

5237 Sayılı TCK'nın Genel Hükümlerinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*

Şerafettin İSTE**

5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girişinin 9. Yıl dönümünde bizleri bir araya toplayan ve bundan 45 yıl önce mezun olmaktan onur duyduğum İstanbul Hukuk Fakültesinin Dekanı Sayın Adem Sözüer'e teşekkürlerimi sunuyorum. Bu tebliğimiz, 01.6.2014 tarihindeki sunumumuzun 2015 tarihli Yargıtay kararları çerçevesinde güncellenmiştir.

Bu çalışmamızda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun; faillik, yardım, teşebbüs, haksız tahrik, gönüllü vazgeçme gibi müesseselerin uygulamaları ile tehdit, korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde silahla ateş etme veya patlayıcı madde kullanma suçuna dair Yargıtay'ın yaklaşımına satır başlarıyla değinilecektir. Bu hususta örnek kararlar ışığında konu açıklanmaya çalışılacaktır.

1- Bildiğimiz gibi 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

O tarihe kadar 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu'na göre lisans eğitim görmüş, daha sonra kimimiz akademisyen, kimimiz de hakim, savcı ya da avukat olarak uygulamada görev aldık. Kanun değişikliğiyle, yeni Ceza Kanunu'nu öğrenmeye, onun ruhunu anlamaya çalıştık.

Uygulamada bazı aksaklıklar var ise de, bunun asıl nedeni eski Yasa zihniyetinden uzaklaşmamaktan kaynaklanmaktadır.

* Bu çalışma hakem incelemesi dışında tutulmuştur.

** *Yargıtay 1. Ceza Dairesi Başkanı*

Dairemiz Üyesi sayın Eyüp Yeşil yeni Ceza Kanunu'nun 40. maddesindeki -bağlılık- kuralını, yine Dairemiz Üyesi sayın Muzaffer Özdemir de 44. maddedeki-fikri içtima- kuralını anlatacağından, onların anlatacağı konulara girmek istemiyorum.

Ancak şu kadarını söyleyeyim ki eski TCK'nın da bağlılık kuralı ile ilgili olarak 66. ve 67 maddeleri vardı. Vakıf olma (bilme) koşuluna bağlı olarak 66. maddede şahsa bağlı artırıcı nedenler, 67. maddede de fiile bağlı artırıcı nedenler düzenlenmişti. Yeni Ceza Kanununda ise müşterek işlenen (TCK'nın 37. maddesi kapsamında) suçlarda bağlılık kuralı yoktur. Ancak suça katılanlardan (iştirak edenlerden) azmettirme (TCK'nun 38. maddesi) ve yardım etme (TCK'nun 39. maddesi) durumlarında 40. maddedeki bağlılık kuralı işlemeye başlar.

2- Yine eski yasadaki 451, 452, 463 ve 464. maddeler yeni yasada yoktur.

Gerek bazı akademisyenler, gerekse bazı uygulayıcılar eski yasadaki 463. maddenin gayet yerinde bir düzenleme olduğunu söylemekte iseler de; ben şahsen 463. maddenin kaldırılmış olmasını gayet yerinde bir düzenleme olarak görüyorum. Kürsüde görevli iken bu madde beni rahatsız ediyordu. Adeta suçun cezasının paylaşılması gibi geliyordu.

Gerçi o zaman da şimdi ki yasadaki 37. maddenin karşılığı olan 64. madde o şekilde yorumlanmayabilirdi. Ama önemli olan uygulamanın bakış açısıdır. Maddenin Türkiye'deki uygulaması, cezanın paylaşılması sonucuna yol açıyorken, 463. maddeyi korumanın uygun olmadığını düşünüyorum.

O zamanki Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bahsedeceğim üzere, bizim düşündüğümüz gibi düşünmüyordu.

1982 yılında Kilis Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı iken verdiğimiz bir kararın bu konudaki gerekçesini aynen kararda yazıldığı gibi harfine, virgülüne dokunmadan aktarmak isterim. Olayda birden çok sanık, iki tane de maktül vardır. Kararın gerekçe kısmı aynen şöyledir: "Her iki maktülde de birer adet mermi yarası görülmüştür. Maktül B'de bir giriş ve bir çıkış deliği, maktül M'de sadece bir giriş deliği mevcuttur. Yukarıda öldürme olayına katıldıkları belirtilen sanıklar-

dan her biri de kavgada tabancalarla ateş etmişlerdir. Acaba burada bu sanıklar için 765 sayılı TCK'nın 64. maddesi mi, 65. maddesi mi uygulanmalıdır? Yoksa 765sayılı TCK'nın 448. maddesinde belirtilen fiili birkaç kişi birlikte yapmış olduğundan ancak failin de kim olduğu belirlenemediğinden 765 sayılı TCK'nın 463. maddesi mi uygulanmalıdır? Bu durumun tartışılması gerekir. Şayet sanıklardan sadece birisi silahı ile ateş etmiş ancak ateş eden sanık tespit edilememiş olsa idi diğer sanıklar icra hareketini yapan sanıklara ortaklık yapmamış olacaklarından sanıklardan her biri fer'i maddi fail durumunda kalacağından TCK'nın 65. maddesinin uygulanması gerekecektir. Bunun için de atışın tek olması sebebiyle sanıklar asli faili belli olmayan bir suçun fer'i failleri durumunda olacaklardır.

Bir olayda TCK'nın 463. maddesinin uygulanabilmesi için sanıkların ayrı ayrı icrai fiillere ortaklık etmiş olmaları ve ancak bunlardan hangisinin asli maddi fail olduğunun belli olmaması lazımdır. Örneğin birden çok sanık silahları ile ateş etmiş fakat mağdurda oluşan veya ölümüne neden olan yaranın bunlardan hangisinin attığı silahla oluştuğunu tespit edilememiş bulunması gerekir. İşte olayımızda da bu son anlatılan durum vardır. Yukarıda isimleri belirtilmiş olan sanıkların hepsi maktüle ateş etmiş her biri icrai fiillere ortaklık etmişlerdir. Ancak hangisinin asli maddi fail olduğu tespit edilemediğinden sanıklar hakkında TCK'nın 463. maddesi uygulanmıştır.”

Bu karar o tarihte Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır.

Bu karar şimdi verilse, suç tarihi 01.06.2005'ten sonra olmak koşulu ile tüm sanıklara TCK'nın 37. maddesi uygulanarak her bir sanığın eyleminin TCK'nın 81. maddesi kapsamında olduğunu söyleyebiliriz. İşte yeni yasadaki bakış açısı budur. Fiil üzerinde ortak hakimiyet kurulup kurulmadığına bakılacaktır. Suç ortaklarının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı nitelikte olup olmadığına bakılacaktır. Bu açıklama ve kabule göre örnek verilen olayda her bir sanığın suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde hakimiyet kurduklarından 37. madde gereğince her birine 81. maddeden ceza verilecektir.

3- Eski yasadaki 65. madde ile yeni yasadaki 39. maddede de aynı şey söz konusudur. Önemli olan suçun işlenişine katılma düzeyi-

dir. Suçun işlenmesi için yazılan senaryoda her bir sanığın ayrı ayrı rolleri vardır.

İki kişi düşünelim ki maktül (M)'yi öldürmek için onun evine giderler. İkisi de silahlıdır. Oluşturdukları senaryo gereği biri kapının zilini çalacaktır. Bu sırada diğeri evin arka penceresinin önünde bekleyecektir. Maktül hangi taraftan çıkarsa oradaki sanık ateş edecektir. Sonuçta maktül (M), birinin ateşi ile ölür. Onun öldüğünü birlikte kontrol ettikten sonra, birlikte kaçarlar.

Artık burada ateş edene asli fail diğere yardımcı fail diyemeyiz. Her ikisi de asli faildir. Önemli olan suçu birlikte işleme kastıdır. Suç üzerinde ortak hakimiyet kurmaktır. Eski deyimle "irtikap" etmektir. Genel Kurullarda bile eski ve yeni yasa zihniyetlerinin karıştırıldığını pek az da olsa görüyoruz.

4- Yukarıdaki anlatımlarım doğrultusunda, yeni uygulamanın şekillenmesini destekleyen yeni dönemdeki bir kısım Yargıtay Kararlarını örnek olarak belirtmek isterim:

a. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.05.2011,1-59/85

"Sanıkların maktül ile aralarında yaşadıkları olay nedeniyle bardan ayrılarak geldikleri sanık F'in evinde birlikte aldıkları suç işleme kararı ve yaptıkları iş bölümü çerçevesinde, sanık M. barın bulunduğu pasajın içinde gözcü olarak kalırken, sanık F'nin elinde av tüfeği ile önde, sanık K'nın ise kuru sıkıdan dönüştürülen tabanca ile onun arkadaşının da bara girmesi, maktule 6-7 metre mesafeden iki el ateş ettikten sonra, elindeki av tüfeğini maktule yeniden ateş etmek üzere dolduran sanık F'ye barda bulunan kişilerin müdahale etmemesi ve bunun sonucunda sanık K'nın elinde bulunan tabanca ile barın içine rastgele ateş etmesi ve bunun sonucunda sanık F'nin av tüfeğini en az iki kere doldurup daha da yaklaşarak maktule en az dört el daha ateş etmesi sonucu maktulün ölmesi şeklinde gelişen olayda, suçun işlenmesinde üstlendiği rol ve yaptığı katkı göz önüne alındığında sanık K'nın diğer sanık F ile birlikte kasten öldürme suçunu 5237 sayılı TCY'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak gerçekleştirildiğinin kabulü gerekmektedir."

b. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 447/4222 sayılı kararı

“Kabul ve gerekçeye göre; Sanığın olay öncesi Darıca’da ev tutması, diğer sanık Tayfur adına olaydan önce olayda kullanılan aracı satın alması, telefon baz istasyonlarından anlaşıldığı üzere sabah ve akşam saatlerinde maktulün öldürüldüğü olay yeri ve çevresinde olduğunun tespit edilmesi ve olay sabahı olay sabahı olay yerine araç ile giderek sanık Tayfur’un tabanca ile maktulü öldürdüğü sırada çalışan araç içinde olay yerinde bekleyerek, olay sonrası maktulün ölüp ölmediğini kontrol ettikten sonra, idaresindeki araçla diğer sanık Tayfur ile fikir ve eylem birliği içerisinde suçun işlenişini üzerinde ortak hakimiyet kurarak, müşterek fail olarak eylemlerini gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde, sanığın 5237 sayılı TCK’nun 37. Maddesi kapsamında suça müşterek fail kabulü ile TCK’nun 37,82/1-a ve 62 maddeleri gereğince hüküm kurması yerine, aynı Yasanın 39. Maddesi uyarınca yardım eden olarak katıldığının kabulü ile yazılı şekilde hüküm kurulması..”

c. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 20.05.2015 gün ve 6131/3232 sayılı kararı:

“Sanık A.İ. hakkında maktule yönelik eyleminden kurulan hüküm yönünden; olay akşamı sanıkların, sanık H.İ.’nin sevk ve idaresindeki araç ile olay yerine geldikleri, olay yerinde maktulü gören sanık H.İ.’nin onu yanına çağırdığı, maktul ile konuşurken aralarında tartışma çıktığı, tartışmanın kavgaya dönüşmesi üzerine kavgayı gören sanık A.İ.’nin araçtan inerek kavgaya dahil olduğu, sanık H.İ.’nin üzerindeki bıçağı çıkararak kabzası ile maktulün kafasına vurduğu sırada maktulü tuttuğu, maktule yumruk vurduğu, mağdurların kavgaya müdahale ederek aralamak istediklerinde sanık H.İ.’nin mağdurlara bıçak ile saldırarak yaralamak istediği, kavga sırasında sanık H.İ.’nin bıçak ile maktulü göğüsten yaraladığı, sanık A.İ.’nin maktulün eve kaçmak istemesi üzerine ona engel olduğu, maktulün yaralanması nedeniyle yere düştüğünde diğer sanık da maktulü kollarından yerde sürükleyerek götürmeye çalıştıkları sırada olay yerine polis gelmesi üzerine maktulü bıraktıkları olayda:

Sanık A.İ.’nin diğer sanık H.İ. ile birlikte irade birliği içerisinde ve fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak suça müşterek fail olarak katıldıkları anlaşıldığı halde haklarında 5237 sayılı TCK’nın 37/1

maddesi yerine suça yardım eden olarak katıldıklarının kabulü ile aynı yasanın 39. maddesinin tatbiki ile yazılı şekilde karar verilmesi...”

d. Yargıtay 1. Ceza Diyesi 24.06.2015 gün ve 466/4047 sayılı kararı:

“Maktul E. ile sanık H.’nin teyzesinin kızı, suça sürüklenen çocuk A. ise sözlüsü olan HJ’nin internet ortamında tanışarak görüşmeye başladıkları, sanık ile suça sürüklenen çocuğun bu görüşmelerden rahatsız olduğu, olay günü, A., HJ ve HJ.’nin kardeşi G’nin oturmak amacıyla H.’nin evine gittikleri, maktulün cep telefonundan HJ.’ye mesaj göndererek buluşmak istediği teklifinin reddedilmesi üzerine bu kez arayarak birlikte içki içmeyi teklif ettiği, telefona çıkan H.’nin maktule kızdığı ve bir daha aramamasını söylediği, buna rağmen maktulün ısrarla HJ’nin cep telefonunu aradığı, üçüncü aramayı cevaplayan A.’ya maktulün küfrettiği, bunun üzerine A.’nın “Erkeksen yüzüme söyle. Yeşiltepe’deyim, bekliyorum” diyerek telefonu kapatıp, öldürülecekse ölecek, öleceksek öleceğiz dediği, bunu üzerine H.’nin “Hadi göreceğiz bakalım erkekliğini, her şeyimle yanındayım ama ne olursa olsun beni karıştırmayacaksın, her şeyi sen üstleneceksin” dediği, A.’nın da “tamam” diye cevap verdiği, H.’nin mutfaktan aldığı bıçaklardan birini yanına aldığı diğerini ise A.’ya verdiği, birlikte Yeşil Tepe Mevkii’ne gittikleri, kısa süre sonra maktul E. ve katılan Ali’nin de olay yerine geldikleri, A.’nın “o benim sözlüm lan” diyerek E.’ye sataştığı, kavga çıkacağını anlayan Ali’nin konuşarak halledebiliriz diyerek araya girdiği sırada H.’nin bıçakla Ali’yi bacağundan yaraladığı, daha sonra E.’nin bacağına bıçakla vurduğu, kaçmak isteyen maktulü yakaladığı ve göğsünden bıçaklayarak öldürdüğü, suça sürüklenen çocuk A.’nın ise yanında getirdiği bıçağı çıkararak Ali’nin üzerine gittiği anlaşılan olayda

aa. Sanık H. ve suça sürüklenen çocuk A.’nın fikir ve irade birliği içerisinde fiil üzerinde ortak hakimiyet kurarak suçu birlikte işledikleri, sanık H.’nin eylemine etkin şekilde katılan suça sürüklenen çocuğun eyleminin yardım düzeyin aşır doğrudan katılma düzeyine ulaştığının kabulü ile 5237 sayılı TCK’nın 37/1, 81/1, 29, 31/3 ve 60/1 maddeleri uyarınca fail olarak cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi,

bb. Kabule göre de; suça sürüklenen çocuk A.'nın TCK.nun 81/1 maddesi uyarınca verilen müebbet hapis cezasının aynı yasanın 29.maddesi gereğince 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezasına indirilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile 8 yıla indirilmesi..." bozma nedeni sayılmıştır.

e. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 12.05.2015 gün ve 5304/3088 sayılı kararı:

"Maktul Özcan ile evli ve iki çocuğu bulunan mağdur A. arasında duygusal yakınlık olduğu, olaydan 15 ila 20 gün öncesinde Özcan ile A.'nın yanlarına çocukları da alarak K... iline kaçtıkları, ailelerin araya giresi ile 3 gün sonra A.'nın döndüğü ancak kocasının değil de babası sanık G.'nin evinde kalmaya başladığı, ailesi tarafından cep telefonunun alındığı ve dışarı çıkmasına izin verilmediği, A.'nın amcası sanık İ.'nin "Namusumuzu temizleyelim, bu kızı öldürelim, camdan aşağı atalım, kendisi atladı deriz" dediği, yine kardeşi İi.'in faklı zaman diliminde "Bunu kafana sok, seni de onu da öldüreceğiz" diye söylediği, maktulün ise A'ya ulaşmak için defalarca A.'nin annesi Ayten'e mesaj attığı, A. ile görüşmek istediğini belirtmesine rağmen görüştürülmediği, bunun üzerine "hepinizi kurşuna dizeceğim, E.N.'yle S. ile vedalaş, A.'ya karşılık üç kişiden biri ya Süreyya ya S. ya da E.N." şeklinde aile fertlerine tehdit içerikli birçok mesaj attığı, olay günü de "PTT'nin önündeyim Ayça'm(A) çık balkona" şeklinde mesaj attığı, bunu üzerine sanık G.'nin maktulü beklemeye başladığı, G.'nin yeğenleri olan sanıklar Saycan ve Yücel'in de maktulü yolda görmeleri üzerine darp etmeye başladıkları, maktulü ise ellerinden kurtularak olayın meydana geldiği işyerine sığındığı, sanık G.'nin işyerine girdiği, arkasından sanığın oğlu İi. ile sanıklar Saycan ve Yücel'in de G., maktulü bıçaklarken İi'nin de tekmelediği, maktulü aldığı bıçak darbeleri sonucu öldüğü olayda:

Sanıklar Yücel ve Saycan'ın G. ve suça sürüklenen çocuk İi. ile birlikte hareket edip, fikir ve eylem birliği içerisinde bulunarak maktulü kovalayıp olay yerine getirdikleri, daha sonra dükkanın içine de girmek sureti ile suçun işlenişinde ortak hakimiyet kurdukları anlaşılınca, eylemlerinden dolayı TCK'nın 37/1.maddesi kapsamında müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları yerine yazılı şekilde

39/1.maddesi ile yardım eden olarak cezalandırılmalarına karar verilmek suretiyle sanıklar hakkında eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından” bozma nedeni yapılmamıştır.

f. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 08.06.2015 gün ve 57/3690 sayılı kararı:

“Oluşan, güvenlik kameraları görüntülerine tanık A.’nın anlatımlarına ve tüm dosya kapsamına göre; olaydan bir buçuk yıl önce sanık Alp’in ablasının kızı Şakir’in ise amcasının kızı olan İ.’nin intihar ettiği; İ.’nin intiharında maktulü sorumlu tutan Şakir ile yaşça büyük olan Alp’in ne zaman aldıkları belli olmayan suç işleme kararı çerçevesinde, fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurarak olay gecesini araçları ile maktulü aramaya çıktıkları, Alp’in kullandığı araçla evine giden yolda defalarca gidip geldikleri ve evine gelişini bekledikleri, maktulü görmeleri üzerine Şakir’in araçtan inerek maktule ateş edip koşturmuş, Alp’in kaçmakta olan Şakir’in bulunduğu yere kullandığı araçla gelerek onu araca aldıktan sonra hızla olay yerinden uzaklaştığı, hastaneye kaldırılan maktulün yaşamını yitirdiği anlaşılan olayda; sanığın davranışlarının yardım boyutunu aşarak müşterek faillığe ulaştığı gözetilmeden yanılığın değerlendirilmesi sonucu yazılı şekilde kasten öldürmeye yardım suçundan mahkumiyet hükmü kurulması” bozma nedeni sayılmıştır.

g. Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 10.02.2010 gün, E.2008/1940, 2010/737 sayılı kararı:

“Oluşan ve dosya içeriğine göre; sanık Yeliz’in, Fırat ile birlikte yaşamasına rağmen maktulle de arasında cinsel ilişki oldu yönünde söylenti başladığı, bu durumu Fırat’ın da arkadaşları Ahmet ve Sinan’a anlattığı, olaydan bir gün önce Sanık Sinan’ın arkadaşı olan maktulün işlettiği kahvehaneye giderek “Sakin unutma yarın akşam telefon ile arayacağım, sonra birlikte gideceğiz” dediği, olay günü sabah saatlerinde sanık Yeliz ve Fırat’ın, sanık Ahmet’in evinin yanında olan dükkanına geldikleri, akşamüzeri saat 17.00 sıralarında Fırat’ın sanık Sinan’ın kendi aracıyla gitmesi halinde maktulün aracı tanıyacağından araca binmesini sağlamak için sanık Ahmet’ten aracını vermesini istediği, onun da kabul ettiği, sanık Sinan’ın maktulün iş yerine gittiği ve saat 22.00 sıralarında maktulü aldığı, bu sırada sanık

Ahmet'in Fırat ve Yeliz ile birlikte Fırat'a ait aracın içerisinde bekledikleri, aracın içinde iken Fırat'ın sanık Yeliz'e çantasının içindeki tabancayı çıkartarak içindeki fişekleri avucunun içinde ovalatarak şarjöre bastırıldığı, "bu çamur senin çamurun, çamuru temizlemek de senin görevin" dediği, saat 23.00 sıralarında sanık Sinan ile maktulün buldukları araç ile sanık Ahmet'in kullanımında olan Fırat ve Yeliz'in bulunduğu aracın karşılaştıkları, sanık Ahmet'in diğer aracı takip ettiği, bir süre sonra önde giden sanık Sinan'ın kullandığı aracın önüne geçerek aracı durdurduğu, araçtan inen Fırat'ın maktulü sanık Sinan'ın kullandığı araçtan alarak Sanık Ahmet'in kullandığı araca bindirdiği, sanık Ahmet'in kullandığı araç ile yaklaşık 8 km sahil yolundan dağa doğru ilerlediği, aracı ıssız bir yerde park ettiği, maktulün araçtan inmesini müteakip sanık Yeliz'in de araçtan inerek maktulü tabancasıyla vurarak öldürdüğü olayda; sanık Ahmet'in maktulün getirilmesi için sanık Sinan'ın kendi arabasını almasına izin vermesi, Fırat'a ait aracın içinde Fırat ve Yeliz'in konuşmalarına şahit olması, maktul araca bindikten sonra aracı olayın gerçekleştirdiği yere kadar kullanarak diğer sanıklarla eylem birliği içerisinde hareket etmesi, olay esansında ve olaydan sonra yetkili mercilere olayı bildirmemesi dikkate alındığında; sanık Ahmet'in suça müşterek fail olarak katıldığı'nın kabulü ile 5237 sayılı TCK'nın 37/1 maddesi gözetilerek cezalandırılması yerine suça yardım eden olarak kabulü ile TCK'nın 39.maddesi uygulanarak eksik ceza tayini" bozma nedeni sayılmıştır.

Görüldüğü gibi sanıkları "fikir ve eylem birliği içerisinde suçun işlenişi üzerinde ortak hakimiyet" kurmaları, " fikir ve eylem birliği içerisinde" hareket etmeleri TCK'nın 37.maddesinin uygulanmasına birlikte suç işleyen veya müşterek fail sayılmalarına neden olmaktadır.

5- Eski yasada 260. maddede pasif mukavemet suçu vardır. Yeni yasada böyle bir suç yoktur.

6- Eski yasada 264/7. maddesinde korku, kaygı veya panik yaratabilecek şekilde meskun yerlerde silahla ateş etmek suçu vardır. Madde de "eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca" ifadesi vardı.

Bu maddenin yeni yasadaki karşılığı 170/1-c maddesidir. Ancak yeni madde de "eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca..." ibaresi yoktur.

Örneğin tehdit amacıyla muhatabının evinin önünde ateş eden kişiye hem tehdit suçundan hem de 170/1-c maddesinden ceza veren mahkeme kararları ile karşılaşılıyor. Bu, Yasa'nın yanlış anlaşılmasından kaynaklanmaktadır.

Örneğin Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.01.2015 gün ve E. 2015/39, K.2015/261 sayılı kararı buna bir örnektir.

a-) Sanık hakkında mağdur Ahmet'i silahla tehdit ve kasten yaralamaya teşebbüs suçlarından kurulan hükümler yönünden:

Sanığın mağdura tabanca ile bir el ateş edip "yaklaşma vuru- rum" demek suretiyle tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde silahla tehdit niteliğinde olduğu ve sanığın yalnızca TCK'nın 106/2-a maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde silahla tehdit ve ayrıca kasten yaralamaya teşebbüs suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi

b-) Sanık hakkında mağdurlar Yeliz ve Mehmet'i silahla tehdit ve genel güvenliğin tehlikeye sokulması suçlarından kurulan hükümler yönünden:

Sanığın, mağdurlar Yeliz ve Mehmet'e silahını doğrultup "çekilin yoksa vururum" demek suretiyle tehdit ettiği, daha sonra havaya bir el ateş ederek olay yerinden uzaklaştığı anlaşıldığından sanığın eylemlerinin bir bütün halinde Yeliz ve Mehmet'i silahla tehdit niteliğinde olduğu ve sanığı TCK'nın 106/2-a, 43/1-2 maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde silahla tehdit ve ayrıca genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçlarından mahkumiyetine karar verilmesi" bozmayı gerektirmiştir.

7- Buna benzer bir konu da TCK'nın 220. maddesinde yazılı suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçudur. Dikkat edilirse maddenin 1. fıkrasında "kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurular veya yönetenler....." deniliyor.

765 sayılı TCK'nın da 313. maddesinde " her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya teşekküle katılanlara....." deniliyordu.

01.08.1999 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4422 sayılı "Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu'nda da 1. maddesinde suçun tanımlanması vardı.

O zamanki yani TCK 313 ve 4422 sayılı yasalar yürürlükte iken de belirli olan, muayyen olan suçları işlemek için en az üç kişinin bir araya gelmesi yeterli değildi. Şimdiki 220. maddede de bu böyledir. Örgüt suçunun oluşabilmesi için gayri muayyen, belirli olmayan suçları işlemek için bir araya gelinmesi gerekir. Aksi takdirde yani belirli suçları işlemek için bir araya gelinmesi durumunda Ceza Kanunu'nda yazılı olan iştirak hükümleri uygulanır. Yani TCK 37, 38, 39. maddeler gibi.

Oysa önümüze gelen bazı kararlarda görüyoruz; sanık sayısı fazla olunca iddianameye bir de 220. madde ilave ediliyor. Çok az da olsa bu şekilde kararlarda çıkabiliyor.

8- Teşebbüs konusuna gelince:

Önceki 765 sayılı Kanun'da 62. maddede tam teşebbüs, 61. maddede ise eksik teşebbüs tanımlanıp, yaptırıma bağlanmıştı. 62. maddede, fiil ağırlaştırıcı müebbet hapis cezası ise 20 seneden aşağı olmamak üzere hapse, müebbet hapis cezası ise 15-20 seneye kadar hapse, sair hallerde 1/6'dan 1/3'üne kadar indirilirdi.

61. maddede ise; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası 15-20 seneye, müebbet hapis ise 10-15 seneye, sair hallerde ise 2/3'ne kadar indirilir denilmekteydi.

5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nda önceki yasada olduğu gibi tam teşebbüs, eksik teşebbüs ayırımı terk edilmiştir. 35. maddenin başlığı, "suça teşebbüs" tür. TCK 35/2'ye göre:

a-) Meydana gelen zarar

veya,

b-) Tehlikenin ağırlığına

göre, hakim, yasada belirlenen aşağı ve yukarı sınırlar arasında bir cezayı belirleyecektir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis olduğunda 13-20 sene, müebbet hapis olduğunda 9-15 sene, diğer hallerde ceza 1/4'ten 3/4'e kadar indirilecektir.

Yeni 5237 sayılı Kanun uygulamasında, bazı Ağır Ceza Mahkemeleri, biraz da eski sistemin verdiği alışkanlıklarla önceleri bu maddede yasanın amacına göre uygulamadı. Örneğin kişiye ateş ediliyor veya bıçaklanıyor, dalağı alınıyor, karaciğeri ve akciğeri yaralanıyor, gözünün biri çıkıyor ancak kişi ölmüyor. Sonuçta suç teşebbüs halinde kalıyor. Suçun müebbet hapislik bir suç olduğunu düşünelim. 35/2. maddesine göre hakim cezayı 9-15 yıl arasında belirleyecektir. Böyle bir durumda sanığa 9 ya da 10 yıl ceza verilirse, öldürmeye teşebbüsün unsurlarını içeren ancak çok daha hafif basit tıbbi tedavi ile iyileşebilecek hallerde ne ceza verilecektir?

Yaralama suçlarında da aynı şekilde hareket edilmesi gerekmektedir. Örneğin, TCK'nın 86/1 maddesindeki yaralamalarla ilgili olarak yasa koyucu 1-3 yıl arasında ceza öngörmüştür. Mağdurda oluşan yaraların niteliğine göre hakimin yasadaki sınırlar içinde kalarak meydana gelen zarara ya da tehlikenin ağırlığına göre uygun ve makul bir ceza vermesi gerekir. Nitekim, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 27.01.2015 gün ve E.2015/104, K.2015/238 sayılı kararında:

“Oluşa ve dosya kapsamına göre olay günü mağdur Cihan'in arkadaşları ile birlikte otururken sanık Şükrü ve Mehmet'in mağdurun yanına geldiği taraflar arasında arazi meselesi nedeniyle tartışma çıktığı, Mehmet ve Cihan'ın birbirlerini darp etmeye başladığı, bunun üzerine sanığın da mağdur bıçakla sol akciğerde lazerasyon meydana getirecek ve ayrıca hayati tehlike geçirecek şekilde yaradığı olayda;

A. Olayın oluş şekli ve kullanılan aletin etki derecesi birlikte değerlendirildiğinde, TCK'nın 86/1 maddesi uyarınca TCK'nın 61.maddesindeki ilkeler doğrultusunda 1-3 yıl arasında makul bir temel ceza belirlenmesi gerekirken temel cezanın yazılı şekilde 1 yıl olarak belirlenmesi eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından,

B. Sanık hakkında TCK'nın 86/1,3-e maddelerinin uygulamasıyla belirlenen 1 yıl 6 ay hapis cezasını önce aynı yasanın 87/1-d maddesi gereğince bir kat artırılarak 2 yıl 12 ay hapse çıkarılması ve daha sonra 87/1-son maddesi uygulanmak suretiyle somut cezanın 5 yıl olarak belirlenmesi gerekirken, 87/1-d maddesi ile “2 kat” artırım yapıldığı belirtilip doğrudan doğruya 87/1-son maddesi uyarınca 5 yıl hapis cezasına hükmedilmiş olması sonuca etkili olmadığından bozma ne-

deni yapılmamıştır” denilerek aleyhe temyiz olmadığı için eleştiri yapılarak karar onanmıştır.

Örnek gösterdiğim bu kararda, hakimlerin yasa maddelerinde belirtilen iki sınır arasında ceza tertip edilirken keyfi olarak değil objektif kıstasları ve mağdurda oluşan zararı ve tehlikenin ağırlığını gözetmesi gerektiği vurgulanmıştır.

9-Diğer bir konu da, yeni TCK'nın 29. maddesinde yazılı haksız tahrik konusudur.

Eski yasamızda 51/1 de adi tahrik, 51/2 de ise ağır haksız tahrik düzenlenmişti. 51/1 de ağırlaşmış müebbet hapis müebbet hapse, müebbet hapis ise 24 seneye kadar hapis cezasına dönüştürülüyor, sair hallerde cezanın 1/4'ü indiriliyordu. 51/2'de ise ağırlaşmış müebbet hapis 24 seneye, müebbet hapis 15 seneden aşağı olmamak üzere hapis cezasına dönüştürülüyor, sair hallerde ise cezanın yarısından 2/3'ne kadarı indirilir deniliyordu.

5237 sayılı yeni TCK'da haksız tahrik kurumu 29. maddede düzenlenmiştir. Burada adi tahrik, ağır tahrik gibi ayrımlar yoktur. “Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye” tahrik hükümlerinin uygulanacağı yazılmış ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının yerine 18-24 seneye müebbet hapis cezasının yerine 12-18 sene arası ceza verileceği belirtilmiş, diğer hallerde ise cezanın 1/4'ünden 3/4'ne kadar indirilmesi öngörülmüştür.

Özellikle 5237 sayılı Kanun'un 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ile kesinleşmiş hükümlerin uyarılma yargılamasına uygulamada çok sık rastlanıldı. Kişiye, önceki yasa zamanında maktül basit bir müessir fiil ya da sövmeye bulunmuş, Mahkeme 448. maddesi gereğince 24 sene ceza verdikten sonra adi tahrik nedeniyle 51/1 madde gereğince cezadan 1/4 oranından indirme yaparak 18 sene hapis cezası vermiş, karar Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onaylanıp kesinleşmiştir. Yeni yasa yürürlüğe girince, uyarılma yargılaması sırasında 81. madde gereğince müebbet hapis cezası verilip tahrik nedeniyle 29. madde gereğince cezanın 12 seneye indirilmesine dair kararlar verildiği görülmüştür. Tabi ki bunlardan temyize konu olanlar Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından bozulmuştur. Temyiz edilmeyen ne kadar dosya var bunu kimse bilmiyor.

10- Oysa yeni yasadaki 29. ve 35. Maddeler, hakime, olaya en yakın vakıf olan kişi olarak takdir yetkisi veriyor. Anglo-Amerikan sistemine yakın bir yasa. Hakimi kalıplarla bağlı tutmuyor.

Şunu da memnuniyetle söyleyeyim ki artık hakimlerimiz bu konularda eskisi gibi yanlış değerlendirmede bulunmuyorlar. Değerlendirme hataları önemli ölçüde azalmıştır.

11- Son olarak değinmek istediğim iki konu daha var.

TCK'nın 36. maddesinde yazılı olan Gönüllü Vazgeçme meselesi:

765 sayılı TCK'nın 61/son maddesinde "müteşebbis cürmün ef'ali icraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır" denilmekteydi.

5237 sayılı TCK'nun 36. maddesinde ise; "Fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticelerin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz, fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır." denilmektedir.

Görülüyor ki gönüllü vazgeçme kurumu genişletilmiştir. Uygulamada bu konu önümüze çokça çıkmaktadır. Dairemiz de (1. Ceza Dairesi) yasayı geniş bir şekilde yorumlamaya devam etmektedir. Örneğin sanık mağduru birden çok bıçaklamıştır. Yaralar öldürücü bölgelelere isabet ettirilmiştir. Fail bu durumda yaralıyı bırakıp kaçarsa:

a-) Mağdur başkaları tarafından bulunup hastaneye götürülür ve yapılan tedavi sonucu ölüm gerçekleşmezse sanık öldürmeye teşebbüsten cezalandırılacaktır.

b-) Ancak sanık bıçaklama olayından sonra içinde acıma hissi oluşabilir, pişman olur, örneğin onu hemen hastaneye kaldırabilir, ya da ambulans çağırır ya da (155) Polis İmdat'a haber verip olayı anlatıp olay yerini net bir şekilde tarif eder, ancak kendisi korkuya kapılıp kaçabilir.

Bu şekilde mağdur bulunup hastaneye götürülür ve yapılan tedavi sonucu iyileşirse faillere yine de 36. madde uygulanmaktadır.

12- Yeni yasada cezaların içtimaî infaz işi olarak görülmüş mahkeme kararlarında cezaların toplanması kabul edilmemiştir.

Bu durum ise temyiz yolunu kapamaktadır. Her ne kadar CMK 308'deki eski adı (yazılı emir) olan kanun yararına bozma müessesesi getirilmişse de bu güne kadarki uygulamalardan bunun yeterli olmadığını içtima müessesesinin Türk Ceza Kanunu içine alınmasını daha uygun olacağını düşünüyorum.

Sonuç olarak görülmektedir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında bazı aksaklıklar çıksa da, bu aksaklıklar uygulamaların sayısı arttıkça giderilmekte ve içtihat birliği sağlanabilmektedir. Mevcut çelişkili yorumların ise, eski Kanun sistematığına alışmış hukukçularımızın, yeni Kanun sistematığına uyum sağlamadaki zorluktan kaynaklandığını düşünüyoruz.

