

CEZA HUKUKU'NUN ÇAĞDAŞ İLKELERİ VE AVRUPA BİRLİĞİ KRİTERLERİ AÇISINDAN TÜRK CEZA KANUNU*

Yrd. Doç. Dr. Öykü Didem AYDIN**

*"A reference to culture is not an argument."****

Giriş

Türkiye Avrupa Birliği üyeliğine aday ve Avrupa Konseyi üyesi bir ülkedir. Bu itibarla, en temel yasalardan biri olan Ceza Yasası'nın da Avrupa sistemi ile karşılaştırıldığında uyumlu görülmesi önemli bir yasama amacı olmalıdır. Bu makale, tasarı ile bu amacın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini inceleyecektir.

Bu inceleme yukarıda belirtilen, olması gereken amaç gözetilerek konuya iki temel bakış açısından yaklaşacaktır: Birincisi, ceza hukuku ve yasa yapma ve norm koyma bilimlerinin vardığı kuramsal ve teknik aşama ile karşılaştırma; ikincisi, tasarımın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul edilmiş bulunan en önemli anayasal ilkeler ve insan haklarını koruyan hükümlerle, özellikle düşünce ve ifade özgürlüğü ile uyum içinde bulunup bulunmadığını inceleme. Tasarıda kullanılan dil vb. konularda bir değerlendirme yapılmayacaktır. Kanımızca, kaleme alma konusunda yapılacak tartışma her ne kadar kavram tartışması ile paralel yürütülmek zorunda ise de özellikle bazı cümle düşüklükleri vs. dilbilgisi eksiklikleri, temel konulardan sonra en son tartışılması gereken konulardır.

Tasarımın uyumlu olması gereken "*Avrupa standartları*"; her maddenin kelimesi kelimesine tanımlandığı ve ilkelerin tartışmasız uygulamalarda

* 12.05.2004 itibarıyla Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda kabul edilen metni esas alınarak değerlendirme yapılmıştır.

** Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*** George P. Fletcher, "*The Right and the Reasonable*", in: Rechtsfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven, Freiburg i. Br. 1987, s. 119.

somutlaştığı, her Avrupa ülkesinde içtihat bütünlüğü gösteren bir normlar sistemi değildir. Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında da bu anlamda bire bir uyum mevcut değildir. Bununla birlikte, Avrupa Sözleşmeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları, kanunilik ve kusur ilkeleri'nin temel önem taşıdığı bir değerler çerçevesi ortaya koymaktadır. Bu ilkeler, milli hukukta her ülke için genel geçer bir takım hükümleri şart koşmamakla birlikte, üye ülkelerin kendi hukuklarını biçimlendirmelerinde ve kendi kanununu biçimlendirdiği zaman, üye bir ülke için yardımcı olabilecek niteliktedirler. Üye ülke Anayasa Mahkemeleri de bu ilkelere büyük önem atfetmiştir.¹ Yine “*Hukuk Devleti İlkesi*” tüm Avrupa için içeriği aynı olmasa da temel kabul edilen bir ilkedir.²

Bilindiği gibi ceza yasaları, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilişkilidir. İnsan hakları tarihi, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun sınırlanması tarihidir denebilir. İnsan hakları komisyonları ve mahkemeleri önüne gelen birçok olayın ceza hukuku ile ilişkili olması raslantısal değildir. Niteliği ve getirdiği yaptırımların ağırlığı nedeniyle, insan hak ve özgürlüklerine en fazla müdahale, ceza hukuku alanından kaynaklanmaktadır. Kanunilik ve zarar ilkeleri de sonuçta, tarihte ceza hukuku uygulamalarının yol açtığı haksızlıkları gidermek için ortaya atılmıştır. Kanunilik ilkesi'ne göre (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”); ceza hukuku kanun koyucu, ölçülü sınırlar ortaya koyarak belirlemek zorundadır. Yine, kanunların geriye yürütülemeyeceği ve yargıca en az takdir yetkisi bıracık derecede açık olması (açıklık ilkesi) kanunilik ilkesi'nin bir gereğidir.

Zarar ilkesi (“*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*”) ise, içeriği hakkında hala oldukça yoğun tartışmalar sürse de³ ceza hukukunun hukuki değerlere (“*legal goods*”) ya da hukuki menfaatlere (“*legal interests, rechtsgüter*”) zarar veren davranışları müeyyide altına almasını gerektirir. Ceza hukuku, ahlaka aykırı da olsa başkalarına ya da topluma zarar vermeyecek

¹ BVerfGE 37, 201 (Kanunilik), BVerfGE 20, 331; 25, 269 (Kusur İlkesi).

² Hukuk devleti ceza hukukunun ana esaslarını tartışan kapsamlı bir temel çalışma iç. Bkz. Wolfgang Frisch, “*Wesentliche Voraussetzungen der Strafbarkeit im rechtsstaatlichen Strafrecht*”, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler/Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches, Konya 1998, S. 33-92. Hakan Hakeri'nin çev. a.g.y., s. 94-141.

³ ABD'nde Joel Feinberg, önemli çalışmaları ile “*Zarar İlkesi'ni*” savunan önde gelen bir düşünür olarak öne çıkmaktadır [bkz. Joel Feinberg, *The Moral Limits Of The Criminal Law, vol. III: Harm To Self*, (1986)].

olan hareketleri yasaklamaktan kaçınmalıdır. Mücerret olarak suç işlemeyi düşünmek de cezalandırılmamalıdır (“*cogitationis poenam nemo patitur*”); aynı ilke basit suç ya da suçlar işlemek üzerine sadece anlaşmaya varmanın ya da suç işlemek için çok basit bir düzeyde hazırlık yapmanın cezalandırılmasının önlenmesini gerektirir.

Gerçekten, lineer olarak bakılacak olursa, suç kararına varma öncesinden suçun tamamlanmasına kadar olan uzun çizginin hangi bölümünü “kırmızı hat” kabul edeceğine karar vermek, çağdaş ceza yasa koyucu için kolay bir iş değildir. Bu çizginin belirlenmesinde rehberlik eden temel bir suç siyaseti ilkesi de Ceza Kanunu’nun, diğer toplumsal denetim araçları, koruma norm, önlem ve uygulamaları yetersiz kaldığında son çare olarak başvurulması ilkesidir. Bu ilke bir yandan hukuk düzeninin korunması için Ceza Yasası’na son araç olarak başvurulması, diğer yandan ise hürriyeti bağlayıcı cezanın infazından mümkün olduğunca kaçınılması gereklerini anlatmaktadır.⁴

Ceza hukukunun en temel ilkelerinden ikisi; hareketsiz cezalandırılma⁵ ve kusursuz cezalandırılmama ilkesi’dir (“*nullum crimen, nulla poena sine culpa*”). Bu ilkeye göre, cezai sorumluluk kişisel olmak zorundadır. Bunun sonucu; toplu sorumluluğun kabul edilmemesi, başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamamak, yani cezaların şahsiliği ilkesi; yine failin, ancak suç tipinin tüm ya da en azından asli unsurları ile ilgili olarak kasıtlı ya da taksirli olan hareketinin cezalandırılabilmesidir (“*actus non facit reum nisi mens sit rea*”). Daha genel olarak kusurluluk ilkesi failin “kınanabilirliğini” gerektirir. Kınanabilmek, özellikle hukuka uygunluk sebeplerinden ayrı olarak anlaşıldığı biçimi ile, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin de öngörülüp mazeret sebebi sayılmasını gerektirir.

Genel olarak zarara ve tehlikeye yol açmak bakımından “*ciddi*” olarak görülebilecek⁶ ve kusur derecesi bakımından da yeterli yoğunluğa sahip fiillerin cezalandırılması bir ilke olarak ceza yasa koyucusuna rehberlik

⁴ Jescheck, “1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Genel Hükümleri Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, çev. Sözüer, in: Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya 1998, s. 33.

⁵ Hareketsiz cezalandırılmama ilkesi bakımından sorun yaratacak bir örnek yürürlükteki ceza yasamızın adam öldürme cürümlerinde özel nedensellik kuralı koyan 451. maddesi ve kavgada ölüme sebebiyet verme nitelikli suçudur.

⁶ Michael Moore, *The Independent Moral Significance of Wrongdoing*, 5 J. Contemp. Leg. Issues, s. 237 (1994).

etmelidir.⁷ Ancak hem zararı tanımlarken hem de hangi fiilin suç teşkil etmesi gerektiğini belirlerken, ceza yasa koyucusunun önemli bir tarihsel sorumluluğu vardır. Suç tipini; bireysel zarar ya da tehlike doğurmayan, doğurduğu toplumsal zarar ya da tehlike de oldukça sınırlı olan fiillere de teşmil edecek kadar geniş bir anlayışı kabul eden yasa koyucu, yasasında sorumluluk için teşebbüs değil yalnızca tamamlanma arasa ve yine neredeyse her suç için kasıtlı sorumluluk getirirse bile yine de çağdaş olmayacaktır. Çağdaş yasa koymanın başlangıç noktasının, ceza yaptırımı altına alınan herhangi bir fiile kalkışmanın (teşebbüsün) cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, taksirli hallerin kabul edilip edilmeyeceği gibi dogmatik sorulardan çok önce; aslen fiili, cezalandırılması gereken bir fiil olarak, izin verilen diğer fiillerden ayırma noktasında yani ceza hukuku dogmasının dışında; suç siyasetinde başladığı gözden kaçırılmamalıdır.

Genel olarak tüm yasama, yürütme ve yargı işlemlerinde geçerli olan “gereklilik” ve “orantılılık ilkesi”, ceza hukuku bakımından özel bir önem taşır. Gereklilik ve orantılılık yalnızca suç tiplerinin uygulanmasında değil, herhangi bir fiili suç olarak belirlerken de bize rehberlik etmelidir.

Bu ilke her şeyden önce zalimce ve alışılmadık cezalandırmanın yasaklanmasını gerektirir. Ceza hukukunda, ihdas edilen suç tiplerine getirilen müeyyideler oldukça ağırdır. Müeyyidelerin ağırlığı göz önünde tutularak, bunların işlenen maddi fiilin ciddiyeti ve ağırlığı ile (cezalandırmanın suçlar tarafından ihlal edilen farklı farklı hukuki menfaatlerin ihlal derecesine) yine fiili işlerken sahip olduğu kusur derecesi ile doğru orantılı olmak zorunda olduğu kabul edilmelidir. Ceza hukukunda sembolizmin ve yalnızca önleme amacı ile müeyyide getirmenin önemli sınırlarından birini de ölçülülük ilkesi oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin garanti altına aldığı bazı temel hak ve özgürlükler, ceza hukukuna özgü değildir ama ceza yasalarının bu ilkelere de saygı göstermesi gerektiği açıktır. Bu bağlamda, her şeyden önce sözedilmesi gereken ilkeler; eşitlik hakkı, düşünce ve düşüncenin ifadesi özgürlüğü, hareket özgürlüğü, din özgürlüğü ve benzeri diğer özgürlüklerdir.

Avrupa’da geçerli çağdaş ceza yasaları ile çok genel bir karşılaştırma, asgari bir ölçü olarak kanunun genel kısmı ile özel kısmı arasında eşgüd-

⁷ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, s. 470 (1978); ayn. yön., *What is Punishment Imposed For?*, 5 J. Contemp. Leg. Issues, s. 101 (1994).

mü sağlayan; kasıt, taksir vb. kusurluluğu oluşturan unsurları (en azından ilkesel olarak) genel kısım içinde tanımlayan ve şiddet sebebi oluşturacak sonuçların ya da başka diğer sonuçların sanığa isnadiyetine ilişkin sorunları çözen bir ceza yasasının, çağdaş yasa koyma yöntemi içinde ihdas edildiğini gösterir.⁸

Tasarı'nın çeşitli kısımlarını incelemeye başlamadan önce belirtilmesi gereken, herhangi bir kanunun çoğu zaman gerektiği biçimde uygulanabilmesi için içtihat hukuku tarafından desteklenmesi gereken bir yazılı kurallar sistemi olduğudur. Çoğu zaman, iyi bir içtihat hukuku, kötü bir yasanın eksikliklerini giderebilir ya da tam tersi kötü bir içtihat sistemi, yasa ne kadar iyi yapılsa yapılsın, yasanın istenen amacı gerçekleştirmesinin önüne geçebilir.

Bu bağlamda belirtilmesi gereken nokta, bir ceza kanununun özellikle uygulandığı bağlam içinde, bir ülkenin ahlakını ve toplumsal değerlerini kısmen de olsa yansıtması gereğidir. Ancak bu yansıtma, ülke içinde belirli bir bölge ya da belirli sosyo-kültürel kesimlerin "töre" ya da "gelenek" adı altında sürdürdükleri insanlık dışı uygulamalarına prim verilmesi anlamına gelmemelidir. Bu düşüncelerin ülke gerçeklerine aykırı olduğu savlanabilir. Ancak bunu savlayanların, ilk elde bu gerçeklerin ne olduğunu kriminolojik ve istatistiki verilerle kanıtlamaları gerekmektedir.

Özellikle cinsel ceza hukuku bakımından yapacağım eleştirilerle ilgili olarak genel bir açıklama yapmayı şu aşamada uygun görüyorum. Örneğin mağdurun, ırza geçen bir faille ya da birden fazla failden biri ile evlenmesi halinde fail ya da faillerin cezai sorumluluğunun ortadan kalkması pratik sonucunu doğuracak bir düzenlemenin kabul edilmesi tartışmasında, "*aksi durumda birlikte kaçmak isteyen kimselerden biri aile ve toplum baskısı altında cezalandırılmasına yol açabilir*" görüşünü savunanların, gerçekleşen ırza geçme cürümlerinin kaçta kaçında böyle bir durumun söz konusu olduğunu kriminolojik verilerle saptamış olmaları gerekir. Bunu saptamadan, her ırza geçme olayı böyle imiş gibi kabul edip yürürlükteki yasal düzenlemeleri korumanın savunulması yanlış olacaktır. Yine, ırza geçme fiilinin mağduru olduktan sonra, fail ya da faillerden biri ile evlendirilmeye zorlanan çok sayıda mağdur olduğu da vakiadır. Bu bakımdan tartışmanın sağlıklı yapılması için kriminolojik bir perspektif gereklidir.

⁸ Alman, İspanyol, İtalyan ve de tüm Avrupa Ceza Yasaları bu sistematige sahiptir.

Çağdaş bir ceza yasası ihdas etmeye çalışırken, yasa koyucu şüphesiz belirli ikilemler yaşayacak ve bunları en adil bir biçimde çözmeye çalışacaktır. Türk Ceza Yasası'nı hazırlayan komisyonların bu ikilemlerini ilk planda şu başlıklar altında özetlemek mümkündür:

1. Yasa yapılırken "alenilik", "müstehcenlik", "milli yarar" gibi birtakım muğlak kavramlar tanımlanmalı mıdır? Yoksa kavramların kapsam ve içeriğini gerekçeye bakarak mı anlamalıyız ya da uygulamanın bu kavramlara içerik kavuşturmasını mı beklemeliyiz?

2. Dilde sadeleşme ile yerleşmiş kavramların, öğretici ve yargısal kararlar ile geliştirildiği ölçüde anlaşılması gereksinimi arasında nasıl bir yol izlenecektir?⁹

3. Yasa yapılırken Yargıtay kararlarında somutlaşan ancak çoğu müellefin katılmadığı¹⁰ "uygulamaya" mı öncelik verilecektir? Yoksa, eleştirilen karar pratiğini "düzeltmeyi" amaçlar biçimde hukuk mühendisliği mi yapılacaktır? Eksik-tam teşebbüs; ağır tahrik, hafif tahrik; amme vazifesi görenler, kamu hizmeti ile muvazzaf olanlar; suçu birlikte irtikap edenler, doğrudan doğruya beraber işleyenler gibi birtakım ayrımların uygulama zorluğu nedeniyle tümünden kaldırılması mı gereklidir? Yoksa hangi kavram çiftinin gerekli, hangisinin gereksiz olduğuna karar verebilmek için tartışmalar sürdürülmeli midir?

4. Kanun, suç genel teorisini ve suç siyaseti bakımından etkilerini göz önünde tutarak mı kabul edilmelidir yoksa, dogmacı bir anlayışla, ceza kanunu okullar karşılaşmasının sonucu anlamına mı gelecektir?

⁹ Konu yalnızca dilde sadeleşme meselesi değildir. Eski kavramların yerine yenilerinin kabul edilmesi bir felsefi ve siyasi tercih de olabilir. Özellikle yürürlükteki yasanın yer verdiği bazı kavramların artık uygulamada da sınırları belirli halde yerleştiği ve bu kavramların kaldırıp atılamaması, örneğin irza geçme terimi yerine "cinsel saldırı" gibi muğlak bir terimin kabul edilmemesi gereği de savunulmaktadır (Mehmet Emin Artuk, "Tartışma Bölümü Eleştirisi", Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" konulu podyum tartışması, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu). Fakat "ırz" kavramının aslen erkeğe ait bir değer olduğu ve kadına ait değerleri kadın için koruyarak çağdaşlaşmayı hedefleyen bir ceza kanununun da bu kavramın tarihsel, kültürel anlamını göz önünde tutarak bir felsefe değişikliğine gitmesi ve "ırza geçme" yerine "cinsel saldırıyı" tercih etmesi doğaldır.

¹⁰ Yargıtay 8. CD Başkanı Zeki Aslan, "bir ceza yasası yargıyı zaptı rapt altına almaya yönelik olmamalı" biçimindeki ifadesi ile bu ikilemi dile getirmiştir (Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu sunumu, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu)

5. Genel hükümler ve özel hükümler ihdas edilirken, Türk toplumsal gerçeklerine uygun hükümlerin mi ihdas edilmesine çalışılacaktır? Yoksa mücerret çağdaş kabul edilen Batı Avrupa yasaları mı esas alınacaktır? Ya da her ikisini de göz önünde tutan karma bir ceza siyaseti mi izlenmelidir?¹¹

6. Bir önceki nokta ile bağlantılı olarak, acaba bütünü ile liberal bir yasa mı yapılacaktır yoksa toplumsal hassasiyetlerin kimi zaman aşırı dahi olsa göz önüne alınmasına dikkat mi edilecektir?

7. Faili tarafından çok ağır sonuçlara yol açan bazı suçlarda, netice bakımından kusur ilkesi¹² göz ardı edilip objektif sorumluluk mu belirlenmelidir? Yoksa neticenin en azından öngörülmesi mi aranmalıdır?

8. Toplum, kendi toplumsal-kültürel gerçekleri ile "olması gereken insanlık" ölçüleri arasındaki ikileme nasıl bir çözüm bulmalıdır? Töreler, ağırlaştırıcı neden olarak mı kabul edilmelidir? Hafifleştirici neden olarak mı? Gerçekten kimi töreler (örneğin kan gütme saiki) ağırlaştırıcı bir neden olabilirken, kimileri hafifletici olmaktadır (evlilik dışı yeni doğan çocuğun annesi tarafından öldürülmesi gibi). Gerçekten, bir bakış açısından törelerin esiri olunması, kusuru azaltan bir durum olarak kabul edilebilecekken; bir başka açıdan, kastın yoğunluğuna bir karine olarak kabul edilebilir. Sorunu çözmek çok kolay değildir ve felsefi bakış açısına göre çözüm değişecektir. Bu durum din, ahlak ve gelenek kuralları ile hukuk arasında çağlar boyu süregelen kimi çekişmelerin bir yansımasıdır. Irza geçme örneği dışında da toplumsal törelerle çağdaş ceza hukukunun karşı karşıya geldiği noktalar olabilecektir.

9. Özgürlükler ile güvenlik arasındaki denge nasıl kurulacaktır? Devlet aleyhine işlenecek fiillerde norm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

¹¹ Bu sorun resepsiyona dayalı ceza hukuku sistemimiz bakımından çok önemlidir. Türkiye'de resepsiyon süreci ve bu sürecin değerlendirilmesi için bkz. *Rezeption als sozialer Prozess. Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstaatsforschung*, Bd. 50, Berlin 1981. Geçmişten kopma gelecekte kabul edilecek yasa koyma metodları açısından yalnızca Medeni Hukuk alanında değil, Ceza Hukuku alanında da önemli etki ve sonuçlar yaratmıştır. Bu gelişime bir yabancı bakışı için bkz. Silvia Tellenbach, *Einführung in das türkische Recht, edition iuscrim, Freiburg i.Br.* 2003, s. 1 vd. Yine bkz. Ahmet Mumcu, *Siebsig Jahre westliches Recht in der Türkischen Republik*, in: Heinrich Schller/Silvia Tellenbach (Hrsg.), *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung*, Baden Baden 1996, s. 17-50.

¹² Kusur ilkesine aykırı bir dizi ceza normu, birçok yazar tarafından uzun zamandan beri eleştirilmektedir. Öz. bkz. İcel, *Suç Teorisi*, 2. bası, İstanbul 1999, s. 251; Öztürk/ Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 5. bası Ankara 2001, s. 211; Özgenç/Şahin, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, Ankara 2001, s. 170 vd.

gerektirdiği ölçütler gözetilerek nasıl ihdas edilecektir? Soyut tehlike yeterli olacak mıdır? Yoksa somut tehlike hatta zarar mı aranmalıdır?

10. İhmal suçlarına yaklaşım özgürlükçü mü olacaktır? Yoksa otoriter unsurlara da yer verilecek midir?

Bu ikilemlerin tek tek maddelere yansımaları da yeri geldiğinde tartışılacaktır.

Makalemiz, önce genel kısmın çarpıcı maddelerini ilkesel ve kuramsal olarak değerlendirecek, sonra özel kısımda dikkatimizi çeken hükümlere değinecek ve yeri geldikçe kimi hükümleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin düşünce özgürlüğünü güvence altına alan 10. maddesi ve bu sözleşmeyi uygulayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar pratiği açısından değerlendirecektir.

Bu bağlamda, her şeyden önce bir noktayı belirtmek isteriz: Şüphesiz Türk Ceza Yasası Türkiye'nin Ceza Yasası'dır ve aşağıdaki tüm eleştiriler AB'ye üye olunacak diye yapılmamıştır. Eleştirilerimizin, Türkiye için de gerekli ve yararlı olduğu düşünülerek kabul edilmesini arzu etmekteyiz. Kaldı ki kişisel inancımız, AB üyeliği ve AB standartlarının kabul edilmesinin Türkiye ve Türk toplumu için de gerekli ve yararlı olduğudur. Türkiye, coğrafyası ve kültürel özellikleri itibarı ile mini bir kıta özelliği göstermektedir. Şüphesiz, Avrupa kıtasında bulunan pek çok ülkenin yasal ve toplumsal istekleri Türkiye ile karşılaştırıldığında çok daha az karmaşıktır. Önemli olan, insani, özgürlükçü ve barışçı bir toplum yaşamını evrensel ilkeleri güvence altına alarak korumaktır. Bu ilkeleri olması gerektiği gibi ifade ettikten sonra patenti Avrupa, Asya, Amerika, İslam vs. olarak koymak durumu değiştirmeyecektir. Önemli olan patent sahibinin kim olduğu değil içeriktir. Patente değil içeriğe değer verildiğinde görülecek olan odur ki sadece Avrupa, Türk Ceza Yasa koyucusuna değil, Türk Ceza Yasa koyucusu da Avrupa'ya önerilerde bulunup Avrupa için yenilikler getirebilir. İnsanlık tarihinin tümü gözönüne alındığında, hiçbir kültür diğerinden daha az ya da çok "insani" olmamıştır.

Kanunilik İlkesi

Tasarının birinci maddesi, çağdaş bir anlayışla Ceza Kanunu'nun amacını belirlemiştir. Bu amaç; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak ve suç işlenmesini önlemek olacaktır. Ancak korunması gereken

hukuki değerleri tek tek saydıktan sonra yanına “suçların işlenmesini önlemek” gibi bir ifadeyi eklemek pek uygun olmamıştır. Ya tek tek korunması hedeflenen hukuki değerler sayılmalı ya da genel olarak “suçların genel ya da özel önlenmesi ve ödetilmesi” gibi işleve işaret eden bir ifade ile yetinilmeli idi. Ceza Yasası’nın ödevi ile (toplumsal huzuru ve barış içinde beraberliği korumak, kişi hak ve özgürlüklerini korumak vs. amaçlar) bu amaçları gerçekleştirme yolları ile, suçları ödetme ve önleme kavramsal olarak birbirlerinden ayrılabilir.¹³ Bu çerçevede karar verilmesi gereken nokta, Ceza Yasası’nın temel bazı değerleri korumak üzere ihdas edilen (“ultima ratio”)¹⁴ bir araç olacağını ifade edileceği yoksa Ceza Yasası’nın işlevinin genel olarak Yasama Meclisi’nin suç olarak kabul etme yetkisine sahip olduğu fiillerin ödetilmesi ve önlenmesi gibi genel bir işlevinin mi ortaya konulacağıdır. Her iki noktanın Tasarı’da sırası ile belirtilmesi; yasa koyucunun, “ultima ratio” ilkesi ile birlikte önleme işlevini de kabul ettiğini göstermektedir. Ancak, temel bir ceza yasası işlevi olması gereken ödetme¹⁵ ihmal edilmiştir.

Korunması gereken değerlerin belirli olması ceza yasa koyucu için şüphesiz gerekli ise de bu belirleme, kanımızca, bizzat ceza yasa koyucusunun değil, Anayasa koyucunun işidir. Şüphesiz “ultima ratio” ve “ceza yasa koyucunun ancak temel bazı özgürlükleri koruması, diğer hukuki değerlerin korunmasını başka yasalara bırakması” gibi anlayışlar ancak anayasal düzlemde dayanak bulduğu ölçüde geçerlidirler. Bu konuda tartışmalar batı Avrupa’da da sürmektedir.

Tasarı’daki biçimiyle Ceza Yasası’nın 2. maddesi, kanunilik ilkesi’nin bütün biçimlerini güvence altına almaktadır: Madde, “nullum crimen sine lege” İlkesi’ni tanımış, Yasama Meclisi’ne suçları tanımlama yetkisini vermiş ve Ceza Kanunu’nun geriye yürüyemeyeceği ilkesi’ni koruma altına almıştır. Bilindiği gibi kanunilik ilkesi, suç ve cezaların kanunla öngörülmesi, suç ve cezaları öngören kanunların açık ve belirli olması, kıyas yasağı ve kanunların geriye yürümezliği alt ilkelerinden oluşan bir bütündür. Kanunun Bir Suçu Açıkça Tanımlaması İlkesi, yani suç teşkil eden fiilin unsurlarının ve herkesin, neyin yasak neyin serbest olduğunu anlayabilmesine olanak verecek; yargıça, mümkün olan en az takdir yetkisini kullandıracak ölçüde tanımlanması gereği güvence altına alınmıştır.

¹³ Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 1996, s. 1-8.

¹⁴ Alman Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi açıkça ifade etmiştir (BVerfGE 391, 47).

¹⁵ “Repressive Funktion des Strafrechts”, Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 4.

Anayasa'nın 38. maddesi, kanunilik ilkesi'nin önleyici tedbirler için de geçerli olduğunu öngörmüştür. Bu kuralın tasarıya aynen alınmış olması da olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

Özetle, 2. maddenin çağdaş Avrupa Mevzuatı'yla tam olarak uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

4. madde olarak öngörülen düzenleme "*Ceza Kanunları'nı bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmünü getirmektedir. Bu madde, eski Avrupa Ceza Mevzuatı'nda, örneğin 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun orjinal metninde 5. madde olarak sıkça bulunmaktadır ama kusur ilkesi gibi ceza hukukunun çok önemli ilkeleri açısından oldukça sorunludur.¹⁶ "*Nemo censetur ignorare legem*" ilkesini kabul etmenin iyi gerekçeleri vardır ancak bu ilke bazı çağdaş ceza kanunlarında yumuşatılmış haliyle yer almakta, hatta aşırı bazı durumlarda istisnalar kabul eden Anayasa Mahkemeleri tarafından dahi sınırlanmaktadır.¹⁷ Genel olarak, yasayı bilmemek eğer "*kaçınılmaz*" ya da "*mazur görülebilir*" ise mazeret sayılabilmektedir. Böyle bir istisnanın kabul edilmemesi "*Kusurluluk İlkesi'nin*" bir ihlaline yol açabilir. Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesi bu kuralı aşağıdaki biçimde düzenlemiştir:

*"Fiilin işlenmesi sırasında failde hukuka aykırılık bilinci yok ise, bu hatası kaçınılmaz ise, kusursuz hareket etmiştir. Fail, hatadan kaçınabilecek idi ise cezası 49. maddeye göre indirilebilir."*¹⁸

Böylece, kaçınılmaz olarak ortaya çıkan, Ceza Kanunu'nu bilmemenin hukuka aykırılık bilincini ve bu yolla da kusuru ortadan kaldıracağı kabul edilmiştir. Kaçınılabılır bilmeme ise kusurluluğu¹⁹ azaltan bir hal olacaktır.²⁰ "*Verbotsirrtum*" adı verilen bu hata; failin, kendi yetenekleri ve bilgilerini göz önünde tutarak, fiilinin hukuka aykırılığı üzerinde düşünme, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi edinme fırsatını değerlendirse idi, fiilinin hukuka

¹⁶ Ceza Genel Kurulu'nun bu konudaki temel soruna işaret edecek ölçüde verdiği 10.10.1954 tarihli, 941/942 sayılı kararının hatırlardan çıkmış olması zordur.

¹⁷ bkz. İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 364/1988 sayılı kararı.

¹⁸ Tröndle/Fischer, SK, 2003, § 17.

¹⁹ Alman Ceza Kanunu'na göre ortadan kalkacak olan kast değil, kusurluluk hali olacaktır. Gerçekten, fiilin önce kasıtlı ya da taksirli olup olmadığı tespit edilecek, ondan sonra yasağa ilişkin kaçınılmaz olarak ortaya çıkan hatanın hukuka aykırılık bilincini kaldırıp kaldırmadığı sorusu sorulacaktır. (Tröndle/Fischer SK 2003, § 17 12, s. 129).

²⁰ Walter/Kubink GA 95, 51.

aykırı olduğu bilincini edinebilecek olması halinde, kaçınılır bir hata olarak değerlendirilmektedir.²¹

Çağdaş Avrupa Mevzuatı “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesini, kendinden önceki Fransız Ceza Kanunu’nda yer alan ilgili maddeyi artık içermeyen, 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu örneğinde olduğu gibi artık pek benimsememektedir. 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu, kaçınılmaz olarak hukuki hataya düşme müessesesini kabul etmiştir. Almanya’da bunun adı, “yasağa ilişkin kaçınılamaz hata”dır (“unvermeidbarer Verbotsirrtum”). Ayrıca, İtalya’da Anayasa Mahkemesi, kaçınılmaz olarak hukuki hataya düşmenin, Ceza Kanunu’nun 5. maddesinin kapsamı dışında görülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Kimi zaman, kanunu bilmenin failden beklenemeyeceği haller vardır ve bu hallerin mazeret sayılabilmesi görülmeyecektir.

“Öldürme, çalma” gibi “mal in se”, kendiliğinden kötülük oluşturan fiillerin, yani Ceza Yasası’nun neredeyse insanlığın başlangıcından beri cürüm olarak kabul edilmiş temel suç tiplerine ilişkin düzenlemelerini bilmek herkesten beklenmelidir ve bu düzenlemeleri bilmediğini iddia edenler büyük olasılıkla samimi değildir ya da fiillerini hukuka aykırılık bilincinden uzak işleyecek derecede anti-sosyal kimselerdir. Bir toplum içinde yaşayıp da “adam öldürme suçunun cezalandırıldığını bilmiyordum” denemez. Öte yandan, “mala prohibita” adı verilen cürümler söz konusu olduğunda ceza hukuku, 20. yüzyılda giderek karmaşık hale gelmiş ve bu alanda çok sayıda suç ihdas edilmiştir. Ekonomik suçlar, tüzel kişilerin işleyebileceği suçlar, çok ayrıntılı vergi mevzuatı veya çevre suçları gibi alanlardaki pek çok hükmün bir uzman yardımı olmaksızın anlaşılması beklenemez. Elbette herkesin bilgi istemesi beklenir ama eğer bir uzmana danışma olanağı yoksa veya uzmanın doğru bilgiyi vermediği durumlarda ne yapılacağı sorunu önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki, bir kamu görevlisi, cezai müeyyide altına alınmış bir fiili işlemiş olan bir kimseye, fiilinden önce ondan beklenen ödevler konusunda yanlış bilgi vermiş olabilir. Böyle durumlarda, Ceza Kanunu’nu bilmemesi yüzünden suç işleyen bir vatandaşın cezalandırılması, kusur ilkesinin ihlali olacaktır. Failin Ceza Kanunu’nu bilmemesinin uygulamada nadiren ortaya çıktığı itirazında bulunulabilir. Ancak, kusur ilkesinin ceza hukukundaki temel önemi göz önünde tutularak kanun koyucudan, benzer Avrupa yasaları

²¹ Rudolphi JR., 89, 387.

ile paralel olarak, kaçınılmaz olarak hukuki hataya düşülmesi durumunu özel bir hüküm ile düzenlenmesi beklenmelidir. Tasarı'nın 2000 yılında yayınlanan biçimi, bu fıkrayı içermekte idi. Neden iptal edildiği belli olmayan bu düzenlemenin yeniden Tasarı'nın 4. maddesinin 2. fıkrası ile kabul edilmesi çok isabetli olmuştur.

Yasanın 7. maddesi olarak öngörülen düzenleme, Ceza Kanunu'nun Geriye Yürümezliği İlkesi'ni güvence altına almaktadır. Ayrıca, bu madde, suçun işlendiği zamanla cezanın belirlenmesi zamanı arasında kanunun değişmesi halinde, failin lehine olan Ceza Kanunu'nun uygulanmasını gerektirecektir. Bütün bu hükümler, Avrupa ve dünya standartlarına²² paraleldir.

21. maddenin 1. fıkrasındaki: "*ceza sorumluluğu şahsidir*" hükmü, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin 6. paragrafındaki hükmü tekrarlamıştır. Bu hüküm, cezaların şahsiliği ilkesi ile birlikte Türk ceza hukukunda kusur ilkesi'nin tanındığı temel bir hüküm olacaktır. Kast tanımlanırken, "*...suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir*" denmiştir. Tasarı'nın daha önceki metinlerinde "*bir kişi bilerek ve isteyerek yaptığı veya yapmadığı bir hareketten doğan neticeden sorumludur*" denmiş idi. Bu hüküm taksirli sorumluluğu, kabahatleri, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçları ("*erfolgsqualifizierte Delikte*") ve sorumluluğun objektif koşullarını ("*objektive Bedingungen der Strafbarkeit*") düzenlemekte idi. Çağdaş Avrupa ceza hukuku böyle durumları kusur ilkesinin ihlali olarak görür ve failin, en azından fiilinin sonuçları itibariyle taksirli olmasını şart koşar;²³ taksir yoksa fail cezalandırılmaz. Bu ilkeye uygun olarak, Ceza Kanunu Tasarısı'nın alt komisyondan çıkan son metni, Kusur İlkesi'ni tamamen dikkate alan bir hükmü, özellikle netice sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından 23. madde olarak öngörülen düzenleme ile getirmiştir.

²² Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 126; Hecker, *Das Verbot rückwirkender Strafgesetze im amerikanischen Recht*, LaFave/Scott, *Substantive Criminal Law*, 1986, s. 88 ff. Fransız Ceza Kanunu, kabahatler için suç ve cezaların kanuniliği ilkesine istisna getirir görünmektedir. (Stefani/Levasseur/Bouloc, *Droit penal general* 1995, Nr. 123 ff.).

²³ Ancak, örneğin gerçekleşen sonucun failin hareketine isnad edilebilmesi çerçevesinde, sonucun öngörülebilmesi koşulunun Alman uygulamasında özellikle oldukça geniş olarak kabul edildiği belirtilmektedir. Ancak tamamen atipik sonuçlar, suç teşkil eden ilk hareketi kasıtlı ya da taksirli işleyen kimse bakımından sonucun da isnad edilmesini engellemektedir (Jescheck, a.g.e., s. 587). Hafif bir darbenin beyin kanamasına yolaçması örneği sonucun öngörülmesi gereken bir hareket olarak görülmüştür (zikredilen çeşitli örnekler için bkz. Jescheck/Weigend, a.g.e., s. 587).

Aşağıda, sorunlu maddeleri ele alacağım ve sorun yaratmayan hükümler hakkında yorumda bulunmayacağım. Öte yandan, özellikle memnuniyetle karşılanması gereken hükümlere de işaret edeceğim.

Tanımlar

6. madde bir çok tanım içermektedir. Belki mevcut kanunun 259. maddesinde yer alan “*akrabalar*” ve bunun yanında “*işkence*” tanımları da eklenmelidir. Bu özellikle yararlı olacaktır, zira “*işkence*” sözcüğü günlük dilde de, yargı organlarınca da çok genel bir şekilde kullanılmaktadır. Kavrama kesin bir hukuki tanım getirilmesi yerinde olur. Ayrıca, Türk ceza hukukunda, memur ve kamu hizmeti gören kimselerin tanımı oldukça karmaşıktır ve çok sayıda kanun bu kavrama gönderme yapmıştır. Tasarı bu ayrımı kaldırmıştır ama kamu hizmeti görenlerin de memur gibi cezalandırılması gereken pek çok hal olabilir. Memur ve kamu hizmeti gören kimseler ayrımı açıklansa idi daha olumlu olurdu. Türk hukuk uygulamasında, bir failin cezalandırılması açısından, kamu görevlisi olarak telakki edilip edilmeyeceğinin pek de açık olmaması yargıçları hataya sevk edebilecek önemli bir sorundur. Bu tasarı vesilesiyle, kavram çiftini bütünüyle teke indirgemektense, ayırım sorununa bir çözüm bulunması önerilebilir.

Daha önceki metinlerde getirilen tanıma göre “*kadın*” teriminin “*kızları*” da kapsamakta olduğu belirtilmişti. Şimdi böyle bir açıklamadan vazgeçilmiştir. Gerçekten, bu ifade, kanun tasarısında varolan bazı cinsler arası eşitlik sorunlarına işaret etmekte idi. “*Erkek*” terimi ne olacaktı? “*Oğlanlar*” kapsayacak mıydı? Hukukumuzda, ceza hukukunun dışında kadın ile kız ayrımını yapan başka bir kanun mevcut değildir. Kız ve kadın ayrımı aslen çağdaş hukuka yabancı bir ayırımdır. Temel ayırım, reşit ya da küçük arasındadır; kadın ile kız, erkek ile oğlan arasında değil. Bu bakımdan yeni metinde böyle bir ayırımın kaldırılması çok yerinde olmuştur.

Yine, artık “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” adı verilmiş suç kategorisi ile yeni kavramlar getirilmiştir. Irza tasaddi, cinsel saldırı suçunun temel hükmü; irza geçme bunun ağırlaştırıcı hali olmuş, sarkıntılık, cinsel taciz olarak adlandırılmıştır. Yeni kavramların 6. madde ile tanımlanması kanunilik ilkesi'nin bir gereğidir ve çok yerinde olacaktır. Bu gereğe çok sayıda müellif işaret etmektedir.²⁴

²⁴ Bahri Öztürk, Mehmet Emin Artuk, “Tartışma Bölümü Eleştirileri”, Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempo-

Ne Bis In Idem

Tasarı'nın 11. maddesi, bir Türk vatandaşının Türkiye dışında işlediği suçlarla ilgilidir. 1. fıkra, Türk ve ilgili yabancı ülke kanunlarına göre, bir yıldan daha az olmamak üzere hürriyeti bağlayıcı cezası olan bir suçun işlenmesi halinde "*Ne Bis In Idem*" ilkesini öngörmektedir. Çok uzun bir süredir içtihatlar tarafından kabul edilen bu ilkenin yazılı hale gelmesi çok olumlu bir adımdır. Ancak böyle bir hüküm belki CMUK Tasarısı'na yerleştirilse daha iyi olurdu diyebiliriz. Hüküm bazı sorular da uyandırmaktadır: Acaba bu hükme göre, yabancı mahkeme tarafından verilen bir cezanın varlığı Türkiye'de ikinci bir yargılama yapılmasını olanaksız kılmaya yeterli midir? Yani bu düzenleme, cezanın kısmen infaz edildiği veya hiç edilmediği durumlarda da geçerli olacak mıdır? Bu sorun uygulamada çok önemli bir rol oynayacaktır zira, mahkumlar şartlı tahliyeden yararlanmaktadır ve hatta yabancı mahkumlar cezasının tamamı bitmeden sınırdışı edilebilmektedir. Bu konuda, açık bir hüküm içeren bir fıkranın eklenmesi tavsiye edilebilir.

2. fıkra bir yıldan az hürriyeti bağlayıcı cezası olan suçlara gönderme yapmaktadır. Bu noktada, "*Ne Bis In Idem İlkesi'nin burada zikredilmemesi kasıtlı mıdır?*" sorusu akla gelmektedir.

12. madde:

Özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza dışında cezalar, öngörülen suçların genellikle ağır suç olmadığı varsayımına dayanıyor. Bununla birlikte, bir çok ülkede hürriyeti bağlayıcı cezaların artık merkezi bir rol oynamadığı ve örneğin, ekonomik organize suçlarda olduğu gibi, ağır para cezalarının çok daha önemli olduğu dikkate alınacak olursa, Ceza Kanunu Tasarısı'nın bu varsayımı gözden geçirilmelidir.

18. madde:

Türkiye'nin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Sözleşmesi'ni imzalamamış olduğunu ama bugün hiç kimsenin Türkiye'nin gelecekte bu sisteme dahil olup olmayacağını bilmediğini belirtmekte yarar görüyoruz. Özellikle AB sistemine dahil olmayı isteyen ve bekleyen bir

yumu, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" konulu Podyum Tartışması, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu.

ülkenin, AB'nin ceza hukuku siyasetini de izlemesi gerektiği kanısındayız. Gerçekten, Uluslararası Ceza Mahkemesi bu noktaya kadar gelişimini, önde gelen AB ülkelerinin desteğine borçludur. Türkiye, ICTY gibi diğer uluslararası mahkemelerle de işbirliği yapmıştır. Bu nedenle, bir uluslararası mahkemenin talebi halinde Türk vatandaşlarının da iade edilmesinin mümkün kılınmasını önermekteyiz. Bu durumu, ileride toplumsal-siyasal nedenlerle Türkiye'de yargılanması çok büyük sorunlar yaratabilecek kimşelerin olabileceği tahmini ile kabul etmek, toplumsal barışın korunması açısından zorunludur.

Bu çerçevede belirtilmesi gereken bir nokta, yürürlükteki Yasamız'ın 403. ve 404. maddelerinin ihdas ettiği suçları yurtdışında işleyen Türkler'in de Türkiye'de yeniden yargılanabilmelerine olanak sağlanmasıdır. Bilindiği gibi bu hükümler 1991 yılında²⁵ 13. maddedeki katalogdan çıkartılmıştı. Böyle bir suç siyaseti tercihinin yaratacağı somut etkiyi belirtmeye dahi gerek yoktur. Organize uyuşturucu kaçakçılığı ile etkili mücadelenin önemli bir aracı da yurtdışında bu suçları işleyenlerin Türkiye'de yeniden yargılanacaklarını bilmeleri olmalıdır.

İhmal Suretiyle İcra

Tasarı'da ihmal sureti ile icra adı verilen suçlarla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuyu düzenleyen bir hüküm olmalıdır, bu hükmün yeri belki Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesi örneği kabul edilerek oluşturulabilir.²⁶

23. madde: Kusur

Neticesi sebebi ile ağırlaşan suçlar söz konusu olduğunda; neticenin, fail tarafından en azından öngörülebilir olduğu hükme bağlanmıştır. Şüphesiz, kastı aşan adam öldürme ve ırza geçme gibi çok ağır bazı suçlarda objektif sorumluluğun getirilmesi, toplumsal siyasetin bir gereği olabilir. Ancak bu gibi cürümlerde dahi, netice bakımından asgari bir kusurun aranması, bu

²⁵ 06.06.1996 tarihli 3576 sayılı Yasa (RG 14.06.1991).

²⁶ Bir ceza kanununun suç tipine giren bir sonucu önlemeyi ihmal eden kimse, bu kanuna göre ancak sonucun meydana gelmesinden hukuken sorumlu tutulabilirse ve ihmal, icra suretiyle suç tipinin gerçekleştirilmesine denk ise sorumlu olur. Bu konuda bkz. Otto, *Das Problem von Tun und Unterlassen*, Jura 00, 549.

siyasetin gereklerine daha uygun olabilir. Özellikle müessir fiilde, cezanın neticesi sebebiyle ağırlaşması, fail bakımından çok ağır olabilmektedir.

Benzer savlar, “cezalandırılmanın objektif koşulları” adı verilen koşullarla ilgili olarak da söylenebilir. Ancak, Tasarı’nın yeni hali bu duruma bir açıklık getirmeyi ihmal etmiştir. Bu çerçevede de, yalnızca ceza muhakemesini ilgilendiren koşullar hariç olmak üzere, failin kusuru olmadan koşulun isnad edilmesine izin verilmemelidir. Burada yine, koşulun öngörülebilmesi de istenmelidir.

21. maddenin 2. fıkrası ile tanımlanan “muhtemel kasıt” ile 22. maddenin 3. fıkrası ile tanımlanan “bilinçli taksir” arasındaki fark, daha açıklıkla ifade edilmeli kanısındayız. Yine olası kastın, kasttan daha az cezalandırılmasına olanak sağlanmasını kabul eden hiçbir kuram tanımamaktayız. “Olası kasıt” da sonuçta “kasıttır” ve “kasıt” gibi cezalandırılmalıdır.

22. madde: Taksir

22. madde ile taksirin tanımlanmış olması, genel olarak çok uygundur. Bununla birlikte, yeniden belirtmek gerekir ki fiilin muhtemel sonucunu öngörmekle beraber bu sonucun gerçekleşmemesini tercih edebilecek bir fail (“*dolus eventualis*”) ile, dikkatli olma yükümlülüğüne aykırı olarak, sonucun gerçekleşmemesini dileyerek eylemde bulunan fail (bilinçli taksir) arasındaki farkın daha bariz olarak belirtilmesi gerekmektedir.

22. maddenin 6. fıkrası: Taksirli Cürümlerde İndirim

Uygulamada en az sınırdan cezalandırmayı gerektiren dördüncü fıkra da memnuniyetle karşılanmalıdır. Bu bağlamda, somut olayın koşulları yasal uygulamanın sınırlarını belirleyecektir. Fakat, eğer sonuçların ağırlık derecesi failin taksiri ile bağlantılı değilse, fiilin sonuçlarına atıf yapılması tartışmalı olabilir. Çok az bir kusur derecesi her koşulda takibatı önleyebilmelidir.

Kabahatler

TCK Tasarısı metninde, kabahatler kısmına rastlanmamaktadır. Taksiri tanımlayan 22. madde, kabahatlerde de sorumluluk için en azından taksirin gerektiğini belirtmemiştir. Çağdaş dünyada, kabahatler söz konusu

olduğunda da Kusurluluk İlkesi esas alınmaktadır. Kabahatler için ayrıca bir yasa yapılacak olsa da suç ve ceza ihdas eden tüm düzenlemeler için genel ilkeler aynı olmalıdır.

Hata Kuramı

Hata konusu ceza hukukunun çetrefil konularından biridir ve özellikle yasanın kendi içinde bir sistemi olup olmadığı ve suçun unsurları ile ilgili temel anlayışının anlaşılması bakımından turnusol kağıdı gibidir. Aşağıdaki tablo kuramsal olarak kabul edilebilecek hata olasılıklarını göstermektedir:

	UNSURLAR	KURAL
Tipiklik	1. Tanımın kanuniliğinde hata	
Tanım	2. Tanımın fiili unsurlarında hata	3. Tanımın unsurlarının hukuki anlamında hata
Hukuka uygunluk nedeni	4. Hukuka uygunluk nedeninin fiili unsurlarında hata	5. Hukuka uygunluk nedenini öngören normlarda hata
Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler	6. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin fiili unsurlarında hata	7. Kusurluluğu ortadan kaldıran nedenleri öngören normlarda hata

Tasarı'nın bu anlamda, fiili hata da denilen tanımın fiili unsurlarında hata (1. fıkra ve 2. fıkra, tabloda n. 2), hukuka uygunluk nedeninin fiili unsurlarında hata (3. fıkra, tabloda n. 4) sorunlarına açıklık getirmiş görünmektedir. Eski tasarı metnindeki "olayların hatalı değerlendirilmesinin etkisi altında hareket etmek"ten ne anlaşılacağı pek açık değildi. Bunun düzeltilmesi çok olumlu olmuştur. Diğer hata türlerinden, özellikle tablodaki 1 ve 5. numaralar anlamındaki hata "Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz İlkesi" gereğince hata sayılamayacaktır. Tabloda 3. hata türü, (örneğin Medeni Hukuk'ta anlaşıldığı biçimi ile) mülkiyetin devir koşullarını bilmeden, kendini sahip addedip bir malı bulunduğu yerden, asıl malikin rızası olmadan alan kimsenin durumudur; bu durum fiili hata ile hukuki hata arasında görünmektedir. Alman ceza hukukunda "Subsumtionsirrtum" adı verilen

bu durum, uygulamada kastı ortadan kaldırmaya yetecek bir hata olarak görülmemektedir.²⁷ Ancak Alman Yasası'nın kaçınılamazsa hukuki hatayı da kabul ettiğini belirtmek gerekir. Tasarı'nın bu ayrımı kesin çizgileri ile belirlediği söylenemez.

Yine bazı sistemler, örneğin Alman sistemi, hukuka uygunluk sebepleri ile (örneğin rıza) kusurluluğu ortadan kaldıran sebepleri (örneğin akıl hastalığı) birbirinden ayırmıştır. Tasarı'nın böyle bir ayrıma gittiği söylenemeyeceğinden, 6. ve 7. hata türlerine ilişkin bir hüküm getirmesi beklenemez.

Hukuka uygunluk nedenleri bağlamında hata kuramı oldukça tartışmalı bir alandır. Almanya'da "*kasıt teorisi (Vorsatztheorie)*" adı verilen anlayışa göre: "*Hatalı bir şekilde, olmayan bir hukuka uygunluk sebebinin varlığını kabul eden; kabul edilmiş olan bir hukuka uygunluk nedeninin sınırlarını haddinden fazla kabul eden ya da varolan bir hukuka uygunluk nedeninin koşullarının gerçekleştiğini sanan failde hukuka aykırılık bilinci (Unrechtsbewusstsein) olmayacak ve bu nedenle kastının ortadan kalktığı kabul edilecektir.*"²⁸

"*Kusur teorisi (Schuldtheorie)*" adı verilen anlayışa göre ise²⁹ yukarıdaki ilk iki örnekte yalnızca hukuki hata görülmektedir. Ancak üçüncü örnek bakımından durum tartışmalıdır: Dar Kusur Teorisi, bu durumda da hukuki hata görmektedir.

Suçun negatif unsurlarını da kabul eden teori ise,³⁰ hukuka uygunluk nedenlerini de suçun negatif unsuru kabul ettiği için, bunların var olduğunun sanılmasının kastı ortadan kaldıran bir fiili hata olduğunu kabul eder; eğer bu hata faile taksir olarak isnad edilebilecek ise, taksirli sorumluluğu benimsemektedir.

Aynı pratik sonuca, pek tutarlı olmasa da, Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenen "*sınırlanmış kusur kuramı*" da varmaktadır. Buna göre verilen örnekte kasıt kalkacak ve taksirli sorumluluk mümkün olabilecektir.³¹

²⁷ BGH 7, 265; 9, 347: 13, 138.

²⁸ D. Geerds, Jura 90, 428.

²⁹ Hirsch, *Die Lehre von negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960 NK-Puppe, 144.

³⁰ Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, LK-Hans.Joachim Hirsch 8 vor § 32.

³¹ BGH 2, 236; 3, 12;106; 124, 196; 354, 17; 91, 31.

Genel olarak bizim de benimsediğimiz daha tatmin edici olan teoriye göre,³² burada kendine özgü bir hata türü söz konusudur ve hukuka uygunluk nedeninin izin verme tipinde bir hata mevcuttur ("*Erlaubnistatbestandsirrtum*"). Bu hata, bir hukuka uygunluk nedeninin hem fiili hem de normatif unsurlarını kapsayan bir hata türü olarak kabul edilmiştir. Teoriye göre, böyle bir hatada da failin kasıtlı olduğu kabul edilecek ancak durum, kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak görülecektir. (Alman Hukuku'nda, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin ayrı ayrı genel hükümlerle düzenlendiğini bu noktada hatırlatmakta yarar vardır.)³³ Bu anlamda isnad edilebilecek bir kusur halinde yalnızca taksirli sorumluluk söz konusu olabilecektir. Bu kuramın yukarıdaki kuramlardan farkı; fiile iştirak halinde, hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hataya düşmeyen şerikin teşebbüsünün ya da tamamlanmış iştirakinin de cezalandırılabilir olmasıdır.

Almanya'da da özellikle hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hata failin belirli bir inceleme yükümlüğüne riayet etmemesine dayanıyorsa, çeşitli sorunlar yaratabilmektedir. Ancak bu, yasa koyucunun eksik bıraktığı bir noktadır.

Yukarıda tartışılan noktalarda da tasarının getirdiği hata kuramının bir eksik bırakmaması gerektiği ve hata kuramını yeniden gözden geçirmesi gerektiğini düşünüyoruz. Gerçekten, ceza siyaseti bakımından hukuken kabul edilmiş bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşme koşullarında hataya düşen failde, fiili bir hata biçiminde kastın ortadan kalktığı kabul edilmek istenmekte midir? Eğer hata içinde olmayan bir şerik, failin bu hatasından yararlanmaya kalkarsa kast da ortadan kalkınca, onun cezalandırılmasının mümkün olmaması mı kabul edilecektir? Asıl olan, böyle bir şeriki de cezalandırabilecek bir kuramı benimsemektir diye düşünmekteyiz.

Yine, hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşme koşullarını yalnızca muhtemel gördüğü halde, suç teşkil eden bir fiili işlemeye iten bir yargı hatasına düşen bir failin kusurunun, eğer hareketi ile çok ağır bir tehlikeyi defetmeyi amaçlıyorsa, bir an önce karar verme baskısı altında ise ve söz konusu tehlikeye girmeyi kendisine isnad edilebilir biçimde kabul etmişse ortadan kalkacağı tercihi yapılabilir.³⁴

³² Jescheck/Weigend § 41 IV 1 d.

³³ Hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerin ayrımı ve kuramsal temelleri için bkz. Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Rechtsvergleichende Perspektiven I, II, Freiburg i.Br. 1987.

³⁴ SK-Rudolphi 13 a.

Bu bağlamda neyin suç unsuru, neyin hukuka uygunluk nedeni olduğunun belirlenmesi de önem taşır. Gerçekten, *“haksız ya da hukuka aykırı olarak”* veya *“gayrimeşru”* gibi birtakım ifadeleri özel hükümler kısmında yer alan suç tiplerine katmakta fazla tutumlu olmamalı, gereken noktada ek olarak bu kavramlar suçun tipik tanımı içinde yeralıp unsurlarına katılmalıdır. Bu soru İngiltere’de yaşanmış ibret verici bir olayla daha iyi açıklanabilir: *“Bir kadının kocası, birlikte barda içki içtiği kimselere, o sırada evde bulunan karısının yabancılar tarafından tecavüze uğramak fantazisi olduğunu ve bunu bir kaç kez gerçekleştirdiği ve böyle bir saldırıya aslen rıza göstereceğini; göstermez görünse bile işin oyunun bir parçası olduğu yalanını söylemiştir. Faile inanan kimseler de kadının evine gidip ırzına geçmişler, mağdurun direnmesine aldırmamışlardır. Davayı gören mahkeme, rızanın suçun unsuru olduğuna ve suçun unsuru olması bakımından bilinmemesinin kastı kaldıracağına ve ırza geçmenin de taksirli hali bulunmadığından faillerin beraat ettirilmesi gereğine karar vermiştir.”*

Tasarı’nın eski metninde son derece isabetli bir tercihle, böyle adaletsiz hükümlerin önüne geçecek tedbir alınmıştı, oysa bu kaldırılmış görünmektedir. Tasarı’nın hatayı düzenleyen eski 23. maddesinin son fıkrası, hatanın başkasının aldatması sonucu meydana gelmesi halinde işlenen suçtan dolayı hataya düşürenin sorumlu olduğunu açıkça belirtmişti. Yeni metinde neden kaldırıldığı belirli değildir.

Bu bağlamda yine İtalyan Ceza Kanunu’nun 59. maddesinin 3. fıkrası da göz önünde tutularak tartışma yapılabilir kanısındayız.

Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Tüzel kişilerle ilgili, eski Tasarı’nın 25. ve 26. maddeleri, henüz pek fazla gelişmemiş olan Fransız sistemini temel almıştı (1994 yılı Fransız Ceza Kanunu’nun 121-122. maddeleri). 26. maddeye göre, tüzel kişilere uygulanan para cezalarının miktarı, suçu işleyen kişilere uygulanan para cezalarının miktarına bağlı idi. Böyle bir hüküm, (iktisadi bir ağırlığı olan tüzel kişiler söz konusu olduğunda) bir gerçek kişi için çok ağır olabilecek bir cezanın, tüzel kişi üzerinde caydırıcı bir etki yaratmayacağı savı ile eleştiriye tabi tutulabilecek nitelikte idi. Ancak şimdi, tüzel kişilerin cezai sorumluluğu tümü ile kaldırılmış ve yalnızca güvenlik tedbirlerinin öngörülmesi düzenlenmiştir. Bu durum, çağdaş Avrupa mevzuatı ile pek uyumlu değildir. Gelişim, tüzel kişilerin para cezasına çarptırılabilmesi yönündedir.

Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bazı sistemler (örneğin Alman sistemi) hukuka uygunluk sebepleri ile (örneğin rıza) kusurluluğu ortadan kaldıran sebepleri (örneğin akıl hastalığı) birbirinden ayırmıştır.³⁵ Tasarı'nın böyle bir ayrıma gittiği söylenemez. Bu kuramsal bir sorun olmanın ötesinde bir anlayış sorunudur. Örneğin ABD ceza hukuku sisteminde de böyle bir ayırım pek kabul görmemekte, hukuka uygunluk sebepleri ile kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler arasındaki ayrımın keyfi olduğu iddia edilmektedir.³⁶ Bu bağlamda Tasarı'nın eleştirilecek bir yanı yoktur.

Meşru savunmanın can, ırz, özgürlük vb. temel değerlere karşı yapılan saldırıları defetmek nedeninin ötesinde her türlü hakkı savunmak için getirilmiş olması, uygulamada denenmesi gereken ilginç bir hüküm olarak göze çarpmaktadır. Bu alanda, öğretide daha önce getirilen eleştirilere³⁷ kulak verilmiş olması yerindedir.

Haksız Tahrik

29. maddenin uygulamada bir çok soruna yol açması nedeniyle haksız tahrik ile ağır haksız tahrik arasında fark gözetmekten vazgeçilmiş olması faydalıdır.

Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Sebepler

33. madde: Sağır-Dilsizlik

1930 tarihli İtalyan Kanunu açıkça benzer hükmü içerse de sağır-dilsizlik için özel bir madde koymaya muhtemelen gerek yoktur. 34. madde ile getirilen genel hüküm, sağır-dilsizliği de kapsayabilmelidir.

³⁵ Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Rechtsvergleichende Perspektiven I, II, Freiburg i.Br. 1987.

³⁶ Paul H. Robinson, *Causing the Conditions of One's Own Defense: A Study in the Limits of Theory in Criminal Law Doctrine*, in: Eser/Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung*, Rechtsvergleichende Perspektiven I, II, Freiburg i.Br. 1987, s. 658-659 vd.

³⁷ Özen, *Türk Ceza Hukuku'nda Meşru Müdafaa*, Ankara 1995, s. 159 vd; Demirbaş, *Ceza Hukuku- Genel Hükümler*, s. 285 vd.

34. madde: Sarhoşluk ve Uyuşturucu Kullanımı

“İrade dışı” ne anlama gelmektedir? “İhtiyari ile” olmaktan başka bir anlamı, daha geniş bir anlamı mı olacaktır? Kanun, böyle bir durumda sarhoşluğun tamamen “tesadüfi” olması gerektiğini özel hükme bağlamıştır. İkinci fıkra, suç teşkil eden fiilin, failin içtiği sırada öngörülememesi hallerinde Kusurluluk İlkesi’nin ihlaline götürebilir. Kanımca, iradi ya da şimdiki terimle ihtiyari ile sarhoşluk halinde sonucun öngörülebilmesi durumunda, sarhoş iken işlenen fiillerden taksirli sorumluluk kabul edilmelidir. Kaldı ki, çağdaş sistemler sarhoş iken işlenen fiillerde dahi kasıt-taksir çözümlemesini mümkün görebilmektedir.

Bu sorunları gören Alman Ceza Kanunu’nun 323/A maddesinde “Vollrausch” suç tipi düzenlenmiştir. Buna göre:

“Kasten ya da taksirli olarak alkollü içecekler ya da diğer keyif verici (berauschende) maddeler alımı yolu ile kendini sarhoşluk durumuna sokan kimse; bu halde hukuka aykırı bir fiil işlediği ve bu nedenle, sarhoşluk sonucunda kusur yeteneği ortadan kalktığı için ya da kusur yeteneğinin ortadan kalktığı olasılığı şüpheye yer bırakıyorsa cezalandırılmayacağı, takdirde beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezası ile cezalandırılır.”

Sonuç olarak bir kişinin irade ve davranışlarını kontrol etme kabiliyetini azaltabilecek bir çok engel olduğunu yinelemekte yarar vardır. Sağır-dilsizlikle ilgili özel bir madde konulması bedensel ve zihinsel engelliler hakkında bilinenlerin sınırlı olduğu çok eski tarihlerden kalma bir durumdur. Bir sağır-dilsizin durumu yargıç tarafından 34. madde kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle 33. madde kaldırılmalı, yerine daha genel bir hüküm, örneğin “kişinin irade ve davranışlarını kontrol etme yeteneğini azaltan bir engel” ibaresi konulmalıdır.

Teşebbüs

Teşebbüs³⁸ konusunda çağdaş birçok ceza yasası, yalnızca icra hareketlerinin tamamlanamaması (eksik teşebbüs), tamamlansa dahi neticenin meydana gelmemesi (tam teşebbüs) hallerini değil; örneğin azmettirmede, azmettirenin suçu işlememesi ya da subjektif olarak suçun şiddet sebepli şekli gerçekleştirilmek istendiği halde şiddet sebebinin objektif olarak bu-

³⁸ Bu konuda ayrıntılı bir monografi Adem Sözüer tarafından yazılmıştır, bkz. *Suçta Teşebbüs*, İstanbul 1992. Yine bkz. Soyaslan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994.

lunmaması hallerini de teşebbüs kapsamında görmektedir. Bu bakımdan teşebbüs hükümlerinin bu gibi halleri de kapsayacak şekilde düzenlenmesi gerekirdi.

Yine Tasarı'nın yeni hali, eksik ile tam teşebbüs ayrımını kaldırmış görünmektedir. Buna bağlı olarak etken pişmanlık da tek bir hükme indirgenmiştir. Türk ceza hukuku anlayışına köklü olarak yerleşmiş bulunan eksik ve tam teşebbüs ayrımının kaldırılması pek isabetli olmamıştır. Uygulamada, neticesi harekete bitişik suçların tanımlanmasındaki zorluklar nedeni ile tartışmalı olan tam teşebbüs hükmü, yine de netice suçları bakımından korunması gereken bir müessesedir. Şüphesiz çoğu zaman tam teşebbüs ile neticenin oluşması sadece bir tesadüfe dayanmaktadır. Tesadüfün yarattığı haksız uygulamaların önü alınmak isteniyorsa, neticenin oluşması ile verilecek ceza ile tam teşebbüs halinde verilecek ceza birbirine yaklaştırılabilir. Yoksa eksik teşebbüs ile tam teşebbüs arasındaki ayrımı kaldırmak bir çözüm değildir. Kaldı ki icra hareketlerini tamamlamak ile tamamlamamak ya da tamamlayamamak arasında maddi olarak varolan farkı görmezden gelmek "zarar ilkesi" ile de uyumlu değildir.

Uygulamada eksik teşebbüsün tam teşebbüs aleyhine oldukça geniş kabul edilmesi,³⁹ ayrımı bütünüyle kaldırmaya bir gerekçe olamamalı kanısındayız.

Tasarı, eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldırmaktan ziyade, öğretide zaman zaman eleştirilen bir hususu çözmüş olsa; "elverişlilik" ölçütünü tanımlama zorluğundan doğan farklı farklı uygulamalara⁴⁰ ışık tutacak şekilde bu ölçütün alt kıstaslarını getirse, belki daha iyi olurdu diye düşünmekteyiz.

Faal Nedamet

36. madde: Kanun Tasarısı'nda etkin pişmanlık hakkında genel bir hükme yer verilmesi gayet yerindedir. Eksik ve tam teşebbüsü içerecek genel bir hükme yer verilmesi ve her ikisi için yerleşmiş bulunan öğreti ve uygulamanın bir tarafa itilmesi ise pek isabetli olmamıştır.

³⁹ Sözüer, a.g.e., s. 227.

⁴⁰ Mutlak elverişsizlik ve nisbi elverişliliğin birbirinden ayrılması konusunda ölçütten yoksunluğa Sözüer işaret etmiştir (a.g.e., s. 188 vd.).

İştirak

37. ve 38. maddeler, suçun failleriyle ilgili yenilikler içermektedir. 37. madde, fiili irtikab edenler ile doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar arasında bir ayırım yapmaktan vazgeçmiştir. Bu ayırım uygulamada sık sık tartışmalara yol açmakta, fakat her iki grubun da suçun faileri olarak değerlendirilmesi nedeniyle gerçek bir sonuç doğurmamaktaydı.

37. maddenin 2. fıkrası, “*dolayısıyla faillik*” ile ilgili yeni bir madde getirmektedir. Bu fıkranın birinci cümlesinin; suça, onu doğrudan doğruya işleyen belirli unsur ya da unsurları gerçekleştirmeden hareket ettiğini bilerek, katılanı da kapsadığını (örneğin, fiili hataya düşerek suç oluşturan hareketi gerçekleştirenin hareketine fiili hatası olmadan katılanın durumu) tahmin etmekteyiz.

İhmal ile icra edilen suçlara (“*unechte Unterlassungsdelikte*”) teşebbüsü ve iştiraki düzenleyen bir madde daha getirilmesi Avrupa ceza hukuku standartlarının gerektirdiği kanunun açıklığı ilkesine hizmet edebilir ve çok yararlı olabilirdi. Bu maddenin, kişinin ihmal ile icra edilen bir suçtan sorumlu tutulabilmesi ve özellikle ihmal ile icra suçuna teşebbüs için gerekli olan koşulları da belirtmesi gerekir.

Ağır suçlar söz konusu olduğunda, bir kişiyi suça azmettirme çok tehlikeli olabilir. Azmettirilenin söz konusu suçu işlemediği halde bile azmettirenin “*teşebbüsten*” ya da bağımsız bir suç kategorisi olarak kabul edilecek “*azmettirmeye teşebbüsten*” cezalandırılabilmesi gerekebilir. Bu tür bir teşebbüsün cezalandırılmasıyla ilgili bir hükmün, örneğin Alman Kanunu’nda olduğu gibi (Alman Ceza Kanunu’nun 30. maddesi, 1. paragraf), kanuna dahil edilmesini önerebiliriz. Ayrıca, kanun koyucu, ağır suçun ne anlama geldiğinin kesin bir tanımını da böyle bir maddede vermelidir.

Organize suçun giderek artan tehlike arz etmesi karşısında, ayrıca ağır bir suç işlemeyi teklif etme, bu teklifin kabulü ve Anglo-Amerikan Hukuku’nda “*criminal conspiracy*” adı verilen bir suç⁴¹ gerçekleştirmek için ortak karar almanın cezalandırılmasına ilişkin maddelerin de Tasarı’ya dahil edilmesi önerilebilir (Alman Ceza Kanunu’nun 30. maddesi, 2. paragraf). Dikkat edilmesi gereken; bu gibi hallerin ancak çok ağır, organize ya da terörist ortaklıklarda kabul edilmesidir. Suç işlemek amacıyla örgüt

⁴¹ Ancak “*criminal conspiracy*” suç tipi eleştirilere de maruz kalmıştır: bkz. Johnson, Phillip E.: *The Unnecessary Crime of Conspiracy*, 61 CAL. L. REV. 1137-1187 (1973).

kurulmasını cezalandıran maddeler bu fiilleri kapsamamaktadır; çünkü bu örgütlerin amacı belirsiz birden fazla suç iken, yukarıda anlatılan fiillerde failin amacı tek bir (ağır) suçtur.

Palermo Sözleşmesi ve Örgütlü Suçlar

40. madde: Fiili (Fiile İlişkin) Şiddet Sebeplerinin Şeriklere Uygulanması

Bu madde bağlamında, fiili şiddet sebepleri söz konusu olduğunda ne gibi bir yol izleneceği sorusunun yanıtı pek açık verilmemiştir. Akla "eğer şerik bu sebeplerden haberdar değilse, fakat öngörebilmesi gerekiyorsa, ne olacaktır?" sorusu gelmektedir. Örneğin: A ve B yağma suçunu işlemeye karar verirler ancak A mağduru öldürür. B'nin sonucu öngörebilmesi gerekmesi nedeniyle A'nın cezalandırıldığı ölçüde mi cezalandırılması gerekecektir? Bu soru çerçevesinde tartışılacak sorun, öngörülme ancak iştirak edilen suçun taksirli halinin cezalandırılıp cezalandırılmaması sorusu değil; şerikin, diğer şerikin ikinci fiili işleyip işlemeyeceğini "kusurlu" olarak öngörüp öngörmediği sorusudur. Madde buna açık bir yanıt getirmemektedir.

İçtima

Müteselsil suçun düzenlendiği 43. madde, "bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi" halinde zincirleme suç kabul etmektedir. Bu yerleşmiş müteselsil suç anlayışını hayli değiştirecektir. Burada da yine yargı kararlarının çok değişken olmasından dolayı hukuki kesinlik yaratma amaçlanmış olabilir. Ancak Ceza Kanunu, bir yasanın değişken somut olaylara uygulanmasından doğabilecek farklı farklı yaklaşımların önünü tümünden kesecek bir normlar sistemi olmamalıdır diye düşünmekteyiz. Failin, tek tip suçu kısa aralıklarla farklı kişilerin aynı hukuki değerlerine karşı işlemesi hali, bu kapsam içinde değerlendirilmeyecektir. Bu durum, müteselsil suçun faillerinin kriminal psikolojisine pek uygun bir anlayış değildir. Önemli olan, kanunun aynı düzenlemelerinin, bir suç işlemek kararının yürütülmesi kapsamında, değişik zamanlarda ihlal edilmesi olmalıdır. Yoksa fiilin mağdurlarının aynı olması değil.

Yaptırımlar

Tasarı'nın eski metninde 71. madde "*para cezasının infazı*" konusunu düzenlemekte idi. Yeni metin infaz konusundaki pek çok düzenlemeyi kaldırmış ve işi İnfaz Kanunları'na bırakmış görünmektedir. 71. madde tartışma yaratabilecek nitelikte idi. Benzer bir hüküm İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından 1979 yılında Anayasa'ya aykırı bulunmuştu.⁴² Eski metnin 6. ve 7. fıkraları bu çözümün sertliğini yumuşatmakta ve hükmü, eşitlik ilkesi gibi anaysal ilkelerle daha bağdaştırılmakta idi.

Eski metnin 64. maddesine göre, failin hürriyeti bağlayıcı cezalara bir alternatif olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçeneğinin getirilmiş olması olumlu bir yenilikti. Bu, özellikle Avrupa'nın bir çok ülkesinde öngörülmüş düzenlemelere paraleldi.⁴³ Ancak yeni metinde böyle bir düzenlemeye rastlamıyoruz. Bunun nedeni yalnızca gözden kaçırma mıdır, yoksa bu yönde bir değişiklik mi yapılmak istenmiştir, belirli değildir.

Eski metin 73. madde "*fer'i ceza*" olarak bir mesleğin icrasının yasaklanmasını öngörmekte idi. Fer'i ceza artık 53. madde ile "*güvenlik tedbiri*"ne dönüştürülmüştür. Bu anlamda; mahkumiyete fer'i olarak uygulanan bazı "*yoksunluk*"ların ceza mı, emniyet tedbiri mi olduğu tartışmasına da son verilmek istenmiş görünmektedir.

Eskiden bunun için "*iki yıla kadar*" gibi bir süre öngörülmüştü ve 77. maddeye göre belirli bir meslek veya sanat mensubu olmanın "*suçun ağırlaştırıcı nedeni*" sayıldığı yerde bu ceza uygulanacak idi. Yeni metin böyle bir ayrımı kaldırmıştır. Yasada, gazetecilerin de ceza kovuşturmasına maruz kalabileceği bir çok cürüm tasarıda da öngörülmüş olduğundan, bu hükmün gazetecilere uygulanması sorun oluşturabilecek; bu durum AİHM'nin 10. madde ile korunan haklara doğrudan bir müdahale oluşturacak ve maddenin uygulanması, 10. madde ihlallerine yol açabilecek idi. Bu bakımdan fer'i cezaların sınırlanması yerinde olmuştur. Ancak kanımızca bu kez de çok geniş bir sınırlama söz konusu olmuştur. "*Bir meslek veya sanat veya ticaretin icrasının yasaklanması*" (özellikle özel meslek ve sanat açısından), "*iş-*

⁴² 131 numaralı karar.

⁴³ Jescheck de bu öneriyi 1989 Tasarısı ile ilgili olarak ifade etmişti (Jescheck, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Entwurf des allgemeinen Teils eines neuen Türkischen Strafgesetzbuchs von 1989*, in: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler/Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches*, Konya 1998, s. 23; Adem Sözüer'in çev. a.g.y., s. 37.

yerinin kapatılması”, “sürücü belgesinin alınması” gibi birtakım bahislere yeni metin içinde rastlamamaktayız. Böyle bir daraltmayı, çağdaş ceza hukuku araçları içinde, önemli bir suçla mücadele ve özel önleyicilik işlevi gören bu müesseseler için kabul edemeyiz. Bu yaptırımlara Ceza Yasası’nda yer vermemenin nedeni, Ceza Yasası’ndan ayrı bir “hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif olacak yaptırımlar yasası” yapılmak istenmesi midir? Eğer öyle ise yaptırım rejiminin iki ayrı yasaya dağıtılmasını hiç uygun bulmadığımızı belirtmek isteriz. Ceza yaptırımları, Ceza Yasası’nda düzenlenmesi gereken bir müessesedir.

Eski metnin 74. maddesi fer’i bir ceza olarak sanığın işyerinin kapatılmasını öngörmekte idi. Böyle bir hükmün basın kuruluşlarının mahkumiyetten sonra kapatılması amacı ile kullanılabilmesi tehlikesi mevcutsa da; belirli bir gazetecinin ya da basın kuruluşunun mahkumiyetinden sonra kapatılması, şüphesiz ölçüsüz bir tedbir olacaksa da, cezanın herkes için tamamen kaldırılması uygun değildir. Bu bağlamda, basının özel niteliğinin ve bir toplumsal denetim mercii olarak rolünün göz önünde tutulmasında yarar vardır. Yoksa cezanın tamamını kaldırmak çözüm olamaz.

İnfaz

Eski metnin 65. maddesi Ceza İnfaz Kanunu’nda düzenlenmesi gereken infaz ayrıntılarını içermekte idi. Kaldırılması uygun olmuştur.

Tutuklulukta Geçen Sürenin Mahsubu

Kanun koyucunun kanunda sadece tutukluluk süresinin değil, yargı kararı verilene dek hürriyetin kısıtlandığı her sürenin cezadan mahsup edileceği hususunu açıklığa kavuşturmuş olması gayet olumludur.

Zamanaşımı

70. madde, davanın zamanaşımı süresinin durduğu halleri düzenlemektedir.

Cümlenin sonundaki, “... Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu gereğince, kaçak olduğu hususunda karar verilmiş olan suç faili hakkında, bu karar kaldırılıncaya kadar zamanaşımı durur” ifadesi oldukça muğlaktır ve açık olmaktan uzak gözükmektedir. Acaba bu, yürürlükteki Ceza Kanunu’nun 104. maddesinde

belirtilen tüm kararların zamanaşımını durduracağı anlamına mı gelmektedir? Eğer öyle ise bunun açıkça ifade edilmesi daha doğru olurdu.

Ön Ödeme

78. madde ile ön ödeme, hafif suçlarla ilgili en önemli yaptırım haline gelmiştir. Bununla birlikte, cezai kovuşturmanın bu şekilde sona erdirilmesi çoğunlukla yargıcın verdiği bir ceza olmayıp, savcılık ile suç işlediğinden süphelenilen vatandaş arasındaki bir tür anlaşmadır. Bu nedenle sistematik açıdan bu husus, ceza takibinin sona erdirildiği diğer durumlarda (örneğin Ceza Kararnamesi-CMUK madde 386) olduğu gibi, CMUK'da düzenlenmelidir.

Küçüklerin Cezai Sorumluluğu

Çocuklar ve küçüklere ait düzenlemeler bu Kanun Tasarısı'nın 56. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu durum 07.11.1979 tarihli Çocuk Mahkemeleri ile ilgili 2253 sayılı Kanun'un kaldırılmasını veya en azından çok geniş ölçüde değiştirilmesini beraberinde getirecektir. Acaba Çocuk Mahkemeleri ile yürürlükteki yasanın nerede ise yok sayılması doğru mudur?⁴⁴

Türkiye'de yürürlükte olan Çocuk Suçluluğuna İlişkin Mevzuat'a göre çocuklar, suçun işlendiği tarihte, eylemlerinin yanlış olduğunu anlamalarına ve ona göre davranmaları gerektiğini idrak etmelerine yetecek ahlaki ve ruhsal olgunluğa sahip olmaları kaydıyla, 11 yaşından itibaren sorumlu tutulurlar. Cezai sorumluluk yaşını 12 olarak belirlemek kuşkusuz bir gelişmedir. Öte yandan, Avrupa standartlarıyla karşılaştırıldığında, çocukların cezai sorumluluğu oldukça küçük yaşta başlamaktadır. Yaşın bu kadar düşük olmasının, Türkiye'nin de imzalayıp onayladığı Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni de ihlal edebileceği dikkate alınmalıdır. Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki düzenleme, bu sözleşmenin gereklerini karşılamamaktadır.

⁴⁴ Yürürlükteki Çocuk Mahkemeleri sistemini, biri Türkçe diğeri Almanca iki makalemizde ayrıntılı olarak değerlendirmiş bulunuyoruz: bkz. "Çocuk Mahkemeleri Yasası Sistemi ve Genel Olarak Türk Ceza Hukuku'nda Küçüklere Uygulanacak Emniyet Tedbirleri", Ankara Barosu Dergisi 1993; "Jugendstrafrecht in Europa", Landesbericht Türkei adlı bölüm (Freiburg i. Br., 2002, s. 455-474, Dr. Silvia Tellenbach ile birlikte).

Uzun vadede, Türkiye'nin cezai sorumluluk için asgari yaşı Avrupa kanunlarının genelde kabul ettiği 14 yaş olarak benimsemesi dilenir.

Öte yandan çocuklar için öngörülen önlemlerin, azami cezası 3 yılı aşmayan bir suç işlediklerinde ve topluma uyumlu bir hayata hazırlanmaya uygun ve yeterli görüldükleri takdirde yaşları 15-18 arasında olan küçükler için de uygulanabilir kılınması gerekirdi. Eski metinde yer alan bu hükmün neden kaldırıldığı belirli değildir.

Yine Çocuk Mahkemeleri Yasası'nın öngördüğü tedbirlerin neden değiştirilmek istendiği de açık değildir.

Düşünce Özgürlüğü Bağlamı

Özel hükümleri değerlendirmeye geçmeden önce; göze çarptığı ölçüde, maddeleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) başta 10. maddesi tarafından korunan düşünce özgürlüğü bağlamında da bir değerlendirmeye tutacağımızı belirtmek isteriz. Gerçekten, özellikle düşünce özgürlüğü düzlemi bugün artık çok açık nedenlerden ötürü Türk Ceza Yasası'nın Avrupa normları ile karşılaştırılması bakımından önemli bir düzlemdir.

Bu bakımdan daha önce, AİHS ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile uygulanan düşünce özgürlüğü anlayışına kısaca değinmek istiyoruz.

AİHS'nin 10. maddesi, düşüncenin ifadesi özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu madde:

1. *"Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak fikir sahibi olma ve kamu otoritesinin müdahalesi olmadan ve ülke sınırı tanımadan enformasyon ve fikir edinme ve verme özgürlüğünü kapsar. Bu madde, devletlerin radyo televizyon yayınlarının ya da film girişimlerinin lisansa bağlamalarını önleyemez.*

2. *Ödev ve sorumlulukları da beraberinde getiren bu özgürlükler ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ya da kamu esenliği, sağlığın ya da ahlakın korunması, başkalarının haysiyetinin ya da kişi haklarının korunması, sır oluşturan enformasyonun açıklanmasının önlenmesi, yargının otorite ve bağımsızlığının korunması amacı ile kanunla belirlenen ve demokratik bir toplumda gerekli olan birtakım formalitelere, şartlara, sınırlamalara ya da cezai yaptırımlara tabii tutulabilir."*

hükmünü getirmiştir.

AİHS'nin 8. ve 10. maddede düzenlenen haklar nitelikli haklardır. Her maddenin ilk fıkrası, kişinin özel yaşamına ve düşünce özgürlüğüne ilişkin geniş bir hak tanımını içermektedir. Devletin bu haklara müdahalesi ancak

- kanunla düzenlendiği;
- meşru bir amacı gerçekleştirmek için olduğu (her maddenin ikinci fıkrası meşru amaçları belirlemiştir);
- demokratik bir toplumda gerekli (acil bir toplumsal gereksinime işaret ederek) ve ölçülü (devletin aynı amacı daha az müdahale eden önlemlerle gerçekleştirmesinin imkanı dahilinde bulunmaması) olması hallerinde kabul edilecektir.

En son koşul Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne, özellikle 10. madde bağlamındaki ihlallerle ilgili en çok getirilen ve tartışılan koşul olmuştur.

Sözleşme ile güvence altına alınan haklarına haksız olarak müdahale edildiğini ya da bunların ihlal edildiğini iddia eden kimseler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde dava açabilirler. Şüphesiz müdahale ile ihlal kavramlarının ayrı ayrı kavramlar olduğunu bu aşamada ayrıntıları ile açıklamaya gerek yoktur. Müdahale, özgürlüğün koruma alanına girilmesi, ihlal ise, koruma alanına haksız olarak girilmesi anlamını taşımaktadır.⁴⁵

Mahkeme "müdahale" kavramını oldukça geniş olarak yorumlamaktadır. Bir ifade nedeniyle cezai kovuşturmayaya maruz kalmanın 10. maddeden doğan özgürlüklere bir müdahale teşkil ettiği artık kökleşmiş bir içtihatır. Yine, bu nedenle cezalandırılmak da aynı 10. maddenin güvence altına aldığı haklara bir müdahaledir. Bir müdahalenin belirlenmesi halinde, sözleşmeye taraf olan devlet, yukarıdaki her bir koşulun müdahaleyi meşru kılacak biçimde somut olayda varolduğunu göstermek zorundadır. Eğer bu koşullar söz konusu değilse bir ihlalin varolduğu belirlenecektir.

Strasbourg'da bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetleyici bir yargı yetkisi kullanmaktadır. Bunun anlamı Mahkeme'nin "...ulusal

⁴⁵ Bu yaklaşım suç teorisinde de izdüşümünü bulmaktadır. Gerçekten suç oluşturan fiili işlemek müdahale ve bunun hukuka aykırı olarak gerçekleşmesi de ihlal olarak düşünülebilir. Felsefeci Judith Thomson bu kavramları "infringement of a protected interest" ve "violation of a protected interest" olarak ifade etmektedir [Thomson, *Some Ruminations on Rights*, 19 Ariz. L. Rev. 45 (1977)].

otoriteler tarafından müdahaleyi meşru kılmak için gösterilen nedenlerin onu (müdahaleyi) 'gerekli ve yeterli' olup olmadığını" denetleyecek olmasıdır.⁴⁶ Mahkeme, devletlerin bu konudaki nitelemeleri ile bağlı değildir. İstenen meşruiyet ölçütleri çeşitlilik göstermektedir. Özel hayatın mahrem kısımları ile ilgili durumlarda yüksek bir standart ve yoğunlaştırılmış denetim uygulanmaktadır. Aynı durum, yasanın meşru olduğunun ikna edici bir biçimde⁴⁷ kanıtlanması gereken ifade hürriyeti bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, müdahale ne kadar ciddi ise (örneğin, uzun bir hürriyeti bağlayıcı ceza), meşruiyet standardı da o kadar yüksek olacaktır. Bu mantığın ve genel ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Öte yandan devletin, sınırlama bakımından özellikle acil (derhal karşılanması gereken) bir toplumsal gereksinim içinde bulunduğunu iddia etmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha düşük bir standardı uygulama eğilimindedir. Şüphesiz mahkeme bir devletin yerine geçip onun gereksinimlerini ondan daha iyi takdir edecek konumda değildir. Bu bağlamda, devlete daha çok takdir hakkı ("*margin of appreciation*") verilmektedir. 1987 tarihli "*Leander v Sweden*" kararı, ulusal güvenlik mülahazası bakımından takdir marjı tanıyan bir karara örnektir.

10. maddenin birinci fıkrasıyla garanti altına alınan hak oldukça geniştir. Siyasi bir mesaj vermek amacıyla olan gösterileri de içermek üzere pek çok ifade türünü kapsamaktadır.⁴⁸ Siyaset yapma, bilim yapma, sanat yapma, hicvetme, eğlenme, kendini ifade etme, ticaret ve reklam, haber her türlü iletişimsel biçim ve hali ile maddenin koruma alanı içindedir.

Ancak ifadenin niteliği, koruma rejimini farklılaştırabilmektedir. Siyasal ya da kamusal menfaatler ile ilgili ifadeler en yüksek derecede korunmaktadırlar. Bunları koruma düzeyi bakımından bilimsel ve sanatsal düşünce açıklamaları takip etmektedir. Son sırada ise ticari düşünce açıklamaları gelmektedir. Mahkemeye göre düşünce özgürlüğü:

"... (demokratik) bir toplumun temel yaşamsal dayanağını, toplumun ve her bireyin gelişmesinin en temel koşullarından birini oluşturur. 10. maddenin ikinci fıkrası düzenlemesi yalnızca memnuniyetle karşılanan ya da zararsız ya da önemsiz olarak addedilen 'bilgi' ve 'fikirler' söz konusu olduğunda değil, aynı zamanda devlete ya da toplumun herhangi bir kesimine karşı kırıcı, şoke eden ve rahatsız

⁴⁶ Barthold v Germany (1985) (para 55).

⁴⁷ Barthold at para 58.

⁴⁸ Steel a.o. v UK, 23 September 1998.

eden, kırıcı ifadeleri de korumaktadır. Bu durum, kendileri korunup kollanmadan hiçbir 'demokratik toplumun' söz konusu olamayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve açıkfikirlilik ilkelerinin gerekleridir..."⁴⁹

Bu çerçevede AİHM, ABD' de düşünce özgürlüğünün işlevi, felsefesini açıklayan "Düşünce Pazarı Kuramı" ("Theory of Marketplace of Ideas"), "İnsan Onuru ve Kendini Gerçekleştirme Kuramı" ("Theory of the Human Dignity and Self-Fulfillment"), "Demokratik Yönetim Kuramı" ("Theory of the Democratic Self-Governance") ve "Çok Yönlü Yaklaşım Kuramı" ("Approach of Multiple Justification") olarak adlandırılabilir kuramlardan⁵⁰ özellikle Demokratik Yönetim Kuramı'na ağırlık vermektedir.

10. maddenin 1. fıkrasına müdahalenin söz konusu olduğu herhangi bir olayı değerlendirirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi:

"... birbiri ile çatışan ilkeler arasında bir seçimle değil, fakat dar olarak yorumlanması gereken bir çok istisnaya tabi olacak olan düşünce özgürlüğü anlayışı ile ... karşı karşıya kalmıştır. Müdahalenin, 10. maddenin 1. fıkrasında belirtilen istisnalar kategorisine dahil olması yeterli değildir. Yine ifadenin konusunun belirli bir kategoriye dahil olması ya da genel ya da mutlak bir yasak içeren kanuna göre yasaklanmış olması da yeterli değildir. Mahkeme, somut olaydaki vakıalar ve koşulları göz önünde tutarak müdahalenin gerekli olup olmadığını tespit etmek durumundadır ve bu yolda ileri sürülen savlar kendisini tatmin etmelidir."⁵¹

Herkesin düşünce özgürlüğü vardır ve hiç kimsenin fikri diğerinden üstün tutulmamalıdır. Bu alanda imtiyaz tanınamaz ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, basın bir demokraside oynadığı rolün önemine ısrarla işaret etmiştir. Kamu menfaatlerini gerçekleştirme yolunda enformasyon ya da fikirleri bildirme özellikle basının görevidir. "Kamusal bir gözcü" olarak basının yeri yaşamsaldır. Bu bakımdan basının düşünce özgürlüğüne müdahalelerin bütünü ile meşru olması gerekmektedir ve devletlerin basın yoluyla ifade özgürlüğünü korumak ve geliştirmek için tedbirleri alma yolunda "pozitif bir yükümlülüğü" vardır.⁵² Aksi kabulü gerektirecek zorlayıcı bir kamu menfaati olmadıkça basın kaynaklarını gizli tutabilirdir.⁵³ Strasbourg'da alınan çok sayıda kararla kamu menfaati yolunda

⁴⁹ Handyside v UK (1976) (49).

⁵⁰ Rodney A. Smolla, Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech: A Treatise On The First Amendment § 2.01 (1), s. 3-6 (1994)].

⁵¹ Sunday Times v UK (1979) (65).

⁵² Özgür v Turkey, 16 March 2000.

⁵³ Goodwin v UK (1996) (para 61).

yayın yapıldığında basın özgürlüğünün demokrasilerdeki öneminin altı çizilmiştir. Hem siyasetçilere hem de hükümete yapılan eleştirilere daha geniş bir koruma getirilmesinin gereğinin altı çizilmiştir.⁵⁴

İlkel olarak 10. maddenin 2. fıkrası, 8. maddenin koruma altına aldığı gizli kişisel bilgiyi içerecek şekilde özel hayatı koruma amacı ile ifade özgürlüğünün sınırlanmasına izin vermektedir. Gerçekten düşünce özgürlüğü ile özel yaşamın her ikisi de azami koruma görmesi gereken değerlerdir. Özel yaşamı koruma amacı ile çıkarılan yasaların uygulanmasında, davacı ifade özgürlüğünü ortaya koyduğunda her iki hak arasında uygun bir denge kurulmalıdır. Bu dengeyi kurmak her zaman kolay değildir.⁵⁵ Genellikle, iki haktan hangisinin belirli bir durumda öncelik taşıyacağını belirlemek zor olacaktır. Bununla birlikte, bilgi herhalde kamusal alana ilişkinse ve/veya kamunun bu bilgiyi edinmede gerçek bir menfaati varsa ifade özgürlüğünü kısıtlamayı meşru göstermek çok zor olmaktadır. Araştırmacı gazetecilik böyle bir menfaatin kullanılması olabilir. Özellikle "*Fressoz and Roire v France*" (1999) kararının bu bağlamda altı çizilmelidir.

İlgili maddelerde de yineleyecek olmamıza karşın bu konuda Tasarı'nın özel bir sorununa şimdiden genel olarak işaret etmekte yarar vardır. Özellikle, fiilin basın araçları ile gerçekleştirilmesi bir dizi ifade suçunda ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Basının bu kadar sık ağırlaştırıcı bir unsur olarak öngörülmesi hoş karşılanmamalıdır. Eğer, basın yolu ile işlenen ifade suçlarının daha büyük bir zarar ya da zarar tehlikesi yaratacağı düşünülüyorsa her maddede doğrudan bir "*basın*" ağırlaştırıcı nedeni getirmek yerine "*alenen ve korunan hukuki değeri tehlikeye düşürmek bakımından daha etkili araçlar*" gibi bir ifade eklenebilir. Bu bağlamda, yasa yapma tekniğine en uygun formülasyon konusunda bir tartışma açılmalıdır. Gerçekten, çağdaş dünyada basını önemli bir tehdit unsuru olarak gören düzenlemeler, düşünce özgürlüğü bakımından endişe ile karşılanmaktadır.

⁵⁴ Sener v Turkey, 18 July 2000: "...the limits of permissible criticism are wider with regard to the government than in relation to a private citizen or even a politician...the dominant position which a government occupies makes it necessary for it to display restraint in resorting to criminal proceedings...."

⁵⁵ N v Sweden (1986).

Özel Hükümler

Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda babların sıralanışı, devlete karşı işlenen suçlar, kişilere karşı suçlar ve mülkiyete karşı suçlar şeklinde iken; kanun tasarısı, diğer Avrupa kanunları gibi kişilere karşı işlenen suçları özel kısmın başına getirmiş, en son devlete karşı suçlar sıralanmıştır. Bu sıralama, kişilerin korunmasının, insan haklarına bağlı bir devletin merkezi ödevi olduğunu açıkça göstermek amacıyla kabul edilmiştir ve gayet yerindedir.

1. Kısım: İnsanlığa Karşı Suçlar

79.-82. maddeler

Gerçi Türkiye, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni ihdas eden Roma Statüsü'nü imzalamamıştır ama Ceza Kanunu Tasarısı'nın özel bölümü başında uluslararası ceza hukuku düzeninin çok önemli suçlarının bazılarını içermektedir. Örneğin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve bu suçları işlemek amacı ile bir örgütün kurulması fiilleri. Bu maddelerin 1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndaki maddelerden etkilendiği söylenebilir ve uluslararası hukuktaki gelişmeleri yansıtmaktır.

82.-84. maddeler

Göçmen kaçakçılığı ve yasadışı insan ticaretiyle ilgili maddeler, Türk Ceza Kanunu'nda hali hazırda yer almaktadır. Dolayısıyla BM Uluslararası Organize Suçlar Sözleşmesi ve eki protokoldeki, özellikle kadınlar ve çocuklar olmak üzere insanların yasadışı ticareti ve kara, deniz ve hava yolu ile göçmen ile kaçakçılığı düzenlemelerinden doğan yükümlükler yerine getirilmiştir. Bu maddeler şüphesiz çok önemlidir. Yine de, maddelerin sistematik yeri açısından Ceza Kanunu Tasarısı'nda 2. bölüm olarak soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlardan sonra ve hayata karşı işlenen suçlardan (3. bölümden) önce yer alması uygun görünmemektedir. Bu hükmün, kürtajla ilgili bölüm ile hürriyete karşı işlenen suçlarla ilgili bölüm arasına yerleştirilmesi daha uygun olacaktır. Kaldı ki göçmen kaçakçılığı, uluslararası bir suç görünümünde olsa dahi insanlığa karşı suçlardan değildir.

2. Kısım: Kişilere Karşı Suçlar

84. madde: Kasten Öldürme

Bu madde ile kast ve ani kast arasında bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bu yolla töre cinayetleri daha fazla cezalandırılmak istenmiş olsa dahi seçilen yolun uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu “*manslaughter (basit ani kastla adam öldürme)*” ile “*murder (normal kast ile gerçekleşen tipik adam öldürme)*” arasında yapılan, Amerikan anlayışına paralel bir ayrımdır ve Avrupa Hukuku’na oldukça yabancıdır. Kast ile ani kast arasında nasıl bir ayrıma gidileceği bu madde bağlamında merak konusu olacaktır. Amerikan Hukuku’nda oldukça keyfi uygulamalarına giden “*adam öldürme suçlarında kastın ortaya çıkışına dayalı derecelendirme*” anlayışına katılmamaktayız. Eğer teammüdün kaldırılmasının sakıncaları giderilmek isteniyorsa, teammüde subjektif değil objektif anlayış tercih edilerek, objektif anlayışa dayalı bir teammüd düzenlemesini “*nitelikli*” hallerden sayarak sorun çözümlenebilirdi.

İnsanın eylemlerini planlaması halinde bu eylemlerle amaçladığı sonuçları daha kolay gerçekleştirebileceği gerçeği suç oluşturan eylemler bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan az çok planlı eylemler her halde ani olarak ortaya çıkan suçlardan daha etkili olarak işlenebilirler. Her ne kadar failin tehlikeliliği açısından ani suçlar da en az planlananlar kadar ağır olabilse de (toplumsal kültürümüzde ani tepkilerin verdiği ağır zararları hergün birebir yaşıyoruz) planlanarak işlenen suçlarla daha etkili mücadele edilmesi gerektiği açıktır. Planlama sonucu, eylemi gerçekleştirmeye yönelik yollar yordamlar düşünülmemekte, hazırlanmakta, karşılaşılabilecek güçlükler hesaba katılıp ortadan kaldırılmaktadır. Planlı bir eylem, başarmanın önemli bir koşuludur. Bu bakımdan tasarlanarak işlenen suçların korunan hukuki değere daha fazla zarar tehlikesi doğurabileceğini ve failin kastı bakımından da daha yoğun bir niyeti gösterdikleri söylenebilir. Bu nedenle yürürlükteki ceza yasa koyucusu, adam öldürme cürümleri bakımından tasarlamayı ağırlaştırıcı neden saymıştır.

Ancak tasarlamamanın ne zaman tasarlama sayılacağı, tasarlamayı oluşturan unsurlar öğretide ve uygulamada hiç açık olmamıştır. Çoğu zaman tasarlamak, hazırlık hareketleri aşamasına denk gelmektedir. Diğer suçlar söz konusu olduğunda, suç işleme kararına vardıldıktan sonra hazırlık hareketlerine girişmeyi ayrıca cezalandırmayan yasa koyucu, acaba adam öldürme söz konusu olduğunda hazırlık hareketlerini mi cezalandırmaktadır?

Tasarlamayı açıklamak bakımından ileri sürülen soğukkanlılık kuramına göre, suç işleme kararı ile harekete geçme arasında belirli bir sürenin geçmiş bulunması, failin soğukkanlı bir şekilde harekete geçmesi gerekmektedir. Plan kurma kuramına göre de suç işleme kararı ile harekete geçmek arasında belirli bir zaman aranmakla birlikte ikinci olarak geçen zaman içinde failin suç işleme araçlarını seçip suçu nasıl işleyeceğinin planını yapması aranmaktadır.

Kanımızca, failin suçu işleme yönündeki hazırlık hareketlerini suçu başarı ile işlemek bakımından, kendi kanısına göre uygun gördüğü bir zamana yayması, suçu nasıl işleyeceğinin kendine göre gereken planını yapıp, karşılaşılabileceği güçlükleri ortadan kaldırması, suçu işlemesi bakımından yardımcı olacak ikincil durumları da gözönüne alması, suç kararının icrası için dış dünyada belirli durum ve konular yaratması tasarlama kabul edilmelidir.

Yargıtay bazı temel kararlarında tasarlamayı, suçu objektif olarak başarılı bir şekilde işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini planlama ve gerçekleştirilmede değil, failin suç işleme kararının psikolojik görünümünde aramıştır. Buna göre fail suçu sebatla ve koşulsuz olarak işlemeyi istemeli, suçu işlemeden önce soğukkanlı ve sükunetle düşündükten sonra dahi bu kararından vazgeçmeyi istememelidir.⁵⁶ Bu kabul, Yargıtay'ın yoğun bir suç işleme arzusunu tasarlama olarak aldığını göstermektedir. Fail, vicdani bir muhakeme yapacak ve yine de suç işlemeyi düşünecektir.

Kanımızca, Yargıtay'ın tasarlama anlayışı, tespit edilmesi hiç de kolay olmayan failin içsel psikolojisine çok önem vermesi nedeniyle isabetli değildir.⁵⁷ Tasarı da bu isabetsizliği başka bir isabetsizlikle gidermeye yönelik bir "normal kast, ani kast" ayırımına gitmiştir. Aslen bir suçu işlemeyi tüm kalbi ile isteyen bir kimsenin, o suçu gönülsüzce işlemeyi düşünenenden daha başarılı sonuç elde edebildiği doğru ise de Yargıtay'ın bu arzunun dış dünyada ifade edildiğini gösteren birtakım objektif ölçütleri de (belirli bazı hazırlık hareketlerine girilmiş olmasını da) araması gerekirdi. Yargıtay'ın

⁵⁶ "Ceza Yasası'nda tarif edilmeyen ve öğretide mahiyeti tartışmalı olan taammüdün varlığı için; failin, bir kimseye karşı belli bir suçu işleme saikiyle, bu konuda sebatla ve şartsız olarak karar vermesi, ulaştığı ruhi sükunete rağmen kararından vazgeçmeyip bu akış içinde ısrarla icra hareketlerine başlaması ve bu hususların olaysal olarak değerlendirilerek saptanması gerekir."

⁵⁷ Aynı yön. Öztürk/Özdemir/Özbek, *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler* (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 2. bası, 2003, s. 87.

anlayışına göre, birkaç ay önce günlüğüne “A’yı öldüreceğim, ondan nefret ediyorum!” diye yazan B’nin birkaç ay sonra bir tartışma esnasında B’yi öldürmesi halinde dahi tasarlamanın kabul edilmesine ve cezai sorumluluğun gerekenden fazla genişletilmesine yol açabileceği düşünülmelidir. Yargıtay belki de psikolojik tasarlama anlayışını kabul ettiği için yanılma ve sapma hallerinde de tasarlamanın söz konusu olabileceğini kabul etmemektedir. Bu bağlam içinde de aynı tartışma, yeni düzenleme ile “tasarlama düzlemin-den” alınıp “ani kast, ani olmayan kast” düzlemine taşınacaktır. Bu bakımdan 84. maddenin 1. fıkrasını pek uygun görmemekteyiz. Asıl olan, objektif bir anlayışla planlı ve tasarlı eylemleri daha fazla geliştirmek olmalı idi.

Madde 86 ile düzenlenen ihmal suretiyle icra özel halinin, yalnızca adam öldürme suçlarında değil tüm suçlar için genel bir kural olarak düzenlenmesi gerektiği taraftarıyız.

Yine eski metinde 137. madde olarak düzenlenmiş bulunan “bilinmeyen ve beklenilmeyen haller ve nedenler” ölüm sonucu bakımından özel bir nedensellik kuralı olan TCK’daki 451. maddeyi aynen korumuş görünmekte idi. Ancak Tasarı’da kaldırılmıştır. Aslen, nedensellik bağıni öngöremeyecek bir faili de cezalandırması bakımından kusurlu da olsa “hareket olmadan suç olmaz” kuralını göreceleştirmekte olan bu kuralın kaldırılması olumlu olsa da uygulamada oldukça tartışmalı, “ölüm neticesini isteyen fail dışında bilinmeyen hallerin de katılması ile meydana gelen somut ölüm” olaylarının çözümünü çok zorlaştıracaktır. Tasarı bu haliyle yasalışırsa artık 451. maddeye paralel örneklerde büyük bir ihtimalle teşebbüs hükümleri uygulanacaktır. Tam teşebbüsün öngörülmemesi ile bu durum haddinden daha az cezalandırmayı beraberinde getirebilecektir.

Eski metinde 138. madde olarak öngörülen “kastı aşan adam öldürme” müessesesi de kaldırılmış görünmektedir. Tasarı’nın 90. maddesinin d bendi, kasten yaralamanın mağdurun “yaşamını tehlikeye sokan bir duruma” neden olması halinde ceza artırımı öngörmektedir ama asıl olan kastı aşan adam öldürmeyi kaldırmak değil, müesseyi kusur kuramı ile desteklemek olmaydı. Kasten yaralama sonucunda yaşamı tehlikeye atıp atmak ya da ölüme sebep olmak çoğu olayda bir raslantı sonucu gerçekleşse de “failce bilinmeyen ahval” ile biraraya gelen ölüm neticesinde (TCK madde 452/2) gerekenden az cezalandırmaya yol açılabilecektir.

Etkili eylem terimi tasarinın eski metinlerinde büyük olasılıkla yalnızca “vücut yaralanması” anlamına değil aynı zamanda yaralanma dışı belirli rahatsızlıklara yol açan fiilleri de (örneğin, mağdurun saçını sifıra vurma

gibi) kapsamı için kasıtlı olarak seçilmiştir. Ancak artık yaralama terimi tercih edilmiştir. Böyle bir tercihe katılmıyoruz. Etkili eylem, yaralanma dışında da vücut dokunulmazlığını ve kişi bütünlüğünü kapsayacak bazı halleri de anlatan güzel bir terim idi.

Aslen kastı aşan adam öldürme de etkili bir eylemdir; failin kastı etkili eyleme yöneliktir. Bu halde de tasarının eski metnindeki hüküm gereken kusur bağlamında eksiklik içeriyordu. Bu hüküm İtalyan Hukuku'ndaki "*omicidio preterintenzionale (kastı aşan adam öldürme)*" ya da İngiliz Hukuku'ndaki "*felony-murder (bir başka suç işlenmesi sırasında ölüme sebebiyet verme durumuna)*" benzer bir durumu öngörüyordu.

138. madde, failin bir kişiyi öldürmek değil yaralamak kastıyla hareket ettiği ve buna rağmen yaralının öldüğü durumları düzenliyordu. 1. ve 2. fıkradaki durumlar adam öldürme olarak dikkate alınmış ve yalnız cezalar azaltılmıştı. Halbuki bu durumda faile adam yaralama suçunu isnat etmek -ki failin kastı budur- ve öngörülebilir neticeye (mağdurun ölmesi) göre cezayı ağırlaştırmak Kusur İlkesi'ne daha uygun olacaktı. Fail sadece neticeye nazaran, en azından taksirli hareket etmiş ise sorumlu tutulabilmeli idi. Yeni metin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamayı 90. madde ile düzenlerken, ölüm sonucunu göz önünde tutmayı gözden kaçırmıştır. Bu yanlışın düzeltilmesi gerekmektedir.

Eski metinde 140. madde ile öngörülen "*acıya son verme saiki*" hükmü memnuniyetle karşılanması gereken bir düzenleme idi ve en çağdaş kanunları yansıtmakta idi. Ötanazi saiki ile adam öldürmek failde şüphesiz daha düşük bir hukuka aykırılık bilincini yansıtır. Ancak yeni metinde böyle bir düzenlemeye rastalamamaktayız. Bunun nedeni anlaşılamamaktadır.

87. madde: İntihar

İntihar başlıklı hüküm bağlamında "*eğer karar verdirilen, kararı güçlendirilen ya da kendisine yardım edilen mağdur akli dengesi yerinde olmayan bir kimse ise ne olacaktır?*" sorusuna artık yanıt verilmiştir. Artık fail, böyle örnekler söz konusu olduğunda adam öldürmeden sorumlu tutulacaktır (Tasarı madde 84/4). Genel hükümlerde düzenlenmiş olan, dolayısı ile faillik müessesesi de bunu gerektirecektir.

97. madde: İşkence

Daha önce de belirtildiği gibi, işkencenin tam olarak ne anlama geldiğinin tanımının yapılması yararlı olacaktır. Gerçekten, Avrupa İnsan Hakları ve bazı Batı Avrupa ülkelerindeki uygulamaların gösterdiği gibi işkence, tanımsal olarak değişken bir özellik göstermekte ve daha önceleri “*insanlık dışı muamele*” ya da “*kötü muamele*” olarak görülen bazı fiiller gitgide işkence tanımına sokulmaktadır. Toplumlar geliştikçe işkence tanımının sınırlarının genişlediğine tanık olunmaktadır. Bu nedenle belirsizliği önlemek için işkence tanımının getirilmesi yararlı olur. Yine, kamu görevlisinin dışında kimseler tarafından yapılan işkence ve eza-cefa çektirme, kasten yaralama suçunun ağırlaştırıcı bir hali olarak öngörülmeyecekse, ayrıca suç olarak düzenlenmelidir. Yani, işkence suçu yalnızca “*bir suçun soruşturması*” halinde değil, her halde ve yaralama suçu da bu suçun şu anda öngörülmüş bulunan ağırlaştırıcı hallerinden farklı olarak cezalandırılabilir. Eğer suç soruşturması kapsamında olmayan işkence suçları “*işkence suçu*” olarak düzenlenmeyecek ise hiç olmazsa böyle haller müessir fiilin ağırlaştırıcı nedeni olarak kabul edilmelidir.

98. madde: Nitelikli İşkence

Bu bağlamda, “*neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar*” adı verilen cürümlerin örnekleri ile karşılaşmaktayız. Maddede gerçekleşen sonucun faille subjektif olarak isnadı konusu artık açıklığa kavuşmuştur ve bu durumda genel hükümlere göre kusurluluk aranacaktır (örneğin Alman Kanunu zaman zaman “*Leichtfertigkeit (umursamazlık)*” kuralını getirmiştir. Ancak işkence gibi ağır bir suçu ölüme sebebiyet verecek biçimde işleyen kimsenin de sonucu öngöremeyeceği bir hali tasavvur etmek zordur.

Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali

100. madde terk suçunu düzenlemektedir. Bu hüküm, İtalyan Kanunu’nun 593. maddesine dayanarak hazırlanmış olabilir. Hükümün, İtalyan uygulamasında sorunsuz uygulandığı söylenemez. Örneğin, failin bir kimseyi “*tehlike ile karşı karşıya kalan bir kimseye rastlama*” şartı kabul edilirse, B’nin bağırdığını duyan ancak onunla karşılaşmayan A’nın cezalandırılabilmesini imkansız kılacaktır. Başka kanunlar, hükümün telefon ya da diğer araçlar sayesinde kurtarma gereksiniminden haberdar olma hallerine de

teşmil etmektedirler. Öte yandan, verilecek ceza, “*kötü samaritan (bad Samaritan)*” adı verilen kimseleri hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırmak muhtemelen çok ağır olacağından pek uygun görünmemektedir.

Yine, 101. maddenin 2. fıkrası “*yardım etmekten kaçınmasa, sonucu önleyebilecek failin sonuçtan sorumlu tutulmasını gerektirecek midir?*” sorusunu akla gelmektedir. Neticede 101. madde de bir yasal yükümlülük getirmektedir ve ihmal suçlarında sonucu önleme yükümlüğü bulunan kimselerin önlememeleri halinde sonuçtan sorumlu tutulacakları esastır. Şüphesiz yardım etmeyen kimse çoğunlukla sonuç bakımından kasdi davranmayacaktır, ama acaba onu sonucu öngördüğü ya da öngörmesi gerekirken öngörmediği için sonuçtan (örneğin yardım etmediği kimsenin ölümünden) sorumlu tutacak mıyız? Tasarı ölüm halinde cezanın artırılmasını öngörerek bu soruya bir yanıt getirmiştir.

Cinsel Suçlar

Bu bölüm özel bir öneme sahiptir. Tasarı oluşturulmaya başlandığından beri yasal sistematik yerine bir türlü karar verilememiştir. Başlangıçta daha önlerde iken ve topluma karşı cürümlerden önce düzenlenmişken bir ara ileriye atılmıştı. Irza geçme cürmünün hakaret cürmünden daha ağır bir cürüm olduğu şüpheye yer bırakmayacak derecede açık olmasına karşın, bir önceki metin irza geçmeyi hakarettten dahi sonra düzenlenmişti. Bölümün başlığı da tartışmalı idi. Çoğu ülkede korunan hukuki değer “*cinsel bütünlük*” değil, “*cinsel özgürlük*”tür; ne yazık ki, bu bölümün bazı hükümlerinin içeriği bunun yalnızca terimsel bir sorun olmadığını göstermekte idi. Bu durum çağdaş Avrupa ölçütleri ile paralellik göstermiyordu. Yeni metin, cürüm kategorisini “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” olarak adlandırmıştır. Cinsel özgürlük terimi daha doğru da olsa dokunulmazlık kavramı da kabul edilebilir. Bu aşamada, özellikle çok tartışmalı bu bölümün yeniden sorunlu hale gelebileceğini göz önünde tutarak eski metnin genel bir değerlendirmesini yapıp sonra yeni metni gözden geçirmeyi uygun buluyoruz. Aşağıdaki açıklamalar TCK'nın alt komisyona inen ilk hali ile ilgili düzenlemeler bakımındandır. O bakımdan madde numaraları, alt komisyon değişikliklerini içermemektedir. Alt komisyonun 12.05.2004 tarihi itibarı ile yaptığı değişiklikler bu bölüm sonunda değerlendirilecektir.

315. madde: Zorla Irza Geçme

İlk fıkra iki farklı cürmü birleştirmektedir: Birincisi; güç, şiddet ya da tehditi öngörmekte ve mağdurun fiziksel bir hastalık ya da diğer nedenlerden ötürü direnç gösteremeyecek durumda olmasını aramamaktadır. Bizzat güç kullanımının, şiddet vesairesinin mağdurun direncini kırması aranmıştır. İkinci cürüm; failin güç kullanmasını ya da şiddet uygulamasını şart koşmamaktadır. Burada aranan mağdurun başka nedenlere dayanarak faile direnç göstermesinin mümkün olmamasıdır.

Her iki cürmün yarattığı karışıklık hiçbir biçimde pratik önemden yoksun değildir. Buna göre, klasik ırza geçme hallerinde dahi beraatle sonuçlanacak durumlar yaratılabilecektir. Aslen ırza geçme bir kimseyi 'rızası dışında' ya da fiile karşı koyamayacak bir halde iken cinsel ilişkiye cebir, şiddet, tehdit veya örneğin hile ya da benzeri sebeplerle zorlamadır. Avrupa ülkelerinin çoğunda ırza geçme böyle düzenlenmiştir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı bu noktada, özellikle araya *"veya kendi fiilinden başka bir nedenden...dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçen"* ibaresini sıkıştırmakla birçok ırza geçme fiilinin mağdurlarının ve genel olarak bireylerin cinsel özgürlüklerinin ihlaline yol açabilecektir. Bunun nedeni çağdaş dünyada *"kendi fiilinden başka bir nedenden dolayı"* fiile karşı koyamamanın değil *"genel olarak fiile karşı koyamamanın"* aranmasıdır. Bu noktada örneğin çok içki içen bir kimse de fiile karşı koyamayacak bir kimse olabilir ancak o kimse de *"rızası"* olup olmadığını faile pek açık biçimde bildirecek durumda olmayabilir. Bu örnekte, rızanın olmadığını failin anlaması gerekiyorsa, mağdurun kendi fiilinden dolayı karşı koyamayacak durumda olmasının önemi olmamalıdır. Kaldı ki *"karşı koyma"* direnme ve belirli bir şiddetli mukavemet gösterme anlamına alınacak olur ise *"razı olmama"* kavramından daha dar bir anlamı olacak ve bu durum ırza geçme fiillerinde *"aşırı korku ve yılma nedeni"* ile cinsel ilişkiye razı olan mağdurların durumunu iyice zorlaştıracaktır. Irza geçmenin zaten kriminolojide *"dark field (karanlıkta kalan suçlar)"* adı verilen alanı en fazla işgal eden suç tiplerinden olduğu göz önünde tutularak bir de bu cürmün yasal koşullarının iyiden iyiye daraltılması taraftarı değiliz.

Aynı kusur, örneğin tasaddiyi düzenleyen 317. madde ve insan kaçırmayı düzenleyen 325. madde gibi diğer maddelerde de söz konusudur.

315. maddenin 5. fıkrasında ırza geçmenin tanımı, İspanyol modeline göre biçimlendirilmiş görünmektedir: *"Irza geçme, hangi nitelikte olursa olsun*

bir kişiye cinsiyet organının ithalidir." Fıkra, her durumda kabul edilebilir bir fıkradır. Gerçekten ırza geçmenin cinsel bir suç olarak ve mağdurun rızası dışında failin cinsel organının mağdurun cinsel organına girmesi olarak tanımlanması uygundur. Bu tanım, ırza geçmenin tipik faillerinin ancak erkekler olmasını gerektirecektir. Maddeye göre bir erkeğin diğer bir erkeğin ırzına geçebilmesi de kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Hangi nitelikte olursa olsun cinsiyet organının ithali failin perspektifinden yapılmış bir tanımdır. Ancak cinsel organa ya da anal yollardan bir alet sokulması da fiilin kapsamı içine alınmalı idi.

Ancak sorun tanımla bitmemekte, deyim yerinde ise, asıl tanımla başlamaktadır. Buna göre, örneğin bir kadının diğer bir kadına ya da erkeğe karşı, herhangi bir aletin, mağdurun organına duhulünü sağlaması müessir fiil olarak kabul edilecektir. Bu tip bir cürmün ağırlığı karşısında, böyle fiillerin özel olarak düzenlenmesi düşünülebilirdi.

Küçüklerin ve Çocukların Rızası İle Irzına Geçme

Bu bağlamda da ülkemiz gelenekleri ile Avrupa anlayışı arasında bir çelişki vardır. Tasarı, cinsel ilişkiye rıza gösterebilme yaşını 18 olarak belirlemiştir. Bu durum, özellikle ikisi de onsekiz yaşından küçük ve ikisinin de rızası bulunan kimseler açısından sorun yaratabilecektir. En azından ikisi de reşit olmayanlar arasında erkek olan tarafı fail durumuna düşüren bu kural hafifletilmelidir. Bu bağlamda da erkeklerin özgürlüklerinin sınırlandırılması ile karşı karşıyayız. Gerçekten ikisi de eşit ruhsal ve bedensel durumda bulunan küçüklerden erkek olanı, sırf toplumun cinslerarası ilişki anlayışı farklı diye cezalandırmak ve yalnız, erkek olan tarafa son derece doğal ve insani bir ilişki biçiminde her türlü sorumluluğu yüklemek adil bir ceza hukuku siyaseti olarak görülmemelidir. Avrupa yasalarının çoğunluğu rıza yaşında daha düşük bir eşik belirlemişlerdir.

Zorla Irza Geçmeye Teşebbüs

Bu hüküm tartışmalıdır çünkü teşebbüse ilişkin genel hüküm (madde 37) cezalandırma düzeyi bakımından bir fark yaratılmak istenmiyorsa cezalandırma bakımından yeterli olmalıydı. Teşebbüse ilişkin genel düzenlemeler, ilke olarak bu suçlar için de aynı kalmalıdır.

Yine, 15 yaşını bitiren fakat 18 yaş altında olan küçüklere yönelik ırza geçmeye teşebbüs cezalandırılıyor mu, yoksa bu durum genel kurallara mı tabi oluyor sorusu da sorulmalıdır.

Bazı durumlarda suçun kovuşturulmasını mağdurun kararına bırakmak uygun olabilir. Öte yandan, mağdur failden korktuğu için veya benzer nedenlerle şikayetten vazgeçebilir. Bu nedenle, ırza geçme gibi ağır bir cürümde Savcılık, kamu menfaati gerektiriyorsa şikayet olmadan da suçu kovuşturma imkanına sahip olmalıdır.

Ortak Ağırlaştırıcı Nedenler

Sağlık kurumlarında, kolluk birimlerinde, cezaevlerinde çalışan bir görevli olma halinin açıkça cezanın ağırlaştırılması nedeni olarak belirtilmesi gayet yerindedir. Öte yandan, maddenin başında zikredilen nitelikleri taşımayan aile bireyleri veya hane halkı üyelerinin bu madde kapsamına alınmadığı görülmektedir. Oysa uygulamada erkek kardeşler, kayınbirader veya enişterin sıkça böyle suçların faili olduğu görülmektedir. Yürürlükteki Ceza Kanunu'na göre bu tür kimseler sıkça mağdur üzerinde otorite kuran ve tesir eden kişiler olarak cezalandırılmaktadırlar. Ne var ki, Tasarı'ya göre bu gibi kişiler, sözü edilen görevliler ya da "benzeri" kişiler olmak zorundadır ve artık aile bireyleri "benzeri" olarak kabul edilemeyebilir. Bu maddenin lafzının aile bireylerini kapsayacak şekilde yeniden gözden geçirilmesini önermekteyiz.

321. madde: Söz Atma, Sarkıntılık, Cinsel Taciz

1. fıkra bağlamında uygunsuz sözler Türk adetlerine nazaran anlaşılabilir, ancak böyle fiiller diğer Avrupa yasaları tarafından nadir olarak cezalandırılmaktadır. Bu tip davranışlar için hürriyeti bağlayıcı cezanın kaldırılması ya da tekerrür halinde söz konusu olması önerilmelidir.

Sarkıntılık ile tasaddi fiillerinin ayırımının uygulamada da çok kolay olmadığı gözetilerek 2. fıkra için bir tanım getirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

325. madde bağlamında kriminolojik bir saptama olarak kaçırma ve alıkoyma durumlarında, eylemin mağdurun rızasıyla olup olmadığının genellikle açık olmadığını belirtmek gerekir. Bu yüzden soruşturma ve

kovuşturmanın mağdurun şikayetine bağlı kılınması kabul edilebilir. En önemli sorun, böyle durumlarda, mağdurun kendi özgür iradesiyle mi, baskı altında mı şikayetten vazgeçtiğidir. Burada mağdurun kovuşturmanın başından beri dinlenerek sürece katılması gerekmektedir.

Yine evli kimsenin kaçırılması halinde bekarlara oranla daha fazla bir cezanın öngörülmesi de Avrupa ölçütleri ile paralel değildir. Bu cürümlerle ihlal edilen değer özgürlüktür ve evlinin özgürlüğü bekarlara nazaran daha değerli kabul edilememelidir. Kaldı ki toplumumuzda, özellikle kırsal kesimde, başkasını "seven" ya da başkası ile nişanlı ya da evlenmek üzere olan mağdurların da sırf hem mağdurun hem de sevdiğinin beraber olma direncini kırmak ve özellikle mağdurun sözlüsünün, mağdur ile "kaçırıldığı için artık evlenmek istemeyeceğini" hesap ederek kaçırılması fiilleri de çok yaygındır.

327. madde ile öngörülen hüküm; kaçırılan ya da alıkonularla evlenme halinde, kamu davasının ya da hükmün çektirilmesinin ertelenmesi, eğer kaçırma veya alıkoyma neticesinde ırza geçme gerçekleşmemişse bir dereceye kadar anlaşılabilir ancak aynı hükmün ırza geçme hallerinde de uygulama alanı bulmasına izin verilmesi hiçbir çağdaş düzenlemede görülmeyen bir anlayışı yansıtmaktadır. Üstelik bu hüküm 315. ve 318. maddeler çerçevesinde, yani nerede ise çocukların ırzına geçilmesi halinde de uygulanabilecektir. Üstelik 316. maddenin 2. fıkrası bağlamı düşünüldüğünde akla "on beş yaşını bitirmeyen bir kimse evlenmeye nasıl rıza gösterebilir?" ya da "bu hüküm ilgili temel Medeni Kanun hükümlerinin ilgası anlamına mı gelecektir?" sorularına yol açabilir. Şüphesiz on sekiz yaşını bitirmeyen bir küçük söz konusu olduğunda da mağdurun ırzına geçen kimse ile evlenmeye gösterdiği rızanın gerçek ve sağlıklı olup olmadığı tartışmalı olacaktır. Uygulamada büyük olasılıkla ailesinin ve yine "töre"lerin zorlaması ile çocuk, evlenmeye ve bu yolla "ailesinin ve kendisinin namusunu kurtarmaya" zorlanacak, ırza geçme fiilinin yol açtığı travma ve evlenmeye zorlanıp hayatının baharında başkalarının iradesine tabi olmanın yarattığı buhran ile hiç kimse ilgilenmeyecektir. Böyle bir hükmü çağdaş dünyadaki düzenlemeler ile karşılaştırmaya kalkmak bile gülünç olacaktır.

Yine küçük olmasa da bir kimsenin ırzına cebir, şiddet ve tehdit ile geçen bir kimse ile evlenmesi halinde failin cezasızlığının kabul edilmesi çok sakıncalı bir durumdur. Çağdaş dünyada ırza geçmenin "aile düzenine ve adaba karşı bir cürüm" olarak değil kişi özgürlüğünün bir parçası olan 'cinsel özgürlük' aleyhine bir suç olarak kabul edildiği hatırlatılacak olursa

bu görüşümüzün nedeni anlaşılır. Çünkü suç aile düzenine karşı kabul edilirse evlenme belki yaralanan hukuki değeri tamir edebilir, ancak yaralanan hürriyetin hiçbir evlenme ile tamir edilemeyeceği açıktır.

Bundan daha da problemlili olan düzenleme cezasızlığın şeriklere de sirayet etmesidir. Böyle bir hüküm genel olarak kabul görmeyecek bir hükümse de bu çerçevede hiç olmazsa fer'i maddi ya da asli manevi şeriklerin yani, ırza geçmeyi doğrudan gerçekleştirmeyenlerin cezasızlığı kabul edilmeliydi. Anglo-Amerikan sisteminde "gang-rape" adı verilen bu fiiller barbar koşullarda işlenebilmektedir. Böyle koşullar altında ırzına topluca geçilen bir mağdurun Ceza Kanunu eliyle faillerden biri ile evlenmesinin teşvik edilmesi, çağdaş dünyada hiçbir sistemde anlaşılamayacak bir durumdur. Biz bugün İran Ceza Kanunu'nda zina yapanların (ki o sistemde zina bizim anladığımız anlamda değil, reşit de olsalar evli olmayan iki kişi arasındaki cinsel ilişkiyi de kapsayacak derecede geniş anlaşılmaktadır) taşlanarak öldürülmesi gibi bir cezanın uygulamada çok nadir gerçekleşse de Ceza Kanunu'nda yer almasını eleştirirken, bir batı Avrupalı da bizim bu düzenlememizi aynı mentalitede görüp eleştirebilir. Türkiye, çağdaş, demokrasi ve insan haklarına dayalı bir Avrupa ülkesi ise topluca ırza geçmenin faillerini evlenmeye dayalı olarak cezadan kurtaran bir sistem olmamalıdır.

Irza geçme cürümlerinin kriminolojisi daha iyi bilirse idi, bu düzenleme belki daha doğru yapılabilirdi. Ancak kriminolojik verilerin eksikliği karşısında farklı görüşleri daha sağlam dayanaklara sahip olarak tartışabilmek olanağından yoksunuz. Bu noktada yasa koyucudan beklenen, sosyolojik araştırmalar yaptırıp, cürmün esasını, fail ve mağdurların konumunu, saikleri, mağdurlarda ve toplumda yaratılan etkiyi tartıp biçmek olmalıdır. Yalnızca Türk toplumunun ırzına geçilen kızın ya da kadının "artık evlenemeyeceğine" inandığı biçimindeki ispatlanamamış bir önyargı bu düzenlemenin gerekçesi olamamalıdır. Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ve türban giyen öğretmenlere hizmeti yasaklayan bir eyalet uygulamasını değerlendirirken bir anket çalıştırması yaptırması ve Almanya'da yaşayan kimselerden türban takanların bunu neden yaptıklarını kriminolojik olarak saptaması durumu bir örnek oluşturmamalıdır. Gerçekten, Türk toplumunun çoğu zaman yalnızca sınırlı bazı bölgelerinde geçerli olan "töre, gelenek ve anlayışlar" haddinden fazla genelleştirilerek toplumun geniş kesimlerinin anlayışı gibi sunulmaya çalışılmaktadır. Böyle bir yaklaşımın son derece tehlikeli olduğu fikrindeyiz.

Bu açıklamalar ışığında, 12.05.2004 itibarı ile benimsenen yeni metin değerlendirilecek olursa; olumlu değerlendirilmesi gereken ilk noktanın, cinsel suçların cinsel dokunulmazlık ihlalleri olarak kişiler aleyhine suçlar bölümünde, sistematik olarak, hakettikleri sırada yer almalıdır.

105. madde cinsel saldırı suçunu düzenlemekte ve bu suçu çağdaş anlayışa uygun olarak kabul etmiş bulunmakta; tasaddi ile ırza geçme ayırımını kaldırmakta ve ırza geçmeyi çağdaş olarak vücuda organ veya sair bir cisim sokmak anlamında kabul etmektedir. Irza geçmeyi, eski tasaddinin bir halinin düzenlendiği birinci fıkradan sonraki fıkrada, cinsel saldırı fiilinin ağırlaştırıcı hali olarak düzenlemekte ve eşler arasında ırza geçmeyi de cezalandırmaya tabi tutmaktadır. Bu düzenleme takdirle karşılanması gereken, çağdaş ve uygar bir ülkenin layık olduğu bir cinsel ceza hukuğu'nu ihdas eden bir düzenlemedir. Ancak kanunilik ilkesi bakımından yeni kavramların açıklıkla tanımlanması gerekir. Yine, ağırlaştırıcı neden olarak öngörülen *"suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hali"* yerine *"suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının belirli bir süre veya kalıcı bozulması"* getirilmelidir. Çünkü zaten her cinsel saldırı beden ve ruh sağlığının bozulmasına yol açacaktır.

Yine 106. madde ile çocukların cinsel istismarının düzenlenmesi son derece olumlu bir gelişmedir. Cinsel tacizin ayrıca düzenlenmiş olması da istenen bir değişikliktir.

Yukarıda, önceki metinle ilgili olarak yaptığımız tüm eleştirileri düşünmüş gibi komisyon, artık, ırza geçmede *"evlenme"* yolu ile cezasızlığı kaldırmış, şehvet hissi ile kaçırılmayı da bir hürriyeti tahdit hali olarak görmüş ve saikin cezalandırmada şiddet sebebi sayılmasını öngörmüştür. Bu düzenlemeler, gerçekten ileri, çağdaş ve istenen düzenlemelerdir. Türk ceza hukukçusu bunların bu halde sürdürülmesi ve daha yetkin hale gelmesi için kuramsal çabalarını devama ettirmelidir.

Aynı şekilde, son derece ileri bir anlayış içinde araya *"veya kendi fiilinden başka bir nedenden...dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçen"* ibaresi sıkıştırılmaktan vazgeçilmiş ve ırza geçme gereken ölçüde cezalandırılabilir hale gelmiştir.

Yine çocuklara karşı yapılan cinsel davranışlar, rızaya dayalı olsun olmasın, ayrıca cezalandırılabilir hale gelmiştir (Tasarı mad. 106, mad. 107). Sırası gelmişken belirtilmesi gereken, artık Tasarı'nın çok yakın akrabalar arasında cinsel ilişki (ensest) fiillerini de cezalandırmış bulunduğudur

(Tasarı m. 106/3). Ensest toplumumuzda bir tabu olsa da ve böyle fiillerin işlenebileceği tahayyül dahi edilemese bile, toplumsal gerçeklik böyle değildir. Ensest, özellikle “saptırılmış rıza”, “baskı altında razı olma” hallerini içerecek biçimde yaygındır ve bu fiillerin gerçek mağdurları normalde suskun kalmaktadır. Zaten karanlıkta kalan böyle ağır cürümleri bir de cezasız bırakmanın yanlış olduğunu düşünüyoruz. Ancak 306. maddenin 2. fıkrası ile 107. maddenin 1. fıkrası aynı şeyi düzenlemiyorsa, farkları nedir anlaşılmamaktadır.⁵⁸ 107. maddede belirtilen “cinsel ilişki” nedir, 106. maddenin 2. fıkrasında belirtilen “cinsel istismarın, vücuda organ sokulması” nedir anlaşılmamaktadır.

Henüz üzerinde uzlaşmaya varılamayan bir konu, reşit olmayanların cinsel ilişkisidir. Ancak 107. madde reşit olmayanların cinsel ilişkisini düzenlemek yerine, reşit olmayanla cinsel ilişkiyi düzenlemiştir. Bu durumun üzerinde düzenleme yapılması gereken ayrı bir sorun olduğu gerçeğinin saptanmış olması dahi, Alt Komisyon’dan çıkan metnin çağdaş bir metin olabileceği konusunda bazı işaretler vermektedir. 107. maddenin 2. fıkrasındaki üç yaş farkının hangi halleri kapsadığı açık değildir.

228. madde: Müstehcenlik

Bu hüküm genel olarak anlaşılabilir fakat diğer Avrupa ülkelerinin yasalarının cezalandırmadığı fiilleri cezalandıracak ölçüde çok geniş bir kapsama sahiptir. Öte yandan, böyle fiillerle daha etkili bir mücadele hedefleniyorsa, internet ve diğer medya da radyo ve televizyonun yanında sayılmalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müstehcenlikle ilgili kararlarında ülkelere geniş bir takdir yetkisi tanımış olmakla birlikte, özü itibarı ile sanatsal nitelikteki etkinliklerin ceza kovuşturmasına maruz kalması hallerinde ihlal görebilir. Bu bağlamda; hakaret, müstehcen ifadeler ve benzerleri için bir genel hukuka uygunluk nedeni olarak failin saikinin haber yapma, bilimsel, sanatsal, eğitsel vb. açıklamalar olması kabul edilebilir. Alman Ceza Kanunu’nun 163. maddesinde böyle bir genel hukuka uygunluk nedeni

⁵⁸ Bu konuda uyarılar üzerine, Alt Komisyon üyeleri bu iki durum arasında fark bulunduğunu belirtmiş olsalar da maddelerin lafzı tam olarak anlaşılmamaktadır (Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” konulu Podyum Tartışması, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu).

mevcuttur ve uygulanması ifade özgürlüğünün potansiyel ihlallerini büyük ölçüde önlemektedir. Yine, hem sanatçılara hem de yargıçlara yol göstermek için yasanın, müstehcenliğin uygulama tanımını getirmesi önemlidir. "Korumaya değer" kültürel veya bilimsel değerdeki konular madde kapsamı dışına çıkarılmıştır ancak müstehcen nedir ve sanattan ya da kamu menfaati amacı ile yayınlanmış diğer konulardan farkı nedir sorusuna da net bir yanıt verebilmek gerekmektedir. Tanımın, bu konuları görmek ya da duymak durumunda olacakların hassasiyetleri ve bunlarla nerede ve nasıl karşılaşacakları sorularını da hesaba katması gerekir. Ahlakı kötü etkileme, sapkınlığa itme gibi birtakım ölçütler getirilerek tanım sınırları daraltılabilir kanısındayız.

Hürriyete Karşı Suçlar

Bu bölüm önemli değişiklikler içermektedir. Her şeyden önce tehdit, cebir, şantaj ve hürriyeti tahdit suçlarında uygulamada ortaya çıkan tartışmalı durumlar; örneğin bu suçlarla birlikte yaralama vesaire suçlar işlenmesi halinde içtima sorununun nasıl çözüleceği gibi sorunlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. 109. madde ilgili Alman düzenlemesine⁵⁹ paralel olarak, tehditte "ağır zarar" bildirimini gibi muğlak bir tabir yerine hayat, vücut bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığa yönelik, bütünü itibarı ile "cürüm" teşkil edecek zarar bildirimini getirmiştir. Yine, Yargıtay'ın yalnızca hayata yönelik tehdidi ağır zarar olarak kabul etmesi ve diğer zararları sair tehdidattan sayması uygulamasının yanlışlığı giderilmeye çalışılmıştır. Malvarlığı itibarıyla büyük zarar kavramının da eklenmesi, maddenin belirliliğine hizmet edecek olumlu bir yaklaşımdır.

110. madde ile gelen şantaj hükmü de çağdaş düzenlemelere paralel olarak yalnızca bir hususu açıklama ve bunun da parasal menfaate bağlanması gibi fiilleri değil, kavramın tüm kuramsal açılımını hükme bağlamış görünmektedir. Gerçekten şantaj suçunun, (TCK mad. 192) aslen şartlı tehdidin de unsurlarını soyut düzeyde içeren bir suç olduğu söylenebilir. Bu itibarla, kavramsal açılımda tehdit, cebir ve şantajın birbirlerinden ayrılacak biçimde düzenlenmesi olumlu olmuştur.

117. madde "kişilerin siyasal haklarını kullanmalarını engelleme" fiillerini, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilen bir suç olarak

⁵⁹ Alman Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi bir "cürümden" söz etmektedir.

belirlemektedir. Bu suç eski metinde “bir gösteri düzenleyerek ya da gürültü çıkararak...” da işlenebilecek idi. Gösteri düzenlemek AİHS’nin 10. madde ile güvence altına aldığı bir haktır. Bu nedenle eski 193. madde oldukça geniş düzenlenmiş bir madde olarak göze çarpmakta idi. Bu suç tipi, bir parlamento binasına yakın bir yerde ya da seçim kampanyası çerçevesinde barışçı bir gösteride bulunmayı cezalandırabilecek bir düzenleme içermekte idi. “Siyasal haklar” kavramının çok geniş yorumlanması tehlikesi de mevcuttu. Bu bağlamda cezai kovuşturma 10. ve 11. maddelerin (toplanma ve dernek kurma özgürlüğü) koruma altına aldığı haklara bir ihlal teşkil edebilirdi. Yeni metinde cebir veya tehdit kullanma şartı aranmıştır. Belirli ve açıkça tanımlanmış suç tipi olarak norm meşru bir hale gelmiştir.

Şerefe Karşı Suçlar

127.-134. maddeler Batı Avrupa uygulamasında son derece sınırlanmış ve Anglo-Amerikan dünyasında bir haksız fiil olarak kabul edilip ABD Yüksek Mahkemesi’nin “Garrison v. Louisiana”⁶⁰ kararı ile tümü ile suç olmaktan çıkarılmış hakaret suçunu ihdas etmektedir.⁶¹

Hakaret suçu nedeniyle yapılan cezai kovuşturmadan dolayı, özellikle gazetecilerle ilgili olarak, potansiyel 10. madde ihlallerini gösteren çok sayıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı söz konusudur. Gerçekten hakaret cürmü, son derece hassas bir denge üzerine oturması gereken ve özellikle düşünce özgürlüğü bakımından sınırları iyice çizilmesi gereken bir suçtur.

AİHM’nin hakaret ve düşünce özgürlüğü çizgisinde verdiği kararlardan en çok zikredileni “Lingens” davasında verilen karardır. “Kamu menfaatleri” söz konusu olduğunda durumun daha da ciddi olduğuna, bu bağlam içinde işaret edilmiştir. Mahkemeye göre, kamu menfaati bağlamı dışında dahi ancak en “zarar verici ve kötü niyetli hakaret”, 10. maddenin koruma altına aldığı hakkı riske atmadan, cezai kovuşturmaya maruz kalabilmelidir.

⁶⁰ 379 U.S. 64, 69 (1964).

⁶¹ Almanya’da da hakaretin artık suç olmaktan çıkarılmasını savunan yazarlar mevcuttur. Onlar da savlarını Amerikan öğretisi ve içtihatlarına dayandırmaktadırlar: Kubiciel, Michael; Winter, Thomas: *Globalisierungsfloten und Strafbarkeitsinseln – Ein Plädoyer für die Abschaffung des strafrechtlichen Ehrenschatzes*, in: ZStW 113 (2001), s. 330.

İlk olarak, hakaret oluşturan bir madde mahsusa iddiasının (somut bir vakianın, bir fiil veya olgu iddiasının) gerekmesi önemli bir sınırlamadır. Vakıa isnadı olmayan fikirlerin açıklanmasının, eğer sövme oluşturmuyorsa, ceza takibatına maruz bırakılması önemli bir risktir. Samimiyetle yapılmışsa fikirlerin açıklanması 10. maddeye göre daha yoğun bir koruma gerecektir. Tasarının, vakıa ve fikirlerin açıklanması arasındaki ayrımı daha açık vurgulaması ve özellikle basın aracı ya da kamusal menfaat söz konusu olduğunda “*kötü niyet olmaması*” gibi bir mazeret sebebinin kabulünün gerektiği kanısındayız. Gerçekten dinamik basın görevi, kamuoyunun aydınlatılmasında, halin icabı dahilinde “*hızlı*” hareket edilmesini gerektirmektedir. Basının aydınlatma görevi, özellikle “*güncellik*” zorunluluğu içinde hayli zorlaşmaktadır. Bu nedenle basın söz konusu olduğunda kabul edilecek bir “*kötü niyet*” unsuru, haksız cezalandırmaların önüne geçebilecektir.

129. madde, isnat edilen madde mahsusa olarak (vakıa olarak) hakaretimiz ifadeler söz konusu olduğunda, sanığın iddiasını ispat hakkını sınırlamaktadır. Şüphesiz bir vakıa gibi görünen iddia sövme amaçlı da olabilir (eskiden fahişelik yapmış kimse ile ilgili olarak, artık böyle bir işi bırakmış olması halinde dahi eski yaşam hikayesini tekrar tekrar ortaya sermek sövme amaçlı hakarete bir örnektir). Aslen, sanığın ilkesel olarak gerçeği ispat etme yolunda uygun bir fırsatı olmalıdır. Bu hakkı kabul edildiğinde, kendisine karşı açılan davada beraate götürmesi gereken bir mazeret sebebi, “*hukuka uygunluk sebebi*” teşkil etmelidir. Ceza verilmez ifadesi, gerçeği ispatın bir hukuka uygunluk sebebi olmadığına işaret olarak kabul edilebilir.

Hakaret nedeniyle açılan medeni tazminat davalarında verilen kararlar dahi AİHS'nin 10. maddesinin önemli sınırlamalarına tabi tutulabilmektedir. ABD'de “*Garrison v. Louisiana*” davası, hakaretin Ceza Kanunu yoluyla müdahale edilmesi gereken bir “*kötülük*” olmadığına işaret etmiştir. Bu bağlamda yine “*Castells v Spain*” (1992) davasında varılan karar vurgulanmalıdır. Her durumda 195. maddenin etkisinin, gerçeğin ispatını gayri adil bir biçimde sınırlama olduğu hallerde AİHS'in 10. maddesi ile 6. maddenin, Adil Yargılanma İlkesi'nin güvence altına aldığı hakların bir ihlali söz konusu olacaktır. Bu durum ispat “*istemi*” bütünüyle reddedildiğinde ya da kısa bir süre olan on beş günün sanığın aleyhine işleyen bir delil ikamesi sınırlaması oluşturması nedeniyle gerçekleşebilir.

Şüphesiz, hakareti bütünü ile suç olmaktan çıkarmak, ülkemiz açısından şu aşamada pek de savunulacak bir anlayış olmasa gerek. Hakaret, kişinin şerefini zedelemekte, kimi zaman toplumsal varlığını, ekonomik olanaklarını sıfır noktasına indirgeyebilmektedir. Ancak, en azından siyasetçiler, kamu görevlileri, kamuya kendi isteği ile malolmuş kimseler ya da kamusal bir mesele ile ilgili tartışmalar bakımından cezasızlık ölçülerinin ve gerçeğin ispatı müessesesinin daha esnek kabul edilmesi önerilebilir. Yine bilimsel ve sanatsal ifadeler için genel bir hukuka uygunluk nedeni bu bölümde de getirilmelidir. Kamu görevlisine karşı hakaret, özellikle kamuoyunu ilgilendiren konularla ilgili ise artırıcı neden değil tam tersi olarak ceza indirim nedeni olarak kabul edilmelidir kanısındayız.

127., 128. ve 129. maddelerle öngörülen hükümler bu bağlam içinde birlikte okunması gereken AİHM'in 10. maddesi ile ve 6. maddesinin 1. fıkrası (adil yargılanma hakkı) ile koruma altına alınan hakları pek göz önüne almamaktadır. Basının, adil ve doğru bir haberle kamuya açık yargılamanın konusunu oluşturan hakaret iddialarını tekrar etme serbestisi olmalıdır. Bu serbesti, mahkemede kendilerine atıfta bulunulan ya da açıkça okunan belgeleri de içermelidir. Bu, basının kamuyu haberdar etme yükümlülüğünün de önemli bir bölümüdür. Adliye muhabirliği, adil yargılanma hakkının önemli bir görünümünü oluşturmaktadır. "*Axen v. Germany*" (1983) davası bu gerçeği kabul etmiştir.

AİHS'in 10. maddesinin 2. fıkrasına göre hakareti müeyyide altına alan yasalar "*başkalarının ününün ya da haklarının korunması*" amacı ile sınırlandırılabilir. Bir ticaret şirketi, tanınması gereken bir ticari üne sahip olabilir ve kendi ününe haksız saldırılardan zarar görmeden, meşru ticari kazanç sağlama hakkına sahiptir. Öte yandan siyasal görev yapan kuruluşlara yapılan sözlü saldırılardan dolayı cezai takibata maruz kalma halinde, yukarıdaki amaçları ortaya koyabilmek de kolay değildir. Özellikle "*kamu kuruluşları*" söz konusu olduğunda, ne gibi meşru bir ün ya da hakkın söz konusu olduğunu söylemek zordur.

Genel olarak hakaret cürmünü düzenleyen maddelere göre açılacak takibatta, ileri sürülebilecek mazeret sebeplerinin kapsamı son derece sınırlıdır. Buna karşın 131. maddeye göre sanık "*haksız bir fiile*" cevaben fiili işlediğini gösterebilirse ceza indirilebilecektir. AİHM vakıalara ilişkin hata yapılması halinde de, eğer açıklamalar iyi niyetle yapılmışsa, 10. maddenin koruma altına aldığı hakları korumaktadır. Bu durum, özellikle süregelen bir tartışmada "*karşı saldırı*" meşru hakkının tanındığı basın ve kamu men-

faati bağlamında geçerlidir. “*Begens Tidende v Norway*” (Mayıs 2000) davası bu anlayışı yansıtmaktadır. Bu ilkelerin yasada çok açık mazeret sebepleri olarak yansıtılması taraftarıyız.

Elektronik posta (e-mail) mektuplarının, 127. maddede sayılan belge kataloguna “açıkça” eklenmesi faydalı olur.

127. maddenin üçüncü fıkrasının b bendi; bir kimsenin vicdan, dinsel inanç ve kanaat hürriyetini kullanmasından veya mensup olduğu dinin emirlerini yerine getirmesinden dolayı tahkir edilmesi suçunu ihdas etmiştir.

4. fıkra bu fiillerin basın ya da yayın yoluyla işlenmesi halinde verilecek cezayı bir katına çıkarmaktadır.

3. fıkranın b ve c bentleri, Anglo-Amerikan dünyasında ve Kıta Avrupası'nın büyük bir bölümünde artık suç olmaktan çıkan “*blasphemy*” yani, dini değerlerin kendilerinin tahkirinin cezalandırılmasını içeren suçtan ileri gitmektedir. Hüküm bir kimseyi, örneğin hem bir dini değerleri savunup hem de onlara göre yaşamaması nedeniyle eleştirenlere karşı da uygulanabilir. Bu konuşmacının ya da yazarın AİHS'in 10. maddesinden doğan haklarını ihlal edebilecek nitelikte bir düzenlemedir. Yine, ülkemizde süregelen türban tartışmaları bağlamında da ihtilaf yaratabilecek bir hükümdür.

Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar

Mahrem ve özel yaşam alanlarına saldırıları düzenleyen bir bölüm kabul edilmesi çok çağdaş ve yerinde bir yaklaşımdır. Ancak 134.-142. maddelerle getirilen hükümler, özel hayatın korunması, bazı durumlarda, 10. maddenin koruma altına aldığı ifade özgürlüğü ile çatışabilir. Bu çatışmayı doğal karşılamak ve haklar dengesini iyi kurmak gerekmektedir. Özellikle, çatışmalar “*gazetecilerin kamu menfaati adına özel etkinlikleri araştırıldığı durumlarda*” söz konusu olabilir. Bazı hallerde basının oldukça sert cezalara maruz bırakılması belki de Türk toplumunda, son on beş yıldır bu alanda yaşanan bazı sorunlara bir tepkidir. Örneğin, özel yerlerde izleme ve telefonla kaydetme ya da fotoğraf çekilmesi hallerinde uygulanabilecek cezalar oldukça ağırdır. Eğer kamu menfaati mülahazası bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaz ise, bu bağlamda AİHS'nin 10. maddenin ihlal edilmesi tehlikesi ve özgürlükler üzerinde, daha işin başında bir “*dondurucu etki (chilling effect)*” yaratılması söz konusudur.

Yine belirtilmesi gereken, “*paparazzi*” adı verilen basın işçilerinin çok zor koşullar altında ve baskı altında çalıştıkları ve birtakım bilgileri elde etmeye nerede ise zorlandığı gerçeğidir. Özel hayata tecavüz etme fiillerini cezalandırırken bu kriminolojik gerçek unutulmamalıdır. Bu bağlamda, meşru sınırları içinde tespit edilecek cezanın fiillere izin verme, onları denetleme ve yayınlama yetkisi bulunan kimselere de özellikle fiili öngörmüş olmaları ya da öngörmelerinin gerekmesi halinde teşmil edilmesi taraftarıyız. Çoğu zaman özel kuruluşlarda çalışanlar da bazı gayrimeşru fiilleri, şeflerinin azmettirme, teşvik ve tahriki ile işleyebilirler. Bu durum, yetkili merciin emrini ifaya benzer bir kriminolojik gerçeği özel kuruluşlar açısından yaratmaktadır. Şüphesiz Kamu Hukuku emirleri ile Özel Hukuk ilişkisi içindeki, patron-işçi ilişkisi çok farklıdır ancak ülkemiz gerçeği suç işlemeye itilen işçilerin durumunu da gözetmelidir. Bu bağlamda Alman Ceza Kanunu’nun 14. maddesi (“*Handeln für einen anderen*”) gibi bir maddenin gerekip gerekmediği tartışılmalıdır.⁶² Yeri olmasa da bu bölümü paralel bir örnek ile kapatalım; şüphesiz sigortasız çalışmayı müeyyide almak sigorta yapılmasını sağlama yolunda bir yol olabilir, ancak sigortasız işçi çalıştırmayı yasaklayıp etkili biçimde uygulamanın daha makul olduğu da gerçektir.

Eski metinde 188. madde “*eğer belirli bir zarara yol açma olasılığı meydana gelirse*” belirli yazıların alıcısı tarafından yayınlanması ya da içeriğinin açıklanmasını cezalandırmaktadır. Her şeyden önce bu hükmün soyuta yakın bir tehlike suçu olarak değil somut tehlike suçu olarak düzenlenmesinde büyük yarar olacağı söylenebilirdi. Yeni metin bu şartı dahi kaldırmış görünmektedir. Her koşulda 135, 136 ve 137. maddeler bağlamında “*zarar*” şartının öngörülmesi gerekmektedir.

Böyle düzenlemeler bazı Avrupa ülkelerinde kabul edilmiş olsa da (örneğin Almanya’da) belirli sınırlara tabiidir. Her şeyden önce alıcının, aldığı metinleri yayımlaması AİHM’nin 10. maddesi ile korunan haklarının kullanımını oluşturabilir. Bu bakımdan sınırlanması gereken ölçü de sınırlandırılmalıdır. Öncelikle, maddenin kendisine “*gizli tutulmak kaydı ile gönderilen*” ibaresini eklemesi savunulabilir. Çünkü cezai norm AİHM’in 10. maddenin 2. fıkrasına nazaran meşru olarak gösterilebilmelidir. Eğer

⁶² Maiwald, böyle bir maddenin her ceza yasasında bulunması gerektiğini belirtmektedir (Maiwald, “*Handeln und Unterlassen-Handeln für einen anderen*”, in: *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler/Diskussionsbeiträge zum Entwurf des Türkischen Strafgesetzbuches*, Konya 1998, S. 143158, Cumhur Şahin’in çev. a.g.y., s. 159-174.

iletişim yüksek derecede gizli ya da mahrem nitelikte ise ve alıcının onu yayınlamayacağı anlayışı içinde gönderilmişse bir müeyyide kabul edilebilir.

Aslen, bu bölümde yer alan bazı müeyyidelerin para cezası niteliğinde olması ve somut zararların da medeni hukuk yaptırımları ile giderilmesi daha iyi olurdu. Diğer bazı hallerde, AİHM'nin 10. maddesinin 2. fıkrası düzenlemesi karşısında, müdahalelerin nasıl meşru kılınabileceği sorusu ortaya atılabilir. Bir örnek, gönderenin ciddi bir hukuka aykırı fiilini içeren bir mektubunun alıcı tarafından bir gazeteciye açıklanması durumudur. Açıklama, gönderenin ününü sarsabilecektir ancak kamu menfaati mülhazası karşısında meşru görülebilmelidir.

Şüphesiz, hayatın mahrem kısmına ve özel hayata aykırı fiiller arasında bir ayrıma gidip, birinci grup için daha yoğun bir koruma getirmemek de isabetsizdir. Bu alanda mahrem kısım daha önemle vurgulanmalıdır. "Mahrem kısım" ile "özel yaşam alanı" tanımlanıp kavramsal alanları birbirinden ayrılmalıdır.

Dokuzuncu bölüm yalnızca toplumumuzu değil, başka çağdaş toplumları da kısılcasına alan bir "voyeurism" hastalığına karşı gereken bir normlar sistemidir. Sınırları biraz daha iyi belirlenirse, bireylerin özel hayat değerlerinin romantik dönemden kalma bir değer olmadığını ve korunmalarının bugün son derece acil hale geldiğini vurgulayabilir.

Her koşulda 134. maddenin 2. fıkrasında öngörülen "hukuka aykırı olarak" ifadesi 135, 136 ve 137. maddelere de taşınmalıdır.

Yine basın kuruluşları için, kişisel bilgilerin korunmasını düzenleyen hükümler de dikkatle gözden geçirilmelidir. Basın her zaman enformasyon teknolojisini ya da birtakım manuel sistemleri bir şekilde kullanmaktadır. Bunlar kişisel bilgileri de içerebilir ve bu sistemler bilgi işlem sistemleri olarak kabul edilebilir. Kişisel veri ibaresi yerine, en azından mahrem ya da tümü ile şahsı ilgilendiren, dar anlamda özel hayata ilişkin veriler ibaresi tercih edilebilirdi. Bu bakımdan, bu hükümlerin meşru gazetecilik etkinliği lehinde birtakım istisnaları olmalıdır.

Malvarlığına Karşı Suçlar

Eski metinde yer alan 214. madde "taksirle maddi zarara yol açmak" fiilini düzenliyordu. Yürürlükteki Ceza Kanunu'nda ve Avrupa'nın diğer

ülkelerinde, cezai müeyyideye tabi tutulabilecek maddi zarara yol açma kasdi olmalıdır; çünkü taksirli maddi zarara yol açma, yalnızca Medeni Hukuk bakımından bir haksız fiildir. Gerçekten bu bağlamda “*taksir sonucu mala zarar verilmesinin cezalandırılması gerekir mi?*” sorusu akla gelmektedir. Hüküm, “*ultima ratio (ceza hukukuna son çare olarak başvurulması)*” ilkesinin ihlaline yol açabilecekti. Kanımızca taksirle mala zarar verme hallerinde mağdura, Medeni Kanun’a göre tazminat talep etme olanağı verilmesi yeterli bir müeyyide olmalıdır. Bu bakımdan yeni metnin bu hükmü kaldırması olumludur.

220. maddenin öngördüğü nitelikli dolandırıcılık hükümlerinde Avrupa kurumlarına ya da diğer uluslararası örgütler aleyhine işlenecek dolandırıcılığı cezai müeyyide altına almak için özel bir fıkra ya da madde eklenmelidir.

3. Kısım: Toplum Karşı Suçlar

Kamunun Sağlığı Aleyhine Cürümler

191. ve 192. maddeler: Uyuşturucu Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Kullanma

192. maddenin 1. fıkrası hükmü, uyuşturucu kullanımı için satın almayı cezalandırmaktadır. Avrupa ülkelerinin çoğunda basit bulundurma ya da kullanma fiilleri normal olarak cezalandırılmamaktadır. Ülkemizin uyuşturucu ile ilgili olarak “*sıfır hoşgörü*” stratejisini uygulaması doğal karşılanmalıdır. Ancak, uyuşturucu kullanmak için satın almayı cezalandırmanın etkili bir hüküm olup olamayacağına da daha etraflı tartışılarak düzenlenmesi gerekirdi. Kriminolojide “*mağduru olmayan suçlar*” adı verilen bu gibi normların pek etkili olmadığı savunulagelmıştır. Durumun bu bakımdan yeniden gözden geçirilmesinde yarar vardır.

Kamu Barışına Karşı Suçlar

217. madde: Suçu ve Suçluyu Övme

217. madde, yürürlükteki TCK’nın 312. maddesinin 1. fıkrasının “*kanunun cürüm saydığı bir fiili açıkça öven*” ibaresini “*işlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi açıkça öven*” biçiminde değiştirmiştir. Bu bağlam içinde de bilimsel, sanatsal vb. ifadeler için genel bir hukuka uygunluk nedeni getirilebilmelidir.

Tasarı'nın ilk halinde öngörülmüş bulunan "bir cürmü" ifadesi zaten değişmiş ve değişiklik gerekçesinde "bu suçun oluşması için failin işlenmiş bir cürmü övmesi veya bunu iyi gördüğünü söylemesi gereklidir. İşlenmemiş olan cürümlerin övülmesi veya iyi görüldüğünün söylenmesi hal ve şartlara göre ya kanuna uymamaya tahrik ya da 293. maddede yer alan suç işlemeye tahrik cürmünü ortaya çıkaracaktır" biçiminde açıklanmıştı. Tasarı da aynı hali korumuştur. Bu hali ile ilk bakışta madde özgürlükçü bir havaya büründürülmüş görünmektedir. Çünkü işlenmemiş olan cürümlerin yani yasanın soyut olarak suç saydığı fiillerin övülmesi, belirli kişilere yönelik olarak yasaya uymamaya tahrik edici nitelikte değilse ya da genel olarak yasaya uymamaya tahrik edici nitelikte değilse ya da genel olarak "suç işlemeye tahrik" oluşturmuyorsa cezasız kalacaktır.

Ancak madde, karışıklıklara meydan verebilecek niteliktedir. İşlenmiş olan cürüm hangi cürümdür? Che Guavera'nın ya da Lenin'in fiillerini de kapsayacak mıdır? Hangi hallerde cürmün işlenmiş olduğu kabul edilecektir? Failin mahkumiyeti mi esas alınacaktır yoksa henüz hazırlık soruşturmasında objektif olarak işlenmiş olduğu tahmin edilen cürüm mü? Bazı zarar suçlarının ceza yasasını ilgilendirecek ölçüde işlenmiş olduğu faili belirli olmasa da tahmin edilebilecekken, faili belirli olmayan tehlike suçlarında durum nasıl değerlendirilecektir?

Yine 219. madde ile gelen halkı "kanuna uymamaya tahrik" cürmü de problemlidir. Eski gerekçede, kanun tabirine her türlü düzenlemenin girdiği söylenmektedir. Tüzük ve yönetmeliklere yönetim gücünün düzenleme yetkisi çerçevesinde çıkardığı bütün tasarruflara uymamaya tahrik de suç olacak mıdır? Çağdaş dünyada, sadece Ceza Yasası'na uymamaya tahrik suç sayılabilirken⁶³ Tasarı'nın her türlü kanuna uymamaya tahriki bir sınırlama getirmeden suç sayması isabetsizdir. En azından, uymamaya tahrik edilen kanunun "219. maddenin yaptırımından ağır olması gereken bir yaptırım içeren kanun olması" madde metnine eklenmelidir. Aksi halde ölçülülük ilkesine aykırı bir hüküm getirilmiş olacak ve kendisine uyulmaması tahrik edilen kanunun getirdiği yaptırım, tahrik hükmü ile gelenden daha hafif ise kanuna uymamanın, uymamaya tahrikten daha hafif cezalandırılabilirdiği durumlarla karşılaşılabilecektir.

⁶³ Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 415. maddesiyle yalnızca kamu hukuku yasalarına uymamaya tahrik etmeyi suç saymıştır (bkz. *Commentario Breve al Codice Penale*, Padova, Art. 415).

Yine genel ve soyut tahrikin cezalandırılması yerine, tahrik edilen kimseyi kanunlara uymamaya itmeye “yeterli ve elverişli” bir tahrikin cezalandırılması gerekmektedir.⁶⁴ Herhalde artık eklenmiş bulunan “kamu barışını bozmaya elverişli olma” ibaresinden de bu anlaşılacaktır.

Düşünce özgürlüğü bağlamında belirtilmesi gereken, cürmü övmenin her halde “ifade suçu” olacağıdır. Bu fillerle kamu menfaatinin ilgilendiren konularda tartışma yapılmasının istenmesi de mümkündür. Bazen tahrik, temel toplumsal sorunlara dikkati çekmenin tek yolu olabilir. Kanunun suç olarak öngördüğü birçok hüküm çağdaş dünyada tartışmalı hassas dengelere oturan normlardır ve cürmü övme suçunun özgürlükler bakımından ortaya koyabileceği sorunlara örnek olabilirler. (Örneğin, cezası adam öldürmeden az kabul edilse dahi suç olarak kabul edilen “ötanazinin etik meşruiyetini savunma, askerlik hizmetinden ve haksız savaşıardan pasifizizm gibi moral değerlere dayanılarak soğutma, kürtaıda 12 hafta sınırını eleştirme” gibi) Bu hallerde suçun alenen işlenmesi gereği yeterli bir sınırlama getirmemektedir. Bu gibi koşullarda yapılacak her türlü kovuşturma AİHM'nin 10. maddesi ile koruma altına alınan hakların ihlali riskini taşımaktadır. Özellikle fiillerin basın yoluyla işlenmesi halinde, bir yıldan dört yıla kadar ikiye katlanmış bir ceza bu riski getirecektir.

220. madde basın ve yayın yoluyla işleme halinde cezayı artırmaktadır. Yineleyelim ki her ifade suçunda böyle bir “basın” formülünün kabul edilmiş olması endişe vericidir.

Yeni metnin “suç teşkil eden bir fiili, haber verme hakkını kötüye kullanarak nakletme” fiillerini cezalandırılmaktan vazgeçmesi çok isabetlidir. Bu sorumluluğun, örneğin hakaret suçları çerçevesinde bir hakaret oluşturan ifadeleri içeren bir gazete ya da magazini ya da yukarıda değindiğimiz tartışmaları içeren yayınları da kapsadığı kabul edilecekti. Bu noktada, eski hüküm bakımından, hiç olmazsa dağıtan kimsenin gereken özeni gösterdiğini ispatlayabilmesine olanak sağlayan bir hukuka uygunluk sebebinin öngörülmesi kanaatinde idik. “Haber verme özgürlüğünün kötüye kullanılması” kavramı da açık değildi. Nerede ise objektif sorumluluğa yaklaşan sorumluluğun, ifade özgürlüğü üzerinde “dondurucu bir etkisi (chilling effect)” olabilecekti.

⁶⁴ ... La condotta dell'agente puo essere definita istigatrice in quanto, sotto il profilo strutturale, sia idonea a determinare questa spinta nel soggetto istigato...” (Crespi-Stella-Zuccala, Art. 415, II). “idonea” sözü ile anlatılmak istenen elverişlilik ölçütünden başka bir şey değildir.

Belirli ifadeleri nakledenler bu nedenle polemik yaratmaya, hicvetmeye, araştırmacı olmaya ya da risk oluşturan başka ifadelerde bulunmaya daha az eğilim göstereceklerdir. Bu etki, ifadede bulunana medeni bir yaptırım değil cezai bir yaptırımın uygulandığı durumlarda daha da yoğundur. Bu maddeye dayanılarak yapılan takibatların AİHS'nin 10. maddeyi ihlal etme riski vardı. Kaldırılması yerinde olmuştur.

218. maddenin 2. fıkrası

Yürürlükteki 312/2. maddenin karşılığı olan bu maddeler, bu suçların kriminolojisini gayet isabetli olarak yansıtmıştır. Gerçekten, çağdaş dünyada 312/2. madde ile önlenmek istenen; bir yandan toplumsal bir kesime karşı kamu düzenini bozabilecek kin ve düşmanlığa tahrik, diğer yandan bu kesimlerin insan onurunu tahkirdir. Ancak tahkir bakımından 2. fıkranın yeri isabetli ise de tahkir hükmünün yeri hakaret cürümlerinin düzenlendiği yer olabilirdi.

Öte yandan çağdaş ceza yasalarının pek azında “sosyal sınıf” ve “ırk” kavramları kalmış iken, Tasarı'nın bu kavramları muhafaza etmesi isabetli değildir.

Yine Batı Avrupa'daki paralel düzenlemelerin “kamu düzenini bozmaya elverişli şekilde” ibaresini kullanmaları, uygulamada kamu düzeni kavramının tam anlaşılabilmesi nedeniyle sorun yaratmaktadır. Bu sorun özellikle Almanya bakımından çok açıktır. Almanya'da “kamu düzenini bozmaya elverişlilik (Teile der Bevölkerung)”, fiilin, toplumun belirli kesimlerinde kamu düzeninin bozulacağına yönelik bir inanç yaratılması gibi totolojik bir ifade ile tanımlandığından, kavramın içeriği açıklanmamakta ve bu, kimi zaman keyfi uygulamalara yol açmaktadır.

“Kamunun güvenliği için tehlikeli olabilecek bir tarzda” ibaresi “alenen” ibaresi ile birleşince, maddenin uygulanmasını her ne kadar tümü ile sorunsuz olmasa da çağdaş standartlara çıkarabilecek olması bakımından bir ilerleme sayılmalıdır. Kamunun güvenliği, potansiyel mağdurların can, vücut dokunulmazlığı, hürriyet, mal gibi hukuki değerlerini simgeleyen bir kalkan kavram olarak kullanılmış ise, ibare çok yerindedir. Fiilin hem kamunun güvenliği için tehlikeli olabilecek surette hem de alenen olmasının gerekmesi, uygulama alanını fazlasıyla sınırlayacak görünmektedir. Çağdaş ceza yasaları bu bağlamda, “alenen” kavramını terketmiş, daha

çok “*kamu düzenini bozmaya elverişli olma*” kavramı üzerinde durmaktadır. Ancak ülkemiz açısından “*alenen*” kavramının muhafaza edilmesi yanlış görülmemelidir. Çünkü bu durum fısıltı, dedikodu çıkarma, mektupla propaganda yolları ile domino etkisi yaratıp kamu düzenini bozabilecek bazı tehlikeli tahrik fiillerinin cezalandırılması ihtimalini ortadan kaldırırsa da, bu gibi yollarla yapılan tahrikin ülkemizde “*alenen*” ortaya çıktığı andan itibaren kovuşturulabilmesi, düşünce özgürlüğü ve özel alanda çekinmeden konuşabilme özgürlüğü açısından önemlidir. Almanya’da 312. maddeye paralel olan 130. madde düzenlenmesinde “*alenen*” unsurunun olmaması, kendisiyle konuşulan kişinin ifadeleri kamuya maledebileceği ve bu açıdan fiilin kamu düzenini bozmaya elverişli hale gelebileceği olasılığını göze almadan, pervasızca konuşma halinde de cezalandırılmayı kabul etmektedir. Alman uygulaması açısından bu durum sorun yaratmamaktadır çünkü orada fiilin kamu düzenini bozmaya elverişli olması yanında, genelde halkın bir kısmına dahil olmak bakımından, kişi onurunu zedeleyici de olmasının gerekmesi yeterince sınırlayıcı bir etki yaratmayı amaçlamaktadır. (Bu sınırlamanın uygulamada işleyip işlemediği ayrı bir konudur.) Ülkemizde “*alenen*” kavramının kaldırılması, kişileri en yakınları ile bile konuşurken bir güvensizlik ortamına itebilir.

Artık yeni metinle “*kamu düzeni için*” ibaresi yerine kabul edilen ve üzerinde hala tartışmalar süren muğlak kamu düzeni kavramından çok daha belirli bir kavram olarak kabul edilen “*kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek tarzda*” ifadesi de aslen somut tehlikeden çok soyut tehlikeyi anlatır görünmektedir. Her şeyden önce, kamu düzeni kavramının terkedilip kamu güvenliği kavramının benimsenmesi ile neyin kastedildiği açık değildir. Gerekçe bu konuda bize ışık tutacaktır. Kanımızca, kamu güvenliğinden potansiyel mağdurların can, vücut bütünlüğü, özgürlük ve malvarlığı gibi hukuki değerlerinin korunması anlaşılmalıdır.

Alman Hukuku’nda bu suçun öngördüğü tehlikenin niteliği oldukça tartışmalıdır. Suçu, kendine özgü bir potansiyel tehlike suçu olarak da görenler vardır. Bu durumda fiilin kamu düzenini/güvenliğini bozmuş olması aranmayacak, fiilin oluş biçiminden, ortaya çıktığı bağlamın özel koşullarından, fiille ilgili kimselerin (fail, muhatap, dinleyici vs.) ya da kullanılan araçların niteliğinden kamu düzenini bozmaya elverişli olup olmadığı saptanacaktır. Fiilin işlendiği yer de önemlidir (okul, kışla, toplantı alanı, meyhane, hastane gibi).

Fiilin gerçekleşme koşulları (kim -fail-, nerede -işlenen yer-, nasıl -fiilin işleniş biçimi-, araçlar, ne zaman -fiilin işleniş zamanı-⁶⁵ niçin -fiilin işleniş saikleri-⁶⁶) somut olayda bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Burada sorunlu bir nokta, fiilin aslında objektif bir gözlemcinin gözüyle, kamu güvenliğinin bozulması ihtimalini ortaya çıkarabilecek surette olmadığı kabul edilmesine karşın; somutta, fiil nedeniyle, bir şekilde (örneğin, muhatapların aşırı duyarlılığı nedeniyle) kamu güvenliğinin bozulmuş olması halinde, yargıçlarımızın beraat hükmü verip vermeyecekleridir. Dinleyici kitleler ya da muhatap kitle herhangi bir konuşma yüzünden, aşırı duyarlılık nedeniyle galeyana gelebilir. Objektif olarak kamu düzenini ya da güvenliğini bozma ihtimalini ortaya çıkaracak nitelikte olmayan bir fiil, pekala somutta kamu düzenini bozmuş olabilir. Bu aşamada yargıcın, durumu geçmişteki hal ve şartlardan etkilenmeden, objektif bir gözlemci olarak değerlendirmesi çok zor olacaktır. Tam tersi de düşünülmelidir. Genel anlamda hiçbir cezai düzenlemenin olmadığı, yapılan düzenlemelerin de bir türlü anayasallık denetimini geçemediği ABD’de,⁶⁷ ceza hukukunda “objektif gözlemci kriteri” düzenleme boşluğunu eleştirenler tarafından yeniden sorgulanmaktadır. Bu bağlamda toplumun genelinin, halkın bir kısmının duygularını hiçe saydığı için düzenleme yapılmadığı savlanmaktadır. Ülkemiz uygulaması açısından önemli olan nokta, olması gereken ifade ile “halkın bir kısmını diğer kısmına karşı” sözlerinde gizlidir. Kendisine karşı kin ve düşmanlık kışkırtıcılığı yapılan halkın kışkırtmaya gelmemesi, sükunetini koruması halinde de kimi hallerde kamu düzeni bozulmamış ancak, doğallıkla kamu düzeninin bozulması tehlikesi ortaya çıkmış olabilir. Bu aşamada yargıçların, fiilin tehlikeliliğini her halde sağlıklı analiz etmeleri zordur.

Alman Ceza Yasası’nın ilgili 130. maddesinde mevcut olan “*kamu düzenini bozmaya elverişli olma*” ifadesi ile Tasarı’daki “*kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek bir tarzda*” ifadesi karşılaştırılırsa, Tasarı’nın biraz daha esnek olduğu düşünülebilir. Ne de olsa kamu güvenliği için tehlikeli ola-

⁶⁵ Örneğin savaş ya da barış zamanı ya da milli bayram sayılan bir günde, kalabalık insan topluluğunun ve buna bağlı olarak ruhiyatı bakımından herkesin heyecan içinde olduğu bir ortamda işlenmesi (Y. 9. CD. E. 974/2, K. 974/2 sayılı kararı, zikr. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, İstanbul 1976, m. 312 vd).

⁶⁶ Örneğin sanat yapma, siyaset, şov yapma.

⁶⁷ Frederick Lawrence, *Resolving Hate Crimes/Hate Speech Paradox: Punishing Bias Crimes and Protecting Racist Speech*, 68 Notre Dame L. Rev. 673-721 (1993); Rodney A. Smolla, *Smolla And Nimmer On Freedom Of Speech; A Treatise On The First Amendment*. Current Through Release No. 8A, June 1994. New York, Oakland, CA 1994.

bilecek bir şekilde olmak başka, kamu düzenini bozmaya elverişli olmak başkadır. Elverişlilikte; bütünüyle failin kontrolü altında bulunan hareketin özellikleri, failin bildiği fiilin gerçekleşme koşulları, fiilin işlendiği yer, fiili işleyiş biçimi, kullandığı araçlar, fiilin işleniş zamanı,⁶⁸ fiili işleyiş saikleri göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacaktır. Tasarı, Alman Ceza Yasası'nın aradığından daha da soyut bir tehlikeyi kabul etmekte, bu da ancak "alenen" tabiri ile birlikte cezalandırmayı sınırlayıcı bir özellik kazanmaktadır. Şüphesiz bu görüş ancak, güvenlik kavramının kamu düzeni kavramından daha ciddi bir hukuki değeri içermediğinin kabulü halinde doğrudur.

Kanımızca, kamu düzeni ya da güvenliği kavramları bir tarafa atılarak söz konusu düzenleme; potansiyel mağdurların, yani kendisine karşı kin ve düşmanlığa tahrik edilen halkın can, vücut bütünlüğü, özgürlük ve malvarlığı değerlerine karşı tehlikeli olabilecek tarzda olan teşvik ve tahrikleri cezalandırmalıdır. Bu durum hem gereken kesimin gereken ölçüde korunmasını hem de ifade özgürlüğüne Anayasa'nın ve AİHS'nin izin verdiği ölçüde müdahale edilmesini sağlayacak ve yargıçlarımızın kamu güvenliği için tehlikeli tarzda yapılan müdahalelerin anlamını belirleme zorluğundan kurtaracaktır.

"Halkın Bir Kısmını Tahkir" Sorunu

Tasarı'nın 218. maddesi batı Avrupa Ceza Hukukları'nda İkinci Dünya Savaşı'nın acı deneyimi ertesinde bir akım olarak başlayan ve ABD hariç hemen hemen tüm çağdaş ülkelere yayılan "halkın bir kısmını aşağılamayı" cezalandıran anlayışı kabul etmektedir. "İnsan onurunu zedeleyecek şekilde tahkirin" ne anlama geleceği ve "hakaret" fiillerinden nasıl ayrılabilceği bugün Almanya'da 218. madde hükmüne paralel olan 130. madde bağlamında tartışılmaktadır. Aslında 218. maddenin 2. fıkrası bu haliyle kalacaksa, yeri "halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya tahkir" başlığı altındaki 218. madde değil, hakaret ve sövme suçlarının düzenlendiği bölüm de olabilir.

Yine "halkın bir kısmı" ifadesi Alman Ceza Yasası'nın 130. maddesinde yer alan "Teile der Bevölkerung (halkın bir kesimi)" çerçevesinde oldukça tartış-

⁶⁸ Örneğin savaş ya da barış zamanı ya da milli bayram sayılan bir günde, kalabalık insan topluluğunun ve buna bağlı olarak ruhiyatı bakımından herkesin heyecan içinde olduğu bir ortamda işlenmesi (Y. 9. CD. E. 974/2, K. 974/2 sayılı kararı, zikr. Gözübüyük, *Türk Ceza Kanunu Açıklaması*, İstanbul 1976, m. 312 vd).

malıdır. Halkın bir kısmının içine kimler girecektir? Halk, din, dil, mezhep, inanç, cinsiyet, siyasi düşünce, meslek, cinsel tercih, hayvan sevgisi, çevre sevgisi, gençlik, yaşlılık vs. açılardan çok çeşitli kesimlerden oluşmaktadır. Halkın bir kısmı içine hiçbir sınırlama yapmadan her kesim alınacak olursa, bu durum sorun yaratabilecektir. Yargı her koşulda bu konuda geliştirdiği ve geliştireceği içtihatlarla sorunları çözebilecekse, gerekçede bu hususta yargıca yardımcı olabilecek sınırlamalara işaret edilmelidir.

Tasarı, “sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge” farklılığının esas alınmasını öngörmüştür. Batı sistemlerinde dil veya cinsel tercih de bu kategoriye dahil edilmiştir.

Yine Batı Avrupa’da üzerinde önemle durulan “seçici uygulama” yani, belli bir kısım halkın onuru üzerine ciddiyetle eğilirken diğer bir kısmı boş-vermek gibi uygulamaların önünün alınması da önemlidir. Sonuçta yargıca da bulunduğu toplumun bir parçası olarak halkın bir kısmının onurunu da “çoğunluğun anlayışı” çerçevesinde değerlendirebilecektir.

218. maddenin 3. fıkrası

Bu madde eski haliyle vahim insan hakları ihlallerine yol açacak bir düzenleme idi. “Toplumun benimsediği dini değerleri” benimsemediklerine tercih eden bir Ceza Kanunu, Anayasal Eşitlik İlkesi’ne de aykırı idi. Zaten 2. fıkra ile, dinsel ayrılığa dayanarak tahkir cezalandırılırken bir de “benimsenen din” kavramı getirmek, düşüncelerin ifadelerinin içerikleri bakımından ayrımcılığa tabi tutulmasının önünü açmak olacaktı. Ama yapılan değişiklik, yani “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan” ifadesi de kabul edilebilir değildir. Üstelik bu fıkra da tahkir edilmesi söz konusu olan somut bir halk kesimine dahil kimseler bile söz konusu olmayacak, yalnızca soyut “değerlerin” tahkir edilmesi cezalandırılabilir. Bu hüküm tipik Avrupa İnsan Hakları ihlallerine vücut vermeye adaydır, derhal kaldırılması gerekmektedir.

224. madde: Giyilmesi Yasaklanan Başlıklar, Türkçe Harfler ve Giysiler

Bazı giysilerin giyilmesini yasaklama fikri, tarihimiz göz önünde tutularak anlaşılabilir de bu hükümle getirilen hürriyeti bağlayıcı cezanın oldukça yüksek olduğunu düşünüyorum.

Kamu Hizmeti ve Görevlerine Karşı Suçlar

249. madde:

Bu maddenin üçüncü fıkrası ile kullanma zimmeti hallerinde cezada indirimde gidilmesinin kabul edilmesi olumlu görülmelidir.

Eski metinde 491. madde ile düzenlenen görevi ihmal cürmünün kaldırılması isabetli olmamıştır. Bu bağlamda, görevi ihmalin kapsamı belirlenerek daha açık ve sınırları belirli düzenlemeye gidilmesi gerekirken, maddenin tümü ile çıkarılması eleştirilmelidir. Madde, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 328. maddesini izlemekte idi. İtalya'da bu madde ceza hukukunu İdare Hukuku ile karıştırıp kapsamı bakımından çok geniş olması nedeni ile 1990 yılında bir değişikliğe uğramıştır.

İrtikapı düzenleyen 252. maddenin 2. ve 3. fıkrası tereddüt uyandırmakta idi. Bu fıkralar ile birinci fıkra arasında bağlantı kurulmamıştı. Artık bu durum düzeltilmiştir.

Bu çerçevede, rüşvet suçunun çok failli suç olmaktan çıkarılıp çıkarılmadığı sorusu akla gelmektedir. "Rüşvet alan" veya "bu konuda anlaşmaya varan" ifadeleri açık değildir. Rüşvet alan anlaşmaya varmamış mıdır? 5. fıkra ile daha önceki fıkraların ruhu paralel değildir. Diğer hallerde teklif halinde sorumluluk söz konusu değilken bu fıkra ile yaratılan farklılık anlaşılammamaktadır. Bu suçun çok failli suç olmaktan çıkarılması da savunulmuştur.⁶⁹

4. Kısım: Millete ve Devlete Karşı Suçlar

Adalet Hizmetlerinin Yürütülmesine Karşı Suçlar

269. madde: İftira

Bu madde, disiplinler cezaların da iftira konusu olması bakımından eleştirilmiştir.⁷⁰ Yine soruşturma ve kovuşturma kavramlarının açıklığa

⁶⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Kamu Güvenirliğinin İşleyişine Karşı Suçlar", Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu sunumu, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu.

⁷⁰ Serap Keskin, "Kamu Güvenirliğinin İşleyişine Karşı Suçlar", Gazi Üniversitesi/Türkiye Barolar Birliği: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 22 Mayıs 2004 Cumartesi, Gazi Üniversitesi Rektörlüğü Mimar Kemalettin Salonu.

kavuşturulması gerekmektedir. İftiraya konu olabilecek suç her suç değil, belirli ağırlığı olan suçlar olmalı ve idari yaptırımları kapsamamalı fikrindeyiz.

280. madde Suçu İhbar Etmeme

Bu madde yurttaşlara “*crimen silentii (sükut cürümleri)*” adı verilen cürümler biçiminde, suçları ihbar etme yükümlüğü getirerek oldukça ileri gitmiştir. Bağlam içinde farklı fiiller arasında bir ayrıma da gidilmemiştir.

Bazı ülkelerde (örneğin İtalya) bu ödev son derece ağır cürümlerle sınırlıdır; diğer çok sayıda ülkede böyle bir hüküm yoktur. Gerçekten Tasarı'nın, ihbar edilmemesi suç teşkil edecek cürümleri sınırlaması gerekirdi.

Genel olarak ihmal suçlarının otoriter devletlere özgü olduğunu burada yeniden vurgulamakta yarar vardır. İhmal suçları, bireylerin birtakım özgürlüklerini ihlal edebilecek bir yapıdadır. Her durumda 2. fıkranın lafzının daha açık olması gerekmektedir. 3. fıkra memnuniyetle karşılanmalıdır.

Sonuç itibarı, ile bu madde ile korunan hukuki değer; mağdurların korunan hukuksal yararlarından ziyade, adliyenin görevini yapması ise 2. fıkraya ne gerek olduğu sorgulanabilir. Suçun niteliği bakımından da ağırlık getirilmeli ve suç tipinin kapsamı açısından gözden geçirilmeli fikrindeyiz.

Eski metinde 455. madde, yargı görevi yapanların veya yargısal nitelikte hizmet veren bir kuruluşta görevli kimselerin saygınlıklarını veya görevlerine gösterilmesi gereken saygıyı ihlal etmeyi; 456. madde, yargı kararlarının aşağılanması fiileri gibi çok geniş bir fiil yelpazesi yaratmakta idi. 455. madde, alenileşmemiş sözleri de kapsamakta ve tahkir yerine saygıyı ihlal gibi muğlak bir söz içermekte idi. Bu durum, AİHS'nin 10. maddesi ihlallerine yol açabilme potansiyelini taşımaktadır. Yargıçların, kendi ünlerini koruyan yasaların korumasından yararlanma hakları her ülkede, devlet -Anglo-Amerikan dünyasında “*contempt of court*” kuramına dayanılarak olsa da⁷¹- yargıçların kararlarının ve karar alma süreçlerinin meşru olarak eleştirilmesine müdahale edememelidir. “*Prager and Oberschlick*” (1995) davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi böyle bir

⁷¹ Barfod v Denmark (1989).

eleştiriyi “...siyasetçilerin ve kamuoyunun, yargıçların belirli bir ağırlık taşıyan görevlerini demokratik amaçlara uygun bir şekilde ve kendilerine verilen göreve uygun biçimde icra edip etmediğini denetleyebilme biçimlerinden biri...” olarak nitelemiştir. Bu durum basının toplumsal bir gözetim mercii rolünü üstlendiği hallerde daha da ortaya çıkar. Yeni metinde bu sakıncalar giderilmiş görünmekle birlikte, yargı kararlarının alenen tahkir edilmesi dahi artık cezalandırılmayacaktır.

Yine, sağlık mesleği mensuplarının suçu ihbar yükümlülüğü çerçevesinde, onların sır saklama yükümlülükleri de gözönüne alınarak düzenleme getirilmeli idi kanısındayız. Herhalde tüm bu düzenlemeler, kendi işlediği suçu bildirmeyen kimseleri kapsamamalıdır.

Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar

302.-304. maddeler:

302. maddede hakaret terimi kullanılırken 303. ve 304. maddelerde, (Türk Bayrağı'nı ve devletin diğer sembollerini) aşağılama ifadesi seçilmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nda, 302. madde anlamındaki “*hakaret*” filleri “*vilipendio*” diye adlandırılırken, sıradan hakareti “*offesa*” diye adlandırılmıştır. 302. maddede düzenlenen, hakaret fillerinin bulunduğu bölümde düzenlenmiş, diğer hakaret fiillerinden daha şiddetli ve daha farklı karakterde hakaret filleri olduğu savunulabilir. Eğer bu görüş kabul edilmişse, madde başlığı hakaret olmamalı ve hakaretin yoğunluğuna açıkça işaret eden bir terim seçilmelidir.

Almanya ve Fransa ile mukayese edilince, cumhurbaşkanına hakaretin cezası oldukça yüksektir. Almanya'da kanun, üç aydan beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza öngörür. Cumhurbaşkanına hakaret, onur kırıcı beyanlar olması ve failin bu beyanların doğru olmadığını bilmesi halinde (“*Verleumdung*”), hürriyeti bağlayıcı ceza altı aydan beş yıla kadardır (madde 90). İtalya'da hürriyeti bağlayıcı cezanın süresi bir yıldan beş yıla kadardır (madde 278). Fransa'da ise kanun 45.000 Fransız Frangı para cezası öngörür (29 Temmuz 1881 tarihli Kanun'un 26. maddesi). Madde, cezalandırma bakımından İtalyan hükmüne paralellik göstermiştir.

Esasen mevcut Ceza Kanunu'nun, Tasarı'nın 304. maddesine denk düşen 159. maddesine göre, suçların minimum cezası 6 aya düşürülmüş-

tür (30 Temmuz 2003 tarihli 4963 sayılı Kanun). Bu itibarla 304. madde de buna uyumlu olarak düzeltilmiştir. 304. maddenin 4. fıkrası yalnızca eleştirmek saiki ile yapılan fiilleri değil sanatsal vb. ifadeler için de bir hukuka uygunluk nedeni getirmelidir.

302.-304. madde hükmüne dayanılarak yapılan bazı kovuşturmalar "*Lingens*" davasında sayılan ilkelere aykırılık nedeni ile AİHM'nin 10. maddesinin ihlallerine götürebilecektir. Yine, bu hükmün hafif suçlarda çok ölçsüz bir cezalandırmaya götürebilmesi mümkündür. Aynı durum, yargı organlarına hakaretten doğan sorumluluk çerçevesinde de söz konusu olabilir. Bu hükümlerden dolayı, yapılacak kovuşturmalarda AİHM'nin 10. maddesinin ihlallerine yol açabilecektir.

Meşru amaç bağlamında belirtilmesi gereken bazı ifadelerin ya da devlete karşı belli saldırıların Türkiye'de istikrarı zedeleyeceği olasıdır. Ancak bu gibi fiilleri müeyyide altına alan düzenlemeler AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası karşısında ancak, başkaldırmayı teşvik, ırk ayrımını tahrik vs. fiilleri cezalandırıyor ise meşru görülebileceklerdir. Özellikle, Tasarı'da yapılan düzenlemelerle müeyyide altına alınan fiiller çok geneldir. Bunlar "*Handyside and Lingens*" kararında olduğu gibi, mutlaka 10. maddenin koruması altında olan rahatsız edici ve siyasi nitelikteki ifadeler olabilir. En azından uygulamada bu hususlara dikkat edilmesi uyarısını şu aşamada dahi yapmayı uygun görmekteyiz.

Genel olarak çağdaş dünyada kabul edilen, bir devletin ya da devlet kuruluşunun "*tahkire*" maruz kalmama yönünde istisnasız bir hakkının artık olmadığıdır. Ölçülülük İlkesi de bu anlamda çok önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

Burada ve aynı bapta diğer bazı maddelerde tarif edilen bazı cürümler, gazete ve televizyondaki bir çok hiciv şeklini yasaklamaya götürebilecektir.

Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar

Devletin ülkesine karşı suçlar, hemen hemen bütün ceza kanunlarında en ağır suçlar grubuna girer. Bu yüzden, ceza kanunları bu suçlara karşı genel olarak en ağır cezaları ihdas ederler. Ancak bu durumda, böyle bir suçun Açıklık ve Orantılılık İlkeleri'yle uyumlu olması çok büyük önem taşır.

305. maddenin suç tanımı, sayılan maksatlarla “bir fiili işleyen” ifadesi ile sınırlı kalmamış ve amaca yönelik elverişlilik sınırlaması da eklenmiştir. Bu olumlu bir gelişmedir. Gerçekten, eski düzenleme, yalnızca “matuf” ibaresini kullanıp özellikle önemsiz filleri cezalandırma sınırı dışına çıkarmadığı için, getirilen cezanın ağırlığı karşısında Orantılılık İlkesi’nin ihlal edilmesi tehlikesi söz konusu idi. Yargıtay, yıllar içinde maddenin içeriğini daha açık olarak belirleyen içtihatları geliştirmiştir ancak, çağdaş bir Avrupa Ceza Kanunu söz konusu olduğunda yasa koyucu, devletin ülkesine karşı fiilleri tanımlayan suç tipini daha ayrıntılı tarif etmelidir. Almanya’da olduğu gibi, şiddeti ya da şiddet tehdidini, suçu oluşturan fillin unsuru olarak zikredip zikretmemek (Alman Ceza Kanunu’nun 82. maddesi) ya da Yargıtay’ın geliştirdiği kökleşmiş içtihatları göz önüne alarak suç tanımını daha açık bir şekilde vermek veya başka bir kural koymak, kanun koyucunun seçebileceği alternatiflerden biri olabilir.

İtalyan Ceza Kanunu da benzer bir hüküm içermektedir ancak, bu kanun da yürürlükteki şekliyle modern ceza hukukunun gereklerine uymamaktadır. Öte yandan, İtalyan Ceza Kanunu’nda devlete karşı işlenen suçlarda fiilin, kanunda sayılan nedenlerle önemsiz olması halinde indirim sebebi öngören özel bir hüküm bulunmaktadır (İtalyan Ceza Kanunu’nun 311. maddesi).

Bölücü propaganda fiileri de herhalde 305. madde kapsamında “elverişli fiil” kavramı içinde cezalandırılabilir. 3713 sayılı Yasa’nın 8. maddesi 15 Temmuz 2003 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasal Düzen ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar

312. madde: Anayasa’yı İhlal

Eski metindeki “Anayasa’ya aykırı yöntemler” ifadesi oldukça muğlak görünmekte idi. Yeni düzenleme bu sakıncayı gidermiş ve “cebir veya tehdit kullanarak” sınırlamasını getirmiştir.

Failin 312., 314., 315., 316. maddelerde ilgili suçların işlenmesi sırasında, başka suçları işlemesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da ceza verileceği düzenlenmiştir.

Milli Savunmaya Karşı Suçlar

321. ve 322. maddeler ile ihdas edilen suçlar çok geniş kapsamlıdır. 321. madde ile “halkı askerlik hizmetinden soğutacak etkinlikte teşvik veya telkinde

bulunma“ cezalandırılmaktadır. Madde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörmüştür. Basın yayın araçları söz konusu olduğunda, cezanın iki katına çıkarılması söz konusudur. Askerlik hizmetine karşı batı dillerinde vicdani red ya da itiraz adı verilen vicdani bir karşı çıkmadan ya da savaş karşıtı düşüncelerden kaynaklanan inançlı bir ifade de cezalandırılacak fiiller arasında olabilir. Böyle durumlarda, cezalandırma bütünüyle düşünce özgürlüğüne yapılan ölçsüz bir müdahale olabilecektir. Bu madde için fiilin, en azından, halkı askerlikten soğutmaya elverişli olması; bilimsel ve sanatsal ifadelerin hukuka uygunluk nedeni olması; failin, fiili ile kamu menfaatine hizmet ettiği yolunda samimi inanç taşıması gibi bir özel kasıt aranmalıdır. Bu özel kasıt yerine *“kötü niyetle”* ifadesi de kabul edilebilir.

Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk 332. ve 333. maddeler:

“Niteliği itibariyle gizli tutulması gereken bilgi” ifadesi, Açıklık İlkesi’ni ihlal edebilir, çünkü *“nitelik”* ile ne kastedildiği açık değildir. Her bir yönetsel organ için, gizli tutulması gereken bilgiyi belirleyen yasal düzenlemeler mevcuttur ve yasa metni o düzenlemelere atıfta bulunmalıdır. 1994 tarihli Fransız Kanunu’nun da *“niteliği”* ifadesini bazı durumlarda (örneğin, 411/6. madde) kullandığı doğrudur ama bu örnek olduğu gibi kopyalanmamalıdır.

Yine 334 ve 335. madde düzenlemeleri; siyasal veya askeri gaye taşımamak üzere, sınıflanan bilgileri elde eden, açıklayan, bulunduran gazetecileri kovuşturmak için kullanılabilir. Ancak burada niteliği itibarı ile gizli kalması gereken belgelerin temini ve kullanılmasındaki saik de gözetilerek madde hükmü düzenlenmiş ve bu tehlike ortadan kaldırılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin milli güvenlik alanında oldukça geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını teslim etmekle birlikte, hüküm oldukça geniş kapsamlı düzenlenmiş olup; başka diğer fiiller yanında, *“...devletin siyasi menfaatleri nedeni ile... gizli...bilgilerin”* elde edilmesini ve açıklanmasını yasaklamaktadır. Bu hükmün hangi tip bilgileri kapsadığı, ya da aslen 10. maddenin 2. fıkrasında gösterilen hangi meşru amacın kovuşturmayı meşru göstereceği pek açık değildir. Hükümeti, siyasal olarak zor bir duruma düşüren ya da onun tarafından uygun görülmeyen herhangi bir açıklama nedeniyle de bu cürümlerden soruşturma açılabilmesi riski söz konusu olmaktadır. Yine AİHM’nin *“Sener”* davasında açıkladığı ilkelerin ihlal edilmesi riski giderilmiş görünmektedir.

Sonuç

1. Genel Kısım

Bazı temel sorunlar belirlemiş olsam da Ceza Kanunu'nun bu tasarısı genel olarak iyi bir yasa olarak takdir edilmelidir. Kanımca, şimdiye kadar yapılan en olumlu tasarıdır. Eski tasarılarından farklı olarak göstermelik değil, gerçekten bir reform anlamına gelecek değişiklikler içermektedir. Temel sorunlara yukarıda işaret ettiğim için burada ayrıntılı tekrardan kaçınacağım.

Teknik açıdan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan⁷² esintiler taşıması, bu Kanun'un eksikliklerini Alman sistemi ve Avrupa'nın en çağdaş ceza yasalarından biri olan İspanyol modelinden de yararlanarak gidermeye çalışması; herhangi bir yasa'yı bütünüyle kopyalamaktan çok Türkiye gerçekleri ve isteleri göz önünde bulundurularak kuramın oturtulmaya çalışılması; metin oluşturulurken Avrupa ve diğer çağdaş ceza yasalarının karşılaştırmalı bir yaklaşımla gözden geçirilmiş olması bakımından, Tasarı eleştiriye fazla bir yer bırakmamaktadır. Tasarı'da Alman Hukuku'nun etkisi de artan bir oranda hissedilmektedir. Gerçekten, bugün ceza hukuku dogmasında Almanya oldukça yetkin bir konumdadır ve bir Ceza Yasası yapılırken Avrupa'nın, hatta dünyanın⁷³ birçok sistemini etkilemiş bir kuramın değerlendirilmemesi doğru olmazdı. Önemli olan, bir ülkenin ceza yasasını ya da belirli normları aynen kopyalamak değil, çağdaş sistemlerden karşılaştırmalı bir anlayış içinde yararlanıp kendi sistemini bulmaktır.

Bununla beraber, değiştirilmesi gereken bazı teknik yanlışlar mevcuttur. Bunlardan bazıları, suçun subjektif unsuruna; bazıları akıl hastalığı, sarhoşluk ve uyuşturucu kullanımı hali nedeniyle mazeret sebeplerine; bazıları, maddelerin sistematik yerine ilişkindir.

Kusurluluk İlkesi, Tasarı'da başlangıçta en çok ihmal edilen ilke olmuştu. Bu durum şaşırtmamalıdır. Çünkü Tasarı'yı hazırlayanların model olarak kabul ettiği İtalyan Kanunu da özellikle bu yönden oldukça sorunlu idi ve İtalyan Ceza Kanunu'nun birden fazla hükmü İtalyan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmuştu. Bu sorun yeni metinle giderilmeye çalışılmıştır fakat giderilmeye çalışılırken yürürlükteki Yasa-

⁷² Ünlü Alman müellif, Max Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsü'nden Hocamız Profesör Jescheck 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununu teknik bir şaheser olarak tanımlamıştır.

⁷³ Arjantin, Brezilya, Kore, Japonya, Çin gibi.

mız'ın 451. ve 452. maddelerinin öngördüğü haller konusundaki çözümler biraz karanlıkta kalmış görünmektedir.

kanunilik ilkesi ve bu ilkeyle yakından ilişkili olan Açıklık İlkesi,⁷⁴ Tasarı tarafından bazı hallerde gözardı edilmiştir. Örneğin, ihmal suretiyle icra suçları genel olarak açık biçimde düzenlenmemiştir. Yalnızca adam öldürme suçları bakımından bir özel düzenleme öngörülmüştür. “*Cinsel saldırı*” kavramı açık değildir. “*Örgüt*” kavramından ne anlaşılacağı, uluslararası düzenlemeler ve bu konudaki Palermo Sözleşmesi’nden yararlanılarak açıklanmamıştır. “*Milli yarar*”, “*niteliği itibarı ile gizli kalması gereken bilgi*” vs. birçok kavram açıklığa kavuşmayı beklemektedir. Kavramların açık olarak tanımlanması, dilsel olarak da bir reform anlamına gelecek bu yasa için özel bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır.

Kanun Tasarısı'nın en endişe verici sorunu; metin boyunca çeşitli hükümlerde, özellikle devlete ve belirli sembollerine karşı işlenen fiillerle ilgili olarak boy gösteren otoriter hüküm adacıları ile ilgilidir. Otoriter karakterdeki hükümleri bütünü ile ayıklamayı hedeflemiş böyle bir Tasarı'nın, bazı maddelerde bunu korumuş olmasının nedeni anlaşılammamaktadır. Yine basına karşı güvensizlik had safhaya çıkmış, nerede ise her ifade suçuna bir basın ağırlaştırıcı nedeni eklenmiştir. Bu kabul edilebilir bir hal değildir.

Bireyin bazı temel özgürlüklerine eski tasarımı hazırlayanlar tarafından bütünüyle saygı gösterilmemişti. Örneğin, cinsel özgürlük teriminin yerine muğlak bir “*cinsel bütünlük*” kavramı kullanılmıştı. Cinsel suçlarda kadıncık, evli-bekar ayrımı yapılmasının uygunsuzluğu bir yana; ırza geçme hallerinde evlenme vukuunda cezanın ertelenmesi, çağdaş dünyada kabul edilemeyecek bir anlayıştı. Hele hele ırza geçme fiilini birlikte irtikap edenlerin hepsinin içinden birinin mağdurla evlenmesi halinde, hepsinin cezasız kalabilmesi anlaşılır gibi değildi. Diğer durumlarda (kamu sağlığına, kamu düzenine ya da Adliye'ye karşı cürümlerde olduğu gibi) konu daha da karmaşık bir hal almakta idi; özellikle küçüklerin cinsel olarak sömürülmesi ile ilgili düzenlemeler de oldukça eksikti. Yeni metin bu eksiklikleri gidermeye çalışmıştır. Dileriz yeniden geriye doğru bir değişiklik öngö-

⁷⁴ Belirlilik ilkesi adı da verilen bu ilkeye göre, suç tipinin unsurları ve bu unsurların koşulları, herkesin hareketini hukuki duruma göre ayarlamasına olanak verecek ölçüde somut olarak tarif edilmiş olmalı ve normun kapsamı ve uygulama alanı bilinmelidir (BVerfGE 14, 174; 245, 25, 269). Özellikle suçun kurucu unsurları ve şiddet sebepleri tamamen belirli olmalıdır.

rülmez ve 12.05.2004 tarihi ile elimizde bulunan metnin ruhu ve felsefesi bu suçlar açısından korunabilir.

Cinsel amaçlı göçmen ticaretinin ayrıca ağır yaptırımlarla düzenlenmesi taraftarıyız. Bu hal için bir hüküm eksik olmamış ve fuhsa ilişkin düzenlemelerle karşılanmıştır. Yine, şehvet hissi ile küçüklerin kaçırılmasını düzenleyen, eski metindeki 336. maddenin “*aileye karşı suçlar*” bölümünde yer almasının yanlışlığı farkedilip suçun, hürriyet aleyhine işlenen suçlar kısmına alınması çok isabetli olmuştur.

Yine Tasarı, bazı suç tiplerini (örneğin “*kara para aklama*” gibi) ve Avrupa bakış açısından çok önemli olan bazı fiilleri gözardı etmiş görünmektedir. Aynı cepheden, dolandırıcılık fiillerinde uluslararası örgütlere karşı işlenen fiillerle ilgili bir düzenleme söz konusu değildir ve yolsuzluk (rüşvet vs.) cürümlerini düzenleyen hükümler, Avrupa kamu görevlileri ve benzer kamu görevi ifa eden kimselere uygulanamayacaktır.

Ceza Kanunu’nun genel kısmı reform çabalarını vurgulamaktadır. Birinci madde ile Ceza Kanunu’nun amacı çağdaş biçimde düzenlenmiştir. Üçüncü madde ile gelen Orantılılık İlkesi, aslen temel ilke olan “*Zarar İlkesi’nin*” de bir uzantısıdır. Öğreti ve yargı tarafından uzun zamandan beri kabul edilen bazı kurallar (örneğin, hukuka uygunluk sebebi olarak bir hakkın kullanımı ve hukuka uygunluk sebebi olarak rıza) yeni maddeler olarak yer almaktadır. Ceza Yasası’nda bazı temel anayasal ilkelerin vurgulanmasını da isabetli bulmaktayız. Ceza hukuku, anayasal ilkelere karşı her ülkede “*mutena bir köşe*” olarak kabul edilirdi.⁷⁵ Artık bu anlayış da kökünden sarsılmaya başlanmış ve ceza yasa koyucusunun da diğer yasalarda olduğu gibi, anayasal ilkeleri ilk elde gözetmeleri gereği açıklıkla belirtilmiştir.

Birinci Kitap’ın ilk iki kısmı ile ilgili temel eleştirel nokta, muhtemel kasıt ile bilinçli taksirin tam ayrılmamış olması ve objektif cezalandırılma şartları bakımından Kusur İlkesi’nin uygulanıp uygulanmayacağına ya da uygulanacaksa nasıl belirleneceğinin belli olmamasıdır. Taksir tanımı oldukça eksiktir. Taksir, yalnızca dikkat ve özen yükümlüğüne aykırılığı değil; tedbirsizliği, meslek ve sanatta acemiliği ve nizam, emirlere ve talimata uymama hallerini de kapsayacak şekilde tanımlanmalıdır.

⁷⁵ Stephen Shute, *With and Without Constitutional Restraints: A Comparison Between the Criminal Law of England and America*, 1 Buffalo Crim. L. Rev. 329-348.

Yine Tasarı'nın hata kuramı oldukça eksiktir.

Eksik ve tam teşebbüs ayrımının kaldırılması, buna paralel olarak faal pişmanlığın tek tipe indirgenmesi hiç de isabetli olmamıştır.

Bu kısımda örneğin, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul eden eski metnin 25. ve 26. maddeler gibi yeni düzenlemelerden vazgeçilmiştir. Bu maddelerin yeniden kabulünde büyük yarar vardır. Bu konudaki uluslararası yükümlülüklerle yeniden dikkat çekmek isteriz.

Yine, eğer fail yabancı bir ülkede cezasının sadece bir kısmını çekmişse “*ne bis in idem*” ilkesinin ne derece geçerli olacağı, azmettirmeye teşebbüs (Alman öğretisinde “*versuchte Anstiftung*” olarak ayrıca düzenlenen bir fiil) ve ağır cezalı bir suç işleme teklifi ve bu teklifin kabulü veya ağır cezalı bir suçun işlenmesi konusunda müşterek karara varılması gibi hususlarda eksikler bulunmaktadır.

Her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar söz konusu olduğunda, 321. madde suç için anlaşmayı ayrı bir suç olarak düzenlense de; genel olarak çok ağır fiiller bakımından bir hüküm, genel hükümler kısmında düzenlenmelidir. Ancak, kanun koyucu bu alanlara dokunmamayı, azmettirme teşebbüsünü ve suç işlemek için anlaşmaya varmayı cezalandırmamayı seçmiş olabilecektir; en azından çok ağır suçlar bakımından böyle düzenlemelerin getirilmesi taraftarıyız.

İhtiyarı ile sarhoşluk ve bu halde suç işlenmesi halleri kanımızca isabetli bir çözüme kavuşturulmamıştır. “*Actio libera in causa*” halleri hariç olmak üzere, ihtiyarı ile olsa dahi, sarhoş iken suç işleyen kimse yine de kusur yeteneği azalmış kimsedir. Sağır-dilsizler için ayrı kurallar yerine onları da durumun gerektirdiği ölçüde içerecek genel bir düzenleme daha uygun olacaktır.

“*İştirakte bağlılık kuralı*” adı verilen 40. madde düzenlemesi çok yerindedir. Ancak; iştirak için kasten ve hukuka aykırı fiilin işlenmesinin yetmesi; şahsi cezasızlık hallerinde şerikin cezadan kurtulamaması bakımından olumlu olsa da, hukuka uygunluk sebebinden yararlanan bir kimsenin fiiline kötü niyetle katılanın cezalandırılmaması sonucunu doğuracağından eleştirilmelidir.

Yaptırımlar kısmı belki de Tasarı'nın en önemli kısmıdır. Bu yaptırımlar sistemi geniş ölçüde değişikliğe uğramıştır. Ölüm cezası, savaş zamanında dahi olsa, tamamen kaldırılmıştır; ağır hapis ve hapis ayırımından vazgeçilmiştir. Hürriyeti bağlayıcı olmayan bir çok yaptırım türüne rastlanmaktadır;

başta, cezanın ertelenmesine ilişkin hükümlerin atf yaptığı bir çok önleyici tedbir gelmektedir. Ancak, şartlı salıvermeye ilişkin hükümler herhalde infaz rejiminde düzenlenmek üzere metinden çıkarılmıştır. Şartlı tahliyeye ilişkin eski metnin 67. maddesi, cezanın üçte ikisi çekildikten sonra serbest bırakılmayı sağlamaya yönelikti. Bu, mahkumun cezasının yüzde kırkını çektikten sonra salıverilebilmesini öngören 19. madde düzenlemesinin ve 647 sayılı Kanun'un 2. ek maddesinin yerini alacaktı. Artık bu konular infaz yasalarına bırakılacaktır.

Fer'i cezaların, neredeyse kalktığı izlenimi verecek ölçüde sınırlanması ve sınırlı bir kesime de güvenlik önlemi adı verilmesi kanımızca isabetli değildir. Güvenlik önlemleri ile cezaların felsefesi tümü ile ayrıdır. Fer'i ceza kurumu yeniden kabul edilip etraflı düzenlemeye tabi tutulmalıdır.

Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı hapis cezasına seçenek olarak "*kamu yararına bir işte çalıştırılma*" da öngörülmelidir.

Güvenlik önlemleri sistemi oldukça iyi karşılanabilir ama kısmen cezanın düşürülmesi ya da şartlı salıverilme durumlarında da uygulanacak olan bu önleyici tedbirlerin başarısı, temelde sosyal hizmet altyapısına ve şartlı salıvermede gözetim hizmetlerinin niteliğine bağlıdır. 1993 yılında Çocuk Mahkemeleri Yasası sistemi ile de böyle bir potansiyel soruna işaret etmiş idik⁷⁶ ama gözlediğimiz, o dönemden bu döneme altyapıda çok köklü iyileştirmelerin yapılamadığıdır. Ayrıca, Çocuk Mahkemesi Yasası ile düzenlenen tedbirler varken çocuklara uygulanacak tedbirlerin yeniden düzenlenmesi eleştirilmelidir.

Yine böyle bir reforma daha zaman olduğu hususunda Çocuk Mahkemesi'ne ilişkin Kanun'un takdimi örneği (07.11.1979 tarih ve 2253 sayılı Kanun) bir uyarı olarak kabul edilmelidir. Bu altyapısal hizmetlerin gelişimi ve daha da iyileştirilmesine çok önem verilmelidir. Kanun'un Resmi Gazete'de yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girmesinin planlanması oldukça erken olabilir.

2. Özel Kısım

Tasarı'nın en çok göze çarpan özelliği, bölümlerin kişilere karşı işlenen suçları başlangıç olarak, tamamen yeni bir düzene göre sıralamasıdır.

⁷⁶ Aydın, "Çocuk Mahkemeleri Yasası Sistemi ve Genel Olarak Türk Ceza Hukuku'nda Küçüklere Uygulanacak Emniyet Tedbirleri", Ankara Barosu Dergisi 1993.

Bizler de üniversitelerdeki derslerimizi kişilere karşı cürümler kısmından başlatarak, Tasarı'nın getireceği bu yaklaşıma öncülük etmeye çalışıyoruz. Bu tasnif şeklinin ve sıralamanın önem addedilmesi gereken sembolik bir değeri vardır. Bununla birlikte, özel kısmın çağdaş ya da çağdaşıya aykırı olarak değerlendirilmesi, maddelerin her şeyden önce yasa içindeki yerine değil içeriğine dayanmaktadır. Bazı bölümler, baştan çağdaş anlayışa göre düzenlenmişken –örneğin, cinsel bütünlüğe ilişkin bölüm en başta 1. kısmın 6. bölümünde idi- neden birden bire topluma karşı suçları düzenleyen ikinci kısma transfer olmuşlardır, belli değildir. Bugün ait oldukları kısma yeniden döndüklerini sevinerek görüyoruz. Umarız bu çerçevede yeniden bir geriye dönüş olmaz. Bu suçların, hakaret cürümlerinden ve ulaşım araçlarına karşı işlenen suçlardan daha sonra ele alınması zaten çok şaşırtıcı bir durumdu. Kişiler aleyhine bu suçların, genel ahlaka karşı suçlar kısmından çıkarılmış olması da olumlu karşılanmaktadır. Cinsel suçlar konusunda, çağdışı birçok düzenleme içindeki çağdışı bazı unsurlar kaldırılmıştır (örneğin, evli veya bekar olmak gibi). Evlilik içinde ırza geçmenin takibi eşlerden birinin şikayetine bağlanarak, evlilik içi ırza geçme müessesesi kabul edilmiştir (metin bu konuda çok açık olarak eşlerden birini fail, diğerini mağdur diye zikretmektedir). Bu bölümdeki değişiklikler kesinlikle doğru yönde adımdır.

Bu adımlarla bir yanlış giderilmiş olmaktadır. Türkiye'de çağdaş kadının haklarını korumak amacıyla daha ileri hükümler ileri süren bazı kadın örgütleri vardır. Ancak bu örgütler sınırlı birkaç "sosyetik" kadından oluşuyor sanılmaktadır. Bu çok yanlış bir kanıdır. Türkiye üniversitelerinde okuyan öğrencilerin yarıya yakını kız öğrencilerdir. Kadın üniversite profesörlerinin sayısı, bir çok batı Avrupa üniversitelerinden kat kat fazladır. Türk kadın avukatları, doktorları, düşünkâdınları, işkadınları, mühendisleri, öğretmenleri, öğretim üyeleri, serbest meslek erbapları, sanatkarları, yargıçları ve sayamadığımız daha pek çok meslekkadınının sayısı azımsanamayacak ölçüdedir. Çalışsın çalışmasın, öğrenim görmemiş ya da öğrenim ve mesleki gelişimi daha az olan kadınların da tartıştığımız konularla ilgili olarak, yukarıda sayılan meslek gruplarına dahil kadınlara paralel düşündüğü ve cinsel suçları çok ciddiye aldıkları, bilimsel araştırma çalışmaları ile ispatlanmıştır. Gerçekten birbiri için vazgeçilmez olan, toplumumuzun gelişmesi ve ilerlemesi için sağlıklı nesilleri ancak el ele vererek yaratabilecek, gelecek nesillerde barış, güven ve haysiyet duygusunu birlikte yeşertebilecek iki cins arasındaki barış ve güven duygularını kökünden

sarsan, mağdurlarında ağır travma yaratan ırza geçme cürümlerinin bir dönem sadece *“evlenmeyi engelleyen bir hal olarak”* algılanması büyük bir talihsizlik olmuştur. Annesini, karısını, kızını koruyup, kollayıp gözetken, ama *“başka kadına gelince”* ayrımcı düşünen bir parçalanmış benlik duygusu, Ceza Kanunu eliyle desteklenmemelidir. Yeni metin konuya oldukça sağlıklı bir bakış açısı getirmiştir.

Türkiye toplumunun geniş bir kesiminde, evlenecek bir kızın bakire olması gerektiği görüşünün yaygın olması, cinsel saldırıya uğrayan kimse-nin bakire olmasının ceza'yı artırıcı sebep olarak kabul edilmesinin gerekçesi olamaz. Bakireliğin kaybedilmesinin mayubiyet olarak algılanmaya çalışılması bir talihsizlik olmuştur. Böyle temel bir yanlıştan dönmek için süreye ihtiyaç olmadığı anlaşılmıştır.

Şüphesiz kimse, on sekiz yaşından küçük ve rıza ile cinsi münasebette bulunan iki gençten erkek olanını, toplumda kızın aleyhine gelişmiş birtakım anlayışların kurbanı olarak cezalandırmamalı. Ancak, bu gibi sorunların bir *“evlenme”* sorunundan çok *“rıza ile ilişkin”* bir ispat sorunu olduğunu kabul etmek gerekir. Kişilerin kimi zaman, özgür iradelerini ve nerede ise ruhsal dengelerini yitirecek ölçüde *“töre”*lerin esiri olabildiğini de biliyoruz. Aslen, evlenmeden rıza ile cinsi münasebete giren kızını öldüren baba da belki *“ideolojik terörist saikler taşıyan bir intihar komandosu”* ile aynı ruhsal durumda bulunuyor olabilir! Ama Ceza Yasası, intihar komandoluğuna davetiye çıkarıp, bağnazlığı meşru kılmamalı diye düşünüyorum. Eğer kadının cinselliğini, diğer tüm hareket özgürlüklerinde olduğu gibi bir *“aile”* ya da potansiyel *“eş”* değeri olarak değil, bir *“hürriyet değeri”* olarak görüp korursak, bu tartışmaları olumlu sonuçlandırabiliriz sanırım. Özellikle ırza geçme fiillerini yeniden düzenleyen maddeler, bu anlayışımızın haklı olduğunu ortaya koymuştur. Reşit olmayan kimseler arasında cinsel ilişkinin ayrıca düzenlemeye tabi tutulmak istenmesi, şu aşamada düzenlemenin içeriği belli olmasa dahi çok olumlu bir yaklaşımdır.

TCK'daki cinsel suçlarla ilgili, eski metin bakımından eleştirdiğimiz, düzenlemeler çağdaş dünyanın parçası olan hiçbir Avrupa ülkesinde yoktur ve bu düzenlemeyi çağdaş dünyanın parçası sistemlerden gelen dostlarımıza ve meslektaşlarımıza anlatırken utanmakta idik. *“Nasıl yani, bir fail tecavüz ettiği biri ile evlenirse, hatta bunlar birden fazla fail dahi olsa biri evlenirse, cezalandırılmıyorlar mı?!”* diye soruyorlardı. Bildiğimiz kadarı ile yürürlükteki Kanun düzenlemesine benzer bir örnek, hiçbir çağdaş ülkede

mevcut değil. Temel sorunun, zedelenen cinsel özgürlüğün, evlenme ile tamir edilemeyeceğini kavrayamamak olduğu açıktı. Artık bu gerçek görülmüş, yanlıştan dönülmüştür.

Çağdaş sistemlerde artık yasalaşmış bulunan koruyucu bazı ilkelerin ise yasalaştırılmalarının düşünülmemesi de genel olarak eleştirilmelidir. Aile içi şiddetle mücadelede ceza hukuku araçlarından yararlanılmaması, önemli ve ayrı bir sorun oluşturmaktadır. Fuhuş istismarı gibi, çocuğun cinsel ya da işgücü istismarının da ayrı düzenlemelerle cezalandırılmasını desteklemekteyiz.

Şüphesiz ceza hukuku, “*ultima ratio*”, son çaredir. Ancak ceza hukuku eliyle ayrımcılık yaratmak da savunulamaz. Bu notu aslen ceza hukukuna özgü olarak getirilmemiş ancak bununla doğrudan ilişkili temel hak ve özgürlükler bakımından hatırlatmakta yarar görüyorum

Kanun’da birçok bölüm yeni ve çok detaylı düzenlemeler içermektedir; örneğin, soykırım ve insanlığa karşı işlenen suçlar, özel hayata karşı işlenen suçlar ve adalete karşı işlenen suçlar ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Kanımızca hapishanelerde bulunan mahkumların aleyhine, son dönemde karşılaşılan birtakım siyasal sorunlardan da etkilenerek, haddinden fazla düzenleme yapılmıştır (m. 299-301). Bu düzenlemeler, özellikle otoriter bir karakter taşımaktadır ve hapishanelerde çalışan kamu görevlilerinin olası kötüye kullanma fiillerini gözardı ederek, yalnızca “*mahkum merkezli*” olarak getirilmiştir. İlgili bölüm için de diğer bölümlere özgü minimalist anlayışa paralel bir rejim getirmek yerinde olacaktır. Kaldı ki mahkum psikolojisi, mahkum olmayanın psikolojisinden çok farklıdır. Mahkumların bazı eylemleri ve tepkileri bu psikoloji iyice değerlendirilerek düzenlenmelidir.

Ayrıca, diğer bölümlerde son derece olumlu karşılanan bazı özel maddeler vardır, örneğin insanlar üzerinde deney yapmak hükmü.

Ayrımcılığın cezalandırılması gibi çağdaş dünyanın çoğulcu ve çok renkli ortamında olmazsa olmaz bir yaptırımın getirilmesi, yine takdir ettiğimiz çok olumlu bir gelişmedir.

Hayvanlara kötü muamele ya da eziyet ile ilgili düzenlemelerin getirilmemiş olması eleştirilmelidir. Çıkar amaçlı hayvan dövüştürmek ve bu yolla hayvanlara eziyet etmek bir cürüm olmalıdır. Yine, tarihsel mirasımızın, tarihi eserlerimizin korunması ile ilgili olarak bir dizi normun doğrudan Ceza Yasamız’a taşınması taraftarıyız. Özel yasalarda da reforma muhtaç bir çok norm bulunmaktadır. Tasarı vesilesi ile bunların da gözden geçi-

rilimesine en kısa zamanda başlanmalıdır. Özel Ceza Yasaları'nın önemi uygulamada çok daha büyüktür. Türkiye'de bir Ceza Kanunu'na muhalefetten açılan davaların dörtte üçü ve herhangi bir davada sanık olanların üçte ikisi Özel Ceza Kanunları çerçevesindedir.⁷⁷

Özel Kısım'da, suçların cezalarının daha açık olarak tanımlanmış olması çok olumlu karşılanmalıdır. Yürürlükteki Ceza Kanunu'ndaki bir çok hüküm, cezaların tayininde alt ya da üst sınırı belirlemiş olmasına karşın ve ilgili maddede belirlenmemiş olan sınırı 13. ve 15. maddenin geniş kapsamından almasına karşın, tasarı hem alt hem üst sınırı belirlemiştir. Bu durum takdire şayandır.

Yine *"bir toplumun ceza kanunu, kendi düşünce yapısına uygun olmalıdır"* anlayışından hareketle, tasarının uygulamada birbirinden ayrımı oldukça zor olan bazı kavram çiftlerini teke indirme eğiliminde olduğu görülmektedir. Ağır tahrik, hafif tahrik; nisbi elverişlilik, mutlak elverişlilik vs. gibi. Gerçekten, Türk felsefi düşüncesi, Kuzey Avrupa düşünce ve muhakeme sistemlerinden daha çok Güney Avrupa ve hatta Amerikan pragmatik yapısına uygundur. Fazla tasnifi, kavram içinden kavram çıkarıp sınırların belirlenmesinden pek hoşlanmaz. Bu itibarla, Tasarı'nın uygulamada birbirinden ayrılıp sınırlarının çizilmesini, zor kavram çiftlerini teke indirmesini memnuniyetle karşıyoruz.

Düşünce özgürlüğü bakımından, genel olarak belirtilmesi gereken, yukarıda yeri geldikçe değinildiği gibi; son Tasarı'nın belirli durumlara uygulanmasında, sadece ihlallere yol açacak bir çok hüküm içerdiği. Çoğu *"düşünce suçunda"*, AİHM'nin *"acil toplumsal gereksinim"* kriterinin gereklerinin, bir çok yargı kararında tam olarak yerine getirilmesine zemin hazırlayacak düzenlemelerin getirilmediği kuşkusuz içindedir.

Bu çerçevede önemli bir sorun da ifade fiilleri ile işlenebilen bir çok suçta getirilen cezaların ağır olmasıdır. Belirlenen cezaların alt ve üst sınırları da yargıca çok az takdir hakkı bırakmaktadır. Bu durum en alt ceza sınırı belirli bir olayın koşullarına nazaran ölçsüz olabiliyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlallerine yol açabilir. Yukarıda alt ve üst sınırın yasaca kesin olarak belirlenmesinin olumlu bir gelişim olduğu kanaatimizi ifade etmiştik. Ancak düşüncenin ifadesi suçları söz konusu olduğunda bu kanaat de ihtiyatla karşılanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade fiilleri söz konusu olduğunda, çok yüksek düzeyde tazminata izin veren yasaların,

⁷⁷ www.adli-sicil.gov.tr/istatist.htm

toplumun her kesiminde düşünce özgürlüğünün kullanılması üzerinde kabul edilemez bir “dondurucu etki (chilling effect)”⁷⁸ yaratabileceğini kabul etmiştir. Hakaret fiillerinde medeni tazminat hallerine ilişkin bir dava olan “Tolskoy Miloslavsky v UK” (1995) davası bu bağlamda vurgulanmalıdır. Bu ilke, ceza hukukunun uzun hapis cezaları ya da çok yüksek para cezaları öngörüşü durumlarda çok daha önemlidir. Kişiler ve özellikle basın, genel olarak ağır bir cezaya uğramaktan korktukları için özgürlüklerini kullanmaktan kaçınmaya zorlanmamalıdır.

Her durumda, yeni Ceza Kanunu, onu ileride yasa olarak uygulayacak bütün hukukçuların katılacağı gayretli bir hazırlık gerektirmektedir. Tasarı aceleye getirilmemeli ve uzmanların, toplumsal kesimlerin eleştirilerine kulak verilmelidir. Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi ve “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı Kanun’un, toplumun geniş kesimlerinin katılımı ile hazırlanması ve yasanın bütün olarak tanıtımı ile işlerlik kazanacaktır. Tüm bu önlemlerin hayata geçirilmesi, yalnız bu alanda çalışanların eğitilmesini değil, belirli bir mali külfeti de gerektirmektedir. Bu bağlamda, yeni projelerin yaratılması ve Avrupa kurumlarından destek alınması her karşılaştırmalı hukukçunun bir ödevi olmalıdır. Genel olarak, eleştirdiğimiz kısımlar üzerinde bir kere daha düşünülerek, oluşturulacak tasarının bir an önce yasalaşması taraftarıyız. Halihazırdaki Tasarı’da uzun ve değerli uğraşların sonucunda çok deneyimli ve donanımlı hocalarımızın emeği vardır. Bu emek şüphesiz çok önemlidir ve hakkı olan desteği görmelidir. Ceza Kanunu gibi temel bir yasa için doğru olan, ancak geniş toplumsal kesimlerin uzlaşması ile kabul edilen bir metin olmasıdır. Toplumuna yabancı bir ceza yasası düşünülemez. Uzlaşma bakımından temel zorluk çıkaran bir ikilem; nerede hukuk mühendisliğinin bitip toplumun isterlerinin yansıtılacağı, nerede evrensel değerlerin toplumun isterlerine karşın sağlam biçimde ayakta kalacağı sorusunda gizlidir. Dünya milletler ailesinin şerefli bir üyesi olan Türkiye toplumu, bugüne dek ananeleri ile çağdaş uygarlık ölçütleri arasında pek iyi bir denge kurabilmiş, yeryüzeyinin çok çeşitli iklimlerinde çok çeşitli koşullar altında ayakta kalmış ve kendini geliştirmiş, medeni bir kültür milletidir. Kendisine yaraşır yeni bir ceza kanunu tasarısını şüphesiz kanunlaştıracaktır.

⁷⁸ Düşüncenin ifade edilmesinden dolayı takibata uğrama korkusu yüzünden ifade edilememesi, otosansüre tabii tutulması.