53, 132-147.

¹² Kanun metni için bkz. Barkan, s.124-129.

¹³ Kanun metni için bkz. Barkan, s.387-394, Halaçoğlu, s.187-196. Osmanlı'da diğer kanunlar yerel özellikler gösterse de ceza kanunları, bütün İmparatorluğa ve her sınıfa şamil yegane genel kanunlardı. Bu husus 1583 tarihli Yeni İl Kanunu'nda: "Amme-i memalik-i mahrusede cinayat mukabelesinde vaz' olunan ceraim-i marufe..." şeklinde ifade edilmektedir. Kanun metni için bkz. Barkan, s.362, geniş bilgi için bkz., İnalçık, s.337.

¹⁴ Kanun metni için bkz., Anhegger-inalçık, Kanunname-i Sultani ber Muceb-i Örf-i Osmani, Ank. 1954, vesika, 22, Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, İst. 1990, II/39vd.

¹⁵ Kanun metni için bkz. Pulaha Selami-yücel Yaşar, I. *Selim Kanunnamesi*, Ank. 1998.

¹⁶ Kanun metni için bkz. Ahmed Lütfi, *Mir'at-ı Adalet Yahut Tarihçe-i Adliye-i Devlet-i Aliyye*, İst. 1304, s.47-57, Heyd, s.56-93.

¹⁷ Barkan, "Kanunname", İA, VI/185.

¹⁸ Kanun metni için bkz. Mantran, Robert, 17. Yüzyılın İkinci Yarısında İstanbul (Çev: M. A. Kılıçbay-E Özcan) Ank. 1990, I/323vd, Ergin, O. Nuri, *Mecelle-i Umur-u Belediye*, İst. 1995, I/387vd.

¹⁹ Kanun metni için bkz. Seviğ, V. Raşit, *Askeri Adalet*, Ank. 1955, I/112vd.

²⁰ Kanun metni için bkz. Kaynar, Reşat, *Mustafa Reşit Paşa ve Tanzimat*, Ank. 1954, s.295-301, Çadırcı, Musa, "Tanzimat'ın İlanı Sırasında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 tarihli Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi", AÜTAD, Ank. 1983, C:XIV, s.139-161.

3. Tanzimat Dönemi Kanunları: 1840 Ceza Kanunnamesi,²¹ 1851 Ceza Kanunu (Kanun-ı Cedid),²² 1855 Men'i İrtikap Kanunnamesi,²³ 1858 Ceza Kanunnamesi.²⁴

Ülkemizde 68 yıl yürürlükte kalmış olan bu kanun, yürürlüğe girişinden İkinci Meşrutiyetin İlanına (1909) kadar 19, bu tarihten sonra da yürürlükten kalkıncaya kadar 38 defa olmak üzere toplam 57 defa değişiklik geçirmiştir.

1909 yılında Adliye Nazırı olan Necmettin Molla, dönemin modern kanunu olan 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nu dilimize Fransızca'dan tercüme ettirmiş, 30-40 nüsha olarak basılıp dağıtılan metinle ilgili olarak alınan mütalaalardan sonra bir Ceza Kanunu Layihası hazırlanarak Meclis-i Umumi'ye tevdi edilmiş, ancak daha sonra bu layiha Meclis-i Mebusan ve Heyet-i Ayan'da müzakeresinin uzun süreceği hatta yıllar alacağı gerekçesiyle geri çekilmiştir.²⁵

Bu kanunun eksikliklerini gidermek amacıyla 1889 İtalyan CK esas alınarak 4 Haziran 1911 tarihli kanun ile 1858 CK'nın 50 maddesi değiştirilmiş, 10 maddesi ilga edilmiş, 3 maddeye fıkra eklenmiş, ek 7 madde kanuna ilave ve bir maddenin bir fıkrası da ilga edilmiştir.²⁶

Yeni bir kanun yapılması gerektiğini düşünen Adalet Bakanlığı 1920 yılında bir komisyon oluşturmuş, bu komisyon 1921 tarihine kadar 38 toplantı yapmış, ancak siyasi gelişmeler yüzünden faaliyetine devam edememiştir.²⁷ 1923 yılında Baha Kantar başkanlığında oluşturulan komisyon önceki komisyonun çalışmalarına kaldığı yerden devam ederek 57 maddeyi tamamlamış, Adalet Bakanlığı'nun yeniden

²¹ Kanun metni için bkz. Gökçen, Ahmet, *Tanzimat Dönemi Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İst. 1989, s.95-104, Akgündüz, Ahmet, *İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır, 1986, s.809-820.

²² Taner, s.230, Cin-Akgündüz, I/344, Bozkurt, s.99. Kanun hakkında geniş bilgi için bkz. Mumcu, Siyaseten Katl, s.180-181.

²³ Bozkurt, s.100.

²⁴ Kanun metni için bkz. Gökçen, s.117-168, Akgündüz, *Külliyyat*, s.832-876.

²⁵ Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İst. 1992, s.43.

²⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Genel*, s.118. 1920 sonrası TBMM bu kanunda dört defa değişiklik yapmıştır. Kunter, Nurullah, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, 1948, s.541.

²⁷ Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.543.

teşkilatlanması sebebiyle 1924 tarihinde yine Baha Kantar başkanlığında çalışmalarına devam ederek 19 maddede iştirak, içtima ve yataklık konularına ilişkin maddeleri hazırlamış, bunların metin ve gerekçelerini hükümete sunmuştur.²⁸

C. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet dönemi ceza kanunlarını genel kanun (TCK) ve özel ceza kanunları, özel ceza kanunlarını da, bütün hükümleri ceza hukuku ile ilgili kanunlar ve ceza normu içeren kanunlar olarak ikiye ayırabiliriz. Biz aksine hüküm olmayan hallerde özel kanunlar bakımından da uygulanması gereken yani ceza hukukunun "Code"u sayılan Türk Ceza Kanunu'nu inceleyelim.

1. 1926 Türk Ceza Kanunu

a. Hazırlanışı: Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt, Eskişehir'de Temyiz Mahkemesi Birinci Reisi ve daire reislerinden bir heyet oluşturmuş, 1925 yılında çalışmaya başlayan bu heyet, 6 ay gibi kısa bir zamanda 1909 yılında tercüme edilen yukarıdaki layihayı esas alarak yeni bir metin olarak Adalet Komisyonu'na sunmuş, bu komisyonda da esaslı değişiklikler yapıldıktan sonra TBMM Genel Kuruluna sevk edilmiş ve Genel Kurul'da herhangi bir değişiklik yapılmadan bir bütün halinde müzakere ve kabul edilmiştir.²⁹

b. Özellikleri: 1. 1889 İtalyan ve 1274/1858 Osmanlı Ceza Kanunları'ndan hükümler alınarak oluşturulmuştur.³⁰ 2. Yürürlüğe girişin-

²⁸ Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.544.

²⁹ Önder, s.43, Bozkurt, s.200. Bir an önce mazi ile ilgisini kesmek, devleti yeni bir ceza kanunu ile teçhiz etmek arzusunda olan inkılâbın beklemeye vakti yoktu, ona hazır bir kanun lazımdı. Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.548. Gelişmişlik düzeyindeki mesafeyi kapatmak için toplumun kafa yapısını hukuk zoru ile değiştirmek, iç kuvvet dengelerini oluşturarak toplumun ve hukukun kendiliğinden değişmesini beklemekten daha akıllıca bir yoldur. Soyaslan, Genel, s.62.

³⁰ 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu, dönemin en demokratik, insan hak ve özgürlüklerine en geniş yer veren 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu tercüme edilmekle birlikte 1858 Tarihli Osmanlı CK'dan da hükümler alınarak oluşturulmuştur. Artuk-Gök-

den beri yaklaşık 70 defa değişiklik geçirmiştir.³¹ 3. Genel hükümler içinde güvenlik tedbirleri yer almaz. 4. Kazuist (meselecidir, her suçu tek tek belirleme yolunu seçmiş)tir.³² 5. Ceza hükmü taşıyan özel kanunlara göre bir "kod" dur (TCK m. 10). 6. Klasik objektivist teoriyi benimsemiştir. 7. 1889 İtalyan CK Fransızca metninden Türkçe'ye tercüme ve dolayısıyla kavram hataları ile çevrilmiştir. Örneğin; mehzaz kanunda fikri içtima ve müteselsil suç kurumları yoktur.³³

c. TCK'nın Hiç Değiştirilmemiş Maddeleri: TCK'nın yaklaşık 200 maddesi yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 1926 tarihinden beri hiç değiştirilmemiştir. Örneğin; 2, 7-10, 22, 23, 25, 27, 33-35, 38-41, 43, 44, 49, 52, 57, 60, 66, 67, 79, 86, 88, 90, 92, 93, 96, 98, 107-11, 120, 121, 123, 124 hiç değiştirilmemiş genel hükümler, 147, 150, 155-157, 162, 164-167, 170, 182-187, 190, 193-199, 200, 229, 231-234, 238-239, 241, 242, 244... ise özel hükümlerdir.

d. Birkaç Defa Değiştirilmiş Maddeleri: m. 175-176, 480-482, 493-494, 516 (dörder defa), 4, 15-19, 24, 55, 202, 311-313, 526 (beşer defa),

cen-Yenidünya, s.123, Centel, Nur, *Türk Ceza Hukuku'na Giriş*, İst. 2002, s.44, Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ank. 2002, s.94. 1889 tarihli İtalyan CK'nın iktibasında Atif Efendi'nin, İtalya'da tahsil yapmış olmasının büyük etkisi vardır. Soyaslan, s.82.

Yasaların halkın bilmediği bir dil ile yazılmasının sakıncası büyüktür. Beccaria, M. Cesare, *Suçlar ve Cezalar* (Çev: M. Göklü) İst. 1964, s.129. Yürürlüğe girdiği tarihten beri dayandığı ilkeler bakımından epeyce eskimiş bulunan TCK'nın yeni ihtiyaçlara göre ayarlanması, hatta yeni baştan tedvin edilmesi bir zorunluluk halini almıştır. Tesal, Reşat, *İktisadi Ticari Mali Suçlar*, İst.1977, s.9.

³¹ 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren TCK, suç ve ceza siyasetinin gerektirdiği toplumun değişen ihtiyaçlarına uyabilmek ve yapısındaki aksaklıkları giderebilmek için günümüze kadar çok sayıda değişikliğe uğramıştır. Demirbaş, s.94.

³² Eski hukuk derlemelerinde suçlar genellikle yaşanmış olaylardan yola çıkılarak belirlenmekte ve benzer olayların yinelenmemesi amaçlanmaktadır. O çağlarda hukuksal soyutlama yöntemi henüz bilinmediğinden tümüyle kazuistik bir yaklaşımla akla gelebilecek (daha önce yaşanmış) eylem biçimleri art arda sıralanmakta, sözcüğü "öldüren öldürülür" demek yerine "sokakta tartıştığı kişiyi öldüren ya da dağ yolunda bir adamı öldüren" türünden belirlemelere yer verilmektedir. Can, Cahit, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Ank. 2002, s.294.

³³ Çeviri yanlışları yapılmış ve aslına sadık olmayan TCK'nın dili eskimiş, dil uyumu bozulmuştur. Soyaslan, s.67, 82-83.

13 (8 defa), 141-142 (6 defa değiştirilmiş ve 1991 yılında yürürlükten kaldırılmıştır), 159, 213, 215 (6 defa), 404 (7 defa), 403 (10 defa).³⁴

Özel durumlar için değiştirilmiş olan maddeler vardır. Örneğin; 3 ay ve daha fazla hapis cezasının milletvekilliğini sona erdireceğine dair hüküm mevcutken taksirle ölüme sebebiyet vermiş bir milletvekilini kurtarmak amacıyla TCK m. 455'e eklenen son fıkra ile kusur oranının 8 üzerinden hesaplanması, maddede öngörülen hapis cezasının alt sınırı olan iki yılın üçer aylık dilimlere bölündüğünde 8 rakamının bulunmasındandır. Aslında ceza hukuku bakımından kusur ya vardır, ya yoktur, kusurda derecelendirme olmaz. Müterafik kusur tazminat bakımından dikkate alınmalıdır.³⁵

e. TCK'nın Önemli Değişiklikleri: 8.6.1933 tarih ve 2275 sayılı Yasa ile 84 madde, 11.6.1936 tarih ve 3038 sayılı Yasa ile 143 madde, 9.7.1953 tarih ve 6123 sayılı Yasa ile 106 madde değiştirilmiştir.³⁶ Ayrıca 13.7.1965 gün ve 647 sayılı CİK ile TCK'nın bazı maddeleri değişikliğe uğramış veya uygulanma şanslarını yitirmişler, 21.11.1990 gün ve 3679 sayılı Kanun ile ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı azaltılmış, 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Kanun ile tamamen kaldırılmıştır.

f. Avrupa Birliğine Uyum Yasaları Çerçevesinde

Yapılan Değişiklikler: 8.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Yasa ile TCK'da yer alan idam cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmüştür. Ayrıca bu Yasa ile TCK 159. maddesine ek yapılmış, yine 201a ve 201b maddeleri TCK Tasarısı'ndan aynen alınarak TCK'ya monte edilmiştir.

02.01.2003 kabul tarih ve 4778 sayılı Yasa ile TCK m. 245'e yapılan ek ile işkence ve efrada kötü muamele suçlarından dolayı verilen cezaların paraya çevrilmesi ve ertelenmesi yasağı getirilmiştir.

³⁴ 1994 yılına kadar olan TCK değişiklikleriyle ilgili çizelge için bkz. İçel-Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, İst. 1994, s.287-295.

³⁵ Kusur oranına göre indirim ceza hukuku ve kamu hukukuna yabancı bir kavram olup bunun yeri özel hukuktur. Bkz. Soyaslan, s.460-461. Taksirli suçlarda kusur oranına göre indirimin genel kısım içine alınmasının isabetli olduğuna dair görüş için bkz. Toroslu, Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ank.1987, s.48.

³⁶ Artuk, M. Emin, *Ceza Hukuku'na Giriş*, İst.1983, s.74, CENTEL, s.44.

02.01.2003 kabul tarih ve 4782 sayılı Yasa ile TCK m. 4, 211 ve 213'te değişiklik yapılmış, m. 220 yeniden düzenlenmiştir.

08.01.2003 kabul tarih ve 4785 sayılı Yasa ile TCK m. 45'e bir fıkra eklenmiş ve bilinçli taksir kurumu bu değişiklik ile Türk Hukuku'na girmiştir.

24.04.2003 kabul tarih ve 4854 sayılı Yasa ile bir kısım kanunlardaki cezalar idari yaptırımlara dönüştürülmüş, yani ceza hukuku kapsamından çıkarılmıştır.

15.07.2003 kabul tarih ve 4928 sayılı Yasa ile TCK m. 453'ün cezası ağırlaştırılmış, m. 462 ise yürürlükten kaldırılmıştır.

30.07.2003 kabul tarih ve 4963 sayılı Yasa ile TCK m. 159'a bir fıkra eklenmiş, 169. maddeden "eder veya her ne suretle olursa olsun hareketlerini teshil" ibaresi çıkarılmıştır

g. TCK'nın Yürürlükten Kaldırılmış Maddeleri: 12, 16, 18, 28, 32, 42, 56, 83, 101, 141, 142, 163, 204, 206, 207, 210, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 265, 315, 330, 440, 441, 442, 443, 444, 525, 589 (Toplam: 33 m.)

h. TCK'ya Eklenmiş Maddeler: 10a, 201a, 201b, 312a, 480a, 521a, 521b, 525a, 525b, 525c, 525d,

i. TCK'nın Yürürlükte Olduğu Halde Hiç Uygulanmamış

Hükümleri: Mehzaz kanunda bulunmayan bazı TCK maddelerinin, yürürlüğe girdiği tarihten bu yana uygulanmasına rastlanmamıştır. 232-23,³⁷ 246, 247, 248, 249³⁸

2. Türk Ceza Kanunu Tasarıları: TCK Tasarıları'ndan 2004 Tasarısı'na kadar olanları kısaca, 2004 TCK Tasarısı'nu ise biraz daha ayrıntılı inceleme konusu yapacağız.

a. 1940 Tasarısı: 1940 yılında 1930 İtalyan CK esas alınarak Adalet Bakanlığı'nca bir Ceza Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır.³⁹

³⁷ Erman-Özek, *Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İst. 1992, s.170.

³⁸ Erman-Özek, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, s.258-262.

³⁹ Bu Tasarı'da yalnız genel hükümler yer almış, neşrolunarak kamuoyuna sunulmuştur. Metin için bkz. *Adliye Ceridesi*, 1941, IX, s.633 vd. ÖNDER, s.43.

- Bu Tasarı'da manevi sorumluluk esası kabul edilmiştir.
- Ağır hapis ve hapis cezası arasındaki fark kaldırılmıştır.
- Çocuklar hakkındaki güvenlik tedbirleri ve cezalarla ilgili hükümleri yetersizdir.
- Tasarı'da, TCK'da olduğu gibi suçlar, cürüm ve kabahat olarak ikiye ayrılmış,
- İtiyadi suçlular hakkında alınacak cezai tedbirlere ilişkin bir hüküm mevcut değildir, bu husus önemli bir eksikliklerdir.⁴⁰

İkinci Dünya Savaşı'nın etkisi ve 1930 İtalyan CK'nun adının faşist kanun diye çıkması sebebiyle⁴¹ bu Tasarı yasalaşamamıştır.

b. 1958 Tasarısı: İkinci tasarı 1958 yılında hazırlanıp yayımlanmış,⁴² Tasarı'nun gerekçesinde "TCK'nun yaklaşık 32 yıllık uygulanması sırasında toplumda meydana gelen değişiklik ve ilerlemeler sebebiyle çeşitli tarihlere 20 defa değişiklik yapılmış, bu değişikliklerde toplam 380 kadar madde değiştirilmiş, kanunun bazı maddeleri ise birkaç defa değiştirilmiştir. Böylece TCK, genel ahenk ve insicamını kaybetmiştir" ifadesi yer almış, fakat bu Tasarı da kanunlaşamamıştır.⁴³

c. 1987 TCK Öntasarısı: Yeni bir TCK Öntasarısı hazırlamak üzere Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan komisyon, çalışmalarını 1987'de tamamlayıp gerekçesiyle birlikte yayımlanmıştır.

Bu Öntasarı'nın gerekçesinde TCK'nun o tarihe kadar 39 defa değiştirilmiş, bu değişikliklerin bazılarının çok kapsamlı olması, bazılarının panik mevzuat niteliğinde bulunması, TCK'nun eski bir dille yazılmış olması, hukukçular tarafından anlaşılabilir hale gelmesi, de-

⁴⁰ Artuk-Gökçen-Yenidünya, *Ceza Genel*, s.124-125.

⁴¹ Türk Ceza Kanunu Liberal-Muhafazakar bir kanun iken, 1936 yılındaki 3038 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik 1930 Rocco Kanunu dikkate alınarak yapılmış, böylece kanun baskıcı ve ayrılıkçı özelliklere büründürülmüştür. Toroslu, s.6, Bozkurt, s.203, Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.551-553.

⁴² Tasarı metni ve gerekçesi için bkz. *Türk Ceza Kanunu*, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1958, s.3 vd.

⁴³ 1940 ve 1958 Tasarıları hakkında doktrinde yapılan değerlendirmeler için bkz. AR-TUK, M. Emin, *1926 Tarihli Türk Ceza Kanunu'nun Değiştirilmesi Yönündeki Çalışmalar Hakkında Düşünceler*, *İstanbul Barosu Dergisi*, C:72, S:10-12, Aralık 1998, s.836-837.

ğişiklik yapan iktidarların anlayışına göre farklı dil kullanılması, hatta hukuk terimlerinde bile değişiklik yapılması, Tasarı'nın hazırlanmasını gerekli kılan faktörler olarak sıralanmıştır. 1987 TCK Öntasarısı yayımlandıktan sonra ağır eleştirilere uğramıştır.⁴⁴

d. 1989 Öntasarısı: 1987 TCK Öntasarısı yayımlandıktan sonra konuyla ilgilenen kurum ve kuruluşlar, bu Öntasarı ile ilgili görüşlerini bildirmeye davet edilmiş, Adalet Bakanlığı eleştirileri dikkate alarak, yeni bir komisyon görevlendirmiş, bu komisyon tarafından hazırlanan metin, 1989 yılında tekrar yayımlanmıştır. 1989 Öntasarısı'nda çocuk ve küçüklere ilişkin düzenleme TCKÖT içine alınmış, tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler konulmuştur.

Bu tarihten sonra TCK'da yapılan değişikliklerde 1989 Tasarısı kısımlar ve maddeler halinde gerekçeleriyle birlikte monte edilmiştir.⁴⁵

Yeni Tasarı hazırlanırken bu defa Alman Ceza Kanunu'na yönelinmiş,⁴⁶ yani Alman CK'nun genel kısmındaki düşünceleri kabul edilmiştir.⁴⁷ Ancak bu Tasarı da yasalasamamıştır.

e. 1997 Tasarısı:⁴⁸ TCK 1997 yılına kadar 54 defa değiştirilmiş olduğundan hükümler arasından bazı çelişkiler oluşmuştur. Bu sebeple de yeni değişiklikler yapılmıştır.⁴⁹

⁴⁴ En geniş eleştiri Nevzat Toroslu tarafından bir kitap hacminde yapılmış olup bu kitap yayımlanmıştır. Bkz. Toroslu, Nevzat, *Nasıl Bir Ceza Kanunu*, Ank. 1987, s.6vd.

⁴⁵ Türk Ceza Kanunu eskimiştir, çağımızın değişmelerini karşılayamamaktadır. Değişiklikler ve yapılan ilavelerle kanun sistemini kaybetmiştir. Kunter, *Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi*, s.561. TCKT'nin 100'e yakın maddesi hemen de aynen TCK bünyesine aktarılmıştır, ancak yeterli değildir. Dönmezer, Sulhi, "Ceza Adaleti Reformu", *Yeni Türkiye*, Y:2, S:10, Ank.1996, s.558. Örnek olarak bkz. TCK m.10/a, 202-219, 453, 492/2, 521/a-b, 525/a-d. Dönmezer-Erman, I/135, No:201. Erdem, M. Ruhan, *Türk Hukukunda Karşılıksız Yararlanma Suçları*, Ank. 1996, s.71 vd. Ayrıca bkz. Dönmezer, Sulhi, Öntasarı Hakkında Genel Bilgi, in: İstanbul Ticaret Odası, *Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu Bildirileri*, İst.1987, s.12.

⁴⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı'nın Genel Hükümleri Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme (Çev: A. Sözüer) in: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya, 1998, s.25.

⁴⁷ GROPP, Walter, "Alman Bakışına Göre Türk Ceza Kanunu 1989 Tasarısı'nda Hukuka Uygunluk Sebepleri" (Çev: F. Turhan) in: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler*, Konya, 1998, s.233.

⁴⁸ Bu Tasarı metni gerekçeleriyle ve TCK ile karşılaştırmalı olarak yayımlanmıştır. Dönmezer-Yenisey, *Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı Gerekçeler*, İst. 1998.

Bu Tasarı hazırlanırken 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanunu'ndan da yararlanılmıştır.⁵⁰

Tasarı ile idam cezası kaldırılmış ve yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası konulmuştur.⁵¹

f. **2003 Tasarısı:** 1983 yılında başlayan çalışmalarla ortaya çıkan 1987 Öntasarısı'ndan 2003 Tasarısı'na kadar olanlar Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer başkanlığındaki komisyonlar tarafından hazırlanmış ve/veya güncellenmiştir, büyük ölçüde birbirinin tekrarı olan bu Tasarıların sonuncusuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı'na daha önce bir değerlendirme yazısı gönderdiğimiz için şimdilik değerlendirmede bulunmadan doğrudan 2004 Tasarısı'na geçmek istiyorum.

IV. 2004 TÜRK CEZA KANUNU TASARISI

Her ne kadar belirlenmiş bir suç ve ceza siyasetinin ürünü olmasa, kendisine özgü bir sistemi bulunmasa,⁵² kriminolojik araştırmalara dayanmasa ve komisyondaki hukukçuların çağdaş gereksinimlere göre takdir ettikleri bir metin olsa bile, yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'yla ve bundan önceki Tasarılarla karşılaştırılamayacak kadar ileri hükümler içeren ve yenilikler getiren 2004 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın bu yeniliklerini diğer Tasarılarla göre biraz daha ayrıntılı anlatalım.

⁴⁹ 1997 Tasarısı Genel Gerekçe, akt. Dönmezer-Yenisey, s.411. Tasarı'nın Türk Ceza Adaleti Sistemine katkısı konusunda geniş bilgi için bkz. Avcı, Mustafa, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısının Ceza Adaleti Sistemimize Getirdiği Yenilikler" 75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu Bildirileri, Diyarbakır, 1998, s.132vd.

⁵⁰ 1997 Tasarısı Genel Gerekçe, akt. Dönmezer-Yenisey, s.410.

⁵¹ Tasarı'da yer alan hürriyeti bağlayıcı cezalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, Mustafa, "1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar", KHUKA, 1 (2000), s.69-84.

⁵² Özek, Çetin, "1997 Türk Ceza Yasa Tasarısına İlişkin Düşünceler", Sahir Erman'a Armağan'dan ayrı bası, İst. 1999, s.3.

A. Sistematik Açından Yenilik

1. **Tasarı'nın Ana Yapısı:** 2004 Türk Ceza Kanunu Tasarısı, yürürlükteki 765 sayılı TCK, 647 sayılı CİK,⁵³ 2253 sayılı ÇMK,⁵⁴ ve 1412 sayılı CMUK⁵⁵ ile bazı özel kanunlardan maddeler alınarak oluşturulmuştur.

2. **Madde Başlıkları:** Tasarı'ya TCK'da olmayan madde başlıkları konulmuş,⁵⁶ özellikle ceza hukuku kurumlarının ve suçların farklı şekillerde adlandırılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

3. **Dil Özellikleri:** 765 sayılı TCK 77 yıllık yürürlük süresi içinde yaklaşık 70 defa değişiklik geçirmiş, bazı maddeler hiç değişmeden günümüze kadar gelmiş, bazıları ise müteaddit defalar değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikler yapıldığı tarihin konuşma dili ile olmuş, hatta değişikliği yapan siyasi iktidarların ideolojik görüşlerine göre oluşturulmuştur. 2004 TCK Tasarısı'nda ise genellikle anlaşılır bir Türkçe kullanılmıştır. Ancak m. 110 başlığı "*Şantaj*", m. 265 başlığı "*Angarya*", m. 289 başlığı ise "*Genital muayene*" olup, bu kelimelerin Türkçe karşılığı mevcut olmasına rağmen orijinal yabancı kelimeler kullanılmıştır. m. 252'de düzenlenen "*irtikap*" suçu Türkçe'de "*iyiçilik*" olarak ifade edilebilir.

4. **Terimler:** Tasarı'da terim birliği gözetilmemiş. Örneğin; m. 11/2: Hükümet'in şikayeti, m.12/3:Adalet Bakanı'nun istemi, m.12/4, m.13/2: Adalet Bakanı'nun talebi ifadeleri kullanılmış.

m. 56/1'de "*suça sürüklenmiş çocuk*" ifadesi yer alırken m. 57/1'de "*suç işlemiş çocuk*" denilmiştir. Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulü İle Çocuklar Hakkında Verilen Tedbir Ve

⁵³ Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısı hazırlanmış fakat henüz yasalaşmamıştır.

⁵⁴ Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulü ile Çocuklar Hakkında Verilen Tedbir ve Cezaların Uygulanmasına Dair Kanun Taslağı çalışmaları bir başka komisyon tarafından yapılmaktadır ve halen bitirilmemiştir.

⁵⁵ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı da hazırlanmış ve 1999 yılında yayımlanmıştır. Bu Tasarı üzerinde de TBMM komisyonlarında çalışılmaktadır.

⁵⁶ Madde kenar başlıklarında veya metinlerinde düzensizliklere rastlanmaktadır. Örneğin; m. 96 başlığı "*etkin pişmanlık*" şeklinde iken m.250/2'de "*faal pişmanlık*" ifadesi yer almaktadır.

Cezaların Uygulanmasına Dair Kanun Taslağı'nda ise "Kanunla İhtilafa Düşen Çocuk" ifadesi tercih edilmiştir.

5. Genel Hükümler: Yürürlükteki TCK m. 11-43 cezaları belirttikten sonra m. 44-47 kusurluluk, m. 49-50 hukuka uygunluk sebepleri, m.51 suçu etkileyen haller, m. 61-62 teşebbüs, m. 64-67 iştirak, m. 68-80 içtima kurumlarını vb. düzenlemekte iken, 2004 Tasarısı'nda genel hükümlerin sistematigi ceza hukuku genel hükümler ders kitaplarındaki konuların işleniş sırasına yudurulmuştur.

6. Özel Hükümler: TCK, XIX. yüzyılın değerler algılamasına göre özel kısımdaki suç tipleri ana hatları ile Devlete-Topluma-Kişilere ve Mala karşı işlenen suçlar olarak sıralanmış iken, Tasarı'da bu sıralama, İnsanlığa-Kişilere-Topluma-Devlete karşı suçlar şeklindedir. Böylece bireyciliğin ön plana çıkartıldığı Modern Batı kanunlarına sistematik açıdan uyum sağlanmıştır.⁵⁷ Ancak yaptırımların ağırlık sıralaması değişmemiş, sadece sistematik değişikliği ile yetinilmiştir.⁵⁸

TCK esas itibarıyla her ihtimali ayrı ayrı göz önüne alarak bunlara göre cezayı ayrı ayrı tertipleyen hakimın takdir hakkına fazla yer vermeyen vakacı (casuistique) nitelikte olduğu halde çağdaş kanunlar değişik ihtimalleri kapsayan ibareleri içeren ve hakime kanunu olaylara uygulayabilecek derecede yetki veren tutumu yansıttıkları için Tasarı ortalama bir yol tercih ederek ne kazuistiktir, ne de suçta ve cezada kanunilik ilkesini zedeleyecek şekilde metinlere genişlik verilmiştir.

B. KAPSAM DEĞİŞİKLİĞİ

1. Suç Teorisi

a. Tasarı'nın 1. maddesi "Ceza Kanunu'nun Amacı" başlığını taşımaktadır. Bu Burada temel hak ve özgürlüklerin, kamu düzen ve

⁵⁷ Tasarı'daki en büyük değişiklik, özel kısımda kişilere karşı suçlardan başlayıp topluma ve devlete karşı suçlar olarak sınıflandırılmasıdır. Böylece kişiye önem veren bir Tasarı olarak kamuya sunulmuştur. İçel-Donay, s.64.

⁵⁸ Toroslu, s.17.

güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının ve çevrenin, toplum barışının korunması, suç işlenmesinin önlenmesi amaç olarak belirlenmiştir.

b. Tanımlar: Bir ceza kanununda bulunması gerekli tanımlar m.6'da toplanmıştır. Örneğin; vatandaş, çocuk, kamu görevlisi, yargı görevi yapan, gece vakti, silah, basın ve yayın vasıtası ile işlenen suç, silah, itiyadi, mesleki ve örgütlü suç vb. gibi. Bazı tanımlar da ilgili maddede yer almıştır. Örneğin "kast" m. 21/1; olası kast m. 21/2; adi taksir m. 22/2; bilinçli taksir m. 22/3; suça teşebbüs m. 35/1; bileşik suç m. 42; zincirleme suç m. 43; göçmen kaçakçılığı m. 82/1; fuhuş m. 232/9; rüşvet 254/4; kumar 255/4'de tanımlanmış; ancak m. 8/2-d'de yer alan "münhasır ekonomik bölge"nin ne olduğu açıklanmamıştır. Yine özel hükümlerde çokça tekrarlanan ve önemli bir kavram olan "alenen" ifadesinin genel hükümler içinde tanımı verilmemiş, m. 230/2 teşhircilik (tanım yok)

c. Belirlilik İlkesine Aykırı Hükümler: Mevcut ırza tasaddi suçunun tanımlandığı m.105/1'de yer alan "cinsel davranışlar", "vücut dokunulmazlığını ihlal", ifadeleri çok geniş olup belirlilik ilkesine aykırıdır.

Yine ırza geçme suçuna karşılık gelen m. 105/2'de "fülin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması..." ifadesinde vücudun neresine (örneğin vajinal, anal veya oral bölgeye cinsel organın sokulması, ırza geçme olabilir; ancak örneğin ağza bir cisim sokulması veya vücudun başka bir yerine iğne batırılması belki kasten yaralama suçunu oluşturabilir ama ırza geçme olamaz.

m. 106/1'de yer alan "cinsel yönden istismar" ifadesi de belirlilik ilkesine uygun değildir.

d. Ceza Kanun'un yer bakımından uygulanması açısından m.8'de farazi ülke kavramı genişletilmiş, m. 8'de suçun işlendiği yer bakımından karma görüşe üstünlük tanınmıştır. m. 10'da yurt dışında memuriyet yapanların çoğu yargı bağımsızlığından yararlandığı halde, bunlar suç işlediği ülkede yargılansa bile Türkiye'de yeniden yargılanması öngörülmüştür. Ancak bu hükmün pek sınırlı olarak uygulama alanı bulacağı söylenebilir.⁵⁹

⁵⁹ Öztürk-Erdem-Özbek, *Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ank.2002, s.65.

e. **Kanunun Bağlayıcılığı:** “Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı yumuşatılmıştır.⁶⁰

f. **Teşebbüs:** “İcra hareketlerine doğrudan doğruya başlama” teşebbüs konusunda ifadesi objektif teorinin benimsendiğini gösterir. Hangi suça teşebbüs olacağı ise failin kastının tespiti ile ilgilidir. Tasarı’da eksi ve tam teşebbüs ayrımı kaldırılmış olup ortaya çıkan zarara göre teşebbüsten ceza verilmesi hususu benimsenmiştir. Örneğin; bütün kurşunları boşaltıp isabet kaydedemeyen kişini fiili ile bir kurşun attıktan ve mağduru yaraladıktan sonra eli tutulduğu için failin icra hareketlerine tamamlamadığı gerekçesiyle eksik teşebbüsten cezalandırılması adil değildi. Bu çelişki ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır.

Suçun yolunun icra hareketleri safhasıyla ilgili olan gönüllü vazgeçme genel bir hüküm olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, etkin pişmanlık (faal nedamet) kurumu TCK’daki gibi özel hükümler şeklinde ve şu maddelerde düzenlenmiştir: m. 96, 113, 170, 193, 202, 224, 251, 257, 273, 279, 298.⁶¹

Gönüllü vazgeçme suçun tamamlanmasına kadar, etkin pişmanlık ise suçun tamamlanmasından sonraki aşamayı ilgilendirmektedir.

g. **Suçun Manevi Unsuru:** ga. Kast tanımlanmış m. 21, ancak “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklindeki tanımda etken-edilgen fiil yapısı uyuşmazlığı ile “gerçekleştirilmesi iradesidir” şeklinde ifade eksikliği vardır.⁶²

⁶⁰ 1994 Fransız Ceza Kanunu’na göre kaçınılmaz hukuki hata hafifletici sebep, İtalyan Ceza Kanunu m.59/4’e göre ise hukuki ve fiili hata hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Jescheck, s.32.

⁶¹ Faal nedamet (etkin pişmanlık) TCK’nın genel hükümlerinde yer almamakla birlikte özel hükümlerinde şu maddelerde mevcuttur: 180/2, 181/3, 202/3, 215, 275/2, 276/4, 285/6, 287, 289, 293, 300, 306, 429, 432, 434, 516/1, 518, 519, 521, 523. 1997 Tasarısı suçun tamamlanmasından önceki ve sonraki faal nedameti genel hükümler arasında düzenleyerek bunları cezadan indirim sebebi saymıştır. Soyaslan, s.313. Öztürk-Erdem- Özbek, s.179.

⁶² Öztürk-Erdem-Özbek, s.251.

gb. Taksir,⁶³ taksirin tanımı,⁶⁴ çeşitleri⁶⁵ belirtilmiş,

gc. m. 22/6 ile adi taksirli suçlarda adli af⁶⁶ uygulaması getirilmiştir. Ayrıca zorunluluk hali başlığı halinde m. 95'te "*Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten sarfinazar da edilebilir.*" ifadesiyle adli af imkanı getirilmiştir.

gd. Taksirli suçlarda kusur oranına göre indirim; m. 22/4 TCK da yalnızca taksirle adam öldürme ve müessir fiiller için geçerli olan ilke bütün taksirli suçlara teşmil edilmiş,⁶⁷ 22/5'de taksirli suçlara iştirak olmayacağı açıkça vurgulanmıştır.

h. İkinci Bölüm başlığı "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" dir. Bu başlık altında TCK'da ve doktrinde hukuka uygunluk sebebi sayılan Kanun hükmünü ve amirin emrini yerine getirme m. 24'de her türlü hakka yönelik saldırıya karşı meşru müdafaa kabul edilmiş⁶⁸ ve zorunluluk hali m. 25'de düzenlenmiştir.

m. 25'de düzenlenmiş bulunan "*zorunluluk (ıztırrar, zaruret) hali bir hukuka uygunluk sebebidir, ancak Tasarı bunu cezasızlık sebebi olarak dü-*

⁶³ Taksirli suçların sayısı teknolojik gelişmelerle birlikte artmaktadır. Buna rağmen kasıtlı suçlara göre taksirle işlenebilecek suç sayısı azdır. Örneğin; Alman CK'na göre toplam 245 paragraftan sadece 30 paragrafta taksirle işlenen fiiller, suç sayılmıştır. Ancak Almanya'da taksirle adam öldürme suçundan mahkumiyet, kasten adam öldürmeye göre 3 kat fazla, taksirle müessir fiilden mahkumiyet ise kasten müessir fiilden %50 daha fazladır. Schroeder, F. C. *Taksirin Kanunen Tanımlanmasına İlişkin Problemler* (Çev: İ. Özgenç) in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, 1998, s. 255, 257.

⁶⁴ 1994 tarihli Yeni Fransız Ceza Kanunu taksiri tanımlamamış, ancak 1974 tarihli Avusturya CK ve 1996 tarihli Rus CK gibi modern kanunlar tanımlamışlardır. Schroeder, s. 258.

⁶⁵ TCK m. 45'e üçüncü fıkraya olarak, 15.01.2003 tarihinde 4785 sayılı Kanun ile eklenen bilinçli taksir ile ilgili hüküm önceki Tasarılarından alınmıştır. Öztürk-Erdem-Özbek, s. 264.

⁶⁶ Adli af ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, Mustafa, "Kim Kimi Affedebilir? Mukayeseli Hukuk Kaynaklarında Adli Af" KHUKA, 3 (1999), s.226-238.

⁶⁷ Taksirli suçlarda kusur oranına göre indirimin genel kısmı içine alınmasının isabetli olduğuna dair görüş için bkz. Toroslu, s.48, karşı görüş için bkz. Soyaslan, s.460-461.

⁶⁸ İstırrar hali bakımından da her türlü hakka yönelik tehlike kapsamı içine alınmıştır. Öztürk-Erdem-Özbek, s.161, 222.

zenlemiş, m. 149'da ise (hırsızlık suçunun zorunluluk derecesine varmamış) ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi" ifadesi bu durumun m. 25'deki zorunluluk hali olmadığını ortaya koymasına rağmen kavram kargaşasına yol açmıştır.

m. 95'e göre: "Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten sarfınazar da edilebilir." ifadesinden zorunluluk haline varmamış bir ihtiyacını karşılamak üzere organını satanın cezasından indirim yapılabilmesi veya cezalandırılmaması hususunu düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durum bir indirim sebebi sayıldığına göre yine m. 25'deki zorunluluk hali ile ilgisi yoktur.

Yenilik olarak hakkın kullanılması⁶⁹ ve mağdurun rızası⁷⁰ m. 26'da eklenmiş, kusurluluğu kaldıran hal alarak bildiğimiz cebir-şiddet, korkutma ve tehdit m. 28'de yer almıştır.

Kusurluluğu azaltan hal olarak haksız tahrik m. 29'da, hata ise m. 30'da düzenlenmiş, isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan haller olarak yaş küçüklüğü m. 31, akıl hastalığı m. 32 (tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımı kaldırılmış), sağır(lık) ve dilsizlik m. 33, geçici nedenler ise m. 34'de düzenlenmiştir.

⁶⁹ Bir hak kanun, tüzük, yönetmelik, genelge gibi düzenlemelere dayanabileceği gibi, hukuken tanınmış ve düzenlenmiş olmak kaydıyla bir mesleğin icrasından da doğabilir. Hakkın doğrudan kullanılabilir nitelikte olması gerekir. Bir mercie başvuru olarak kullanılacaksa artık buradaki hak kapsamında sayılmaz. Hakkın örf ve adetten doğması, kullanıldığı sırada ihtilafı olmaması gibi hususlar hakkında geniş bilgi için bkz. Erem, s.8. Hukuka uygunluk sebeplerinden TCK'da yer alan emrin ifası konusunda bir yenilik getirilmekte, emrin hukuka uygunluğunun denetlenmesini kanun yasaklamışsa, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu tutulmakta, böylece Anayasa m.37 ile uyum sağlanmış ve PVSK ile İç Hizmet Kanununa gerekçe bulunmuş olmaktadır. TCK'nın özel hükümlerinde yer alan bir kısım hukuka uygunluk sebepleri örneğin: Görevin yerine getirilmesi; TCK m.174/2, 181, 200, 209, Kanuna uygun hareket edilmesi; m.183, 185, meşru suretle; m. 179,188, makul sebep; m. 152, hükümetin tasvibi ile; m.126, 143, 148, terbiye hakkının kullanılması; m. 477, itaat ettirme yetkisinin kullanılması; m. 477, savunma hakkının kullanılması; m. 486 gibi, genel hükümler içine alınmıştır. Bkz. Bayraktar, Köksal, *Ceza Kanunundaki Hukuka Uygunluk Nedenleri*, in: Ceza Hukuku Günleri, İst.1998, s.69.

⁷⁰ Öztürk-Erdem-Özbek, s.236. Hukuka uygunluk sebeplerinin kanunda gösterilmesi şart değildir, aslında bu mümkün de değildir. GROPP, s.205.

i. Cezaların şahsiliği ilkesi açıkça vurgulanarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiş, tüzel kişilere ancak güvenlik tedbiri uygulanabilmesi öngörülmüştür.⁷¹ Tüzel kişilerin kendine özgü iradesi olmadığı gibi kendiliğinden nedensel değer taşıyan bir eylem gerçekleştirme imkanı bulunmadığı için ceza sorumlulukları yoluna gidilmemesi uygun olmuştur.⁷²

j. **Suç İştirak:** İştirak türü olarak dolayısıyla faillik m. 37/2'de yer almıştır. Bu hüküm Tasarı'nın çağdaş kurumlara da yer verdiğini göstermektedir.⁷³

k. **Failin kişiliği:** m. 6'da failin kişiliği bakımından özel tehlike halleri, itiyadi, mesleki ve örgütlü suçlu tanımlanmıştır.

l. **İfade Yanlılıkları:** m. 11/1, m. 11/2, m. 12/1-3- a: Hürriyeti bağlayıcı ceza m. 45'te hapis cezası;

m. 22/6: "...failin ... mağdur olmasına..." ifadesi aynı kişinin ceza hukuku tekniği açısından hem fail hem de mağdur olamayacağı ilkesine aykırıdır, "zarar görmesine" şeklinde ifade edilmelidir.

m. 84 başlık: kasten öldürme

m. 59/4: kasten adam öldürme;

m. 89 başlık: kasten yaralama

m. 59/4: kasten müessir fiil şeklindedir.

m. 6/1-c: kamusal faaliyetin yürütümüne ifadesi imla kılavuzunda yürütülmesine şeklinde

m. 82/1: yabancı bir devletin tabiiyetinde m. 12/3 uyuğunda, m. 60/2 uyruklu;

⁷¹ Tüzel kişilerin suç faili olmaları cezaların şahsiliği ilkesine aykırıdır. Erman-Özek, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İst.1994, s.259. İtalyan CK'da da cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bulunarak sisteme konulmamıştır. Fiorella, Antonio, *İtalya'da Ceza ve Ceza Usul Hukukları Reformu Hareketi* (Çev: D. Soyaslan) AÜHFD, C.45, S.1-4, 1996, s.64. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü, çağdaş penolojinin kabul ettiği her suçlunun kendi kişiliğine uygun bir işleme tabi tutulması (cezanın bireyselleştirilmesi) ilkesine de aykırıdır. Erman, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku Genel Kısım*, İst. 1992, s.102-107.

⁷² Özek, s.15.

⁷³ Özek, s.59.

m. 112 başlık: kişiyi hürriyetinden yoksun kılma m. 228/4 ve 229/2: kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi (aslında kişi özgürlüğünü kısıtlama olmalı)

m. 127/1 ihtilat günlük dilde kullanılmayan eski bir terim

m. 249/3: “iade edilmek üzere işlenmesi...” m. 250/1: “aynen iade edilmesi” iade zaten aynen olur, aynen kelimesi fazladan kullanılmış.

m. 252/1 icbar eden_zorlayan

m. 269/1 “...hukuka aykırı bir fiil isnat eden...” m. 269/2: “Suçun maddi eser ve delillerini...” her hukuka aykırı fiil suç değildir, terim birliği sağlanmalı

m. 95, 149, 213 başlıkları zaruret hali

m. 25: zorunluluk hali (terim birliği yok)

m. Anlaşılamayan Hükümler: m. 87/2: intiharın gerçekleşmesi intihara teşebbüs edilmesi mi, ölümün gerçekleşmesi mi?

m. 99: eziyetin kasten yaralama (müessir fiil)dan farkı ne? Eziyet özel kişilerin işkence yapması anlamına gelir. Kasten yaralama ani, eziyet mütemadi suç olarak ayırt edilebilir.

m. 226 dilencilik yaptırmak suç, yapmak suç değil;

m. 232 fuhuş yaptırmak suç; yapmak suç değil,

m. 233/5: medeni nikah, dini tören yaptıranların cezasını bütün yönleriyle ortadan kaldırıyor, 233/6 da dini tören yapan din görevlisi için böyle bir düzenleme getirmemiş

m. 147’de hırsızlık suçunda, malın değerinin az olması hafifletici sebep veya cezasızlık sebebi olarak kabul edilmiş, ancak fahiş veya pek fahiş olması durumları suça etkili hal olmaktan çıkarılmıştır.

n. İç Atif Yanlılıkları: m.13/1-c’de uyuşturucu madde imal ve ticareti m. 185 metinde m. 190

Uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma m. 187 m. 192

Parada sahtecilik m. 192 m. 199

Para ve kıymetli... üretimi ve ticareti m. 19 m. 202

Mühürde sahtecilik m.197 m.204

Fuhuş m.227 m.229

Rüşvet m.250 m.254

Deniz, demiryolu ve havayolu araçlarının kaçırılması m.223 m.225

Deniz, demiryolu ve havayolu araçlarına karşı işlenen mala zarar verme m. 150, 154' de nitelikli mala zarar verme suçu düzenlenmiş; fakat bu araçlara karşı işlenmesi nitelikli hal olarak yer almamıştır.

2. Yaptırım Düzeni: Yaptırımın amacı suçun önlenmesi, toplumun korunması ve suçlunun uslandırılmasıdır; mağdurun tatmin edilmesi değildir. Bu amaçlardan asıl olanı özel önlemedir; ancak genel önleme düşüncesi de ihmal edilmemiştir.

2004 Tasarısı'nda cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşan çift seritli yaptırım düzeni kabul edilmiştir.

a. Cezalar

aa. Asli Cezalar: Tasarı'da ölüm cezası yer almaz, ağır ve orta ağırlıktaki suçlarda temel yaptırım hapis cezasıdır.⁷⁴

Tasarı'nın "Yaptırımlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısım Birinci Bölümde cezalar; İkinci Bölümde güvenlik tedbirleri yer almıştır. m. 45'de cürümlere mahsus asli ceza olarak hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. hapis cezasına seçenek yaptırımlar m. 50'de yer almıştır. Para cezalarında mevcut sistem değiştirilmiş ve adli para cezası adıyla Avrupa ülkelerindeki gün-para cezası sistemine geçilmiştir.

⁷⁴ Ceza miktarları her suç için ayrı ayrı belirlenmiş, sistemsiz bir cezalar yığını ortaya çıkmıştır. Toroslu, s.107.

aaa. Hapis Cezasının Çeşitleri: Bu Tasarı'da ağırlığına göre üç tip; süresine göre ise iki çeşit hapis cezası kabul edilmiştir. Ayrımın ölçütü infaz siyasetidir. Bunlardan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, ölüm cezası yerine uygulanan çağdaş bir yaptırım türüdür. Hapis cezası ise süre bakımından müebbet ve muvakkat olarak ikiye ayrılır. Süreli hapis, 1 aydan 20 yıla kadardır (Tasarı m. 49). 1 yıla kadar hapis cezası kısa süreli, bir yıldan fazla olanı ise uzun süreli hapistir.

aaaa. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası: Tasarı, kaldırılan ölüm cezası yerine vahim suçlar bakımından 1994 tarihli Fransız Yeni CK'dan esinlenerek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını kabul etmiştir. Fransız YCK'ya göre bazı ağır suçların cezalarının infazında failerin bir güvenlik rejimine tabi tutulmaları öngörülmüş, 2004 TKCT bu rejimin cezaların infazı kanunu veya tüzüğünde gösterilmesini hükme bağlamıştır (m. 47). Yani bu yaptırımın infazı müebbet hapis cezasının infazından farklı olacaktır.

Özellikleri: • Hayat boyu (ölmüncüye kadar) devam eder, şartla salıverme hükümleri infaz kanunu içinde yer alacaktır.

• Dava zamanaşımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda 30 yıldır (m. 69/1-a). m. 69/7'ye göre yurt dışında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçun işlenmesi durumunda zamanaşımı yoktur.

• Ceza zamanaşımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda 40 yıldır (m. 71/1-a)

Ceza Olarak Öngörüldüğü Suçlar: m. 79 soykırım, m. 80 İnsanlığa karşı diğer suçlar; m. 85 Nitelikli kasten öldürme; m. 98/4 işkence ile ölüme sebebiyet; m. 105/6 cinsel saldırı ile ölüme sebebiyet, 106/6 çocukların cinsel istismarı ölümlü sonuçlanırsa, 307/1 bölücülük, 308/2 savaşta düşman askerine komutanlık; m. 312/2-b askeri tesisleri tahrip Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş kudret ve yeteneğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuş olması halinde; 312/5-b savaşta düşman askerî ile anlaşma sonucunda, düşman askerî hareketleri fiilen kolaylaşmış veya Türk Devleti'nin askerî hareketleri zarar görmüş ise, m. 314 Anayasa'yı ihlal; m. 315 Cumhurbaşkanı'na suikast; m. 316 TBMM'nin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye

teşebbüs, m. 317 Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs, 318/2 Hükümete karşı silahlı isyanı idare, m. 333/2-b Siyasal veya askerî casusluk savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokmuşsa, m. 335/2 Gizli kalması gereken bilgileri açıklama savaş zamanında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 340/2 Yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 342/2 Yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye karşı karşıya bırakmış ise, m. 345 Yabancı devlet başkanına karşı suikast,

aaab. Müebbet Hapis Cezası (m. 48)

Özellikleri: • Hükümlünün hayatı boyunca (ölünceye kadar) devam eder, şartla salıverme hükümleri infaz kanunu içinde yer almazdır.

• Dava zamanaşımı müebbet hapis cezası gerektiren suçlarda ise 25 yıldır. (Kanunun İkinci Kitabının Üçüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi hâlinde dava zamanaşımı yoktur.)

• Ceza zamanaşımı müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 30 yıldır.

Müebbet Hapis Cezası Gerektiren Suçlar: m. 84 bir insanı kasten öldürme, m. 311 yabancı devlet aleyhine asker toplama sonucu savaş meydana gelirse, m. 322 Askerî komutanlıkların gaspı, m. 328 savaşta yalan haber yayma düşmanla anlaşma neticesi işlenmişse, m. 331 Devletin güvenliğine ilişkin belgelerde sahtecilik savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuş ise, m. 332 Devletin güvenliğine iliş-

kin bilgileri temin etme savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuşsa, 335 Gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama, m. 338 Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik Türkiye ile savaş hâlinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokacak olursa,

aaac. Süreli Hapis Cezası: m. 49'a göre, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan yirmi yıla kadar olan hapis asli cezalardandır. Kanunun özel kısmında her suç için aşağı ve yukarı sınırın gösterilmesi sistemi benimsenmiştir. Bir yıla kadar hükmedilen hapis cezası kısa süreli, daha fazlası uzun sürelidir. Kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya tedbirlerden birine çevrilmesi üzerinde ileride durulacaktır.

Süreli hapis cezası gerektiren suçlar: m. 86/3'e göre ihmali hareketle kasten öldürme suçunun cezası 20-25 yıl hapistir.

bc. Hapis Cezalarının Toplanması: m. 65/1'e göre ağırlaştırılmış müebbet hapis ile müebbet hapis cezalarının infazı ölünceye kadar devam eder.

1. İşlediği suçlar dolayısıyla birden çok ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezalarına mahkûm olan kişi hakkında, altı aydan az ve iki yıl altı aydan fazla olmamak üzere yalnız olarak bir hücreye konulmak suretiyle bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası infaz olunur.

2. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası; müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde ise, bir müebbet hapis cezası infaz olunur. Her iki halde de hükümlü, hapis cezasının miktarına göre on günden az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yalnız olarak bir hücreye konulur. Hücrede geçirilecek süre hapis cezasının miktarından fazla olamaz.

3. Birden çok süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezaların toplamı üzerinden hapis cezası infaz olunur.

bca. Hücre Hapsi: Korkutucu ve caydırıcı nitelikteki hücreye koyma suretiyle tecrit infaz rejimlerinden biridir.⁷⁵ m. 65/1'e göre işlediği suçlar dolayısıyla birden çok ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezalarına mahkûm olan kişi hakkında, altı aydan az ve iki yıl altı aydan fazla olmamak üzere yalnız olarak bir hücreye konulmak suretiyle bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası infaz olunur.

m. 65/2'ye göre ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası; müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkumiyet halinde ise, bir müebbet hapis cezası infaz olunur. Her iki halde de hükümlü, hapis cezasının miktarına göre on günden az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yalnız olarak bir hücreye konulur. Hücrede geçirilecek süre hapis cezasının miktarından fazla olamaz.⁷⁶

Evde, geceleri ve hafta sonları infaz olarak hapsin özel infaz şekilleri Tasarı'da yer almamıştır.

b. Süreleri Bakımından Hapis Cezaları

ba. Uzun ve Kısa Süreli Hapis Cezası: m. 49/1'e göre bir yıl ve daha kısa süreli hapis kısa süreli, bir yıldan fazla hapis cezaları uzun sürelidir. Bu ayırım hapsin, m. 50'ye göre adli para cezası ve diğer tedbirlere çevrilmesi açısından önemlidir.

bb. Kısa Süreli Hapsin Seçenekleri: Cezaların halk arasındaki etkinliğini, ağırlığı değil sakınılmaz ve kaçınılmaz oluşu artırır.⁷⁷ Batı ülkelerinde suç siyasetinin amacı hapis cezalarına bir takım seçenek yaptırımlar bulmak, mümkün olduğu kadar hapis cezasını uygulamaktan kaçınmak, suçlunun cezaevi dışında ıslah edilmesi ve sosyalleştirilmesini sağlamak olmuştur. Bunun tekerrür bakımından olumlu sonuçlar verdiği özellikle İsveç'te tespit edilmiştir.⁷⁸

⁷⁵ Dönmezer-Erman, II/625.

⁷⁶ 16.3 1976 tarihli Alman İnfaz Kanunu 103/9-2 ve 104/5'e göre oda hapsi tek kişilik odada bir disiplin tedbiri olarak çektirilir.

⁷⁷ Beccaria, s.215.

⁷⁸ Dönmezer, Sulhi, Suç Siyaseti, s.27-28.

Hapsin seçenekleri, infaz tarzının değiştirme maksatlı seçenekler ve farklı yaptırımlar olarak ikiye ayrılabilir.⁷⁹ Tasarı'da yer alan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar şunlardır:

bcb. Adli Para Cezası veya Tedbire Çevirme: m. 50'ye göre kısa süreli hapis cezası, adli para cezası veya tedbirlerden birine çevrilebilir. m. 50/4'e göre bilinçli taksir hariç, adi taksirli suçlarda çevirme işlemi uzun süreli hapis cezası bakımından da uygulanabilir.

Adli Para Cezasına Çevirme Yasağı: m. 50/1'e göre adli para cezasına çevirme, suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü suçlarda hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adli para cezasına çevrilemez.

Zorunlu Çevirme: m. 50/3'e göre, hapis cezasından sabıkasız olmak koşuluyla, mahkum olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

Hapisten çevrilen adli para cezası ödenmezse önce hükmedilen hapsin tamamen veya kısmen çektirilmesine mahkeme karar verir.

bcba. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi,

bcbb. Bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye (en az iki yıl süreyle),

bcbd. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

bcbe. Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

⁷⁹ Bkz. Avcı, Mustafa, Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İÜSBE Yayınlanmamış Doktora Tezi, İst. 1994, s.110vd.

bcbf. Mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

c. Hapis Cezasının Ertelenmesi: Erteleme Tasarı'da bir atıfet işlemi değil; cezanın infaz biçimi olarak yer almıştır. Ertelenmiş hapis cezasının deneme süresi içinde yeniden bir suç işlenmemesi durumunda ceza infaz edilmiş sayılacak, halbuki yürürlükteki TCK'ya göre mahkumiyet vaki olmamış sayılıyor. İki tür erteleme kabul edilmiştir: Şartlı erteleme ve denetimli serbestlik.

d. Şartlı erteleme: m. 51/2'ye göre: *"Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir."*

e. Denetimli Serbestlik: Özel şekilde seçilmiş suçlular hakkında kamu davasının açılmasının, duruşma yapılmasının veya cezaya hükmedilmesinin şartlı olarak geri bırakılmasını ve bu suçlu hakkında kişiliğini hedef tutan bir kontrol, yöneltme ve idare sisteminin uygulanmasını belirleyen bir tedbirdir.⁸⁰ Amacı hükümlüyü yeniden suç işlemeye teşvik edici etki ve ilişkilerden uzaklaştırmak, suç işlemeyi yaşayabilmesini sağlamak için sosyal ve maddi yardım sağlamaktır.

Ayrıca m.59/6'ya göre mükerrer hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır.

⁸⁰ Hapis cezasına seçenек olan ve cezalar sistemini tamamlayan tedbirlerin en kıdemlisi denetimli serbestlik (probation) dir. Dönmezer-Erman, III/5. 1842 yılında ilk kez İngiltere'de hafif suç işlemiş olanlar, 1869 yılında Amerika'nın Massachussets eyaletinde önce 17 yaşından küçükler için uygulanmış, Boston'da kurumun yetişkinlere de uygulanmasına 1878 yılında izin verilmiş, 1880 yılında çıkarılan bir yasa ile sistemin bütün ülkeye yayılması sağlanmıştır. Artuk M. Emin-Tan Ümran S. Çocuk Ceza Hukuku Açısından Hükümün Ertelenmesi Müessesesi, AÜSBFD, 1992, s.64, Erbaş, Coşkun, Tarihi Gelişim İçinde Denetimli Serbestlik ve Fransa'daki Uygulaması ile Konuya İlişkin Türk Ceza Kanunu ve Öntasarı Metinleri, *Yargıtay Dergisi*, C:22, S: 1-2, 1996, s.20-24. Probation kurumu hukukumuzda önceleri "nezaret altında serbesti" olarak ifade edilmiştir. Bkz. Taner, Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, İst.1949, s.335.

f. **Adli Para Cezası:** Bu ifade bu yaptırımı idari para cezasından ayırt edebilme için kullanılmış. m. 52'ye göre adli para cezası, 5 günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde 730 günden fazla olmamak üzere⁸¹ belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından devlet hazinesine ödenmesinden ibarettir. En az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurulurak takdir edilir. Kararda, adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ayrı ayrı gösterilir.

Adli para cezasının süresinde ödenmemesi halinde gecikme zammı uygulanacağına dair hüküm madde metninde yer almamış.

Mevcut ağır ve hafif para cezası uygulamasından adli para cezası sistemine geçilmiştir. Adli para cezasının kaynağı bir kısım Avrupa ülkelerinde uygulanmakta olan gün-para cezası (day-fine)dir. İlk izlerine İsveç Ceza Kanunu'nda rastlanan⁸² ve oradan 1881 Portekiz CK'na geçen gün para cezası 1921'de Finlandiya'da, 1931'de İsveç'te, 1939'da Danimarka'da uygulanmış, Avusturya, Küba, Brezilya ve 1975 Alman CK'da bu sistem benimsenmiştir.⁸³ Modern kanunların eğilimi gün-para cezasını benimseme yönünde olmasına rağmen her ülkede farklı uygulama olması nedeniyle tek sistemden bahsetmek mümkün olmamaktadır. Küba Ceza Kanunu'nda klasik ve gün-para cezası sistemi birlikte uygulanmaktadır (ceza belirli bir miktardan az ise klasik, fazla ise gün-para cezası).⁸⁴

Gün para sisteminde saik göz önüne alınmamakta, hakime daha dar takdir yetkisi verilmektedir.

Almanya'da gün para cezasının uygulanması üç aşamada olmaktadır. İlk aşamada failin kusuru, hukuka aykırılık yoğunluğu, cezanın

⁸¹ m. 94/4'deki organ veya doku ticareti suçu için onbin güne kadar adli para cezası verilebilmesi öngörülmüştür.

⁸² Osmanlı Kanunnamelerinde para cezalarının suçlunun mali durumuna göre ayarlanması sistemi ile "day-fine"nin bu sistemden uyarlandığı iddiası için bkz. YÜCEL, Suç ve Ceza, s.204.

⁸³ Rentzmann-Robert, s.7; Schuler-Springorum, s.798; Bishop, s.82.

⁸⁴ Dönmezer-Erman, II/717; Önder, Genel, III/562.

genel ve özel önleme fonksiyonları göz önüne alınarak para cezasının gün sayısı (5'ten az 360'dan, ictima halinde 720'den fazla olamaz) ikinci aşamada hakim suçlunun gelirini, ekonomik yükümlülüklerini göz önünde tutarak günlük kazançtan ne kadarının cezaya ayrılacağını (en az, en fazla 10.000 DM) tespit eder. Gün ile para çarpılarak toplam para cezası miktarı bulunur. Mahkum hemen ödeme imkanına sahip değilse üçüncü aşamada taksitle ödeme şartları düzenlenecektir.⁸⁵

Güvenlik Tedbirleri

Müsadere: Kaim değer ve kazancın müsaderesi genel hükümler içinde yer almış. m.[^]54-55.

Adli Af: TCKT m. 22/6'ya göre adi taksirle işlenen suçlarda fail, sebebiyet verdiği neticeden dolayı münhasıran şahsı ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak ölçüde zarar görmüşse kendisine ceza verilmez, bilinçli taksir halinde ise ceza yarından altıda bire kadar indirilebilir.⁸⁶

Çocukların Cezalandırılması

a. 0-12 Yaş Arası Çocukların Ceza Sorumluluğu Yoktur. (m. 31): Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

⁸⁵ Önder, *Genel*, III/565; Jescheck, XXI; Erem, *Genel*, II/219. İsveç'te day-fine iyi işlemiş, suçluların %90'dan fazlası gönüllü veya devlet baskısıyla hükmedilen para cezasını ödemişler, ödeyemeyen %10'luk bölümün yasal mazereti mevcuttur. Ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi, ödememenin mazeretsiz olup ödememekte ısrar edenler içindir. Sistemin başarısını gösteren rakamlar şunlardır: 1981 yılında 50 kişinin ödemediği para cezası hapse çevrilmiş, bu rakam 1982'de 37'ye, 1983'te 9'a düşmüş, 1984-1987 yıllarında ise hiç olmamıştır. Fransa'da 1983 tarihli yasaya göre hapis cezası gerektiren suçlarda mahkeme 360 gün-paraya kadar hükmedebilir. Bununla birlikte para cezasının hapis cezası yerine ikamesi önemli bir yekun tutmamıştır. 1985 yılında sadece 2300 olayda uygulanmıştır. Aynı yıl özel vecibeler yükleyerek hükmün ertelenmesi şeklindeki 20.000 olayla karşılaştırılırsa bu gerçek görülür. Bishop, s.81-83.

⁸⁶ Hükmün kaynağını Alman CK 60 oluşturmaktadır.

b. 12-15 Yaş Arası Çocukların Cezalandırılmasına Gelince: Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde (eski tabirle farik-mümeyyiz değilse) yine ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiili algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında, suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan on iki yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde yedi yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte ikisi indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası altı yıldan fazla olamaz.

c. 15-18 Yaş Arası Çocuklar: Fiili işlediği sırada 15-18 yaşarası olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde 14-20 yıl; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde 9-12 yıl hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası sekiz yıldan fazla olamaz.

Tekerrür: Tekerrür hükümlerinin uygulanmasında ceza mahkumiyetinin kesinleşmiş olması yeterli görülmüş, ayrıca hapis cezasıyla adli para cezasının seçimlik olarak öngörüldüğü suçların tekerrürü halinde hapis cezasının hükmedilmesini zorunlu kılmıştır.

Uzlaşma: Özellikle Amerikan hukukunda mevcut olan bu kurum, m. 76/8 ile sistemimize girmiş olacaktır.

Önödeme: m. 78'de düzenlenen kuruma göre uzlaşma kapsamı dışındaki suçlar hariç olmak üzere yalnız adli para cezasını ve hapsin yukarı sınırı 3 ayı aşmayan suçlarda; adli para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını, b) hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için yirmi milyon Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı, c) hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adli para cezasının aşağı sınırını, soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödendiği takdirde hakkında kamu davası açılmaz.

Özel kanun hükümleri gereğince işin doğrudan mahkemeye intikal etmesi hâlinde de fail, hâkim tarafından yapılacak bildirim üzerine

birinci fıkraya hükümlerine göre saptanacak miktardaki parayı yargılama giderleriyle birlikte ödediğinde kamu davası ortadan kaldırılır.

Cumhuriyet savcılığınca madde kapsamına giren suç nedeniyle önödeme işlemi yapılmadan dava açılması veya dava konusu eylemin niteliğinin değişmesi suretiyle madde kapsamına giren bir suça dönüşmesi hâlinde de yukarıdaki fıkraya uygulanır.

Suçla ilgili kanun maddesinde yukarı sınırı üç ayı aşmayan hapis cezası veya adli para cezasından yalnız birinin uygulanabileceği hâllerde ödenmesi gereken miktar, yukarıdaki fıkralara göre adli para cezası esas alınarak belirlenir.

Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez.

Önödemelik hapis cezasını gerektiren suçlar: m. 268/3 Kızılay Derneğine ait alamet ve işaretleri, Dernek yönetiminin rızası olmaksızın kullanma, m. 297/6 Hükümlünün kaçması, yalnızca adli para cezasını gerektiren suçlar:

Yabancıнын Sınırdışı Edilmesi: m. 60/1'e göre işlediği suç nedeniyle iki yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum edilen yabancıнын, cezasının infazından sonra derhal sınır dışı edilmesine de hükümlenir.

m. 60/2'ye göre ise işlediği suç nedeniyle ceza sorumluluğu olmayan yabancı uyruklu çocuğun, başka bir güvenlik tedbirine gerek olmaksızın, derhal sınır dışı edilmesine karar verilebilir.

Haklardan Yoksun Edici Güvenlik Tedbirleri: m. 53/3'e göre: Hapis cezası ertelenen veya şartla salıverilen mahkumun kendi alt soyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkisinden yoksun kılınmasıdır

Denetim: Çocuğa nasihat ve tavsiyelerde bulunacak, yardım edecek, görevi meslek olarak icra eden nitelikli bir denetim görevlisinin gözetim ve idaresine tevdi edilmesidir. Mahkeme gönüllüleri de dene-

tim için görevlendirebilir. Denetim görevlisi, görevlendirilen mahkeme üyesi ile temasta bulunur, mutabakat içinde görevini yapar.⁸⁷

Özel Kısım

a. Cürüm-Kabahat Ayrımı: Tasarı'da cürüm-kabahat ayrımı kaldırılmış, TCK'da mevcut bazı kabahatler, korunan hukuki yarar ölçütüne göre ilgili bölüm içinde suç olarak yerleştirilmiştir. Örneğin; sarhoşluk m.236/3'e göre itiyadî sarhoşluk veya uyuşturucu maddelerin kullanılması veya onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan anne veya baba aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali sebebiyle cezalandırılır. m. 255/1'de Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama,, 255/2'de ise çocukların kumar oynaması için yer ve imkan sağlanması suç olarak kabul edilmiştir.

b. İçerik Değişiklikleri: m. 84 Kasten öldürme başlığı altında adam öldürmenin basit şekli taammüden öldürme olarak kabul edilmiş, ani kast hafifletici sebep olarak benimsenmiştir.

m. 86 ihmali hareketle öldürmeye, icrai hareketle öldürmeye göre daha az ceza öngörmektedir.

m. 87 intihara yalnızca azmettirme veya teşvik suç olarak kabul edilmiş, bunun alenen olması ağırlatıcı sebep, basın yoluyla olması ise daha da ağır ceza verilmesini gerektiren bir sebep olarak düzenlenmiştir.

m.105 cinsel saldırı başlığı altında mağdurun vücuduna cinsel organ veya başka bir cisim sokulmasını ırza geçme olarak düzenlemiştir. Başka cismin cinsel organdan sokulma şartı mevcut olmadığından örneğin; iğne sokmak da ırza geçme mi olacak sorusu akla gelebilir.

⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. Hacıoğlu, B. Caner, Yeni Türk Ceza Kanunu Tasarısının Çocuk ve Küçük Ceza Hukukuna İlişkin Hükümleri, A.Ü. *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.II, S.1, 1998, s.17vd.

c. Tasarı ile Kaldırılan Türk Ceza Kanunu Hükümleri: Tespitlerimize göre TCK' da yer alan 100'ün üzerinde madde ayıklanmış ve Tasarı'ya alınmamıştır. Örneğin; TCK m.231, 233, 234, 239, 244, 247, 248, 250, 259, 269, 325, 327-329, 338, 344, 377, 379, 381, 388, 390, 392-393, 396, 398, 408, 410, 420, 422-424, 467, 479, 480/a, 499, 500, 523.

ca. Batı Mevzuatında Yer Almayan Hükümleri Ayıklamak İçin Kaldırılan Hükümler: Örneğin: Açık yerde fuhuş maksadıyla kadın oynatmak TCK m. 420.

cb. Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi Gereği Kaldırılan Hükümler: TCK' da yer alan bazı kabahatler (Örneğin; m. 527, 529, 531, 533-535, 538-545, 548, 550, 556-562, 570, 575-581, 584-590), önemine binaen cürüm haline getirilerek ve ihlal edilen kamu yararı gözetilerek serpiştirilmiştir.

TCK m. 26' da düzenlenmiş bulunan adli tevbih kaldırılmıştır.

d. Türk Ceza Kanunu'nda Olmadığı Halde Tasarı ile İhdas

Edilen Suçlar: m. 79 soykırım; m. 80 insanlığa karşı diğer suçlar; m. 81 soykırım ve insanlığa karşı suç işlemek üzere örgüt kurma; m. 97-98 İşkence ve nitelikli işkence; m. 99 eziyet; m. 93 İnsan üzerinde deney; m. 94 organ ve doku ticareti vb.

IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1858 CK ile Batı Kanunları'nun tercüme edilmek suretiyle benimsemesi yoluna gidilmiş, 1926 tarihli TCK, 1889 İtalyan CK'nun Fransızca metninden tercüme ettirilerek yürürlüğe konulmuş, bu kanun Fransız doktrini ışığında uygulanmış, bize mahsus bir hukuk uygulaması ortaya çıkmıştır.⁸⁸

⁸⁸ Türk Ceza Kanunu, Ülkemizde Fransız hukukuna göre yorumlanmıştır. Yani yasa İtalya'dan, yorum Fransa'dan. Bir de Batı hukukunu bilmeyen hakimler tarafından uygulanmış, bunların ellerine yanlış ve eksik tercüme edilmiş Majno Şerhi verilmiş, bu sebeple uygulama iyi olmamıştır. Selçuk, Sami, "Hukuk ve Yargıda İyileştirme Üzerine" *Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı*, Yıl:2, S:10, Ank. 1996, s.565.

78 yıldır yürürlükte bulunan TCK, dili ve dayandığı ilkeler bakımından epeyce eskimiştir. Kanunun yeni ihtiyaçlara göre ayarlanması, hatta yeni baştan tedvin edilmesi bir zorunluluk halini almıştır.⁸⁹ Bu sebeple yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra gerekli değişiklikler yapılmaya, hatta bütünüyle yenilenmesi için Tasarılar hazırlanmaya başlamıştır. 1940'larda başlayan ve Batı değerlerini özümsemiş yerli kanun yapma çalışmaları, hazırlanmış ve yayımlanmış bulunan Tasarılar rağmen henüz sonuçlandırılmamıştır.

Tartışmakta olduğumuz 2004 Tasarısı TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşülmeye ve kamuoyundan gelen tepkilere göre şekillenmeye devam etmektedir.

Tasarı'da teorik olarak hürriyeti bağlayıcı cezaların terk edilmesinin gerekliliğine inanıldığı halde bu cezalardan kaçınmak mümkün olmamış,⁹⁰ yine hapis cezası, yaptırımlar sisteminin belkemiğini oluşturmuştur. Hapis cezalarında tekli sisteme geçilememiş, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası bir zorunluluk olarak kabul edilmiş, hapis cezası da müebbet ve muvakkat hapis cezası ise uzun ve kısa süreli olarak ikiye ayrılmıştır.

Hürriyeti bağlayıcı cezalardaki süreler çok çeşitlidir. Öngörülen hapis cezalarının süreleri çok uzundur.⁹¹ Kriminolog ve infaz uzmanlarına göre cezanın süresinden çok suçluya gösterilen tepkinin kesinliği önemlidir. Zira dokuz yıllık hapis cezasının bir yıllık cezadan daha fazla önleyici etkiye sahip olduğu ispat edilememiştir.

⁸⁹ Tesal, Reşat, İktisadi Ticari Mali Suçlar, İst.1977, s.9.

⁹⁰ Türk Anayasa Mahkemesi hapis cezalarından vazgeçmenin henüz mümkün olamayışını bir kararında şöyle ifade etmiştir: "Ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri toplumların uygarlık düzeylerine yakından bağlı olduğundan bugün en ileri ülkelerde dahi henüz vazgeçilmesi uygun görülmeyen hürriyeti sınırlayıcı yaptırımlarda ve özellikle hapis cezasında hükümlünün en büyük yoksunluğu irade ve hareket serbestliğini ceza süresince yitirmekte olmasıdır... bu yoksunluklar cezanın tehdit ve dolayısıyla tenkil amaçlarını taşımasından dolayı..." 6.4.1971 tarih, 2-36 sayılı kararı için bkz. AMKD, S.9, Ank.1972, s.403.

⁹¹ Almanya'da hapsin üst sınırı 15, Portekiz'de 12 yıldır. Coelho, Helena Parada, *The Need for a Wide Understanding of Non-custodial Alternatives Imposed by the Courts* (HEUNI) Helsinki, Finland, 1988, s.144.

Hapis cezasının seçenekleri konusunda önemli gelişmeler olmakla birlikte kabul edilen sistem henüz yetersizdir.

Özel kısmın sistematığıne göre Tasarı'ya bireyci anlayışın egemen olduğu söyleniyorsa da, devlete karşı suçlara, kişilere karşı işlenen suçlara oranla daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür.

Kısacası 2004 Tasarısı, önceki tasarılarından ve yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'ndan ileri bir düzeyi yakalamış olsa da, bu Tasarı'nın hataları en aza indirilerek ve bir an önce yasalaşarak ülkemize layık bir yerli kanuna kavuşmamız en içten dileğimizdir.

GÖRÜŞLER

ZINANIN ÇARESİ YASAKLAR DEĞİL*

Prof. Dr. Aysel EKŞİ**

14 Eylül'de TBMM'de görüşülmeye başlanacak olan Türk Ceza Kanunu Taslağı, kadınların insan haklarını ihlal eden ve demokratik hukuk devleti normlarıyla uyuşmayan düzenlemeler içeriyor. Şimdi tartışılan konu, tasarı Türkiye'nin uluslararası taahhütlerini göz ardı ederek, bu haliyle yasalaşırsa, kadınlara uygulanan ayırıcılık ve insan hakları ihlallerinin devam edip edemeyeceği noktasında toplanıyor. Zina eylemi yeniden yasalar gözünde suç sayılmalı mıdır, bu tartışılıyor. Bu çok çok yönlü konuya ben iki açıdan yaklaşıyorum. Önce, yasak ve günah kavramlarının günümüzde neyi, ne kadar çözdüğü konusunda bazı İslam ülkelerinden somut birkaç örnek vermek, sonra bir psikiyatrist olarak konuyu erkeğin zinası olarak ele almak istiyorum. İslam ülkelerinde zina yasaktır. Ama Dünya Sağlık Örgütü (WHO) 1992 raporlarına göre Arap ülkelerinde AIDS hastalığı çoktur, utanç konusu olduğu düşünüldüğü için, resmi makamlara bildirilmemektedir. Çünkü zinanın yasak olduğu Suudi Arabistan, Arap Emirlikleri gibi ülkelerde erkekler, düzenlenen seks turları ile uzakdoğunun belli merkezlerine gitmekte, hayat kadınlarıyla cinsel ilişki yaşamakta ve AIDS kapmaktadır. Dönüşte eşlerine ve dolaylı olarak çocuklarına da AIDS bulaştırmaktadır.

İslam ülkelerinde alkol ve uyuşturucu madde kullanımı günah-
tır ve şiddetle yasaktır. Ama örneğin Suudi Arabistan'da her ikisinin
kullanımı da sorun niteliğindedir. İlk kez 1987 yılında sadece uyuş-

* 5 Eylül 2004 tarihli *Radikal Gazetesi*'nden alınmıştır.

** İstanbul Üniversitesi Çocuk Sağlığı Enstitüsü Adolesan Bilim Dalı öğretim üyesi.

turucu madde bağımlısı erkeklerin tedavisi için Riyad'da Al-Amal Hastanesi açılmış ve bir yılda 18 bin 321 bağımlı tedavi edilmiştir. Bu hastalarda yüksek oranlarda nüks görülmüş, taburcu edilenlerin yüzde 60'ı tekrar tekrar uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle hastaneye yatırılmıştır. Alkol içilmesinin kesinlikle yasaklanmasına rağmen, alkol bağımlılığı en yüksek oranlardadır. Kadın alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları doğrudan Cidde'de psikiyatri hastanesine alınmaktadır. Buna göre kadınlarda bağımlılık oranı yüzde 2.7'dir. Pakistan'da intihar yasaktır, bu nedenle intiharla ölüm oranları bilinmemektedir ama girişim özellikle genç kızlarda ve erken yaşta evlenen kadınlarda yüksek oranda oranında görülür. İranlı gençler arasında da intihar 3'üncü ölüm nedenidir ve gençler arasında uyuşturucu madde kullanımı son yıllarda ciddi bir sorun haline gelmiştir, en sık kullanılan madde esrardır. Tıp öğrencilerinin yüzde 43'ü yaşamları süresince bir maddeyi en az bir kez olmak üzere kullandıklarını bildirmiştir. Bu örneklerde yasakların ve günah kavramlarının günümüzde neyi, ne kadar çözdüğü konusu somut olarak ortadadır. Bu örneklerle eşcinsellik ve ailede bireylerin özellikle çocuklarla cinsel ilişkisini içeren ensest ilişkiler konusundaki sayısız araştırma bulgularını da ekleyebilirsiniz.

Madalyonun bir de ters tarafına bakalım: Zina kavramının nendense hep kadının zinası olarak yorumlandığını gördük. Oysa erkeğin zinası, eşine ihaneti, özellikle kuma denilen ve ikinci evlilik dışı kadınların aynı eve getirildiği veya onlar için ayrı evlerin tutulduğu ve hatta imam nikâhı denilen nikâhların yapıldığı durumları da içermek üzere, ülkemiz kadınları ve gençleri için derin bir yaradır. Bütün bunlara son yıllarda maço bir erkeklik gösterisi, bir övünç vesilesi haline getirilen kaçamak ilişkiler modasının eklendiğini görüyoruz. Bu, ülkemizde tekstil sanayi gibi bazı alanlardaki hızlı gelişmeler uzantısında ya da magazin basınında birden ün, para ve güç kazanan erkeklerimiz arasında bir yarışa, gösteriye dönüşmüş görünüyor. Sonra "*Kadınlar zina yapan eşlerini affetmeli mi*" tartışması magazin sayfalarından günlük yaşantımıza taşınmış görünüyor. Tamer Karadağlı adlı oyuncunun "*Bunu herkes yapıyor*" anlamındaki sözlerini "*Erkektir bu, bütün erkekler yapar*" biçiminde onaylayanlar ve hoşgörenler de var kuşkusuz. Ben ruh sağlığı ile ilgili bir uzman olarak, pek çok kadının bu gibi problemler nedeniyle bizlere başvurduğunu söylemek isterim.

Biz psikiyatristler ne kadar deneyimli olursak olalım, ihanete uğrayarak yaralanan bir kadının sorununu çözmede çaresiz kaldığımız zamanlar çok olur. İhanete uğrayan bir kadın için çıkar yol nedir? Eşinin kaçamaklarını doğal kabul etmesi mi, umursamayıp aldırması mı, bilmezden gelinmesi mi, asıl korkulması gereken ciddi bağılıklarsa, bu aşamada teselli bulması mı? Yoksa suçu geleneklere yüklemesi veya İslam dininin erkeklere bahşettiği iddia edilen *"birden çok kadınla ilişkiyi"* tartışmasız sineye çekmesi mi? Her kadının güçlü olması ve bu konuyu gereğine göre çözebilmesi kuşkusuz idealdir. Ancak her kadından aynı derecede güçlü olmasını bekleyemezsiniz. Kendisi de kolayca kaçamak ilişkilere girebilen bir kadının eşinin kaçamakları karşısında daha hoşgörülü olması doğaldır. Eğitim düzeyi yüksek olan, çalışan, yapacak çok fazla işi olan kadının tepkilerini kontrol altına alması ya da sorununa çözüm bulabilmesi daha kolaydır. Kocasıyla zaten duygusal veya cinsel bağları kopuk olan bir kadın da bundan etkilenmeyebilir. Ancak kendisi hep tek- eşli kalmış, erken yaşta evlenmiş, tüm yaşamını evine ve eşine adanmış kadınların bu gibi durumlarda derinden yaralandığını, aşağılanmış ve dışlanmış hissettiğini, kendine güvenini ve eşine sevgisini yitirdiğini söylemek abartı zannedilmemelidir. Bu duygusal tepkilerin yol açtığı çeşitli ruhsal bozuklukları sadece İstanbul'da değil, örneğin Trabzon'da ya da Adana'da yaşayan ve ruhsal sorunlarının tedavisi için her yöreden getirilen ihanete uğramış kadınlarda görmekteyiz. Kolayca kaçamak ilişkilerde bulunan erkeklerdeki en yaygın mazeret, *"herkesin yaptığı"* ya da *"erkeklerin nefesine hâkim olamadığıdır"*. Otururken eteklerine sahip çıkmadığı için eşine kızan ve eve dönüşte problem çıkaran ülkemiz erkekleri, eşlerinden kendi kaçamaklarının hafife alınmasını bekler. Ülkemiz erkekleri, kadının içinde isyan ve öfke dalgalarının büyüdüğünü genelde görmezler. Hatta bazı erkekler, otel makbuzları, iki kişilik uçak biletleri gibi kaçamaklarıyla ilgili somut kanıtları, eşlerinin ütüleyeceğini bildikleri pantolon, ceket ceplerinde unuttur. Bu *"unutma"*nın ardında herhalde *"sana saygı duymuyorum, sen suçluluk duymama bile değmezsin"* mesajının yattığını kadın anlar. Ya da *"ben bencil adamın biriyim, suçluluk filan duyacak değilim, bu ilişkileri de zaten hafife alıyorum"* demektir bu. Kaçamaklarını hafife alma eğilimindeki bazı erkekler ise eşlerinin içinde biriken öfke ve nefret tepkilerini dikkate almaksızın, ondan cinsel isteklerine yanıt vermesini bekler.

Oysa kişiliğine ve kendi bedenine saygısını kaybetmiş bir kadından, cinsel duygularının canlanması beklenemez. Bu nedenle ihanete uğradığı duygusundaki kadınların en büyük sorunu bu kez cinsel sorun haline dönüşür ve genellikle bu noktada ruh hekimlerinde çare aranır...

Kuşkusuz bu tip sorunları sürekli yaşayan ailelerde çocuklar da zaman zaman sorun çıkarır. Ne kadar gizli tutulmaya çalışılırsa çalışılsın, aile yaşamından kopuk olmayan bir gencin evdeki gerginliği hissetmemesi olanaksızdır. Bu durumlarda gençlerin çoğu kez babaya büyük öfke duyduğu, ona saygıyı kaybettiği iyi bilinir. Bazı çocukların annelerinin duygularıyla özdeşim yaparak, ileriki yıllarda diğer kadınlardan nefret ettiğini ve kadınlardan tamamen uzaklaştığını görürüz. Bir kısmında, tıpkı babaları gibi, cinsel içgüdülerini kontrol yeteneği gelişmemiş, ileriki yaşantılarında kadın karşısında hep zayıf kalmışlardır. Ülkemizde son yıllarda kaçamak ilişkilerin maço bir erkeklik gösterisi ve övünç vesilesi şeklinde moda haline getirilmesinde, basınun kuşkusuz rolü büyük. Magazin basınında şarkıcı ve mankenlerin yaşantıları, TV dizileri ve filmlerde, çoğunlukla karşılıklı duygu içermeyen kolay ilişkiler sergilenmekte ve basit bir eğlence gibi hafife alınmaktadır. Bireyler bu düşünceye şartlandırılmakta ve gizliden gizliye özendirilmektedir. Oysa bizde düşünüldüğünün aksine son yıllarda ABD ve diğer Avrupa ülkelerinde, bireylerin cinsel yaşamında çok daha tutucu ve tek eşle ilişki eğilimleri ağırlık kazanıyor. Bunun temel nedeni özellikle AIDS kapma ve evlilik dışı bebek doğumundan korku olabilir. Ama sonuçta hem kız, hem erkek gençlerin evlilik öncesi cinsel deneyime başlama yaşı son 10-15 yıldır belirgin şekilde düşmüştür. Rastgele bireylerle hemen ilişkiye girilmesi yerine, tek arkadaşla beraberlik önem kazanmıştır. Ülkemizde yaygın olarak *"gelişmiş ülkelerde kızların bekâretinden utanç duyduğu"* söylenirken, 2002 yılı araştırmaları, 19 yaşındaki kızların yarısından fazlasının cinsel deneyim yaşamadığını gösterir. Çünkü bir süredir gençlerde intihar, uyuşturucu madde kullanımı, evlilik dışı bebek doğumu ve depresyon oranları artmakta olduğu için, etkin eğitim programları yapılmakta ve tek eşli cinsel yaşam desteklenmektedir. Bu etkin programlar gençler üzerinde şimdiden etkisini göstermeye başlamış görünüyor. Özellikle Amerikalı gençlerin neredeyse yarısının, yüksek ya da orta derecede risk altında olması ruh hekimlerini harekete geçirmiş bulunuyor. 2000 yılı Dünya Sağlık Örgütü verilerine

göre, diğer gelişmiş 28 ülke ile karşılaştırıldığında, depresif belirtiler, yaşamdan zevk alamama, endişe ve sıkıntılar en yüksek oranlarda ABD'deki gençlerde bulunmuştur. Yılda bir milyondan fazla bekâr genç kız hamile kalmıştır. Ancak hamile kalan bu bekâr kızların en büyük bölümü zencilerdir ve çok düşük toplumsal düzeyden gelmişlerdir. ABD'de sosyal güvenliği ve ekonomik gücü olmayan bu kızların çok ciddi sorunlarla karşılaştığı konusu devamlı meslek dergilerimizde vurgulanmıştır.

Bütünüyle, son yıllarda ülkemizdeki yapay eğilimlerin aksine, ABD ve diğer Avrupa ülkelerinde, bireylerin cinsel yaşamında çok daha tutucu ve tek eşle ilişki eğilimleri cesaretlendiriliyor, en azından rastgele ilişkilerin engellenmesi yönünde çaba gösteriliyor. Çocuk ve gençlerin cinsel kaynaklı davranış ve sorunlarının nedeni olarak medya da büyük ölçüde suçlanıyor. Çünkü eğlence medyası bireylerin rastgele cinsel yaşamının "doğal olduğu" mesajını veriyor. Medyada bir sonuç beklenmeyen, karşılıklı duygu içermeyen kolay ilişkiler basit bir eğlence gibi hafife alınıyor, bireyler bu düşünceye şartlandırılıyor ve özendiriliyor. Magazin basınının "herkes bunu yapıyor" şeklindeki onaylayıcı, hafife alıcı ve cesaretlendirici sözlerini bu nedenle tehlikeli buluyorum.

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

TCK'NIN 530. MADDESİ ORTADAN KALDIRILYOR!..

Halen mevcut olan TCK'nın 530. maddesi;

"Madde 530 - Hekim, cerrah, ebe yahut sair sihiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda tebahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz olacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar." biçiminde düzenlemiş iken yeni Tasarı ile sağlık çalışanlarına tüm durumlarda ihbar yükümlülüğü getirmektedir.

TCK 530. maddesinin gerekçesi, sanık olan kişinin ihbar edileceği için tedaviden kaçınabileceği ve ölüm riskiyle karşı karşıya kalmasının engellenmesiydi. Yaşam hakkının her türlü cezadan daha önde gelen bir temel hak olduğu düşünceyi içeriyordu.

Oysa bu durumun kaldırılması, temel bir hak kabul edilen "*yaşama hakkının ortadan kaldırılması*" anlamına gelebilecektir. Kişiler hukuki sonuçlardan endişe duyarak hekime başvurmadan, tedavi olmaktan kaçınabilecektir. Ölüm cezasının mevcut yasalarda bulunmadığı da dikkate alınırsa, Tasarı'nın bu haliyle ciddi tartışmalara ve sonuçlara neden olacağı açıktır.

Sanık olduğu bir olayda yaralanan bir kişinin, yakalanacağı korkusuyla tedavisini yaptırmaması ya da tedavisini aksatması ve kişinin bu nedenle zarar görmesi sağlık hakkının, yaşama hakkının engellenmesi gibi bir sonuç doğuracaktır.

Kaldı ki, "ihbar yükümlülüğü" hekimlik mesleğinin, sağlık çalışanlarının evrensel değerleri ile birlikte düşünüldüğünde evrensel etik ilkelerle çelişen bir düzenleme olarak dikkati çekmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde Devlet'in, kişinin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alması gerekliliği, 12. maddede temel hak ve hürriyetlerini güvence altına alması gerekliliği, 12. maddede temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3. maddesinde de yaşama hakkının temel bir hak olduğu vurgulanmıştır.

TBMM üyelerini, Hükümetimizi, Sivil Toplum Kuruluşları'nı ve kamuoyunu bu konuda duyarlı davranmaya çağırıyor ve Tasarı'da yer alan maddede;

"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, hekimlik uygulamaları dışında durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Biçiminde ekleme yapılmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Adli Tıp Uzmanları Derneği

TÜRK CEZA KANUNU TASARISI

Av. Devran MELİK*

Türk Ceza Kanunu toplum dinamiklerini bütünüyle etkileyen genel bir yasadır ki ceza kanununun ilk kabul tarihi olan 1926'dan bu yana geçen 78 yıllık zaman sürecinde ilk bu kadar bütünüyle bir değişime uğramıştır. Hızla değişen toplumsal değerler, evrensel kabul gören insan hakları normları çerçevesinde bu değişim de zorunluluk arz etmektedir. Bu kadar içerikli bir yasa tasarısı hakkında, çok kısa bir sürede irdelenip görüş sunulması bizler için çok kolay olmasa gerek. Bu nedenle şahsımın Şanlıurfa Barosu'nda yürüttüğüm faaliyetleri de (Kadın Hukuku Komisyon Üyeliği) dikkate alarak daha çok tasarıda kadın özneline temel alan maddelerde görüş bildirmeyi uygun buldum. Dolayısıyla tasarının tüm maddelerini bu kadar kısa bir sürede inceleyip görüş bildirmem sağlıklı bir incelemede bulunmamı engelleyecektir.

Tasarı genel olarak incelendiğinde, anlaşılır ve sade bir Türkçe'yle ele alınması açısından olumlu. Ayrıca yürürlükte kabul gören insan hakları evrensel normlarının dikkate alınarak yasanın yeniden yapılandırılması Türkiye'nin demokratikleşme sürecinde önemli adımlar attığını göstermektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun yeniden yapılandırılmasında dikkat edilmesi gereken en önemli noktalardan biri, kadınların insan haklarının korunması ve kadınlara yönelik cinse dayalı her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli yasal zeminin oluşturulmasıdır. Cinse dayalı

* Şanlıurfa Barosu üyesi.

ayrımcılığın tam olarak örülenmesi için mevcut yasaların toplumun ilerisinde daha demokratik ve çağdaş olması gerekir.

Yukarıda izah etmeye çalıştığım anlayışı çerçevesinde tasarı incelendiğinde bir takım olumlu adımlar atılmış fakat tasarımı oluşturanların verdikleri emeğin hoş görüşüne de sığınarak, bu adımların bir takım eksiklikler içerdiğini belirtmek isteriz.

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu incelendiğinde cinsel saldırı suçlarının “*genel ahlaka ve aile düzenine karşı*” işlenmiş suçlar grubunda olduğunu görmekteyiz. Ülkemizde sıklıkla işlenen cinsel suçlarda, genel adabı ve aile düzenini ön plana çıkarır biçimde değerlendirilmesi, korunan hukuki yararın kime olduğu noktasında kişiyi geri plana itmekte, kişi hak ve özgürlüğünü zedelemektedir. Tasarımı oluşturan kurulun cinsel suçları “*kişilere karşı suçlar*” bölümünde değerlendirilmesi olumlu bir gelişme olarak görülebilir.

Tasarı’da yapılan ve gerçekten köklü sayılabilecek değişiklikler karşısında birde birkaç madde üzerinde eleştiriler tespitlerde bulunmakta fayda görmekteyiz.

Madde 29: Haksız tahrik maddesinde yapılan değişiklik olumlu görülmele beraber, maddedeki muğlaklığı gidermek ve namus cinayetlerini engellemek adına “*Haksız Tahrik*” maddesinin namus cinayetlerine uygulanamayacağı açıkça belirtilmelidir. Türkiye’de, toplumun her kesiminde yaygınlığını sürdürerek, insanın en temel insan hakkı olan yaşama hakkını tehdit eden “*namus cinayetleri*”ni engellemek için caydırıcı yasal tedbirler almak TCK’nun en önemli görevlerinden biridir.

Namus cinayetleri sosyal, psikolojik ye daha bir çok faktörleri kendinde barındıran çok yönlü bir suç tipidir. Bu suça caydırıcılığı getirmek, engellemek sadece yasalarda kesin ifadeler ve anlaşılır cümleler yaratmakla değil, devletin bu toplumsal vakaya çok yönlü araştırma, inceleme yaparak eğilmesi, uzun vadeye dayalı somut ve acil çözümler getirmesiyle aşılabileceği kanaatindeyiz.

Madde 85: 29. madde de belirttiğim hususlar 85. madde de geçerliliğini taşımaktadır. Törelerin yasa olarak kabul edilmesini engellemek amacıyla “*kan gütmeye*” saikiyle insan öldürme yürürlükteki Ceza

Kanunu'nda ve Tasarı'da "*Nitelikli İnsan Öldürme*" maddesinde özel olarak düzenlenmekte ve böylece bu suçun faillerine daha ağır cezalar verilmektedir. Aynı şekilde töre ve namus bahanelerinin ardına sakanarak insanların öldürülmesinin engellenmesi için "*namus saikiyle*" insan öldürme suçları da "*Nitelikli İnsan Öldürme*" maddesi kapsamına alınmalıdır. Aksi takdirde bu cinayetlerin failleri ceza indiriminden yararlanmaya devam edecek ve Türkiye'de bu cinayetlere karşı herhangi bir yasal önlem alınmamış olacaktır.

Madde 105: Cinsel saldırı suçunun farklı şekillerde işlenebileceği göz önünde bulundurularak, suçun tanımı madde metninde açıkça ve doğrudan yapılmalı.

Maddenin 2. fıkrasının son cümlesi evlilik içi tecavüzü suç saymakta fakat bunu takibi şikayete bağlı tutmaktadır. Takibin şikayete bağlı olması mağdurun kolluk kuvvetlerine başvurmasını, tanık göstermesini, adli tıbbı başvurmasını... özetle şikayet konusunda ciddi bir ısrar göstermesini zorunlu kılmaktadır. Oysa var olan toplumsal değerler, gelenekler ve başta eğitimsizlik şikayetçi olma konusunda ısrarın güçlüğünü göstermektedir.

Madde 108: Bu madde de adli para cezasının uygulanması, cinsel tacizde verilecek cezada caydırıcılığı engellemektedir.

Kişinin hükmü ve nüfusu altında bulunduğu ve aynı işyerinde çalıştığı tarafından cinsel tacize uğraması durumunda suçun şikayete bağlı olması sakınca arz etmektedir. Bu tür durumlarda mağdur içinde bulunduğu ortama bağımlı olabilir ve şikayeti işinin veya konumunun tehdidine yol açabilir. Dolayısıyla, suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı olması, mağdurun hakkının korunmasına engel teşkil edebilir.

TÜRK CEZA KANUNU TASARISI

Av.Mehmet ALAGÖZ*

Tarih olarak adli tatile girme arifesi içerisinde bulunmaktayız. Arz edilen tarihin özelliğinden kaynaklanan. iş yoğunluğu bu meslekle iştigal eden her hukukçunun taktirinde olan bir husustur. Baro Başkanlığının yazısı tarafımıza 14 Haziran 2004 günü tebliğ edilmiş olup raporumuzun Baro Başkanlığı'nca Ankara'ya ulaştırılması 28 Haziran 2004 gününde gerekmektedir. Arz edilen nedenle de bu kadar kapsamlı bir yasa tasarısının bu kadar dar bir vakitte istenilen hassasiyetle yeterince irdelenip değerlendirilemeyeceği de taktirlerde olan bir husustur.

Arz edilen koşullarda değişiklik Tasarısı değerlendirildiğinde;

İş bu Tasarı'yı hazırlamış ve emeği geçmiş sayın üstatlarımızın hoş görüşüne sığınarak, bir bütün olarak değişiklik Tasarısı ele alınıp değerlendirildiğinde, sanki geçmişte hiçbir ceza yasası yokmuşçasına tamamıyla yeni üslup ve sadeleşmiş bir Türkçe ile Tasarı'nın hazırlanması zihniyetinin ağır basmış olduğu görülmektedir.

Yukarıda arz edilen düşünceyle hareket sonucunda eski yasada uygulama ve içtihatlarıyla yerine oturmuş, istikrar kazanmış bazı maddelerin de değişim ön yargısıyla değişikliğe uğradığı ve bazı tanımların muğlak kalması münasebetiyle de tatbikatta zorluklar yaratacağı dikkat çekmekte ve Tasarı'nın bu haliyle kanunlaşması durumunda da çoğu alanda yerine oturmuş bazı maddelerin yeni yazılım

* Şanlıurfa Barosu üyesi.

ve mutlaka değişiklik mantığı nedeniyle yerine oturmasının çok uzun zaman alacağı ve bugüne kadar o maddeye ilişkin alınan mesafenin boş gideceği dikkate alınarak tasarı hazırlanırken mutlaka her maddenin yeniden yeni bir üslup ve nispeten de olsa bir değişikliğe uğratma kaygısından uzak hareketle eski haliyle bırakmanın ve Tasarı'ya eski haliyle geçirmenin ülkedeki ceza hukukumuzun 80 yıla yaklaşan deneyim ve birikiminden istifade kapısını aralayacağı ve bu alandaki kazanılmış uygulama ve içtihadı tasarrufları elde tutma sonucunu yaratacağı düşüncesini taşımaktayız.

Arz ettiğimiz düşüncenin ışığında, Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nda değişikliğini sakıncalı gördüğümüz meri yasa maddelerini ve ifade ile tanımda muğlak kaldığını düşündüğümüz maddeleri ve yeterli görmediğimiz değişiklikleri özet gerekçeleriyle birlikte aşağıda arz edilen şekilde özetlemekteyiz. Tasarı'nın katıldığımız bölüm ve maddelerine iş bu irdeleme raporumuzda yer vermeyip değinilmemiştir.

Madde 4/2: Fıkrasının Tasarı'daki bu hali, saptama ve tatbikat yönüyle çok büyük zorluklar getireceği gibi yargıçlara keyfi taktir yetkisini de vereceğinden ve yine ayrıca yasanın önleyici ve caydırıcı etkinliğini ortadan kaldıracağından ve aynı zamanda suçu da teşvik eder olacağından katılmak mümkün değildir.

Madde 6/f/4: Fıkrası metinden çıkarılmalıdır. Çünkü bugünkü uygulamada işini gören bir çiftçinin iş aleti olan kazmasıyla bir başkasına vurması olayında kazma silahtan kabul edilmektedir. Ancak bir esnafın elindeki tahta metresiyle bir başkasını yaralaması olayında tahta metre silahtan kabul edilmemektedir. Bu tür garabet ve içtihat fantezilerine yol açmamak için saldırı ve savunma amaçlı yapılmamış aletlere ilişkin fıkranın Tasarı'dan çıkarılması daha yerinde olacaktır.

Madde 21: Bu maddedeki "*Olası kast*" cümlecği bizce yetersiz ve kifayetsiz kalmaktadır. Örneğin bu cümlecik yerine "*Yoğunlaşmış taksir kasti*", "*İstenilmeyen kast*" veya "*Neticeye bağlı kast*" cümlecğini kullanmak belki de daha isabetli olacaktır.

Madde 22: İş bu madde TCK 455. maddesinin aynen muhafazasıyla ve bu maddeye Tasarı'daki 6. bendin ilavesiyle fazlaca değişikliğe gitmeden muhafazası, Uygulamada kazanılan deneyim birikimini de beraberinde getirecektir.

Madde 23: İş bu madde TCK 452. maddenin hükümleri ortadan kaldırmakta veya onun yerine konulmak istenilen maddeler ile çelişkiye düşülmekte ve tatbikatta sorunlar yaratacağı tartışmasız olmaktadır. Ölüm gibi vahim durumlarda sonuç cezanın çok komik bir miktarda kalması sonucu hasil olacaktır. Bu hal de, kamunun adalet ve ceza duygularını asla tatmin etmeyeceği sonucunu beraberinde getirir olmakla bu maddenin çağdaş ceza teorilerinin ötesinde ülke koşullarına özgü bir şekilde yeniden gözden geçirilmesinde yarar ve zorunluluk olduğu kanısındayız.

Madde 24, 25 ve 26: Belirtilen bu üç maddenin üç aşağı beş yukarı oturmuş şekli meri TCK 49. maddesinde hülasa edilmektedir. Meri yasa maddesinin uygulama zenginliği dikkate alınarak bahsettiğimiz bu üç madde yenine eski şekliyle Tasarı'ya konulmasının daha yararlı olacağı kanisini taşımaktayız. Ayrıca Tasarı'daki 25. madde de geçen "*Hak*" kavramına açıklık getirilmeli veya müstakil bir madde de bunun açık tanımı yapılmalıdır. Ayrıca bu maddenin 2. fıkrasındaki "*Orantı*" koşulu hayatın gerçekleri ile bazen ters düşebilir. Bu kelime yenine daha esnek bir kelime konulmasında yarar vardır. Ve bu esneklik hakime olay hakkında daha geniş değerlendirme ve taktir yetkisi verecektir. Orantı kelimesinin muhafazası olayı taktir edecek hakime çok büyük sınırlama getireceği gözden uzak tutulmalıdır. Örneğin öldürme kastıyla elindeki çakı bıçağıyla şiddetli saldırı halindeki bin kişiye karşı hamili bulunduğu ruhsatlı silahıyla ateş eden kişinin eylemini meşru savunma koşulları içerisinde kabul etmeme sonucunu yaratacaktır. Böyle bir uygulamanın yarlılığı da bizce tartışmasız olacaktır.

Madde 28: Bu madde yerine yürürlükteki Ceza Yasası'nın 49. maddesinin aynen muhafazasıyla yeni bir değişikliğe gerek bırakmaksızın konunun aşılacağı ve kökleşmiş süreklilik arz eden uygulamalardan da istifade edileceği kanısını taşımaktayız.

Madde 29: Bu maddenin Tasarı'daki şekliyle yasalaşması hali "*pire için yorgan yakma*" sözcüğünü arımsatmaktadır. Bu maddenin bu haliyle yasalaşması adi tahrik ve ağır tahrik farkını ortadan kaldıracak ve uygulamada zaten sorunlu olan bu maddeyi büsbütün sorunlu bir hale sokacaktır. Yasa uygulayıcılarına olayların taktiri yönünde yetki ve inisiyatif vermektan kaçınmamak gerekir. Bu maddeye ilişkin dar sınırlandırma, yargıca güvensizlik ön yargısını da beraberinde getir-

miş olmaktadır. Anlatılanın yanı sıra ülkenin bazı yörelerinde cereyan eden namus cinayeti gibi münferit hadiseler nedeniyle evrensel tahrik hükümlerinin bu tip olaylara bağlı olarak temelden değiştirmeye yönelik yönelimler, baskı gruplarının olur olmaz baskılarıyla yasaların şahsileştirilmesi ve kişi ile zümreye yönelik yasa ihdası geleneğini beraberinde getireceğinden bu tarz bir yaklaşıma katılmak bu nedenle de hiçbir hukukçu için mümkün olmayan bir husustur. Aksi yaklaşım, isteyen baskı grubunun istemi ve baskısı sonucu yeni yasalar ihdas sonucunu beraberinde getirir ki buna da katılmak asla mümkün değildir. Çok uçuk bir örnek vermek gerekirse; yolsuzluklara bulaşmış ülke genelinde oldukça etkin güce sahip medya patronlarının sahip oldukları olanaklarla yaratacağı kamuoyu baskısı sonucu bu kişiler lehine veya görüşleri lehine yasal hükümleri değiştirme ve yasa koyucuları yönlendirme yol ve yöntemini de beraberinde getireceği hususu da gözden uzak tutulmamalıdır. Yasa koyucularının dinleme ve değerlendirme penceresi toplumun sadece bir kesimine değil tüm kesimlerine açık olmalıdır. Sonuçta iş bu maddenin değiştirilmesi asla doğru olamayacağından eski haliyle muhafazası bu konuda oturmuş olan deneyim ve uygulama zenginliği nedeniyle zorunluluk arz etmektedir.

Madde 30: Tasarı'daki bu maddenin bizce metinden mutlak olarak çıkarılması gerekir. Aksi halde gereksiz savunmalar ve yanlış taktikler ve sürekli şaibeli ve tartışılır kararları beraberinde getireceğini tartışmasız kılacağıdır.

Madde 31: Tasarı'daki bu madde ile belki de farkına varılmadan cezaların artırımı cihetine gidilmiş bulunmaktadır. İslah edici tedbir ve uygulama yerine cezanın artırılması yoluna gidilmiş olunması çağdaş uygulamaya da ters düşmektedir. Örneğin 18 yaşını ikmal etmemiş bir küçük hakkında üç ayrı sekiz yıl uygulamasıyla 24 yıl veya daha yukarısında ceza tayin etmek mümkün olabilecektir.

Madde 32: Tasarı'daki bu madde muğlak kalmış ve yetersiz görünmektedir. Aynı zamanda daha ağır cezaları beraberinde getirmiş bulunmaktadır. Meri yasanın bu konudaki 46 ve 47. maddelerinin aynen muhafazasının yeterli olacağı kanısını taşımaktayız.

Madde 35 ve 36: Öncelikle eksik teşebbüsün kanun metninden çıkarılmış olunması yerinde olmuştur. Ancak 36. maddeyle gidilen

düzenleme gereksiz kalmıştır. Çünkü teşebbüs eylemi tamamlanmamış ve ihtiyariyle eyleminden vazgeçen kişi sonuç itibariyle ancak tamamlanmış suçtan sorumlu tutulur. Arz edilen evrensel ceza ilkesi nedeniyle 37. maddedeki düzenleme bize kalırsa fazladan bir düzenleme olmuştur. Anlatılanın yanı sıra Tasarı'da teşebbüs halinde kalınan bazı suçlarda tamamlanmış suçun kabul gördüğü benimsendiğinden iş bu maddenin yaratacağı uygulama zorluğu nedeniyle tekrar gözden geçirilmesinde yarar olduğu kanısını taşımaktayız.

Madde 38: İş bu maddenin 3. bendi oldukça tehlikeli içerikler taşımaktadır. Ceza indirimlerinden istifade için kimi sanık adaleti yanıltmak için sıkça sevmediği kişilerin adlarını vererek mahkemeleri yanıltma yolunu seçebilecektir. Bu konuda daha hassas bir irdeleme-nin yapılması bizce zaruret arz etmektedir.

Madde 43: Söz konusu bu maddenin 3. fıkrasının yarattığı suçlardaki ayrıcalık hükümleri Anayasa'nın eşitlik ilkelerine uyup uymadığı bizce değerlendirilmelidir.

Madde 57: İş bu maddenin 3. fıkrasına "*çocuğun bir eğitim kurumuna devamı durumunda nafaka yükümlülüğü 25 yaşına kadar devam eder*" cümlesi kanımızca bir boşluğu dolduracaktır.

Madde 76: İş bu maddenin 4. fıkrasındaki cezanın kesinleşmesinden sonraki vazgeçme infazı etkilemez hükmü bizce toplum barışına katkısı olmamıştır. Toplum barışının sağlanması bakımından şikayete bağlı suçlarda infaz aşamasında da şikayetten vazgeçme infazı ortadan kaldırmalıdır.

Madde 84: Söz konusu maddenin başına "*Müebbet hapis*" cezasının konulmuş olması tatbikatta çok büyük sıkıntılar çıkaracak mahiyettedir. Müebbet hapis cezasına ilişkin olarak başka bir madde de düzenlemeye gitmenin daha çok yararı olacağı kanaatindeyiz. Örneğin müebbet ağır hapse ilişkin olarak meri yasamızdaki TCK 449. madde gibi bir madde başlığı adı altında bu tür suçların kapsam ve sınırları ve yine cezaları sarahatten belirlenecek olursa uygulamada kolaylık yaratabilir. Aksi halde müebbet ağır hapis cezası gerektiren suçlar ile kasten adam öldürmeyi gerektiren suç ve ceza ayırımı içtihat yolu ile giderilme yoluna gitmek kaçınılmaz olacaktır. Bu durumda uygulayıcıların fazla olan yükünü daha çok artırma sonucunu hasıl edecektir.

Madde 86: Bu maddenin son fıkrasında geçen “*Cezadan indirimde yapılmayabilir*” cümlesi keyfilik anlamındadır. Bu cümle yerinde bir sınırlama cümlesinin konulması taktirdeki keyfiligi önler olacaktır.

Madde 124: Söz konusu madde ülkede bütünlüğü sağlamaya yönelik bir madde olmaktadır. Dolayısıyla da ayırıcıcı zihniyeti caydırma amacı taşımaktadır. Daha etkin sonuç sağlayabilmesi için son fıkrasında geçen “*veya adli para*” cezasına ilişkin ibaresinin çıkarılarak yalnız hapis cezasıyla tecziye yolunun seçilmesi ayırıcıcılara karşı daha caydırıcı olacağı görüşünü taşımaktayız.

Madde 126: Söz konusu maddedeki “*adli para*” cezasına ilişkin ibarenin metinden çıkarılması ülkede haberleşmenin sık sık ihlal edilmiş olması münasebetiyle, haberleşme özgürlüğü için daha çok güvence yaratacağı görüşünü taşımaktayız.

Madde 129: Bu maddenin ilk cümlesinden sonra gelen ikinci cümlesinin başına “*veya*” kelimesinin konulması yanlış anlaşılmayı ortadan kaldıracacağı düşüncesini taşımaktayız.

Madde 134 ve devamı maddelerinde geçen “Adli para” cezası ibarelerinin metinden çıkarılması bu konuya tevessül edecekler için daha caydırıcı olacağı kanısını taşımaktayız.

Madde 152: Söz konusu maddenin birinci fıkrasıyla ihkakı hakka ilişkin ceza ortadan kaldırılmış bulunmaktadır. Bu nedenle de Tasarı’da bu yönde bir boşluk hasil olmaktadır. Bu maddeye ihkakı haktan dolayı da bir cezanın ön görülmesi bu konudaki boşluğu dolduracağı kanısını taşımaktayız.

Madde 170: İş bu maddedeki “*kovuşturma başlamadan önce*” cümlecığinin içtihatlarla gereksinim duymamak bakımından dava açılmadan önce ibaresiyle değiştirilmesinin daha doğru olacağı kanısını taşımaktayız. Ve hatta gelişen teknoloji ve buna paralel olarak hızlanacak yargılama sistemimiz ileride dava gelir gelmez belki de anında iddia-nameye bağlama sonucunu da beraberinde getireceği gözlenerek söz konusu cümlecığin “*açılan davanın ilk celsesi öncesine kadar*” şeklinde değiştirilmesinde yarar olacağı kanısını taşımaktayız.

Madde 186: Başkalarına veya kendilerine maddi veya siyasi rant oluşturmak düşüncesiyle yol güzergahların değiştirildiği, yeşil alanların imar planından çıkarıldığı veya yerlerinin değiştirildiği sıkça

görünen ve duyulan olaylar olmaktadır. Bu tür tasarruflar da belediye başkanlarınca veya meclis ve komisyonlarınca yapıldığı bir realitedir. Bu konuda yapılacak yanlışlıkların önüne geçmek ve bu kişileri caydırmak bakımından ad ve unvanları belirtilerek belli kapsamda kalan kişilere daha ağır cezalar ön görür içerikli bir fıkranın bu maddeye ilavesi bizce yarar getirecektir.

Madde 187, 188 ve 189: Bu maddeler irdelenirken ülkemiz de değişen değer yargıları ve sıkça baş vurulan aldatma yöntemleri dikkate alındığında bu konuda ön görülen cezaların caydırıcı olmadığı gözlenmektedir. Küçük bazı katkı ve eksik malzemeye çok yüklü paranın kazanıldığı bir ülkede ön görülen cezaların ağırlaştırılması zaruri görünmektedir. Ön görülen cezaların azlığı bu alandaki yolsuzlukları körükleyeceği, bizce ülkenin bir realitesi olarak görünmektedir.

Madde 195: Tasarı'daki bu madde sanıyoruz ki bilhassa izinsiz üretilen alkollü içeceklerin denetimine de ilişkin olsa gerekir. Ülkede izinsiz kaçak olarak üretilen alkollü içeceklerden vuku bulan ölümler azımsanmayacak ölçüdedir. Bu ölçüler ve bu alandaki yoğun uğraşlar dikkate alındığında bu madde ile ön görülen ceza caydırıcı olmaktan uzak bulunmaktadır. Veleve ki iş bu madde anladığımız şeklin dışında sadece zehirli madde imalini denetleme ve caydırmaya yönelik bulunsa dahi halkın sağlığını doğrudan ilgilendirmesi münasebetiyle öngörülmüş olan cezai müeyyidesi caydırıcı olmaktan uzak kalmıştır.

Madde 224: Tasarı'daki bu maddeyle bazı kanunlara atıflarda bulunulmaktadır. Atıfta bulunma yerine nelerin yasak olduğunu sarahatten sayma yolunun tercih edilmesi kanunu daha anlaşılır bir şekle sokacaktır. Uygulanabilirliğinin olup olmadığı tartışılmadan ve belki de kadük kalmış ve günün koşullarında fiilen uygulanması imkan dahili olmayan maddeleri de içerir yasalara atıf yapılarak yasa yapma ve cezai yaptırım ön görme yasayı doğarken etkisizleştirir. Bu hususlarında bu maddenin tekrar gözden geçirilmesinde yarar görmekteyiz.

Madde 250: Tasarı'nın 170. maddesi için yukarıda arz ettiklerimizi bu madde için de aynı gerekçelerle tekrar etmekteyiz.

Madde 269: Söz konusu bu madde de kullanılan beraat sözcüğü yanlış çağrışımlara sebebiyet vermektedir. Bir yerde adeta suçlanan kişi her hangi bir isnattan ötürü beraat ederse mutlaka iftiraya uğra-

muştır sonucunu hasıl etmektedir. Halbuki delil yetersizliğinden beraat etmek her zaman olasıdır. Yanlış anlaşılmalara sebebiyet vermemek için maddenin tekrar gözden geçirilerek isnatçının isnatta bulunduğu kişinin beraat etmesi hali onun suçluluğunun ögesi olmaktan çıkarılması ve isnatta bulunan kişinin iftira etme kastıyla hareket ettiğinin sübut şartı aranmalıdır. Daha açık ve anlaşılır bir düzenleme uygulamada yarar getireceği kanısını taşımaktayız.

Madde 276 ve 277: Yanlış uygulama nedeniyle, yalan tanıklıkta ve yalan yeminde etkin pişmanlık maddesi uygulamada büyük sıkıntılar yaratır niteliktedir. Aslında doğruyu söylediği halde yalan söylüyor sanısıyla tutuklanan kişiler tutuklamanın ağır koşullarından kurtulmak için yalan düzmecelemlerle tutukluluktan kurtulma yolunu seçecekleri gözlemlendiğinde, iş bu maddenin tekrar gözden geçirilmesinde yarar ve zorunluluk bulunmaktadır.

Madde 289: Söz konusu maddenin ikinci fıkrası istismara oldukça müsait bir madde olmaktadır. Uygulamada görüldüğü üzere bu konuda genital muayeneye sebebiyet veren kamu yetkilileri bulaşıcı hastalıklar gerekçesiyle kurtulma olanağına kavuşacaktır. Her halükarda hakim ve savcı kararı aramak gerektiği kanısını taşımaktayız.

Sonuç olarak, meri "*Türk Ceza Kanunu'nun*" yerine oturmuş ve uygulama ile içtihat zenginliği ve istikrara kavuşmuş, raporumuzda da zaman zaman değinilen bazı maddelerin aynen muhafazası ve yeni Tasarı'da değindiğimiz hususların tekrar gözden geçirilmesi ve bize kalırsa bazı maddelerdeki muğlak anlaşımalar ve belirsizliklerin giderilerek ve bazı maddelerde de "*ceza verilmeyebilir*" veya "*tamamen kaldırılabilir*" gibi muğlak ve uygulamada birlikteliği önleyecek cümlecikler yerine daha net ve anlaşılır ifadelerin kullanılmasının yararlı olacağı düşüncesindeyim.

İFADE VE ÖRGÜTLEME ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN TASARI

Av. Münip ERMİŞ*

TÜZEL KİŞİLERİN CEZA SORUMLULUĞU

12.5.2003 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından meclise sevk edilen Ceza Kanunu Tasarısı ve Meclis Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan metin üzerine başlayan tartışma sürecinin en önemli halkası, düşünce ve örgütlenme özgürlüğü açısından her iki metnin "*sahip olduğu anlayış*" olacaktır.

Alt Komisyon tarafından henüz son biçimi verilmeyen metnin, ana hatları ortaya çıkmıştır. Genel bir anlatım olarak, Meclis'e gelen ilk Tasarı'nın bütünüyle yeniden yazıldığını söylemek mümkündür.

Özellikle, Ceza Yasası'nın giriş bölümünde düzenlenen temel ilkelere bütünüyle değiştirildiğini ilk başta söylemek gerekir.

Düşünce ve örgütlenme özgürlüğü açısından ilk bölümünde en dikkati çeken bölüm, tüzel kişiler hakkındaki güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği 61. maddedir.

Tasarı'nın Meclis'e sevk edilen ilk halinde düzenleme 25. ve 26. maddelerde yapılmıştır. "*Özel hukuk kişilerinin ceza sorumluluğu*" başlığı altında yapılan düzenlemenin,

25. maddesinde, özel hukuk tüzel kişileri, kanunun ayrıca belirttiği hallerde, organ veya temsilcilerinin tüzel kişi yararına işledikleri suçlardan sorumludur. Bu sorumluluk, fiili işleyenin suçunu ortadan kaldırmaz.

* Antalya Barosu üyelerinden.

Tüzel kişilerin sorumluluğu hakkında kanunların ayrıca hüküm koyduğu haller saklıdır. Hükmü, 26. maddesinde ise, özel hukuk tüzel kişilerinin organ veya temsilcilerinin tüzel kişi yararına işledikleri suçlardan sorumlu tutuldukları hallerde, fiili işleyen kimse hakkında hükmedilen veya hükmedilmesi gereken para, müsadere veya mülkiyetin devlete geçirilmesi cezaları tüzel kişi hakkında da ayrıca hükümlenir.

Fiili işleyen kişi hakkında hükmedilen veya hükmedilmesi gereken hürriyeti bağlayıcı cezalarla kamu hizmetinden yasaklanma, bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının durdurulması cezalarının sürelerini aşmamak üzere, *“Tüzel kişinin çalışmadan yasaklanıp yasaklanmayacağına veya ne suretle yasaklanacağına”* mahkemece karar verilir. Bu halde mahkeme, tüzel kişinin beş yılı aşmamak üzere, atacağı denetçilerin kontrolü veya yöneticilerin eliyle çalışmaların sürdürülmesine karar verilebilir. Hükmü getirilmişti.

Düzenlemenin hukuki gerekçesi olarak, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'nin ekonomik ve örgütlü suçlara karşı etkin yöntemlerin oluşturulmasına yönelik aldığı kararlar gösterilmiş, Fransa, İngiltere, Kanada, ABD ve Hollanda Ceza Hukuku sistemlerinde özel hukuk tüzel kişilerinin cezai sorumluluk altına sokulduğu belirtilerek, Türk Hukuku'nun da Uluslararası Hukuk'ta yeni gelişen bu anlayışa uygun olarak, özel hukuk tüzel kişilerinin cezai sorumluluk alanını tanımlaması gerektiği tespiti yapılmıştır.

Tasarı'nın ilk haline yöneltilen eleştirinin temel noktası, düzenlemenin cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bir anlayışı yansıtmasıydı. Bu günkü çağdaş hukukta suç ve ceza politikaları oluşturulur ev ceza sorumluluk sistemi belirlenirken, yasa koyucu mutlak bir iktidar gücüne sahip değildir. Suç ve ceza politikaları artık Uluslararası Hukuk'un ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin temel ilgi alanı haline gelmiştir.

Özellikle, çalışmanın durdurulması, atanacak yönetici eliyle tüzel kişi faaliyetlerinin sürdürülmesi, denetçi atanması gibi tüzel kişilere özgü yaptırımların Türk Hukuk Sistemi'nin genel bütünlüğüne alt üst edici hukuki bir etki yaratabileceği gibi bu yaptırımların sendikaları, dernekleri, siyasi parti ve vakıfları da kapsamı nedeniyle, örgütlenme özgürlüğünü tehdit eder bir sonuç doğurması da kaçınılmaz gözükmekteydi.

Bir derneğin, sendikanın hatta bir siyasi partinin faaliyetlerinin geçici süreyle de olsa durdurulması ve bu kuruluşlara yönetici atanması gibi anayasal sisteme tümünden aykırı olan bu yaptırımları, hangi hukuki gerekçeyle olursa olsun savunmak mümkün değildir.

Bu nedenle Alt Komisyon tarafından yapılan değişikliği, Tasarı'nın ilk haline göre bir iyileştirme getirdiğini söylemek mümkündür.

Getirilen değişiklik öncelikle, "Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu" kavramını ortadan kaldırmıştır. Getirilen kavram "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri'dir."

Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri

Madde 61: (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkumiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.

Getirilen düzenlemeye göre tüzel kişilere uygulanacak güvenlik tedbirinin faile ilişkin temel unsuru "Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette" bulunmasıdır.

Dernekler,¹ sendikalar,^{2,3} vakıflar⁴ ve siyasi partiler⁵ "izin alınmadan" kuruldukları için yeni düzenleme ile 61. madde kapsamı dışında kalacaktır.

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre vakıf kuruluşu:

II. Kuruluş Şekli: Madde 102: Vakıf kurma iradesi, resmi senetle veya ölüme bağlı tasarrufla açıklanır. Vakıf yerleşim yeri mahkemesi nezdinde tutulan sızile tescil ile tüzel kişilik kazanır.

² 2812 sayılı Sendikar Kanunu Madde 6: Sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın kurulabilir.

³ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu

Yeni düzenleme ile 61 madde kapsamına yalnızca anonim şirketler,⁶ limited şirketler⁷ ve kooperatiflerin⁸ girdiği tespitini yapmak doğru olacaktır. Çünkü ticaret şirketleri ve kooperatiflerin tüzel kişilik kazanması ancak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nun izni ile mümkündür.

Burada asıl hukuki tartışma “*iznin iptali*” kavramından doğacaktır. Ticaret kanunumuzda ve 1163 sayılı yasamızda bu kavram bulunmamaktadır.

Düzenlemenin bu haliyle büyük bir hukuki boşluk getireceğini söylemek yanlış olmayacaktır. Henüz gerekçenin elimizde olmaması nedeniyle, bu düzenlemenin hukuki sonuçları konusunda bir fikir yürütmek güçtür.

Fakat ilk akla gelen mahkemenin “*iznin İptali*” kararı vermesi ile birlikte “*tüzel kişiliğin tasfiyesinin*” gündeme gelmesidir.

Bu durumda ilk anımsanan düzenleme TTK 274 ile 1163 sayılı Yasa'nın 81/1-4 maddeleridir. 274. maddede Kanun'a ve kamu düzenine

Kuruluş İşlemleri: Madde 6: Sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın kurulabilir.

⁴ 2908 sayılı Dernekler Kanunu

Dernek Kurma Hakkı Kuruluşta Uyulacak Usul: Madde 4-(Değişik: 30/7/2003-4963/11 m.) Fiil ehliyetine sahip ve on sekiz yaşını doldurmuş olan gerçek kişiler ile tüzel kişiler, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir.

⁵ 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu

Siyasi Parti Kurma Hakkı: Madde 5: Vatandaşlar siyasi parti kurma hakkına sahiptirler. Siyasi partiler, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde, önceden izin almaksızın serbestçe kurulurlar.

⁶ 6762 sayılı Türk Ceza Kanunu

V. Devlerin Kontrolü: 1. Kuruluş İzin: Madde 273-(Değişik 11/6/2003-4884/2 m.) Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na yayımlanacak tebliğde faaliyet alanları tespit ve ilan edilecek anonim şirketler Bakanlığın izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas mukavele değişiklikleri de Bakanlığın iznine tabidir. Bunun dışında anonim şirketlerin kuruluşu ve esas mukavele değişiklikleri Bakanlığın iznine tabi değildir.

VI. İzin: Madde 280: Geçen maddede yazılı esas mukavele, şirket esas sermayesinin yüzde onunun tediye veya temin edildiğinin gösteren bir vesika ile birlikte İktisat ve Ticaret Vekaleti'ne verilerek şirketi kurmak için izin alınır. İktisat ve Ticaret Vekaleti esas mukavelelerinin kanunun müfessir hükümlerinden ayrıldığı ileri sürerek iznine imtina edemez.

⁷ I. İzin: Madde 509: (Mülga birinci fıkra: 11/6/2003-4884/5 m.) 285. maddenin ikinci fıkrası hükmü limitet şirketlerde de caridir.

⁸ 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu: C. İzin Verme, Tescil ve İlan: Madde 3: Ana Sözleşme, Ticaret Bakanlığı'na verilir. Bakanlığın kuruluşu izin vermesi halinde, kooperatif merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan olunur.

aykırı işlemler ve faaliyetlerde bulunan şirketler aleyhine özel yasalar-
da ki hükümler saklı kalmak kaydıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca
fesih davası açılabileceği, düzenlenmiştir.

Yine 1163 sayılı Yasa'nın 81/1-4 maddesinde "*kanunlarda öngörü-
len diğer hallerde, ilgili bakanlığın mahkemeden alacağı karar üzerine*" koo-
peratiflerin tasfiye edilebileceği belirtilmektedir.

"İzin iptali" kararı ile istenen "*şirket veya kooperatifin tasfiyesi*" ise
öncelikle bunun hiçbir hukuki yorum veya tartışmaya yer vermeyecek
şekilde 61. madde içerisinde düzenlenmesi gerekir.

Çünkü suç ve cezaların yasallığı ilkesi gereğince yasaca düzen-
lenmeyen herhangi bir cezai yaptırımın uygulanması (adı güvenlik
tedbiri konya bile) mümkün değildir.

Eğer "*izin iptali*" kavramı ile şirket veya kooperatifin tasfiyesi
amaçlanmıyorsa, burada daha da büyük hukuki karmaşa ortaya çı-
kacaktır. Çünkü bu kararın hukuki sonuçları ne olacaktır? Sorusunun
yanıtı hiçbir zaman bulunamayacaktır.

Sonuç olarak; "*izin iptali*" kavramı amaçlanarı açıklamaktan uzak-
tır. Eğer suçtan fayda elde eden ve suça ortak olan şirketin tasfiyesi
amaçlanıyorsa, bunun açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Aslında
TTK 274/2 maddesi uyarınca bu hukuki düzenlemeye ihtiyaçta yok-
tur. "*kamu düzenine aykırı işlemlerde bulunan ve suçtan fayda elde eden
şirketler hakkında*" bakanlığın doğrudan tasfiye davası açması müm-
kündür. Bunun ayrıca ceza yasasına düzenlenmesine hukuki ihtiyaçta
bulunmaktadır. Ceza mahkemesinin suçtan fayda elde eden suça karı-
şan şirketin tasfiyesine yönelik dava açılması için gerekçeli kararın bir
örneğini bakanlığa göndermesi yeterli olacaktır.

Hukuki belirsizliğe rağmen, getirilen düzenleme ilk tasarıya göre
"*tüzel kişilerin ceza sorumluluğu*" daha olumlu bir çizgidedir.

"*Güvenlik tedbiri*" kavramının kullanılması da hukuki açıdan tar-
tışma gerektirecektir.

"*Güvenlik tedbirleri*" nin batı kanunlarına göre temel amacı suçlu-
nun iyileşmesini sağlamak, suçluyu dışarıda yargısal kontrol altında
tutmak ve sosyal savunmayı güvence altına almak olarak sıralanmış-
tır.⁹

⁹ TCK 12.5.2003 tarihli Tasarı gerekçesi

Bu nedenle güvenlik tedbirinin temel muhatabı suçludur, amacında suçluyu topluma kazandırmanın araçlarını yaratmak, suçlunun tekrar suç işlemesini önlemektir.

Tüzel kişiliğin hukuki varlığını sona erdirecek bir hukuki süreci, güvenlik tedbiri kavramı ile açıklamak hukuki açıdan doğru gözükmemektedir.

Bu doğrudan doğruya cezai sorumluluk halidir. Başka bir kavramla açıklamak mümkün değildir.

Kaldı ki, tasarıнын ilk halinde ancak “*en fazla 5 yıl süre ile tüzel kişinin faaliyetinin durdurulması veya denetim altına alınması*” öngörülmüşken, 61. maddede getirilen yeni düzenleme ile tüzel kişiliğin hukuki varlığı tümünden sona erdirilmektedir. Diğer bir anlamda, güvenlik tedbiri olarak getirilen yaptırım ceza yaptırımından daha ağır hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

Sonuç olarak; getirilen düzenleme tüm unsurları ile tüzel kişilere getirilen bir ceza sorumluluk halidir. 61. madde bu haliyle kalacaksa, madde başlığının tüzel kişilerin ceza sorumluluğu olarak düzenlenmesi, tartışmanın da bu zeminde yapılması hukuki açıdan daha doğru olacaktır.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN TASARI

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (m. 218)

İfade özgürlüğü açısından komisyon tarafından sunulan yeni tasarıнын büyük yenilikler getirdiğini söylemek güç gözükmektedir. Özellikle bu güne kadar çok tartışılan ve tehlike suçu olarak tanımlanan 312¹⁰ ve 159¹¹ karşılığı olarak getirilen düzenlemeler 2001/Anayasa

¹⁰ Madde 218: 1. Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kamunun güvenliği için tehlikeli tarzda kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3. Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu

değişiklikleri ve AİHM kararları göz önüne alınarak, yeni bir anlayışla yazılmamıştır.

Özellikle 312. m. AB sürecinin başlaması ile birlikte, uygulamada en çok tartışılan hükümlerden biri olmuştur. 312. madde 6.2.2002 tarihinde yürürlüğe giren 5744 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramış, 2. fıkraya "halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde" ibaresi eklenerek, özel bir tehlike koşulu getirilmiştir. 218. maddede getirilen hüküm bu düzenlemeye koşut bir şekilde kalem alınmıştır.

312. madde uygulamasında bu güne kadar, resmi politikalara karşı her türlü muhalif duruşun, bu madde kapsamında değerlendirildiğini görmekteyiz.

Gerekçede, örnek olarak verilen Avusturya Ceza Kanunu'nun 283. maddesindeki "kilise veya din gruplarını veya ırka veya halk grubuna karşı kamu düzenini alenen düşmanca bir eyleme girişilmesi çağrısı", ile Alman Ceza Kanunu'nun 130. maddesindeki "toplumsal barışı bozmaya elverişli şekilde, 1- halk gruplarını birbirinden nefret etmeye veya halk grupları aleyhine cebir ve şiddet uygulamasına veya keyfi uygulamalar yapılmasına tahrik etmek", fiillerinin cezai sorumluluk altına almak kastı ile 312/2 ve 218'in aynı amaca yönelik olduğunu iddia etmek, hukuki açıdan mümkün değildir.

Batı Ceza Kanunları'ndaki bu düzenlemelerin temel amacı, bir ırka veya dini azınlıklara karşı yönelebilecek her türden şiddete dayalı örgütlenmelerin önünü kesmektir.

Ceza hukuku açısından, bizdeki gibi muğlak ve soyut değil "yoğunlaşmış bir kast" aranmaktadır. Aranan bu özel kastın unsurları da "şiddete teşvik" ve "bir ırkı veya grubu aşağılamaktır".

barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹¹ Madde 306: 1. Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ni, devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3. Türklüğü aşağılayanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

4. Aşağılamak kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez.

Gerek 312/2 gerekse de 294/2 deki getirilen düzenlemenin, aynı hukuki yararı korumak amaçlı olduğu söylenmekte ise de, suçun vasfı ve niteliği tümden farklıdır. Zaten uygulamada da bu farklılık açıkça ortaya çıkmıştır.

312/2'de getirilen yasaklamaların özü, hukuktaki "ırkçılığı ve ayırıcılığı" önleme kastına değil, Anayasa'nın Kasım/2001 değişikliğinden önceki 14. maddesindeki "özgürlükler sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerindeki egemenliğini sağlamak, veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz" hükmünün ceza hukukuyla yaptırım altına alınması kastına dayanmaktadır.

Bu anlamda, 4709 sayılı Yasa'yla Anayasa'da 2001'de yapılan değişikliklerden sonra değişiklik öncesi 14. maddedeki "dil, ırk, din ve mezhep ayrımı" yasağını somutlaştıran 312/2'nin yeni düzenlenen 13. maddedeki kriterlere göre yani "demokratik toplum düzeni gereklerine göre" ölçülük ilkesi temel alınarak, yeniden demokratik ve özgürlükçü bir yapıya kavuşturulması gerektiği hukukçular arasında yaygın bir görüştür.

Diğer taraftan, Türkiye AB giriş süreci içinde kendi iç hukukunu birlik hukukuna uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir. Avrupa Birliği'ndeki temel hakları korumada, bir yandan üye devletlerin anayasa standartları, diğer yandan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve AB standartlarına uygun hale getirmek, zorunda olduğunu tespit etmek gerekir. Türkiye'nin kendine özgü koşulları olsa bile (bu özel koşulların düşünce ve ifade özgürlüğü önündeki engelleri meşru kılması mümkün değildir) bu özel koşulların, çağdaş dünyanın insan hakları alanında getirdiği standartlar ışığında, (temel hak ve özgürlükleri, kamusal otorite lehine sınırlayıcı biçimde değil) demokratik toplum kriterleri ölçüt alınarak yorumlanması gerekir.

TCK 14.1 ve 142. maddelerin yürürlükten kaldırılmasından 12 yıl sonra "sosyal sınıf" kavramının bile metinde yer alması, (bırakalım AB sürecini ve Kasım/2001 değişikliklerini) 1991 yılında yapılan değişikliklerin hukuken hiçbir anlamının olmadığını göstermektedir.

159. maddenin karşılığı olan 306. maddedeki düzenlemede de, aynı anlayış değişmemiştir. Yalnızca, Tasarı'nın ilk şeklinde de (429. m.) mevcut olan manevi şahsiyet ve tahkir ve tezyif kavramları kaldırılmış, yerine aşağılama kavramı getirilmiştir.

Metinde geçen kavramları hukuk tekniği açısından yorumladığımızda, öncelikle *"aşağılama"* kavramının hukuki açıdan tartışılmasının gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü bu kavram tasarının diğer maddelerinde yer almamaktadır. Tasarı'da bu amaca yönelik olarak kullanılan kavram *"hakaret"* tir. Tasarı'nın 127, 131 ve 132. maddelerinin bütününde bu kavram tercih edilmiştir. Günlük kullanımda *"aşağılama"* yı, her türlü küçük düşürücü söz ve davranış olarak tanımlamak mümkündür. Başka bir ifade ile *"hakaret"* gibi doğrudan doğruya kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmayan, kişiyi küçük düşürücü her türden tutum ve davranışın *"aşağılama"* kavramı içerisinde düşünmek doğru olacaktır. *"manevi şahsiyet"* kavramının kaldırılmış olması da, hukuki bir iyileştirme getirmemektedir. Çünkü bu kavramın hukuki bir karşılığı bulunmamaktadır.

"Aşağılama kastı olmaksızın eleştiri maksadıyla düşünce açıklamak ceza-yı gerektirmez" hükmünü korumasındaki hukuk maksadı da mümkün değildir.

"Kast" kavramı bir suçun neticelerini bildirmek ve öngörebilmek olarak tanımlanmaktadır. Eğer suçun manevi unsuru olan kast olmazsa zaten suç oluşmayacaktır.

4771 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 159. maddeye de yapılan bu eklemenin aynen korunarak, yeni düzenlenmeye alınması tümünden gereksizdir ve hukuki sonuç doğurması da beklenemez.

"Aşağılama kavramı" küçük düşürmesi nedeniyle, tahkir ve tezyife göre devlet organlarını daha üst perdeden koruma sağlamaktadır. Bu nedenle hukuki sonuçlarının daha ağır olması da kaçınılmaz olacaktır.

Metin bu şekliyle AİHS 10. maddesinde açık bir aykırılık taşıyacaktır.

AİHM ifade özgürlüğü ile ilgili verdiği kararda temel ilkeleri hatırlatmakta ve *"ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturup, toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişmesi için temel koşullardan biridir. İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan haber ve düşünceler için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin olup, bunlar olmaksızın 'demokratik toplum' olamaz."*

İfade özgürlüğünü sınırlamak amacıyla kullanılması mümkün gerekçeler 10. madde ile sınırlıdır. Ancak bu istisnalar dar yorumlanmalıdır” demektedir.¹²

“Aşağılama” kavramı soyuttur. “Ağır eleştiri” ile arasındaki çizgi net anlaşılır değildir. Düzenleme, birey ile devlet arasındaki eşitsiz ilişkide, özgürlükçü bir anlayış değil, devlet otoriter bir çizgiyi yansıtmaktadır.

Eğer ceza yasasına özgürlükçü bir anlayışın hakim kılınması isteniyorsa, 306. m. bütünüyle metinden çıkartılmalıdır.

TEMEL MİLLİ YARARLARA KARŞI HAREKET¹³

İfade özgürlüğü açısından, ilk tasarının en çok tartışılan düzenlemelerinden biri, “temel milli yararlar karşı hareket” fiilinin düzenlediği 359. maddesi olmuştur.

359. maddede getirilen düzenleme ile son şekli olan 310. madde arasında temel farklılık, birincisinde “her türlü çıkar temini yoluyla temel milli yararlar lehinde eylem” suçun maddi unsuru iken ikincisinde yürürlükteki yasanın 127/5 maddesine benzer şekilde “temel milli yararlar karşı eylemlerde bulunmak maksadıyla yabancı kişi ve kuruluşlardan doğrudan veya dolaylı olarak yardım almak” suçun maddi unsuru haline dönüşmüştür.

¹² AİHM Handyside-İngiltere davası, AİHM İncal-Türkiye davası

¹³ Temel milli yararlar karşı hareket. Madde 310: 1. Temel milli yararlar karşı eylemlerde bulunmak maksadıyla, yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için yarar sağlayan veya bu yönde vaat kabul eden vatandaşa, üç yıldan on yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir. Yarar sağlayan veya vaat eden kişi hakkında da aynı ceza uygulanır. 2. Fiilin savaş sırasında işlenmiş ya da yararın basın ve yayın yoluyla propaganda yapmak için verilmiş veya vaat edilmiş olası halinde, verilecek ceza yarı oranda artırılır. 3. Suç savaş hali dışında işlendiği takdirde, bu nedenle kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. 4. Temel milli yararlar deyiminden;bağımsızlık, toprak bütünlüğü, milli güvenlik, Cumhuriyet’in Anayasa’da belirtilen temel nitelikleri, diplomasi ve savunma araçları, Türkiye’de ve yabancı ülkelerde yaşayan vatandaşları esenliği, milletin içinde bulunduğu doğal çevre, ekonomik ve bilimsel olanaklarının temel unsurları ve kültür varlığı anlaşılır.

Diğer bir değişiklikte, yarar sağlayan veya vaat eden kişiye de ceza sorumluluğu getirilmesidir.

Yine 27/5 den farklı olarak nelerin “*temel milli yarar*” sayılacağı sıralanmıştır.

Bunlar; bağımsızlık toprak bütünlüğü milli güvenlik, Cumhuriyet’in Anayasa’da belirtilen temel nitelikleri, diploması ve savunma araçları, Türkiye’de ve yabancı ülkelerde yaşayan vatandaşların esenliği, milletin içinde bulunduğu doğal çevre, ekonomik ve bilimsel olanaklarının temel unsurları ve kültürel varlığı’dır.

Suçun maddi unsurunda getirilen bu farklılık, her ne kadar, ifade aynı olsa da, suçun niteliğini ve kültürü tümünden değiştirmektedir. Tasarıyla sunulan ekte; bu suç 127/4 madde karşılığı olarak gösterilmiş ve ilk bakışta kapsam biraz genişletilmiş gibi gözükse de, bu suçun ceza hukuku açısından 127/4’ün tam karşılığı olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

Çünkü, 127. maddeye bütün olarak bakıldığında savaşa tahrik eylemini cezalandırmaktadır. 127/4’deki “*milli menfaatlere aykırı hareket*” kavramını “*savaşa tahrik*” suçunun bir türü olarak değerlendirmek gerekirken, suçun maddi unsurunu genişleterek, bütünden kopartılması bu maddeyi 127/4 gibi bakmamızı engelleyecektir.

Ceza hukukunun temel ilkeleri açısından irdelendiğinde, düzenlemede tümünden hukuki bir garebetin hakim olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki; ceza yasalarında bir eylem yaptırım altına alınıyorsa, kamu düzeni açısından “*korunması gereken bir hukuki yararın varlığı*” temel esastır. Getirilmek istenen düzenlemede de madde başlığından anlaşılacağı gibi korunan hukuki “*temel milli çıkarımız*”dır. Hatta bu çıkarlarımızın neler olduğu açık bir şekilde belirtilmeye çalışılmıştır.

Oysa, başlığın tersine metinde getirilen düzenlemede “*temel milli yararlar*”a karşı *hareket eylemi*” cezalandırılmamaktadır. Yalnızca bu maksatla “*çıkar elde etme*” eylemi cezalandırılmaktadır.

Burada söylenecek ilk söz madde başlığı ile metin arasında garip bir çelişki olduğudur.

Daha açık bir tabirle, kamu düzeni açısından korunması gereken hukuki yarar "*temel milli çıkar*" ise bunun her koşulda korunması gerekmez mi ve suçun manevi unsuru "*temel milli yararın ihlali*" kastı ise doğrudan veya dolaylı olarak çıkar karşılığı işleme koşulu aranmasındaki, hukuki amaç nedir? Bu sorunun yanıtı çok önemlidir. Herhangi bir çıkara dayanmaksızın "*temel milli yarar*" aleyhine eylemde bulunan bir şahıs neden cezai sorumluluk altına alınmamıştır? Diğer bir anlamıyla; bir suçun oluşması için asli manevi failin (çıkara vaat eden) olmasını şart koşturmak, suç ve ceza teorisi ile bağdaşacak mıdır.

Bu sorunların yanıtını ceza hukuku açısından bilimsel bir temele oturtmak mümkün olmadığı gibi, mantık kurallarıyla da uzlaştırmak mümkün değildir. Öncelikle bu düzenleme hukuki açıdan gerekliliğinde ötesinde, suçun maddi unsuru olarak getirilen ölçüt akıl kurallarını zorlamaktadır. Bu tespitin yapılması gerekir.

Aslında suçun "*maddi unsurunda*" getirilen ölçüt, birazda Tasarı'yı hazırlayanların utangaçlığını yansıtmaktadır. Metinden ve gerekçeden anlaşıldığı kadarıyla, Tasarı'yı hazırlayanlardaki arzu, resmi politikalara karşı söz ve eylemde bulunanların cezalandırılmasıdır. Fakat "*çıkara*" unsurunun kaldırılması halinde, yükselen tepkileri göğüslemek mümkün olmayacaktır.

Çünkü böyle bir düzenleme doğrudan doğruya fikir ve düşünce özgürlüğüne açık bir müdahale olacaktır. Fakat oluşabilecek tepkileri yumuşatmak amacıyla, "*suçun maddi unsurunda*" getirilen bu ölçüt bu sefer ceza hukukunun temel ilkelerini alt üst etmiştir.

Diğer taraftan tartışılması gereken diğer bir nokta; teke tek sayılan "*temel milli yarar*" olarak kabul edilen kavramlardır. Son fıkradaki bu yararlıardan "*Cumhuriyet'in Anayasa'da belirtilen temel nitelikleri*" kavramını bir ölçüde anlamak mümkündür. Çünkü Anayasa'nın 14. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin sınırını bu kavram çizmektedir. Bu kavramın korunması için 359. madde benzeri bir düzenlemeye hukuksal bir gereksinme var mıdır? Bu da şimdilik tartışma dışıdır. Fakat, "*Diploması ve savunma araçları, türkiye'de ve yabancı ülkelerde yaşayan vatandaşların esenliği, milletin içinde bulunduğu doğal çevre, ekonomik ve bilimsel olanaklarının temel unsurları (ne demekse) ve kültürel varlık*" kavramlarından ne anlaşılacaktır.

Örneğin; Diploması ve savunma araçları kavramı neyi ifade etmektedir. Gerekçede belirtildiğine göre, bu kavramdan Türkiye'nin

uluslar arası alanda ileri sürdüğü tezleri anlamamız istenmektedir.

Ceza kanununu bilmemek mazaret sayılmaz 2. madde düzenlemesidir. Bu durumda bu ilkenin değiştirilerek "*kanunu ve türkiye'nin dış politika tezlerini bilmemek mazaret sayılmaz*" ilkesinin bir hukuk kurallı haline getirilmesi ihtiyacı doğacaktır. Tabi ki bu yeterli olmayacaktır. Tüm yurttaşların dış politika tezlerimiz konusunda ciddi bir eğitim alması gerekecektir.

Üstelik gerekçede örnek olarak verilen "*Kıbrıs*" konusunda saptanmış milli bir dış politika tezimizin olmadığı, BM Sekreteri Annan tarafından hazırlanan Kıbrıs planını müzakere sürecinde ortaya çıkmıştır.

Bu güne kadarki ileri sürülen tezler bir gün içerisinde değiştirilmiş, BM Sekreteri Annan'ın hazırladığı plan birden ulusal çıkarlarımızı temsil eder bir hale gelmiştir. Üstelik bu planın Rum tarafınca reddi ile birlikte, Kıbrıs konusunda devlet politikasının ne olacağı tümünden belirsiz bir hale gelmiştir. Burada şu soru akla gelmektedir. Gelinen süreçte yurttaşlara "*Kıbrıs konusunda hangi milli politikamıza aykırı davranmama*" yükümlülüğü getirilmiştir. Metin bu haliyle yasalaştığı taktirde, bu sorunun yanıtının yeni yazılacak gerekçede yer verilmesi gerekir.

Diploması ve savunma araçları kavramını güçte olsa, yukarıdaki şekilde temellendirmek mümkündür. Fakat "*ekonomik ve bilimsel olanakların temel unsurları*" kavramını yurttaşlara anlatmak, çabaların ötesinde bir durumdur. Çünkü gerekçede bu kavramın ne anlam geldiği belirtilmediği için, toplumun diğer kesimleri bir tarafa, ekonomi ve bilimle ilgili çevrelerinde bu kavramın anlamını yorumlamakta oldukça zorlanacağını düşünmekteyiz. Bu kavramı yorumlamak için hayal gücü de yetersiz kalmaktadır.

Türkiye ve yabancı ülkelerde yaşayan vatandaşların esenliği, milletin içinde bulunduğu doğal çevre ve kültürel varlık gibi kavramlar, yukarıdaki kavram kadar derin anlam içermemesi nedeniyle, bu kavramları anlamak nispeten daha kolaydır. Gerekçede zaten, bu kavramları anlamamızda oldukça yardımcı olmaktadır. Söz gelimi doğal çevreyi zarar verici hareketler gezinmek, ormanı yakmak üzere yarar sağlayan kişi fiili daha ağır suç oluşturmuyorsa, bu addeya göre cezalandırılacaktır, denmektedir.

Fakat buradaki hukuki gariplik ormanı yakmak üzere yarar sağlayan kişi fiili daha ağır suç oluşturmuyorsa, bu maddeye göre cezalandırılır, ifadesindedir. kasten orman yakma suçunun ağır cezayı gerektiren bir suç olduğunun, gerekçeyi hazırlayanlar tarafından fark edilmediğini söylemek, belli daha doğrudur.

Temel milli yarar olarak ifade edilen *"vatandaşların esenliği"* kültürel varlık kavramları konusunda da yukarıda açıklamalara benzer şeyler söylemek mümkündür.

Sonuç olarak; 359. maddenin hem gerekçesinde (gerekçe aynı kaldığı takdirde) hem metninde hukukun değil, aklın ve mantığın kuralınının da oldukça zorlandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Burada tartışılması gereken, düzenlemedeki tüm hukuki gariplikler bir tarafa, hukuk devleti kavramıdır. Anayasa'nın başlangıç ilkelerinde belirtilen Cumhuriyet'in temel ilkeleri dışında, son fıkrada belirtilen diğer tüm kavramlar hükümet ve siyasi alanın konusuna giren kavramlardır. Şiddeti övmemek, örgütlememek ve ırkçılık dışında, her türlü fikir ve düşüncenin kendisini rahatça ifade edebildiği bir toplum düzeyini yaratmak hukuk devletinin temel hedefidir. Çağdaş Hukuk Devleti'nde, ne kadar aykırıda olsa, ne kadar toplumun diğer kesimleri tarafından yadırgansa da, bireyin şiddet, ırkçılık ve suça teşvik dışında her türlü fikir ve düşüncesini serbestçe ifade edebilmesi önündeki her türlü hukuki ve fiili engel ortadan kaldırılır. Buna devletin temel nitelikleri hakkındaki fikir ve düşünceleri de dahildir. Çünkü hukuk devletinde kutsallıklara yer yoktur. Oysa; getirilmek istenen düzenleme, bununda ötesinde hükümet politikalarının tartışılmasını engellemektedir.

Bu anlayışın arkasında, toplumun bir örgütlenme biçimi olan devletin kutsallığı ve dokunulmazlığını savunan otoriter bir çizgi yatmaktadır. Otoriter bir devlette, kutsallıkların üstü kazandığında, ilk göze çarpan, iktidar gücünü elinde bulunduranların kirli çamaşırları olacaktır. Bu yüzden *"açıklık"* otoriter bir devlet modelinde, iktidar sahiplerin en büyük korkusudur.

Diğer yandan getirilen düzenleme, AB'ye uyum sürecinde, insan hakları alanında, çağdaş standartları yakalamak amacıyla, Anayasa'da yapılan Kasım/2001 değişikliğinden sonra yeniden düzenlenen 13. maddeye de açık bir aykırılık teşkil etmektedir.

13. maddeye göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeblere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Getirilmesi istenen düzenleme, Anayasa'nın özüne ve sözüne aykırı olduğu gibi, AİHS 10. maddenin kaba bir ihlalden başka hiçbir şey değildir. Suç ve cezanın yasallığı ilkesine de terstir.

AİHM 10. maddeyi sözleşmenin temeli olarak görmektedir.¹⁴ Erdoğan/İnce-Türkiye kararında belirtildiği gibi ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca bu, kabul gören veya zararsız veya kayıtsız içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. 10. maddede belirtilen şekliyle bu özgürlük, harfiyen uygulanması gereken istisnalara tabidir ve her türlü

¹⁴ AİHM (25067/94 ve 25068/94) Erdoğan ve İnce-Türkiye kararı

YEDİNCİ BÖLÜM

Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk

Devletin Güvenliğine İlişkin Belgeler

Madde 331: 1. Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge veya vesikalari kısmen veya tamamen yok eden, tahrip eden veya bunlar üzerinde sahtecilik yapan veya geçici de olsa, bunları tahsis oldukları yerden başka bir yerde kullanan, hileyle alan veya çalan kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Yukarıdaki yazılı fiiller, savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuş ise müebbet hapis cezası verilir.

Devletin Güvenliğine İlişkin Bilgileri Temin Etme

Madde 332: 1. Devletin iç güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

sınırlamaya ilişkin ihtiyacında inandırıcı bir şekilde tespit edilmesi gereklidir.

Sonuç olarak; ceza hukukunun temel ilkelerine, hoşgörü, açıklık ve çoğulcuğa dayalı demokratik toplumun temeli olan ifade hürriyetine açıkça aykırı olan bu düzenlemeye, insan haklarına dayalı bir hukuk devleti özlemi duyan herkesin karşı çıkması gerektiğine inanıyoruz.

DEVLET SIRLARINA İLİŞKİN SUÇLAR

Devlet sırlarına ilişkin suçların düzenlendiği 7. Bölüm'de, ilk Tasarı'nun 386. ila 398. maddelerinde düzenlenen suç tipleri aynen almıştır.

Burada iki türlü gizlilik ile karşılaşmaktayız. Birincisinin basitçe "*devlet güvenliği açısından gizlilik*" ikincisini ise "*yetkili makamların idari tasarruflarıyla doğan gizlilik*" olarak tanımlamak mümkündür.

Birincisinin daha ağır cezai yaptırım altına alınması nedeniyle, birinci tanımın "*devletin selameti*" açısından daha önemli bilgileri, ikinci tanımın ise "*devletin selameti*" açısından daha "*önemsiz*" veya "*2. derecede önemli*" bilgileri kapsadığının tespitinin yapılması doğru olacaktır.

2. Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa, faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise birinci fıkrada yazılı olan halde, faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hallerden birinin varlığı halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Bilgileri Açıklama

Madde 334: 1. Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye koymuşsa, faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise birinci fıkrada yazılı olduğu halde,

Kanun yapma tekniği açısından, 14. maddenin anlam bütünlüğü bozulmadan 2. veya 3. maddeye indirilmesi mümkünken, birbirini tekrar eden 14. madde halinde ifade edilmesi, belki de "önemli bir kavramın" birkaç maddeye sıkıştırılması halinde, bu kavramın "önemimi zayıflatıcı" bir etki yaratmasından duyulan endişe ve kaygının neden olduğunu söylemekte yanlış olmayacaktır.

Burada sorgulanması ve çözümlenmesi gereken "devlet sırrı" kavramı ile bu kavramın "hukuk devleti" ve "saydamlık" kavramları ile olan ilişkisidir.

"Devletin güvenliği bakımından gizli kalması gereken bilgiler" kavramının başladığı yerde, yürütme ve yargı iç içe geçmeye başlamıştır. Burada artık yargı bağımsızlığından ve ceza adaletinden bahsedilemez. Bu düzenleme ile yürütmenin kararıyla, ceza tayininin önü açılmaktadır. Bu anlayışın arkasında; hukukun üstünlüğü, akılcılık, hoşgörü, adalet duygusu, özgürlük gibi kavramlar değil, otoriter bir ceza hukuku anlayışı yatmaktadır.

Kaldı ki; 339 ve devamında bunun da ötesine geçilerek, bir kamu görevlisi, "Suça konu fiili tayin etmek yetkisi" ile donatılmaktadır. Çünkü, bu maddelerde getirilen düzenlemelerde artık "devletin güvenliği" kavramının

faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hallerden birinin varlığı halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Madde 335: 1. Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla açıl原因 kimseye müebbet hapis cezası verilir.

2. Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise, faile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.

Devlet Sırlarından Yararlanma, Devlet Hizmetlerinde Sadakatsizlik

Madde 338: 1. Görevi dolayısıyla öğrendiği ve Devletin güvenliğinin gizli kalmasını gerektirdiği fenni keşif veya yeni buluşları veya sınai yenilikleri kendisinin veya başkasının yararına kullanan veya kullanılmasını sağlayan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis ve üç bin

da yeri yoktur.

Artık yetkili bir devlet memuru, hiçbir kıstasa ve hukuki ölçüte ihtiyaç duymaksızın (Çünkü artık devletin güvenliği gibi soyut bir kavrama dahi ihtiyaç bulunmamaktadır) hangi fiilin suç hangi fiilin suç oluşturmayacağına karar verir hale gelecektir.

Çağımızda hukukun ötesinde ve dışında devletin kendisine bir yaşam alanı yaratabileceğine, "devletin mutad faaliyetleri", "mutad olmayan faaliyetleri" şeklinde iki farklı hukuk dünyasının olabileceğine inanıyorsak düzenlemeleri hoşgörüle karşılamamız mümkündür.

Fakat bir hukuk devletinde "saydamlığın" esas olduğunu, hukukun ötesinde ve dışında bir yaşam alanı olamayacağını, yurttaşlarından korkan, akıldan ve bilimden türken, sürekli olarak kendisini koruma içgüdüğü ile hareket eden bir devletin, hukuk devleti vasfını kazanamayacağına inanıyorsak, bu düzenlemeyi olağan karşılamamız mümkün değildir.

Tasarı'nın ilk halinde sunulan gerekçelerde, ortada hukuki bir felaketin olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Çünkü, ilk gerekçede "hakim bu hususta

güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

2. Fiil, Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin yararına işlenir veya askeri hareketlerini tehlikeye sokacak olursa, faile müebbet hapis cezası verilir.

3. Türkiye Devleti tarafından yabancı bir memlekette Devlete ait belirli bir işi görmeye memur edilen kimse, bu görevi sadakatle yerine getirmediği ve bu fiilden dolayı zarar meydana gelebildiği takdirde faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

4. Bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da, bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Yasaklanan Bilgileri Temin

Madde 339: 1. Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan

gereklî bütün incelemeleri yaparak 'sır' vasfında bir bilginin olup olmadığının inceleyecek" demek suretiyle "top yargıca atılmıştır".

Gerekçedeki "hukukî ilginçlikler" bununla da sınırlı değildir. Gerekçenin devamında ve yargıca "perspektif" sunmak maksadıyla "bu hususta bakanlar kurulunca gösterilecek gerekçeyide inceleyebilecektir. fakat bununla bağlı değildir" denmiştir.

Burada işaret edilen, Başbakanlık ve Bakanlıklar değil, doğrudan doğruya bakanlar kuruludur. Bu güne kadar ülkemizde bakanlar kurulunun doğrudan doğruya bir konunun "devlet sırrı" olduğuna ilişkin, bir karar verdiği görülmediği gibi ve buna ilişkin bir yasal dayanakta yoktur. Hele bir yargı organının bakanlar kurulundan görüş istemesi de görülmuş bir şey değildir. Çünkü böyle bir durum, yürütme organının yargıya müdahalesi anlamına taşıyacaktır.

Bu gerekçelerle, yürütme ve yargı iç içe geçmeye başlamıştır. Artık yargı bağımsızlığından ve ceza adaletinden bahsetmenin hukukî bir anlamı yoktur.

**4892 SAYILI YASA
HÜKÜMLERİNE GÖRE
DEVLET SIRRI:**

üç yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Fiil, Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeyle karşı karşıya bırakmış ise faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

Yasaklanan Bilgileri Açıklama

Madde 341: 1. Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Fiil, savaş zamanında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askeri hareketlerini tehlikeye sokmuş ise faile on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir.

3. Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı olan halde faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı halde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Devlet Güvenliği İle İli-

9.10.2003 tarihinde yayınlanan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu 16. maddede hangi bilgi ve belgelerin devlet sırrı niteliği taşıyabileceği düzenlenmektedir.

16. madde devlet sırrı olan gizlilik dereceli belgeyi tanımlarken "açıklanması halinde devletin emniyeti, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verebilecek gizlilik dereceli bilgi ve belge" demektir.

"Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler" kavramı ile 16. maddede getirilen nelerin devlet sırrı sayılabileceğini düzenleyen hüküm birbiri açık bir çelişki içerisindedir.

Bu yasanın yürürlüğe girmesi ile birlikte artık "yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre yasakladığı belge" tanımının artık hiçbir hukuki anlamı yoktur. Zira, yetkili makamların 4892 sayılı Yasa'nın açıkça tanımladığı istisnalar dışında bilgiyi yurttaştan saklamak yetkisi yoktur.

Sonuç Olarak; Bilgi Edinme ve Bilgiye Ulaşma Hakkı, demokratik hukuk devletinde yurttaşın, kamusal gücü kullananların yetkilerini hukuk içerisinde kullanıp kullanmadığının denetleyebilmesi için kullanılabileceği en önemli silahıdır. Bu hakkını kullandıkça

gili Bilgileri Elinde Bulundurma

Madde 344: 1. Devletin güvenliği iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri veya yetkili makamların açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken hususları elde etmeye yarayan ve elde bulundurulması için kabul edilebilir bir neden gösterilemeyen belgelerle veya bu nitelikteki herhangi bir şeyle yakalanan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

2. Fiil, savaş zamanında işlenirse faile üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Bilgi Edinme Hakkı'nın Sınırları

Yargı Denetimi Dışında Kalan İşlemler

Madde 15: Yargı denetimi dışında kalan idari işlemlerden kişinin çalışma hayatını ve mesleki onurunu etkileyecek nitelikte olanlar, bu Kanun kapsamına dahildir.

yurttaşın soyut ve muğlak gerekçelerle engellenmesi ve ceza tehdidi altına sokulması, devlet yönetiminde demokratik ve çoğulcu bir anlayışın değil, otoriter baskıcı, kutsal devlet anlayışının egemen olduğunu gösterir.

Getirilmek istenen düzenleme bu anlamda, çağdaş özgürlükçü bir ceza kanunu anlayışı ile uyumlu değildir. Yurttaşının bilgi almasından türken, sürekli olarak kendisini koruma iç güdüsü ile hareket eden bir devlet sisteminin çağımızda geleceği yoktur.

Tasarı'nın "devlet sırlarına karşı suçların" düzenlendiği 7. bölümü çağdaş ceza hukuku normlarına göre yeniden yazılmalıdır.

HAK KULLANIMI VE BESLENMEYİ ENGELLEME (MD-303)

"Hak Kullanımı ve Beslenmeyi Engelleme" başlığı altında getirilen düzenleme, 57. Hükümet döneminde hazırlanıp ve 26.9.2001 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan Türk Ceza Kanunu ile Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'da değişiklik yapılmasına dair 10.2.2003 tarih ve 4806 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile TCK 307. a

Bu şekilde sağlanan bilgi edinme hakkı işlemin yargı denetimine açılması sonucunu doğurmaz.

Devlet Sırrına İlişkin Bilgi ve Belgeler

Madde 16: Açıklanması halinde devletin emniyetine, dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

Ülkenin Ekonomik Çıkarlarına İlişkin Bilgi Veya Belgeler

Madde 17: Açıklanması ya da zamanından önce açıklanması halinde, ülkenin ekonomik çıkarlarına zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır.

İstihbarata İlişkin Bilgi Veya Belgeler

Madde 18: Sivil ve askeri istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, bu Kanun

ve b bentlerinde getirilen düzenlemenin ayrıdır.

"Hükümlü veya tutukluların hberleşmelerini, ziyaretçilerle görüşmelerini, cezaevlerindeki iyileşme ve eğitim programlarına katılmalarını, muayene ve tedavi edilmelerini, müdafî veya avukat tayin etmelerini, bunlarla görüşmelerini, mahkemelere ve C. Savcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını engelleyenler ile hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik edenler, bu yolda talimat verenler, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı her türlü görüşme ve temas olanaklarını engelleyenler ile hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenlerin" filleri cezai yaptırıma bağlanmaktadır.

2003 değişikliği ise birlikte, hukukumuzda daha önce bulunmayan bir suç tipi getirilmiştir. Bilindiği gibi bu değişiklik, 2001 yılında bir kısım tutuklu ve hükümlülerin, 3713 sayılı Yasa'nun 16. maddesi uyarınca inşa edilen "F" tipi cezaevlerine sevk süreci ile başlayan ve daha sonrada devam eden açlık grevlerine tepki amacıyla getirilen bir düzenlemedir.

Düzenlemeye konu tüm fiiller çağdaş suç ve ceza politikasına göre, ceza kanunu konusu olabilecek nitelikte değildir. Bunlardan büyük bir kısmı belki

kapsamı dışındadır.

Ancak bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı içindedir.

İdari Soruşturmaya İlişkin Bilgi Veya Belgeler

Madde 19: Kurum ve kuruluşların yetkili birimlerinden yürütülen idari soruşturmalarla ilgili olup, açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde; a. Kişilerin özel hayatına açıkça haksız müdahale sonucunu doğuracak, ...

Adli Soruşturma ve Kovuşturmaya İlişkin Bilgi Veya Belgeler

Madde 20: Açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde;

a. Suç işlemesine yol açacak, ... Nitelikteki bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır.

cezaevi disiplin kurallarının ihlali olarak nitelenebilecek fiillerdir. Diğerlerinin ise disiplin suçu olarak düzenlenmesi bile hukuki tartışma gerektirecektir. Sınırları belli olmayan, içeriği belirsiz, her türlü yoruma açık bir suç türü yaratılmıştır.

Diğer taraftan, ceza hukuku açısından gerekli olan maddi ve manevi unsur tanımlanmamıştır. Engellemek, teşvik etmek ve talimat vermek olarak verilen suçun maddi unsuru tümünden yoruma açıktır. Neyin "engelleme, teşvik, ikna veya talimat" olarak niteleneceği belli değildir.

Çünkü, engelleme, ikna veya talimat gibi kavramlar ceza kanunu genel sistematiği içerisinde tam karşılığı olmayan fakat "Manevi İştirak" hükümlerine ait olan kavramlardır.

Ceza hukukunda ancak konusu "suç" teşkil eden bir eyleme "teşvik, talimat" ceza yaptırımı altına alınır.

"Açlık grevi" bir suç tipi olarak tanımlanmadığına göre, konusu suç olmayan bir fiile de teşvik, talimat veya azmettirme olamaz.

Yaratılan bu torba maddenin kapsamına idarenin yasaya aykırı taleplerini yerine getirmeyebileceğini müvekkiline hatırlatan

Özel Hayatın Gizliliği

Madde 21: Kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, ... bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır...

Haberleşmenin Gizliliği

Madde 22: Haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır.

Ticari Sır

Madde 23: Kanunlarda ticari sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticari ve mali bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır.

Fikir ve Sanat Eserleri

Madde 24: Fikir ve sanat eserlerine ilişkin olarak yapılacak bilgi edinme başvuruları hakkında ilgili kanun hükümleri uygulanır.

avukat, hasta hakları sözleşmesi ve meslek etiğine dayanarak mahpusa -eğer kendisi istemiyorsa onu tedavi etmeyeceğini söyleyen hekim- yazılı başvurularının yahut bir hücre arkadaşının akıbeti konusunda mahpusa bilgi vermiş bir infaz koruma görevlisi, ölüm orucu veya açlık grevi yapan kişinin taleplerinin haklı olduğunu söyleyen, bu yönde basın açıklaması veya toplantı yapan herkes girebilecektir.¹⁵

Sonuç olarak, getirilen düzenleme, modern suç ve ceza politikalarına tümünden aykırı olduğu gibi, ceza hukukunun temel ilkelerini de ihlal etmektedir. Cezaevinde disipline aykırı bir davranış olarak nitelendirilebilecek bir fiilin hapis cezaları ile yaptırım altına alınması, suç ve cezaların "orantılılığı" ilkesini de zedelemektedir.

TASARININ SON ŞEKLİNE İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

1980'li yılların ortalarında başlayan Yeni Ceza Kanunu hazırlık çalışmaları, TBMM Meclis Adalet Alt Komisyonu tarafından metnin kamuoyuna sunulması ile birlikte yeni bir süreçte

Kurum İçi Düzenlemeler

Madde 25: Kurum ve kuruluşların, kamuoyunu ilgilendirmeyen ve sadece kendi personeli ile kurum içi uygulamalarına ilişkin düzenlemeler hakkındaki bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışındadır...

Kurum İçi Görüş, Bilgi Notu ve Tavsiyeler

Madde 26: Kurum kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere, elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme kapsamındadır...

Tavsiye ve Mütalaa Talepleri

DEVLET SIRRI KANUNU TASARISI

Madde 3: Devlet sırrı, yetkili bulunmayan kişilerce hakkında bilgi sahibi olunması halinde, Devletin güvenliği, milli varlığı, bütünlüğü, Anayasal Düzeni ve dış ilişkilerini tehlikeye

¹⁵ ÇHD Ankara Şubesi yayın izleme kurulu raporu, *Çağdaş Hukuk Dergisi* 80/81 sayı

girmiştir.

Demokratikleşme ve insan hakları alanında, son birkaç yıldır yaşanan iç hukuktaki iyileştirme çabaları ile koşut olarak; ceza yasanının yenilenmesi isteği, hukuk çevreleri başta olmak üzere, toplumun tüm kesimlerinde paylaşılmıştır.

Meclis'e 12.5.2003 tarihinde sunulan ilk Tasarı'nın, bilim ve teknolojinin akıl almaz bir hızla geliştiği, insan hakları ve özgürlüklerin temel değerler haline geldiği günümüz dünyasında, çağdaşlaşma isteklerine yanıt vermesi mümkün değildi.

Bu nedenle alt komisyon tarafından tasarının bütünüyle yenilenmesi, çağdaş hukuka doğru atılmış olumlu bir adım olarak görmek gerekir.

Özellikle temel haklar açısından, 288/4 (İşkence olmadığı halde işkence varmış gibi rapor düzenlemek) 295 (suç konusu yayının nakli) 455 (yargı görevi yapanların saygınlıklarını ihlal) 456 (yargısal kararları aşığılama) 493-494 (müttefiklere karşı suçlar) vb. gibi çağdaş ceza hukuku anlayışı ile uzlaşmayan hükümlerin çıkartılmasını olumlu bulmuyoruz.

Fakat 159, 312 gibi bu güne kadar uygulamada, ifade özgürlüğünün kullanılmasını engelle-

düşürebilecek her türlü bilgi ve belgelerdir.

1.11.1983 tarih ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinde gösterilen görev ve faaliyetlerle ilgili olan bilgi ve belgeler birinci fıkra kapsamındadır.

Gizli Kalması Gereken Bilgi ve Belgeler

Madde 4: 3. madde kapsamında olmayan ancak niteliği itibariyle gizli kalması gereken, askeri makamlar tarafından tesis olunan savunma ve askeri konulara ilişkin işlemler, Devlet çapında veya kendi görev alanlarında istihbarat çalışmaları yapan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen istihbarata dair görev ve faaliyetler, açıklanması ya da zamanından önce açıklanması halinde Devletin ulusal ekonomik politikasının yürütülmesine zarar verecek veya haksız rekabet ve kazanca sebep olacak bilgi ve belgeler ile diğer yetkili makamların faaliyetlerine ilişkin olarak özel kanunlarında gizli olduğu belirtilen bilgi ve belgelerdir.

yen hükümlerin değiştirilmesinde aynı cesaretin gösterilmemesini yargulamamak gerekir. Üstelik "temel milli yararları karşı hareket" "devlet sınırlarının korunmasına" ilişkin düzenlemelere, tüm hukuka ve mantığa aykırılıklarına rağmen hiç dokunulmaması da, devleti ve otoriteyi kutsayan düşünce kalıplarından henüz kurtulamadığımızı göstermektedir.

Hukukun üstünlüğü, insan haklarına dayalı demokratik bir toplum, batının isteği ile değil, bu toprakların kendi iç dinamiği üzerine inşa edilmelidir.

Bunun en önemli adımı da çağdaş bir ceza kanunudur. Çağdaş Ceza Kanunu tepkisel duygulardan arınmış, ulus üstü hukukta her geçen gün daha da ilerleyen insan hakları standartları ölçüt alınarak yaratılmalıdır.

Demokratik bir toplumda, hukuku biçimlendiren, yönetilenlerin iradesi değil toplumun iradesidir. Ceza kanunu gibi hukuk sisteminin temel yapı taşlarından biri olan yasanın toplumun tüm kesimlerinin katılımıyla oluşturulması, hukuk devleti olmanın gereğidir.

İnsan haklarına dayalı, biçimsel değil gerçek bir demokrasinin kurulması Türkiye'de yaşayan her insanın hakkıdır. Bu hakkı vermek ve korumak o

Hak Kullanımı ve Beslenmeyi Engelleme

Madde 303: 1. Ceza infaz kurumları ve tutuklu evlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve iş yurdu çalışmaları ile sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum tabibince muayene ve tedavi edilmelerini, müdafii ve avukat tayin etmelerini, bunlarla görüşmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet Başsavcılıkları'na gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engelleyenler, hükümlü ve tutukluları bu fiile teşvik edenler, bu yolda talimat verenler, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanaklarını engelleyenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

2. Hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Hükümlü ve tutukluların açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik veya ikna edilmeleri ya da bu yolda kendilerine talimat o

insanları yönetmek görevini üstlenen yasama ve yürütme organlarının başta gelen mükellefiyettir.¹⁶ Bu sonucu tartışmak yerine yaşama geçirmek artık herkesin, hepimizin görevidir.

Çünkü hukuka aykırı davranmanın mazereti olamaz.

verilmesi de beslenmenin engellenmesi sayılır.

3. Beslenmenin engellenmesi nedeniyle kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden biri veya ölüm meydana gelmiş ise, ayrıca kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur.

¹⁶ Av. Fikret İlkiz, *İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Kanunu*, Ceza Hukuku Derneği yayını



RAPORLAR

TÜRK CEZA KANUNU TASARI'SI HAKKINDA GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ'NİN GÖRÜŞÜ*

I. TASARI HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Tarafımıza gönderilen Adalet Alt Komisyonu Tasarısı'nda, şu özellikler ve nitelikler bulunmaktadır:

1. Tasarı'nın birinci kitabında, Anayasa'da yer alması gereken kimi ilkelere yer verildiği görülmektedir. Bu durum, Tasarı'yı ceza hukukundan uzaklaştırdığı gibi, ileride farklı yorumların yapılmasına neden olabilecek olması yönünden sakıncalıdır. Kaldı ki Anayasa'da varolan bu ilkelere ceza kanununda yer vermek gereksiz ve işlevsizdir.

2. Suçun temel unsuru olan kusurluluğu ceza sorumluluğu ile karıştırmak ve hukuka uygunluk sebeplerini gene sorumluluk içerisinde göz önünde tutmak son derece önemli bir hatadır. Kısaca, Tasarı'nın birinci kitabının ikinci kısmında ceza sorumluluğu, isnat yeteneği, kast, taksir, netice sebebiyle ağırlaşmış suç, hata, cebir, şiddet, hukuka uygunluk sebepleri kavramları birlikte düzenlenmiştir ki, bu ceza olgusunu çok karmaşık bir yapıya sokmaktadır.

* Hazırlayanlar: Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Rektör, Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi; Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı; Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukuku öğretim üyesi; Yrd. Doç. Dr. Erdoğan Bülbül, İdare Hukuku öğretim üyesi; Yrd. Doç. Dr. Ümit Kocasakal, Ceza ve Ceza Usul Hukuku öğretim üyesi; Ar. Gör. E. Eylem Aksoy, Ceza ve Ceza Usul Hukuku araştırma görevlisi; Ar. Gör. Pınar Memiş, Ceza ve Ceza Usul Hukuku araştırma görevlisi; Ar. Gör. Gülşah Kurt, Ceza ve Ceza Usul Hukuku araştırma görevlisi; Ar. Gör. Çağla Tansuğ, İdare Hukuku araştırma görevlisi; Ar. Gör. Didem Yılmaz, Anayasa Hukuku araştırma görevlisi.

raporlar

3. Teşebbüste geleneksel ikili ayırım terk edilmektedir. Bu durum, Tasarı'nın adaletsiz sonuçlara yol açabilecek bir yapıya sahip bulunduğu eleştirilerini kuvvetle üzerine çekecektir.

4. Türk hukukunda yerleşmiş bazı kavram ve kuralların terk edildiği görülmektedir. Bu durumu iştirakte saptayabilmek mümkündür.

5. Suçların içtimasında yer yer boşluklar bulunmaktadır.

6. Yaptırımlar başlığı altında son derece dar bir alan çizilmekte ve güvenlik tedbirleri adı verilen bir takım yaptırımlar zaman zaman güvenlik tedbiri, zaman zaman ceza olarak öngörülmektedir.

7. Para cezalarının, çeşitli derecelere bağlı olması sistemi terk edilmekte, bunun yerine adli para cezası denilen ve ilke olarak hapis cezası süresine koşut biçimde öngörülmüş gün para cezası sistemi getirilmektedir. Bu sistemin uygulanması Türkiye'de son derece önemli sorunlar yaratabilecektir.

8. Erteleme müessesesi, hemen hemen, imkansız hale gelecek bir düzenlemeye sokulmaktadır. Önceki suç ile sonraki suç arasında daima dikkate alınan süre ortadan kaldırılmaktadır.

9. Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte, tüzel kişilik kavramı ile bağdaşmayan bir kavram olarak güvenlik tedbirinden söz edilmektedir. Güvenlik tedbiri, ıslah edici, düzeltici bir niteliğe sahip bulunmasına karşın, izin kaldırılması, ruhsatın iptal edilmesi biçimindeki güvenlik tedbiri ile tüzel kişinin ne şekilde "*ıslah edilebileceği*"ni anlamak mümkün değildir.

10. Tasarı'nın suçlar bölümünde yer yer, son derece yoğun bir olaycı yöntemin izlendiği görülmektedir.

11. Tasarı'da bir önceki özelliğe bağlı olarak, olayların baskısı ile bazı suç biçimlerinin özel olarak ele alındığı ve bunlara nitelikleri ile uyumlu olmayan ağır yaptırımlar getirildiği görülmektedir.

12. Türk Ceza Hukuku'nda yerleşmiş bir takım kavram ve kurumların zedelenircesine yeni bir düzenleme içerisine sokulduğu tespit edilmektedir. Başka bir ifade ile, Türk Ceza Hukuku'nun, doktriner görüşler ve yargısal içtihatlarla yerleşmiş, kökleşmiş, herkesçe benim-

senmiş kavram ve kuralları, adeta altüst edilmekte, önemli bir birikim yok edilmektedir.

13. Tasarı'nın genel ve özel hükümler bölümünde dilin çok hatalı olduğu, Türkçe bozukluklarının olduğu gözardı edilemeyecek bir özellik biçiminde ortaya çıkmaktadır.

14. Suçların düzenlenmesi içerisinde, özellikle ağırlaştırıcı sebeplerle ilgili olarak, yaptırımın ağırlaştırılması yerine, bağımsız suç biçimlerine yollama yapılması gibi yanlış bir yöntem zaman zaman rastlanmaktadır.

Sonuç olarak şu hususu özellikle vurgulamak gerekmektedir:

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmak üzere hazırlanan Ceza Kanunu Tasarısı 1987 yılından bu yana Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in başkanlık ettiği üç ayrı komisyon tarafından ayrı ayrı zamanlarda 2002 yılına kadar geçen 15 yıl içerisinde tekrar ve tekrar gözden geçirilmiş, kaleme alınmış birinci ve ikinci öntasarılar, Türkiye'deki tüm yargıçlara, savcılara, üniversitelere, barolara gönderilmiş; bunların görüşleri alınmış ve görüşler çerçevesinde Tasarı yeniden incelemeye tabi tutularak yeniden kaleme alınmıştır.

Bu komisyonlarda, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer ile birlikte, Prof. Dr. Faruk Erem, Prof. Dr. Sahir Erman, Prof. Dr. Çetin Özek, Prof. Dr. Nevzat Toroslu, Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Prof. Dr. Emin Artuk, Prof. Dr. Bahri Öztürk, Prof. Dr. Durmuş Tezcan gibi Türkiye'nin önde gelen ceza hukuku bilim adamları ile birlikte Yargıtay'ın daire başkanları, üyeleri ve Askeri Yargıtay Başkanı, kanun sözcüsü ve üyeleri, Adalet Bakanlığı genel müdürleri ve yardımcılarını görev almışlardır. Kısaca 15 yıllık süreç içerisinde, yüze yakın bilim adamı, yargıç, savcı, avukat ve bürokrat, her tasarıyı hazırlayan kurullarda ayrı ayrı görev yüklenmişlerdir .

Bunun sonucunda hazırlanan Hükümet Tasarısı gazetelere yansıdığı ölçüde bilinebildiği kadarı ile, iktidar partisinden üç, muhalefet partisinden iki milletvekilinin ve bir Yargıtay üyesi ile üç öğretim üyesinden kurulu bir Alt Komisyon'a tevdi edilerek, bu raporumuzda genel hatları ile belirttiğimiz tasarı hazırlanmıştır. Alt Komisyon'un basında izlenebildiği kadarı ile bir çeşit sözcülüğünü yapan, Doç. Dr.

raporlar

Adem Sözüer, Tasarı'yı bütünü ile değiştirdiklerini, yeni bir tasarı hazırladıklarını övünçle beyan etmiştir.

Alt Komisyon'un teşekkül tarzı, yapısı, çalışma süresi ile, Tasarı üzerinde çalışmalar yapan kurulların yapısı ve çalışma süreleri karşılaştırıldığında, TBMM'nin yapısı içerisinde çeşitli nedenlerin etkisi ile önemli ve tarihsel bir yanlışlığın içerisine girildiğini söylemek, abartılı bir söylem olmayacaktır. Gerçekten, 80 yıldan bu yana, Türkiye'deki Ceza Hukuku yapısını biçimlendiren kişilerin yılar süren emeklerinin, son komisyonun kimi öğretim üyeleri tarafından bir kenara itilmesi Türkiye'nin yararları açısından bakıldığında kabul edilebilecek bir tutum değildir.

Hükümet Tasarısı, başka biçimlerde Alt Komisyon'a havale edilebilseydi, Alt Komisyon'un oluşum biçimi ve çalışma düzeni Hükümet Tasarısı'nı hazırlayan kurullar gibi olabilseydi, herhalde Türkiyemize, Türk insanına layık çağdaş bir kanun hazırlanabilirdi. Ne yazık ki bu husus gerçekleştirilememiş ve bunun sonucunda tarihsel bir fırsat kaçırılmıştır.

Ayrıca şunu da belirtmemiz gerekir ki, Sayın Adalet Bakanı, mevcut Alt Komisyon Tasarısı'nı inanılmaz bir sürat içerisinde kanunlaştıracağını açıkça beyan etmektedir. Son olarak Ankara Gazi Üniversitesi ve İstanbul Kültür Üniversitesi'ndeki panellerde Adalet Bakanı'nın tüm eleştirilere rağmen, Tasarı'nun mutlaka kanunlaştırılacağını söylediği bilenen bir gerçektir. Ülkemizdeki yetkin ve yetkili bir siyaset adamının bu sözleri karşısında işbu raporumuzun gereksiz ve sonuçsuz olacağı bilincini taşımakla birlikte, devlete olan saygımız, bilim adamı sorumluluğumuz ve tarihsel ödevimiz nedeni ile bu geniş raporumuzu sunmaktayız. Belirtmek isteriz ki, ceza kanunu gibi son derece önemli ve temel bir kanunun, AB'ye girme gibi, ne tür bağlantısı olduğu da anlaşılamayan bir nedenle, alelacele çıkarılmaya çalışılması, tamiri imkansız zararlara yol açabilecektir.

Raporumuzda özetle şu sonuca ulaşmaktayız ki, Alt Komisyon Tasarısı herhangi bir şekilde kanunlaştırıldığında Türkiye'de büyük ceza hukuku sorunları ortaya çıkacak ve büyük boşluklar meydana gele-

cektir. Bunu yerine mutlaka yeni bir ceza kanunu yapma gerekliliği ve zorunluluğu duyuluyorsa, Hükümet Tasarısı'na dönmek ve çalışmalarını bunun üzerinde geniş bir heyetin katılımı ile gerçekleştirmek veya aciliyet söz konusu ise, bazı hata ve eksiklikleri bulunmasına rağmen, çok daha nitelikli bir düzenleme olan Hükümet Tasarısı'nı Yüce Meclis'e arz etmek en uygun hareket tarzı olacaktır.

II. MADDE DEĞERLENDİRMELERİ

A. Birinci Kitap: Genel Hükümler

Madde 1

1. maddede yer alan "*Ceza Kanunu'nun Amacı*" başlıklı madde kaldırılmalıdır. Gerçekten, bir ana kanun olan ceza kanununun amacı belli olup, ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Kaldı ki, aksi bir kabule göre dahi maddenin düzenlenişi hatalıdır, şöyle ki: Hürriyeti bağlayıcı cezalar öngören bir kanunun amacının, kişi hak ve özgürlüklerini koruma amacı güttüğünün belirtilmesi tuhaf olduğu gibi, korunan amaçlar arasında sadece bazı bölümler sayılmış ancak ve örneğin; kamu itimadını korumak sayılmamıştır. Dolayısıyla eğer korunan hukuki menfaatler sayılacaksa, tüm bölüm başlıkları belirtilmelidir.

Madde 2

2. maddede yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, yerinde bir düzenlemedir. Ancak, 3. bentte yer alan ve karışık bir düzenleme biçimi olan kıyas yasağı, Fransız Ceza Kanunu'nda olduğu gibi "*ceza kanunu dar yorumlanır*" biçiminde sade bir formüle kavuşturulmalıdır. Gerçekten bu ifade, bir yandan kıyası yasaklarken öte yandan genişletici yorumu da önlemektedir.

Alt Komisyon'un, suçların cürüm ve kabahat şeklindeki ikili ayrımı terkettiği görülmektedir. Bu bir tercih meselesidir. Ancak bu ayrım kaldırılmakla birlikte, kabahatlerin, suçların arasına ve ilgili bölümlere serpiştirildiği görülmektedir. Bizce asıl reform, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması, ceza kanununun dışında tutulmasıdır.

Madde 3

3. maddede yer alan eşitlik ilkesi kanundan çıkartılmalıdır. Çünkü Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan ve anayasal bir ilke olan eşitliğin, ceza kanununda bulunması doğru ve gerekli değildir. Kaldı ki, maddenin ilk fıkrasında yer alan hüküm, cezanın tayini ile ilgili olup, şimdiki TCK'nun 29. maddesi bünyesinde yer alması gereken bir husustur. Bunun da, eşitlik ilkesi bir ilgisi olmayıp, orantılılık ilkesini yansıtmaktadır. Ayrıca, ceza kanunları, kişilere ayrıcalık tanımamakla birlikte, suçların özelliklerine göre kişileri farklı uygulamalara tabi tutabilmektedir. Örneğin; yurt dışında işlenen bir suç ile ilgili olarak, vatandaş olup olmamak önemli bir ayırmadır.

Madde 4

4. maddede kanunun bağlayıcılığı başlığı ile şimdiki TCK 44. maddenin hükmü belirtilmektedir. Maddedeki "*ceza kanunlarını*" bilmemenin mazeret sayılamayacağı hükmü, karışıklığa yol açabilecektir. Gerçekten bu durumda, ceza kanununun koruduğu normun bilinmesinin de gerekli olup olmadığı tartışma konusu olabilecektir. Söz gelimi, hileli iflas suçunu düzenleyen TCK 506. madde sadece hileli müflislerin 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilceğini öngörmektedir. Buna karşın hileli iflas hallerinin neler olduğu, İİK 311. maddede yer almaktadır. Bu durumda bir kişi, bu hükme göre sadece TCK 506. maddeyi bilmediğini ileri süremeyecek ama bir ceza kanunu olmayan İİK 311. maddeyi bilmediğini ileri sürebilecektir. Ayrıca, kanun bakımından çoğul kullanmaya da gerek yoktur. Bu nedenle madde aşağıdaki şekilde değiştirilmelidir.

"Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz."

İkinci fıkranın sevki ilke olarak yerinde olmuştur. Gerçekten bugün hemen hemen tüm modern hukuk sistemlerinde, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesine istisnalar getirilerek, bu katı kural yumuşatılmıştır. Bununla birlikte fıkra düzenlenmesinde hatalar mevcuttur. Bir kere, "*ancak*" sözcüğü ile fıkranın başlaması uygun değildir. Öte yandan metin içerisinde "*sakınmak*" sözcüğünün kullanılmasına karşılık, gerekçede "*kaçınmak*" sözcüğüne yer verilmiş

olması çelişkidir. Esas açısından ise belirtmek gerekir ki hüküm, Fransız Ceza Kanunu'ndan alınmış, ancak çevirinin kötü olması sebebiyle anlaşılabilir bir metin haline gelmiştir. Fransız Ceza Kanunu'nun 123. maddesi hükmü şöyledir:

“Kaçınamayacağı bir hukuki hata nedeniyle, fiili işlemesinin meşru olduğu inancı ile hareket ettiğini haklı gösteren kimsenin ceza sorumluluğu yoktur”

Kaldı ki, Fransız düzenlemesi yerine bizce, daha sade ve hakime cezayı tamamen kaldırma veya indirim hakkı veren İsviçre Ceza Kanunu'nun 20. maddesi daha uygundur. Madde şöyledir:

“Yeterli gerekçelere bağlı olarak bu şekilde hareket etmeye hakkı olduğu inancı ile suç işleyen kimsenin cezası, hakim tarafından indirilebilir veya tamamen kaldırılabilir.”

Madde 5

Maddede, şimdiki 10. maddede yer alan *“özel kanunların buna aykırı olmayan hükümleri hakkında”* ibaresinin yer alması hatalıdır. Gerçekten bu yeni düzenlemeye göre, özel kanunlarda farklı düzenleme yapılması, örneğin; tecil, teşebbüs, zamanaşımı gibi konularda farklı hükümler konulması mümkün olmayacaktır. Bu madde metninin tabii sonucudur.

Bu nedenle, Hükümet Tasarısı'ndaki 3.madde muhafaza edilmelidir.

Madde 6

Böyle bir tanım maddesine gerek yoktur. Gerekli tanımlar, ilgili yerlere konabileceği gibi, bazı kavramlar gerektiğinde yargı tarafından tanımlanacaktır.

Kaldı ki tanımlar eksik ve çelişkilidir. Örneğin; *“kamusal faaliyet”* terimi, Türk İdare Hukuku'nda mevcut değildir. İtiyadi suçlu tanımı da hatalıdır. Üstelik, bazı tanımların neden burada yer aldığı, diğer bazıların ise niçin yer almadığı da belli değildir. Bu madde Tasarı'dan çıkarılmalıdır.

raporlar

Madde 7

Zaman bakımından uygulamayı ifade eden 7. maddenin, 3. ve 4. bentleri kaldırılmalıdır, çünkü ana kuraldan ayrılmaya gerek yoktur.

Madde 9

Maddedeki düzenleme biçimi, non bis in idem ilkesine aykırıdır. Türkiye’de egemenlik ilkesi gereği olarak mutlaka yargılama yapılması isteniyorsa, TCK’daki cezanın daha ağır olması haline yer veren bir düzenleme yapılabilir. Bu durumda hakkında hüküm verilmiş olan kimse, TCK’daki müeyyide daha ağır olduğu takdirde Türkiye’de yeniden yargılanır ve yabancı ülkede verilmiş ve infaz edilmiş cezası da mahsup edilir.

Madde 10

Aynen kalabilir.

Madde 11

Madde, karışık bir sistem getirmiştir. Mevcut hükümdeki üç yılın, bir yıla indirilmesi hatalı olmuştur.

Bunun yerine, Fransız sistemi aynen alınabilir veya mevcut sistem muhafaza edilebilir.

Madde 12

Bir yıllık sürenin üç yıl olması daha doğrudur.

Maddedeki “*Türkiye’nin zararına*” terimi çok geniş olup, bunun yerine, 4. bölümdeki suçları ifade eden “*Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar*” tabirinin konulması daha yerinde olacaktır.

Madde 14

Maddedeki “*soruşturma*” terimi yanlıştır. Bunun yerine “*yargılama*” denilmelidir. Ayrıca, koğuşturma “*yapılır*”, “*açılmaz*”. Soruşturma “*açılır*”.

Madde 16

Tasarı'da kullanılan dile uygun olarak, "*mahsup*" yerine "*indirim*" denmesi daha doğrudur

Madde 17

Hakime takdir yetkisi veren Hükümet Tasarısı aynen muhafaza edilmelidir.

Madde 18

Yeni Anayasa değişikliği sonucunda, Anayasa'nun 38. maddesinde vatandaşın iade edilmesi ile ilgili hüküm değişikliğinin uyumu sağlanmalıdır.

Düşünce suçu kavramı hatalıdır, bunun yerine "*faaliyet*" denmelidir.

Siyasi suç ile "*murtabıt*" (bağlantılı) suç kavramının kalkmış olması hatalı olmuştur.

Zamanaşımı veya affın hangi kanuna göre dikkate alınacağı belli değildir.

Karşılıklılık ilkesi açıkça belirtilmiş değildir.

Koruma tedbirlerine fazla yer verilmiştir ve bu faydasızdır. Maddede tekrarlar gözükmemektedir.

Esasen iade ve bununla ilgili sürecin, bir çok ülkede olduğu gibi, aynı bir kanun ile yapılması daha yerindedir.

Madde 19

"*Egemenlik alanı dışı*" terimi yanlış ve önceki maddelerle uyumsuzdur.

Maddenin ikinci fıkrasındaki istisna, adeta kural olmakta ve maddenin uygulama alanını daraltmaktadır.

Daha yerinde bir düzenleme olan Hükümet Tasarısı muhafaza edilmelidir.

raporlar

Madde 21

• 2. fıkrada, olası kast olarak tanımlanan husus aslında bilinçli taksirdir. Bir başka ifade ile bilinçli taksirin tanımı yapılarak buna olası kast denilmiştir. Ayrıca, ikinci fıkranın ikinci cümlesinde, hangi suçlarda bu cezanın verileceği belli olmadığı gibi, ceza müeyyidesinin genel hükümlerde sayılması sistematik hata olmuştur.

• Kastın tanımında, hukuka aykırılığın da bilinmesi zorunlu kılınmaktadır.

Madde 22

• Maddenin 2. fıkrasındaki taksir tanımı hatalıdır. Bu tanım şöyle değildir:

Taksir, dikkatsizli, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, emirlere ve kurallara aykırılık sebebiyle, suç oluşturan ve öngörülebilir bir neticenin öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir

• İkinci fıkrada kullanılan “*davranış*” terimi hukuki bir terim olmayıp, bunun yerine fiil ya da hareket denilmelidir.

• Üçüncü fıkradaki bilinçli taksir düzenlemesi de hatalı olup, şu şekilde düzenlenmelidir:

“Öngörülen neticeye engel olunamaması halinde bilinçli taksir vardır ...”

• 5. bent hükmü, son derece isabetli olmuştur.

• 6. bent hükmü de yerindedir. Ancak, ceza verilmeyeceği şeklindeki kesin hüküm yerine, hakime takdir hakkı verecek şekilde “... ceza verilmeyebilir” şeklinde bir düzenleme bizce daha yerinde olacaktır.

Madde 23

• Maddede, istisnai ve çok az sayıda suç için söz konusu olan bir hal, genişletilmekte ve geliştirilmektedir.

• Maddede, “*kasdedilen*” dendidikten sonra en azından “*taksirle*” hareket etmesinin aranması, çelişkili bir düzenlemedir.

• İkinci bölümün “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığı yanlıştır. Gerçekten, bölümün ilk maddesi ile birlikte düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri, ceza sorumluluğunu kaldıran sebepler değildir. Çünkü bilindiği üzere hukuka uygunluk sebepleri, fiilin hukuka uygun olarak doğmasını sağladıklarında, ceza sorumluluğu da hiç doğmaz, bu durumda doğmayan bir şeyin kalkması veya azalması da söz konusu değildir.

• Bölümde, mücbir sebebin yer almadığı görülmektedir. Bizce, mücbir sebep de öngörülmeli ve tanımlanmalıdır. Buna göre, Fransız Ceza Kanunu’nun 122-2 maddesinde olduğu gibi şu şekilde bir hüküm getirilmesi yararlı olacaktır.

“Direnemeyeceği bir kuvvetin veya zorlamamanın etkisi altında hareket eden kişiye ceza verilmez.”

Madde 24

Aynen kalabilir.

Madde 25

• Meşru savunma ve zaruret hali, insanlık tarihinde ve Türk toplumunda en önemli iki hukuka uygunluk sebebidir. Bu sebeplerin önemli farkları bulunmaktadır. Bu nedenle bizce bu iki sebep, ayrı maddelerde düzenlenmelidir.

• Mevcut düzenlemede bulunan ve meşru savunmanın sınırlarını daraltan “*ırs ve nefis*” terk edilerek, “*hak*” şeklinde her türlü menfaati içeren bir kavram getirilmiş, böylece meşru savunmanın kapsamı, mala karşı meşru savunmayı da içerecek şekilde genişletilmiştir. Bu durum tartışma yaratabilir.

Madde 26

• Hakkın kullanılması ve mağdurun rızası farklı özellikleri olan hukuka uygunluk sebepleri olduğundan bunlar da ayrı maddelerde düzenlenmelidir.

• İkinci fıkrada, “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkı*” demeye ve daha başta sınır koymaya gerek yoktur. Bu husus, içtihadı bırakılmalıdır.

raporlar

Madde 27

27. madde düzenlemesi hatalı olup ya Hükümet Tasarısı'ndaki madde muhafaza edilmeli, ya da amaca daha uygun ve basit bir sistem olan İsviçre Ceza Kanunu hükmü dikkate alınmalıdır.

Hukuki nitelikleri farklı olan 28. ve 29. maddeler, ayrı bölüm içinde düzenlenmelidir.

Madde 28

Maddede, "ikrah"ın karşılığı olan korkutmayı koymaya gerek yoktur, çünkü tehdit, ikrahi, yani korkutmayı da içerir.

"Suç işleyen" yerine, "fiili işleyen" denmesi daha uygun olacaktır.

Madde 29

Aynen kalabilir.

Madde 30

• Birinci fıkrada, hukuki hata ile fiili hatanın birbirine karıştırıldığı görülmektedir.

• İlk cümle, ileride, hukuki hatanın sonuç doğurması ve failin bundan yararlanması sonucuna yol açabilir ve bu anlamda 4. madde ile çelişebilir.

• Fiili hatanın öngörülmemiş olması bir boşluk yaratmaktadır. Oysa örneğin; İsviçre Ceza Kanunu'nun 19. maddesi açıkça fiili hatayı (maddi olgularda hata), 20. maddesi ise hukuki hatayı tanımlamaktadır. Fiili hatayı düzenleyen 19. madde şöyledir :

" Kişi, olaylar hakkında yanlış değerlendirmede bulunduğu, bu husus lehine ise bu değerlendirme gerçekmiş gibi kabul edilir.

Gerekli özen ve dikkati göstererek hatayı bertaraf edebilecek durumdaki fail, fiilin taksirli halinin cezalandırılabilir olması halinde taksirinden dolayı sorumludur."

• Bu maddeye benzer bir hüküm kanuna konulmalıdır.

- Hükümet Tasarısı'nın 23/2. maddesi muhafaza edilmelidir.

Madde 31

• Yaş küçüklüğünün, bu bölümde değil, isnat yeteneği ile ilgili bölümde düzenlenmesi daha doğrudur.

• Güvenlik tedbirlerinin şarta bağlı olması, büyük sakınca yaratacaktır.

• 2. bentte de: a. Emniyet tedbirlerinin uygulanmasının şarta bağlanması hatalıdır. b. Kullanılan "*algılama*", "*davranışlarını yönlendirme yeteneği*" terimleri, ancak psikiyatri bilimince de kabul ediliyorsa geçerlidir.

• Hükümet Tasarısı'nın 100, 127. maddelerinin kaldırılması sonucunda, karışıklık meydana gelmiştir. Hükümet Tasarısı'ndaki düzenleme, basitleştirilip, boşlukları doldurularak muhafaza edilmelidir. Kaldı ki mevcut 53, 55. maddeler daha yerindedir.

• Yaş büyüklüğü de, örneğin; 75 yaş temel alınarak düzenlenmelidir.

Madde 32

Bu maddede tam ve kısmi akıl hastalığı ayırımının mevcut TCK'daki sisteme uygun olarak korunduğu görülmektedir.

Alt Komisyon Tasarısı ile Hükümet Tasarısı karşılaştırıldığında, Hükümet Tasarısı'nın hayli ayrıntılı, uyulacak prosedürü açıklayıcı nitelik taşıdığı, buna karşılık Alt Komisyon Tasarısı'nın çok özet belirlemeler içerisinde kaldığı tespit edilmektedir.

Yürürlükteki TCK düzenlemesi dahi, adalet Alt Komisyonu Tasarısı'na göre daha ayrıntılıdır.

Bu durum Alt Komisyon Tasarısı'nın kanunlaşması halinde ileride uygulama yönünden büyük sorunlar yaratabilecek bir özelliği kendi yapısında taşımaktadır.

Ayrıca tam ve kısmi akıl hastalığı ayırımının suni olduğu, bunun bir sınırla ayrılmayacağı da ileri sürülmektedir. Modern eğilim bu

raporlar

yöndedir. Bu nedenle akıl hastalığı kavramını genel hatları ile belirtmek ve adli tababetin yardımı ile yargıca geniş bir takdir yelpazesi tanımak daha yerinde olur idi. Nitekim Fransız Ceza Kanunu'nda durum bu biçimdedir.

Madde 33

Sağır dilsizler hakkındaki hüküm, mevcut TCK'nun bir tekrarı niteliğindedir. Ancak, bu düzenlemede de, güvenlik tedbirleri yönünden büyük boşluklar bulunmaktadır.

Madde 34

TCK'da yer alan, arızı neden ile isnat yeteneğinin kaybedilmesi ile ilgili kural bu tasarıda bizce tamamen ortadan kaldırılmıştır. Madde-nin ilk fıkrasının yazım biçimi, irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde ile, geçici bir neden olarak belirtilen arızı sebebi birbirine karıştırmıştır. Arızı sebep, bu düzenleme biçiminde alkol ve uyuşturucu madde almanın bir biçimi şeklinde yazılmıştır ki, ileride bu hal çok büyük karışıklıklara sebebiyet verecektir.

Alt Komisyon Tasarısı'nda arızı sebep, son derece dar, yanlış yorumlara neden olabilecek bir çerçeve içerisine sokulmuştur. Bu açıdan büyük bir hata mevcuttur.

Madde 35

Teşebbüse ilişkin düzenleme 80 yıldan bu yana Türkiye'deki uygulamaya son verme iddiasını taşımaktadır. Türk Hukuku'nda ve çağdaş batı ülkelerinin çoğunun hukukunda yer alan eksik-tam teşebbüs ayrımı bu madde ile ortadan kaldırılmaktadır. Bu tercih, son derece hatalı ve ileride büyük karışıklıklara, yanlış anlamalara, adaletsizliklere sebebiyet verebilecek bir düzenleme tarzıdır. Kaldı ki, maddedeki, teşebbüs halinde failin, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı hükmü hakimi, pratik olarak tam ve eksik teşebbüs ayrımına götürecektir. Kaldı ki, bilindiği üzere, teşebbüs, neticenin gerçekleşmediği haldir. Bu durumda, özellikle "zarar" dan söz etmek çok uygun değildir. Bunun yerine, "korunan hukuki menfaatin maruz bırakıldığı tehlikenin ağırlığına göre" biçimindeki bir formül, daha anlamlı olabilecektir.

Madde 36

Bu maddedeki düzenleme ile gönüllü vazgeçme ve faal nedamet ayrımı da ortadan kaldırılmakta, teşebbüse paralel olarak faal nedamet durumunda faile ceza verilmemesi öngörülmektedir. Bu ayrımın ortadan kaldırılması da ileride büyük sorunlara yol açabilecek bir nitelik taşımaktadır.

Madde 37

İştirake ilişkin bu madde, yanlıştır. Öngörülen düzenlemeye göre iştirakin söz konusu olabilmesi için şeriklerin her birinin kanunda tanımlanan hareketleri yerine getirmesi aranmaktadır ki, bu yola gidildiği takdirde iştirak son derece dar bir alanda uygulanabilecektir.

Tıpkı teşebbüste olduğu gibi, Türk Ceza Hukuku'nun geleneksel çizgisi ve Çağdaş Ceza Hukuku sistemlerindeki iştirake ilişkin yerleşmiş unsurların bu düzenleme içerisinde ortadan kaldırılması ileride büyük boşluklar yaratacak, suçluların cezalandırılmaması biçimindeki manzaralar ile karşılaşılacak, sonuçta keyfi uygulamalar ortaya çıkacaktır.

Madde 38

Azmettirmeyi düzenleyen bu maddede, mantık ve hukuk dışı bazı kurallara rastlanmaktadır. Şöyle ki: Yakın kan akrabalığı, azmettirmeye ilişkin cezayı artırıcı bir neden sayılmaktadır. Bunun yanı sıra, azmettirenin belli olmaması halinde, bunun kim olduğunu ortaya çıkaran faile verilecek cezanın indirileceği öngörülmektedir. Böylece ihbar etme özendirilmektedir. Bunun nedenini anlayabilmek mümkün değildir.

Madde 39

Bu maddede, yardım etme kavramı ortaya konulmaktadır. Maddede "*yardım eden*", fer'i iştirak anlamında kullanılmaktadır. Oysa "*yardım etme*" ile fer'i iştirak birbirlerinden unsurları itibariyle çok farklıdır. Yardım etme tam anlamı ile hukuki kavram değildir. Bu nedenle iştirakte böylesi bir kavramı getirmek ileride iştiraki her türlü olay için uygulanabilen bir durum haline getirecektir.

Madde 42

Bu maddede verilen tanım, tasarıdaki çoğu diğer maddelerde olduğu gibi tersine tanım niteliğini taşımaktadır. Açıklamak gerekirse “bileşik suç, bir suçun diğer suçun unsuru veya ağırlatıcı sebebinin teşkil etmesidir” şeklindeki tanım yerine Tasarı’daki biri diğerinin unsurunu ve ağırlaştırıcı nedenini oluşturması gibi, ters bir anlatım ortaya konulmuştur. Fıkradaki “içtima hükümleri uygulanmaz” şeklindeki belirleme hatalıdır. Zaten bileşik suçta, içtima hükümlerinin uygulanmaması apaçık bir gerçektir. Bunun yerine “gerçek içtima hükmü uygulanmaz” denilmeli idi.

Madde 43

Maddenin üçüncü fıkrasında kazuistik, olaycı, yani bizim bugün ceza hukukunda çağdışı olarak nitelediğimiz bir yöntem uygulanmıştır. Zincirleme suçun bazı suç tiplerinde uygulanmaması zorunluluğu getirilmiştir ki bunu anlayabilmek mümkün değildir. Böylece Tasarı’nın 3. maddesinde adeta övünülerek ortaya konan eşitlik ilkesi yerle bir edilmektedir.

Şu hususu da burada belirtelim ki, suçların içtimaı gibi artık bugün kullanılmaya bir terimin ısrarla bölüm başlığı olarak öngörülmesi yanlıştır. Bunun yerine suçların birleşmesi veya kaynaşması yazılabilirdi.

Bunun yanı sıra çağdaş ceza hukuklarında görülen, Türk Ceza Hukuku doktrininde de yıllardan bu yana ileri sürülen karma suç, geçitli suç, amaç suç-araç suç, somut olayda bir suçun diğer suçun içinde bulunması gibi sorunsal konuların hiç irdelenmemiş oluşu hata derecesinde eksikliklerdir.

Madde 44

Fikri içtima tanımı yanlıştır. Fikri içtimada bir fiil ile, birden fazla kanun hükmünün ihlali söz konusudur. Oysa Alt Komisyon Tasarısı’nda, birden fazla suç denilmektedir. Birden fazla suç kavramı ortaya çıktığında, bu birden fazla fiil anlamını taşır, bu yönden fikri içtima tanımı bilimsel olarak yanlıştır.

Fikri içtimada, uygulamada kuşkulular uyandıran kanunlar ihtilafı, çok neticeli hata halleri ile bağlantılar ve farklılıkların tasarıya konulmamış olması büyük bir eksikliktir, çünkü, pek çok Yargıtay içtihatında çok neticeli hata, fikri içtima olarak kabul edilmektedir.

Madde 46/1 c ve madde 49/2

Tasarı'nın 45. maddesinde, cezalar, hapis ve adli para cezaları olarak öngörüldükten sonra, 46. maddede, hapis cezalarının ne olduğu belirtilmekte ve burada süreli hapis cezasından söz edilmektedir. Süreli hapis cezası incelendiğinde, 49. maddenin ikinci fıkrasında kısa süreli hapis cezası ortaya çıkmaktadır. Böylece, cezaların sıralaması her maddede ayrı bir çerçevede ortaya konulmakta ve izleyen maddelerde yeni cezalarla karşılaşılmaktadır. Bu durum, ileride büyük karışıklıklara sebebiyet verebilecektir.

Madde 50

Yürürlükteki Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinin, geniş ve genel hatları ile tekrarı niteliğindeki bu maddenin 5. fıkrasında tedbirin, "*mahkumiyet*" olarak kabul edildiği saptanmaktadır. Kişinin, damgalanması (stigmatizasyon) sonucunu doğuracak bu düzenleme Çağdaş Ceza Hukuku kurallarına aykırıdır.

Madde 45-50

Tasarı'nın cezalar bölümündeki bu ilk beş maddesinde şu saptamaları yapmak mümkündür:

a. Alt Komisyon Tasarısı ile Hükümet Tasarısı karşılaştırıldığında, Alt Komisyon Tasarısı'nda, açıklanamayacak derecede büyük boşlukların ve farklılıkların olduğu görülmektedir. Hükümet Tasarısı'ndaki ayrıntılı, çağdaş, Yargıtayımız uygulamalarına koşut düzenlemelerin bütünü ile kaldırıldığını ve tamamen yeni düzenlemelere muhtaç bir kanun yapma tekniğinin uygulandığını görebilmekteyiz.

Örneğin; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve hapis cezaları birer madde ve tek fıkradan ibaret birer madde ile düzenlenirken, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara son derece geniş bir madde yazımı getirilmiştir.

raporlar

Para cezasına, hapis cezasının ertelenmesinden sonra yer verilmiştir ki bunun uygun bir sistematik olmadığı meydandadır.

b. Çağdaş Ceza Kanunları'nda örneğin, Fransız Ceza Kanunu'nda ve anglosakson ceza hukuku sistemlerinde varolan pek çok yaptırımın, maddede yer almadığı, cezaların yeterince çeşitlendirilmediği görülmektedir. Bu büyük bir boşluktur.

Madde 51

Erteleme maddesi incelendiğinde, erteleme imkansız olduğu görülmektedir. Buna göre, 51/1a'da daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olma koşulu, gelecekte ertelemeyi adeta imkansız hale getirecektir. Gerek Hükümet Tasarısı'nda, gerekse mevcut ceza kanununda önceki suça ilişkin cezanın etki yapıp yapmaması belirli bir süreye bağlı tutulmuştur. Böylece ertelemeye imkan tanınmıştır. 51. madde ertelemeyi anlaşılabilir bir şekilde dar bir alanda tutmaktadır.

Buna karşılık denetimli serbestlikte tutarsızlıklar ve uygulanamaz bir sistem öngörülmüştür.

Madde 52

Bu maddenin ikinci fıkrasında adli para cezasının miktarı ortaya konmaktadır ki bunun uygulanabilmesi Türk parasının bugünkü değerinden altı sifir atılmasına bağlıdır. Şayet, böyle bir değişim olmadığı takdirde kanundaki belirleme askıda kalacaktır.

Bu maddedeki düzenleme önemli bir boşluğu ortaya çıkarmaktadır: cezalar içerisinde para cezası olarak adli para cezası 45. maddede açıkça ifade edilmekte, adli para cezasının ne olduğu ise incelenen 52. maddede ortaya konulmaktadır. Bu maddeye göre adli para cezası iki yıla kadar hapis cezalarının paraya çevrilen şeklini ifade etmektedir. Bu hal 50/1a'da da belirlenmiştir. Bu durumda, bundan böyle Türk Hukuku'nda ve TCK sisteminde bugün hafif, ağır para cezaları ve para cezası olarak nitelenen müeyyideler artık, bizce, ortadan kalkmaktadır.

Bu sistemin Türk Hukuku'nda büyük karışıklıklara neden olabileceği kuşkusuzdur.

Madde 53

Bu maddenin başlığı her ne kadar güvenlik tedbiri ise de, madde içeriğinde belirtilen yaptırımların niteliği, güvenlik tedbirinden çok, fer'i ceza özelliğini taşımaktadır. Bu açıdan bu yaptırımların güvenlik tedbiri olarak topluma tanıtılması, çok hatalı ve yanıltıcı bir tutumu ortaya koymaktadır.

Söz konusu yaptırımların belirli bir süreye bağlanmaması bizce son derece ağır uygulamalara sebebiyet verecektir. Buna göre herhangi bir kasıtlı suç işleyen şahıs, hemen bu tür yaptırımlara da tabi tutulacaktır ki bu hal, Çağdaş Ceza Hukuku'nun benimsediği suçlunun topluma yeniden kazandırılması ilkesine tamamen aykırıdır.

Madde 54

Maddenin ilk fıkrasında, "*iyi niyetli*" üçüncü kişilerden söz edilmektedir ki bu kavram ceza hukuku kavramı olmayıp bir özel hukuk kavramıdır. Burada söz konusu olması gereken iyiniyetli olup olma değil, suç oluşturan fiilde "*methali*" yani, iştiraki olup olmamadır. Buna ek olarak Yargıtay kararları, orman suçlarında üçüncü kişilerin bilmesini aramıştır ki bu kavram tasarıya yanlış ve genişletici bir biçimde iyiniyet olarak geçmiştir.

Buna karşılık, ikinci fıkrada, eşdeğer müsadere uygulaması getirilmiştir ki bu bir yeniliktir.

Madde 55

Kazanç müsaderesinin suçtan elde edilen menfaat tutarında olup olmayacağı ileride büyük tereddütlere neden olabilecektir; çünkü yazım, çok açık değildir.

Maddenin ikinci fıkrasındaki eşdeğer müsadere, 54/2'deki düzenlemeye tam uymamaktadır.

Madde 56

Maddenin birinci fıkrasının başında belirtilen "*suça sürüklenmiş çocuk*" terimi, suç işlemiş olan çocuğun durumunu çok hafifletici ve hatta suç faili sayılmayabileceği düşüncelerine yöneltebilecek bir yanlışlığı

raporlar

ifade etmektedir. “Sürüklenmek”, bir çeşit zorda kalmayı ifade eder, zorda kalma ise bir hukuka uygunluk sebebidir. Tasarı kanunlaşırda bu tür düşüncelerin ileri sürülmesi ile sık sık karşılaşılacaktır.

Birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde, bir çeşit zorunluluk (c) bendinde ise ihtiyarilik söz konusu olmaktadır ki, bu hal, ileride yargıcın takdir hakkı yönünden sorun teşkil edecektir.

Madde 66

Bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, çocuklar hakkında içtimanın üst sınırları tayin edilmektedir. Ancak, bu çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa ne şekilde uygulanacağı hususu ileride sorunlara neden olabilecektir.

B. İkinci Kitap: Özel Hükümler

Birinci Kısım

Bu kısımda, soykırım ve insanlığa karşı diğer suçlar adı altında iki ayrı madde düzenlemesi görülmektedir.

Özellikle, Roma Anlaşması ile Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına bağlı güncel gelişmeler dikkate alındığında, insanlığa karşı suç ve soykırım suçunun düzenlenmiş olması yerindedir ve bir yeniliktir. Ancak, Roma Anlaşması'na göre bu suçlar Tasarı'da görüldüğü gibi iki adet olmayıp, soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçu şeklinde üçe ayrılmaktadır. Bunlardan özellikle savaş suçunu ve savaşa yol açabilecek saldırıda bulunma eyleminin Tasarı'da yer almamış olması bir eksikliklerdir.

Madde 79

Bu maddede, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirinin uygulanması, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun mevcut olduğunun örtülü biçimde açıklanmasından başka bir şey değildir. Tasarı bir yerde ceza sorumluluğunu reddederken, diğer bir kısım önemli maddelerinde güvenlik tedbirinin uygulanabilirliğini belirterek çelişkiye düşmektedir.

Ayrı özelliği madde 80'de ve 81'de de bulmak mümkündür.

Madde 82-83

Göçmen kaçakçılığı ve insan ticaretinin, insanlığa karşı suç sayılması hatalıdır. Gerçekten bu suçlar ile korunan hukuki menfaat, kişilerin, kendi geleceklerini serbestçe tayin hakkının ihlalidir. Nitekim, Roma Statüsü'nde yer almayan bu suçlar, mukayeseli hukukta da daha çok yabancılar ile ilgili kanunlarda yahut hürriyet aleyhine suçlar arasında yer almaktadır.

İkinci Kısım: Kişilere Karşı Suçlar

Madde 84

Bu maddede manevi unsur yönünden son derece önemli ve büyük bir hata yapılmaktadır. Madenini birinci ve ikinci cümlelerinin karşılaştırılmasında, birinci maddedeki kasten adam öldürme suçunu, aslında taammüden işlenebilen bir suç olarak kabul edildiği görülmektedir, çünkü ikinci cümlede ani kast ile suçu işleme hali öngörülmektedir. Bunun karşıt kavramı ilk cümledeki eylemin ancak taammüden işlenebilmesidir. Buna göre taammüt asıl, ani kast kast istisna haline gelmektedir ki bu, kabul edilebilir bir düzenleme değildir. Bunu sonucunda fail, ani kast ile hareket ettiği, suçu taammüden işlemediğini kanıtlamak durumunda kalacaktır.

Madde 85

Hükümet Tasarısı'ndaki ayrıntılı düzenlemenin sınırlandırılmış olması sorunlara neden olabilecektir.

Madde 86

80 yıldan bu yana Türk Hukuk uygulamasında Yargıtay'ın ve doktrinin çözümlediği bir sorun, anlaşılmaz bir Türkçe ile bu madde içerisinde yer almıştır. Artık, Türk hukuk dünyasının bildiği apaçık bir gerçek, yeniden anlaşılmaz bir içerik içinde sunulmaktadır.

Madde tamamen kaldırılmalıdır.

raporlar

Buna karşılık Hükümet Tasarısı'ndaki 137. ve 138. maddelerde yer alan kastın aşılması suretiyle adam öldürme, failce bilinmeyen hallerin eklenmesi halindeki ceza sorumluluğunu içeren düzenleme, Alt Komisyon Tasarısı'nda nedense yer almamıştır. Bu boşluğun ileride tamir edilemeyecek karışıklıklara ve sorunlara neden olacağını şimdiden söylemek karamsar bir davranış olmayacaktır.

Alt Komisyon Tasarısı'ndaki 23. maddede yer alan düzenleme hem bu boşluğu doldurmayacak ve hem de içinde taşıdığı yanlışlık nedeniyle hatalı uygulamaları sonuçlayacaktır.

Hükümet Tasarısı'nda 140. maddede yer alan acıyı dindirme saikinin bu düzenlemede yer almaması, anlaşılabilir bir tutumun sonucudur.

Madde 87

İntiharin, çok ayrıntılı düzenlenmesi sadece tuhaf terimi ile değerlendirilebilir. Dördüncü fıkradaki düzenleme kendi içinde bir anlamsızlığı taşımaktadır. Şöyle ki: anlama ve algılama yeteneğine sahip olmayan kişi intihara nasıl sürüklenecektir? Alt Komisyon böylece, bu gibi ayrıntılı düzenlemelerle, kazuistik-dinsel bir yaklaşımın etkisi altında bulunma izlenimini yaratmaktadır.

Madde 88

Burada, taksirin tanımını veren 22. madde açısından yaptığımız eleştiriyi aynen tekrarlamaktayız.

Madde 89

Türk Hukuku'nda kasten "*müessir fiil*" ve son yıllarda Yargıtay kararları ile giderek yerleşmiş bir terim olarak ortaya çıkan etkili eylem terimleri bir kenara bırakılarak, yaralama gibi, günlük dilde kullanılan bir terimin hukuki terim haline getirilmesi hatırlıdır ve yanlış yorumlara yol açabilecektir. Nitekim, yaralama, müessir fiilin sadece bir bölümünü ifade etmekte, buna karşılık akli melekelerde karışıklık gibi yaralama sayılmayacak fiiller de müessir fiili oluşturabilmektedir.

Tanım da son derece hatalı olup, "*algılama yeteneğinin bozulması*" ile neyin anlaşılması gerektiği belirsizdir.

Hükümet Tasarısı muhafaza edilmelidir.

Madde 90

Bu maddenin üçüncü fıkrasındaki “kemik kırılması”na bu kadar önem verilmesi , anlaşılabilir bir şey değildir.

Dördüncü fıkrada kastın aşılması suretiyle adam öldürmede, kasten müessir fiilin ağırlaştırıcı sebeplerine ayrı ayrı yollama yapılarak, farklı yaptırımlara bağlı kılma gibi, tuhaf bir düzenleme yapılması hatalıdır.

Madde 93

İnsan üzerindeki deney, ilke olarak suç biçiminde belirlenmişse de, bilimsel deneylerin koşullarının ortaya konulması, bilimsel deneye olanak veren bir ortam yaratabileceğinden tehlikeleri de içermektedir.

Madde 94

Bu maddedeki konu ile ilgili özel düzenleme mevcut olup, 2238 sayılı Organ ve Doku Nakilleri Hakkındaki Kanun’da, benzer fiiller suç olarak tanımlanmıştır. Bu madde, kabul edilmek isteniyor ise, anılan kanuna dahil edilmesi daha doğru olacaktır.

Ancak, madde 95’deki istisnai hali anlayabilmek mümkün değildir. Gerçekten, bu madde ile organ ticareti adeta serbest hale getirilmekte ve 94. maddedeki suç daha başlangıçta kadük olmaktadır. Kaldı ki maddede önemli bir teknik hata mevcuttur: Gerçekten bilindiği üzere zorunluluk hali, bir hukuka uygunluk sebebi sebebi olup . bu durumda faile hiçbir ceza verilemez. Oysa maddede, hem zorunluluk hali belirtilmekte ve hem de cezanın indirilebileceği ifade edilmektedir.

Madde 96’daki düzenleme teşebbüs ile ilgili genel düzenleme karşısında anlamsız kalmakta ve bir tekrar olmaktadır.

Madde 97-99

Bu bölüm içeriği faili, mağdurları yönünden tamamen yanlış bir bakış açısı ile kaleme alınmıştır. Bunun yerine, Hükümet Tasarısı’ndaki 142, 144. maddeler arasında yer alan düzenleme çok daha uygun ve bilimseldir.

raporlar

Özellikle, 99. maddedeki eziyet suçunun ne olduğunu anlayabilmek ve kanunilik ilkesi ile bağdaştırabilmek mümkün değildir.

Madde 100-101

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme, hem kabul edilemeyecek derecede ağır ve hem de kast kavramının genel ilkelerine aykırıdır.

Madde 101/2'deki yaklaşım ile bu maddedeki yaklaşım derecelenme yönünden çelişkilidir.

Madde 102-104 arasında yer alan düzenlemelerde, 10 haftadan fazla gebeliklerde rıza ile çocuk düşürmenin zorunlu hallerde mümkün olabileceğinin belirtilmesi Hükümet Tasarısı'na göre daha dar bir hukuka uygun alan yaratmaktadır.

Bunun yanı sıra, suç sonucu gebeliği düzenleyen Hükümet Tasarısı'nın 155. maddesinin kaldırılması, gelecekte Türk toplumunda pek çok istenmeyen ağır durumlara neden olabilecektir.

Madde 105

Maddede, "*cinsel davranış*" tan ne anlaşılması gerektiği açık olmadığı gibi, burada ihlal edilen husus vücut dokunulmazlığı değil, bunu da içerecek şekilde cinsel dokunulmazlıktır.

İkinci fıkrada kullanılan "*vücuda*" terimi, ırza geçme suçunun alanını oldukça genişletmektedir.

Cinsel saldırı terimi ve suçu içerisinde, yürürlükteki kanun ve hukukumuzda yer alan ırza geçme ve ırza tasaddi suçları ve hatta sarkıntılık suçları bir arada düzenlenmektedir ki bu hal ileride cinsel eylemlerin çok ağır cezalarla karşılaşmasına neden olabilecektir.

Madde 102/2'de öngörülen suça tesir eden ağırlaştırıcı sebebin nedenini anlayabilmek mümkün olmamıştır.

Böylece kazuistik ceza kanunu düzenlemesinin bir diğer örneği ile karşılaşılmaktadır .

Madde 106

Maddede çocuğun güncel bir toplumsal sorununun dile getirildiği görülmektedir. Ancak, bu madde cinsel yönden istismarın ne olduğunu açıklamamakla suçta kanunilik ilkesine aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Madde 107

İkinci fıkrada, kanunkoyucu, şikayet olmaksızın onbeş yaşını bitiren biri ile sevişme kategorisini belirlemiş olmaktadır! Buna göre, 16 yaşındaki biri ile, 19 yaşındaki biri, ceza tehdidi olmaksızın sevişebilecek ve fakat 20 yaşında olursa bu hal şikayet dahi aranmadığından suç olacaktır...

Madde 109

Maddedeki cezanın hayli düşük tayin edilmesi Çağdaş Ceza Hukuku anlayışına aykırıdır.

Maddenin son fıkrası, apaçık hukuki bir gerçeğin gereksiz ve anlamsız tekrarından ibarettir.

Madde 111

Maddede, cebir suçunun cezasının kasten müessir fiil ile karşılaştırılması ve ondan daha ağır bir düzenlemeye gidilmesi hatalıdır.

Madde 118

Hükümet Tasarısı'nun 171, 175. maddeler arasındaki ayrıntılı düzenleme yerine bir tek madde ile inanç, düşün ve kanaat hürriyeti ile ilgili düzenleme getirilmesi gelecekte son derece önemli sorunların ortaya çıkmasını sonuçlayacaktır. Örneğin; TCK 175. maddedeki suçun kalması sonucu, bir dine sövmek serbest olacak ve toplumsal barış bozulabilecektir.

Madde 119

İkinci fıkra, yerleşik Yargıtay kararlarına, yürürlükteki kanunla ortaya çıkan uygulamaya ve aile birliği kavramına aykırıdır.

raporlar

Ayrıca, Hükümet Tasarısı'nın 178. maddenin bu Tasarı'ya alınmaması büyük bir eksikliklerdir.

Hükümet Tasarısı'ndaki düzenleme çok daha akla ve genel hukuk kurallarına uygundur.

Madde 121

Maddede belirtilen, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi suçunu, 124. maddede düzenlendiği halde, burada zikredilmesi, önemli bir yanlışlıktır.

Madde 127

Maddenin 3/b ve c bentlerinde, yürürlükteki ceza kanununda ve Hükümet Tasarısı'nda din hürriyeti aleyhine işlenen bazı hükümlerin hakaret suçunun ağırlaştırıcı sebebi haline getirildiği görülmektedir. Bu düzenleme ile din hürriyeti soyut olmaktan çıkarak, kişiye bağlı bir unsur haline gelmektedir ki bu husus ileride, belirli bir dünya görüşüne sahip toplulukların savunma delili ve silahı olabilecektir.

Madde 129

Bu madde, iki yönden hatalıdır:

İspat hakkı genel kural haline getirilmekte, hatta bir karine olarak varlığı dahi aranmamaktadır.

Mahkeme kararının ispat vasıtası olarak kabulü, bireysel onuru ayakları altına alıcı ve mahkumun ömür boyu damgılanması ve her türlü hakarete boyun eğme yükümlülüğü altına sokucu bir özellik taşımaktadır

Madde 130

Maddede, idari makamlara yapılan başvurulara dokunulmazlığın genişletilmesi uygundur ancak, madde yazımı boşluklarla dolu olup, bunun yerine, Hükümet Tasarısı'nın 184. maddesi korunmalıdır.

Madde 136-142

Bu maddeler arasındaki düzenlemeler genellikle yerinde olmakla beraber, Hükümet Tasarısı'ndaki maddelerin daha ahenkli, tutarlı ve

ayrıntılı olması nedeniyle daha uygun nitelik taşıdığını belirtmek gerekir.

Madde 143-149

Hırsızlıkta, malın değerinin azlığının, hafifletici sebep sayılmasına karşın, değerinin fazla olmasının ağırlatıcı sebep sayılmamasının gerekçesi anlaşılamamaktadır.

149. madde başlığındaki zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğinden artık cezada indirimden veya ceza verilmeyeceğinden söz edilmemek gerekir. Madde başlığı ile içeriği birbirine hukuk bilimi verileri çerçevesinde uymamaktadır.

Madde 150

Ceza politikası açısından cezanın maddede öngörüldüğü biçimde ağır olması, hatalıdır. Düzenleme yeniden gözden geçirilmelidir.

Madde 153/2

Hayvan hakları hakkında kanunun çıkarıldığı günümüzde, hayvanların bir mal olarak telakki edilmesi artık çağdaş bir düşünce olmadığı gibi, bu fıkranın suçun basit halinden sonra öngörülmesi sistematik yönden çok hatalıdır. Hükümet Tasarısı bu noktada daha kabul edilebilir bir düzenleme getirmiştir.

Madde 155

Yürürlükteki Ceza Kanunu'nda din hürriyeti aleyhine işlenen cürümler arasında (m. 177) öngörülen bu suçun, basit bir mala zarar verme suçu olarak telakki edilmesi, din hürriyetini zedeleyici aşırı materyalist bir yaklaşım biçimini oluşturmaktadır.

Madde 160

Yürürlükteki ceza kanununa benzer bir düzenleme içinde olmakla birlikte, fazla kazuistik olması yönünden hatalı sayılabilir.

Madde 163

Maddede belirtilen hileli iflas hallerinin, dördünün birden aranması gerekliliğini ortaya koyan yazım şekli hatalıdır. Bunlardan biri-

raporlar

nin varlığı halinde hileli iflas meydana gelebilmeli ve yazım bu şekilde olmalı idi.

Taksirli iflas suçta kanunilik ilkesini ihlal edici bir nitelikte düzenlenmelidir.

Aslında, hileli ve taksirli iflas TCK içerisinde çıkarılıp İİK'na aktarılmalı ve İİK'daki teknik unsurlar üzerine inşa edilmelidir.

Madde 165

Karşılıksız yararlanma yürürlükteki TCK 521/b'yi almış, 521/a'yı almamıştır. Oysa TCK 521/a, uzun yıllar türk hukukunun tartıştığı ve Yargıtay kararları ile çözümlendiği bir sorunu düzenlemek üzere 1991 yılında yürürlüğe girmiştir. Hükümet Tasarısı'nda da aynı durum 222 ve 223. maddelerde ayrıntılı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bu yönden Alt Komisyon Tasarısı hata derecesinde eksiklik taşımaktadır.

Madde 167

Gerek yürürlükteki ceza kanununda gerekse Hükümet Tasarısı'nda öngörülen,

- Önceki suça iştirak etmemek,
- bilmek şeklindeki unsurlara yer verilmemesi büyük bir hatadır.

Bu maddede, para cezasının miktarı 1000 güne kadar hesaplanmıştır ki, bu, Tasarı'nın 52/1'de öngörülen "*730 günden fazla olmamak üzere*" biçimindeki üst sınıra tamamen aykırıdır.

Madde 177

Bu maddede yer alan suç, doğrudan doğruya kişinin sağlığına karşı bir suç olmakla genel tehlike yaratan suç olarak düşünülmesi bizce hatalıdır.

Madde 183-186

Dört madde olarak düzenleme iddiası ile belirlenen çevre ve imar suçları ile ilgili genel, ayrıntılı ve eksiksiz düzenlemelerin, çevre kanununda ve imar kanununda yer alması çok daha uygun olurdu. Çünkü,

TCK'na, bu konularla ilgili maddelerin getirilmesi, ileride kanunlar ihtilafına yol açabilecektir.

Madde 199

Türk Ceza Hukuku uygulamasında yıllardan bu yana, kalpazanlık olarak adlandırılan bir eylemi, sahtecilik biçiminde değiştirmek uygun değildir.

Ayrıca, sahtekarlık terimi yerine sahtecilik denilmesi dilbilgisi kurallarına tam olarak uygun değildir.

Madde 205

Türk Hukuk uygulamasında mühür fekki olarak adlandırılan bu suç biçimi, kamu güvenine karşı bir suç değil, kamu idaresi aleyhine işlenen suç niteliğinde olup bu bölümde yer alması hatalıdır.

Madde 206-210

Bu maddeler, toplumsal yaşayışımızda çok fazla işlenen sahtekarlık suçları ile ilgilidir. Hükümet Tasarısı'nın 279-290 arasındaki ayrıntılı ve suçun unsurlarını daha belirgin olarak ortaya koyan düzenlemelerinin tercih edilmesi toplumsal sorunların çözümü için daha uygun olacaktır.

Madde 216

Maddenin üçüncü fıkrasında, cezalandırma yönünden tahrikçinin azmettiren sıfatıyla cezalandırılacağını belirtmek gereksizdir, yürürlükteki ceza kanunumuzda belirlenen ibare daha yerinde ve hukukidir.

Madde 226

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, hem olaycı (kazuistik) yöntemi uygulaması ve hem de ortaya çıkabilecek hukuki sorunlardan bir ya da ikisini öngörmesinin gereksizliği itibariyle hatalıdır. Bu sorunlar genel kurallarla kolaylıkla çözümlenebilir.

Madde 228/1, 4, 7

Müstehcenliğin tanımının verilmemiş olması hata derecesinde eksikliklerdir.

raporlar

Dördüncü fıkradaki müstehcenlik varsayımları, önemli ve yerinde olmakla beraber gene olaycı yöntemin izlenmesi gelecekte pek çok boşluklar doğurabilecektir. Bunun yerine pornografik türünler kriterini kullanmak ve bunun tanımını doktrin ve içtihadada bırakmak daha uygun olacaktır.

Çocuklarla ilgili hükümlerin, yukarıda "*çocukların cinsel istismarı*" başlıklı 106. maddeye ilavesi daha doğru olurdu.

Son fıkrada hukuka uygunluk sebeplerinin yazılması gereksiz bir yaklaşımdır. Bu tür hukuka uygunluk sebepleri bütün suçlar için geçerlidir.

Madde 229

Birinci fıkranın ikinci cümlesinde hazırlık hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılması, teknik hukuk ilkelerine tamamen aykırıdır.

Maddenin son fıkrası, ülkemizde fuhuşla mücadele mevzuatında zaten varolan bir uygulamanın, ceza kanununda yeri olmaması gereken bir yazım biçimini oluşturması yönünden hatalıdır.

Madde 232

Maddenin 5 ve 6. fıkralarında yer alan düzenleme, güncel hayatta "*imam nikahı*" denilen dinsel eylem ve töreni özendirme yönünden hatalıdır.

Madde 235

Madde, her fıkrayı, müstakil suç şeklinde düzenlemekle hatalı bir yaklaşım göstermektedir. Buna karşılık Hükümet Tasarısı 335. madde daha tutarlıdır.

Madde 237-238

Bu iki suç arasındaki farklılık tam olarak madde metinlerinde belirtilmiş değildir. Kaldı ki, iki suç arasındaki yaptırımın uçurum derecesindeki farklılığı açıklanabilir bir durum değildir.

Madde 243

Bugüne kadar, TCK'da, yer almayan ancak toplumsal bir olayı belirleme amacını taşıdığını tahmin ettiğimiz bu düzenleme halen, ödünç para verme işleri hakkındaki mevzuat ile karşılanabilen bir durumdur. Bu maddenin kanunlaşması ileride kanunlar ihtilafını meydana getirebileceği gibi, hukuka özel aykırılığı ifade eden (istisnai) bir hükmün maddede yer almaması gelecekte bankerlerin ve hatta bankaların bazı işlemlerinin bu madde kapsamına girme tehlikesini dahi yaratabilecektir. Bu nedenle maddeye hiç olmazsa, "*kanunların izin verdiği haller haricinde*" biçiminde bir ibare eklenmelidir.

Madde 247

Bu maddede öngörülen ceza müeyyidesinin ağırlığı, tüm tasarıdaki ceza müeyyideleri ile belirli ahenk taşımamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, teşebbüs hareketlerinin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağına dair hüküm, güncel olayların yoğun baskısını yansıtmaktadır.

Madde 254

Basit-nitelikli rüşvet ayırımının kalkmış olması bizce hatalıdır. Maddenin yazımı da, hukuk tekniği bakımından uygun değildir.

Madde 259

Birinci fıkra ile ikinci fıkrada ayrı ayrı suçların düzenlenmiş olması, buna karşılık görevi ihmal etmenin görevi kötüye kullanma şeklinde nitelenmesi (maddenin başlığı açısından) hatalıdır.

Memuriyet görevinin ihmali suçunda unsurların belirlenmesi yararlı olmuştur.

Madde 269

İftira suçunun basın-yayın yoluyla işlenmesinin kabulü, basının, haber verme ve toplumun bilgilendirme hakkını gelecekte tamamen ortadan kaldıracaktır.

İftirada isnadolunan hususun suç olması yerine, hukuka aykırı fiilin öngörülmesi suçun kapsamını alabildiğine genişletecektir.

raporlar

Suçun ağırlaşmış şekillerinde başka suçlara yollama yapılması yanlış bir kanun yapma tekniğidir. Örneğin; maddenin dördüncü fıkrasında iftiraya uğrayan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde iftira edenin hürriyetten yoksun kılma suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulması ileride pek çok güçlüklerle sebebiyet verecektir.

Madde 280

Bu madde ile işlenmekte olan bir suçun, ihbarı bütün vatandaşlara bir görev-yükümlülük olarak getirilmektedir ki bu kişi hürriyetini alabildiğine sınırlayıcı etkilere sahip olacaktır.

Madde 284

Karapara aklama suçunu düzenleyen bu madde, halen mevcut 4208 sayılı Kanun ile önemli bir kanunlar ihtilafına yol açabilecektir.

Madde 287

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda, soruşturmanın gizliliğini ortadan kaldıran son değişiklikler karşısında, bu eylemin suç olarak kabul edilmesi tartışmalara sebebiyet verebilecektir.

Bu madde tümü itibariyle, basın hürriyetini ortadan kaldıracı etkileri yaratabilecektir.

Maddenin son fıkrası son derece belirsiz ve suçta kanunilik ilkesini ihlal edici bir özellik taşımaktadır.

Kaldı ki konulmak istenen suç ile ihlal edilen hukuki menfaat adliyenin menfaati olmakla birlikte, kişinin onur ve saygınlığı ile yakından ilgili olmakla özellikle suçun son fıkrası, şerefe karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenebilir.

Madde 289

Maddenin ikinci fıkrasındaki istisna, maddenin olumlu yönünü ortadan kaldıracıdır. Bu nedenle istisna hükmü maddeden çıkarılmalıdır.

Madde 290

5680 sayılı Kanun'da varolan hükmün değişik bir biçimde kale alınmış halini ifade eden bu madde, tıpkı 287. maddede olduğu gibi, basın hürriyetini ve ifade hürriyetini alabildiğine zedeleyebilecektir.

Madde 294

Maddenin dördüncü fıkrası düzenlemesi, kanun yapma tekniği bakımından yanlıştır. Bunun yerine ağırlaşmış suça ilişkin müeyyide- nin belirlenmesi daha yerinde olurdu.

Madde 299

Maddede belirtilen yaptırımların, ceza olmadığı açıkça belli ol- masına rağmen, bunların ceza şeklinde öngörülmesi açıklanamayacak ölçüde önemli bir hatadır.

Madde 300

Bu maddedeki düzenleme tamamen toplumsal olayların etkisi altında kalınarak kaleme alınmıştır. Özellikle avukatların mesleki faa- liyetlerini ortadan kaldırabilecek tehlikeleri içermektedir.

Maddede öngörülen fikri içtima hali hukuki bir hata teşkil edici bir değerlendirmeyi yansıtmaktadır.

Durum ve görüşümüzü saygı ile sunarız. 4.7.2004

**GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ,
İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ VE
İSTANBUL BAROSU TARAFINDAN DÜZENLENEN
TCK TASARISI ÇALIŞMA GURUBU
TOPLANTI NOTLARI**

Haz.: Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK*

25 Mayıs 2004 Salı günü İstanbul Kültür Üniversitesi'nde yapılan teknik çalışma gurubu toplantısına, Adalet Bakanı sayın Cemil Çiçek, Yargıtay üyeleri, hakimler, savcılar, Türkiye Barolar Birliği temsilcileri, başta İstanbul ve İzmir olmak üzere bazı illerimizin baro başkanları, Ceza Hukuku ile meşgul olan bazı avukatlar ile Türkiye'nin önde gelen çok sayıda ceza hukuku öğretim üyesi katılmış ve daha çok genel hükümlere ilişkin düzenlemeler üzerinde yapılan tartışmalı toplantıların neticesinde TBMM'de bulunan Tasarı hakkında ciddi eleştiriler yapılmıştır. Ancak hiçbir çalışma tamamen iyi veya tamamen kötü olamaz. Bu nedenle çalışma toplantısında da Tasarı'nın olumlu ve olumsuz yönleri ortaya konulmuştur. Biz aşağıda, Tasarı'nın toplantıda gündeme gelen en olumlu ve en olumsuz yönlerini aktarmakla yetineceğiz.

I. Tasarı'nın Olumlu Yönleri

1. Objektif sorumluluğu gerektiren durumların, Alman Ceza Kanunu esas alınarak sübjektif sorumluluk haline getirilmesi çok önemli bir yeniliktir.

2. Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının Çağdaş Ceza Hukuku seviyesinde yeniden ele alınarak ıslah edilmesi son derece isabetlidir.

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

raporlar

3. Kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması yıllardır yapılması beklenen yeni bir düzenlemedir.

4. Mevcut TCK m. 10a'da karmaşık olarak yer alan kuralın kaldırılarak sadece norm mukayesesi yapılmasının öngörülmesi uygulamayı rahatlatacaktır.

5. Tasarı'da çevreyi koruyacak düzenlemelere yer verilmesi; özellikle de gecekondulaşmayı ve çarpık yapılaşmayı önleyecek olan İmar kirliliğine neden olma (m. 186) suçuna yer verilmesi cesur ve olumlu bir yaklaşımdır.

II. Tasarı'nın Olumsuz Yönleri

1. Hükümet Tasarı'sı ile TBMM Adalet Alt Komisyonu Tasarı'sı arasında çok büyük farklar vardır. O kadar ki, görevi Hükümet'ten gelen Tasarı'yı incelemekten ibaret olan Alt Komisyon'un neredeyse yeni bir TCK Tasarı'sı hazırladığı anlaşılmaktadır. Yedi ay gibi kısa bir sürede 348 maddeden oluşan yeni bir TCK Tasarı'sı hazırlamak akıl ve bilimin esasları ile bağdaştırılamaz. Üyesi olmaya çalıştığımız Avrupa Birliği ülkelerinde bunun bir örneğini göstermek mümkün değildir.

2. Masa başında, bilimsel verilere dayanmadan alele acele hazırlanan bu tasarı büyük yanlışlıklarla doludur. Örneğin;

A. Tasarı'da, örneğin; 3. ve 20. maddelerinde Anayasal ilkelere yer verilmesi kanun yapma tekniğine aykırı görülmüştür. Böyle bir yaklaşım, Anayasal ilkeleri minimize etmek anlamı taşıyacağı gibi, karışıklıklara da yol açabilecektir.

B. Geri vermeye ilişkin düzenlemeler eksik olduğu kadar çağdaş düşüncüyü de yansıtmamaktadır. Gerçekten, örneğin; bir taraftan Avrupa Birliği'ne girmeye çalışırken bir yandan da müteakabiliyet esas çerçevesinde vatandaşın geri verilebilmesini kabul etmemek ciddi bir çelişkidir.

C. Kast, gayri muayyen kast ve bilinçli taksire ilişkin düzenlemeler ile bunlara ait gerekçeler anlaşılammamaktadır. Tasarı'da gayri muayyen kast ile bilinçli taksir ciddi surette birbirine karıştırılmıştır. Olası

yani gayrimuayyen kastı tanımlamak ciddi bir hatadır. Gerekcede verilen izahat bilimsel esaslardan uzaktır

D. Tasarı'yı hazırlayanlar, Tasarı'nın sade vatandaşlar tarafından da anlaşılabilir şekilde yazıldığı iddiasındadır. Gerçekten kanunilik ilkesi bunu gerektirir. Ancak Tasarı'nın pek çok maddesini, bırakın halkı, nitelikli hukukçuların dahi anlaması olanaksızdır. Örneğin; hata başlıklı m. 30 aynen şöyledir: *"(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır."* Daha fazla söze gerek var mı?

E. Çocuklara ve akıl hastalarına ilişkin düzenlemeler Hükümet Tasarısı'nın çok gerisindedir.

F. Sağır ve dilsizlik artık tedavi edilebilir olduğundan isnat kabiliyetini etkileyen bir durum sayılmamaktadır. Tasarı bu yönden de çağın gerisinde kalmıştır.

G. Müteselsil suça getirilen istisnalarda kıstasın ne olduğu merak konusudur.

H. Cezalar suç siyaseti biliminin esasları ile bağdaşmayacak oranda yüksektir. Tasarı'yı hazırlayan Alt Komisyon'un cezaları saptarken hangi kıstasları kullandığı bilinmemektedir.

I. Cezaların alt ve üst sınırları gösterilirken makasın oransız bir şekilde açılmış bulunması, Tasarı'da ilke olarak öngörüldüğü söylenen sözde genişletici yoruma varan kıyas yasağı ile ciddi surette çelişmektedir.

İ. Gün para cezası sistemi Kuzey Ülkelerinde başarı ile uygulanmakta ise de Türkiye'de uygulamada aynı başarının beklenmesi doğru olmaz. Bu sistem kullanılarak, örneğin; tüm şirketlerine el konulan bir büyük bankacı hakkında yapılan yargılama neticesinde para cezası tayin etmek ne derece mümkün olacaktır? Kayıt dışı ekonominin gün

para cezası sistemini zaafata uğratacağı açıktır. Bu nedenle gün para cezası sistemine geçiş fiilen mümkün oluncaya kadar geçiş düzenlemeleri yapmak gerekmektedir.

K. Teşebbüse ilişkin düzenlemeler bir başka yanlışlık kaynağı oluşturmaktadır. Gerçekten Tasarı'da tam ve nakıs teşebbüsün kaldırıldığı ileri sürülmektedir. Ne var ki aynı Tasarı'nın ihtiyari ile vazgeçme ve faal nedamet hükümleri okunduğunda böyle bir kaldırmanın olmadığı açıkça ortaya çıkmaktadır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

L. Tasarı'da yer alan bazı hükümler bir kanunda değil belki bir ders kitabında yer alabilir. Örneğin; bileşik suç başlıklı düzenleme aynen şöyledir: Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir... Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

M. Tasarı'da cezalar ölçüsüz bir şekilde artırılırken ceza hukukunun iyi halli sanıkları gözeten en önemli düzenlemelerinden biri olan ve onlara bir şans daha veren "tecil" yani "erteleme" için aranan süreler çok düşük tutulmuştur. Gerçekten Tasarı'nın 51. maddesine göre işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından, üç yıldır. Bu durumda erteleme, bir iki ufak tefek suç dışında neredeyse ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu durum ceza hukukunun evrensel ilkelerine ve Suç Siyaseti Bilimin'in esaslarına uygun değildir. Gerçekten Tasarı'nın 86. maddesine göre taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörüldüğüne göre, bu durumda dahi erteleme söz konusu olamayabilecektir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

N. Ölçüsüz bir şekilde yukarı çekilen cezalardan sonra Tasarı'nın 78. maddesinde yapılan ön ödemeye ilişkin düzenlemenin de ciddi bir değeri kalmamıştır. Oysa mevcut ön ödemelerin, ıslah edilerek etkili bir şekilde hukukumuzda kazandırılması; başta mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve insanların sanık olarak damgalanmalarının önüne geçilmesi olmak üzere pek çok yararı beraberinde getirebilirdi.

O. Tasarı'nın 76. maddesinde düzenlenen uzlaşmanın yeri TCK değil CMUK'tur.

P. Tasarı'nın özel hükümleri de toplantıda ana hatlarıyla ele alınmış; bu noktada da ciddi ve kapsamlı surette çalışma ihtiyacının bulunduğu anlaşılmış; yeni düzenlemelere yönelik ağır eleştiriler yapılmıştır. Örneğin:

a. Özel hükümlere ilişkin tartışmaların kadınların bacaklarının arasında sıkışıp kalması ciddi rahatsızlık yaratmıştır.

b. Yapılan bazı kriminolojik araştırmalara göre ülkemizde var olduğu belirlenen fücür (yani evlenmesi yasak olan kişiler arasında cinsi münasebet) Tasarı'da görmemezlikten gelinmiştir.

c. Rüsvete ilişkin düzenlemeler karalama kampanyasına müsait olduğu gerekçesi ile eleştirilmiştir.

d. Tasarı'da Tıbbi Ceza Hukuku'na özellikle de hasta, hekim ve sağlık personelinin haklarını teminat altına alacak düzenleme yok denecek kadar azdır; Hükümet Tasarısı'nda yetersiz de olsa, var olanların bazıları hiç dikkate alınmamıştır. İstem üzerine öldürme ve ötanazi gibi, Batı Kanunları'nda yer alan önemli konulara Tasarı'da yer verilmemiştir. Maddede deney kavramından ne anlaşıldığı belli olmadığından, insan üzerinde deney başlıklı 93. madde, henüz ilacı bulunamamış bir hastalığa yakalanmış olan çocukların ve rıza açıklamasında bulunacak durumda olmayan hastaların aleyhine sonuçlar doğuracak ve bilimsel gelişmeyi engelleyecek tarzda kaleme alınmıştır. Keza organ veya doku ticareti başlıklı 94. madde de, zaten sıkıntılı olan organ tedariki ve nakli olayını büsbütün olanaksız hale getirmektedir. Bu hüküm organ naklini bekleyen hastaları organ mafyasının kucağına itecektir. Zira maddede öngörülen drakonik cezalardan mafya değil dürüst, yasalara saygılı hekimler ve vatandaşlar etkilenecektir. Bu halile madde hükmü Türkiye gerçeklerine uygun değildir.

e. Tasarı'nın 84. maddesinde yapılan kasten insan öldürmeye ilişkin düzenleme sanığa ispat yükü getirmesi bakımından kabul edilebilir nitelikte olmadığı gibi hukukun evrensel ilkelerine de uygun değildir. İnsan hakları alanında bir gerileme anlamı taşımaktadır. Kaldı ki, bir taraftan CMUK m. 135'te sanığa susma hakkı getirilirken, diğer taraftan TCK'ya böyle bir düzenlemenin sokulmak istenmesi vahim bir çelişkidir. Gerçekten, 84. maddeye göre, bir insanı kasten

öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun ani kararla işlenmesi durumunda, kişi yirmi dört yıldan otuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Burada sanığın suçu ani kastla işlediğini kim ispatlayacaktır?

f. Tasarı'nın, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi başlığını taşıyan 86. maddesini anlayabilmek mümkün değildir. Madde aynen şöyledir: *"Kişinin yükümlü olduğu belli bir icraî davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icraî davranışa eşdeğer olması gerekir."* Hukukçular tarafından dahi anlaşılamayan bu düzenleme kanunilik ilkesine uygun değildir. Bu düzenleme Almanca'ya çevrilerek bir Alman hukukçuya sorulması halinde, alınacak yanıt son derece olumlu olabilir; ancak söz konusu tasarı Almanlar için değil Türk halkı için yapıldığına göre, her vatandaşın anlayabileceği tarzda kaleme alınması gerekir. Kanunilik ilkesi bunu gerektirir. Bu eleştiri pek çok düzenleme için geçerlidir.

g. Tasarı'nın 97. maddesinde *"işkence"*, 99. maddesinde de *"eziyet"* kavramına yer verilmekle bir kavram kargaşası yaratılmıştır. İşkence tanımı anlaşılmasız bir üslupla ve Türk Dil Bilgisi Kuralları ile bağdaşmaz bir tarzda kaleme alınmıştır. Buna göre: Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren... cezalandırılır.

h. 124. madde, türbanlı olarak, örneğin; üniversiteye girmek isteyen engel olan, örneğin; dekanı veya rektörü cezalandırmaktadır. Bu düzenleme Anayasa'nın laikliği teminat altına alan 2. maddesi ile çelişmektedir.

1. Özel hayatı korumak üzere 135 ila 137. maddelerle getirilmek istenen düzenlemeler basın özgürlüğünü tehdit eder bir tarzda kaleme alınmıştır. Özgür ve sansürsüz basın, temiz toplumun ve demokrasinin teminatıdır.

3. TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda, neredeyse 20 yıldır kamuoyunda tartışılan ve çok sayıda bilim adamı ve uygulamacının yer aldığı Dönmezer Komisyonu'na hazırlanan Tasarı'nın yok sayılması doğru olmamıştır.

4. 2004 yılının Aralık ayında Avrupa Birliği'nden tarih almak için TCK gibi toplumu derinden etkileyecek bir kanun tasarısını kullanmak kabul edilemez. Böyle bir tutum ileride telafisi olanaksız zararlara yol açabilir.

5. Çok hızlandırılmış TCK Tasarısı, hızlandırılmış trenin yarattığı faciadan çok daha büyüklerine sebep olabilir.

6. Tasarı ciddi bir şekilde yeniden gözden geçirilmeli; geniş katımlı çalışma gurubu toplantılarında tartışılmalı ve olgunlaştırıldıktan sonra TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmelidir. Ne yazık ki, bu yapılmadan Tasarı Genel Kurula gönderilmiştir.

7. Tasarı'yı hazırlayan Alt Komisyon üyelerinden Niğde Milletvekili Orhan Eraslan'ın kaleme aldığı "*ayrışık oy*" yazısında özetle şunları söylemektedir:

A. Türk Ceza Kanunu'nun 78 yıldan bu yana ilk defa bütünüyle yeniden yazılma çalışmalarına girilmiştir. Bu açıdan, yapılan çalışmayı çok önemli ve tarihi fırsat olarak görmekteyiz. Bu tarihi fırsatın aceleye getirilmeden çok iyi değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

B. Yasa yapmak kuşkusuz zor bir iştir. Ama ceza yasası yapmak çok daha zor bir iştir. Bunun için hem teori gerekir, hem pratik uygulamaları bilmek gerekir. Her ne kadar Alt Komisyonu'nunda bu çerçevede içerisinde Komisyon'a danışmanlık yapan üç ceza hukuku doçenti ve bir Yargıtay üyesi bulunmaktaysa da bu katılımı Türkiye'nin tüm hukuk birikimini ceza yasasına yansıtılabildiğini söyleme imkânı yoktur.

C. Ceza yasaları nitelikleri gereği sık sık değiştirilmemesi gereken, belli bir ceza siyasetinin üzerine oturması gereken yasalardır. Bu itibarla, yasalaştırma çalışması yapılırken dengelerin iyi gözetilmesi, ceza teorisinin ve pratik uygulamaların dikkate alınması, kısaca ülkedeki ceza hukuku birikiminin evrensel uygulamalar ve teori de nazara alınarak yasaya iyi yansıtılmaları gerekmektedir.

D. Alt Komisyonu'nunca hazırlanan Türk Ceza Yasası Tasarısı'nın hazırlanmasında bu sürecin bütünüyle uygulanabildiğini söyleme olanağı yoktur.

E. Hükümetçe hazırlanan Tasarı bütünüyle Alt Komisyon tarafından değiştirilmiş ve yeniden yazılmıştır. Bir anlamda Alt Komisyon metni Alt Komisyon Tasarısı'na dönüşmüştür. Yani Hükümet Tasarısı ile uzak-yakın bir ilgisi bulunmamaktadır.

F. Anlayış olarak da farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Yanlış mı yapılmıştır sorusuna olumlu cevap verme olanağı bulunmamaktadır. Ancak 1987'den bu yana yapılan çalışmaların elimizdeki Tasarı'ya yansıtıldığını söyleme olanağı yoktur. Benimde içinde yer aldığım Alt Komisyon'ca kaleme alınan metnin hukuk çevrelerinde tartışılmaya muhtaç olduğu kaçınılmaz bir gerçektir.

G. Ülkemizin bütün hukuk birikimi ben de dahil olmak üzere hiçbirisi özel alan uzmanlığı formasyonuna sahip olmayan çok iyi niyetli beş milletvekili ile yine çok gayretli üç ceza doçenti ve gerçekten çok tecrübeli ve değerli bir Yargıtay üyesinin katılımıyla yansıtılacağı iddiası abartılı bir beklentiden öte değildir...

H. Bu itibarla Alt Komisyon'ca hazırlanan Tasarı'nın hukuk çevrelerinde tartışılmasından sonra kanunun yeniden gözden geçirilerek Adalet Komisyonu'na sevkinin daha doğru olacağını; hele hele yeterli tartışma süreci yaşanmadan aceleye getirilerek yasalaştırma çalışmalarını Genel Kurul'a getirilmesinin daha da hatalı sonuçlara yol açacağı düşüncesiyle Ayrışık Oy Yazısı yazılarak Sayın Başkanlığa arz olunmuştur.

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ'NİN

TCK TASARISI HAKKINDAKİ RAPORU

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

Bilindiği gibi, Türkiye’de özellikle son 20 yıllık dönemde süreklilik arzeden bir geçmişe dayanan ve bir kısım öngördüğü kurallar mevcut Türk Ceza Kanunu’na aktarılan ceza hukuku alanında reform yapılması yönündeki çabalar, 2003 yılında hazırlanan “*Türk Ceza Kanunu Tasarısı*” ile son aşamaya gelmiş, bazı yönleriyle eleştirilebilecek ve eleştirilmiş olan anılan Tasarı, Hükümet tarafından TBMM’ye sunulmuş; Adalet Alt Komisyonu’na havale edilen metin, Komisyon’ca daha ilk maddeden başlayarak önemli değişikliklere uğramıştır.

Adalet Alt Komisyonu’nun hazır elde bir Tasarı varken, bu Tasarı’ya yönelik eleştirileri göz önünde bulundurarak, Hükümet Tasarısı üzerinde çalışacak yerde, bu Tasarı’yı tamamen kenara atıp, adeta yeni bir Tasarı’yı kamuoyuna sunmuş olmasının nedeni, doyurucu bir açıklamaya yer verilmediği gibi, tarafımızdan da anlaşılammıştır. Kaldı ki, Hükümet ve onun Adalet Bakanı, hazırladığı bu Tasarı’nın “*arkasında durmamış*”, birçok yönden yapılan değişiklikler sonucu ortaya çıkan yeni metin, artık bir “*Hükümet Tasarısı*” olma nitelik ve özelliğini kaybetmiş; deyim yerinde ise, halen yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi “*yamalı bohça*”ya dönüştürülmüştür.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, Hükümet tarafından TBMM’ye sunulan TCK Tasarı’ndan “*tamamen farklı*” yeni bir Tasarı ile karşı karşıya olduğumuz için, bunun bu kadar kısa bir süre içinde tüm yönleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilmesi bize mümkün görünmemektedir. Hükümet Tasarısı’ndan tamamen farklı yeni bir Tasarı hazırlanması gereksinimi duyulduğuna göre, bu Tasarı’nın, kamuoyu,

bilim çevreleri ve uygulamacılar tarafından yeniden tartışılması için daha uzun bir süreye ihtiyaç olduğu düşünülmektedir.

Öte yandan yeni TCK Tasarısı, Ankara Gazi Üniversitesi ve İstanbul Kültür Üniversitesi'nde yapılan toplantılarda bilim adamları ve uygulamacılar tarafından tartışılmış; ancak bu tartışmalar sırasında ortaya konan görüş ve eleştirilerin hiçbirisi, görüş almak için bastırılıp ilgili kurumlara dağıtılan Tasarı metni üzerinde bir değişikliğe yol açmamıştır. Oysa özellikle *"yasallık ilkesi"*, *"suç ve cezanın orantılı olması"*, *"ceza hukukunun fragmanter ve ultima ratio niteliği"* ile bağdaştırılması son derece güç bazı düzenlemelerin, mevcut eleştirilere rağmen, muhafazasında ısrar ediliyor olması, bundan sonra Tasarı'ya yönelik olarak ortaya konan görüş ve eleştirilerin dikkate alınacağı konusunda ciddi kuşku ve duraksama yaratmaktadır. Aralık 2004'te AB'den *"görüşme tarihi alma"* yönündeki beklenti nedeniyle 5 aylık kısa bir süre içerisinde hazırlanan ve *"Meclis tatile girmeden"* TBMM'den geçirilmesi düşünülen Tasarı'ya yönelik eleştiri ve değerlendirmelerin, bu kadar kısa süre içinde *"gerçekten"* göz önünde bulundurulacağı bize pek gerçekçi görünmemektedir.

Süre açısından karşı karşıya bırakıldığımız *"çaresizlik"* durumuna ve Tasarı'ya yönelik değerlendirmelerimizin göz önünde bulundurulacağı yönündeki ciddi kaygı ve kuşklarımıza rağmen, bilim adamı olarak *"topluma karşı"* duyduğumuz sorumluluğun gereği olarak, Tasarı'ya yönelik eleştiri ve değerlendirmelerimizi, bu kadar süre içerisinde *"olabildiği kadarıyla"* onun gerçek sahipleri olan Yüce Türk Milleti adına Meclis'e sunmayı bir görev bilmekteyiz.

1. Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Genel Hükümlerine (M. 1- 78) Yönelik Değerlendirmeler

1. Ceza Kanunu'nun Amacı

Tasarının 1. maddesinde ceza kanununun amacı olarak *"kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek"* olarak belirtilmiş, gerekçede ise, bu hükmün getiriliş amacı olarak *"bireyin sahip olduğu hukuki değerleri, hak ve özgürlükleri güvence altına almak"* tan söz edilmiştir. Karşılaştırmalı hukukta, ceza kanununun amacını ayrıca

kanuna koyma gereği duyan, bir ceza kanunu bildiğimiz kadarıyla yoktur.¹ Ceza kanununun, bireyin özgürlüklerini koruma amacına, bu yönde bir düzenlemeye ceza kanununda yer verilmesiyle değil, getirilen düzenlemelerin gerçekten bu amacı sağlamaya uygun olması ile ulaşılabilir. Böyle bir açıklamanın yeri "*Ceza Genel Hukuku*" ders kitabı olabilir ise de, herhalde böyle bir düzenlemeye Ceza Kanunu'nda yer almamak gerekir.

Kaldı ki, bu yönüyle bile mevcut düzenleme bazı yanlışlık ve eksikliklerle doludur. Örneğin; "*suçların işlenmesinin önlenmesi*", ceza hukukuna değil, Önleyici Kolluk Hukuku'na giren bir konudur. Çünkü Ceza Kanunu'nun devreye girebilmesi için ortada işlenmiş veya en azından işlenmesine teşebbüs edilmiş bir suç olmalıdır. Bu yönüyle ceza kanunları, önleyici değil, "*bastırıcı*" (répressif) bir işleve sahiptir ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzeninin, o suçu cezalandırmak suretiyle yeniden tesis etme amacı güder. Öte yandan, ceza kanununun "*kamu düzenini ve çevreyi korumak*" gibi bir amacının bulunduğunu söylemek, sözgelimi, bireyin yaşamını, vücut bütünlüğünü, cinsel özgürlüğünü, malvarlığını v.s. korumak gibi bir amacı olmadığı biçiminde yanlış bir anlamaya da yol açabilir. Nihayet Ceza Kanunu'na "*çevreyi korumak*" gibi bir işlev yüklendiği halde, en önemli amacı olması gereken "*suçluyu yeniden topluma kazandırmak*" gibi bir amaca yer verilmemesi açıklamasız kalmaktadır.

Ortaya konan bu nedenlerle Tasarı'nın 1. maddesi, metinden tamamen çıkarılmalıdır.

2. Yasallık İlkesi (Tasarı m. 2)

a. Tasarı'nın 2/2. maddesinde yer alan "*idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz*" yönündeki hüküm gerçekçi olmadığı gibi, karşılaştırmalı hukuktaki eğilime de yabancıdır.

¹ Örneğin Alman CK, İsviçre CK, Avusturya CK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönde bir düzenlemeye yer vermeyen anılan ülkelerde, ceza kanunlarının gerekçede belirtilen amaçlar dışında Tasarı gerekçesinde de değinilen "*devlet ideolojisini benimsetmek, rejimi ayakta tutmak*" gibi "*başka amaçlar da*" izleyebileceği yönünde gerek uygulama ve gerekse öğretilerde bir görüşe rastlanmamıştır.

Örneğin; Almanya'da, ceza normlarının, tamamlanmasını bir başka yasa veya yönetsel işleme bırakabileceği;² bununla birlikte yasallık ilkesi, neyin yasak olduğunun bizzat yasa koyucu tarafından formüle edilmesini gerekli kıldığı için yasadan daha aşağı normların ancak ayrıntıya inen konulara ilişkin düzenleme getirebileceği kabul edilmektedir.³ Gerek demokrasi ve gerekse belirlilik ilkesinden hareketle ortaya konan eleştirilere rağmen, öğretide çoğunluk görüşü⁴ ve gerekse Alman⁵ ve Avusturya⁶ Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları, yalnızca cezalandırılabilirlik için önemli koşulları ve cezanın tür ve ağırlığını gösteren, buna karşılık, içeriği, idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenen suç tiplerinin anayasa ile bağdaşır olduğunu kabul etmektedir. Bunun için aranan koşul, dolduran normun, yasallık ilkesinin bir sonucu olarak belirlilik ilkesinin gereklerine uygunluk göstermesidir.

Öte yandan, blanket norm uygulaması, "uyum sağlanmak" istenen Avrupa Birliği (AB) normlarına iç hukukta etki kazandırmak açısından da vazgeçilmeyecek bir yol olarak görünmektedir. Gerçekten doğrudan uygulanabilir Avrupa Topluluğu işlemleri (tüzüklere) söz konusu olduğunda ulusal yasa koyucunun tüzük içeriğini iç hukuka aktarması hem gereksiz ve hem de ATAD kararlarında da vurgulandığı üzere⁷ sakıncalıdır. Bu durumda AT tüzüklerine yönelik ihlallerin cezalandırılması gereksinimini karşılamak için, topluluk tüzüklerine gönderme yapan blanket ceza normlarına yer verilmesi kaçınılmaz bir zorunluluk olarak görünmektedir.⁸

² Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 8 no. 100

³ Schmitz, Roland, in: Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, München 2003, 1 no. 50

⁴ Gribbohm, Günther, in: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. I, 11. Auflage Berlin-New York 1992, 1 no. 35; Schmitz, in: MK 1 no. 49

⁵ BVerfGE 29, s. 210

⁶ Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne göre, "bu tür normlara dayanarak bir davranışa izin verilmediği ve bu nedenle de cezalandırılması gerektiği, normun muhatapları tarafından hangi davranışlara izin verildiği, hangisine izin verilmediği ayrımının, norma tabi olanların yükümlülüğe uygun sayılan davranışlarının içeriği hakkında her türlü haklı tereddüdü ortadan kaldıracak biçimde açık olarak anlaşılabiliriyorsa, ancak bu takdirde ve bu koşulla kabul edilebilir" (Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs 14, s.319).

⁷ ATAD, Slg. 1971, s. 1049 (Politi kararı); ATAD, Slg. 1973, s. 114 vd. (Komisyon/İtalya kararı)

⁸ Kert, JBl 1999, s. 095

Bundan başka, bir taraftan düzenleyici işlemlerle “ceza” konulamayacağı belirtilirken, diğer taraftan “ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası”nın “tüzükte” belirtilen rejime göre çektirileceğinin öngörülmesi (Tasarı m. 47) kendi içinde çelişki oluşturmaktadır.

Sonuç olarak idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza yaratılmasından ileri gelen kaygıları paylaşmakla birlikte, belirlilik ilkesinin gerekli kıldığı güvencelere uyulduğu sürece, böyle bir uygulamanın yasallık ilkesine aykırı düşmeyeceği söylenmelidir. Bu yüzden Tasarı’nın 2/2. maddesi, metinden çıkarılmalıdır.

b. Tasarı’nın 2/3. maddesinde “suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı” öngörülmektedir.

Bir ceza hukuku kuralının yorumunda, kuralı uygulayacak olan kişi, gramatik (lafzi), teleolojik, tarihsel ve sistematik yorum kurallarından yararlanır.⁹ Bugün de normun lafzı, tarihsel yasa koyucunun iradesi, normun diğer normlarla ilişkisi ve objektif amacı yorumda bağlantı noktası oluşturmaktadır.¹⁰ Bu yorum kurallarından birisinin diğerine göre bir önceliği olmayıp, yalnızca lafzi yorum, çıkış noktası ve diğer yorum yöntemlerinin sınırı olarak özel ve öncelikli bir yere sahiptir. Bunun anlamı, bu yorum yöntemleri karşılıklı olarak birbirlerini sınırlamaz, aksine tamamlarlar. Ceza hukukunda, -yasallık ilkesinin bir sonucu olarak- diğer hukuk alanları ile karşılaştırıldığında, yorumun sınırı daha dar olup, normun lafzına günlük dilde verilebilecek olası anlam, yorumun sınırını oluşturmaktadır.¹¹ Gerçekten yasallık ilkesi, cezalandırılabilirliğin koşulu olarak biçimsel anlamda bir yasa’nın mevcudiyetini gerektirmekte¹² ve yargıcın takdir yetkisi, yasanın lafzına sıkı bağlılık nedeniyle diğer hukuk dallarına göre önemli ölçüde daralmaktadır. Bu bakımdan yorum yoluyla, yasaya, onun lafzını veya yasa koyucunun açık iradesini aşan ve onun dışına çıkan bir anlam verilmesi söz konusu değildir.

Bu açıklamalar ışığında Tasarı’nın 2/3. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, getirilmek istenen düzenlemenin, mevcut Ceza

⁹ Wessels/Beulke, Strafrecht AT, no. 57; Schmitz, in: MK 1 no. 68 vd.

¹⁰ Bkz. Larenz, Methodenlehre, s. 320 vd.

¹¹ Roxin, Strafrecht AT/I, 5 no. 26 vd.; Schmitz, in: MK 1 no. 67

¹² Rudolphi, SK-StGB, 1 no. 4; Gribbohm, in: LK, 1 no. 26

Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay'ın zaman zaman yorum sınırını aşarak kıyasa varan uygulamasına¹³ engel olmak amacı güttüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte getirilen düzenlemenin uygulamayı yönlendirici gücü fazla olmayacaktır. Nitekim Yargıtay da, bu sonuca varırken, kıyas değil, genişletici yorum yaptığını belirtmektedir. Bu yönde bir açıklamaya "Ceza Genel Hukuku" ders kitaplarında yer verilebilir ise de, herhalde böyle bir düzenlemenin yeri "Ceza Kanunu" olmamak gerekir. Her ne kadar anılan madde gerekçesinde, -madde numarası verilmeksizin, Fransız CK'sının "ceza kanunları dar yorumlanır" yönündeki 111-4. maddesine gönderme yapılmış ise de, birçok ülke ceza kanununda bu yönde bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.¹⁴

Öte yandan yasallık ilkesinin, failin "aleyhine" kıyas yapılmasını yasakladığı; buna karşılık "lehe" kıyas yapılmasının ceza kanunlarının "güvence fonksiyonuna" aykırılık oluşturmadığı, öğretide giderek yaygınlık kazanan bir görüştür¹⁵ ve bizim düşüncemize göre de, ceza hukuku'nda fail lehine kıyas mümkündür ve mümkün olmalıdır. Oysa getirilmek istenen bu düzenleme, fail lehine kıyas yapılmasını da engelleyici bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.

3. Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi (Tasarı m. 3)

Tasarı m. 3/1'de cezanın "fülin ağırlığı" ile orantılı olacağından söz edilmiş ise de; ceza, yalnızca fiilin ağırlığı değil, aynı zamanda "küsurun derecesi" ile de orantılı olmak zorundadır. Her ne kadar Tasarı m. 22/4'te "taksirle işlenen suçlarda" cezanın kusura göre belirleneceği öngörülmekte ise de, kusur, yalnızca taksirli suçlar değil, kasıtlı suçlar bakımından da cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

¹³ Yargıtay'ın telefon hizmetlerinden değişik yöntemlerle bedelsiz ve kaçak yararlanmayı, hırsızlık sayan uygulaması (Yar. İBK 6.4.1990 2/3 YKD Ağustos 1990, s. 1117) bunun tipik örneğini oluşturmaktadır.

¹⁴ Örneğin Alman CK, Avusturya CK, İsviçre CK'da bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

¹⁵ Bkz. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, München 1994, 5 no. 44.

Tasarı'nın 3/2 maddesinde öngörülen ayrımcılık yasağına ilişkin düzenleme gereksiz olduğu gibi, bizzat Tasarı'da ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturan bazı düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. Sözgelimi Tasarı m. 12/2'de bir yabancı'nın yabancı bir ülkede işlediği suçun mağdurunun bir yabancı veya Türk vatandaşı olmasına göre, Türkiye'de koğuşturulmasının farklı koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulması, bu yasağın açık ihlalini oluşturmaktadır.

4. Kanunun Bağlayıcılığı (Tasarı m. 4)

Tasarı'nın 4/1. maddesinde halen yürürlükte olan CK'nın 44. maddesinden farklı olarak "*ceza kanunlarını*" bilmemenin mazeret sayılamayacağına yer verilmektedir. Anılan düzenlemeden "*ceza kanunu dışında*" kanunların bilinmemesinin mazeret sayılacağı ve dolayısıyla ceza sorumluluğunu ortadan kaldırıcı bir etki meydana getireceği sonucu çıkmaktadır. Hangi nedenle yürürlükteki TCK m. 44'dekinden daha farklı bir formül kullanılma gereği duyulduğu konusunda Tasarı gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmediği için, bu düzenlemenin bilinçli bir tercihin sonucu olarak mı Tasarı'ya girdiği anlaşılamamaktadır.

Tasarı'nın Türk Hukuku'na getirdiği en önemli yeniliklerden birisi de, "*hukuki yanılma*"ya ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olmasıdır (Tasarı m. 4/2). Buna göre, "*sakinamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*". Benzer yönde düzenlemeler başka ülkelerin ceza kanunlarında da vardır. Söz gelimi Avusturya CK 9/1'e göre, "*hukuki yanılma nedeniyle fiilin haksız olduğunu bilmeyen kişi, eğer bu yanılma kendisine kusur olarak izafe edilemiyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz*". Anılan hüküm 9/2'ye göre de, "*eğer fail herkes gibi kolaylıkla haksızlığı biliyor veya mesleği, meşguliyeti veya başkaca durumlara göre bu konuda yükümlü olmasına rağmen ilgili hükümlerden dolayı kendisine bilgi verilmemiş ise, ancak bu durumda hukuksal yanılma ona isnad edilebilir*". İsviçre CK m. 20 uyarınca da, "*eğer fail, yeterli nedenlerle fiilin haklı olduğunu kabul ediyorsa, bu takdirde hakim, serbest takdirine göre cezayı indirebilir veya cezadan sarfı nazar edebilir*". Alman CK 17'de "*fiilin işlenmesi sırasında failde haksızlık yaptığı bilinci*

mevcut değilse, eğer fail bu hatadan kaçınmamış ise, kusursuz hareket etmiş olur. Eğer fail hatadan kaçınabilmiş ise, bu takdirde ceza ... indirilir”.

Görüldüğü gibi, “hukuksal yanılma” hemen tüm ülkelerin ceza kanunları’nda yer alan bir kurumdur ve sanıldığıın aksine fiilin “suç oluşturduğu”nun bilinmesi ile ilgisi yoktur. Benzer yönde bir düzenlemenin Hükümet Tasarısı’nda yer alması görüşüne özellikle Komisyon’daki Yargıtay temsilcileri ısrarla karşı çıkmışlar ve aksi tutumun, Türkiye koşullarında yozlaşmaya elverişli bir durum yaratacağına değinmişlerdir. Düşüncemize göre bu kaygılar yersiz olup, böyle bir düzenleme getiren ülkelerde de bu yöndeki düzenlemelerin uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Bu yüzden getirilmek istenen düzenleme tarafımızdan olumlu karşılanmakla birlikte, gereksiz bir hüküm olan 4/1. madde ile 4/2. maddedeki “kanunu bilmemesi nedeniyle” ifadesinin Tasarı’dan tamamen çıkarılması gerektiği düşünülmektedir.

5. İhmali Hareketin Cezalandırılabilirliği

Tasarı’nun Genel Hükümler bölümünde, ihmali bir hareket nedeniyle ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi açısından gerekli koşulları düzenleyen ve tüm suçlar için uygulanabilir bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa karşılaştırmalı hukukta birçok ülke ceza kanununda bu yönde düzenlemelere yer verilmektedir.¹⁶ Oysa Tasarı yalnızca kasten adam öldürme bakımından böyle bir düzenleme getirmektedir (m. 86). Böyle bir düzenleme, kasten adam öldürme suçu dışında kalan suçlar bakımından ihmali hareketin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Diğer suçlardan dolayı da failin ihmali bir hareket nedeniyle cezalandırılmasının mümkün olduğu kabul edilse bile, bu takdirde ihmali hareketle adam öldürme nedeniyle failin cezasında indirimle gidilirken, ondan daha hafif olan suçlar bakımından böyle bir indirimden faili yararlandırmamak açıklamasız kalmaktadır. Öte yandan Tasarı m. 86’da ihmali hareketle adam öldürme bakımından niçin ceza indirimine gidildiği de tarafımızdan anlaşılamamıştır. Her halde tabanca ile adam öldüren

¹⁶ Sözelimi Avusturya CK 2, Alman CK 13

kişinin hareketinin haksızlık içeriği, çocuğunun açlıktan ölmesine neden olan annenin hareketinden daha fazla değildir.

Bu yüzden Tasarı'nın genel hükümleri içerisine ihmali bir hareket nedeniyle failin cezalandırılabilmesinin koşullarını gösteren bir düzenlemeye yer verilmesi ve 86. maddenin de Tasarı'dan çıkarılması zorunlu görünmektedir.

6. Tanımlar (Tasarı m. 6)

Tasarı'nın tanımları düzenleyen 6. maddesi, "aynı türden suç", "özgü suç" gibi kavramlar bakımından eksik olduğu gibi, bazı kavramlar da yanlış anlamaya elverişlidir.

a. Vatandaş: Tasarıya göre vatandaş deyiminden, "fiili işlediği sırada" Türk vatandaşı olan kişi anlaşılır. Bu düzenlemeye göre fiili işledikten sonra Türk vatandaşını elde eden kişi, bu tanımın kapsamına girmeyeceği için, bu kişinin işlediği fiil nedeniyle yabancı bir ülkeye iade edilmesi mümkün olabilecektir ki, bunun "vatandaşın iade edilemeyeceğini" öngören Anayasa'nın 38/son maddesine uygunluğu kuşkuludur. Bu durum, özellikle önceden işlediği bir suçu gizlemeyen bir yabancının sonradan Türk vatandaşlığını elde etmesi durumunda söz konusu kişinin iade edilip edilemeyeceği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Düşüncemize göre, bu sorunun ortadan kaldırılabilmesi için Vatandaşlık Kanunu'nda vatandaşlığa alınmaya ilişkin koşullar arasında daha önce iade kapsamına giren bir suç işlememiş olmak koşuluna yer verilmesi suretiyle ortadan kaldırılabilir.

Öte yandan "vatandaşın iade edilemeyeceği" kuralı, Anayasa'nın 38. maddesinde yapılan son değişiklikle Uluslararası Ceza Divanı'nın yetkisine giren suçlar bakımından yumuşatılmıştır. Öte yandan giderek artan uluslararası bağlantılar ve işbirliği karşısında, failerin yabancı bir ülkede koğuşturulma korkusuna karşı kendi ülkesini sığınulacak bir yer olarak görmeleri, artık "zamana uygun düşmeyen" bir anlayış olarak gözükmekte¹⁷ ve tarihsel nedenlere dayanan bu geri verme

¹⁷ Baier, GA 2001, s. 427. Nitekim Alman anayasa koyucusu da, 30.11.2000 tarihinde Anayasa'nın 16. maddesinde değişikliğe gitmiş ve hukuk devleti ilkesinin gerçek-

engelinin Avrupa Birliği içinde muhafaza edilmesinde hiçbir haklı yönün kalmadığı belirtilmektedir.¹⁸ Nitekim Avrupa Birliği'ne Üye Devletler Arasında Geri Vermeye İlişkin 29.9.1996 tarihli Sözleşme, geri vermenin, geri verilecek kişinin talep edilen üye devletin vatandaşı olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğini öngörmekle birlikte, buna, üye devletlerin çekince koymasına da olanak tanımaktadır. Bundan başka 13.6.2002 tarihinde Sevilla'da Avrupa Birliği'ne üye devletlerin İçişleri ve Adalet Bakanları toplantısında kabul edilen "*Avrupa Yakalama Müzekkeresi ve Üye Devletler Arasında Koğuşurmaların Aktarılmasına İlişkin Çerçeve Karar*" da, vatandaşlığa dayalı geri verme engelini ortadan kaldırmaktadır. Bütün bu gelişmeler, Türkiye ile Avrupa Birliği ile tam üyelik görüşmelerine başlanması durumunda, Anayasa'nın 38. maddesinin ve bu çerçevede ileride yasalaşması durumunda Tasarı'nın 18/2. maddesinde AB'ye üye devletler bakımından vatandaşın geri verilmesi engelinin kaldırılması yönünde yeniden bir değişikliğe gidilmesini zorunlu kılacaktır.

b. Kamu görevlisi: Tasarı, "*kamusal faaliyetin yürütümüne katılan kişi*"yi kamu görevlisi olarak nitelendirmektedir. Bilindiği gibi, yürürlükteki Ceza kanunu, kamu görevi-kamu hizmeti ayırımı yapmakta ve ancak kamu görevi yerine getiren kişileri "*memur*" saymaktadır.¹⁹ Mevcut düzenleme karşısında kamu hizmeti gören kişiler memur sayılmadığı ve bu nedenle fail olarak memurdan söz eden suçları işlemeyecekleri için, birçok kuruluşun özel kanunlarında, anılan kurum personelinin memur sayılacağı veya memur gibi sorumlu tutulacağına ilişkin bazı düzenlemelere gidilmiştir. Getirilmek istenen düzenlemenin buna engel olma amacı izlediği söylenebilirse de; "*kamusal faaliyetin yürütümü*" gibi belirsiz ve bu nedenle de yasallık ilkesine aykırı bir ifadeye yer veren anılan hükmün bu amacı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği kuşkulu görünmekte, özellikle 1985 yılından bu yana istikrar kazanmış olan uygulamayı,²⁰ kimlerin "*kamu görevlisi*" sayılacağı yönünde yeniden kargaşaya sürükleyeceği anlaşılmaktadır.

leşmiş olması koşuluyla, yasayla AB'ye üye bir başka devlete veya uluslararası mahkemelere geri verme için vatandaşın geri verilemeyeceği kuralından ayrık düzenleme yapılabileceğini öngörmüştür (BGBl. 2000 I, s. 1633).

¹⁸ Vogel, JZ 2001, s. 942.

¹⁹ Bkz. Tezcan/Erdem, *Ceza Özel Hukuku*, İzmir 2002, s. 121 vd.

²⁰ Bkz. Yar. CGK 25.11.1985 1-140/595, YKD Mart 1986, s. 406

7. Fiilin İşlenme Zamanı

Fiilin “nerede” işlenmiş sayılacağına ilişkin bir düzenlemeye yer veren Ceza Kanunu Tasarısı’nda (Tasarı m. 8/1 c. 2), mevcut Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, fiilin “hangi anda” işlenmiş sayılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa karşılaştırmalı hukukta sözgelimi Alman CK 8’de “*füil, fail veya suç ortağının hareketi gerçekleştirdiği veya ihmâl durumunda hareketi gerçekleştirilmesi gerektiği anda işlenmiş sayılır. Neticenin ne zaman ortaya çıktığına bakılmaz*” yönünde bir düzenlemeye yer verilmektedir. Buna benzer bir düzenlemenin Tasarı’ya alınması yararlı olacaktır.

8. Fiilin İşlendiği Yer (Tasarı m. 8/1 c. 2)

Tasarı m. 8/1 c. 2 uyarınca “*füilin kısmen veya tamamen Türkiye’de yapılması veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır*”. Getirilmek istenen bu düzenleme bazı yönlerden eksik olup, özellikle ihmali suçlarda, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ne zaman Türkiye’de işlenmiş sayılacağı sorusuna yanıt vermemektedir. Oysa Alman CK 9 bu konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedir. Düşüncemize göre Alman CK’nda olduğu gibi, “*füil, failin hareketi gerçekleştirdiği veya ihmâl durumunda hareketi gerçekleştirmesi gerektiği veya tipik neticenin ortaya çıktığı veya failin tasavvuruna göre ortaya çıkması gereken yerde işlenmiş sayılır. –İştirak halinde işlenen suçlarda füil, gerek füilin işlendiği ve gerekse suç ortağının hareketi gerçekleştirdiği veya ihmâl durumunda hareketi gerçekleştirmesi gerektiği veya failin tasavvuruna göre ortaya çıkması gereken yerde işlenmiş sayılır. Eğer suç ortağı, yabancı ülkede işlenen bir suçun hareketini Türkiye’de gerçekleştirmiş ise, füil, işlendiği yerin hukukuna göre suç oluşturmaya bile, iştirak açısından Türk Hukuku uygulama alanı bulur*” yönünde anılan hükümde bir düzenlemeye gidilmesi yararlı olacaktır.

9. Gerçeklik İlkesi Çerçevesinde Türkiye’de Koşuturulacak Suçlar (Tasarı m. 13)

a. Tasarı’nın 13. maddesinde yazılı suçlar, ister bir vatandaş, isterse bir yabancı tarafından işlenmiş olsun, Türkiye’de koşuturulabile-

cek; üstelik m. 13/1a ve b bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkumiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılabilecektir. Kanaatimizce yalnızca Tasarı m. 13/1a) ve Tasarı ikinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Sekizinci Bölüm’de yer alan suçlar dışında b) bentlerinde yazılı olan suçların gerçeklik (korunma) ilkesi çerçevesinde koğuşturulmasına olanak tanınması, buna karşılık diğer bentlerde yer alan suçların evrensellik (adalet) ilkesi çerçevesinde koğuşturulması yoluna gidilmelidir. Gerçekten de eğer Dördüncü Kısım altındaki Sekizinci Bölüm’de yer verilen yabancı devlet başkanına, yabancı devlet bayrağına ve yabancı devlet temsilcilerine karşı yabancı bir ülkede bir yabancının işlediği suçtan dolayı (Tasarı m. 344 vd.) Türkiye’nin yetkisini kabul etmenin, üstelik böyle bir suçtan dolayı yabancı bir devlette mahkum edilmiş bir kişiyi Türkiye’de yeniden yargılamanın hangi anlayışa dayandığı tarafımızdan anlaşılammıştır.

Uluslararası ceza hukuku’nda “*ya geri ver, ya da cezalandır*” ilkesi geçerli olup, öncelikli olarak failin suçu işlediği yere iade edilmesi, eğer bu -değişik nedenlerle- mümkün olamıyorsa, ancak bu takdirde suçluyu elinde bulunduran devletin yargı yetkisinin kabul edilmesi gerekir. Bu açıklamalar ışığında Tasarı’daki düzenlemeye bakıldığında, yabancı bir ülkede bir yabancı tarafından işlenen uyuşturucu madde imal ve ticareti (m. 185), uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırma (m. 187), parada sahtecilik (m. 192), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 195), mühürde sahtecilik (m. 197), fuhuş (m. 227), rüşvet (m. 250), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223, f. 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m. 150) suçlarının Türkiye’de gerçeklik ilkesi çerçevesinde koğuşturulmasına olanak tanımak, Türkiye’yi altından kalkamayacağı bir yük altına sokacak; bu bağlamda sözgelimi Zimbabwe’den Angola’ya bir Kenya vatandaşı tarafından uyuşturucu madde ihraç edilmesinden dolayı Türkiye’nin koğuşturma yapması yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Üstelik bu suçlardan dolayı koğuşturma yapabilmek için failin Türkiye’de bulunması gibi bir zorunluluk aranmadığı için, fail ister yabancı bir ülkede, ister Türkiye’de olsun, Türkiye’de koğuşturma yapılması ve hatta bu yüzden yabancı ülkede bulunan failin Türkiye’de yargılanması için Türkiye tarafından iadesinin talep edilmesi de gerekecektir. Bu çerçe-

vede sözgelimi Trinidad-Tobago’da rüşvet alan bir memurun, anılan ülke tarafından iadesi talep edilmiş olsa bile, iadesi yoluna gidilmeyip, Türkiye’de yargılanması ve cezalandırılmasını anlamak mümkün değildir. Eğer amaç, sayılan bu suçların cezasız kalmasını önlemek ise, evrensellik ilkesi çerçevesinde (Tasarı m. 12) bu suçların koğuşturulmasına olanak sağlanmak suretiyle de bu amaca pekala ulaşılabilir.

b. Keza Tasarı m. 13/1’deki “*aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır*” ifadesi hatalı olup, “*ister vatandaş, isterse yabancı tarafından olsun, yabancı ülkede işlenen aşağıdaki suçlar Türkiye’de koğuşturulur*” biçiminde değıştirilmelidir.

10. Geri Verme (m. 18)

Tasarı m. 18/1 b) bendi gereğince, eğer suç “*düşünce suçu veya siyasi suç ya da askeri suç niteliğinde ise*” geri vermeye engel oluşturmaktadır. Siyasi suç kavramı suçluların geri verilmesinde çok geniş bir kapsama sahip bulunmaktadır. Ancak Tasarı’ya siyasi suç yanında “*düşünce suçu*” şeklinde bir suç türü eklenmiştir. Böylece bugüne kadar “*gazetecilik literatürü*”nde sıkça kullanılan “*düşünce suçu*” biçiminde bir kavram ilk defa ceza hukuku literatürüne de girmiş olmaktadır. Tanımlar maddesinde “*düşünce suçu*” deyimini ile neyin kastedildiğı açıklığa kavuşturulmuş değıldir. Eğer bununla anlatılmak istenen “*düşünceyi açıklama özgürlüğü*” kapsamına giren bir eylemin suç olarak nitelendirilmesi ise, bu tür fiiller Türk hukukuna göre zaten siyasi suç kapsamına gireceğinden, failin yabancı ülkeye iadesi mümkün değıldir. Buna karşılık aynı fiilin Türk hukukuna göre de suç oluşturması söz konusu ise, bu suçtan niçin yabancı devlete failin iade edilmediğini anlamak mümkün değıldir. Bu sonuncu durumda aynı nitelikte bir fiil Türkiye’de işlenen bir “*düşünce suçu*” ülkesellik (mülkellik) ilkesi çerçevesinde koğuşturulup cezalandırılabilir; buna karşılık yabancı bir ülkede işlendiğı için failin suçu işlediğı devlete iadesi mümkün olmayacaktır! Bu durumda doğru olan, Tasarı m. 18/1b)’de yer alan “*düşünce suçu*” ibaresinin metinden çıkarılması olacaktır.

11. Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması (Tasarı m. 19)

Tasarı m. 8/2'de ülke kavramına açıklık getirildiğine göre, Tasarı m. 19/1'deki "*Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar*" deyimini gereksiz olup, bunun yerine "*Türkiye dışında işlenen suçlar*" deyimine yer verilebilir.

12. Kast- Olası Kast (Tasarı m. 21)

Kast, tasarıda, "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Karşılaştırmalı hukukta da ceza kanunlarının kastı tanımlama konusunda ikiye ayrıldığı; bazı kanunların kastı tanımlama yoluna giderken;²¹ bazı kanunlarda (örneğin Alman CK) kastın tanımlanmadığı, bunu öğreti ve uygulamaya bıraktığı görülmektedir. Bu açıdan Tasarı'da kastın tanımlanmış olması bir tercih sorunu olarak görülebilir ise de; yapılan tanımın bilimsel esaslara uygun olması gerekir. Bu açıdan Tasarı'daki düzenlemeye baktığımızda, "*olası kast*" tanımının, bilimsel esaslara uygun düşmediği söylenebilir. Tasarı'daki tanıma göre, olası kast, "*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*" olarak tanımlanmıştır. Oysa olası kast ile bilinçli taksir arasında her ikisinde de neticenin fail tarafından öngörülmesi bakımından bir benzerlik ve yakınlık bulunmakla birlikte, özellikle neticenin göze alınması ve kabullenilmesi bakımından her ikisi birbirinden ayrılmaktadır.²² Nitekim olası kastı tanımlayan Avusturya CK 5/1 c.2'de "*gerçekleşmesi fail tarafından ciddi biçimde mümkün görülen ve göze alınan*" ifadesine yer verilmiştir. Bu yüzden ya Tasarı'dan olası kast tanımının tamamen çıkarılması veya tanım muhafaza edilecekse, neticenin "*mümkün görülmesi ve göze alınması*" öğesinin mutlaka tanıma eklenmesi zorunlu görünmektedir.

²¹ Örneğin İsviçre CK m. 18/2'de "*fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olan kişi cürüm veya cünhayı kasten işlemiş sayılır*"; Avusturya CK 5/1'de "*yasal tanıma uygun bir fiili gerçekleştirmek isteyen kişi kasten hareket etmiş olur*" biçiminde kastın tanımlanması yoluna gidilmiştir.

²² Bkz. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II-III, İstanbul 1992, s. 272 vd.

Öte yandan Tasarı m. 21/2c. 2, olası kast söz konusu olduğunda ceza indirimi öngörmektedir. Bildiğimiz kadarıyla olası kast için ceza indirimi öngören bir düzenlemeye karşılaştırmalı hukukta rastlanmamaktadır. Her ne kadar olası kastın, doğrudan kasta göre daha az yoğunluğa ve bu yüzden de daha az haksızlık içeriğine sahip olduğu iddia edilebilirse de; bu durum zaten alt ve üst sınırlar arasında cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulmaktadır (Tasarı m. 62/1 f).

Sonuç olarak m. 21/2'nin Tasarı'dan tamamen çıkarılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.

13. Taksir (Tasarı m. 22)

a. Tasarı m. 22/1'de taksir "*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Karşılaştırmalı hukukta taksiri tanımlamayan kanunlar olduğu gibi (örneğin Alman CK), tanımlayan ceza kanunları da mevcut bulunmaktadır. Sözgelimi Avusturya CK 6/1'de "*olayın özelliklerine göre yükümlü olduğu ve kendi psikolojik ve bedensel durumu itibarıyla gösterebileceği ve kendisinden beklenen özeni göstermeyen ve bu yüzden tipe uygun fiili gerçekleştirebileceğini öngörmeyen kişi taksirle hareket etmiş sayılır*"; İsviçre CK m. 18/3'de "*eğer fiil, failin, yükümlülüğe aykırı dikkatsizliği nedeniyle davranışının sonuçlarını öngörmemesine veya hesaba katmamasına dayanıyorsa, bu takdirde fail cürüm veya cünhayı taksirle işlemiş sayılır. Eğer fail olayın özelliklerine ve kendi kişisel durumuna göre yükümlü olduğu özeni göstermemiş ise öngörüsüzlüğü yükümlülüğe aykırılık oluşturur*". Her iki tanım açısından Tasarı'daki düzenlemeye bakıldığında "*taksir*" tanımının eksik olduğu ve "*özen yükümlülüğünün ölçüsü*" konusunda bir açıklık içermediği görülmektedir. Ya bu tür kavramların tanımlanmasından kaçınılması veya tanım yapılacaksa, kavrama ait tüm özelliklerin tanımda vurgulanmasına özen gösterilmesi gerekirdi. Bizim düşüncemize göre, aynen kastta olduğu gibi taksirde de Tasarıya ayrıca bir tanım koymanın gereği yoktur.

b. Mevcut ceza kanununda taksirle adam öldürme ve müessir fiil suçlarında "*kusurun derecesine göre*" cezanın 1/8'e kadar indirilebilme-

sine olanak sağlayan ve uygulamada büyük kargaşaya yol açan TCK m. 455/son ve 459/son'un yerine ve tüm taksirli suçlar bakımından uygulanmak üzere, Tasarı'nın 22/4. maddesinde "*taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir*" doğrultusunda bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Düşüncemize göre, böyle bir düzenleme, gereksiz olduğu gibi, sanki "*kasıtlı suçlarda*" cezanın belirlenmesinde failin kusuru göz önüne alınmayacakmış izlenimi yaratması açısından da yanlış anlamaya elverişlidir.

14. Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç (Tasarı m. 23)

Netice sebebiyle ağırlaşan suçlarda, failin kastı dışında gerçekleşen ağır neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından "*taksir*" düzeyinde bir kusurunun bulunmasını aramak yerindedir ve karşılaştırmalı hukuktaki eğilime de uygundur (bkz. Avusturya CK 7/2, Alman CK 18). Böylece öğretilerde "*çağımızın utandırıcı bir lekesi*", "*ilkellik artışı*" olarak kabul edilen²³ objektif sorumluluk da tarihe karışmış olacaktır.

15. Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali (Tasarı m. 25)

a. Mevcut ceza kanunu, "*nefse ve ırza*" yönelik saldırı ve tehlike açısından meşru savunma ve zorunluluk halini kabul ederken, Tasarı, bu konuda herhangi bir ayırıma gitmeden herhangi bir hakka ve bu arada malvarlığına yönelik saldırı ve tehlike için meşru savunma ve zorunluluk haline olanak tanımaktadır. Yürürlükteki Ceza Kanunu'nda yer verilen "*nefis ve ırz*" kavramları, gerek uygulama ve gerekse öğretilerde geniş anlaşılmakta ve malvarlığı dışında halan her türlü hakkı içerdiği sonucuna varılmaktadır.²⁴ Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, Alman CK, herhangi bir hak ve bu arada "*malvarlığı*" bakımından da meşru savunma (32) ve zorunluluk haline (34) olanak tanımaktadır. Aynı durum, Avusturya CK'da meşru savunma (3) açısından da geçerli oldu-

²³ Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2002, s. 205

²⁴ Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 156

ğu gibi; İsviçre CK 'da malvarlığına yönelik saldırı ve tehlike açısından meşru savunma ve zorunluluk halini mümkün görmektedir.

Oysa öğretilerde son zamanlarda yaşama hakkının AİHS m. 2/2 de öngörülen istisnalar dışında sona erdirilemeyeceği doğrultusundaki düzenleme karşısında, malvarlığına yönelik saldırılar için meşru savunmaya olanak tanınmasının AİHS m. 2'nin ihlalini oluşturacağı yönündeki görüşler giderek yaygınlık kazanmakta ve malvarlığının korunması amacıyla adam öldürmenin iç hukukta hukuka uygun sayılması durumunda AİHS'ye yönelik bir aykırılığın söz konusu olacağı vurgulanmaktadır.²⁵ Bu açıklamalar karşısında ileride Sözleşme'ye yönelik bir ihlalin gündeme gelmemesi için, malvarlığına yönelik saldırı ve tehlike için de meşru savunma ve zorunluluk haline, en azından adam öldürme suçları açısından olanak tanınmaması gerektiği düşünülmektedir.

b. Tasarı'nın 25/1. maddesinde meşru savunma için orantılılık koşuluna yer verilmiş; 25/2. maddesinde ise, zorunluluk hali açısından orantının "*tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında*" olması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Bu düzenleme karşısında orantılılık (daha doğrusu oranlılık) koşulunun zorunluluk hali açısından açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, meşru savunma açısından böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin nedeni tarafımızdan anlaşılamamıştır.

c. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenler (daha doğrusu hukuka uygunluk nedenleri) yerine Tasarı'da "*ceza sorumluluğunu kaldıran neden*"den (Tasarı m. 27/1, 30/3) söz edilmesi bilimsel değildir. .

16. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması (Tasarı m. 27)

a. Tasarı'nın 27/1. maddesinde "*ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa taksirli suç için kanunda yazılı olan cezanın*" indirilece-

²⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar, *AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2003, s. 216

ğine yer verilmekte ve 27/2. maddesinde de “meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faille ceza verilmeyeceği” öngörülmektedir.

İsviçre CK m. 33/2’de meşru savunma açısından, “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”; Alman CK 33’de “fail, şaşkınlık, korku veya telaş yüzünden meşru savunmanın sınırını aşmış ise, cezalandırılmaz”; Avusturya CK 3/2’de “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”.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden de açıkça anlaşılabilceği üzere, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın “kasten” veya “taksirle” aşılması yönünde bir ayırıma gidilmemektedir. Oysa tasarı ile getirilmek istenen düzenleme, sınırın ancak “taksirle aşılması” durumunda failin cezalandırılmaması, buna karşılık kasten aşılması durumunda ise, failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaması ve sınırın aşılması suretiyle işlediği suçun tam cezası ile cezalandırılması sonucuna yol açacaktır. Tasarı’nın ilgili maddesinin gerekçesinde; failin saldırıyı defetmek için saldırganı öldürmenin şart olmadığını bile bile ve sırf tecavüze uğramış olmasının fırsatından yararlanarak saldırganı öldürmesi sınırın kasten aşılmasına örnek olarak gösterilmektedir. Verilen örnekte savunmada zorunluluk koşulu gerçekleşmiş olmayacağı için ortada esasen meşru savunmanın bulunduğundan söz edilemez. Buna karşılık, sözgelimi bir tek atışla saldırıyı bertaraf etme olanağı varken, böyle yapmayıp, birkaç el ateş eden kişi, sınırı “kasten” aşmış olacağı için, söz konusu kişiyi kasten adam öldürmeden dolayı cezalandırmak gerekecektir. Düşüncemize göre, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kasten mi, yoksa taksirle mi aşıldığı yönünde bir ayırıma gidilmesi olanaksızdır ve esasen karşılaştırmalı hukukta da bildiğimiz kadarıyla böyle bir ayırım yapılmamaktadır. Burada önemli olan, meşru savunma bakımından sınırın, “şaşkınlık, korku ve telaş” nedeniyle aşılmış olup olmadığıdır ve belirtilen nedenlerle meş-

ru savunma sınırını aşan kişinin esasen kusurlu olduğunu söylemeye olanak bulunmadığı için de cezalandırılması yoluna gidilemez.

Bütün bu yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Tasarı m. 27/1'in "hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda, sınırın aşılması suretiyle işlenen suçtan dolayı verilecek ceza altında birinden üçte birine kadar indirilir" biçiminde değiştirilmesi ve 27/2'nin de olduğu gibi muhafaza edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

b. Öte yandan Tasarı m. 27/1, failin sınırı aşmak suretiyle işlediği suçtan dolayı taksiri nedeniyle cezalandırılacağını ve bu durumda taksirli suçun cezasında bir indirim yapılmasını öngörmektedir. Düşüncemize göre, failin sınırı taksirle aşmış olmak suretiyle işlediği suçtan dolayı verilecek cezanın indirilmesini haklı gösterebilecek bir neden bulunmamaktadır.

17. Yanılma (Tasarı m. 30)

Yanılmaya ilişkin Tasarı m. 30'daki düzenleme, Alman CK 16/1 ve 2'den bire bir tercüme edilmek suretiyle alınmış ise de, burada çeviri yanlışlığı yapılmıştır. Gerçekten Alman CK 16/1'deki "wer einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört" deyimini, Tasarı m. 30/1'de "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen kimse" olarak çevrilmiştir. Türk öğretisinde "füli yanılma" olarak adlandırılan, Alman öğretisinde ise "tipiklikte yanılma" (Tatbestandsirrtum) olarak nitelendirilen bu yanılma türü, kastın bilme ögesinin aksi yönünü oluşturur.²⁶ Bu açıdan bakıldığında Tasarı m. 21'de kastın bilme (ve isteme) öğelerinin "suçun kanuni tanımındaki unsurlar"a ilişkin olması arandığı halde, yanılmanın, "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar"a ilişkin olması, kendi içinde ciddi bir çelişki yaratmakta; maddede açıkça "maddi unsurlar"dan söz edildiği için sözgelimi, suçun "maddi konusu" üzerinde yanılmanın failin ceza sorumluluğu üzerinde herhangi bir etkisinin bulunmayacağı biçiminde yanlış anlamaya yol açmaktadır. Ortaya konan bu nedenlerle, Tasarı m. 30/1'deki "suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlar" deyimini, "suçun kanuni tanımındaki unsurlar" biçiminde değiştirilmelidir.

²⁶ Hauf, Strafrecht AT, *Neuwied Kriefel* 1996, s. 214 vd.

18. Geçici Nedenler (Tasarı m. 34)

İradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında (actiones liberae in causa) m. 34/1'in uygulanmayacağına öngören m. 34/2 gereksizdir ve bu yüzden Tasarı metninden çıkarılması gerekir. Öte yandan yürürlükteki ceza kanununun 47. maddesinde olduğu gibi, m. 34/2'deki "iradî olarak alınan" deyimini belirsiz olup, özellikle "taksirle" alınan alkol ve uyuşturucu maddenin etkisi altında işlenen suçları da içerip içermediği sorununa açıklık getirmemektedir.

19. Teşebbüs (Tasarı m. 35)

Teşebbüs bakımından getirilen en önemli yenilik, yürürlükteki Ceza Kanunu'nda öngörülen tam-eksik teşebbüs ayırımının kaldırılmasıdır. Gerekçede bu ayırımdan vazgeçilmesinin nedeni olarak, ayırımın uygulamada ortaya çıkardığı güçlüğe işaret edilmiştir. Oysa bu gerekçe hareket noktası yapılırsa, söz gelimi hazırlık hareketi-icra hareketi ayırımından da, bu konuda ortaya çıkan güçlükler nedeniyle vazgeçilmesi gerekirdi. Tasarıda "meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre" cezanın "dörtte birinden dörtte üçüne kadarının" indirileceğinin öngörülmesi bu ayırımın örtülü olarak muhafaza edilmek istendiğini göstermektedir. Teşebbüs nedeniyle işlenmesi kastedilen suçtan dolayı indirilecek ceza aralığının "1/4 ila 3/4" olması bilimsel temelden yoksundur ve ceza aralığının bu kadar geniş tutulması, ileride farklı uygulamaların gündeme gelmesi sonucuna yol açacaktır.

20. Faillik (Tasarı m. 37/1)

a. Hükümet Tasarısı'nın 19/2. maddesinde yer alan ve önemli ölçüde Fransız Ceza Kanunu'ndan etkilendiği anlaşılan faillik tanımı yeni Tasarı'ya alınmamış; bunun yerine m. 37/1'de "müşterek faillik"; m. 37/2'de de "dolaylı faillik" düzenlenmiştir. Tasarı m. 37/1'de yer alan düzenlemenin Alman CK 25/2'den alındığı anlaşılacakla birlikte, her nedense asıl failliği tanımlayan Alman CK 25/1,²⁷ Tasarı'ya alın-

²⁷ Söz konusu hükme göre; "suçu bizzat veya bir başka kişi aracılığıyla işleyen kişi fail olarak cezalandırılır".

mamıştır. Başlığı “*faillik*” olan bir maddede “*faillik*” tanımının verilmemiş olmasının ve Hükümet Tasarısı’nın 19/2. maddesinde yer alan “*faillik*” tanımının yeni Tasarı’ya alınmamasının nedeni tarafımızdan anlaşılamamıştır.

b. Hükümet Tasarısı’nda olduğu gibi, mevcut Tasarı’da da dolaylı fail ve azmettiren için ceza artırımı öngörülmektedir. Tasarı’nın 37/2. maddesinin ikinci cümlesine göre; “*kusur yeteneği olmayan akıl hastası veya küçük yaştakileri suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*”; 38/2. maddesine göre de; “*üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır*”. Bildiğimiz kadarıyla karşılaştırmalı hukukta azmettiren ve dolaylı fail için böyle bir artırım nedeni öngören bir kanun bulunmamaktadır. “*Akıl hastası veya küçüklerin suçta kullanılması*” veya “*altsoy ve üst soy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılması*”nın cezarun artırılmasını zorunlu kılan özel bir haksızlık oluşturması gerekir. Her ne kadar Tasarı gerekçesinde bunun nedeni olarak organize suçlulukla daha etkin mücadeleden söz edilmiş ise de; bu tür suçluluk yapılanması içerisinde “*alt ve üst soy*” ilişkisinin oynadığı rol oldukça önemsizdir. Eğer organize suçlulukla daha etkin mücadele edilmek isteniyorsa, yalnızca “*alt ve üst soy ilişkisinden*” değil, her türlü ilişkiden kaynaklanan nüfuz kullanmanın ağırlatıcı neden sayılması gerekirdi. Eğer bunun arkasında yatan düşünce, suçun işlenmesindeki kolaylık ise, azmettiren ve dolaylı failin, asıl faille göre neticeye daha uzak olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Başka bir anlatımla suçu bizzat işlemek, çoğu durumda o suçu, bir başka kişi aracılığıyla işlemekten daha kolaydır. Dolayısıyla bu gerekçe hareket noktası yapılırsa, azmettiren veya dolaylı failin bırakın cezasının artırılmasını, tam tersine indirilmesi yoluna gidilmesi gerekirdi.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Tasarı m. 37/2 c. 2 ve m. 38/2’nin Tasarı metninden çıkarılması gerekir.

c. İştirak konusunda, gerek yürürlükteki Ceza Kanunu ve gerekse Hükümet Tasarısı’ndan farklı olarak ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin hangi koşullarla diğer suç ortaklarına geçeceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

21. Gün Para Cezası (Tasarı m. 52)

Gün para cezası sisteminin, klasik para cezası sistemine göre önemli avantajlarının bulunduğu göz ardı edilemez ise de; bu sistemin Türkiye koşullarında uygulanabilirliği kuşkuludur. Gerçekten nüfusun büyük çoğunluğunun sabit bir geliri olmadığını, yıllık gelir beyanında bulunma zorunluluğunun olmadığı Türkiye’de bu sistem, bordro üzerinden gelir elde edenlerin daha fazla oranda cezalandırılmasına yol açacağı için, adil olmayan bir durum yaratacağı gibi, gelir durumunun belirlenmesi için bilirkişi aracılığıyla inceleme yapılmasını gerektireceği için de yargı organlarının yükünün artmasına ve sonuç olarak da davaların uzamasına yol açacaktır.

22. TCK Tasarısı’nın Alt Komisyon tarafından beş aylık bir zaman dilimi içinde çok hızlı bir şekilde pek çok hükmünün değiştirilmesi, özel hükümlere ilişkin İkinci Kitabında da bazı istenmeyen sonuçları ortaya koymaktadır. Özellikle cezanın alt ve üst sınırı arasında çok geniş bir takdir hakkı tanıyarak suçların kaleme alınışı Türkiye’deki yargının bugüne kadar tutumu dikkate alındığında birtakım sorunları da beraberinde getirecektir. Şöyle ki, hakim kural olarak alt sınırdan ceza verme eğilimi içinde olmaktadır. Suçun değişik ağırlıkta işlenmesi bakımından ilgili maddelerde değişik düzenlemelere yer verilmemesi yasa önünde eşitlik kuralını ülke genelinde sağlamaktan uzak sonuçlar doğurma ihtimali taşımaktadır. Bu ise, benzer suçlarda farklı ceza uygulamalarına yol açacaktır. Dolayısıyla Tasarı’nın Alt Komisyon’da değişikliğe uğramadan önceki ayrımlarına yer vermek daha isabetli görünmektedir.

23. Uluslararası Ceza Divanı Statüsü’nün (UCDS) tanınması amacıyla Anayasa’nın 38. maddesine yapılan ekleme nedeniyle TCK Tasarısı’nın özel hükümlere ilişkin ikinci kitabının “İnsanlığa Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölüm’ünün UCDS çerçevesinde yeniden kaleme alınması ve Statüde öngörülen suçları içerecek şekilde daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Zira 79-81. maddeler, Statüde düzenlenen suç türlerini tam olarak kapsamamaktadır.

24. “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımın “Hayata Karşı Suçlar” başlıklı Birinci Bölüm’ünde kasten öldürmeye ilişkin 84. madde, Ceza Hukuku anlayışına uygun bir şekilde kaleme alınmamıştır. Zira

planlayarak ya da soğukkanlılıkla (taammüden) adam öldürme şeklindeki nitelikli adam öldürme bu suçun basit şekli imiş gibi öncelikle yazılmıştır. Çağdaş bir ceza hukuku anlayışına uymayan bu ifade şeklinin çıkartılarak, 12.5.2003 tarihli Tasarı'nın 133. maddesinde yer aldığı gibi suçun basit şekli öncelikle yazılmalıdır. Öte yandan her ne kadar Tasarı gerekçesinde açıkça vurgulanmış olmamakla birlikte, yürürlükteki ceza kanununda tasarlama konusunda ortaya çıkan sorunlara işaretlerle, bu ayırımdan vazgeçilmiş olduğu izlenimi uyanmakta ise de, Tasarı'da yer alan düzenleme de bu kez suçun basit halinin hangi durumlarda uygulanabileceği sorununu ortaya çıkaracaktır. Gerekçe- de; *"fülin gerek icra ediliş tarzı ve gerek sebep vereceği neticeler düşünülerek gerçekleştirilmesi, bu suçun temel şeklini oluşturur"* denilmekte; böylece mevcut ceza kanununda suçun nitelikli hali olan tasarlama, suçun temel şekli haline getirilmiş olmaktadır. Bu durumda somut olayda gerek tasarlama ve gerekse ani kastın bulunmaması durumunda failin nasıl cezalandırılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Ani kastın bulunmadığı, öte yandan bu kastın tasarlama yoğunluğuna da ulaşmadığı durumlarda faili ancak taksirle öldürme suçundan dolayı cezalandırmak gerekecektir ki, bu sonucun kabulü mümkün değildir.

25. Kasten adam öldürme suçunun nitelikli halleri, karşılaştırmalı hukuktaki eğilime tamamen yabancıdır. Yürürlükteki ceza kanununda da belirli dereceye kadar akrabalık ilişkisi, bu suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş; ancak Tasarı, bu yönden akrabalık ilişkisini üst soy ve altsoy, eş ve kardeş ile sınırlandırmış ise de, düşüncemize göre, karşılaştırmalı hukuktaki eğilime de uygun olarak akrabalık ilişkisi bu suçun nitelikli hali olmaktan tamamen çıkarılmalı, bunun yerine suçun işlenmesindeki kolaylık göz önünde bulundurularak, suçun *"sinsice"* işlenmesine ağırlatıcı neden olarak yer almalıdır.

26. Taksirle adam öldürmeye ilişkin 88. maddenin 2. fıkrasında yer alan birden fazla kişinin ölümüne ya da bir kişinin ölümüyle birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına sebep olma hali bakımından getirilen düzenleme yaralanmanın derecesini dikkate almayarak, hakime beş ila onbeş yıl arasında ceza takdir etme olanağı tanımaktadır. Oysa böylesine bir genelleme haksızlıklara yol açabilecek bir özelliğe sahiptir. Zira sözgelimi, bir kişinin ölümüne ve bir diğersinin de iş ve gücünden kalmayacak şekilde yaralanmasına neden olan kişi

beş ila onbeş yıl arası hapis cezasına çarptırılırken, bir kişinin ölümüne sebep olan kişinin üç yıldan altı yıla kadar hapis cezasına çarptırılması adalet duygusunu zedeleyecektir. Kanunları çok kısa yazmak amacıyla böyle genellemelere gitmek her zaman iyi sonuç vermeyecektir.

27. Mevcut kanunda “*müessir fül*”, Hükümet Tasarısı’nda “*etkili eylem*” olarak nitelendirilen suçlar karşılığında “*adam yaralama*” deyiminin kullanılması yerinde olmamıştır. Sözgelimi birisine hastalık, örneğin HIV bulaştırma durumunda mağdur yaralanmadığına göre, failin, bu suçtan dolayı cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı sorunu gündeme gelecektir.

28. İşkence ve benzeri eylemlere ilişkin Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde işkence, kötü muamele, insanlık dışı muamele gibi ayrımlara yer verilmekle birlikte, Tasarıda (m. 97-99 ve 234) işkence (m. 97) ve eziyet (m. 99) suçları düzenlenmekte ve ayrıca Sekizinci Bölüm’de “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*” içinde kötü muamele (m. 234) suçuna yer verilmektedir. Ancak bu sonuncu suç, halen TCK m. 478’de düzenlenen “*Aile Bireylerine Kötü Davranma*” suçuna karşılık oluşturmakla birlikte, verilen madde kenar başlığı karışıklığa neden olacak bir özellik taşımaktadır. Eziyet suçu ile bugünkü TCK m. 245’de düzenlenen kişilere kötü muamele suçu anlatılmak isteniyor ise, bu isimlendirme yerinde olmamıştır. Maddede sözü edilen eziyetten ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu nedenle anılan kavramın tanımının da yapılması gerekir. Aksi takdirde karışıklığa neden olacaktır.

Öte yandan yürürlükteki ceza kanunu suçun maddi unsurunu oluşturan işkence, zalimane veya gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele deyimlerinin kullanılmasından vazgeçilerek bunun yerine insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekme, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesi, aşağılanma gibi belirsiz kavramlara yer verilmesi, ileride bu suçun hangi durumlarda oluşacağı konusunda ciddi soru işaretlerini gündeme getirecek görünmektedir. Her ne kadar, Tasarı gerekçesinde Türkiye’nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler gönderme yapılmakta ise de, sözü edilen uluslar arası sözleşmeler ve bu arada AİHS m. 3 mevcut ceza kanununda olduğu gibi işkence, zalimane, gayri insani ve haysiyet kırıcı muamele deyimlerine yer vermekte ve bu kavramların ne anlama geldiği ise, AİHM içtihatlarıyla açıklığa kavuşturulmuş ve somutlaş-

tırılmış durumdadır. Yerleşik olan bu deyimlerden vazgeçilmesini haklı gösterilebilecek doyurucu hiçbir açıklama Tasarı gerekçesinde yer almamaktadır. Tam tersine, işkence niteliğindeki fiillerin “*aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit ve cinsel taciz niteliği taşıyan fiiller olduğu*” yönünde Tasarı’da yer verilen açıklamalar Tasarı’da bu yönde değişiklik yapan Alt Komisyon’un işkence yaklaşımındaki bilgi eksikliğini çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır.

29. “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*” başlığı altında yer alan suçlar kamuoyunda büyük destek görmekle birlikte, bu hükümler, mevcut Kanun’umuzun bugüne kadar ortaya koyduğu uygulamayla bir bütünlük arz etmemektedir. Zira bu hükümler kendi içinde bir bütünlüğe sahip olan İspanyol mevzuatından alınıp eklendiği izlenimini vermektedir. Oysa ülkemizde mevcut TCK’nun benimsediği ayırım (ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atmak) yıllardan beri uygulanarak Yargıtay’ın içtihat oluşturmasını sağlamıştır. Bu hükümler yeterli bulunmadığı takdirde eksik yönlerinin tamamlanması mümkündür. Oysa son Tasarı’da bu yola gidilmemiş, uygulaması Türk hakimleri tarafından bilinmeyen İspanyol Ceza Hukuku kuralları kabul edilmiştir. Bir örnek verirek; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz ayırımının nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye gidilmiş değildir. Bu ise, uygulamada güçlükler yaratmaya neden olabilecek bir özellik taşımaktadır. Öte yandan, Tasarı’nın 6. maddesinde 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmış; böyle bir kişiyle ilişkide bulunan kişi hakkında şikayet üzerine koğuşturma yapılacağı öngörülmüştür (m. 107). Çocuk olduğu varsayılan bir kişinin şikayetin ne anlama geldiği ve bunun sonuçları konusunda yeterli bir bilgiye sahip olmadığı göz önünde bulundurulacak olursa, bu kişilerle cinsel ilişkinin şikayet koşuluyla koğuşturulması bize mümkün gözükmemektedir. Bundan başka aynı maddenin ikinci fıkrasında, fail ile mağdur arasında üç yaştan daha büyük bir yaş farkının bulunması durumunda cezanın iki katı artırılacağı ve şikayet şartının aranmayacağı belirtilmekte; fakat, böyle bir düzenlemenin altında yatan düşüncenin ne olduğu konusunda Tasarı gerekçesinde herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir. Özellikle bu düzenleme, iştirak halinde işlenen suçlarda nasıl bir uygulama yapılacağı konusunda ileride ciddi sorunlar ortaya çıkarmaya aday gözükmektedir.

29. TCK m. 188'de düzenlenen emredici cebir ve şartlı tehdit yerine Tasarıda sadece cebir suçuna yer verilmiş (m.111) ve şartlı tehdit kaldırılmış, bunun nedeni ise açıklanmamıştır. Metinde yer verilen "cebir kullanma" deyiminin "tehdit" fiilini de içerdiği anlaşılacakla birlikte, gerekçede cebir, "kişiyeye karşı fiziki güç kullanmak" olarak tanımlanmıştır. Bu gerekçe şartlı tehdidin artık basit tehdit çerçevesinde (m.109) cezalandırılacağı sonucuna götürmektedir ki bunun nedenini anlamak mümkün değildir. Öte yandan, eğer cebir kavramı için bir tanım getirilecekse, bunun yeri Tasarının gerekçesi değil, 6. madde metni olmalıdır. Buna karşılık şantajın (m.112) daha anlaşılır bir şekilde düzenlendiği görülmektedir.

30. Tasarı'nın 119/2. maddesinde, evlilik birliğinde veya konutun birden fazla kişi tarafından ortak kullanılması durumunda "ortak rıza" yerine, sadece "o yeri ortak kullanan kişilerden sadece birisinin rızasının" yeterli görülmesi, birtakım sorunlara neden olabilecek niteliktedir. Oysa Karşılaştırmalı Hukukta, benzeri durumda "ortak rıza" aranmakta ve aile üyelerinden birisinin tek başına gösterdiği rızaya geçerlilik tanınmamaktadır.²⁸

31. Aynı şekilde, Tasarı m. 117'de siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi suçunun kapsamının genişletilmesi ve m.125'deki kişilerin huzur ve sükununun bozulması suçu da olumlu mütalaa olunmuştur.

32. "Şerefe Karşı Suçlar" içinde hakaret ve sövme suçu ayrımı kaldırılarak sadece "Hakaret" başlığı altında bir düzenlemeye gidilmiştir (m. 127). Bu bakımdan somut bir isnat içermeyen suçlardan olan sövme suçu için ispat hakkı mümkün olmadığı halde, m. 129'da gerek hakaret ve gerekse sövme için ispat hakkı tanındığı görülmektedir. Bu hususun düzeltilmesi gerekir.

33. "Çevre Suçları" Alman mevzuatında olduğu gibi kabahatler Ceza Kanunu'ndan çıkartılırken cürümler içerisine dahil edilmiştir. Ancak Çevre Kanunu'nda bu fiiller idari suç olarak düzenlenmiş olduğundan aynı fiillerin burada cürüm olarak düzenlenmesi ve idari cezaların adli cezaları engellemeyeceği kuralının arkasına sığınması

²⁸ Bkz., Tezcan/Erdem, s.90, dn.107.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulamasıyla bağdaşmamaktadır. Zira adına ister idari ceza, isterse adli ceza denilsin AİHS m. 6 bakımından bütün bunlar suç isnadı içinde değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle böyle Alman Ceza Kanunu'ndan (aynen) alınan bu hükümlere yer verilecek ise, Çevre Kanunu'nun çok ciddi bir şekilde gözden geçirilmesi zorunlu olacaktır.

34. Üçüncü Bölüm'de Kamu'nun Sağlığına Karşı Suçlar bölümünde yer alan Uyuşturucu Madde İmal ve Ticareti ile İlgili m. 190/1'de, "ülkeye ithal veya ülkeden ihraç eden" yerine "ülkeye sokan veya ihraç eden" sözcüğünün kullanılması çok yanlış sonuçlara yol açabilecektir. Zira ithal ve ihraç terimleri ticari sözcükler olup, dışalım ve dışsatımı ifade eder. Oysa dışalım yerine "ülkeye sokma" teriminin kullanılması, uyuşturucu maddeyi ticari amaç gütmeksizin ülkeye sokan bir kimsenin de uyuşturucu madde ticareti yapan bir kişi gibi cezalandırılmasına neden olabilecektir. Geçmişte Lamanière Davası Türkiye aleyhine birkaç gram uyuşturucu madde nedeniyle müebbet hapse mahkum olma şeklinde uygulamalara ve Türkiye'nin haksız eleştirilere uğramasına neden olmuştur. Bu bakımdan m. 190/1'deki "ülkeye sokan veya ihraç eden" deyimini yerine "ülkeye ithal veya ülkeden ihraç eden" deyiminin kullanılması amaca daha uygun düşecektir.

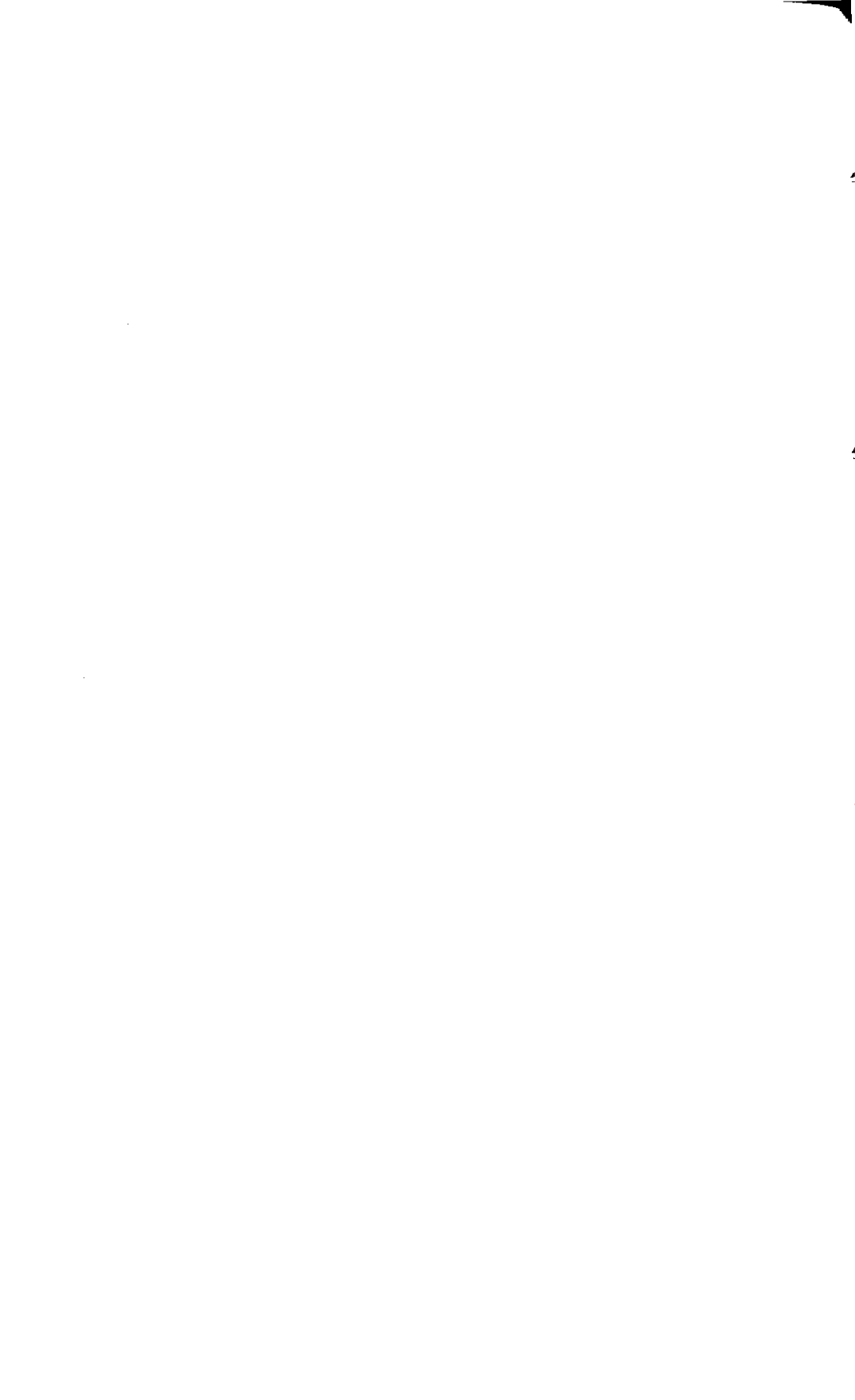
35. Hükümet Tasarısı'nda yer alan basit rüşvetin alt komisyon aşamasında kaldırılması, anlaşılır gözükmemektedir. Zira Türkiye yolsuzlukla mücadele alanında tüm uluslararası sözleşmelere taraf olmaya özen gösterirken, basit rüşvetin görevi kötüye kullanma suçu içinde yer aldığı görüşünden hareketle böyle bir çözüm getirmek devlet memurlarının görev yapmasını çok güçleştirecektir. Bilindiği üzere, rüşvet iki taraflı bir suçtur; şayet sadece rüşvet alanı cezalandırmakla yetinilecek olursa, rüşvet verme fiili özendirilmiş olacaktır. Ayrıca gerek Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Konseyi'nin Ceza Hukuku'na ve Özel Hukuka ilişkin rüşvet sözleşmeleri ve gerekse Avrupa Birliği'nin mali bütünlüğünü korumaya dönük düzenlemeler (özellikle II nolu Protokol) Sözleşmeciler Devletlere basit rüşveti de suç haline getirme yükümlülüğü getirmektedirler. Bu durumda Türkiye'nin AB'ye tam üyelik görüşmelerine başlamak için yaptığı çabalarla çelişen bir uygulamada yasaya hiçbir inandırıcı gerekçe ortaya koymaksızın girmiş bulunmaktadır.

VARILAN SONUÇ

Yukarıda bazı yönlerini ele alıp değerlendirmeye çalıştığımız Alt Komisyon tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanunu'nda değişiklikler içeren Tasarı, bazı olumlu yönlerine karşılık, mevcut TCK'dan ayrılmayı gerektirecek inandırıcı gerekçeler olmaksızın pek çok değişiklikler de içermektedir. Temelde sorun ileride yaratacağı ciddi sorunlar düşünülmemesinin ve bilimsel çevrelerde ve kamuoyunda ciddi bir tartışma konusu da yapılmaksızın beş ay gibi bir zaman dilimi içinde Hükümet Tasarısı'ndan Alt Komisyon'ca, radikal değişikliklere gidilmesinde yatmaktadır. Nitekim, zaman darlığına rağmen Parlamento'nun dikkatini çekmek amacıyla bu görüş hazırlanmıştır. Bu faaliyete girişildiğinde zaman zaman tuhaf durumlarla da karşılaşmıştır. Şöyle ki, İnternet ortamında ilan edilen metinler esas alınarak yapılan değerlendirmeler konuyla ilgili çok az sayıda gerçekleşen toplantılarda dile getirildiğinde "Sizin sözünü ettiğiniz metin değişti" gibi cevaplar alınmıştır. Oysa temel alınan metin 10 Mayıs 2004 tarihini taşıyordu. Ne hikmetse, 12 Mayıs'ta değiştiğini öğreniyoruz. Bu kadar kısa zamanda heyet nerede toplanıp, bu değişiklikleri nasıl yapmış, belli değildir. Şayet yeterli zaman olsaydı, ülkenin en temel yasalarından biri olan TCK alanında mevcut yasadan böylesine uzaklaşan düzenlemeler kamuoyunda ciddi şekilde eleştirilip gerekli düzenlemeler yapılabilirdi. Fakat Alt Komisyon'un bazı üyeleri televizyonlarda dolaşarak "halkı bilinçlendirme" adı altında bazı kesimlerin duyarlı olduğu konuları ön plana çıkararak tüm sistem alt-üst edilmiştir. Bu doğrultuda, basında "Haksız Tahrik Suçu Kalktı" şeklinde çıkan haberlerden de anlaşılacağı üzere, kimi basın kuruluşları konuyu bilmeden kendilerine göre gerçeklerden uzak hukuki düzenlemelerle bağdaşmayan konuları dahi Tasarı lehine haber konusu yapabilmektedir. Öte yandan, Hükümet Tasarısı'nda yer alan kurallar üzerindeki bu tür değişikliklerin "Avrupa Birliği istiyor" diye yapılmasının da, anlaşılır bir gerekçe olacağını düşünmüyoruz. Zira AB'nin en duyarlı olduğu konu düşüncüyü açıklama özgürlüğünü en geniş düzeye çıkaracak değişikliklerdir; yoksa Türkiye'den hukuk sistemini alt-üst edecek bir değişikliği istediğini düşünmek de mümkün değildir. Kaldı ki, ceza hukuku egemenliğin son kalesi olarak Avrupa düzeyinde varılan bütünleşmeye rağmen ulusal bir sorun olarak kalmıştır ve kalmaya da uzun bir süre devam edecektir. Bundan başka Avrupa Birliği'nin Tüzük ve Yönergeleri'nde

üye devletlerden bu işlemlere aykırı bazı davranışları yaptırım altına alma yönünde yükümlülüğünü yerine getirmesini istemektedir. Örneğin Euro kalpazanlığı, içerden öğrenilen bilgilerin ticareti, kara paranın aklanması, çocuk pornografisi, çevre suçları, temel gıda maddelerine yönelik suçlar gibi asıl ele alınması gereken konular olduğu halde bunlar Tasarıda hiç veya gereği gibi ele alınmamış ve iç hukukun AB Hukuku'na uyumu bu yönden eksik bırakılmıştır.

Ceza kanununda mevcut ve yerleşik kurallardan böylesine radikal değişikliklere gidilmesinin kaçınılmaz sonucu ise, öncelikle genel bir affın gündeme gelmesi olacaktır. Bu ise, toplumda son Af Yasası'na kamuoyunun duyduğu hassasiyet dikkate alındığında, siyasileri ne kadar büyük bir tehlikenin beklemekte olduğunu gözler önüne sermektedir. Gerçekten bu değişiklikler, lehe kanun uygulaması açısından her bir dosyayı yeniden mahkemelerin önüne getirecektir. Zaten iş yükü ağır olan yargıyı büsbütün işlemez hale getirecektir. Bunun da ötesinde suçun ağırlığı ile ceza arasındaki dengenin bozulması ve bazı suçlar karşılığında aşırı ağır cezalara yer verilmesi, zaten kapasiteleri sınırlı olan cezaevlerinin aşırı doluluğuna neden olacaktır. Bu durum da, cezaevi kapısında sona ermeyen insan haklarının hükümlüler tarafından dava konusu yapılacak sorunlara yol açacaktır. Bu nedenle cezaevi doluluğunun azaltılması için sık sık af kanunlarına müracaat edilmesi de kaçınılmaz olacaktır. Sonuç olarak bir emek mahsulü olan Alt Komisyon çalışmasının bazı konularda olumlu hükümler içermekle birlikte, pek çok düzenlemesinin ciddi sakıncalar içerdiği görülmektedir. Bunlar düzelmeden çıkacak yeni bir ceza kanununun ne gibi sakıncalar yaratacağı bazı yönleriyle tarafımızdan yukarıda dile getirilmiştir. TBMM'nin bizler gibi Ceza Hukuku uzmanları tarafından kaleme alınan bu eleştirileri dikkate alarak, ülkemiz için en doğru ve hayırlı olan çözümü getireceklerine inanmak istiyoruz.



TBMM ADALET KOMİSYONU'NDA KABUL EDİLEN TÜRK CEZA KANUNU TASARISI HAKKINDA GÖRÜŞ

Doç. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU*

I. Yasanın Sistematiği, Kullanılan Dili ve Kavramlarına İlişkin Genel Değerlendirme

Bu kapsamda öncelikle Tasarı'nın geneline ilişkin görüşümüzü ifade etmekte, ilk planda ise Tasarı'nın sistematiğine değinilmekte yarar vardır. Tasarı'da, kitap, kısım, bölüm ve madde şeklinde bir sistematiğin izlendiği görülmektedir. Bu haliyle Tasarı'nın, sistematik bakımından oldukça sade ve anlaşılır bir düzenlemeye sahip olduğu ifade edilmelidir. Yine bu bağlamda madde başlıklarına da metne dâhil olacak biçimde yer verilmiş olması, madde içeriğinin yorumlanmasında önemli bir özelliktir.

Tasarı'da kullanılan dil bakımından da bir sadeleştirmeye gidildiği belirtilebilir. Bu noktada, ilgili terimlerin tamamen değiştirilmesi şeklindeki bir yöntem, yerine, yer yer ve doktrin ile uygulamada yerleşmeye başlayan terimlerin esas alınması biçiminde bir yol izlenmiştir ki bu yerindedir. Ancak, bu sadeleştirmeye bazı bölümlerde uyulmadığı da görülmektedir. Örneğin; meşru savunma (m. 25), güvenlik tedbiri (m. 2-3), fikri içtima (m. 44), netice (m. 22/3-23), ceza sorumluluğunun şahsiliği (m. 20), münhasıran (m. 22/6) gibi ifadeler yerine; haklı savunma, güvenlik önlemi, düşünsel birleşme, sonuç, ceza sorumluluğunun kişiselliği tercih edilebilir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku öğretim üyesi; TBB danışmanlarından.

raporlar

Yine, benimsenmiş bazı kavramların da terk edildiğini görüyoruz. Örneğin; 81. maddedeki adam öldürme suçu bakımından "*Bir insanı kasten öldüren*", 86-89. maddelerdeki müessir fiiller açısından "*kasten yaralama*" ifadeleri kullanılmıştır. Kanımızca, "*adam öldürme*" ve sa-deleşmeyi de dikkate alarak "*etkili eylem*" kavramlarının kullanılması daha doğru olur.

Terminolojik birlik açısından bazı maddelerde de uyum sağlan-ması gerekmektedir. Örneğin; 12. maddede "*Adalet Bakanı'nun istemi*", 13. maddede ise, "*talebi*" denilmektedir. Yine madde 4/2'de "*sakınama-yacağı bir hata*" deyimini kullanılmışken, hataya ilişkin 30/3. maddede "*kaçınılamaz hata*" ibaresi yer almaktadır.

Öte yandan, "*çocukların suça sürüklenmesi*", "*cinsel davranış*" gibi yeni kavramların kazandırılması modern ceza hukuku felsefesine de uygun düşmektedir. Bu bağlamda, sözgelimi "*ırza geçme ve tasaddi*" gibi terimlerden kaçınılması da isabetlidir.

Tasarı gerek kullanılan dil, gerekse hukuksal kavramlar yönünden hukuk ve dil bilim adamları tarafından özenle bir kez daha bütünü üzerinden gözden geçirilmelidir. Bu zaman dilimi içerisinde, bu nevi hataların olabilmesi son derece normaldir. (Bir örnek vermek gerekirse, madde 22/6'da ki "*Taksirli hareket sonucu neden olunan netice*" şek-lindeki cümle, ifade bozukluğu içermektedir. Dikkatle okunduğunda, başka örnekler de bulunabilir.)

İçerik itibariyle ise, Tasarı'da ceza hukukumuz açısından yeni sa-yılabilecek birçok düzenlemeye, kuruma ve suç tipine yer verildiği gö-rülmektedir. Örneğin; doktrinde uzun süredir dile getirilen ve eleştiri konusu yapılan kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması, sadece önemli bazı kabahatlerin ceza kanunda yer alması gibi yaygın yaklaşım, ta-sarıya aynen yansıtılmıştır. Bu kapsamda cürüm-kabahat ayırımının kaldırılmış olması, temel ceza hukuku ilkelerinin Tasarı'da yer alması, kanunu bilmemenin belirli durumlarda mazeret sayılabilmesi, objektif sorumluluk hallerinin ceza kanunundan çıkarılması, tam-eksik teşeb-büs ayırımının kaldırılması, suça iştirakte tamamen farklı bir sistem ve terminolojinin esas alınması, hapis cezalan arasındaki ağır-hafif ayı-rımının kaldırılması ve özellikle gün para cezası sistemine geçilmesi,

güvenlik önlemlerinin ayrıntılı ve sistematik bir şekilde düzenlenmesi genel hükümler içerisinde ilk planda göze çarpan yeniliklerdir.

Özel hükümler içerisinde ise, birçok yeni suç tipinin düzenlendiği ve mevcut suçlara ilişkin doktrin ve uygulamadaki eleştirilerin dikkate alınarak buna uygun düzenlemelerin yapıldığı söylenebilir. Bu bağlamda, bireye karşı işlenen suçların sistematik olarak topluma ve devlete karşı işlenen suçların önüne alınması, en azından sembolik düzeyde de olsa Tasarı'nın özel hükümlere ilişkin felsefesini ortaya koyabilecek niteliktedir.

Mevcut suçlar bakımından, çoğu suç tipinde terminolojik yenilenmenin söz konusu olduğu, bazıları (örneğin; cinsel suçlar) bakımından ise önemli yaklaşım farklılıklarının bulunduğu belirtilmelidir. Bundan başka, Tasarı'da, insanlığa karşı suçlar, özel hayata karşı suçlar, çevreye karşı suçlar şeklindeki yeni suç tipleri öne çıkmaktadır.

II . Genel Hükümler

Madde I: Ceza Kanunu'nun Amacı

Ülkemizde son dönemde yasalaşan pek çok kanunda yer verilen kanun kapsam ve amacına ilişkin hükümler hazırlanan kanunun yorum ve uygulanmasında yol gösterici ve belirleyici olmaktadır. Ancak gerek Ceza Kanunu bakımından gerekse temel kodifikasyon metni olan Medeni Kanun, Borçlar Kanunu gibi kanunlarda bu tür amaç belirleyen hükümlere bugüne kadar yer verilmemiştir.

Bu açıdan yeni sayılabilecek Tasarı'nın bu hükmü öğretide eleştirilmektedir. Eleştirilerin temel gerekçeleri ise; maddede yer verilen ifadelerin aslında anayasal kurallar olduğu, ceza kanunlarının kötüye kullanılmalarının önlenmesi için demokratik ülkelerde bu düzenlemelerin anayasalarda yer aldığı, ceza kanununun ülkedeki hukuk sisteminin bir parçası olduğu ve maddede yer verilen amaçların aslında hukuk sisteminin genel amaçları olduğu, maddenin ceza normlarıyla korunan hukuksal değerleri kazuistik bir metotla bir araya getirdiği, düzenlemenin daha sonra bir takım yorum sorunlarına neden olabileceğidir.

Gerçekten de, kanunun amacı başlığını taşıyan Tasarı'nın 1. maddesi belirtildiği gibi Anayasal ilkeler niteliğindedir. Bu ilkelerin bazılarının kanunda da bulunmasının esas itibarıyla bir sakıncası yoktur. Anılan prensiplerin böyle bir düzenlemede yer alması kanun koyucunun bir seçimi olup, bunun ötesinde farklı bir anlam ifade etmemektedir. Başka bir deyişle, hükmün neden olduğu tartışmalar bu denli önemli değildir. Çünkü, Anayasal prensiplerin kanunda yer almaması da ilkesel bir boşluk yaratmayacaktır. Kaldı ki, bugün dahi Anayasa'nın 38. maddesindeki ceza hukukuna ilişkin esasların bir kısmı, Türk Ceza Kanunu'nda da tekrarlanmıştır. Daha açık ifade edecek olursak, "Anayasal bir hükmün ceza kanununda tekrar ifadesine gerek yoktur" şeklindeki yaklaşım doğru değildir. Ancak ceza kanunları düzenlenirken, abartılardan kaçınarak sınırlı sayıdaki ilkeyi esas almak yasa yapma tekniğine daha uygun olur. Son dönemde hazırlanan Polonya ve Rusya ceza kanunlarında da benzer hükümler yer almaktadır. Ülkemiz Polonya ya da Rusya gibi totaliter rejimden henüz ayrılmış ülkelerle kıyaslanmasının doğru olmadığı söylenebilir. Fakat siyasi geçmişimizde yaşanan olaylar dikkate alındığında Kanunda bu hükme yer verilmesinin yerinde olacağı kanısındayım.

Madde 2/2: İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamayacağı, 2/3: Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı, Madde 3.Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

Ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan Suçta ve Cezada Kanunilik ilkesinin bir sonucu olan idarenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratılmaması kuralı mevcut kanunumuzdan anlaşılabilen bir ilkedir. Ancak bu kuralın pek çok defa ihlal edildiği ve yanlış yorumlanarak idarenin suç yarattığı da bilinmektedir. Olası ihlallerin de önüne geçebilmek için bu vurgunun Tasarı'da tekrar yapılmış olması yerindedir.

Bize idarenin düzenleyici işlemlerine mutlaka bir istisna tanıncaksa, bu idari ceza hukuku kapsamındaki eylemler bakımından olmalıdır. Bununla kastettiğimiz husus, idari ceza hukuku sahasında bu prensipten vazgeçilmesi olmayıp, zorunluluk halinde idareye böyle bir yetkinin tamnabilirliğidir. Örneğin; TCK 526/1 maddede yer alan çerçeve düzenleme, kastettiğimiz hükümlerden biridir.

Bu maddeye ilişkin son olarak kıyas yasağına ilişkin düzenlemeden bahsetmemiz gerekir. Bilindiği gibi ceza hukuku alanında suç ve ceza hükmü içeren kuralların kıyasa yol açacak biçimde yorumlanması yasaktır. Bu yasak ceza normlarının uygulanmasında kıyas yolu ile bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasının engellenmesi amacıyla hizmet etmektedir. Kuralın konuş amacı aleyhe durumların yaratılmasına engel olmak olduğuna göre lehe kıyas yapılması hükmün konuş amacına uygundur. Bu nedenle hükmün aleyhe kıyas yapılamayacağı şeklinde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Madde 4: Kanun'un Bağlayıcılığı (Kanunu bilmemenin belirli durumlarda mazeret sayılması)

Maddede kanunu bilmemenin belirli durumlarda mazeret sayılması, son derece olumlu bir düzenlemedir. Zira kişinin işlediği bir fiilden kusurlu olarak sorumlu tutulabilmesi için, eylemin hukuken onaylanmadığını bilincinde olmalıdır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, bu konuda terminolojik birliğin sağlanması ve daha sonra doğabilecek yorum farklılıklarını engellemek bakımından "*sakınılamayacak ya da kaçınılamayacak hata*" ibarelerinden tercih edilmelidir.

Madde 5: Özel Kanunlarla İlişki

Mevcut yan ceza kanunları çoğunda, genel esaslardan ayrılan birçok özel düzenleme yer almaktadır. Böylece kanunlar arasında temel prensipler noktasında çelişme meydana gelmektedir. Dolayısıyla Tasarı'nın bu hükmü, yan ceza kanunlarındaki farklı düzenlemelerin bertaraf edilmesi bakımından son derece isabetlidir.

Kuşkusuz bu norm yan ceza kanunlarında farklı düzenlemelerin yapılabilmesi imkanını ortadan kaldıracı bir etki gösteremez. Temenimiz kanun koyucunun bu tür ilkeleri anayasal ilkeler gibi gözetip, farklı düzenlemelere gitmemesidir. Yıllardır süregelen ve son dönemdeki yoğun ve özensiz yasama faaliyetlerinin de katkısı ile ceza hukuku mevzuatımızda adeta yeni ve birden fazla genel esaslar bölümü oluşmuştur.

Öte yandan bu düzenlemenin ilkeler bölümü yerine, kanunun uygulama alanı başlığı bölümünde yer alması daha yerinde olacaktır.

Madde 6: Tanımlar

Vatandaş: Tasarı'da yer verilen vatandaş tanımı ülkemizin taraf olduğu suçluların iadesine dair Avrupa Sözleşmesi'ne uygun değildir. Tasarı'da vatandaş fiili işlediği sırada vatandaş olan kişi şeklinde tanımlanmaktadır. Fakat Avrupa İade Sözleşmesinin 6/ 1c maddesine göre, vatandaşlığın belirlenmesi, vatandaşlığa ilişkin kararın verildiği ana göre yapılacaktır. Tasarı'daki ifadenin sözleşmeye uygun hale getirilmesi gerekmektedir.

Kamu Görevlisi: Yürürlükteki düzenlemede oldukça karmaşık bir ifade tarzıyla öngörülmüş olan bu husus, Tasarı'da oldukça sade ve anlaşılır bir şekilde yer almaktadır. Bu bakımdan olumlu bulmaktayız.

Yargı Görevi Yapan: Tanımda hakimlerin yanı sıra savcı ve avukatlar da sayılmıştır. Ancak yargı faaliyetini yapan sonuçta hakimdir. Farklı bir deyimle, yargı görevi denilince akla hakim tarafından gerçekleştirilen faaliyet gelmektedir. Bu nedenle maddede sayılan diğer kişileri de (savcı, avukat) kapsar bir ifade bulunmalıdır.

Madde 7: Zaman Bakımından Uygulama

Maddede yeni olan ve gözen çarpan düzenleme süreli ve geçici kanunlara ilişkin son bendir. Bilindiği gibi geçici ve süreli kanunlara ilişkin ülkemizde bu alanda bulunan yasal boşluk adaletsiz ve çelişkili uygulamalara neden olmaktadır. Yapılan düzenleme ile bu çelişkiler ve adaletsiz uygulamalar ortadan kaldırılmış olacaktır.

Madde 16: Cezadan Mahsup

Yabancı ülkelerde verilen cezaların, gözaltı veya tutuklu olarak geçirilen sürenin Türkiye'de mahsubu isabetli bir düzenlemedir. Ancak bu noktada dikkat çekmek istediğimiz husus, Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kesin hükmün önleyici etkisi olarak adlandırabileceğimiz non bis in idem ilkesine ilişkindir. Tasarı, tam anlamıyla non bis in idem ilkesine yer vermemektedir. Bilindiği gibi non bis in idem, aynı eylemden dolayı aynı sebebe dayanarak yargılamadan sonra suçlanamamayı ve yargılanmamayı da kapsamına almaktadır. Tasarı'da yer verilen düzenleme ise, ülke dışındaki yargı

kararları açısından mutlak bir etki göstermemektedir. Başka bir deyişle, kesin hükmün önleyici etkisi sadece ulusal sınırlar içinde geçerli olabilmekte, yurt dışında işlenen suçlar bakımından ise göz önünde bulundurmaya kabul etmektedir. Bizce, bu ilke özellikle yabancı yargı kararları bakımından karşılıklılık ilkesi gözetilerek kabul edilmelidir. Zaten non bis in idem prensibine ilişkin sorun, ulusal mahkemelerin verdiği kararlar açısından çıkmamaktadır. Tasarı bu şekliyle yasalaşır- sa, daha önce yaşanan hukuksal sorunlar göz önünde bulundurmanın kabulüne rağmen devam edecektir. Netice olarak bu kurala, Tasarı'da ya da usul kanununda yer verilebilir.

Madde 18: Suçluların İadesi

Uluslararası Ceza Hukuku alanında yaşanan gelişmeler vatandaşın iade edilmeyeceği kuralına önemli istisnalar getirmiştir. Örneğin; jenosid ve insanlığa karşı suçlar söz konusu olduğunda, sözleşme gereği vatandaş uluslararası ceza mahkemesine iade edilebilecektir. Bu nedenle ülkemizin uluslararası yükümlülüklerinden doğan istisnalar göz önünde bulundurulurken mevzuatımızın gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bu durum dikkate alınarak maddenin 2. fıkrasında yapılan düzenleme isabetli olmuştur. Tanımlar bölümündeki vatandaşa ilişkin açıklamalarımızı da, bu bağlamda tekrar hatırlatmak isteriz. (Avrupa İade Sözleşmesi'nin 6/1c maddesine göre, vatandaşlığın belirlenmesi, vatandaşlığa ilişkin kararın verildiği ana göre yapılacaktır.)

Madde 19: Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması

Yürürlükteki TCK'nın 10a maddesi, gerek dili gerekse içeriği itibarıyla anlaşılması ve uygulanması son derece zor bir hükümdür. Hangi kanunun uygulanacağına ilişkin olarak bir takım tereddütler söz konusu olabilmektedir. Tasarı'daki bu hüküm, olası tereddütleri bertaraf edebilecek, sade ve anlaşılır bir düzenlemedir.

Madde 20: Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği (Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu)

Kişisel görüşümüze göre tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olamayacağı yönünde olmakla birlikte, gerek dünyadaki genel eğilim gerekse taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmeler görüşümüzü desteklememektedir. Sözgelimi ülkemizin de onaylamış bulunduğu

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi, m. 9'da tüzel kişilerin cezai sorumluluğu öngörülmektedir. Yapılan Anayasa değişikliğiyle sözleşmelerin iç hukukumuzdaki konumu da dikkate alındığında, sözü geçen sözleşmelerde yer alan hükümlerle Tasarı'daki bu düzenlemenin çelişmesi gündeme gelebilecektir.

Madde 21-22: Kast-Taksir

Kanaatimizce, esas itibariyle Kanun'da kast ve taksir tanımına yer verilmemeli, bu kavramların içeriği doktrin ve uygulamaya bırakılmalıdır. Eğer mutlaka bir tanım yer alacaksa genel olarak bu kavramların tanımı yer almalı, buna karşılık, olası kast ve bilinçli taksir gibi ayrımlar kanunda bulunmamalıdır.

Özellikle olası kastın doğru olmayan tanımı karşısında, bilinçli taksirin içi boşalmış durumdadır.

22. maddenin 4. fıkrasındaki taksirle işlenen suçtan dolayı cezanın failin kusuruna göre belirleneceğine ilişkin düzenleme son derece isabetli olup, mevcut düzenlemedeki 8/8 tartışması bitecektir.

Yine 22. maddenin 6. fıkrasındaki taksirli suçlarda, failin kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezanın hükmedilmesin! gereksiz kılacak derecede mağdur olması durumunun dikkate alınması olumlu bir düzenlemedir.

Madde 23: Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

Ceza hukukundaki objektif sorumluluğa son vermesi bakımından çok isabetlidir. Zira yürürlükteki kanunda yer alan ve objektif sorumluluğa yol açan düzenlemelerin kaldırılması ve modern ceza hukukunun ulaştığı nokta olan sübjektif sorumluluk ilkesinin istisnasız hakim kılınması doktrinde devamlı olarak savunulan bir husustur.

Madde 24: Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler

İkinci Bölüm'de başlık olarak tercih edilen ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenler tercih edilmiş, içerikte ise hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte kusur yeteneğini etkileyen hallere de yer verilmiştir. Biz klasik sistematik esas alınarak başlıkta hukuka uygunluk nedenleri ifadesinin kullanılması gerektiği kanısındayız. Bu

bölümde mevcut ceza kanununda yer almayan, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin de düzenlenmiş olması isabetli olmuştur.

Ayrıca hukuka uygunluk sebeplerinden meşru savunmanın konu itibariyle genişletilmesi isabetlidir. Meşru savunmanın, mala karşı saldırıları da içerecek biçimde düzenlenmesi, zaman zaman ortaya çıkan TCK m. 49, m. 461 kargaşasını giderebilecek niteliktedir. Ancak, madde gerekçesinde yer alan bir paragraf isabetli görülmemektedir. Gerçektende “... kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisi, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğundan meşru savunma hakkının böylece genişletilmesi, kriminolojik yönden caydırıcı etki de yapabilecektir.” şeklindeki gerekçeyi, kanun koyucu benimsememelidir.

26. maddede, mağdurun rızası yerine “*ilgilinin rızası*” ifadesinin kullanılması doğru olmuştur. Ancak bizce, ilgilinin rızası terimi yerine “*hak sahibinin rızası*” deymi daha yerinde bir seçim olacaktır.

Hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın heyecan, korku veya telaş sonucu aşılmasının sadece meşru savunma ile sınırlı tutulması (m. 27/2) hatalıdır. Bilindiği mevcut ceza kanunumuz hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını tüm hukuka uygunluk nedenleri bakımından benimsemiş ve genel bir hükümle düzenlemiştir. Oysa tasarı incelendiğinde görülmektedir ki hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması sadece haklı savunma bakımındandır. Diğer hukuka uygunluk nedenleri yönünden sınırın aşılması halinin söz konusu olamayacağını söylemek imkanı yoktur. Örneğin; polislin zor ve/veya silah kullanma yetkisi (kanunun hükmünü icra ve/veya yetkili merciin emrini ifa) kapsamında, olay esnasında oluşan heyecan, korku veya telaş sonucu sınırı aşması her zaman için mümkündür. Kaldı ki, mücbir nedenle sınırın aşılmasında ceza verilmemesinin temel nedeni, faile bir kusur atfedilememesidir. Tasarı’daki bu düzenlemenin aksi anlamından, meşru savunma dışındaki diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, failin mücbir neden dolayısıyla kusurlu olmasına rağmen sınırın aşılmasından sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Objektif sorumluluk hallerine yer vermeyen bir Tasarı’nın bunu amaçlamadığı ortadadır.

Madde 30: Hata

Hata kapsamında sapma hallerine Tasarı'da yer verilmediği görülmektedir. Oysa bu husus uygulamada bir takım tereddütlere neden olmuştur. Bu tereddütlerin giderilmesi bakımından Tasarı'nın bu durumu da dikkate alarak düzenlemeye gitmesi yerinde olacaktır.

Madde 32: Akıl Hastalığı

Maddede failin hangi anda akıl hastası olması gerektiği belirtilmemiştir. Madde bu haliyle suçun işlenmesinden sonraki durumu da içerebilecek bir ifadeye sahiptir. Bu tür yanlış yorumların önüne geçilebilmesi için maddeye, "suçu işlediği anda" ibaresinin eklenmesi yerinde olacaktır. Nitekim akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerini düzenleyen madde 58'de bu yönde bir ifadeye yer verilmiştir.

Öte yandan akıl hastalığı konusundaki ayrımların doğru olmadığı ceza hukukçularınca devamlı vurgulanmaktadır. TCK'daki tam ve kısmi akıl hastalığı ayrımı da bu bağlamda eleştirilmektedir. Biz de, bu yöndeki eleştirilere katılmaktayız. Kişinin akıl hastası olduğunun belirlenmesi durumunda kişiye ceza verilememesi ilkesi yerindedir. Tasarı'da esas itibari ile bu ayırım ortadan kaldırılmış, fakat 32/2. maddesinde yeni bir grup ihdas edilmiştir. Gereğenden tam olarak anlaşılammamakla birlikte dolaylı biçimle de olsa yeniden ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Kanımızca bu şekli ile hüküm uygulamada sorun yaratacak niteliktedir.

Madde 33: Sağır ve Dilsizlik

Madde gerekçesinde sağır ve dilsizliğin doğuştan olmasının yanı sıra küçük yaştan itibaren bu yeteneğin yitirilmiş olmasına da aranmaması isabetli olmuştur. Ancak bu düzenlemenin gerekçe de değil madde metninde yer alması daha amaca uygun olur.

Madde 34: Geçici Nedenler, Alkol Veya Uyuşturucu Madde Etkisinde Olma

Kişinin akli melekelerini etkileyen sistematik hastalıklar, örneğin diyabet, üremi (böbreklerin çalışmaması), trifoksikoz (triiod hormonlarının yükselmesi-kişinin saldırgan hale gelmesine neden olur), gebelik

sonrası ortaya çıkan tablo, gibi uygulamada çokça karşılaşılan kusur yeteneğini etkileyici önemli durumlara gerekçede yer verilmesi isabetli olmuştur.

Madde 35: Teşebbüs

Maddede tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayırımının kaldırılmış olması yerindedir. Özellikle adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, failin hiçbir şekilde hedefe isabet ettirememesi gibi durumlarda hakimın herhangi bir taktir yetkisinin bulunmaması uygulamada adil olmayan sonuçlar doğurabilmekte ve Yargıtay da bu adaletsizliği giderebilmek amacıyla zaman zaman konuyla ilgili temel ilkelere ters kararlar verebilmektedir.

Madde 37: Faillik-Dolayısıyla Faillik

Madde 37/2'de dolayısıyla faillğe ilişkin düzenleme, doktrindeki eğilime uygundur. Ancak sağır ve dilsizler ile akıl hastası olmayan alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları bakımından da ceza artırımına gidilmemesi daha yerinde bir tercih olur.

Madde 38/3: Azmettireni Ortaya Çıkarana Ceza İndirimi

Azmettireni ortaya çıkarana faile ceza indirimi yapan düzenleme, yargılamayı karmaşık bir hale getirebilir. Daha açık bir ifade ile, iftira niteliğindeki isnatların artması sonucunu doğurabilir. Öte yandan böyle bir hüküm kabul edildiğinde, ceza indiriminin sadece azmettireni ortaya çıkarana için öngörülmesi yerinde değildir. Bu tür bir indirim, diğer tüm failer bakımından da tanınmalıdır. Çünkü azmettireni ortaya çıkarana kimseye indirim sağlanırken, asli maddi faili ortaya çıkarana bu indirimin sağlanmaması kanımızca bir çelişkidir.

Madde 40 : Bağlılık Kuralı

Aslında uygulama ve öğreti tarafından çözümlenmesi gereken bu sorunun kanunda düzenlenmesinin ne ölçüde isabetli olduğu tartışmalıdır. Ayrıca kanunda yer verilen ifade yasa metninden ziyade doktriner bir açıklama niteliğindedir. Bu nedenle maddenin kanun metnine uygun biçimde yeniden kaleme alınması gerekir.

Madde 42-44: Suçların İçtimai

Bileşik suça kanunda yer verilmesinin yerine gerek yoktur. Zira bileşik suç tamamıyla doktriner nitelikte bir nitelendirmedir. Kanun'dan çıkartılması gerekir.

Madde 43/3'te bazı suçlarda zincirleme suç kurallarının uygulanmayacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce genel bir içtima kuralı olan zincirleme suç açısından böyle bir istisnaya yer vermeye gerek bulunmamaktadır. Ayrıca fıkrada sayılan suçlara birçok başka suç da eklenebilir ve bu suçların neden listeye dahil edilmediği gündeme gelebilir.

Fikri içtimaa ilişkin 44. maddeye gerek olmadığı, fikri içtimain mevzuatımızdan çıkarılması gerektiğini düşünüyoruz. Failin objektif olarak birden fazla hükmü ihlal etmesi karşısında; suçtan ceza verilmesi, deyim yerindeyse becerikli bir failin ödüllendirilmesi yerinde değildir. Buna rağmen mutlaka bu düzenleme olacaksa, burada da diğer içtima türlerinde olduğu gibi sübjektif unsura da yer verilerek failin tek suçtan cezalandırılması yerine cezasının bir miktar artırılması gerektiği kanısındayız.

Madde 45: Cezalar

Cezaisi bağlamında cürüm-kabahat ayırımının kaldırılmasına değinmekte yarar vardır. Her şeyden önce kabahatlerin, bundan önceki tasarıların aksine tamamen ceza kanunundan çıkarılmış olması son derece isabetlidir. Tasarı'da, mevcut kabahatlerden bazıları suç olarak kalırken, bir kısmı da kapsam dışında bırakılmıştır.

Madde 50: Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar

Maddede oldukça ayrıntılı seçenek yaptırımlar öngörülmüştür. Böylece kısa süreli hapis cezalarının olası olumsuz etkilerini önlemek amacıyla hâkimin, sanığın durumuna göre başvurabileceği değişik seçenek yaptırımlar getirilmiştir, yerindedir.

Madde 52: Adli Para Cezası

Para cezalarına ilişkin mevcut karmaşık sisteme son vermesi, ekonomik durumu dikkate alması açısından son derece olumlu bir düzen-

leme olduğu görtüşündeyiz. Bu düzenlemeyle cezayı uygulayacak hâkim açısından da önemli bir kolaylık sağlanmış olacaktır. Bilindiği gibi mevcut sistemde para cezalarının hesaplanması ayrı bir teknik bilgi ve çabayı gerektirmekte, uygulayıcılar için önemli bir külfet oluşturmaktadır. Ayrıca enflasyonist ekonomik yapı nedeniyle para cezalarında sürekli artışa gidilmesi gerekmekte, bu düzenlemelerin yapılamaması durumunda ise komik para cezaları ortaya çıkabilmektedir. Yeni düzenleme ile gerek artırma zorunluluğu gerekse uygulayıcı bakımından kolaylık sağlar niteliktedir. Yeni sistemin kişinin ekonomik durumu ile orantılı bir ceza sistemi getirmesi, eleştirilere uğrasa bile, kanımızca cezanın bireyselleştirilmesi bakımından son derece yerindedir.

Madde 53: Hak Yoksunlukları

Hak yoksunluklarının ayrıntılı ve sade bir şekilde düzenlenmesini olumlu bulmaktayız. Bu bağlamda m. 53/2'de, hak yoksunluklarının, hapis cezasının infazıyla sınırlı tutulmasını hümanizm ilkesi bakımından önemlidir. Mevcut sistemde hak yoksunlukları ceza tamamlansa hatta bazı düzenlemelerde bakımından affa uğrasa bile ibaresi ile kişiyi tüm hayatı boyunca ceza infazına tabi tutmaktadır. Bu düzenleme cezanın suçluyu ıslah ederek yeniden topluma kazandırılması amacıyla çelişmekteydi. Toplumda yeniden kazandırma infazın bir noktada son bulmasını zorunlu kılar. Ancak mevcut kanunla bu sağlanamamaktadır.

Madde 54: Eşya Müsaderesi

Maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesinde üçüncü kişiler bakımından yapılan düzenleme yerindedir. Böylece iyi niyetli üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı korunmuş olmaktadır. Keza madde 54/3 müsadere konusunda hakime taktir yetkisinin tanınmış olması önemlidir. Ancak madde metninde yer verilen iyi niyetli ifadesi ceza hukuku alanında kullanılmayan bir ifadedir. Burada kullanılması gereken ifade üçüncü kişinin suç işleneceğini bilmeden ve hukuka aykırı bir eylemde kullanılacağı bilmeyerek aracını vermesidir.

Madde 55: Kazanç Müsaderesi

Müsadere açısından eşya müsaderesi yanında suçtan elde edilen kazancın da müsaderesine yer verilmesi, böylece suçun bir ekonomik

kazanç yolu olarak görülmesinin önüne geçilmesi suç politikası bakımından yerindedir.

Madde 57: Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri

Bu kapsamda yüksek güvenliklı sağlık kurumlarının öngörölmüş olması olumlu bir düzenlemedir. Böylece hukuka aykırı bir eylem gerçekleştiren akıl hastası bakımından, gerek tedavi gerekse cezaevi ortamının bir arada bulunduğu bir ortam sağlanmış olacaktır ki bu durum amaca uygun bir yapı özelliğindedir.

III . Özel Hükümler

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Tasarı'nın özel hükümler bölümü sistematik bakımından başarılıdır. Ancak son bölümde de tekrar değineceğimiz önemli bir husus şudur : İlk iki bölümle son bölüm, gerek sistematik gerekse terminolojik açıdan ciddi olarak uyumsuzdur. Ayrı kâlemlerden çıktığı açıkça görölen üçüncü bölüm mutlaka gözden geçirilmelidir. Aşağıda bazı hükümlere ilişkin değerlendirmeler yer almaktadır.

Madde 76-80: İnsanlığa Karşı Suçlar, Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti

Söz konusu suçlar, ölkemizin tarafı olduğu uluslar arası sözleşmelerin bir gereğı olup, Tasarı'da özel olarak düzenlenmesi yerindedir. Bununla birlikte, soykırım ve insan ticareti suçlarının yanında, göçmen kaçakçılığının da insanlığa karşı suçlar başlığı altında birlikte düzenlenmesi sistematik açıdan tartışmaya neden olabilir. Bizce, bu üst başlıkla uyumlu değildir.

Öte yandan, 227. maddedeki fuhuş suçunun 3. fıkrasında düzenlenen "*bu amaçla ölkeye insan sokma ve çıkarma*" eylemi, 80. maddedeki insan ticareti suç tipine dahil edilebilir.

Madde 83- Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi

Öldürme suçu bakımından ihmali hareketin açıkça düzenlenmiş olması yerindedir. Ancak ihmali hareketler bütün suç tipleri bakımın-

dan gündeme gelebileceğinden, bu hususun genel hükümler bölümünde düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.

Ayrıca kasten öldürme suçunda, "ötenazi" kurumunun hiçbir şekilde dikkate alınmamış olması önemli bir eksikliktir. Bu hususun, gerek tıbbi gerekse hukuki yönleri dikkate alınarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Madde 84: İntihar

Genel itibariyle başarılı bulduğumuz bu düzenlemede öncelikle madde başlığının, suçun içeriğiyle uyumlu olarak, "İntihara teşvik ve yardım" biçiminde değiştirilmesi gerekir. Bu başlıkla, intihar etmenin suç olduğu izlenimi oluşmaktadır. Ayrıca bu kapsamda, belirli dinsel veya gençlik gruplarının toplu intiharlarının özel olarak dikkate alınmasının, örneğin bunun bir nitelikli unsur olarak öngörülmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

Madde 86: Kasten Yaralama

Öncelikle madde başlığı "Etkili eylem" olarak değiştirilmelidir. Çünkü vücutta yaralanma oluşturmadan da bir kişide psikolojik etki ile bazı arazlar oluşturmak mümkündür.

Maddedeki "acı veren" ifadesi, gerek maddi gerekse manevi acıyı kapsayabilecek özelliktedir. Bu konudaki tereddütleri gidermesi bakımından gerekçede buna açıklık getirilmesi gerekir. Ayrıca suçun nitelikli halleri bakımından, öldürme suçunda öngörülen ve yaralama açısından da söz konusu olabilecek bazı nitelikli unsurların yer almadığı görülmektedir. Bu eksikliğin giderilmesi şarttır.

Madde 87: Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama

Madde 87/ 1c'deki yüzde sabit eser ifadesinin, yüze çok yakın olan boyun ve enseyi de kapsayacak şekilde öngörülmesi, amaca daha uygundur.

Madde 87/3'te kemik kırılması cezayı ağırlatıcı bir sebep olarak öngörülmüştür. Ancak bazı kemik kırılmaları çok önemli olmayabilirken, kemik kırılması olmasa da bir tendon kopması daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Bu olasılıklar gözetilerek, kemik kırılmasını ba-

ğimsız olarak esas almak terk edilmelidir. Ayrıca bu hükmün 87/3'te yer alması da sistematik açıdan hatalı olmuştur. Ya bir önceki madde- de ya da bu maddenin ilk fıkrasında düzenlenmesi doğru olurdu.

Madde 88: Daha Az Cezayı Gerektiren Haller

Basit tıbbi müdahale ifadesinin sakıncalı olduğunu düşünüyoruz. Çünkü bazı durumlarda acı bakımından oldukça ağır bir travmatik olay, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilmektedir. Ayrıca salt acı veren, ancak herhangi bir tıbbi müdahaleyi gerektirmeyen basit eylemler, bu ifade gereği daha az cezayı gerektiren bu maddeye göre değil, daha ağır cezayı içeren 86. maddeye göre yargılanacaktır ki amaçlananın bu olmadığı açıktır.

Madde 94: İşkence

Maddede geleneksel işkence tanımından vazgeçildiği, ilgili eylemlerin, bir suçla veya suçun ikrarını sağlamayla olan bağının koparıldığı ve böylece kapsamında genişletildiği görülmektedir. Kanımızca, bu suçun herkes tarafından işlenebilmesi mümkün olmalı, kamu görevlisinin bu eylemleri gerçekleştirmesi suçun nitelikli hali olarak öngörülmelidir. Yine kamu görevlisi bakımından görev bağlantısı ayrıca vurgulanarak, görevle bağlantılı işkence eylemleri daha ağır bir yaptırıma bağlanmalıdır.

Madde 96: Eziyet

Yerinde bir düzenleme olmakla birlikte işkence ile farkının daha iyi bir biçimde ortaya konması veya tamamen Tasarı'dan çıkarılması ve bu eylemlerin ilgili suç tiplerinde bir nitelikli unsur olarak düzenlenmesi gerekir.

Madde 99: Çocuk Düşürtme

Yerinde bir düzenlemedir. Ancak maddenin 6. fıkrasında yer alan "20 haftalık" süreyi, gereğinden fazla bir süre olarak düşünmekteyiz. Kuşkusuz, bu konuda tıp bilim adamlarının görüşü alınmalıdır.

Madde 102-105: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar

Tasarı'nın genel olarak cinsel suçlar konusundaki yaklaşımı isabetlidir. Irza geçme-ırza tasaddi ayırımının kaldırılmış olması olum-

ludur. Madde 103'teki "*çocukların cinsel istismarı*" ifadesi, terminolojik açıdan son derece yerindedir.

Madde 104 açısından ise, iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin kapsam dışına çıkarılması gerektiği kanısındayız. Burada failin kim olabileceği tartışma yaratacaktır. Her halükarda eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

Madde 127: Hakarete İspat

Maddede, isnat olunan fiil hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün verilmiş olması halinde isnadın ispatlandığı kabul edilmektedir. Ancak söz konusu fiile ilişkin davanın herhangi bir nedenle düşmesi durumunda ispatın ne şekilde gerçekleştirileceği tereddüt doğurmaktadır. Bu konuda bir açıklık getirilmelidir.

Madde 128: İddia Ve Savunma Dokunulmazlığı

Maddede iddia ve savunmalardaki ifadelerin somut ve gerçek vakialara dayanması koşulu getirilmiştir. Oysa bu husus söz konusu dokunulmazlığı kısıtlayıcı bir niteliktedir. Zira bazı durumlarda iddia ve savunmanın daha iyi ortaya konulabilmesi için soyut birtakım değerlendirmelerin de yapılması gerekebilir. Bu nedenle sadece uyumsuzlukla bağlantılı, "*iddia ve savunma için yararlı*" kriteriyle yetinilmesi amaca daha uygundur.

Madde 132-140: Özel Hayata Ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar

Anayasa'da güvence altına alınan özel hayatın ceza hukukuyla korunması ihtiyacının giderilecek olması bakımından son derece gerekli düzenlemeler olduğu kanısındayız.

Madde 155- 157: Güveni Kötüye Kullanma - Dolandırıcılık

Öncelikle güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçları açısından zarar-tehlike ayırımı yapılmalı ve bu suçlar birer somut tehlike suçu olarak düzenlenmelidir. Zararın oluşumu ise suçun nitelikli şekli olarak ayrıca öngörülmalıdır.

Bunun dışında dolandırıcılık suçuna ilişkin olarak, m. 158'de yeni birtakım nitelikli haller yer verilmiş olması doğru bir yaklaşımdır.

Madde 161-162: İflas Suçları

Mevcut mevzuatımızda İİK'na atıfla düzenlenmiş olan iflas suçlarının Tasarı'da düzenlenmiş olması yerinde bir değişikliktir. Böylece atıftan kaynaklanan mevzuat dağınıklığı bir ölçüde giderilmiş olacaktır.

Madde 172-173 Radyasyon Yayma-Atom Enerjisi İle Patlamaya Sebebiyet Verme

Söz konusu yeni suç tiplerinin düzenlenişini yerinde buluyor ve önemli bir ihtiyacı karşılayacağını düşünüyoruz.

Madde 181-184: Çevreye Karşı Suçlar

Bu suçların da ceza kanununda yer alması son derece önemlidir. Bu kapsamda madde 184'teki imar kirliliğine ilişkin düzenleme, uygulamadaki ihlalleri önleyici önemli bir düzenlemedir.

Madde 204-212: Belgede Sahtecilik Suçları

Söz konusu suçlara ilişkin tanımlar anlaşılır ve sade olması bakımından olumludur. Ancak resmi belgeleri düzenleyen 210. maddenin 2. fıkrasında bir takım çelişkiler göze çarpmaktadır. Maddede bir takım kişilerin özel olarak sayılması bunların kamu personeli olmadığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Oysa kamu personeli aynı nitelik bir suçu işlediğinde daha fazla ceza görmektedir.

İkinci olarak normalde resmi evrakta sahtekârlık suçu bir tehlike suçudur ve zarar unsuru aranmaz. Bu düzenlemede ise zarar unsurunun aranması çelişki doğurmaktadır.

Uygulamada mevcut düzenleme bakımından tartışmalara neden olan içtima sorunu da 212. maddeyle giderilmiştir. Bilindiği gibi evrakta sahtekârlık yapılarak başka bir suç işlenmesi durumunda içtima bakımından nasıl hareket edileceği önemli bir tartışma konusuydu. Maddede bu durumlarda gerçek içtima kurak konarak tartışmaya son verilmiştir.

Madde 215-216: Suçu ve Suçluyu Övme-Kin ve Düşmanlığa Tahrik

215. maddede suçun yanında suçlunun da övülmesinin öngörül-

mesi, bu konuda açıklık getirilmesi isabetlidir. Kin ve düşmanlığa tahrik suçunun somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi yerindedir.

Madde 222: Şapka, Türk Harfleri ve Giyilmesi Yasak Kisveler

222. madde mevcut kanunda 526/2. maddesinin Tasarı'daki karşılığıdır, ancak giyilmesi yasak kisvelere ilişkin kanun madde metnine eklenmiştir. Madde üç kanuna aykırı davranışları cezalandırmaktadır. Ancak bu tür başka kanuna atıf yoluyla suç yaratılması belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Belirlilik ilkesinin temel mantığı, bireyin hangi eyleminin suç teşkil edeceğini açık ve tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlamasının sağlamasıdır. Ancak 222. madde bu belirlilikten uzaktır. Yasaklayıcı normlar içeren bir kanuna aykırı davranış suç olarak nitelendirmektedir. Kanun koyucunun atıf yapmak yerine açıkça suç olarak düzenlediği eylemleri ortaya koyması daha yerinde olacaktır.

Öte yandan Bazı Kisvelerle İlgili Yasa'nın 3. bendinde yer alan hükümler de, uygulamada sorun yaratabilecek nitelik arz etmektedir.

Madde 226-227: Müstehcenlik-Fuhuş

Bu suç tiplerinde çocukların ön planda tutulmuş olması ve çocukların korunmasına önem verilmesi doğru bir yaklaşımdır. Ancak maddenin 4 numaralı bendinde yer alan düzenlemedeki "*doğal olmayan yollardan cinsel ilişki*" ifadesi muğlak ve farklı anlamlar verilebilecek niteliktedir. Kültürel alt yapıya göre değişik anlam verilebilecek bu ifade ya açıklığa kavuşturulmalı ya da tamamıyla madde metninden çıkarılmalıdır.

Madde 235-236: İhaleye Fesat Karıştırma - Edimin İfasına Fesat Karıştırma

Söz konusu suç tipine ilişkin düzenlemelerin son derece başarılı bir şekilde kaleme alındığını ifade etmek gerekir.

Madde 247: Zimmet

Zimmete konu olan şeyin mal olarak ifade edilmesi, gereksiz tekrarların önüne geçmek bakımından doğru olmuştur. Çünkü mal kavramı, para, para yerine geçen evrak, senet, sair varlık gibi tüm eko-

raporlar

nomik değerleri karşılamaktadır. Uygulamada ortaya çıkan kullanma zimmetinin maddede özel olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. Ayrıca mevcut hükümdeki zimmet suçunun kamu bankalarına karşı işlenmesi halinin ağırlatıcı bir sebep sayılması madde metninden çıkarılmıştır. Bu, kamu ve özel banka ayırımına son vermek açısından yerinde olmuştur.

Madde 252: Rüşvet

Zimmet ve irtikaba ilişkin düzenlemeden farklı olarak, rüşvetin tanımının maddenin

1. fıkrası yerinde 3. fıkrasında yer verilmesi sistematik açıdan hatalıdır. Maddenin

2. fıkrasında rüşvet alanla, anlaşmaya varan kişilerin aynı ceza-ya tabi tutulması doğru değildir. Maddede genel olarak terminolojik açıdan farklı bir ifade kullanılmışken, maddenin son fıkrasında teklif, vaat, verme deyimlerine yer verilerek, mevcut düzenlemedeki terminolojiye yer verilmiştir. Sistematik açıdan hatalıdır. Ayrıca madde gerekçesinde yer alan çok fauli suç nitelendirmesi yerinde değildir. Zira bilindiği gibi rüşvet suçlarında zaman zaman faillerden birinin cezalandırılması da mümkün olabilmektedir. Bu nedenle rüşvet bakımından yapılan bu nitelendirme yerinde değildir.

Bilindiği gibi rüşvet suçu mevcut kanunda ve hükümet tasarısında basit ve nitelikli olarak düzenlenmiştir. Ancak Adalet Alt Komisyonu bu ayırımı ortadan kaldırarak sadece görevin gereklerine aykırı olarak bir işin yapılması ya da yapılmaması için yarar sağlamayı rüşvet olarak tanımlamış ve bugünkü düzenlemede basit rüşvet olarak bildiğimiz hali görevi kötüye kullanma kapsamına almıştır. Bu düzenleme işini yaptırmak için rüşvet vermek zorunda kalan bireyi rüşvet verme suçunun faili olmaktan çıkardığından olumlu görülebilir. Ancak bu düzenleme pek çok sorunu ve tartışmayı da beraberinde getirecek niteliktedir. Ülkemiz bakımından değerlendirildiğinde basit ve nitelikli ayırımı ile rüşvet suçlarının korunması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Madde 250 : İrtikp

Zimmet ve rüşvet suçları bakımından ngrlmş olan etkin piş-

manlık hükmünün irtikâp suçu bakımından yer almamasının nedeni anlaşılammamaktadır. Zimmet, rüşvet ve irtikâp suçları nitelikleri itibariyle birbirlerine yakın suçlardır. Bu nedenle etkin pişmanlık hükmü irtikâp bakımından da düzenlenmelidir.

Madde 267: İftira

Maddede *"idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak"* amacıyla yapılan isnatlar da iftira suçu kapsamında kabul edilmiştir. Ancak iftira suçu adliye aleyhine bir suçtur ve idari bir yaptırımın adliyeyle ilgisi-nin olmadığı açıktır. Bu nedenle de, korunan hukuksal yarar ile madde metni birbiriyle çelişmektedir. Düzeltmesi gerekir. Bununla, idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla yapılan iftira eylemlerinin cezalandırılmaması söylemiyoruz. Ya bölüm başlığı değiştirilmelidir, ya da bu bölümde yer alan suçların birden fazla hukuksal yararı ihlal edebilmesi gerçeği karşısında Kişilere Karşı Suçlar bölümünde düzenlenmelidir. Örneğin; hakaret suçu bölümü içerisinde bu suça da yer verilebilir.

Madde 287: Genital Muayene

Maddede yapılan düzenleme ile yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın genital muayene gönderilmesi eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Kanımızca sadece genital muayeneye gönderen kişi değil, muayeneyi yapan kişinin de cezalandırılması gerekir. Bu nedenle maddenin genital muayeneye gönderen ya da muayeneyi yapan kişileri de kapsar hale getirilmesi yerinde olacaktır. Ancak maddenin genital muayeneyi tamamen suç haline getirilmesi şeklindeki düşüncelere katılmıyoruz. Zira kimi suçlar bakımından genital muayene tıbbi ve yargısal bir zorunludur. Bu konuda alternatif bir düşünce olarak, hukuka aylan bir biçimde beden muayenesinin suç olarak düzenlenmesi, ayrıca bu muayenenin genital bölgede yapılması veya kızlık zarının kontrolü amacıyla olması durumlarında suçun nitelikli halinin varlığının kabulü isabetli olacaktır.

Madde 306: Temel Milli Yararlara Hakaret

Temel milli yararlar ifadesi kavram itibariyle oldukça geniş olup, kanunilik ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesi bakımında tartışma yaratacak bir düzenlemedir.

- Özel hükümlere giriş bölümünde vurguladığımız gibi, Tasarı'nın üçüncü bölümünde yer alan, Devlet'in Egemenlik Alametlerine ve Organlarının saygınlığına Karşı Suçlar ile ilk iki bölümdeki suçlar arasında gerek dil, gerek terminoloji, gerekse sistematik açısından ciddi uyumsuzluklar bulunmaktadır. Bu durum mutlaka düzeltilmelidir. Bu bölümde özellikle, "devlet sırrı" kavramı detaylı bir biçimde ortaya konulmalıdır. Bu konudaki yan ceza kanunundaki çalışmalarla mutlaka paralellik sağlanmalıdır.

Son olarak belirtmek isterim ki, her çalışma gibi bu çalışma da eleştirilere açıktır. Daha ziyade bizlerden sonra gelecek kuşakları ilgilendiren böyle bir temel yasanın ciddi bir tartışmadan geçirilmesi kaçınılmazdır. Burada herkese tarihsel bir görev düşmektedir. Kimsenin tembel davranma hakkı yoktur. Önemli olan, ülkemize ve insanımıza en iyi düzenlemeleri sunabilmek çabası içerisinde olmaktır. Modern dünyadaki bütün ciddi reformlar uzlaşmalar yoluyla sağlanmıştır. Biz de bu uzlaşmayı sağlarken, doğrudan doğruya ortaya konulan esere bakmalıyız. Yoksa, bunun kim ya da kimler tarafından hazırlandığı önemli değildir. Ben kişisel olarak, sınırlı zaman dilimi içerisinde gördüğüm olumlu ve olumsuz her şeyi söylemeye çalıştım. Kuşkusuz, bizim bu çalışmamamızda da onlarca eksik olabilir. Sözgelimi, bu Tasarı'yı düşünce özgürlüğü ve basın özgürlüğü açısından irdelemek bile ayrı bir çalışma konusu olabilecektir. Belirttiğim nedenlerle, Tasarı'nın daha çağdaş, daha kalıcı olabilmesi, kısacası içimize sinebilmesi için bütün pozitif enerjimizi aktarmalıyız.