

5237 SAYILI (YENİ) TÜRK CEZA YASASI'NIN ANAYASAYA VE HUKUKA AYKIRILIK YÖNÜNDEN İNCELENMESİ

Ş. Cankat TAŞKIN*

5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nı Anayasa'ya ve hukuka aykırılık yönünden incelediğim bu kısa çalışmada, Yasa'nın hukuki devrim olarak nitelendirilebilecek maddeleri üzerinde durmak yerine, Yasa'da gördüğüm hukuka ve Anayasa'ya aykırılıkları belirlemeye ve bu konularda kendi görüşümü de sunarak uygulamanın bilfiil içinde olan biz avukatlara ve yargının diğer birincil öğeleri olan yargıçlarla savcılara fikir vermeye çalıştım.

Yasa'da, çok önemli Anayasa ve hukuk ihlalleri gördüm. İlk bakışta pek sakıncalı görünmeyen bazı maddeler, zamanla uygulamaya geçildiğinde ciddi sıkıntılara veya geri dönülmesi güç hatta olanaksız sonuçlara varabilir. Elimden geldiğince bu aykırılıklara dikkat çekmeye çalıştım.

İncelememde madde sıralamasını esas aldım. Gereken yerlerde 765 sayılı (eski) Türk Ceza Yasası'na, Anayasa'ya, Medeni Yasa'ya ve diğer ilgili mevzuata atıflarda bulundum.

Çalışmamın yararlı olması dileğiyle...

1. 5237 Sayılı Yasa, m. 4: Kanun'un Bağlayıcılığı

"1. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.

2. Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle, kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz."

Yasa'nın bu maddesi, ilk bakışta son derece hukuka uygun görülmele birlikte, fikrimce, 2. fıkradaki "sakınilamayacak hata" ve "meşru sanma" ifadeleri Yasa'nın uygulanmasında oldukça önemli hukuki sakıncalara yol açacaktır.

* Bursa Barosu üyesi.

Sakınılamayacak hata kavramından anlatılmak istenenin ne olduğu açık değildir. Ancak maddenin gerekçesinde bundan neyin kastedildiği konusunda, kişinin fiilin haksızlığını bilmesi gerektiğinden bahsedilmiş ve kişinin işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde değilse cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Ancak, gerekçe göre, işlenen fiilin yasada suç olarak belirtildiğini bilmek gerekmez (yani bilinmiyorsa da bu maddenin korumasından yararlanılır).

Fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğu yönündeki hatanın kaçınılmaz olması halinde kişi suçlanamaz. Fakat, burada açıklanması gereken, kaçınılmazlıkla neyin kast edildiğidir.

Burada kastedilen, “mücbir sebep” ise, düzenleme bir yönden doğrudur diyebiliriz. Fakat, mücbir sebep, hukukta, kişinin elinde olmayan nedenlerden dolayı, bir sonucun meydana gelmesini ve kişinin bu sonucu değiştirmeye gücünün yetmemesini anlatmaktadır. Şu halde maddedeki kaçınılmaz hatanın mücbir sebep kavramını belirttiği söylenemez. Çünkü hata kavramında dış nedenlerden çok kişinin içindeki bir istenç (irade) yitimi söz konusudur.

Acaba burada kast edilen hata mıdır? Zira hata kişinin biraz dikkatle önleyebileceği ve dikkatindeki bir anlık kayıpla ortaya çıkan istem dışı durumdur. Sakınılamayacak hata da olsa olsa kişinin elinde olmayan, istenci dışında gelişen, deyimi yerindeyse, “mücbir sebep benzeri” bir kavramı ifade etmelidir. Bu nedenle, neyin kast edildiğinin açık olmaması da maddenin uygulanmasında ciddi sıkıntılara yol açabilecektir.

Yasa’nın 2. fıkrasının bu şekilde uygulanması, ciddi hukuka aykırılıklara yol açabilir. Çünkü, sakınılamayacak bir hataya dayanarak bir fiili meşru sandığını belirten bir sanık beraat edebilecektir. Zira, gerekçede kişinin fiilin haksızlığını bilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Sanığın haksızlığı bilmemesi o suçtan beraat etmesinde haklı bir neden olabilir mi? Sanık beraat edecekse, maddenin ilk fıkrasının anlamı nedir? Yasa koyucu, 2. fıkrayı koymakla neyi amaçlamıştır? Bu husus açıklanmalı ve doğabilecek hukuka aykırılıklar önlenmelidir.

Eğer bu maddede kast edilen, 765 sayılı TCK’nın 45. maddesindeki “kastın bulunmaması cezaı kaldırır. Fakat herkes ihmalden sorumludur.” -ki bu maddenin böyle yorumlanması gerektiği kanısındayım- ilkesiye, düzenleme yerindedir. Ancak, bu ilke de zaten Yasa’nın 21 ve 22. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kabulde bile, yasa koyucuyu ceza yasaları için çok sakıncalı olan yoruma yol açması yönüyle eleştirebiliriz. Zira, bir ceza yasasının yoruma açık olması, “suçta ve cezada eşitlik” ilkesine aykırılığa yol açabi-

lir. Bu da hukuki açıdan oldukça sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Ceza yasalarının yorumu yol açmayacak, tartışma oluşturmayacak şekilde açık düzenlenmesi gerekir.

2. 5237 Sayılı Yasa, m. 25: Meşru Savunma ve Zorunluluk Hali

Düzenleme şöyledir:

“1. Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı, o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde def etmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

2. Gerek kendisine ve gerekse başkasına ait ...”

Düzenlemede ilk dikkatimi çeken husus, hak kavramının geniş tutulmuş olmasıdır. Öyle ki, 765 sayılı TCK’nın, meşru savunmayı düzenleyen 49. maddesinin 2 ve 3. fıkraları meşru müdafaayı yalnızca can ve ırzla sınırlandırmıştır.

5237 sayılı Yasa’nın bu şekliyle uygulanmasının bazı sakıncalara yol açacağı görüşündeyim. Meşru müdafaanın tüm haklar için uygulanması doğru mudur? Örneğin; herhangi bir kişinin, park halindeki otomobiline zarar vermeye kalkışan birini orantılı biçimde kovması (yaralama da olabilir) failin fiiliyle kıyaslandığında fazla ağır bir savunma yolu değil midir?

Yasa’daki düzenlemenin, eski yasadaki gibi ırz ve canla sınırlandırılması ve buna ek olarak konut dokunulmazlığını ihlal suçu için de meşru müdafaanın kabul edilmesi doğru olur görüşündeyim (Evine hırsız giren birinin, hırsız kovmak için güç kullanması yerindedir).

Medeni hukuktaki yasal savunmada, mala yönelik saldırının uzaklaştırılması da ödentiği (tazminatı) gerektirmemektedir. Medeni hukukun mantığı açısından bu düzenleme yerindedir. Fakat, ceza yasası açısından mala karşı işlenen suçlarda bu düzenlemeyi getirmek, yasal savunmanın sınırının fazlaca genişletilmesi sonucunu doğuracaktır ki bu daha hafif bir hakkın ihlali (malvarlığı dokunulmazlığı) halinde bile, mütecaviz açısından çok ağır sonuçlar doğurabilecek ağır kayıplara (can kaybı veya vücut tamlığının ihlali) yol açabilecektir.

Maddenin gerekçesinde ise, yasal savunmanın kapsamının geniş tutulmasının caydırıcılığı arttıracığı belirtilmektedir. Bu görüşü, yukarıda açıkladığım gerekçelerle benimseyemiyorum. Önemli olan, önceliğin caydırıcı

lığa değil, hakların dengelenmesine verilmesi ve mağdurla failin karşılaşacağı hak kayıplarının arasında dengesizliğin oluşmaması olmalıdır.

Tüm hak ihlallerini yasal savunma kapsamına almak yanlıştır. Bu, pek çok hak ihlalinin, aslında suç olduğu halde beraatle veya cezasızlıkla sonuçlanmasını gerektirecektir.

3. 5237 Sayılı Yasa m. 92: Zorunluluk Hali

Yasa'nın 91. maddesinde organ bağışı ve bunun koşulları ayrıntılı olarak sayılmıştır. 92. madde ise, 91. maddeye ayrıksıdır.

Bu ayrıksı düzenlemeye gitmenin nedenini anlamakta güçlük çektiğimi belirtmeliyim. Çünkü, Yasa'nın bu şekli kişiye aslında 91. maddede yasaklanmış olan organlarını satma hakkını tanımaktadır. Gerçi, düzenleme her ne kadar kişinin "*içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar*" ifadesiyle, kişiye özgü durumları belirterek yargıca ceza uygulama bakımından takdir yetkisi tanıyor olsa da hukukun temel ilkesi olan ve MK m. 23'te de "*kişiliğin Korunması*" başlığı ile belirtilen "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz!*" yönündeki ilkeye de açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Medeni Yasa'nın 23. maddesinin son fıkrasında ise, bilimsel ya da tıbbi amaçlarla ve yazılı rıza üzerine, insan kökenli biyolojik maddelerin alınmasına, aşılmasına ya da nakline olanak tanınmıştır. Fakat, burada önemle belirtilmesi gereken nokta şudur ki "*ancak organ bağışı ya da nakli için bu maddedeki 'yazılı rıza' koşulu*" benimsenmektedir. Oysa, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda izin verilense "*organ ticareti*"dir. Hukuken, satışla bağışlamanın da farklı akitler olduğu da açıktır. Kaldı ki organ bağışının bir akit olamayacağını da MK m. 23c son, açıkça belirtmektedir. Çünkü son cümlede, bağışlama taahhüdünde bulunan kimsenin bunu yapmazsa ifaya zorlanamayacağı ve kendisinden tazminat talep edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu özellik de akitlerin ifa edilmemesinin sonucu olan tazminat ya da cezai şart yaptırımını organ bağışı için uygun görmemektedir. Dolayısıyla, organ bağışını akit saymak olanak dışıdır. Zira, akit sayılıysaydı, kişi, yaptırım (cezai şart ya da tazminat) baskısıyla, istemediği ya da vazgeçtiği halde organını vermek zorunda kalabilirdi.

Öyleyse, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 92. maddesi açıkça hukuka aykırıdır! Zira, hukuk her şeyden önce bir bütündür ve gerek medeni hukukun gerekse ceza hukukunun temel ilkeleri aynıdır. Düzenlemenin medeni yasada yapılmış olması, ceza yasasında -ayrıksı bile olsa- tersine bir düzenlemeyi haklı gösteremez!

*“Kişinin vücut bütünlüğünün korunması” da doğal hukukun en temel ilkele-
rindendir. Nasıl ki hukukumuzda bir kimse “özöldürü” (ötenazi) yolu ile ya-
şamına son verilmesini isteyemezse, organlarını da satamamalıdır. Bu ku-
rala da “hangi gerekçeyle olursa olsun” ayrışması konmamalıdır.*

Maddenin uygulamada sıkıntıya yol açacak bir yönü de şudur ki mad-
dede ifadesini bulan ekonomik ve sosyal koşulları hakim neye göre belir-
leyecektir? Zenginlik görecelidir. Zenginlikte veya sosyal koşullarda han-
gi gelir düzeyindeki ya da statüdeki kişiler dikkate alınacaktır? Zenginli-
ğin göreceli oluşu, aynı olayla ilgili olarak yargıçların farklı sonuçlara var-
masını ve hukuktaki denkleştirici adalet ve uygulamada eşitlik ilkeleri-
nin zedelenmesine yol açmayacak mıdır?

Ayrıca, sosyal devletin temel ödevlerinden biri de kamu düzeni-
nin sağlanması, korunması ile sağlıklı nesiller yetiştirilmesine yardımcı ol-
maktır. Ancak, 92. maddenin uygulanması, sosyal devletin ve hukuk devle-
tinin bu temel işlevlerine aykırı olacaktır. Zaten maddenin bu biçimiyle uy-
gulanması 1982 Anayasası’nın 2, 12, 17, 41. (dolaylı olarak), 56. (f. 3), 58. (do-
laylı olarak) açıkça aykırıdır!

Maddenin kötüye kullanılması da mümkündür. Bir yandan 91. mad-
deyle organ ticareti yasaklanırken, diğer yandan 92. madde ile buna -istis-
nai bile olsa- bir yol açmak söz konusu olursa, organ mafyalarının mali yön-
den zor durumdaki kişilere organlarını satmaları için baskı yapmaları gün-
deme gelecektir ki bu durum hukuk devleti açısından son derece sakın-
malıdır.

Bu maddenin bu şekliyle uygulanmasının önüne geçilmeli, yargıçla-
rımız bu maddeyi uygulamamalı ve uygulatmamalı, avukatlar ise, önle-
rine gelen buna ilişkin dosyalarda def’i yoluyla (Anayasa m. 152) Anaya-
sa’ya aykırılığını ileri sürerek, maddeyi iptal ettirmelidirler.

4. 5237 Sayılı Yasa m. 104: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki

*“1. Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cin-
sel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıy-
la cezalandırılır.*

*2. Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksı-
zın ceza iki kat arttırılır.”*

Maddenin 2. fıkrası Anayasa’ya aykırıdır. Çünkü, faillerin yaşının fark-
lı olması üstelik, yaş farkının beşten çok olmasının farklılık oluşturma-

sı, yasanın uygulanmasında birtakım hukuki sakıncalara yol açabilecektir. Bu durumu şöyle bir örnekle açıklayalım;

Olay 1: “Fail on sekiz, mağdur on altı yaşında ise (on beş yaşını doldurmuş ise); aradaki yaş farkı sadece ikidir. Bu durumda, suç, 2. fıkra gereğince şikayete tabi olmakta ve verilecek ceza yarı yarıya indirilmektedir.

Fail on dokuz mağdur on altı yaşında ise durum yine değişmemektedir. Sadece, yaş farkı üç olmakta ve bu da 2. fıkranın uygulanmasını gerektirmektedir”.

Olay 2: “Fail yirmi bir, mağdur on altı yaşında ise; bu durumda aradaki yaş farkı beştir. 2. fıkroda beş yaştan fazla bir yaş farkı arandığından, suç bu durumda da şikayete bağlı olacak ve cezada yine yarı yarıya indirimine gidecektir. Ancak; fail yirmi iki, mağdur on altı yaşında ise; bu durumda ise aradaki yaş farkı altıdır. Dolayısıyla, suç artık resen koşuşturulur ve tam cezaya hükmedilir”.

Görüldüğü gibi, faille mağdurun arasında beş yaştan fazla fark olması, 1. Olaydaki ve 2. Olaydaki failler reşit olmasına rağmen faillerin arasında farklılığa yol açmaktadır. Bu durum, 5237 sayılı Yasa’nın 3. ve 1982 Anayasası’nın 10. maddelerindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Üstelik, tüm örneklerde failler reşittir. Yani, ceza hukukunun uygulanmasında 18 yaşını doldurmuş sayılmaktadırlar. Ancak, salt yasa koyucunun faille mağdur arasında beş yaşlık farkı öngörmesi aynı suçu işleyen ve hukuken aynı statüdeki faille farklı ceza verilmesine yol açtığı gibi, 2. olaydan görüleceği üzere, aynı suçu işleyen ve hukuken aynı statüde olan iki failden birinin fiili için şikayet koşulunu öngörürken, diğeri fiilin re’sen koşuşturulmasını gerektirmektedir. Doğrusu, failin reşit olup olmamasına göre ayrıma gitmekti. Bu durumda, 5237 sayılı Yasa’nın 6. maddesinin (b) bendi de uygulanmış ve yasa kendi içinde tutarlı düzenlenmiş olacaktı.

Hukuka ve Anayasa’ya uygun uygulanan bir yasa, hukuk devletinin ve sosyal devletin yerleşmesinde, biçimlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Biz hukukçuların toplumun önünde yer alıp hukuk ve Anayasa dışı uygulamalara hukuki ve anayasal yollardan tepki göstermemiz gerekir görüşündeyim. Hukukçu, topluma ışıktan tutan, cesur insandır. Anayasa’ya veya hukukun uluslararası ilkelerine açıkça aykırı olan kuralları uygulamamak ve uygulatmamak da hukukçunun en temel ödevlerindendir. Tüm hukukçuların bu bilinçte olması ve hukukun layığıyla uygulanması dileğiyle...