

SUÇ^{VE}CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 14 | Sayı: 2 | Haziran 2021

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

Suç ve Ceza dergisi
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin'de
yer almaktadır


TÜBİTAK
ULAKBİM

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ias-partners.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Türcan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin İncoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Banş Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Onur Kaplan (Yaşar Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızıllarlan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Vadi Grafik Tasarım ve Reklamcılık Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi 1420. Cadde No: 58/1
Yenimahalle / Ankara
Tel: (0312) 395 85 71-72 (Sertifika No. 47479)

Basım Tarihi

Haziran 2021

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı. O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşını aşmıştır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmaktır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- GÖZALTI BAĞLAMINDA KİŞİ
ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASINDA
BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN ETKİSİZLİĞİ
*INEFFECTIVENESS OF THE INDIVIDUAL
APPLICATION TO TURKEY'S
CONSTITUTIONAL COURT IN THE
PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM
WITHIN THE CONTEXT OF DETENTION* 193
O. Korkut KANADOĞLU
Uğur URUŞAK
- SALGIN FIRSATIYLA CEZA POLİTİKASI:
İNFAZ KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ, SİYASİ ARKA
PLANI VE OLASI ETKİLERİ
*PANDEMIC AS AN OPPORTUNITY FOR PENAL
POLICY: AMENDMENTS TO THE LAW ON THE
EXECUTION OF SENTENCES, ITS POLITICAL
BACKGROUND, AND POSSIBLE EFFECTS* 211
Galma AKDENİZ
İdil ELVERİŞ
Arca ALPAN
- CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN "DİJİTAL
BÜTÜNLÜK" KAVRAMI ÜZERİNE KISA BİR
DEĞERLENDİRME
*A BRIEF EVALUATION ON THE CONCEPT OF
"DIGITAL INTEGRITY" FROM THE CRIMINAL
LAW PERSPECTIVE* 247
E. Eylem Aksoy RETORNAZ
- KADIN, ÇOCUK VE AİLE BİREYLERİNE
YÖNELİK OLARAK UYGULANAN
ŞİDDET DOLAYISIYLA AÇILAN
KAMU DAVASINDA AİLE VE SOSYAL
POLİTİKALAR BAKANLIĞI'NIN DAVAYA
KATILMA HAKKI VE AVRUPA ÖRNEĞİ
KARŞISINDA BAROLARIN VE SİVİL TOPLUM
ÖRGÜTLERİNİN MEVCUT DURUMU
*THE RIGHT OF THE MINISTRY OF FAMILY
AND SOCIAL POLICIES TO PARTICIPATE IN
THE CRIMINAL CASE DUE TO VIOLENCE
AGAINST WOMEN, CHILDREN AND FAMILY
MEMBERS AND THE CURRENT SITUATION
OF BAR ASSOCIATIONS AND NON-
GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS IN VIEW
OF EUROPEAN EXAMPLE* 271
Fahri Gökçen TANER

RÜŞVET SUÇUNUN (TCK m. 252-254)
KONUSUNU OLUŞTURAN “MENFAAT”
KAVRAMININ ANLAMI

*THE MEANING OF THE TERM OF “BENEFIT”
THAT IS THE SUBJECT OF BRIBERY (TCK Art.
252-254)*

323

Mehmet GÜRLER

ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİ KANUNU:
MODERN ÖNCESİNDEN KALAN
YÖNTEMLERİN “BOŞUNALIĞI” VE
GÜNÜMÜZ TEKNOLOJİSİNİN OLANAKLARI

*THE CODE OF BAZAAR AND
NEIGHBOURHOOD WARDENS: FUTILITY
OF PRE-MODERN METHODS AND
OPPORTUNITIES OF CURRENT TECHNOLOGY*

369

Erdi YETKİN
Eşref Barış BÖREKÇİ

ZİHNE YAPILAN ELEKTROMANYETİK
MANİPÜLASYONUN MADDİ CEZA HUKUKU
AÇISINDAN İNCELENMESİ

*EXAMINATION OF THE ELECTROMAGNETIC
MANIPULATION TO THE MIND IN TERMS OF
SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW*

393

Yavuz Selim TÜBCİL
Afra YÖRÜKOĞLU
Ali Murat DURDU
Mehmet Sinan TÜBCİL

GÖZALTI BAĞLAMINDA KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASINDA BİREYSEL BAŞVURU YOLUNUN ETKİSİZLİĞİ*

Prof. Dr. O. Korkut KANADOĞLU**

Dr. Öğr. Üyesi Uğur URUŞAK***

Özet

Bu çalışmada, kişi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik koruma tedbirlerinden gözaltı ve tutuklamaya ilişkin bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin farklı yaklaşımı ve CMK md. 141'de öngörülen tazminat davasının öncelikle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edip kişi özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulmasını ötelemesinin Anayasanın garanti ettiği korumayı etkisiz hale getirmesi irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişi Özgürlüğü, Yakalama, Gözaltı, Tutuklama, Koruma Tedbirleri Sebebiyle Tazminat, Etkisiz Koruma

INEFFECTIVENESS OF THE INDIVIDUAL APPLICATION TO TURKEY'S CONSTITUTIONAL COURT IN THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM WITHIN THE CONTEXT OF DETENTION

Abstract

In this study, the different approach of the Constitutional Court and the CMK article have been scrutinized. The fact that the compensation lawsuit foreseen in article 141 was accepted as a way

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 03/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 03/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 14/06/2021.

** Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku ABD Öğretim Üyesi, osman.kanadoglu@okan.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0499-5856.

*** Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, ugururusak@klu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2078-4186.

to be exhausted and postponed the constitutional clarification of the lawfulness of the intervention regarding detention and arrest made to the freedom of the person makes the protection guaranteed by the Constitution ineffective.

Keywords: Freedom of Person, Detention, Arrest, Compensation for Protection Measures, Ineffective Protection

I. Giriş

Anayasa Mahkemesi içtihadı özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına yönelik kamu gücü tarafından yapılan gözaltına alma şeklindeki müdahalelerde, etkin bir anayasal koruma sağlayamamaktadır. Kişi özgürlüğünün hukuka aykırı gözaltı nedeniyle ihlali halinde, bu ihlalin nedenlerinin açıklanması, bireysel başvuru yoluyla önüne getirilen her somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin görevi olmalıdır. Ancak Anayasa Mahkemesi, yaptığı ilk inceleme sonucunda, CMK md. 141'de öngörülen tazminat davasını¹ öncelikle tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul etmekle, temel hak ihlallerini giderme görevini etkin biçimde yerine getirememektedir.

Gözaltına ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin etkin bir koruma sağlayamadığı iddiasına yol açan içtihadına (III) değinmeden önce kişi özgürlüğün koruma alanı ve alana yapılan müdahalelerin meşruluğunun tespiti (II) önem taşımaktadır. Yine kişi özgürlüğüne bir müdahale oluşturan tutuklama tedbirine karşı yapılan şikayetlerde Anayasa Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihatla (IV) karşılaştırıldığında gözaltına ilişkin anayasal korumanın bu açıdan da eksik kaldığı açık biçimde anlaşılabacaktır.

II. Gözaltı Halinde - Kişi Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvenceler

Kişi özgürlüğü, özel ve yüksek bir anayasal değere sahiptir. Anayasa Mahkemesi'ne göre de²; “Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı

1 5271 sayılı Kanun'un 141 maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca “Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen... Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.”

2 AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 93; Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62.

devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır. Kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır.” Bu nedenle ancak yalnızca Anayasa’da belirtilen önemli nedenlerle sınırlanabilir. Geçerli genel hukuk düzeni çerçevesinde tanınan fiziksel hareket özgürlüğü, tutuklama, gözaltı ve doğrudan güç kullanımı gerektiren benzeri devlet müdahalelerine karşı korunur.

Kişi özgürlüğüne ilişkin Anayasa’nın 19. maddesinin sözü izole edilmiş biçimde yorumlanırsa çok geniş bir koruma alanına sahip olduğu algısı doğabilir. Kişi özgürlüğünün, kişiye ait tüm özgürlükleri kapsamlı biçimde koruduğu izlenimi doğru değildir. Anayasa’nın sistematiğinden de anlaşılabileceği gibi II. Kısımın 2. Bölümü, kişi özgürlükleri ve ödevlerine ayrılmıştır, klasik özgürlükleri koruyan temel haklara ilişkindir ve hareket özgürlüğüne ilişkin kişi özgürlüğü de bunlardan birisidir. Bu nedenle kişi özgürlüğü tüzel kişilere ait olamaz, tam bir birey özgürlüğüdür. Hukuka aykırı ve özellikle orantısız kamusal her türlü zorlamaya karşı koruma sağlayan bir özgürlüktür. Bu zorlama en basit biçimde şöyle ifade edilebilir; “kişinin farklı bir mekânda kendi isteği dışında tutulması”. Böylelikle İngiliz anayasal geleneğinden gelen “Habeas Corpus” düşüncesine bağlanılmış olur.

Kişi özgürlüğü fiziksel hareket özgürlüğüyle ilgidir ve hali hazırda bulunulan mekânı terk etme özgürlüğüne yönelik doğrudan ve zorlayıcı müdahalelere karşı bir koruma sağlarken³, seyahat özgürlüğü diğer bir mekâna gidebilme (mekan değiştirme) özgürlüğünü korumaktadır. Her iki özgürlüğün de koruma alanına girmeyen müdahaleler (trafik lambasında durma görevi veya eğitim kursuna gitme görevi) olduğu için kişi özgürlüğünü, seyahat özgürlüğü karşısında “lex specialis” olarak nitelendirmek yanıltıcı olacaktır.⁴

3 Kişi özgürlüğü, hareket serbestisinin kısıtlanıp, istediği yere gidip gelebilme, dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılamamasını güvence altına alır, Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler,” İÜHF, C. 60, S. 1-2, 2002, s. 49.

4 Von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1992, s. 696.

Belirtmek gerekir ki, Anayasa’da sözü edilen yakalama kavramı özerk bir anlama sahip olup 5271 sayılı Kanun’da düzenlenen yakalama müessesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasa Mahkemesi’ne göre; “Anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalama, kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden tüm süreci kapsamaktadır. Bu bağlamda Anayasa’nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumunun 5271 sayılı Kanun’daki *gözaltı*’nı da kapsadığı söylenebilir.”⁵ Öğretide de yakalama ile gözaltı arasında bir mahiyet farkı bulunmadığı belirtilmiştir. Bu yönüyle gözaltı tedbirinin yakalamanın özel bir görünümü olduğu söylenebilir.⁶ Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) 5. maddesinin tüm hükümlerinde sık sık kullanılan yakalama ve alıkoyma terimleri – ulusal hukuktaki anlamları ne olursa olsun – temelde kişiyi özgürlüğünden mahrum etmeye yönelik her tür tedbir olarak değerlendirilmektedir.

Kişî özgürlüğü yine Anayasa’nın 19. maddesi gereği şekli bir kanuna dayalı olarak ve yine bu maddede belirtilerin usule uygun biçimde sınırlanabilir. Kişî özgürlüğünü sınırlandıran yasaların içeriği ve kapsamı mahkemeler tarafından temel hakkın anlamına uygun etki gösterecek biçimde yorumlanmalıdır.⁷ Sınırlamanın kanun tarafından öngörülmesi yanında, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanması (hâkim önüne çıkarılma ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesi amacı) ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir. Suç isnadına bağlı olarak yakalama tedbirinin uygulanabilmesi için ön koşul ise suç işlendiğine dair belirtinin varlığıdır.

Kamu gücü tarafından herhangi bir kişinin özgürlüğü iradesi dışında kendisi için fiilen ve hukuken ulaşılabilir olan belirli bir yere gitmesi veya orada kalması engellenirse, kişî özgürlüğü sınırlandırılmış olur. Kişî özgürlüğünün sınırlanmasının en yoğun hali özgürlükten yoksun bırakılmadır. Fiilen ve hukuken tanınmış olan hareket özgürlüğü her yöne olacak biçimde ortadan kaldırılmışsa, kişî öz-

5 Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 49.

6 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 138.

7 BVerfGE 65, 317, 322; 96, 68, 97.

gürlükten yoksun bırakılmış olur. Anayasa Mahkemesi'ne göre de hürriyetten yoksun bırakma, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir.⁸

Kişî özgürlüğüne yapılacak bu en ağır müdahale olan yoksun bırakmada, Anayasa şekli yasa kaydına ek olarak hâkim kararı kaydını da açıkça öngörmüştür (md. 19/4). Yasa koyucunun tasarruf alanı dışına çıkarılmış bu hâkim kaydı⁹, kişî özgürlüğü için en önemli güvencedir. Tüm anayasa organları, hâkim kaydını temel hak güvencesi olarak uygulamada etkin kılmakla yükümlüdür. Yine Anayasa'ya göre hâkim kararı olmadan yakalama ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir. Ancak suçüstü hali dışında gecikmesinde sakınca bulunan haller dar yorumlanmalıdır ve hâkim kararı, maddi nedenlerin haklı kılmadığı her türlü gecikme olmaksızın alınmalıdır. Yolun uzaklığı, ulaşımındaki zorluklar ve yakalananın isteksiz davranışları gibi maddi nedenler bu gecikmeyi haklı kılabilir. Anayasa'ya göre bu istisna bağlamında devlet ilgili kişiyi, en geç 48 saat içinde yetkili hâkime ulaştırmalıdır.¹⁰ Dolayısıyla maddi nedenlerin yol açtığı gecikme bu süreyi aşamayacaktır. Buna göre anayasal düzenlemenin, 48 saat boyunca hâkim kaydının aranmayacağı şeklinde yorumlanması, kişî özgürlüğünün korumasını anlamsız kılabilir.

CMK'da ise gözaltı süresi en çok 36 saate indirilmiş olsa da kişî özgürlüğü için getirilmiş bu en önemli güvenceyi zayıflatabilecek bir ifade kullanılmıştır. Zira bu 36 saatlik sürenin en çok 12 saati, yakalanana en yakın yetkili hâkime ulaştırmak için öngörülen zorunlu süredir. Yine CMK'nın 91. maddesine göre yol için öngörülen ve gecikmeyi haklı kılan bu maddi neden dışında yakalama anından itibaren 24 saat içinde hâkim kararı alınmalıdır. Hâkime ulaşmak için bu kaydın anlamına uygun idari tedbirlerin alınmamasından kaynak-

8 Cüneyt Kartal, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17.

9 Ceza muhakemesinde soruşturmada verilen kararlar hâkimlik kararlarıdır. Dolayısıyla gözaltı ve tutuklamaya ilişkin kararlar da hâkim kararıdır, Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, 9. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 500

10 CMK'da kural olarak gözaltı süresi 24 saattir (md. 91).

lanan eksiklikler, yargı kararının gecikmeksizin alınması için kaçınılmaz bir engel olarak görülemez. Bu açıdan kişinin özgürlüğünden yoksunluğunun, CMK md. 91'deki süreden önce sona ermesi, yargı kararının yetiştirilmesi gereğini ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, bir kişinin yargıç kararı olmaksızın gözaltına alınmasına, müdahaleyi izleyen günle birlikte bir dış sınır çizmektedir, fakat bu kararın gecikmeksizin alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu bakımdan anayasal bu güvenceye uyulması için devletin her somut olayda yapacağı fiili tespitlerle gecikmeyi haklı kılan maddi nedenleri ispatlaması bir yükümlülüktür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de 5. maddede yer alan yargı gözetimi teminatı şartını kişinin özgürlüğünden mahrum edildiği ilk andan itibaren aramaktadır. Bunun aksi bir yaklaşım Sözleşme'nin ihlâli anlamına gelir.¹¹

Son dönemdeki bazı düzenlemelerde, yargıç kaydı koşulu göz ardı edilmiştir. Örneğin 27.03.2015 tarih ve 6638 sayılı Kanun ile CMK md. 91'e eklenen fıkra ile suçüstü halleriyle sınırlı kalmak suretiyle kolluk amirlerine de gözaltı yetkisi verilmesini, Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, "hâkim kararı olmaksızın kişinin yakalanabileceği, ancak serbest bırakılmaması hâlinde en geç kırk sekiz saate, toplu suçlarda ise dört güne kadar tutulabileceği ifade edilerek anılan hâllerde bu yetkinin hâkim ve mahkemeler dışındaki merciler tarafından kullanılabilmesine izin verilmiştir."¹² Mahkeme'nin bu tespitiyle, yürütmenin ceza muhakemesine zemin hazırlaması ve sınırlı bazı suçlar için gözaltını kötüye kullanabilmesi¹³ yanında Anayasa'nın 19. maddesine göre kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği maksimum süre (dış sınır), somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın her zaman başvurulabilecek genel bir düzenlemeye dönüştürülmüştür.

11 Monica Mocoevi, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları kitapçıkları, No. 5, s. 30, https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad5OzgurlukveGuvencilik.pdf.

12 AYM, E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 161.

13 Gözde İbicioğlu, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Bir İstisnası Olarak Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama Tedbirleri, <https://blog.lexpera.com.tr/kisi-ozgurlugu-ve-guvenligi-hakkinin-bir-istisnasi-olarak/#fn2>; ayrıca bkz. Gözde İbicioğlu, Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı Ve Tutuklama, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 121-122.

Anayasal bu esaslar dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların tazminat hukukunun genel prensiplerine göre devlet tarafından ödenecektir (Anayasa md. 19/9). Buna göre maddenin dördüncü fıkrasında belirtilen güvenceden yararlandırılmaması hâlinde uğranılan zararlar da devlet tarafından ödenecektir.¹⁴

III. Gözaltına İlişkin Bireysel Başvurularda Anayasa Mahkemesi İçtihadı

Gözaltına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla verdiği kararlar, denetime ilişkin iki ayrı aşama dikkate alınarak incelenebilir. Bu aşamalardan ilki kabul edilebilirlik incelemesidir. İlk inceleme sonucunda, Anayasa Mahkemesi'nin birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Bu kararlar şöyle tasnif edilebilir:

Kural olarak Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır.¹⁵ Aynı sonuç, olağanüstü hâl ilanı sonrasında uygulanan gözaltı tedbirleri yönünden de geçerlidir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi'nin atıf yaptığı¹⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 1/10/2012 tarihli ve E. 2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

5271 sayılı CMK'nın; "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilme-

¹⁴ Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 48.

¹⁵ Emre Altındağ, B. No: 2017/7726, 10/3/2021, § 51; S.Z., B. No: 2017/5934, 11/2/2021, § 29; Ayşegül Çağatay ve diğerleri, B. No: 2019/28236, 10/3/2021, § 72; E.S.K., B. No: 2017/20801, 19/11/2020, § 70; Osman Karaca, B. No: 2019/41752, 13/1/2021, § 45; Zafer Yılmaz, B. No: 2017/14317, 28/1/2021, § 35; Mustafa Österzi [GK], B. No: 2016/14597, 31/10/2019, § 66; Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 64-72; Metin Baştürk, B. No: 2015/10942, 9/1/2019, § 33; Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 53-64; Günay Dağ ve diğerleri [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 141-150.

¹⁶ Neslihan Aksakal, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, §§ 30-37; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, §§ 84-93.

¹⁷ İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, § 42.

si için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut olay incelendiğinde, talebin dava sonucuyla veya verilecek hükümle bir ilgisi bulunmamaktadır. Gözaltında veya tutuklulukta geçen sürelerin, sanıkların mahkumiyeti halinde bu cezalarından mahsubu imkanının bulunması da ulaşılan bu sonucu değiştirmeyecektir. Hal böyle iken, davanın esasıyla ilgili henüz hüküm verilmediği ve derdest davalarda koruma tedbirlerine dayalı olarak dava açılmayacağına ilişkin gerekçenin yasal bir dayanağı bulunmadığı gibi mahkemenin bu yöndeki değerlendirmesi de isabetsiz olup, davanın kabulü yerine, yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı olup...”

Yargıtay içtihadında yakalama veya gözaltı işlemlerine yönelik tazminat talepleri bakımından “dava sonucuyla veya verilecek hükümle” bir ilgisi olup olmadığı bakımından yapılan ayırımın, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmadığı kolaylıkla tespit edilebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, davanın sonucuna bir etkisi olmayacağı ön kabulüyle gözaltının süresi, ön koşulu ve ölçülülüğü gibi bir değerlendirmeye gerek görmeksizin, gözaltının genel olarak hukuka aykırı olması hâlinde, asıl davanın sonuçlanması beklenmeden, 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesi hükümlerine göre tazminat talep edilmesini mümkün görmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin tutuklama bakımından aşağıda ayrıca belirtilecek olan kararlarında dikkate aldığı bu ayırma, gözaltı bakımından uymamış olması, bu konudaki içtihadını öngörülebilir olmaktan uzaklaştırdığı gibi ihlal iddialarının esasına ilişkin incelemeye geçilmesini de oldukça zorlaştırmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre, gözaltına alınan kişinin daha sonra tutuklanması halinde bu kişinin gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu veya gözaltında tutulma süresinin uzun olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucuna varılmış olmasının da başvuru kişinin kişisel durumuna bir etkisi olmayacaktır. Zira bireysel başvuru sonucunda gözaltına alma kararının hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesi, *tutuklu* kişinin serbest kalmasını

tek başına sağlamayacaktır. Dolayısıyla da bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı ancak başvuru lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir.¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu çıkarımı, kişi özgürlüğünü, haksız gözültüne karşı yeterli derecede koruyamayacaktır. Bir önlemin anayasallığının bir diğerinin sonucuna bağlanması, kişi özgürlüğünün koruma alanının ve bu alana yapılacak müdahalelerin meşruluğunun her somut olaya özgü tespitini engelleyeceği gibi ihlalin ortadan kaldırılmasını sadece tazminatla özdeşleştirerek bireysel başvurunun nesnel işlevini de göz ardı edecektir.

Üstelik Anayasa Mahkemesi, başvuru sahiplerinin tahliyeleri sonrasında, uygulanan yakalama ve gözültü tedbirlerinin hukuki olmadığından bahisle 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesine dayanarak tazminat davası açmış olmaları halinde de başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı için kabul edilmezlik kararı vermektedir.¹⁹ Mahkeme'ye göre, başvuru lehine tazminata hükmedilmemiş ve -bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- henüz kesinleşmemiş böyle bir dava²⁰, Anayasa Mahkemesi'nce varılacak sonuç üzerinde etkili değildir. Böyle bir dava Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmiş olsa da Anayasa Mahkemesi'nin varacağı sonuç değişmeyecektir.²¹

Buna karşılık açılan tazminat davasında tazminat kararı verilmiş olması ya da tazminat kararı verilmemiş olsa bile bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla davanın kesinleşmiş olması, Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karar üzerinde etkili olabilmektedir. Kesinleşen dava sonucunda tazminat verilmiş olması mağdur statüsünün ortadan kalktığı gerekçesiyle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesini, tazminat verilmemiş olsa bile -bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- davanın kesinleşmiş olması ise başvuru yolları tüketilmiş olduğundan bireysel başvurunun esasının incelenmesini gerektirebilir. Bu bağ-

18 İlker Deniz Yücel, B. No: 2017/16589, 28/5/2019, § 57; Neslihan Aksakal, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, § 35.

19 Ali İpekli ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 43.

20 Tazminat davası istinaf aşamasında derdest durumdaysa kesinleşmemiştir, bkz. İlknur Üstün, B. No: 2017/34570, 25/2/2021, § 37.

21 Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, § 58.

lamda gözaltının hukuki olmadığı ve gözaltı süresinin makul süreyi aştığı şikâyetleriyle açılan tazminat davasının kesinleşmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin varacağı sonuçlar üzerinde etkili olabilmektedir.²²

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda bulunulduktan sonra açılan tazminat davasının kesinleşmesinin başvuru yollarının tüketilmesi için yeterli görmesi, bu kez süre bakımından kabul edilebilirlik koşulu açısından belirsizlik yaratacaktır. Başvuru yollarının tüketilmesinden itibaren 30 gün olan başvuru süresinin, işlemeye başladığı tarihin belirlenmesinin, Mahkeme'nin bu yorumuna göre, artık bir önemi kalmayacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki son dönemde Anayasa Mahkemesi'nin gözaltına ilişkin başvurularda kabul edilebilirlik bakımından geliştirdiği bu içtihadını esnettiği kararlara da rastlanmaktadır. Bu kez Anayasa Mahkemesi, gözaltının hukuka aykırılığı iddiasıyla CMK'nın 141. maddesi uyarınca tazminat davası açılmamış ve bu dava da kesinleşmemiş olsa da bireysel başvuruyu kabul edilebilir olarak esas incelemesine geçmektedir. Anayasa Mahkemesi, somut olayda hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen başvurucunun bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla (kararın tebliğ süresi de dikkat alındığında) tazminat talebinde bulunması için 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinde öngörülen dava açma süresi geçmiş bulunmasını dikkate alarak gözaltı tedbiri için 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat yolunun başvuru yönünden ulaşılabılır olmadığı ve dolayısıyla başvurucunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte, tüketilmesi gereken bir başvuru yolu olmadığı sonucuna varmaktadır.²³

Yukarıda belirtilen ve Anayasa Mahkemesi'nin gözaltının hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurularda kabul edilebilirlik açısından belirlediği ölçütler esas alındığında, Mahkeme'nin son dönem kararlarında yer alan bu istisnanın hangi hallerde uygulanacağını tespit etmek mümkün görünmemektedir. Zira kural olarak Anayasa Mah-

22 Özlem Dalkıran [GK], § 59.

23 Hüseyin Talaz, B. No: 2017/26769, 15/12/2020, § 42; İlhami İzmirli, B. No: 2017/21175, 23/6/2020, § 38; Emre Soncan, B. No: 2016/73490, 11/3/2020, § 46.

kemesi'ne göre "asıl dava sonuçlanmamış da olsa" bireysel başvurudan önce CMK'nın 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açılmalıdır. Buna göre asıl dava sonuçlanmış ise tazminat davası yolu haydi haydi tüketilmelidir. Bu yol tüketilmeden bireysel başvuru yapıp, başvuru sonuçlanmadan asıl davanın kesinleşmesi halinde, 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesindeki üç aylık tazminat davası açma süresinin geçtiğinden²⁴ söz ederek bu kez tazminat davasının ulaşılır bir yol olmadığına karar vermek, bireysel başvurunun ikincil niteliğine²⁵ uygun olmadığı gibi başvuru koşullarının başvurunun yapıldığı ana göre belirlenmesini öngören temel ilkeyle de çelişmektedir.

IV. Tutuklamada Tüketilmesi Gerekli Yargı Yolu

Aslında geçici hukuki korumaya (tedbire) ilişkin başvurularda, eğer başvuru yargılama yapan ilk makamın geçici hukuki korumayı sağlamadığına yönelik bir şikâyetle bulunuyorsa, geçici hukuki korumaya ilişkin başvuru yolu, davanın esasına ilişkin kanun yolundan bağımsız olarak tüketilebilir. Zira burada ayrı (bağımsız) bir şikâyet bulunmaktadır. Geçici hukuki koruma, kendine özgü bir hukuki özelliği (çizgiyi) ifade etmektedir. Bu da davanın esasına ilişkin usulden bağımsız olarak, bireysel başvuru yoluyla ileri sürülebilmelidir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin aşırı iş yükünü engellemek için benimsenen şekli ikincillik ilkesi gereği başvuranın temel hak ihlali ni giderecek mahkeme ve mahkeme dışı tüm olanakları kullanması beklenmektedir. Geçici hukuki korumada, henüz ana davada temel hak korumasının sağlanabildiği ve başvuru yolunun beklemesinin kabul edilebileceği hallerde yalnızca bu tedbire ilişkin kanun yollarının tüketilmesi de yeterli olmayacaktır.²⁶

Bir hukuki (koruma) tedbiri olarak verilen tutukluluk kararına karşı yapılan bireysel başvurularda da şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Dolayısıyla belirtilen

24 Bu süreler, birer hak düşürücü süredir; mahkemece re'sen incelenmeleri gerekmektedir, Doğan Soyaslan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 337.

25 Bkz. Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17.

26 Alman anayasa hukuku açısından bkz. BVerfGE 80, 40, 45.

nedenlerle ve serbest bırakılmayı temin edebilecek bir karar alma amacıyla yapılacak bireysel başvuruların, olağan kanun yolları tüketilmek şartıyla, tutukluluk hali devam ettiği sürece yapılabilmesi mümkündür.²⁷ Burada tüketilmesi gereken kanun yolu, yalnızca 5271 sayılı Kanun'da öngörülen itiraz kanun yolunun kullanılmış olmasıdır.²⁸ Kural olarak başvurusunun tutukluluk nedeniyle 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddelerinde belirtilen yola öncelikle başvurarak tazminat davası açmaması, başvuru yollarını tüketmemesi sonucunu doğurmaz.²⁹ Bu nedenle - tutukluluk hâli sona ermediği sürece³⁰ - tazminat davası başvuru yollarının mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru yolu değildir.”³¹

Geçici ya da ara kararlar³² da (örneğin davayı sürdüren tasarruflar, ertelemeye veya delil sunmaya ilişkin kararlar) ancak istisnai olarak bireysel başvuru konusu olabilir. Bu nitelikteki kararlarla davanın devamı için önemli bir hukuki sorun hakkında hüküm veriliyor

- 27 İkinci Bölüm, B. No: 2012/726, 2/7/2013, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2012/142, 9/1/2014, prg. 23; İkinci Bölüm, B. No: 2013/6398, 3/4/2014, prg. 30; Birinci Bölüm, B. No: 2013/6149, 6/3/2014, prg. 43, Birinci Bölüm, B. No: 2013/5278, 15/4/2014, prg. 38.
- 28 CMK md. 267 gereği gözaltı ve tutuklamaya ilişkin kararlar itiraza tabidir.
- 29 Birinci Bölüm, B. No: 2012/899, 9/1/2014, prg. 32-34; Birinci Bölüm, B. No: 2012/999, 9/1/2014, prg. 34; Birinci Bölüm, B. No: 2013/496, 3/4/2014, prg. 25; Birinci Bölüm, B. No: 2013/843, 3/4/2014, prg. 31. İkinci Bölüm bu konudaki ilk kararında 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat yoluna başvurulmayarak 'başvuru yolları tüketilmediği için kabul edilemezliğine kararı vermiştir (B. No: 2012/338, 2/7/2013, prg. 33). Sonraki kararlarında ise kabul edilebilirlik yönünden yaptığı incelemede Bakanlık görüşünde değinilmesine rağmen bu sorunu tartışma konusu bile yapmamıştır (B. No: 2012/1303, 21/11/2013, prg. 21-22; B. No: 2013/736, 3/4/2014, prg. 23).
- 30 "Tutukluluk hâli sona ermiş olan bir başvurusunun, devam eden tutukluluk hâlinde farklı olarak, tutuklama nedenlerinin bulunmadığı yönünde bir iddiayı ileri sürmesi halinde, iddia edilen ihlalin tespitini ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek bir hukuk yolu mevcut ise öncelikle bu yolu tüketmesi gerekir. Bu nedenle, 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi ile öngörülen hukuk yolu, başvurusunun şikâyetleri açısından erişilebilir ve elverişli bir çözüm olanağı ve makul ölçüde bir başarı imkânı sunmaktadır.", Birinci Bölüm, B. No: 2012/1205, 8/5/2014, prg. 32 ve 34; Birinci Bölüm, B. No: 2013/1912, 17/9/2014, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2013/8521, 18/9/2014, prg. 41; Birinci Bölüm, B. No: 2012/1225, 15/10/2014, prg. 32; Birinci Bölüm, B. No: 2013/9303, 19/11/2014, prg. 36.
- 31 Birinci Bölüm, Başvuru No: 2012/1158, 21/11/2013, prg. 38; İkinci Bölüm, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, prg. 30; İkinci Bölüm, B. No: 2012/348, 4/12/2013, prg. 32; İkinci Bölüm, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, prg. 30.
- 32 Hâkimin reddi ve mahkemenin görevsizliğine (Birinci Bölüm, B. No: 2012/670, 26/3/2013, prg. 20-21) ile bilirkişi atanması talebinin reddine (Birinci Bölüm, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, prg. 35) ilişkin ara kararlar, temyiz yolunda incelenmeden doğrudan bireysel başvuruda bulunulamaz. Alman hukukunda ise ayrı olarak hakim reddi istemini kabul eden kesin karara karşı anayasa şikayeti dikkate alınmaktadır, Jahn M., "Die Zulaessigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen", in: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, C.F Müller, Heidelberg 2011, s. 51.

ve bunlar diğer merciler tarafından denetlenemiyor veya değiştirilemiyor ve böylece düzeltilemez bir temel hak ihlaline yol açılıyorsa, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmelidir.³³

Anayasa Mahkemesi, somut olayda hem tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuş, hem de bireysel başvuruda bulunduktan sonra da 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesine dayanarak tazminat davası açılmış olması halinde, tazminat davasının bireysel başvurunun incelenmesine engel oluşturup oluşturmadığını tespit etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre “etkili olduğu kabul edilecek olan başvuru yolu, Anayasa’da öngörülmüş güvencelere aykırılık nedeniyle hakkın ihlal edildiğini özü itibarıyla tespit etme ve yeterli giderim sağlama imkânı sunan bir yol olmalıdır.”³⁴ Buna göre tutuklama kararının Anayasa’nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine ilişkin şikâyetlerde, derece mahkemesinde açılacak tazminat davasının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak görülebilmesi için ilk olarak tutuklama hâlinin sona ermiş olması gerekir. “Zira tazminat davası sonucunda verilecek karar, niteliği gereği tutuklama hâlini sona erdiremez ancak hukuka aykırılığın saptandığı hâllerde tutuklu kalan süreyi de gözетerek geçmişe dönük belli bir tazminata hükmedebilir.”³⁵

Tutukluluk hâlinin sona ermiş olması durumunda, Anayasa Mahkemesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki bazı şikâyetler yönünden 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesi uyarınca açılacak tazminat davasını tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olarak görmek için ikinci bir koşul daha aramaktadır. Anayasa Mahkemesi bu koşulu belirlerken Yargıtay uygulamasını dikkate almaktadır. 5271 sayılı Kanun’da öngörülen koruma tedbirleriyle ilgili tazminat davalarının temyiz mercii olan Yargıtay 12. Ceza Dairesi, belirli tazminat nedenleri bakımından dava açılabilmesi için asıl davanın sonuçlanmasının gerekmediğine, diğer bir kısım tazminat nedenleri için ise hükmün

33 Bu yöndeki Alman Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. BVerfGE 16, 283, 285; 24, 56, 61; 101, 106, 120; 119, 309, 317. Ayrıca bkz. Bastı S., Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, s. 28.

34 Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29.

35 Ali İpekli ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 61.

kesinleşmesinin zorunlu olduğuna işaret etmiştir.³⁶ Bu kapsamda Daire, bu ayrımı yaparken tazminat istemine konu taleplerin (incelenenin) asıl davanın sonucunu etkileyip etkilememesi veya onun sonucuna bağlı olup olmaması ölçütlerini esas almaktadır. Daire asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir.³⁷ Yargıtay'a göre, tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik iddialar, asıl davada verilecek kararı etkileyecek nitelikte olduğu için tazminat davasının reddedilmesi gerekmektedir.³⁸ Sonuç olarak, bu yolun bir başarı şansı sunmayacağını gösteren bu Yargıtay içtihadı karşısında Anayasa Mahkemesi, başvurucunun tazminat yoluna hiç başvurmamış olması durumunda başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermemektedir.³⁹

AİHM de benzer yönde kararlar vermektedir. AİHM, CMK'nın yürürlüğe yeni girdiği dönemde, Hükümetin 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunun bir neticeye ulaşabildiğini gösteren, iç hukukta verilen herhangi bir karar sunmadığı, yalnızca tazminat ödenmesine ilişkin bir hukuk yolunun tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olabileceği konusunda ikna olmadığı hallerde, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazı kabul etmemekteydi.⁴⁰ Ancak zamanla AİHM bu tutumunu değiştirmiş ve so-

36 Yargıtay içtihadı için bkz. Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, §§ 41-43.

37 Yargıtay içtihadındaki, uzun tutukluluk şikâyetine ilişkin tazminat davasının esas dava sonuçlanmadan da görülebileceği yönünde değişimi de dikkate alan Anayasa Mahkemesi uzun tutukluluk şikâyetinde esas dava henüz sonuçlanmamış olsa da tazminat davasını etkili bir hukuk yolu olarak kabul etmiş ve önceki içtihadından (Burak Döner, B. No: 2012/521, 2/7/2013, § 35) dönmüştür (İrfan Gerçek, B. No: 2014/6500, 29/9/2016, § 41). Mahkeme'nin tutumundaki bu değişiklikte, Yargıtay kararlarının yanında, 15.07.2016'da yaşanan darbe teşebbüsü, peşi sıra gelen OHAL ve temel hak ve özgürlüklere kapsamlı sınırlamalar getiren KHK'lar sebebiyle artan bireysel başvuruların etkili olabileceği görüşü için bkz. Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul 2017, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 261.

38 Anayasa Mahkemesi'ne göre CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerekli olduğu haller için bkz. Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, s. 236-245.

39 Zehra Perk, B. No: 2017/25979, 10/6/2020; Mustafa Mutlu, B. No: 2017/3121, 10/6/2020, Ersin Kızılay, B. No: 2016/28555, 10/6/2020. Hatta Anayasa Mahkemesi, hâlihazırda derece mahkemelerinde derdest bulunan tazminat davasının sonucunun beklenmesine gerek olmadığı, başka bir ifadeyle başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermemektedir, Ali İpeklî ve diğerleri [GK], B. No: 2017/30997, 22/1/2021, § 67.

40 Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye, B. No: 36443/06, 14/4/2015, 61-68; Hakim Aydın/Türkiye, B. No: 4048/09, 26/5/2020, §§ 26-31; Ragıp Zarakolu/Türkiye, B. No: 15064/12, 15/9/2020, §§ 31-33.

ruşturması/kovuşturması tamamlanmış başvurular açısından, CMK md. 141'i tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olarak görmeye başlamış ve bu yönde içtihadına süreklilik kazandırmıştır.⁴¹

Özellikle bu ikinci koşul bakımından gözaltı tedbirinin hukuka aykırılığı iddiasıyla yapılan başvurularda, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki ayrıma giderek, Yargıtay içtihadını da gözeterek, tazminat yoluna hiç başvurulmamış olunması durumunda, başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermeme- si; diğer kabul edilebilirlik koşullarının varlığı halinde esasa ilişkin denetime geçmesi, kararlarının tutarlılığı ve kişi özgürlüğünün etkin biçimde korunabilmesi bakımından uygun olacaktır. Fakat Anayasa Mahkemesi, tutmanın kanuna uygun olmadığı iddiaları yönünden de CMK md. 141 yolunu çok daha kolaylıkla etkili görmektedir.⁴² Nitekim kendilerine çağrı yapılsa ifade vermek için yetkili makamlara gidebilecek olmalarına rağmen hukuka aykırı şekilde yakalanma ve gözaltına alınmaya ilişkin iddiaların gündeme geldiği bir kararında Anayasa Mahkemesi, CMK md. 141 yolu tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴³

Bu konuda AİHM içtihadı ise belirgin olmaktan uzaktır. AİHM, kanuni gözaltı süresinin aşılması söz konusu olduğunda CMK md. 141'deki yolun tüketilmesi gerektiği savını kabul etmekteyken⁴⁴ gözaltına alınmalarının yasaya aykırı olduğu ve bilhassa Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendinin gerektirdiği şekilde, suç işlediklerine dair haklarında şüphelenilmesini gerektiren inandırıcı sebeplerin bulunmadığı iddiasını içeren bir başvuruda, gözaltına alma kararının kanuni olmadığı haller için CMK md. 141 yolunun tüketilmesinin gerekli olmadığını kabul etmiştir.⁴⁵ Bu içtihadı göre, örneğin bir kişi gözaltına alınmasını gerektirecek bir şüphe olmama-

41 Demir/Türkiye, B. No: 51770/07, 16.10.2012, §§ 24-28; Balca/Türkiye, B. No: 41843/07, 22.01.2013, § 17; Aydın Dağlı/Türkiye, B. No: 18386/07, 17/05/2016; Beştaş/Türkiye, B. No: 16857/12, 17.05.2016.

42 Tolga Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yolu, <https://www.tolgasinir.com/post/cmkm141>.

43 İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, § 47. Aynı yönde bkz. Ahmet Hüsrev Altan [GK], B. No: 2016/23668, 3/5/2019, § 72; Mehmet Hasan Altan (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 90.

44 Paşa Bayraktar ve Aydınkaya/ Türkiye, İHAM, 38337/12, 16/05/2017, §§ 24-31.

45 Mergen ve diğerleri/Türkiye, B. No: 44062/09, 31/05/2016, §§ 33-38.

sına rağmen yakalanmış ve gözaltına alınmış ise bu kişinin CMK md. 141 yoluna başvurmasına gerek yoktur.

Ancak aynı dönemde verdiği bir başka kararında AİHM, biraz da tartışmalı şekilde, başvurusunun yakalamasının usûli güvencelere uymaksızın yapılması ve kanuna aykırı olarak gözaltında tutulması şikâyetine ilişkin olarak CMK md. 141 yolunun tüketilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.⁴⁶ Sözü edilen bu kararlar ışığında, AİHM'in CMK md. 141 konusunda yaklaşımının değişkenlik gösterdiği görülmektedir.⁴⁷

Ayrıca vurgulamak gerekir ki tutuklama tedbirine karşı bireysel başvuruda bulunabilmesi için aranan tedbirin sona ermesi koşulunun, gözaltı bakımından aranmaması gerekir. Usule ilişkin böyle bir koşul, karşılaştırmalı hukuk verileriyle de örtüşmemektedir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, vereceği esasa ilişkin bir karara bağlı ve gerekli hukuksal korumaya yönelik olan kamusal çıkarın, kişi özgürlüğüne yapılan müdahale sona erdiği için ortadan kalkmayacağını açıkça belirtmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre; "kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulması hakkının kolaylıkla ihmal edilmesi, kişi özgürlüğünün Alman Anayasası'nın garanti ettiği korumasının anlamına uygun düşmemektedir."⁴⁸

Bu anayasal tespit, müdahalenin bireysel başvurunun yapıldığı anda halen devam edip etmediğinden ve Anayasa Mahkemesi önündeki yargılama sürerken sona erip ermemesinden bağımsız olarak geçerlidir. Aynı şekilde ilgilinin bireysel başvuru anında artık gözaltında bulunup bulunmadığına bağlı olmaksızın kişi özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir.⁴⁹

⁴⁶ Mustafa Avcı/Türkiye, B. No: 39322/12, 23/05/2017, §§ 58-67.

⁴⁷ Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 1, https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurlik_guvenlik_hakki.pdf, s. 263.

⁴⁸ BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Mai 2002 - 2 BvR 2292/00 -, Rn. 1-36, http://www.bverfg.de/e/rs20020515_2bvr229200.html.

⁴⁹ BVerfGE 9, 89 <93 f.>; 10, 302 <308>; 53, 152 <157 f.>; 58, 208 <219>; 83, 24 <29 f.>; Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 1992 - 2 BvR 658/90 -, NVwZ 1992, S. 767, der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 11. März 1996 - 2 BvR 927/95 -, NVwZ-Beilage 1996, S. 49, und der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 4. Februar 2000 - 2 BvR 453/99 -, NJW 2000, S. 1401.

V. Sonuç

Derece mahkemelerinin gözaltına ilişkin kararlarında, Anayasa'nın 19. maddesinin gerektirdiği seviyede bir inceleme yapip yapmadıklarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer hak ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kişi özgürlüğünün ihlaline yönelik başvurularda usule ilişkin katı koşullar öngörmesi, esasa ilişkin karar vermekten kaçındığı izlenimi doğurmaktadır. Aralarında bir kanun yolu ilişkisi olmayan ceza yargılaması ve tazminat davasına yönelik iki ayrı yargı kolunu bir bütün olarak algılayan böyle bir içtihat, ceza yargılamasına ilişkin başvuru yollarının tüketilmesini, medeni yargılama sonucu verilen kararın olağan kanun yolları sonunda kesinleşmesi koşuluna bağlayabilmektedir. Bu koşulun aranması, ceza yargılaması sürerken temel hakların etkisinin dikkate alınması zorunluluğunun göz ardı edilmesi riskini yaratabileceği gibi ceza yargılamasını temel hakların korunması bakımından etkisiz bir yol haline de getirilebilir.

Diğer taraftan, etkili bir başvurudan söz edebilmek için başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Yine vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usule ilişkin güvencelerin sağlanması gerekir.⁵⁰ Sorumluların ortaya çıkarılması bakımından tazminat davası yolunun yeterli usulü güvence içerdiği de söylenemez.

Bu durumda Alman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararında da belirtildiği gibi “kişi özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin hukuka uygunluğunun anayasal olarak açıklığa kavuşturulması hakkı” ancak bireysel başvuruda esasa ilişkin bir inceleme yapılarak etkin biçimde korunabilecektir.

50 S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28; benzer yöndeki AIHM kararı için bkz. *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157-160.

KAYNAKÇA

- Basty S., Die sachliche Erledigung der Verfassungsbeschwerde, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2010
- Duygu Aksünger, Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat, İstanbul 2017, İstanbul Bilgi Üniversitesi SBE Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Gözde İbicioğlu, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının Bir İstisnası Olarak Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama Tedbirleri, <https://blog.lexpera.com.tr/kisi-ozgurlugu-ve-guvenligi-hakkinin-bir-istisnasi-olarak/#fn2>
- Gözde İbicioğlu, Türk Anayasalarında Yakalama, Gözaltı Ve Tutuklama, On İki levha Yayıncılık, İstanbul 2019
- Jahn M., “Die Zulaessigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde in Strafsachen”, in: Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, C.F Müller, Heidelberg 2011
- Monica Mocoevi, Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, İnsan hakları kitapçıkları, No. 5, https://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/el_kitaplari/AIHSmad5OzgurlukveGuvencilik.pdf.
- Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989, 9. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., s. 500
- Serap Keskin, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler,” İÜHFM, C. 60, S. 1-2, 2002
- Tolga Şirin, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Yönelik Önemli Gelişmeler (1): CMK md. 141 Etkili Bir Hukuk Yolu, <https://www.tolgaserin.com/post/cmcmd141>.
- Tolga Şirin, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 1, https://www.anayasa.gov.tr/media/3544/01_ozgurluk_guvenlik_hakki.pdf
- Von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1992

SALGIN FIRSATIYLA CEZA POLİTİKASI: İNFAZ KANUNU DEĞİŞİKLİĞİ, SİYASİ ARKA PLANI VE OLASI ETKİLERİ*

Doç Dr. Galma AKDENİZ**

Dr. İdil ELVERİŞ***

Arş. Gör. Arca ALPAN****

Özet

Nisan 2020’de Covid 19 salgınının gündeme oturmasıyla, İnfaz Kanunu’nda kalıcı bir değişiklik yapılarak, en sık rastlanan suçlar bakımından cezaların infaz oranı önemli ölçüde kısaltıldı. Bunun yanında, ceza infaz sisteminin farklı aşamalarında bulunan on binlerce mahkûm geçici maddeler eliyle cezaevinden fiilen tahliye edildi. Bu makalede, bu değişikliklerin arkasında yatan asıl nedenin salgın ve kamu sağlığı değil, son on beş yılda gerçekleşen cezaevi nüfusundaki aşırı artış olduğu ortaya konacaktır. Bu sorunun bugüne dek nasıl idare edildiği, giderek ağırlaşması karşısında iktidar ortakları tarafından ortaya konan yasa teklifi ve taslakları üzerinden ne tür siyasi söylemler geliştirildiği de ele alınacaktır. Aynı zamanda, infaz oranı değişen ve değişmeyen suç senaryoları eşliğinde yeni düzenlemelerin sonuçları karşılaştırılacak ve bunlar ceza politikası bağlamında tartışılacaktır. Çalışma, iktidarın af benzeri sonuçlar içeren bu düzenleme ile salgını fırsat bilerek zaten iki seneye yakın zamandır hazırlamakta olduğu değişiklikleri Meclisten geçirmiş olduğunu ortaya

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 10/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 03/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 19/06/2021.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, galma.akdeniz@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7255-8260.

*** London School of Economics and Political Science, I.Elveris@lse.ac.uk, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8073-0032.

**** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, arca.alpan@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9501-4522.

koymaktadır. Yapılan bu değişikliklerin bütüncül ve hedef odaklı bir ceza politikasının yansıması olmadığı; bunun yerine kalabalıklaşma problemini çözme amaçlı ve belli bir ceza politikası çerçevesine oturmayan bir taktikten ibaret olduğu ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler: Ceza Kanunu, Ceza adaleti, Suç, İnfaz Kanunu, Cezaevleri, Covid-19 Salgını

PANDEMIC AS AN OPPORTUNITY FOR PENAL POLICY: AMENDMENTS TO THE LAW ON THE EXECUTION OF SENTENCES, ITS POLITICAL BACKGROUND, AND POSSIBLE EFFECTS

Abstract

In April 2020 with the spread of the Covid 19 pandemic, the Law on Execution of Sentences was amended as to reduce the in-prison serving time for most frequent offences. In addition, provisional clauses of the Law allowed quick release of tens of thousands of prisoners from correctional institutions. Supported by the examination of the political rhetoric that surrounded these developments, we argue that the real motivation behind the adoption of these changes was the extraordinary rise of the prison population over the last fifteen years rather than the pandemic. We further discuss how the prison overcrowding problem was addressed in the past, how it escalated, and how the latest responses by the government coalition partners took its final shape. Finally, we argue that the government has passed the amendments under the pretense of concern for public health and conclude that the changes are not a part of a well-thought, larger outcome-oriented crime policy, but rather a tactic to reduce overcrowding.

Keywords: Penal Law, Criminal Justice, Crime, Law on Execution of Sentences, Prisons, Covid-19 Pandemic

I. Giriş

Bu makalede, Nisan 2020’de Covid-19 Salgını’nın ilk aylarında ‘Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Ka-

nunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' (7242 sayılı Kanun) adıyla kabul edilen kanunun geri planı, getirdiği politika değişikliği ve bunun olası etkileri incelenmektedir. Bu kanun, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (İnfaz Kanunu) birçok değişiklik yaparak, hapis cezalarının infaz biçimini değiştirmiştir. Kanun, gündeme geliş biçimi, yansıttığı politika öncelikleri ve uygulamaya etkisi bakımından değerlendirildiğinde, Türkiye'deki ceza ve cezalandırma alanındaki politika ve buna dair tartışma eksikliğinin bir başka örneğini teşkil etmektedir. Bu nedenle, bu makale ile amacımız bu kanunun detaylı hukuki bir analizini yapmaktan çok (ki temel hukuki düzenlemeler yine de incelenmiştir), konunun siyasi geçmişine ve uygulamada yaratacağı sonuçlara bakmaktır. Bu bağlamda, Türkiye'de cezaevlerinde yaşanan kitlesel hapsetme sonucunda oluşan kalabalıklaşma sorununu ve geçmişte bu soruna getirilen çözümleri de inceleyeceğiz. Bunu yapabilmek için, yeni düzenlemelerin uzun ve kısa vadede cezaevi nüfusuna olası etkilerini tartışacak ve farklı suçlar bakımından ceza infaz biçimini nasıl değiştirdiğine değineceğiz. Daha geniş anlamda ise, bu kanun değişikliklerinin Türkiye'deki ceza politikaları bakımından ne gösterdiğini değerlendireceğiz.

Covid-19 Salgını'nın başlamasıyla, kapasitesinin üstünde bir nüfusu barındıran cezaevlerinde de virüsün yayılma riski gündeme geldi. Bu durum gerekçe gösterilerek, hızla adım atıldı. Virüsün cezaevi nüfusuna yayılmasını engellemek için, cezaevi ziyaretleri durduruldu ve ceza infaz memurları karantinaya alındı.¹ Bunlara paralel olarak, cezaevi nüfusunu hızlı bir şekilde azaltacak İnfaz Kanunu'nun bazı maddelerini değiştiren 7242 sayılı Kanun kabul edildi. Yapılan bu değişiklik, ceza infaz sürecinin herhangi bir aşamasında olan birçok hükümlüyü etkiledi. Örneğin, kapalı cezaevlerinde bulunanların bir kısmı kanun değişikliği sayesinde daha erken tarihte açık cezaevine ayrılabilirdi veya denetimli serbestlikten yararlanabilirdi. Hatta hem açık cezaevlerinde cezalarının infazı devam eden hem de denetimli serbestlikten yararlananlar salgın süresince izinli sayıldı. Böylece bu

1 Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, 'Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları' (17 Haziran 2020) <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarinda-kovid-19-pandemi-surecine-dair-kamuoyu-aciklamasi17062020045113>> erişim 1.2.2021.

kişiler ceza infaz sistemi kapsamındaki yükümlülüklerinden azade oldular. En önemlisi, etkisi bundan sonra işlenecek suçlar bakımından doğmak üzere, koşullu salıverilmeye kadar infaz kurumlarında² infaz edilmesi gereken cezaların oranları da bazı suçlar bakımından düşürüldü. Tüm bunların sonucunda, Nisan 2020 itibarıyla 90.000 civarında, Temmuz 2020 itibarıyla ise 118.000'in üstünde hükümlü kanun değişikliğinden yararlanarak ceza infaz kurumlarından ayrıldı.³

Cezaevleri, dar alanda birçok kişinin koğuş adı verilen odalarda sürekli birlikte yaşaması ve herhangi bir sosyal mesafeye uyulmasına imkân tanımaması nedeniyle her tür bulaşıcı hastalığın yayılması için uygun bir ortamdır. Bu anlamda ilk bakışta, 7242 sayılı Kanun'un hızlı bir şekilde meclisten geçmesini, salgının kontrolsüz yayılma riski tetiklemiş görünmektedir. Ancak biraz daha yakından bakınca, kanunun kabulünde asıl unsurun salgından ziyade 'Türkiye'de cezaevlerinde yaşanan aşırı kalabalıklaşma sorunuyla⁴ yakından ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim yapılan tartışmalardan, bu sorunun aniden fark edilmiş olmadığı da açıktır. Gerçekten de sorun yıllardır mayalanan, büyüyen ve zaman zaman el atılan bir mesele olmuştur.

II. Türkiye'deki Cezaevlerinde Kalabalıklaşma Sorunu ve Bununla Başa Çıkma Çabaları

2004-2005 yıllarında ceza, ceza usul ve ceza infaz kanunlarının en baştan yazılmasıyla yapılan ceza adalet reformu, Türkiye'deki ceza adalet sistemine birçok değişiklik getirdi. Bunlardan biri de yeni İnfaz Kanunu'nun eskisine göre daha 'sıkı' bir ceza infaz rejimi getirmiş olmasıydı. 2005 öncesinde, bir hükümlünün koşullu salıverilmesine kadar kapalı ceza infaz kurumlarında infaz edilmesi gereken cezasının süresi, mahkemeden aldığı cezanın %40'ına denk

2 İnfaz kurumları burada kapalı cezaevi, açık cezaevi ve denetimli serbestlik kurumunu içermektedir.

3 TBMM, 'TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Hükümlü ve Tutuklu Hakları Alt Komisyonu Tutanağı' (25 Haziran 2020) <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2555> erişim 1.2.2021.

4 Türkiye'de infaz kurumlarındaki aşırı kalabalıklaşma sorununu, 'kitlese hapsetme' (*mass incarceration*) kavramı üzerinden ele alan çalışma için bkz. ALPAN Arca, 'Neoliberal Ceza Devleti ve Kitlese Hapsetme' (Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018) 19-24

geliyordu. 2005 sonrasında, bu oran tüm suç türleri bakımından cezanın %66'sına çıkarıldı. Bir başka deyişle, hapis cezası alanların eskisine göre fiilen daha uzun süre ceza infaz kurumlarında kalmaları gerekecekti. Kanunun gerekçesine bakıldığında, neden böylesi radikal bir değişikliğe gidildiğine dair özel bir açıklama bulunmamaktadır. Dahası, bu değişikliğin cezaevi nüfusunda yaratacağı etkinin önemsendiği veya hesaplandığına dair herhangi bir işaret de bulunmamaktadır. Sonuç olarak, 2005'ten itibaren cezaevi nüfusu hızla artışa geçmiştir. Şekil 1'de de gösterildiği üzere, TÜİK'in verilerine göre cezaevlerinde bulunanların sayısı 2000 yılında 50.628⁵ iken, 2009'un sonunda 115.920 olmuştur. 2009'u takip eden on sene içinde bu sayı tekrar katlanarak, 2019'un sonunda 291.546'ye ulaşmıştır.^{6,7}

Diğer yandan, cezaevi nüfusunun artışıyla beraber cezaevlerinin kapasitesi de artmıştır. 2009 yılında ülkedeki toplam cezaevi kapasitesi 106.779 iken,⁸ 2019 yılında bu sayı 218.950 olmuştur.⁹ Bu artış genellikle yeni ve yüksek kapasiteye sahip cezaevlerinin inşa edilmesiyle ve eski daha küçük kapasiteli cezaevlerinin kapatılmasıyla gerçekleştirilmiştir.^{10,11} Yaklaşık 15 senedir devam eden bu

5 Her yılın 31 Aralık tarihi itibarıyla cezaevlerinde bulunan kişi sayısını ifade etmektedir.

6 TÜİK, 'Adalet İstatistikleri' (Hükümlü ve Tutuklu Sayısı tablosu, tarihsiz) <<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=adalet-ve-secim-110>> erişim 1.2.2021.

7 Cezaevlerindeki kişilerin büyük kısmı (2018'de %79'u) yargı süreci biterek, cezasının infazı başlamış kişilerdir (Eurostat, 'Crime and Criminal Justice Database' (veritabanı) <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/crime/data/database>> erişim 1.2.2021.)

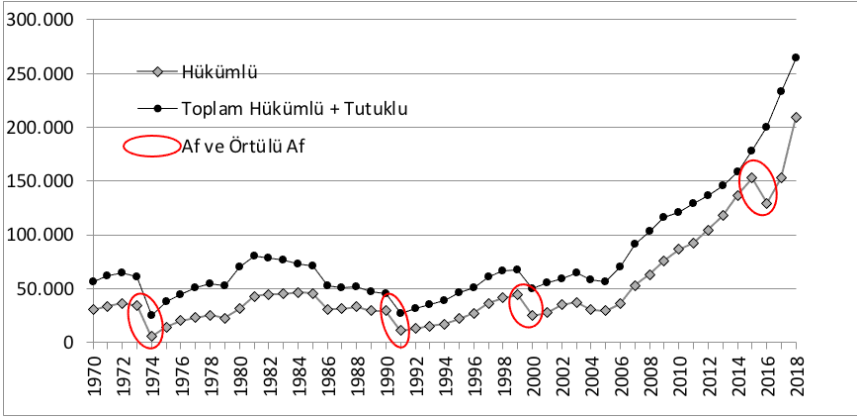
8 ibid.

9 CHP, 'CHP Genel Başkanı Yardımcısı Adıgüzel'in CİMER Başvurusuna Yanıt Geldi: "88 Bin Kapasiteli 137 Yeni Cezaevi Yolda"' (15 Temmuz 2019) <<https://www.chp.org.tr/haberler/chp-genel-baskan-yardimcisi-adiguzelin-cimer-basvurusuna-yanit-geldi-88-bin-kapasiteli-137-yeni-cezaevi-yolda>> erişim 1.2.2021.

10 Örneğin, sadece 2016 yılında 38 yeni cezaevi faaliyete geçmiştir, toplam 26.572 kapasiteli (ortalama 760) (Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, 2016 Yılı Birim Faaliyet Raporu (Adalet Bakanlığı 2017) <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/20820191410332016_faliyet_raporu.pdf> erişim 1.2.2021.). 2017'de 51 yeni cezaevinin açılması planlanırken, bu sayı 2018'de 39; 2019'da 30 idi. 2015 yılında 32 cezaevinin kapatılması planlanmıştı; 2016 - 16; 2017 -37; 2018 - 27; 2019 - 31. (Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, 'Stratejik Plan 2015-2019' (Adalet Bakanlığı tarihsiz)151). Yapılanlar planlananı da aşmış ve 2019'da toplam 45 eski küçük kapasiteli cezaevi kapandı. (Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, '2019 Bakanlık Faaliyet Raporu' (Adalet Bakanlığı 2020), 150).

11 Sadece 2019 yılında toplam 1,3 milyon m²'lik cezaevi inşaatı tamamlanmıştır. (Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, '2019 Bakanlık Faaliyet Raporu' (Adalet Bakanlığı 2020), 44).

tırmanma ve büyüme eğiliminin sonucunda, Türkiye 2019 yılında 100.000 nüfusa 329 mahpus oranına ulaşmıştır. Bu oranla Türkiye, Avrupa Konseyi ortalaması olan 100.000 nüfusa 125,9'un üç katına yakinken, kapatma oranı açısından Avrupa Konseyi ülkeleri arasında ikincidir. Söz konusu oran sadece Rusya'da daha yüksektir.¹² Bu artışın aynen devam etmesi durumunda, 20 sene içinde Türkiye dünyadaki en yüksek kapatma oranına sahip ABD'yi bile geçecektir.¹³ Ancak cezaevi nüfusunun artışı, cezaevlerinin kapasite artışının çok üstündedir.



Şekil 1: Türkiye'de Cezaevlerinin Yıllara Göre Nüfusu.¹⁴

Şekil 1, 2005 yılından sonra kontrolden çıkmış ve mevcut kaynaklarla başa çıkılamaz bir cezaevi nüfusu artışını göstermektedir. Geçmişte (örnekleri 1974'te, 1991'de, 2000'de, 2016'da da görüldüğü üzere), cezaevlerinin kapasitesi aşıldığında ve kalabalıklaşma sorunu arttığında, bununla başa çıkma yöntemi çeşitli 'af' ve 'af

12 AEBI Marcelo F ve TIAGO Mélanie M., *SPACE I-2019: Prison Population* (Avrupa Konseyi 2020) 30.

13 US Department of Justice, Bureau of Justice Statics, 'Key Statistic: Incarceration Rate' (tarihsiz) <<https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=kfdetail&iid=493>> erişim 1.2.2021.

14 2017'ye kadar olan veriler Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü (internet üzerinden erişim kaldırıldı fakat yazarlarda dosyalanmış olarak mevcut), 2018 verileri Eurostat, 'Crime and Criminal Justice Database' (veritabanı) <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/crime/data/database>> erişim 1.2.2021. Prisoners by Legal Status of the Trial Process tablosundan alınmıştır.

benzeri' (veya 'örtülü af') düzenlemeler çıkarmak olmuştur¹⁵. Şekil 1 aynı zamanda bu 'örtülü af'ların etkilerini açık şekilde göstermektedir. Örneğin, 1974'te yürürlüğe giren 'Cumhuriyetin 50'nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun' sayesinde, cezaevi nüfusu 33.722'den 5.442'ye düşürülerek, cezaevi nüfusunda %83 oranında bir gerileme sağlanmıştır. 1991'de kabul edilen 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda cezaların infaz sürelerini kısaltan geçici madde sayesinde ise, %62'lik bir azalma elde edilerek, cezaevi nüfusu 29.373'ten 11.047'ye indirilmiştir. 2000 yılında 4616 sayılı '23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un kabul edilmesi yine benzer sonuç doğuran bir düzenleme olarak kabul edilebilir. Bu kanun da cezaevi nüfusunun %43 azalarak, 44.131'den 24.855'e düşmesini sağlamıştır.¹⁶ 2020'den önce son örnek, 2016'da olağanüstü hâl ilanının ertesinde, '671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesiyle İnfaz Kanunu'na Geçici Md. 6'nın eklenmesiyle yapılmıştır. Bu değişiklik, birçok suç bakımından infaz kurumlarında geçirilmesi gereken süreler kısaltılarak ve denetimli serbestlik koşulları yumuşatılarak, cezaevi nüfusu bir anda 23.000 civarında azaltılmıştır. Fakat artık toplam cezaevi nüfusu çok artmış olduğundan, oransal anlamda önemli bir düşüş elde edilememiştir. Sağlanan %15'lik düşüş, toplam cezaevi nüfusu üstünde sayısal anlamda büyük bir fark yaratmamıştır. Gerçekten de, 2016'daki İnfaz Kanunu değişikliğinin etkisi bir sene içinde kaybolmuş ve aradan geçen dört senede cezaevi nüfusu daha da hızlı artmıştır.

Dahası, verdiğimiz örnekler Türkiye'deki tek 'af' örnekleri değildir. Yıldırım ve Kuyucu'ya göre, 1923'ten beri, cezaevi nüfusunu kontrol altına almak amacıyla "acil buton" işlevi gören toplam 157 farklı 'af' çıkartılmıştır.¹⁷ Dolayısıyla, cezaevi nüfusu artışını durdurmaya yönelik geniş çaplı dekriminalizasyon (suç olmaktan çıkarma), alternatif ceza ve yargı süreci seçenekleri (diversiyon) yerine, anlık

15 Demirbaş 'dolaylı af' kavramını kullanmaktadır (DEMİRBAŞ Timur, '7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af' (2020) 2 Suç ve Ceza 387).

16 Bu konuya ilişkin tartışma için bkz. SEYİDOĞULLARI İbrahim H., 'Türkiye'de Ceza Afları: Ankara'da Af Konulu Alan Araştırması' (2006) 8(3-4) Polis Bilimleri Dergisi, 1.

17 YILDIRIM İrem ve KUYUCU Tuna, 'Neoliberal Penalty and State Legitimacy: Politics of Amnesty in Turkey During the AKP Period' (2017) 51(4) Law & Society Review 859, 861.

rahatlama sağlayan ama kalıcı etkisi olmayan araçların kullanılması-
nın Türkiye’de bir politika haline geldiği söylenebilir. Nitekim, bu
‘gelenegi’ dikkate alarak ve bu konudaki tartışma eksikliğinden yola
çıkarak, sorunu yönetilir seviyeye düşürmek için yeni bir ‘örtülü
af’fa en yakın zamanda başvurulacağı daha önce ileri sürülmüştü.¹⁸

Her ne kadar Türkiye’de bu yönde bir gelenek varsa da, siyasi
anlamda afların kamuoyunu kolayca ikna etmediği açıktır. Adalet ve
Kalkınma Partisi (AKP) iktidarı da, genel olarak ‘af’fa karşı olduğunu
ileri sürmüştür.¹⁹ Bu tutum 2018’de Cumhurbaşkanı tarafından da
“Şahıslara karşı işlenen suçlarda devletin af yetkisi yoktur” şeklinde
ifade edilmişti.²⁰ Durumun iktidar için bir ikilem yarattığı söylenebi-
lir. Bir tarafta, köklü olmasa bile acil bir çözüm ihtiyacı, diğer tarafta
klasik olarak kullanılan yöntemi açıkça kullanmanın zorluğu. Ancak,
bu ikileme rağmen, bilindik tedbirlere başvurmanın tanıdık rahatlığı
zaman zaman devreye girmiştir. Dahası, farklı politika araçları gelişt-
irme yönünde siyasi bir iradenin bulunmaması; ve gerçekleri farklı
anlatılarla kamuoyu için hazmedilir kılmaya yarayan medya kontro-
lünün etkisi de zaten başka seçeneklerin gündeme gelmesine imkan
vermemiştir. İşte biz de burada, bir şey yapılması zorunluluğu açık
olan bu sorun karşısında geliştirilen ‘çözüm’ün, salgın fırsat biline-
rek kamuoyuna nasıl sunulduğunu ve ceza politikaları bakımından
bunlara dair ne tür sonuçlar öngörülebileceğini ele alacağız.

III. Nisan 2020 Ceza İnfaz Kanunu Değişikliğinin Siyasi Arka Planı

12 Mayıs 2018’de, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) Genel Başkan
Devlet Bahçeli cezaevlerindeki “kader mahkûmlarına” yönelik bir
af getirilmesi için çağrıda bulundu.²¹ Bundan iki gün sonra, MHP

18 AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil ve ALPAN Arca, ‘Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye’de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet’ (2019) 6(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5, 34.

19 YILDIRIM ve KUYUCU, 17

20 Milliyet. ‘Cumhurbaşkanı Erdoğan: “Şahıslara Karşı İşlenen Suçlara Devletin Af Yetkisi Yoktur”’ (21 Ekim 2018) <<https://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/cumhurbaskani-erdogan-sahislara-karsi-islenen-suclara-devletin-af-yetkisi-yoktur-13107270>> erişim 1.2.2021.

21 BAHÇELİ Devlet [@dbdevletbahceli], ‘Kader çizgimiz bellidir. Bunun değiştirmek harcı-
mız değildir. Ancak kader mahkumlarının talihini değiştirebilir, onların elinden tutabilir,
zincirlerinden ve zindanlardan onları çekip çıkarabiliriz. Tartışma ve konuşmaya değmez

Genel Başkan Yardımcısı Feti Yıldız, bir “af kanunun” çıkarılmasına yönelik çağrısını, sosyal medyada da paylaşılan bir basın açıklamasıyla duyurmuştu.²² 2018 yazı boyunca konuyla ilişkin devam eden tartışmaların ve müzakerelerin sonuca ulaştığı ve ‘af’ yerine bir ‘şartlı salıverilme’ formülü üzerinde durulduğu medyada yer aldı.²³ 22 Eylül 2018’de MHP’nin sunacağı kanun teklifinin detayları açıklandı.²⁴ Teklifin aslında bir ‘af’ olmadığı, yerine şartlı salıverilme getirdiği ve metnin daha AKP’ye sunulmamış olduğu MHP Genel Başkan Yardımcısı Feti Yıldız tarafından paylaşıldı.²⁵ Ancak, hemen ertesi gün Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, AKP’nin uzun yıllardır affa karşı tutumunu şunları söyleyerek yeniden vurguladı:

...[E]ğer bir af [suç] devlete karşı işleniyorsa, devletin bunu af yetkisi olabilir. Fakat şahıslara karşı işleniyorsa, bunun af yetkisi devlette değildir. Ancak bunu affedebilecek merci, o şahısların, mazlum, mağdur insanların ta kendisidir. Biz o yetkiyi devlet olarak kendimize alamayız. Düşünün ki bir ailede, bir kişinin eşi, kardeşi öldürülmüş, devlet olarak biz bunu affedebilir miyiz? O yetki o ailenin kendine aittir [...]’²⁶

24 Eylül 2018’de MHP grubundan sekiz milletvekili TBMM Başkanlığı’na, ‘Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi’ni sundu.²⁷ Teklifin genel gerekçesinde, cezaların infazında değişiklik yapılması için birçok neden yer alıyordu: artan suç oranları; FETÖ/PDY’li hâkim ve savcılar tarafından verilen kararların adaletsizliği

mi? Hadi buyurun...’ (Twitter, 12 Mayıs 2018) <<https://twitter.com/dbdevletbahceli/status/995257892591865857>> erişim 1.2.2021.

22 YILDIZ Feti [@YildizFeti], “Af Kanunu” hakkında yapmış olduğum yazılı basın açıklamam’ (Twitter 14 Mayıs 2018) <<https://twitter.com/YildizFeti/status/996030986738642944?s=20>> erişim 1.2.2021.

23 Cumhuriyet, ‘MHP’de Af Mesaisi: Kapsam Genişliyor’ (18 Temmuz 2018) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/mhpde-af-mesaisi-kapsam-genisliyor-1030950>> erişim 1.2.2021.

24 CNN Türk, ‘MHP Af teklifinin Detaylarını Açıkladı’ (22 Eylül 2018) <<https://www.cnnturk.com/turkiye/mhp-af-teklifinin-detaylarini-acikladi>> erişim 1.2.2021.

25 ibid.

26 Euronews, ‘Erdoğan: Devlete Karşı İşlenen Suçlar İçin Af Yetkisi Olabilir’ (23 Eylül 2018) <<https://tr.euronews.com/2018/09/23/erdogan-devlete-karsi-islenen-suclar-icin-af-yetkisi-olabilir>> erişim 5.2.2021.

27 TBMM, ‘TBMM 27. Dönem 2. Yasama yılı, Esas: 2/970, Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi’ (26 Eylül 2018) <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>> erişim 22.11.2020.

ve hukuka aykırılığı; yüksek tutuklama oranları; yetersiz fiziki şartlar; cezaların ıslah ve rehabilitasyon görevini yerine getirememesi gibi. Ayrıca, cezaevlerindeki kalabalıklaşmanın da ciddi sorun teşkil ettiği; bunun “sosyal barış” için tehdit oluşturduğu ve ne demek istendiği pek açıklanmadan, bu kalabalıklaşmanın cezaevlerini “provokasyonlara” açık hale getirdiği belirtildi. Aynı gerekçeyle, infaz hukukunun “ceza hukukuyla tamamlayıcı olduğu” ve yasamanın “bazı fiillerin suç olarak tanımlanması veya suç olmaktan çıkarılması, cezaların yerine getirilme koşullarının belirlenmesi konularında kamu yararını gözeterek düzenlemeler yapma takdir hak ve yetkisi” olduğu da vurgulandı.²⁸

Kısaca, suçla mücadele ve ceza adaleti sistemi ile ilgili ciddi sorunlar olduğu, yasamanın da bunları çözmek için yetkili olduğu belirtildikten sonra, getirilen çözüm önerisinin (belli bir tarihten önce işlenen bazı suçlar için) infazda şartlı indirim içermesi, indirgemeci veya tek boyutlu olarak tanımlanabilir. Zira önerilen çözümle genel gerekçeyle dile getirilen nedenlerden hiçbirisi hedef alınmamıştır: ne artan suç oranları; ne hukuksuz ve adaletsiz verilen kararlar; ne cezaevlerindeki fiziki şartlar; ne de cezaevlerinin ıslah ve rehabilitasyon görevini yerine getirebilme kapasitesi.²⁹

Dahası, teklif klasik anlamda bir af değil “şartlı indirim” yöntemini kullanarak bir örtülü af olmasına rağmen, MHP’nin yaptığı açıklamalarda ‘af’ terimini kullanmaya devam etmesi, önerinin bir ‘af’ olarak algılanmasına sebep oldu.³⁰ Cumhurbaşkanı Erdoğan, AKP’nin affa karşı söylemini bozmayarak, “Bu affı çıkarır da bundan ne kadar siyasi rant elde ederiz’ biz böyle düşünemeyiz. Efendim cezaevleri dolmuş, cezaevlerini boşaltmak için af çıkarılmaz”³¹ gibi ifadeler içeren demeçlerle hem teklifin affa karşı tutumuyla uyuşmadığını, hem de teklifin arkasında gerçekten de MHP grubunca açıkça ifade edilmiş olduğu üzere, cezaevlerinin doluluğunun yer aldığını teyit etmiş

28 ibid.

29 Teklifin detaylı incelemesi için bkz. DEMİRBAŞ T., ‘Ceza İnfaz Kurumlarında Doluluk Sorunu ve Af Tartışmaları’ (2019) 1 Suç ve Ceza 1.

30 BBC Türkçe, ‘Af Yasası Tartışmaları: AKP ve MHP Uzlaşabilecek Mi?’ (4 Ekim 2018) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-45730226>> erişim 1.2.2021.

31 Milliyet, ‘“Cezaevleri Doldu Diye Af Çıkarılmaz”’ (8 Ekim 2018) <<https://www.milliyet.com.tr/siyaset/cezaevleri-doldu-diye-af-cikarilamaz-2756192>> erişim 1.2.2021.

oldu. Belki de bu nedenle teklif, TBMM Başkanlığı tarafından Adalet Komisyonu'na sevk edilmiş olmasına rağmen, yasama gündemine alınmadı. Bunun üzerine, Ekim 2018'de Adalet Bakanı Abdülhamit Gül bu tekliften bağımsız başka bir çalışmanın olduğunu belirtti.³² Bu açıklamanın, MHP'nin 'af' olarak algılanan ve tartışılan teklifine yönelik tepkiler nedeniyle, hükümeti siyasi açıdan farklı bir pozisyon almaya yönlendirmesi sonucu yapıldığı söylenebilir.

Ocak 2019'da çeşitli basın kuruluşlarında, Adalet Bakanlığı'nın af yerine bir infaz kanunu değişikliği üzerinde çalıştığı konuşulmaya başlandı,³³ ve böylece 2018'in baskın af söylemi ile araya mesafe konuldu. 2019 boyunca değişikliğin olası detayları haberlerdeydi.³⁴ Sonunda Aralık 2019'da MHP kendi teklifini geri çektiğini beyan etti. Bunun gerekçesi olarak Cumhur İttifakı içinde bir uzlaş sağlanmasının önemli bulunması ve AKP'nin bu konuda zaten bir teklif hazırlığında olması gösterildi.³⁵

Asıl sebep ne olursa olsun, 'af' tartışmasının konudan doğrudan etkilenen kesimlerde bir beklenti oluşturduğu tartışmasıdır. Böylece, 2019 yılının ikinci yarısından itibaren, öyle veya böyle cezaevlerinin boşaltılması için bir şey yapılacağı hissi yaratıldı. Nitekim cezaevlerindeki kalabalıklaşma da dramatik bir hamleyi kaçınılmaz hale getirmişti. Ocak 2020'de çeşitli mecralarda yer alan haberlerde konu bu sefer bir yargı paketi içinde gündeme geldi, ancak bunun cezaların indirilmesini öngören bir düzenleme olmadığı da vurgu-

32 Hürriyet, 'Af Teklifiyle İlgili Son Haberler ve Gelişmeler | Af Çıkacak Mı?' (20 Ekim 2018) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/af-teklifiyle-ilgili-son-haberler-ve-gelismeler-af-cikacak-mi-41001909>> erişim 1.2.2021.

33 Sabah, 'Ceza İnfaz Kanunu Sil Baştan Yenileniyor' (11 Ocak 2019) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/01/11/ceza-infaz-kanunu-sil-bastan-yenileniyor>> erişim 23.11.2020.; A Haber, 'Ceza İnfaz kanunu sil baştan yenileniyor' (11 Ocak 2019) <<https://www.ahaber.com.tr/gundem/2019/01/11/ceza-infaz-kanunu-sil-bastan-yenileniyor>> erişim 23.11.2020.

34 Sabah, 'İşte Yeni Af Yasası... İnfaz Süreleri Düşecek, Kadın ve Çocuk Cinayetleri...' (2 Haziran 2019) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/06/02/iste-yeni-af-yasasi-infaz-sureleri-dusecek-kadin-ve-cocuk-cinayetleri>> erişim 1.2.2021.; CNN Türk, 'Af Haberleri 2019. Af Çıkacak Mı, Ceza İnfaz Yasasında Son Durum Ne?' (26 Ekim 2019) <<https://www.cnntrk.com/turkiye/af-haberleri-2019-af-cikacak-mi-ceza-infaz-yasasinda-son-durum-ne>> erişim 1.2.2021.; Deutsche Welle Türkçe, 'İnfaz Rejimine Son Rötüşler Yapılıyor' (7 Kasım 2019) <<https://www.dw.com/tr/infaz-rejimine-son-r%C3%B6t%C5%9Flar-yap%C4%B1%C4%B1yor/a-51150577>> erişim 1.2.2021.

35 BBC Türkçe, 'Babçeli'nin 'Af Teklifini' Geri Çekmesi Ne Anlama Geliyor?' (6 Aralık 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50682216>> erişim 23.11.2020.

landı.³⁶ 2020'nin ilk aylarında, Covid-19 Salgını'nın ülke gündeminin başköşesine yerleşmesine günler kala, infaz düzenlemesine ilişkin bir soru üzerine AKP Grup Başkanvekili Bülent Turan, bu konuda bir beklentinin olduğunu teyit ederek, yapılan çalışmanın "toplumun beklentisini karşılayan ancak adalet duygusunu zedelemeyen bir orta yol" olacağını söyledi. Ardından şu sözlerle örtülü af ve benzer etkisi olan kanun değişikliklerinin yarattığı siyasi riski ve iklimi özetledi:

"[...] af beklentisi olan kadar mağdur olup da af beklemeyen de var. Mağduriyetlerinin siyasi istismar konusu gibi algılanmasından çekinen de var. O yüzden çok riskli bir konu. Sosyal kesimlerin tamamının kanaatini alıp buna göre adım atmak çok daha kıymetli".³⁷

Nihayet, 31 Mart 2020'de AKP ve MHP, 'Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi' başlıklı ortak tekliflerini TBMM Başkanlığı'na sundu. Mayıs 2018'de Devlet Bahçeli tarafından dile getirilen 'af' önerisi ile başlayan tartışma, böylece somut bir kanun teklifi ile Meclis'e sunulmuş oldu. Bunu takip eden 15 gün içinde, teklif hem Adalet Komisyonu'nda hem de Genel Kurul'da tüm görüşmeler tamamlanarak kanunlaştı.

Aylarca gündemde olmasına rağmen, konuya dair somut adım atılmamasının ardındaki nedenin, toplumda 'af' olarak algılanacak bir yasanın yaratacağı tepkiye karşı duyulan tedirginlik olduğu açıktır. Ancak 'konunun halk nezdindeki hassasiyeti'ne defalarca vurgu yapılmışken, teklif metninin ortaya çıkması ile kanun olarak geçirilmesi arasındaki kısıtlı süre, bu 'hassasiyetlerin' tartışılmasına fazla imkân bırakmamıştır. Hatta amacın, hassasiyetlerin tartışılmasına ve

36 'Tele 1, 'Çıkacak İddiaları Vardı! Af Yasası Bekleyenlere Kötü Haber' (17 Ocak 2020) <<https://tele1.com.tr/af-yasasi-bekleyenlere-kotu-haber-120636/>> erişim 23.11.2020.; Milli Gazete, 'Af Yasası Bekleyenlere Kötü Haber!' (17 Ocak 2020) <<https://www.milligazete.com.tr/haber/3596679/af-yasasi-bekleyenlere-kotu-haber>> erişim 1.2.2021.; Sabah, 'Son Dakika: İnfaz Düzenlemesi (Af Yasası) Şekillendi! İşte o Taslak Metin' (21 Ocak 2020) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2020/01/21/son-dakika-infaz-duzenlemesi-af-yasasi-sekillendi-iste-o-taslak-metin>> erişim 23.11.2020.

37 Anadolu Ajansı, 'AK Parti Grup Başkanvekili Turan: İnfaz Düzenlemesi Çok Taraflı Bir Mesele' (24 Şubat 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/ak-parti-grup-baskanvekili-turan-infaz-duzenlemesi-cok-taraflı-bir-mesele/1743599>> erişim 1.2.2021.

dile getirilmesine imkân sağlayacak bir kamuoyu tartışması yaratmak olmadığı, bunun yerine, teklifi ‘af’ tartışmaları yeniden alevlenmeden, hızla geçirmek olduğu söylenebilir. Bunun için Covid-19 Salgını siyasi anlamda mükemmel bir fırsat yaratmıştır. Tüm kamuoyu salgına odaklanmışken, ortada cezaların infazı hakkında bir kanun değişikliğine kalacak ilgi bulunmuyordu. Üstelik, cezaevlerinin bu şekilde boşaltılıyor olması kamuoyuna bir ‘sağlık önlemi’ olarak anlatılabilecekti.

İki parti grubu, kanun teklifinin Meclis Başkanlığı’na sevki sırasında birlikte yaptıkları açıklamada infaz kanununda yapılan değişikliklerle amaçlananın, infaz hukukunun temel prensipleri uyarınca infaz adaletini sağlamak olduğunu belirttikten sonra, infaz hukukunun amacının da hükümlülerin topluma yeniden kazandırılması ve ıslahı olduğunu dile getirdi.³⁸ Ayrıca, bazı suçların toplum vicdanını yaraladığını ve bu nedenle düzenlemelerin dışında tutulduğunu vurgulayarak (cinsel suçlar, uyuşturucu suçları, öldürme, kadına yönelik şiddet ve terör suçları), bir anlamda kamuoyunda olası olumsuz tepkileri doğmadan engellemeye çalıştı. Son olarak, Covid-19 Salgını’nın Türkiye’de de görülmeye başladığı ve buna karşı cezaevlerinde tedbir alınması gerektiği de söylendi. Burada ilginç noktalardan birisi de teklifte denetimli serbestlikle ilgili herkese re’sen bir yıl uygulama yerine ceza ile orantılı uygulanacağı düzenlemesinin getirildiğinin söylenerek, özellikle kısa süreli cezalarda cezasızlık algısına karşı mücadele etmek istendiğinin ifade edilmesi oldu.

Bu açıklamalarla Meclis’e sevk edilen kanun teklifinin genel gerekçesine bakıldığında, toplumun cezasızlık algısının, iktidarı af tartışması ve kalabalıklaşmanın gündeme gelecek olması endişesi kadar rahatsız ettiği ortaya çıkmaktadır. Üç sayfalık gerekçenin neredeyse yarısı infaz hakimliği ve denetimli serbestliğe ayrılmıştır.³⁹ Kalabalıklaşma net şekilde dile getirilmeden, Türkiye’de ceza infaz oranlarının Avrupa’daki İngiltere, Finlandiya, İtalya, Polonya ve Belçika

38 Anadolu Ajansı, ‘İnfaz Düzenlemesine İlişkin Kanun Teklifi TBMM Başkanlığına Sunuldu’ (31 Mart 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/infaz-duzenlemesine-iliskin-kanun-teklifi-tbmm-baskanligina-sunuldu/1786584>> erişim 23.11.2020.

39 TBMM, ‘TBMM 27. Dönem 3. Yasama yılı, Esas 2/2762, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi’ (31 Mart 2020) <<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2762.pdf>> erişim 23.11.2020.

gibi ülkelerle kıyaslandığında daha uzun olduğu ve hükümlülerin dış dünyaya uyum sağlamaları ve yeniden suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bu oranlarda değişiklik yapılacağı ifade edilmektedir. Bunun yanında, gerekçede genel geçer birtakım sebepler ve paketteki diğer düzenlemelerin bir kısmına ilişkin sözler yer almaktaysa da salgına hiç değinilmemektedir. Bu haliyle genel gerekçe daha önce ileri sürülen düzenleme sebepleriyle tutarlı olmaktan uzaktır.

TBMM Genel Kurulu'na gelindiğinde ise, AKP adına söz alan Afyonkarahisar Milletvekili Ali Özkaya, cezaların fiilen yatma sürelerinin eskiye göre nasıl uzamış olduğunu, suç tipi örnekleriyle açıklamıştır. Yargılamaların istinaf yoluyla hızlanmasının cezaların kesinleşmesine ve infaz aşamasına hızla geçilmesine katkı yaptığını ifade etmiş ve şöyle devam etmiştir: “İnfaza girildiğinde bugün, şimdi, biz dedik ki: Bir, bu işte 2/3’ü süreler çok uzadığı için 1/2’ye indirelim. Genel bir infaz düzenlemesi yapalım. Belli bir suçlar açısından 2/3, kırmızı çizgi olarak tespit ettiğimiz suçlar açısından da 3/4.”⁴⁰

Özkaya’nın ifadelerine göre, amaç infaz sürelerini indirmektir çünkü süreler çok ‘uzamıştır’. Bu muğlak ifade sayesinde, süreyi ‘uzatanın’ bizzat kendi iktidarları olduğu ve bunun ülkede kitlesel hapsetme sorununa yol açtığı düşünülmeyecektir. Dahası, teklifin Meclis’e sevki sırasında dile getirilen infazda adalet, ıslah, salgına da konuşmada değinilmemektedir.⁴¹

Değişikliğin Covid-19 Salgını ve cezaevlerindeki yoğunluk bağlamında ele alındığı nadir yerlerden biri, Adalet Komisyonu’nda özellikle açık ceza infaz kurumları için verilecek olan izin hususundadır. Adalet Komisyonu Başkanvekili Yılmaz Tunç, konuyu şu şekilde açıklamıştır:

...Dünya Sağlık Örgütünün tespitiyle ortaya konulan pandemiyle karşı karşıyayız. Covid-19 salgını sebebiyle gerek Dünya Sağlık Örgütü gerekse Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komis-

40 TBMM, ‘TBMM Tutanak Dergisi, 79’uncu Birleşim’ (8 Nisan 2020 Çarşamba) <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b07901h.htm>> erişim 23.9.2020.

41 TBMM, ‘TBMM 27. Dönem 3. Yasama yılı, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi’ (3 Nisan 2020, 3’üncü Toplantı) <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2528> erişim 23.11.2020.

yonu Başkanı tarafından, bütün dünya kamuoyuna, salgınla mücadele bağlamında, cezaevlerinde yatan hükümlü sayısının azaltılmasına yönelik bir tavsiye kararı da oldu. Bu çerçevede, artık bir uluslararası hukukun da konusu olan cezaevindeki yoğunlukla ilgili de ayrı bir müessese getirmek, düzenleme getirmek suretiyle şu anda zaten ceza infaz kurumlarında -açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin izin hakları var. Bu izin haklarını salgın sebebiyle iki aylık süreye yaymak suretiyle cezaevlerindeki yoğunluğu salgın dönemine teşmil etmek üzere azaltmaya da gayret ediyoruz.⁴²

Tunç, teklifin ‘tamamen salgın nedeniyle’ yapıldığı iddiasını TBMM Genel Kurulu’nda yaptığı konuşmada reddetmiş ve teklifin kamuoyunda tartışılmasının çok daha önce başladığını ifade etmiştir.⁴³ Kanun metnine bakıldığında, geçici maddedeki izin düzenlemesi dışında, ‘Covid-19 Salgını’ ifadesi bir kez, bunun dışında ‘salgın hastalık’ ifadesi ise yalnızca iki kez geçmektedir. Nitekim yukarıda 2018’den beri yaşananların özeti, salgının yapılan değişikliklerin sebebi olmadığı, iktidara zaten yapmak istediği düzenlemeleri geçirmek için bir fırsat sunmuş olduğunu gösterir niteliktedir.

Tüm bunlardan hareketle, siyasi aktörlerin teklife dair birçok farklı açıklama geliştirdiği görülmektedir. Yerine ve seslenilen kitleye göre, salgın, kalabalık ve cezasızlık gerekçelerinin yanına ıslah, topluma yeniden kazandırma, infaz sürelerini indirme eklenmiştir. Buradan yola çıkarak, İnfaz Kanunu’nda yapılan değişiklikleri harekete geçirenin arka planında kalabalıklaşma ve buna bağlı af beklentisinin; cezasızlık algısına yönelik bir şey yapma arzusunun yer aldığı ama konjonktürün etkisiyle Covid-19 Salgını’nın sebep gösterildiği söylenebilir.

Bu İnfaz Kanunu değişikliğinin, infaz rejiminde nasıl bir değişiklik getirdiğini aşağıda inceleyeceğiz. Burada bir kez daha, maddeleri hukuken ele almaktan çok (maddelerdeki değişikliklerin detaylı

42 TBMM, ‘TBMM 27. Dönem 3. Yasama yılı, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi’ (3 Nisan 2020, 3’üncü Toplantı) <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2528> erişim 23.11.2020.

43 TBMM, ‘TBMM Tutanak Dergisi, 79’uncu Birleşim’ (8 Nisan 2020 Çarşamba) <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b07901h.htm>> erişim 23.9.2020.

hukuki incelemeleri daha önce yapılmıştır⁴⁴) yapılan değişikliklerin uygulamadaki sonucunu ve cezaevi nüfusuna etkisinin ne olacağını tartışmayı amaçladığımızı vurgulamak isteriz. Bizce, ancak bu şekilde kanun değişikliğinin gerçekten ne anlama geldiği anlaşılabilir.

IV. 7242 Sayılı Kanun'un Cezaların İnfazına Etkisi

Birçok ülkede olduğu gibi, Türkiye'de de mahkemeler tarafından verilen hapis cezaları kapalı ceza infaz kurumlarında aynen yerine getirilmemektedir.⁴⁵ Bunun yerine hapis cezalarının infazı şu aşamalardan oluşmaktadır:

Kapalı cezaevi > Açık cezaevi > Denetimli serbestlik > Koşullu salıverilme

Bu aşamalarda soldan sağa doğru ilerlendikçe devletin mahkûm üzerindeki gözetim ve denetim seviyesi gitgide azalmaktadır. Bu infaz biçiminden dolayı, mahkemeler tarafından verilen cezaların sadece bir kısmı ve kimi durumlarda çok da kısa bir kısmı, kapalı cezaevlerinde infaz edilmektedir. Kalan kısım ise kamuoyunun 'hapis cezası' olarak adlandırmayacağı bir infaz biçimiyle tamamlanmaktadır (kısmen veya tamamen serbest olarak, ya da çok sınırlı bir gözetim altında). Ceza kanununda yazan; yargılama sonucunda mahkemelerce verilen ve infaz edilen cezalar arasındaki fark ve tutarsızlık büyük olduğunda, görünen ve uygulanan ceza politikasında da tutarsızlık ortaya çıkmaktadır.

7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin, cezaların bu açıklanan şekliyle infazında iki türlü etkisi olmuştur. Öncelikle, koşullu

44 Bu tarz incelemeler için, bakınız: ALAN AKÇAN Esra, '7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi', içinde ÇALIŞKAN Yusuf, GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz Bozkurt ve DÜLGER Ahmet (der.), *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı* (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) 635; DEMİRBAŞ Sevdâ, '7242 Sayılı Kanun İle İnfaz Hukukunda Yapılan Değişiklikler' (2020) 1 Ardahan Barosu Dergisi 36; ATALAY Osman '7242 Sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri' (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1234

45 Avrupa ülkelerindeki hapis cezalarının nasıl infaz edildiğine ilişkin bilgiler için, bakınız: TONRY Michael (der.), *Crime and Justice: A Review of Research*, (Vol. 45): *Sentencing Policies and Practices in Western Countries: Comparative and Cross-National Perspectives* (University of Chicago Press 2016); EuroPris, 'Country Factsheet on Prison Sentence Execution' (The European Organisation of Prison and Correctional Services) <<https://www.europris.org/file/fd-909-prisoner-information-sheets/>> erişim 1.2.2021.

salıverilmeye kadar infaz kurumlarında yerine getirilecek cezaların oranları kısaltılmıştır. Bu, İnfaz Kanunu'ndaki ana maddelerde değişiklik yoluyla yapıldığı için kalıcıdır ve yeni bir infaz rejimi oluşturmaktadır. Bu kalıcı değişikliklere ek olarak, 30 Mart 2020 tarihine kadar işlenmiş olan suçlardan infaz edilen cezalar için geçici maddeler eliyle denetimli serbestlik uygulaması genişletilmiştir. Ayrıca, salgından dolayı cezaevlerini hızlıca boşaltmak için, açık cezaevlerine geçişler kolaylaştırılmış ve açık cezaevine geçenler 'izinli' olarak serbest bırakılmıştır. O sırada denetimli serbestlikte olanlar da 'izinli' sayılmıştır. Şunu önemle not etmek gerekir ki, bu ikinci değişiklikler geçici maddelerle düzenlendiği için, temel infaz rejiminde bir değişiklik oluşturmamıştır. Bunlar kısa vadeli uygulamalar olarak nitelendirilebilir. Ancak denetimli serbestliğin her suç tipine bir yıl uygulanmasının özellikle kısa süreli hapis cezaları bakımından cezasızlık algısı yarattığını söyleyerek oransal uygulanması için teklif veren bir hükümet için, denetimli serbestliğin bu şekilde genişletilmesi bile başlı başına bir çelişkidir. 7242 sayılı Kanun'un getirdiği kalıcı infaz rejimi değişikliğini ve geçici infaz uygulamalarının etkisini anlamak için, yapılan değişiklikler aşağıda özetlenmiştir.

A. 7242 Sayılı Kanun'un Bazı Adli Suçlar Açısından Oluşturduğu Yeni İnfaz Rejimi

Cezaevi nüfusunun son yirmi yılda katlanarak arttığı Şekil 1'de gösterilmişti. Bununla başa çıkmak için çeşitli dönemlerde aflar çıkarıldığı, ancak ceza infaz kurumlarının kısa sürede yeniden dolduğu da ifade edildi. Sonuç olarak, durumun yönetilemeyecek hale gelmiş olduğu siyasi iktidar tarafından da görülmüş olduğundan, 7242 sayılı Kanun'la bir adım daha atıldı.

Öncelikle belirtelim ki, 7242 sayılı Kanunla, ceza infaz aşamalarında, bunların uygulama sıralarında ve uygulama prensiplerinde herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Şöyle ki, hapis cezaları infazı, yasa değişikliği sonrası da aynı aşamalarla gerçekleşmektedir: önce kapalı kurumda geçirilmesi gereken belirli bir süre, daha sonra açık cezaevi, ardından denetimli serbestlik, en sonunda da koşullu salıverilme aşaması. Ancak 7242 sayılı Kanun'un getirdiği temel değişiklik, koşullu salıverilmeye kadar infaz kurumlarında geçirilme-

si gereken sürenin artık suç tipine ve hükümlülerin yaşlarına göre belirlenmesidir. Yapılan değişikliğe göre, üç farklı suç kategorisi için ayrı oranlar düzenlenmiştir.

Birincisi, genel kural olarak, koşullu salıverilmeye kadar infaz kurumlarında geçirilmesi gereken süre, alınan toplam cezanın yarısına indirilmiştir.⁴⁶ Değişikliğe kadar bu oran 2/3'tü. Böylece, şimdi 15 sene ceza almış birisinin koşullu salıverilmeye kadar infaz süresi 7,5 sene olacaktır; 7242 sayılı Kanun öncesinde bu süre 10 seneydi. Bir başka deyişle, koşullu salıverilmeye kadar olan süre önemli ölçüde kısalmıştır. Bu rejimin uygulanacağı suçlara hırsızlık, gasp, dolandırıcılık gibi mala karşı suçlar kadar, basit yaralama, taksirle ölüme sebebiyet, tehdit gibi kişilere karşı suçlar da dahildir. İşlenen suçların çoğunluğunu, örneklenen bu suçların oluşturduğu düşünülecek olursa, infaz değişikliğinden etkilenecek mahkûm sayısının yüksek olduğu tahmin edilebilir.

İkincisi, bazı suçlar bakımından herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Bu suçlar şunlardır: Türk Ceza Kanunu (TCK) Md. 102/2'de düzenlenen cinsel saldırı; Md. 103'te yer alan çocukların cinsel istismarı; Md. 104/2 ve 104/3'te bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki; Md. 188'de bulunan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları ve Terörle Mücadele Kanunu'nda tanımlanan suçlar. Bu suçların ortak özelliği toplum nezdinde büyük tepki çekmeleri ve(ya) devletin gözünde en ağır suçlar olarak algılanmalarıdır ki buna ilişkin hükümet beyanlarına yukarıda değinilmiştir.⁴⁷ Bu suçlardan alınan cezaların koşullu salıverilme öncesi infaz edilmesi gereken süresi 7242 sayılı Kanun öncesi 3/4'tü ve bu oran aynı kaldı.⁴⁸ Bunun yanında, TCK Md. 102, 103 ve 104 bakımından yeni bir düzenleme eklenerek bu suçlardan mahkûm olanlara cezalarının infazları sırasında (ki buna koşullu salıverilme

46 İnfaz Kanunu Md. 107/2'ye göre, Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının koşullu salıverilmeye kadar olan süresi oran üstünden değil yıl üstünden 30 yıl, müebbet hapis da ise 24 yıl olarak belirlenmiştir.

47 "Ağır suçlar" burada hukuki bir kavram olarak değil, kriminolojik bir kategori ismi olarak kullanılmıştır.

48 Bu kategorideki suçlardan alınan müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet cezaları için özel düzenleme yapılmıştır. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası için bu süre 39 yıl, Müebbet hapis cezası için 30 yıl, İnfaz kanunu Md. 108 (9).

sonrası da dahil) tedavi ve başka tür yükümlükler getirilebileceği de eklendi.⁴⁹

Üçüncüsü, genel kuralın dışında olan ama ikinci kategorideki suçlardan biraz daha hafif olarak tanımlanabilir suçlar ya da çocukların mahkûm olduğu suçlar ve bundan dolayı ikinci kategoridekilere göre biraz daha ‘hafif’ bir infaz biçimi gerektiren durumlar yer almıştır. Bu kategorideki suçların infaz oranı ikinci gruba göre daha kısa olup, verilen cezanın 2/3’üdür. Söz konusu suçlar (İnfaz Kanunu Md. 107/2a-h’da belirlenmiş) üç gruba girmektedir:

- a) *Ağır suçlar*.⁵⁰ kasten öldürme ve bunun nitelikli halleri veya ihmali davranışla işlenmesi (Md. 81, 82 ve 83); ağırlaşmış yaralama suçunun mağdurun yüzünde sürekli değişikliğe sebep olması (Md. 87/2-d); işkence (Md. 94 ve 95); eziyet (Md. 96); Md. 102/2 hariç cinsel saldırı; reşit olmayanla cinsel ilişki (Md. 104/1 sadece); cinsel taciz (Md.105); özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (Md. 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138); devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (Md. 326-339);
- b) *Çocukların mahkûm olduğu bazı ağır suçlar*. cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar (Md. 102, 103, 104 ve 105); uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (Md. 188); ve suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar,
- c) 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilâtı Kanunu kapsamına giren suçlar.⁵¹

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, bu kategoride yer alan suçlarda koşullu salıverilmeye kadar olan oranın aynen korunmuş

49 Tedavi ve yükümlülükler şöyle sıralanmıştır: Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, Tedavi amaçlı programlara katılmak, Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak. İnfaz kanunu Md. 108/9a-f.

50 ‘Ağır suçlar’ burada bir hukuki bir kavram olarak değil, kriminolojik bir kategori ismi olarak kullanılmıştır.

51 Bu suçlar dışında, ana kuralın başka istisnaları da İnfaz kanunun Md. 107’de tanımlanmıştır: Mahkûmun birden çok fazla cezasının olması; suçta tekrerrür hali; işlenen suçun örgütlü olması gibi. Amacımız tüm olası durumları tartışmak olmadığından ve daha çok suç tipleri üzerinden analiz yapmak olduğundan, o özel durumları burada ele almıyoruz.

olduğudur. Bir başka deyişle, 7242 sayılı Kanun bu suçların infaz rejiminde de herhangi bir değişiklik meydana getirmemiştir.

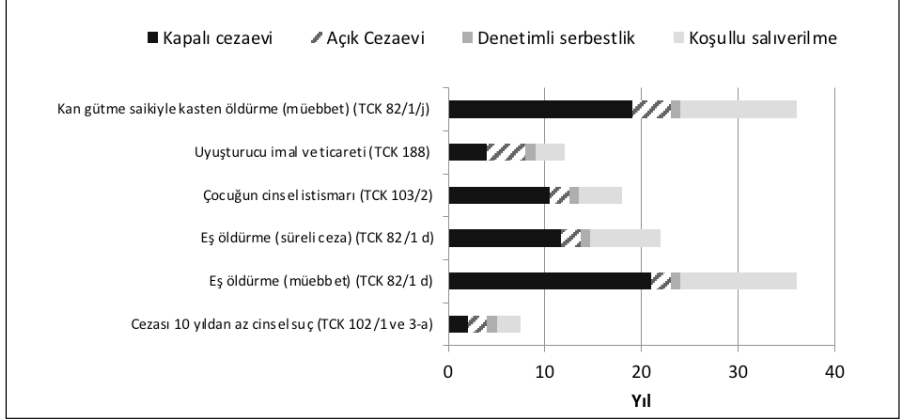
Yukarıdakileri kısaca özetlemek gerekirse, 7242 sayılı Kanun ile, koşullu salıverilmeye kadar olan cezaların infaz oranları yeniden tanımlanmıştır. Oluşturulan yeni infaz rejimi suçları üç kategoriye ayırmış ve bu üç kategori için farklı infaz oranları belirlemiştir. Genel kategori (Kategori 1) için uygulanacak infaz oranı 1/2 olarak değiştirilmiştir (değişiklik öncesi 2/3 idi). En ‘ağır’ olarak tanımlanabilir kategorideki suçlar için (Kategori 2: cinsel saldırı, çocuk istismarı, terör suçları gibi) oran 3/4 olarak kalmıştır. Son olarak da ‘ara’ kategori suçlar için (Kategori 3: öldürme, işkence, gibi) oran eskisiyle aynı 2/3 olarak kalmıştır. Dolayısıyla, artık suç tipini/ağırlığını dikkate alan üç farklı infaz rejimine geçilmiştir. Böylece, 2005 yılında yeni TCK ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) reformlarının bir parçası olarak getirilen yeknesak ceza infaz düzeni büyük ölçüde ortadan kaldırılırken, birçok suç bakımından verilen cezaların yarısının infaz edildiği 2005 öncesi döneme geri dönmüştür. Bir anlamda, AKP hükümetinin 2005’te geçirdiği reformlar, 2020’de yine AKP tarafından geri alınmıştır.

İnfaz rejiminde yapılan bu kalıcı değişikliklerin infaz sürecine etkisini daha kolay anlayabilmek için, somut birkaç örnek üstünden örnekleme yapmak istedik. Bunun için, daha önce Akdeniz, Elveriş ve Alpan tarafından kullanılmış suç senaryolarını kullandık.⁵² Akdeniz, Elveriş ve Alpan çalışmalarında yargı mensuplarının da katkılarıyla ‘gerçek hayatta olsa mahkeme tarafından bu suç için nasıl bir ceza verilir-di’ yaklaşımıyla farklı suçlar için cezalar tespit etmişlerdi.⁵³ Ardından, İnfaz Kanunu ve Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği maddelerini uygulayarak, bu suçların infaz aşamalarındaki süreleri hesaplamışlardı. Karşılaştırılabilir olabilmesi için, 7242 sayılı Kanun’un getirdiği değişiklikleri dikkate alarak aynı suç ve ceza senaryoları için İnfaz Kanunu değişikliği sonrası uzunluklarını hesapladık. Eski ve yeni infaz rejimi altında cezaların infaz aşamalarının uzunlukları şekilde 2 ve 3’te gösterilmiştir. Suç senaryolarından, infazda bir değişikliğin ol-

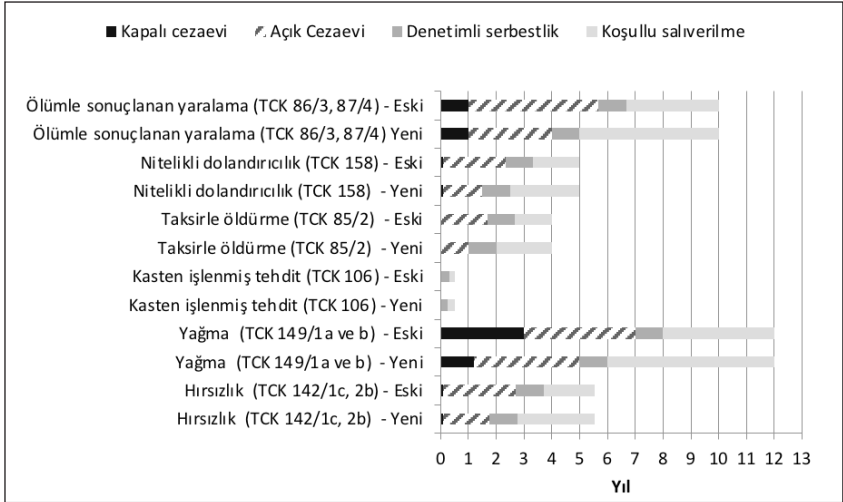
52 AKDENİZ, ELVERİŞ ve ALPAN, s.18. Senaryoların kullanımı için yazarlardan izin alınmıştır. Senaryoların metinleri için AKDENİZ, ELVERİŞ ve ALPAN’a bakınız.

53 ibid. 21.

madığı suçlar Şekil 2’de, değişiklik olanlar ise Şekil 3’te gösterilmiştir. Bunlar tabii ki tüm olası suçları ve durumları yansıtmamaktadır, fakat genel bir görüntü vermek için bilgilendirici niteliktedir.



Şekil 2. 7242 Sayılı Kanun’un Getirdiği Kalıcı Değişikliklerden Etkilenmeyen Suçlar Açısından Senaryolardaki Cezaların İnfaz Aşamaları.



Şekil 3. 7242 Sayılı Kanun’un Getirdiği Kalıcı Değişikliklerden Dolaylı Ceza İnfaz Aşamalarının Değiştiği Senaryolar.

Yukarıda açıklandığı gibi, infaz rejiminde genel anlamda ve kalıcı bir değişikliğe gidilmiş, fakat bu bazı suçlar bakımından sadece infaz oranında değişiklik yapılarak olmuştur. Ancak Şekil 2’de gösterildiği üzere, cezası daha uzun olan suçların bazılarında (öldürme, ağır yaralama, cinsel suçlar, çocuk istismarı, uyuşturucu, terör gibi) infaz oranı aynen korunmuştur. Dolayısıyla, yapılan genel değişiklik mevcut infaz sürelerinde önemli bir değişiklik yaratmayacağı için, cezaevi nüfusuna etkisi kısa vadede çok sınırlı olurdu. Bu nedenle, cezaevi nüfusunu daha hızlı şekilde azaltabilmek için, ani etki yaratacak uygulamalara da ihtiyaç duyuldu. İnfaz kanununda geçici maddelerde yapılan değişiklikler işte bu amaca hizmet etmektedir. Bunlar takip eden sayfalarda özetlenmiştir.

B. 7242 Sayılı Kanun’un Getirdiği Geçici İnfaz Uygulamaları

Cezaevi nüfusunu hızlı azaltabilmek için, hükümlülerin üst denetim seviyesinde oldukları kapalı cezaevlerinde bulunan kişi sayısının azaltılması gerekmektedir. Bu da hükümlülerin, daha alt denetim seviyesinde bulunacakları kurumlara -açık cezaevi veya denetimli serbestlik- aktarılmasını gerektirmektedir. Kapalı cezaevlerindeki kalabalıklaşma -bu aşamada- ancak böyle azaltılabilir. Açık cezaevlerinde bulunan hükümlüler ise yine infazın bir başka aşaması olan denetimli serbestliğine geçirilerek, açık cezaevlerindeki kalabalıklaşma azaltılabilir. En son olarak da, denetimli serbestlik aracılığıyla cezası infaz edilenler de bir şekilde denetimden çıkarılarak, infaz kurumlarının gözetimindeki mahkûm sayısı anlamlı şekilde düşürülebilir. Tüm bunların İnfaz Kanunu’nda Geçici Md. 6 değiştirilerek ve Md. 9 (7242 sayılı Kanun’un 53. maddesiyle) eklenerek nasıl yapıldığı aşağıda açıklanmıştır.

Denetimli serbestliğe geçiş bakımından: İnfaz Kanunu Md. 105/A, infaz kurumlarında infaz edilmesi gereken cezanın bir yılının denetimli serbestlik aracılığıyla infaz edilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak 2016’da geçici Md. 6 yoluyla, belli tarihe kadar işlenen suçlar için bu süre iki yıla çıkarılmıştı. 7242 sayılı Kanun’la aynı maddede bir değişiklik daha yapılarak, söz konusu süre bu sefer üç yıla çıkarıldı (30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar için).⁵⁴ Hemen

54 0-6 yaş arasında çoğunu olan kadın hükümlüler ve 70 yaşını bitirmiş hükümlüler için bu süre dört yıl oldu (Geçici Md. 6/2a).

belirtmek gerekir ki, bu üç yıllık süre bir önceki bölümde Kategori 2'nci ve 3'te olan suçlar bakımından geçerli değildir. Özünde, bazı suçlar bakımından denetimli serbestlikte infaz edilebilecek olan süre uzatılmıştır. Oysa, kanunun genel gerekçesinde toplumdaki cezasızlık algısının ortadan kalkması için denetimli serbestlik sürelerinin her ceza bakımından matbu şekilde değil, oransal şekilde yer alması amaçlanmıştı. Bulunan çözümün oransal değil, suçları kategoriye ayırarak farklı uygulamalar geliştirmek şeklinde olduğu anlaşılmaktadır.

Açık cezaevlerine geçiş bakımından: Diğer yandan, bir mahkûmun kapalı cezaevinden açık cezaevine geçebilmesi için aranan şartları belirleyen Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'ne ilişkin de değişiklik yapılmıştır. Ancak net olması açısından, söz konusu değişiklik Yönetmelik eliyle değil, İnfaz Kanunu'na Geçici Madde 9/6'nın eklenmesiyle yapıldığı gibi, Yönetmelikte yer alan düzenlemeleri aşan bir kural getirmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre, hükümlülere söz konusu Yönetmelik uyarınca belirlenen tarihten *bir sene erken* açık cezaevine geçme imkânı tanınmıştır.⁵⁵ Bu hamle ile kapalı cezaevlerindeki mahkûm sayısı ciddi oranda düşürülmüştür. Bir başka deyişle, normal şartlarda en az bir sene daha kapalı cezaevinde kalması gereken hükümlüler, açık cezaevlerine çıkabilmiştir.

Denetimli serbestlik yükümünden kurtulmak bakımından: Son olarak, İnfaz Kanunu'na Geçici Md. 9/5'nin eklenmesiyle hem açık cezaevinde hem de denetimli serbestlikte olan tüm mahkûmların 'izinli' sayılması mümkün hale getirilmiştir. Başlangıçta iznin 31 Mayıs 2020'ye kadar devam etmesi planlanmıştır. Ancak, Adalet Bakanlığı'na Temmuz 2021'e kadar bu tarihi ikişer ay uzatma yönünde takdir bırakılmasından da geride durulmamıştır ve Bakanlık bu takdirini kullanarak izin süresini uzatmıştır. Bu madde sayesinde çok sayıda hükümlü açık cezaevi ve denetimli serbestlikten toplumsal hayata 'tahliye' edilmiştir: Böylece, 'izin'li olarak hem dışarıda hem de devletin gözetimi dışında olmuşlardır. Fakat buna rağmen izin süresince cezaları 'infaz ediliyor' sayılmıştır. Sonuç olarak, bazı 'hapis' cezaları, hapsi bırakın, herhangi bir sınırlama, denetim veya

55 Bu madde devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar ve devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından mahkûm olanlara uygulanmaz.

gözetim olmadan ‘infaz’ edilmiştir. Ayrıca, birçok hükümlünün koşullu salıverilme tarihi bu ‘izin’ süresine denk geleceğinden, izinler bittiğinde infaz kurumlarına hiçbir şekilde geri dönmeyeceklerdir. Sonuç olarak, bu düzenleme ile birçok hükümlü fiilen erken tahliye olmuştur denebilir.

V. İnfaz Kanunu’ndaki Değişikliğinin Ceza Politikası Bakış Açısıyla Değerlendirilmesi

7242 sayılı Kanun’la cezaların infaz rejiminde kalıcı değişiklikler yapılarak, kapalı ceza infaz kurumunda çekilecek cezanın infaz oranı $2/3$ ’ten $1/2$ ’ye indirilmiştir. Bu oldukça önemli bir kısaltmadır çünkü bu oranın uygulanacağı temel suçlardan hırsızlık ve yaralamadan hüküm giyenler, cezaevi nüfusunun %40’ını oluşturmaktadır.⁵⁶

Diğer yandan, cinsel saldırı; müebbet veya süreli ceza da olsa eş öldürme; kan gütme nedeniyle öldürme ve çocuğa yönelik cinsel saldırı suçlarına yönelik cezalar bakımından herhangi bir infaz değişikliği getirilmemiştir. Bu haliyle düzenleme, toplumda ciddi tepki çeken kadın cinayetleri ve cinsel saldırı suçları bakımından, özellikle mağdurun çocuk olduğu durumlarda, toplumun hassasiyetlerinin ciddiye alındığını veya toplumun tepkisini çekmekten kaçınıldığını göstermektedir. Hesap verebilirlik anlamında olumlu bulunabilecek bu durum karşısında şu hatırlanmalıdır: cinsel suçlar ve eşe karşı işlenen tüm suçlar, kolluk ve adli makamlara bildirim en düşük suçlardandır. Bu suçlar bildirilse de kovuşturma ve failin ceza alması anlamında bir sürü engel bulunmaktadır. Dolayısıyla bu suçlardan hüküm giyenler, bu suçları işleyenlerin çok az bir kısmını teşkil ettikleri gibi, cezaevi nüfusunun daha küçük bir kısmını oluşturmaktadır. Hatta, cinsel suçların en az şikayet edilen, soruşturulan ve hüküm giyilen suçlar olduğu hatırlanacak olursa, bu suçların $1/2$ oranının dışarıda tutulmuş olması daha anlşıdır. Nitekim, hükümlülerin %8,3’ü çeşitli cinsel suçlardan; %14,3’ü öldürmeden; %13,1’i yaralama gibi başka şiddet suçlarından; %27,5’i hırsızlıktan; %23’ü uyuşturucu suçlarından cezaevinde bulunmaktadır.⁵⁷ Bir başka deyişle, bu suçların infazında ‘yumuşama’ olarak algılanacak bir değişiklik yapmak, zaten kalaba-

⁵⁶ AEBI ve TIAGO, *SPACE I-2019: Prison Population* (Avrupa Konseyi 2020) 30.

⁵⁷ Ibid.

lıklaşmayı azaltma konusunda fazla bir getirisi olmayan, buna karşın ciddi siyasi risk yaratan bir alanda adım atmak anlamına gelmektedir.

İnfaz oranının düşürülmesi yanında, hırsızlık ve yağma, tehdit, taksirle öldürme, nitelikli dolandırıcılık veya ölümle sonuçlanan yaralama gibi suçlar bakımından özellikle açık cezaevinde kalma sürelerinin kısaltıldığı ve kimi zaman denetimli serbestlik sürelerinde de kısaltmaya gidildiği görülmektedir. Fakat denetimli serbestlik bürolarının kapasitesinin bu kadar büyük bir yığılmayı kaldıramayacağı da açıktır. 7242 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden hemen önceki aya (Mart 2020) ait verilere göre denetimli serbestlikteki dosya sayısı 737.299'du. Bunun 108.745'i 'denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı' (İnfaz Kanunu Md. 105/A) ve 22.455'i 'mükerrerlere özgü denetimli serbestlik' (İnfaz Kanunu Md. 108/4 ve 6) kategorilerindeydi.⁵⁸ Bir anlamda, açık ve kapalı cezaevlerindeki 'kalabalık' denetimli serbestliğe aktarılmış ancak denetimli serbestlik kurumunun kapasitesine aynı oranda yatırım yapılmamıştır. Bu değişikliklerden çok önce, hükümlülerin belirlenen denetim planlarında aylar sonraya verilen eğitim ve seminer günleri, bu değişikliklerle daha da uzayacaktır. Diğer yandan, konutta infaz gibi düzenlemeler açısından bakıldığında da, bunların elektronik kelepçe, izleme sistemi gibi altyapıları yeterli ölçüde tamamlanmadığı için uygulama sorunu çıkması mümkündür. Sonuç olarak, 7242 sayılı Kanun'un infaz oranını önemli bir ölçüde ve kalıcı olarak düşürmüş olması, kalabalıklaşma sorununun kabul edildiği anlamına gelmektedir. Her ne kadar halen sorunun adı konulmaktan kaçınılsa da sorunun en azından başka bir boyutta ele alınması gerektiği anlaşılmıştır. Mesele artık sadece yönetmelik değişiklikleri, geçici maddeler, denetimli serbestlik veya açık cezaevine geçişle ilgili süreleri bir yıldan ikiye, sonra üçe çıkarmakla düzeltilemeyecek boyuta gelmiş durumdadır, daha radikal şeyler yapılması gerektiği aslında teslim edilmektedir.

Geçici düzenlemelere gelince, kapalı infaz kurumundan açığa geçmenin kolaylaştırılmasının, denetimli serbestlik süresinin uzatılmasının ve izinlerin, kalıcı bir infaz rejimi değişikliği oluşturduğu söylenemez. Hatta bu düzenlemeler 'sadece belli tarihe kadar geçer-

58 Adalet Bakanlığı, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, '2020 Yılı Mart Ayı İstatistikleri' <https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/mart_2020.pdf> erişim 1.2.2021.

li', 'sadece belli tarihten önce işlenen suçlar için' geçerli ve salgından dolayı 'bir kereye mahsus' uygulamaları gibi bir izlenim vermektedir. Bu da aslında normatif bir mühendisliktir ve yanıltıcıdır, çünkü etkisi uzun süre hissedilecektir. Örneğin, 29 Mart 2020'de işlenmiş bir suçun araştırılması, soruşturulması ve kovuşturulması en iyi ihtimalle bir yıl sürer, ki kararın kesinleşmesi bu süreye dahil değildir.⁵⁹ Nitekim, 2018 verilerine göre iki yıldan uzun süren dava sayısı 150.000'e yakındı,⁶⁰ ki bu 2018 yılı sonunda derdest olan davaların %11,4'ünü oluşturmaktadır.⁶¹ Böylece, 'geçici' görünen bir düzenleme, cezaların infazını yıllarca şekillendirecek ve hatta infaz karmaşasına yol açacaktır.

Hukuk güvenliği açısından en tehlikelisi ise, hangi infaz rejiminin uygulandığının tamamen rastgele seçilen bir tarihe bağlama veya denetimli serbestlik veya açık cezaevindeki infaz sürelerini keza rastgele bir, iki, üç yıl şeklinde değiştirme yoluna sık sık başvurulmasıdır. Bunun sonucunda, hangi tarihten önce veya sonra işlendiğine bakılarak, aynı eylem için farklı ceza infaz rejimleri geçerli olacak ve bunlar da duruma göre infaz rejiminin farklı aşamalarına farklı zamanlarda taşınacaktır. Böyle bir değişiklik, herhangi bir 'torba' kanun eliyle fazla dikkat çekmeden geçirilebilir. Böylece yine kamuoyunda tartışılmaksızın hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren bir konu olan cezaların infazı rejimi yine değiştirilip kısaltılabilir. Örnekleme gerekirse, halihazırda açık cezaevine geçişi erkene alan geçici Md. 9/6, şimdilik 31 Temmuz 2021'ye kadar uygulanacak şekilde düzenlenmiştir. Fakat söz konusu uygulama bu tarihte sürekli değişiklik yapılarak uzatılabilir. Nitekim, daha Nisan 2020'de yürürlüğe giren bu maddenin, geçerlilik tarihi Kasım 2020'de değiştirilmiştir.⁶²

59 CEPEJ raporuna göre, soruşturma ve kovuşturma sürelerinin Türkiye ortalaması 2018 yılında 302 gündü (savcılık soruşturma açmasından birinci derece mahkeme kararının verilmesine kadar olan süre) (Council of Europe, 'European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report 2020; Evaluation Cycle (2018 Data): Part 2 Country Profiles' (Council of Europe 2020) 93.

60 CEPEJ veri tabanındaki verilerine göre, 2018 yılının sonunda soruşturma ve kovuşturması iki yıldan uzun sürmüş 150.000'e yakın ceza davası vardı (Council of Europe, 'Dynamic Database of European Judicial Systems' (Soru no. 94.5.1) <<https://www.coe.int/en/web/cepej/dynamic-database-of-european-judicial-systems>> erişim 1.2.2021.).

61 2018 yılının sonunda 1.316.000 derdest dava vardı (Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adalet İstatistikleri 2018* (Adalet Bakanlığı 2019) 78).

62 15 Nisan 2020'te yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanuna eklenen bu maddede belirlenen geçer-

Sonuç olarak, belirli, gerekçeli, öngörülebilirlik sağlayacak bir infaz politikası kararlaştırmak ve ona uygun bir kanun düzenlemesi yapmaktan ısrarla kaçınılmaktadır. Bunun yerine, kanuna geçici maddeler eklenerek veya var olanlar değiştirilerek, ‘kısa vadeli’ ve sınırlı etki yaratacak gibi görünen, ama asıl infaz politikası gerçekliğini oluşturan ve birçok tarihe göre sürekli değişen bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu tarz görünüşte ‘ufak’ ve ‘geçici’, ama uygulamada büyük etkisi olan değişiklikler el altından bu şekilde geçirildiğinde, ceza politikasının tamamen görünmez bir halde şekillendirilmesine imkân sağlamaktadır. Bu mevzuat karmaşası ve şeffaflıktan sürekli kaçınma, düzenlemelerden etkilenen ve sayıları dur durak bilmeksizin artan cezaevi nüfusu düşünüldüğünde akıllıca da değildir. Zira gerekçelerde değinilen ceza infaz kurumlarındaki veya dışarıdaki sosyal barış, özellikle kapalı tutulan kişilerin hak arama yollarını kullanabilme bakımından, avukatsız başa çıkabilecekleri yeknesak bir sistem kurularak mümkün olabilir.

VI. Sonuç: Ulusal Bir Ceza Politikası Mevcut Mu?

Buraya kadar mevcut çerçeve ‘infaz politikası’ kavramsallaştırması üzerinden ele alınmıştır. Ancak infaz düzenlemelerinin yalnızca bir *infaz politikası* unsuru olarak ele alınmaması gerekir, çünkü bunlar aslında daha geniş bir ceza politikasının parçasıdır. Aksi takdirde, cezaların infazı suç ve ceza politikasından bağımsız kurgulanmış olur; suçun topluma verdiği zarar, mağdurun konumu ve hatta hükümlünün kendi sosyal durumu bir kenara atılmış olur. Bu şekilde düşünmenin sonucunda cezaların infazı, devlet ve suçlu birey arasındaki idari bir düzenleme meselesine kadar indirgenebilir. Halbuki infaz konuları tartışılırken, bütüncül bir akademik yaklaşım veya etkili bir politika için suçun ve cezalandırmanın toplumsal ve hukuki girdi ve çıktıları göz ardı edilmemelidir. Türkiye’de sürdürülemez durumda bulunan kitlesel hapsetme tablosu ve örtülü aflarla aşınan adalet anlayışının bugüne gelmesinde, bütüncül ve planlı bir suç ve ceza politikası izlenmesi yerine, ‘infazın idare edilmesi’ ile yetinen bir infaz politikasının tercih edilmesinin olduğu görülmektedir.

lilik tarihi 31.12.2020 idi. Kasım 2020’da 7256 sayılı Kanun’la bu maddede yapılan değişiklikte bu tarih 31.7. 2021 olarak değiştirildi.

Bu makalede Nisan 2020’de kabul edilen 7242 sayılı Kanun’la İnfaz Kanunu’nda yapılan değişikliklerin geri planı, uygulamadaki etkileri ve politika yansımalarının neler olabileceği incelenmiştir. Vardığımız sonuç, yapılan değişiklikler her ne kadar bir tarafta ‘infaz sistemi reformu’ ve diğer tarafta ‘Covid-19 Salgını’yla başa çıkma çabası’ olarak sunulmuş olsa da kanunun yaklaşımının, ceza infaz sisteminde daha önce de kalabalıklaşmayı azaltmak için kullanılan ‘örtülü af’ uygulamalarına benzer olduğu ve benzer bir politika yaklaşımıyla yapıldığıdır.

Ceza infaz sistemindeki kalabalıklaşmanın sebebi cezaevlerine giren hükümlü sayısının çıkan sayısından tutarlı olarak daha fazla olmasıdır. Bunu önlemek için ya giren hükümlü sayısı düşürülmelidir ya da dışarı çıkan sayısı artırılmalıdır. Giren sayısını düşürmek için, mahkemelerce verilen cezalar baştan kısaltılmalı veya alternatif cezalandırma yöntemlerine daha çok yer verilmelidir. Bunu gerçekleştirmek için, Türkiye’de ceza politikasını yeniden düşünmek, Türk Ceza Kanunu’ndaki cezaları gözden geçirip tutarlı bir şekilde azaltmak ve hatta bazı suçları suç olmaktan çıkartmak gerekir. Bunun yerine, Türkiye’de benimsenen yaklaşım TCK’ya fazla dokunmadan, cezaların infazlarını farklı yöntemlerle kısaltarak, cezaevinden çıkan kişi sayısını belirli dönemlerde artırmaktır. Bunu yapmak için, tutarlı ve sürdürülebilir bir infaz politikası belirlemek yerine, sıkça değişen, geçici uygulamalara dayanan ve aralıklarla baraj kapağı açarak, su bırakır gibi cezaevlerini boşaltan ‘örtülü af’ uygulamalarının tercih edildiğini, geçmişe ve bu son değişikliklere bakarak söylemek mümkündür. Bu tarz bir yaklaşım sıkça kullanıldığında, hapis cezası alan neredeyse tüm hükümlüler bir noktada bu tarz uygulamalardan yararlanır ve böylece Whitman’ın “suçlu ama affedilmiş”⁶³ olarak tanımladığı hüküm statüsü ceza adaleti sisteminin bir parçası hale gelir.

Türkiye’deki cezalandırma politikasıyla ile özdeş olan bu tarz ‘af ve affa benzer’ uygulamalar yalnızca cezalandırmada değil, vergilendirme ve toprak rejimlerinde de sıkça bir politika yapma aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. 2002 sonrası dönemde de vergi ve imar

63 WHITMAN James Q., ‘Presumption of Innocence or Presumption of Mercy: Weighing Two Western Modes of Justice’ (2015) 94 Texas Law Review 933, 948.

alanlarında ekonomik popülizme dayanan benzer aflar sıklaştıran aralıklarla kullanılmıştır.⁶⁴ Bizce, bu düzenlemeler toplumda cezasızlık algısı yaratabilecek bir süreklilik arz etmektedir. Zira vatandaşların adalet algısının, bir hükümlünün gerçek özgürlük yoksunluğu teşkil eden kapalı kurumda ceza infazıyla yerine geldiğini söylemek yanlış olmaz. Bunun en bariz göstergesi de sosyal medyada sıklıkla görülen kişilerin tutuklanmasına yönelik talepler ve onları tahliye edenlere ilişkin verilen tepkilerdir.

Acil durumlar, acil çözümler gerektirebilir. Mart 2020 ayında Covid-19 Salgını'nın başlangıcı, cezaevlerinin mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde boşaltılması amacıyla acil bir çözüm aranmasını meşru kılabilir. Ancak, krizler aynı zamanda kaçırılmaması gereken fırsatlar olarak da görülebilir. Nisan 2020'de yapılan infaz kanunu değişikliğinin, tam iki senedir konuşulduğu ve daha önce kamuoyunda oluşan tepkilerden dolayı geçirilmediği dikkate alınınca, bunun 'acil bir duruma getirilen çözüm' olarak tanımlanmasının yanıltıcı olacağı açıktır. Tam tersine, salgın zaten geçirilmek istenen ama yolu bir türlü bulunamayan bir değişiklik için eşsiz bir fırsat olmuştur. Yapılan değişiklik cezaevlerindeki kalabalıklaşmaya dönük bir çözüm arayışının sonucudur. Dolayısıyla, birçok hükümlü olması gerektiğinden çok daha erken kapalı cezaevinden çıkmıştır. Bu ister koşullu salıverme tarihi öne çekildiği için, ister denetimli serbestlik süresi uzadığı için, ister kapalıdan açık cezaevine geçip, sonra izinli olduğu için olsun böyledir. Resmi sayılar yayınlanmış değilse de muhtemelen 100.000'den fazla hükümlü bu kanun değişikliği sayesinde kapalı infaz kurumlarından çıkmıştır, ki bu da cezaevi nüfusunun en az %30'unu oluşturmaktadır. Bu boyutlarda bir cezaevi boşaltma operasyonuna -affin anayasadaki tanımıyla tam olarak örtüşmese de- ancak 'af' denilebilir (Anayasa Md. 87).

Bu şekilde yönetilen bir ceza politikası, cezanın amaçlarına hizmet edemez. En basitinden, mahkeme tarafından verilenle infaz

64 TAYTAK Mustafa ve AKYÜZ DALKIRAN Tuğba, 'Vergi Denetim Algısına Sahip Vergi Mükelleflerinin Vergi Adaleti ve Vergi Affı Uygulamalarına Bakışı' (2019) 6(1) Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi 109, 115; UŞAK Burak ve YALÇIN Güler, 'İmar Barışı Düzenlemesi Üzerine Bir İçerik Analizi' (2019) 1(1) Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi 1, 3; YELMAN Ercan, 'Türkiye'de Çıkarılan Vergi Aflarının Nedenleri ve 6736 Sayılı Kanun'un Mali Yönden İncelenmesi' (2017) 7(15) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 67, 74-75.

edilen cezalar arasındaki uçurum dikkate alınır (bkz. Şekil 2 ve 3), orantılılık gibi, tamamen normatif ve faydacı bir ceza amacına bile ulaşamaz. Oysaki, 2004-2005 ceza reformlarının amaçları, ceza adaleti literatüründe var olan neredeyse tüm ceza politikası ideallerini (genel ve özel caydırıcılık; etkisizleştirme; iyileştirme; yeniden sosyalleştirme)⁶⁵ kapsar nitelikteydi. Ancak bugün gelinen nokta, bu amaçlardan hiçbirinin ön planda olmadığı bir yerdir. Her ne kadar yapılan değişikliklere ilişkin gerekçede ‘çağdaş infaz sistemi’, ‘sosyalleşme’, ‘rehabilitasyon’, ‘önleme’ gibi hedefler sıralansa da, infaz kurumlarında bu amaçlara hizmet eden ve kişiselleştirilmiş program ve uygulamaları geliştirmeden ve bunları erişilebilir hale getirmeden, hükümlüleri sadece bir kurumdan diğer kuruma aktararak, denetim seviyesini azaltarak ve cezaevi nüfusunun 1/3’ünü bir hamlede serbest bırakarak, bu hedeflere mucizevi bir şekilde ulaşamayacak olduğu açıktır.

Yüksek hedeflerle yola çıkmak, ancak bunlara ulaşmak için bütüncül ve sürdürülebilir bir politika ve gerekli olan programları geliştirmek yerine, *ad hoc*, reaktif ve günü kurtarmaya yönelik mevzuat ve uygulama değişiklikleri yapmak, Türkiye’deki ceza politikasının temel özelliği olmuştur.⁶⁶ Gördüğümüz İnfaz Kanunu değişiklikleri de bu tutumun bir yansımasıdır. Bu anlamda Türkiye’de sistematik ve bütüncül, ceza adaleti sisteminin tüm kurumlarını kapsayan, bir değişim teorisine dayanan ve net çıktı ve hedefleri olan bir ceza politikasının varlığından bahsetmek mümkün değildir. Dahası, bu konuları kamuoyunun ilgisinden ve bilgisinden kaçırmak için harcanan çabaya bakılırsa, var olan siyasi iradenin söz konusu politikaları geliştirmek için değil, böyle devam etmek için harcanmaya devam edileceğini öngörmek de büyük bir kehanet olmayacaktır.

65 İnfaz kanununda ‘İnfazda temel amaç’ başlıklı 3. Maddesi: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılacak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.”

66 Ceza infaz sistemindeki durum bunun tek örnek değildir. Uzlaştırma kurumu ve uygulaması da benzer şekilde *ad hoc* bir yöntemle şeklini almıştır ve 2004’te yazılan kanunun gerekçesinde dile getirilen onarıcı adaletten bugünkü uygulamada pek iz kalmadı denilebilir.

KAYNAKÇA

- A Haber, ‘Ceza İnfaz kanunu sil baştan yenileniyor’ (11 Ocak 2019) <<https://www.ahaber.com.tr/gundem/2019/01/11/ceza-infaz-kanunu-sil-bastan-yenileniyor>> erişim 23.11.2020.
- Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adalet İstatistikleri 2018* (Adalet Bakanlığı 2019) <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf> erişim 1.2.2021.
- Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü, *2016 Yılı Birim Faaliyet Raporu* (Adalet Bakanlığı 2017) <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/20820191410332016_faliyet_raporu.pdf> erişim 1.2.2021.
- Adalet Bakanlığı, Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, ‘*Kovid-19 Pandemi Sürecinde Ceza İnfaz Kurumları*’ (17 Haziran 2020) <<https://cte.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/ceza-infaz-kurumlarında-kovid-19-pandemi-surecine-dair-kamuoyu-aciklama-si17062020045113>> erişim 1.2.2021.
- Adalet Bakanlığı, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, ‘*2020 Yılı Mart Ayı İstatistikleri*’ <https://cte-ds.adalet.gov.tr/istatistik/2020/mart_2020.pdf> erişim 1.2.2021.
- Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, ‘*Stratejik Plan 2015-2019*’ (Adalet Bakanlığı tarihsiz) <https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/24122019093342Stratejik-Plan-2015-2019.pdf> erişim 1.2.2021.
- Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı, ‘*2019 Bakanlık Faaliyet Raporu*’ (Adalet Bakanlığı 2020), <<https://sgb.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/16720201409152019%20Y%C4%B1%C4%B1%20Bakan%C4%B1k%20Faaliyet%20Raporu.pdf>> erişim 1.2.2021.
- AEBI Marcelo F. ve TIAGO Mélanie M., *SPACEI-2019: Prison Population* (Avrupa Konseyi 2020), <https://wp.unil.ch/space/files/2020/04/200405_FinalReport_SPACE_I_2019.pdf> erişim 1.2.2021.
- AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil ve ALPAN Arca, ‘Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye’de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet’ (2019) 6(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 5
- ALAN AKÇAN Esra, ‘7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi’, içinde ÇALIŞKAN Yusuf, GÜMRÜKÇÜOĞLU Yeliz Bozkurt ve DÜLGER Ahmet (der.), *Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri*

Tam Metin Kitabı (İbn Haldun Üniversitesi Yayınları 2020) <<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12154/1220>> erişim 1.2.2021.

ALPAN Arca, ‘Neoliberal Ceza Devleti ve Kitlemel Hapsetme’ (Yüksek lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018)

Anadolu Ajansı, ‘AK Parti Grup Başkanvekili Turan: İnfaz Düzenlemesi Çok Tarafı Bir Mesele’ (24 Şubat 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/ak-parti-grup-baskanvekili-turan-infaz-duzenlemesi-cok-tarafi-bir-mesele/1743599>> erişim 1.2.2021.

Anadolu Ajansı, ‘İnfaz Düzenlemesine İlişkin Kanun Teklifi TBMM Başkanlığına Sunuldu’ (31 Mart 2020) <<https://www.aa.com.tr/tr/politika/infaz-duzenlemesine-iliskin-kanun-teklifi-tbmm-baskanligina-sunuldu/1786584>> erişim 23.11.2020.

ATALAY Osman ‘7242 Sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri’ (2020) 15(166) Terazi Hukuk Dergisi 1234

BAHÇELİ Devlet [@dbdevletbahceli], ‘Kader çizgimiz bellidir. Bunun değıştirmek harcıımız değıldir. Ancak kader mahkumlarının talihini değıştirebilir, onların elinden tutabilir, zincirlerinden ve zindanlardan onları çekip çıkarabiliriz. Tartışma ve konuşmaya değımez mi? Hadi buyurun...’ (Tweeter, 12 Mayıs 2018) <<https://twitter.com/dbdevletbahceli/status/995257892591865857>> erişim 1.2.2021.

BBC Türkçe, ‘Af Yasası Tartışmaları: AKP ve MHP Uzlaşabilecek Mi?’ (4 Ekim 2018) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-45730226>> erişim 1.2.2021.

BBC Türkçe, ‘Bahçeli’nin ‘Af Teklifini’ Geri Çekmesi Ne Anlama Geliyor?’ (6 Aralık 2019) <<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-50682216>> erişim 23.11.2020.

CHP, ‘CHP Genel Başkanı Yardımcısı Adıgüzel’in CİMER Başvurusuna Yanıt Geldi: “88 Bin Kapasiteli 137 Yeni Cezaevi Yolda”’ (15 Temmuz 2019) <<https://www.chp.org.tr/haberler/chp-genel-baskan-yar-dimcisi-adiguzelin-cimer-basvurusuna-yanit-geldi-88-bin-kapasiteli-137-yeni-cezaevi-yolda>> erişim 1.2.2021.

CNN Türk, ‘MHP Af tekfinin Detaylarını Açıkladı’ (22 Eylül 2018) <<https://www.cnnturk.com/turkiye/mhp-af-tekfinin-detaylarini-acikladi>> erişim 1.2.2021.

CNN Türk, ‘Af Haberleri 2019. Af Çıkacak Mı, Ceza İnfaz Yasasında Son Durum Ne?’ (26 Ekim 2019) <<https://www.cnnturk.com/turkiye/af-haberleri-2019-af-cikacak-mi-ceza-infaz-yasasında-son-durum-ne>> erişim 1.2.2021.

- Council of Europe, 'Dynamic Database of European Judicial Systems' (veritabanı) <<https://www.coe.int/en/web/cepej/dynamic-database-of-european-judicial-systems>> erişim 1.2.2021.
- Council of Europe, 'European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report 2020; Evaluation Cycle (2018 Data): Part 2 Country Profiles' (Council of Europe 2020) <<https://rm.coe.int/evaluation-report-part-2-english/16809fc059>> erişim 1.2.2021.
- Cumhuriyet, 'MHP'de Af Mesaisi: Kapsam Genişliyor' (18 Temmuz 2018) <<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/mhpde-af-mesaisi-kapsam-genisliyor-1030950>> erişim 1.2.2021.
- DEMİRBAŞ Sevda, '7242 Sayılı Kanun İle İnfaz Hukukunda Yapılan Değişiklikler' (2020) 1 Ardahan Barosu Dergisi 36
- DEMİRBAŞ Timur, 'Ceza İnfaz Kurumlarında Doluluk Sorunu ve Af Tartışmaları' (2019) 1 Suç ve Ceza 1
- DEMİRBAŞ Timur, '7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af' (2020) 2 Suç ve Ceza 387
- Deutsche Welle Türkçe, 'İnfaz Rejimine Son Rötüşlar Yapılıyor' (7 Kasım 2019) <<https://www.dw.com/tr/infaz-rejimine-son-r%C3%B6t%C5%9Flar-yap%C4%B1l%C4%B1yor/a-51150577>> erişim 1.2.2021.
- Euronews, 'Erdoğan: Devlete Karşı İşlenen Suçlar İçin Af Yetkisi Olabilir' (23 Eylül 2018) <<https://tr.euronews.com/2018/09/23/erdogan-devlete-karsi-islenen-suclar-icin-af-yetkisi-olabilir>> erişim 5.2.2021.
- EuroPris, 'Country Factsheet on Prison Sentence Execution' (The European Organisation of Prison and Correctional Services) <<https://www.europris.org/file/fd-909-prisoner-information-sheets/>> erişim 1.2.2021.
- Eurostat, 'Crime and Criminal Justice Database' (veritabanı) <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/crime/data/database>> erişim 1.2.2021.
- Gazete Duvar, 'MHP 'Af' Teklifi Hazırlıyor' (19 Temmuz 2018) <<https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/07/19/mhp-af-teklifi-hazirliyor>> erişim 1.2.2021.
- Hürriyet, 'Af Teklifiyle İlgili Son Haberler ve Gelişmeler | Af Çıkacak Mı?' (20 Ekim 2018) <<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/af-teklifiyle-ilgili-son-haberler-ve-gelismeler-af-cikacak-mi-41001909>> erişim 1.2.2021.
- Milli Gazete, 'Af Yasası Bekleyenlere Kötü Haber!' (17 Ocak 2020) <<https://www.milligazete.com.tr/haber/3596679/af-yasasi-bekleyenlere-kotu-haber>> erişim 1.2.2021.

- Milliyet, “*Cezaevleri Doldu Diye Af Çıkarılmaz*” (8 Ekim 2018) <<https://www.milliyet.com.tr/siyaset/cezaevleri-doldu-diye-af-cikarilmaz-2756192>> erişim 1.2.2021.
- Milliyet, ‘*Cumhurbaşkanı Erdoğan: “Şahıslara Karşı İşlenen Suçlara Devletin Af Yetkisi Yoktur”*’ (21 Ekim 2018) <<https://www.milliyet.com.tr/yerel-haberler/istanbul/cumhurbaskani-erdogan-sahislara-karsi-islenen-suclara-devletin-af-yetkisi-yoktur-13107270>> erişim 1.2.2021.
- Sabah, ‘*Ceza İnfaz Kanunu Sil Baştan Yenileniyor*’ (11 Ocak 2019) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/01/11/ceza-infaz-kanunu-sil-bastan-yenileniyor>> erişim 23.11.2020.
- Sabah, ‘*İşte Yeni Af Yasası... İnfaz Süreleri Düşecek, Kadın ve Çocuk Cinayetleri...*’ (2 Haziran 2019) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2019/06/02/iste-yeni-af-yasasi-infaz-sureleri-dusecek-kadin-ve-cocuk-cinayetleri>> erişim 1.2.2021.
- Sabah, ‘*Son Dakika: İnfaz dDüzenlemesi (Af Yasası) Şekillendi! İşte o Taslak Metin*’ (21 Ocak 2020) <<https://www.sabah.com.tr/gundem/2020/01/21/son-dakika-infaz-duzenlemesi-af-yasasi-sekillendi-iste-o-taslak-metin>> erişim 23.11.2020.
- SEYİDOĞULLARI İbrahim H., ‘Türkiye’de Ceza Afları: Ankara’da Af Konulu Alan Araştırması’ (2006) 8(3-4) Polis Bilimleri Dergisi, 1
- TAYTAK Mustafa ve AKYÜZ DALKIRAN Tuğba, ‘Vergi Denetim Algısına Sahip Vergi Mükelleflerinin Vergi Adaleti ve Vergi Affı Uygulamalarına Bakışı’ (2019) 6(1) Optimum Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi 109 <https://doi.org/10.17541/optimum.486496>
- TBMM, ‘*TBMM 27. Dönem 2. Yasama yılı, Esas: 2/970, Bazı Suçlarla İlgili Ceza Sürelerinden Şartlı İndirim ile Tutuklu ve Hükümlülerin Salıverilmesine Dair Kanun Teklifi*’ (26 Eylül 2018) <<https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0970.pdf>> erişim 22.11.2020.
- TBMM, ‘*TBMM 27. Dönem 3. Yasama yılı, Esas 2/2762, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*’ (31 Mart 2020) <<https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2762.pdf>> erişim 23.11.2020.
- TBMM, ‘*TBMM 27. Dönem 3. Yasama yılı, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi*’ (3 Nisan 2020, 3’üncü Toplantı) <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2528> erişim 23.11.2020.
- TBMM, ‘*TBMM Tutanak Dergisi, 79’uncu Birleşim*’ (8 Nisan 2020 Çarşamba) <<https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem27/yil3/ham/b07901h.htm>> erişim 23.9.2020.

- TBMM, ‘TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Hükümlü ve Tutuklu Hakları Alt Komisyonu Tutanağı’ (25 Haziran 2020) <https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2555> erişim 1.2.2021.
- Tele 1, ‘Çıkacak İddiaları Vardı! Af Yasası Bekleyenlere Kötü Haber’ (17 Ocak 2020) <<https://tele1.com.tr/af-yasasi-bekleyenlere-kotu-haber-120636/>> erişim 23.11.2020.
- TONRY Michael (der.), *Crime and Justice: A Review of Research, (Vol. 45): Sentencing Policies and Practices in Western Countries: Comparative and Cross-National Perspectives* (University of Chicago Press 2016)
- TÜİK, ‘Adalet İstatistikleri’ (Hükümlü ve Tutuklu Sayısı tablosu, tarihsiz) <<https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=adalet-ve-se-cim-110>> erişim 1.2.2021.
- US Department of Justice, Bureau of Justice Statics, ‘Key Statistic: Incarceration Rate’ (tarihsiz) <<https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=kfdetail&iid=493>> erişim 1.2.2021.
- UŞAK Burak ve YALÇIN Güler, ‘İmar Barışı Düzenlemesi Üzerine Bir İçerik Analizi’ (2019) 1(1) Türkiye Arazi Yönetimi Dergisi 1
- WHITMAN James Q., ‘Presumption of Innocence or Presumption of Mercy: Weighing Two Western Modes of Justice’ (2015) 94 Texas Law Review 933
- YELMAN Ercan, ‘Türkiye’de Çıkarılan Vergi Aflarının Nedenleri ve 6736 Sayılı Kanun’un Mali Yönden İncelenmesi’ (2017) 7(15) Yalova Sosyal Bilimler Dergisi 67
- YILDIRIM İrem ve KUYUCU Tuna, ‘Neoliberal Penalty and State Legitimacy: Politics of Amnesty in Turkey During the AKP Period’ (2017) 51(4) Law & Society Review 859
- YILDIZ Feti [@YildizFeti], “Af Kanunu” hakkında yapmış olduğum yazılı basın açıklamam’ (*Tweeter* 14 Mayıs 2018) <<https://twitter.com/YildizFeti/status/996030986738642944?s=20>> erişim 1.2.2021.

Mevzuat

- 1803 sayılı Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun, RG: 14890 - 18.5.1974, Kabul: 15.5.1974
- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, RG: 20843 mükerrer - 12.4.1991, Kabul: 12.4.1991
- 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun, RG: 24268 - 22.12.2000, Kabul: 21.12.2000

- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, RG: 25673 - 17.12.2004, Kabul: 4.12.2004
- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, RG: 256852 - 9.12.2004, Kabul: 13.12.2004
- 6757 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile TBMM tarafından da kabul edilmiştir. RG: 29898 - 24.11.2016, Kabul: 09.11.2016
- 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 31100 - 15.4.2020, Kabul: 14.4.2020
- 7256 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 31317 - 27.11.2020, Kabul: 11.11.2020
- Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği (Yönetmelik), RG: 28399 - 2.9.2012

CEZA HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN “DİJİTAL BÜTÜNLÜK” KAVRAMI ÜZERİNE KISA BİR DEĞERLENDİRME*

Doç. Dr. E. Eylem Aksoy RETORNAZ**

Özet

XXI. yüzyılda dijital teknolojilerle birlikte, bireylerin alışkanlıkları ve davranışları dönüşüme uğramıştır. Gelişen teknolojilerle birlikte siber alanda ortaya çıkan bu alt kültürde, birey yeni bir kimlik edinmiştir. Bazı yazarlara göre bireyin dijital alandaki kimliğinin tanınması ve korunması, bireyin modern yaşamda yer alması için bir ön koşuldur. Bir özne olarak dijital bir var oluşa sahip olan bireyin, dijital varlığına yönelik tehditlerden de korunmasının gerektiği belirtilerek modern anayasalarda yaşam hakkının bir uzantısı olarak bireyin dijital bütünlüğünün de korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmesi önerilmektedir. Bu çalışmada dijital bütünlük kavramının kapsamı ve tanımı, temel hak ve hürriyetler kapsamında ve ceza hukuku alanında korunması incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Dijital Bütünlük, İnsan Hakları, Ceza Hukuku, Kişisel Veriler, Fiziksel ve Ruhsal Bütünlük, İnsan Onuru, Özel Hayat

A BRIEF EVALUATION ON THE CONCEPT OF “DIGITAL INTEGRITY” FROM THE CRIMINAL LAW PERSPECTIVE

Abstract

In the 21st century, behaviors of individuals have transformed with digital technologies. In this subculture emerging in the cyber space with the developing technologies, the individual has acquired

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 27/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 03/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10/06/2021.

** Galatasaray Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, eaksoy@gsu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4174-1775.

a new identity. According to some authors, the recognition and protection of the image in the digital domain of the individual is a prerequisite for an individual to take part in modern life. It is stated that the individual who has a digital existence as a subject must be protected from threats to his digital existence. For this reason, it is recommended to include regulations in modern constitutions to protect the digital integrity of the individual as an extension of the right to life. In this study, the scope and definition of the concept of digital integrity, its protection within the scope of fundamental rights and freedoms and in the field of criminal law will be examined.

Keywords: Digital Integrity, Human Rights, Criminal Law, Personal Data, Physical and Psychological Integrity, Human Dignity, Private Life

GİRİŞ

XXI. yüzyılda dijital teknolojilerle birlikte, bireylerin alışkanlıkları ve davranışları dönüşüme uğramıştır. İnternette telif hakkıyla korunan dosyaların paylaşıldığı sitelerinden biri olan “Pirate Bay” aleyhine 2008 yılında İsveç’te açılan davada, ilgili sitenin yaratıcısı Peter Sunde’nin, interneti “gerçeklik” olarak algıladığını ifade etmesi, gelişen teknolojilerin toplumun dönüşümündeki etkisinin önemli bir simgesi olarak akıllarda yer etmiştir¹. Bu dava, siber alanın kullanıcılar tarafından gerçek hayatla eşdeğer, özgeci bir alt kültürü paylaştıkları, kendilerini ifade ettikleri, hatta yaşadıkları bir alan olarak görüldüğünün bir göstergesidir².

Gelişen teknolojilerle birlikte siber alanda ortaya çıkan bu alt kültürde, birey yeni bir kimlik edinmiştir. “Çevrimiçi kimlik (*online identity*)”³ olarak tanımlanan bu yeni kimlik “gerçek dünyadaki”

- 1 Bkz 2013 yılında SIMON KLOSE tarafından yönetilen “TPB AFK, The Pirate Bay Away From Keyboard” başlıklı belgesel, <https://www.youtube.com/watch?v=A0HcPIYEKzc> (Erişim Tarihi: 28/03/2021).
- 2 ROUSSEL Alexis, “Le droit à l’intégrité numérique de la personne”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 3.
- 3 BERNAL Paul, “The Right to Online Identity”, (unpublished manuscript), <http://ssm.com/abstract-2143138>. (Erişim Tarihi: 24/03/2021). Bu hususta ayrıca bkz. SULLIVAN Clare, “Digital Citizenship and The Right to Digital Identity Under international Law”, *Computer Law & Security Review*, vol. 32, 2016, s. 474-481.

kimliklere benzer ve farklı yönler içeren bir kimliktir. Bu farklılıklar nedeniyle çevrimiçi kimliğin sahibini/kullanıcısı olan gerçek kişinin kimliği değil, “çevrimiçi kimlik” özel olarak korunmalıdır. Bernal’a göre çevrimiçi kimliğin üç boyutu korunmaktadır: Çevrimiçi kimliğin yaratılması, söz konusu kimliğin korunması ve çevrimiçi kimlik ile gerçek kimlik arasındaki bağın denetlenmesi. Yazara göre çevrimiçi kimliğin tanınması ve korunması bir bireyin modern yaşamda yer alması için bir ön koşuldur⁴. Başka bir ifadeyle çevrimiçi kimlik, bireyin dijital varoluşunun bir göstergesidir.

Siber alanda bireyin dijital varlığını oluşturan en önemli husus ise kişisel verileridir⁵. Fransızca Konuşan Kişisel Verileri Koruma Kurulları Derneği’nin (L’Association Francophone des Autorités de Protection des Données Personnelles- AFAPDP), Paris’te yapılan 12. genel kurulunda, 18 Ekim 2018 tarihinde kabul edilen kişisel verilerin mülkiyetine ilişkin kararda, kişisel verilerin kişiliğin ayrılmaz bir parçası olduğu ve bireyin kişisel verileri üzerinde devredilemez haklara sahip olduğu⁶ belirtilmiştir. Bu saptamadan yola çıkan bir görüş, kişisel verileri insan vücudunun organlarına benzetmektedir⁷. Bir özne olarak dijital bir varoluşa sahip olan, hatta kişisel verilerden oluşan “*dijital bir beden*”⁸ bulunan bireyin, sadece kişisel verileri değil, dijital varlığına yönelik diğer tehditlerden de korunmasının gerektiği ifade edilerek modern anayasalarda yaşam hakkının bir uzantısı olarak bireyin “dijital bütünlük” hakkına da yer verilmesi önerilmektedir⁹.

Bu görüş yeni anayasaların hazırlık çalışmalarında da yansımaları bulmuştur. İsviçre’nin Valais Kantonu’nun yeni anayasa tasarısında

⁴ BERNAL, s. 3 vd; DE ANDRADE Norberto Nuno Gomes/DE HERT Paul, “Proposing a Right to Identity within the International Framework of Human Rights: Issues and Prospects”, <https://lawexplores.com/proposing-a-right-to-identity-within-the-international-framework-of-human-rights-issues-and-prospects/> (Erişim Tarihi: 20/03/2021).

⁵ ROUSSEL, s. 6-7.

⁶ Résolution sur la propriété sur les données adoptée le 18 octobre 2018 https://www.edoeb.admin.ch/e_doeb/fr/home/le-pfpdt/cooperation-internationale/association-francophone-des-autorites-de-protection-des-donnees-.html. (Erişim Tarihi: 27/03/2021).

⁷ ROUSSEL Alexis/ BARBEY Grégoire, “Plaidoyer pour une intégrité numérique”, *Conférence de l’Association francophone des autorités de protection des données (AFAPDP) à Dakar*, <https://vienumerique.ch/discours-sur-lintegrite-numerique-prononce-a-dakar/> (Erişim Tarihi: 31/03/2021).

⁸ ROUSSEL/BARBEY.

⁹ ROUSSEL, s. 6.

temel hak ve özgürlükler arasında dijital bütünlük hakkına da, bireyin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının siber alanda bir uzantısı olarak yer verilmiştir¹⁰. Benzer şekilde Cenevre Kantonu Anayasası’nda da dijital bütünlük hakkının düzenlenmesi için bir siyasi parti tarafından anayasa değişikliği önerisi kanton parlamentosuna sunulmuştur¹¹. Fransa’da bir milletvekili-nin, 2018 yılında dijital bütünlük hakkının düzenlenmesine ilişkin olarak verdiği kanun teklifi ise reddedilmiştir¹².

Bu çalışmada dijital bütünlüğün tanımı ve kapsamı açıklanmaya çalışılacak ardından da dijital bütünlüğün özel hayatın gizliliği hakkı ve TCK’da yer alan suçlar aracılığıyla korunması incelenecektir.

I. Dijital Bütünlüğün Tanımı ve Kapsamı

Dijital bütünlüğün yeni bir temel hak olup olmadığının saptanması, bu kavramla hangi hususların güvence altına alınmak istendiğinin belirlenmesine, başka bir ifadeyle söz konusu kavramın tanımının ve kapsamının bilinmesine bağlıdır¹³. Ancak, dijital bütünlük hakkının tanınması gerekliliğini ileri süren yazarlar ne dijital bütünlüğün tanımını yapmış ne de kapsamı hakkında ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur.

Bir tanımın bulunmaması nedeniyle dijital bütünlükten ne anlaşılması gerektiği bireyin dijital teknolojileri kullanmasıyla birlikte karşı karşıya kaldığı tehlikelerden yola çıkılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda dijital teknolojileri kullanan bireylerin üç tür tehlikeye maruz kaldığı ifade edilmektedir¹⁴. Bu tehlikelerden ilki siber

- 10 DROITS FONDAMENTAUX ET SOCIAUX, SOCIÉTÉ CIVILE”, RAPPORT PRÉSENTÉ AU BUREAU DE LA CONSTITUANTE, https://www.vs.ch/documents/3914032/7264038/2020-02-17_Principes_Rapport+de+la+COMMISSION+2.pdf/31115896-4628-a57e-773f-36b392a-8d811?1589533364598 (Erişim Tarihi: 29/03/2021).
- 11 <https://www.plr-ge.ch/uploads/ge-1601975728-VkXux.fdebd7d4898326d5179522ed-744baac2.pdf>. / (Erişim Tarihi: 01/04/2021).
- 12 L’ASSEMBLÉE TERMINE L’EXAMEN DU PROJET DE LOI RGPD: ON FAIT LE POINT, <https://www.nextinpact.com/article/27997/106111-lassemblee-termine-leexamen-projet-loi-rgpd-on-fait-point>, (Erişim Tarihi: 25/03/2021).
- 13 MAHON Pascal, “Le droit à l’intégrité numérique: réelle innovation ou simple évolution du droit? Le point de vue de droit constitutionnel”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 60.
- 14 ROCHEL Johan, “L’intégrité numérique dans la Constitution: Entre liberté et technologies numériques”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit*

alandaki faaliyetlerin gözetlenmesi ya da izlenmesidir. Bu izleme dijital teknolojileri geliştiren özel şirketlerin yanı sıra aynı zamanda devlet tarafından da yapılabilir¹⁵. İkinci husus ise dijital dünyada kişinin kimliğine yönelik tehditlerdir¹⁶. Bireyin dijital kimliği ele geçirildiğinde, siber alanda özgürce hareket etme olanağından yoksun kalır. Son olarak, bireyin dijital teknolojilere, özellikle de internete erişememesi toplumsal hayata katılımının engellenmesi sonucunu doğurabilir. Anılan tüm bu tehlikelerin esasen bireyin dijital dünyadaki var oluşuna yönelik olduğu, bu doğrultuda dijital bütünlük hakkının bireyin yaşam hakkının bir uzantısı olduğu ifade edilmektedir. *Cybercrime Prevention, Theory and Application*¹⁷. Bu çerçevede, dijital bütünlük hakkının koruma alanıyla bireyin yaşam hakkının koruma alanının aynı olduğu ifade belirtilmektedir¹⁸.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 2. maddesinde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 6. maddesinde ve 1982 Anayasası’nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile korunan insan yaşamıdır.

Yaşam hakkı, “bedenin bütünlüğü, tümlüğü içinde yaşama gelmesini, yaşamda kalmasını, yaşamda sürmesini içerir: bütünlük, biyolojik-fiziksel bir noksana uğramamayı deyimlediği kadar, psikolojik açıdan bir noksana uğramamayı da deyimler ve gerektirir.”¹⁹ Bu çerçevede yaşam hakkıyla bireyin fiziksel/biyolojik varlığı ve bu varlığını sürdürülebilmesinin yanı sıra manevi varlığının bir saldırıya maruz bırakılmaması da korunmaktadır²⁰. Anayasa Mahkemesi de aynı doğrultuda kişinin yaşam hakkıyla maddi ve manevi varlığını koruma hakkının “birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarından”²¹ olduğunun altını çizmektedir. Bu açıkla-

(Éds.) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lictenhahn, Basel, 2021, s. 22.

15 ROCHEL, s. 22-23.

16 ROCHEL, s. 22.

17 ROUSSEL, s. 5.

18 ROUSSEL, s. 6.

19 SAVCI Bahri, *Yaşam Hakkı ve Boyutları*, S.B.F. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1980, s. 82.

20 ÖZTÜRK Bahri, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı: 1-2, 2003, s. 50-51; ÇİFTÇİOĞLU Cengiz Topel, “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2012 (103) s. 137- 168, s. 139-140.

21 AYM, E.2007/78, K.2010/120, T. 30/12/2010.

malardan da anlaşılabacağı üzere kişinin yaşam hakkıyla bedeninin ve zihninin işleyişine ilişkin temel hususlar korunmaktadır. Başka bir ifadeyle bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü korunmaktadır.

Bireyin maddi ve manevi dokunulmazlığı, varlığının vazgeçilmez bir parçasıdır. Bireyin gerçek dünyadaki varlığından farklı olarak siber alanda bağımsız bir dijital varlığının, hatta yaşamının olduğunu kabul etmek, bu bireyin dijital dünyada paralel ikinci bir yaşamı bir tür “avatarı” olduğunu, benliğinin bölündüğünü de kabul etmek anlamına gelecektir²². Bireyin dijital varlığının yaşam hakkıyla sıkı bir bağ içinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, dijital bütünlüğün bireyin yaşam hakkının bir uzantısı olduğu yönündeki görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Bireyin siber alanda maruz kaldığı tehlikeler, hakaretimiz ifadeler, kişinin şeref ve itibarını etkileyen davranışlar esasen gerçek dünyadaki fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne ve özel hayatının gizliliğinin ihlaline yönelik ihlallerdir. Gerçekten de birey, siber alanda psikolojik ve cinsel tacize, özel hayatının gizliliğinin ihlaline yönelik şiddet içeren pek çok davranışa maruz kalmaktadır. Dijital dünyada yaşanan bu şiddet, mağdurlarının fiziksel şiddete de maruz kalmasını da kolaylaştırmaktadır. Bu hususta belki de en çarpıcı örnek, Almanya’da yaşanan “Rothenburg yamyamı”²³ olayıdır. Bir kişi, yamyamlığa ilişkin bir internet sitesinde yayınlandığı bir ilan aracılığıyla kendi rızasıyla, “yem” olmayı kabul eden başka bir insan bulmuş ve o kişiyi öldürerek vücudunun bazı bölümlerini yemiştir. Bu hususta bir diğer örnek ise, 19 yaşındaki bir kızın intiharını filme alması ve sosyal bir paylaşım ağı olan Periscope’tan canlı olarak yayınlamasıdır. Bu genç kız bir önceki videosunda internet kullanıcılarına, bir dahaki sefere “büyük olasılıkla çok şok edici olaylar olacağını” duyurmuştur²⁴. Ülkemizde çocukları ve gençleri intihara kadar çeşitli şiddet ve tehlikeli zorlukları gerçekleştirmeye yönelten Mavi Balina oyunu dijital dünyada yaşanan fiziksel şiddet olaylarına bir başka örnek teşkil etmektedir.

22 ROCHEL, s. 20.

23 Bkz. LEBLOIS-HAPPE Jocelyne/PIN Xavier Julien/ÉRÈS Walther, “Chronique De Droit Pénal Allemand (Période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005)”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 76, 2005/3, s. 521.

24 ROUX-DEMARE François-Xavier, “Droit pénal, violences et internet”, *Les violences*, sous la direction de Cédric Ribeyre, Éditions Cujas, Paris, 2018, s. 48.

Tüm bu örnekler bireyin dijital dünyada yaşadığı olumsuz deneyimlerin, esasen dijital bütünlüğünü, çevrim içi kimliğini değil, fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü, başka bir ifadeyle maddi ve manevi varlığını etkilediğinin göstergesidir²⁵.

Bu nedenle, biz de dijital bütünlüğün yeni bir temel hak olarak değerlendirilemeyeceği, dijital teknolojilerle bağlantılı olarak bireyin özel hayatının gizliliği hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına yönelik tehlikeleri işaret eden bir araç olduğu yönündeki görüşe²⁶ katılmaktayız. Bu doğrultuda dijital bütünlük, bir kişinin özel hayatının gizliliği hakkı kapsamındaki fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkının işlevsel bir uzantısıdır. Böylelikle dijital bütünlük, dijital etkinlikler ile fiziksel ve psikolojik bütünlüğün korunması arasında bir aracı görevi görür. Dijital bütünlük yeni bir temel hak değil, diğer temel hak ve özgürlükleri tamamlayan bir kavramdır²⁷.

Bu nedenle, yeni bir temel hak olarak “dijital bütünlük hakkı”nın tanınması gerekli olmadığı ve bu hakkın bireyin dijital dünyada temel hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından bir değişiklik yaratmayacağı kanaatindeyiz²⁸.

II. Dijital Bütünlüğün Korunması

A. Dijital Bütünlüğün Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Kapsamında Korunması

Yukarıda da ifade edildiği üzere dijital bütünlük bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün uzantısı olarak bireyin maddi ve manevi varlığının dijital dünyada korunmasına aracılık eden bir kavramdır. Fiziksel ve ruhsal bütünlük bireyin özel hayatının gizliliği kapsamında korunan haklardandır.

Bilgi ve iletişim teknolojileri ve özellikle internet bağlamında, özel hayat kavramı da dönüşüme uğramıştır. Özel hayatın gizliliği hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 8. maddesi ile 1982 Anayasası’nın 20. maddesinde güvence altına alınmıştır. Özel

25 ROCHEL, s. 20.

26 ROCHEL, s. 21; MAHON, s. 54.

27 ROCHEL, s. 25-26.

28 Aynı yönde MAHON, s. 53.

hayatın gizliliğine saygı hakkı çerçevesinde korunan bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ya da Anayasa'daki ifadeyle maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ise Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. 2010 yılında Anayasa'nın 20. maddesinde 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliği kavramı içerisinde anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) ve Anayasa Mahkemesi içtihadında özel yaşamın oldukça geniş bir kavram olduğunun altı çizilerek bu nedenle söz konusu kavramın, tüketici bir tanımının yapılmasının zor olduğu ifade edilmektedir²⁹. Bununla birlikte özel hayat geleneksel bir şekilde gizli tutulmak istenen mahrem bir alan, bir dizi özel hatta sır olan bilgiden ibaret bir kavram olarak anlaşılmamalıdır³⁰. İHAM ve Anayasa Mahkemesi, içtihadında özel hayatın gizliliği kavramını haberleşmenin gizliliğini, kişinin sırlarını, cinsel hayatını, kişisel verilerini, mahremiyetini, bireyin hayatını hissettiği kimliğe uygun yaşama hakkını, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkını, bireyin özerklik ve kendi geleceğini belirleme hakkını³¹ da kapsayacak şekilde değerlendirmektedir³².

Gelişen teknolojilerle birlikte özellikle internetin ve sosyal medyanın yaygın kullanımı bireyin şeref ve haysiyetine yönelik davranışları kolaylaştırmaktadır. Anonimlik, yer ve zaman sınırının bulunmaması, internette bireye yönelik hakaretamiz ifadelerin ve tehditlerin yayınlanması, kimlik hırsızlığı yapılması, aşağılayıcı fotoğrafların veya videoların ifşa edilmesi, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, kişisel verilerin yayılması davranışlarını kolaylaştırmıştır³³. Bu dav-

29 İHAM, *Niemietz/Almanya*, n° 13710/88, 16.12.1992, § 29, série n° A 251-B.; AYM, *Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31.

30 DE TERWANGNE Cécile, "Internet et la protection de la vie privée et des données à caractère personnel", *L'Europe des droits de l'Homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, s. 329.

31 İHAS'ın özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında kişisel özerklik ve bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına ilişkin kararları için bkz. İHAM, *Evans c. Royaume-Uni*, B. No: 6339/05, 07/03/2006, İHAM, *Tysiac c. Pologne*, B. No: 5410/03, 20/03/2007; İHAM, *Daroczy c. Hongrie*, B. No: 44368/05, 01/07/2008.

32 ARSLAN ÖNCÜ, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İncoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 304.

33 ROUX-DEMARE, s. 40.

ranışlar bireyin şeref ve haysiyeti kadar özel hayatının gizliliğini de ihlal etmektedir.

1982 Anayasası’nın 17. maddesinde düzenlenen bireyin maddi ve manevi varlığının korunması hakkıyla bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak devlet tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelerin önlenmesini amaçlanmaktadır. Devletin ayrıca bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik olan saldırılar karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır³⁴.

Kişinin şeref ve itibarı Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “manevi varlık” kapsamında yer almaktadır. Bu doğrultuda, devlet, “bireyin manevi varlığının bir parçası olan kişisel şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür”³⁵. Başka bir ifadeyle, kişisel itibarın korunması hakkı Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altındadır³⁶.

İHAM’a göre, bireyin kişisel itibarının korunması hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesinde yer özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır³⁷.

İHAM ve Anayasa Mahkemesi içtihadı doğrultusunda bireyin bu korumadan yararlanabilmesi için itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması aranmaktadır³⁸. Ayrıca bu saldırının kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir³⁹.

Anayasa Mahkemesi’ne göre “internet ortamının sağladığı ulaşılabilirlik, yaygınlık, haber ve fikirlerin depolanmasındaki ve muhafazasındaki kolaylık dikkate alındığında yayımlandığı tarihte belirli ağırlık eşliğini aşmayan veya kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanan haber-

34 AYM, Sabri Oğurlu, B. No: 2013/6005, 7/7/2015, § 37.

35 AYM, (C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018, § 22.

36 AYM, Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 36; AYM, İlhan Cibaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 42.

37 İHAM, Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007 § 35; İHAM, Axel Springer/AGI Almanya, B.No: 39954/08 7/2/2012, § 83.

38 Kadir Sağdıç, § 39; İlhan Cibaner (2), §§ 45, 46.

39 İHAM, Mater/Türkiye, B. No: 54997/08, 16/7/2013, § 52.

lerin internet ortamında uzun süre erişilebilir kalması kişilerin şeref ve itibarını zedeleyebilir.”⁴⁰ Bu doğrultuda dijital dünyada bireyin şeref ve haysiyeti de fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün bir parçası olarak Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında korunmaktadır. Tıpkı analog dünyada olduğu gibi, devlet dijital dünyada da üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.

Gelişen teknolojilerle birlikte, dijital dünyada bireylerin kendilerine ait bilgilerin istemedikleri kişilerce öğrenilmesi damgalanma ve dışlanmalarına neden olabilir⁴¹. Bu nedenle, bireyin dijital dünyada özel hayatının korunmasının bir aracı olan dijital bütünlük kapsamında, kişisel verilerin korunması da özel bir önem arz etmektedir. İHAM, kişisel verilerin korunmasının, İHAS’ın 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkının kullanılmasında temel bir rol oynadığını tespit etmiştir⁴². Her birey, kişisel verilerini kontrol etme hakkına sahiptir. Anayasa Mahkemesi, kişisel verilerinin, kişisel gelişiminin özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunduğunu belirtmiştir⁴³.

Anayasa Mahkemesi, günümüzde internetin ve sosyal medyanın yaygın bir biçimde kullanılmasının bireyin özel hayatının özellikle de şeref ve itibarına yönelik ciddi bir tehdit oluşturduğu görüşündedir⁴⁴. Bu nedenle de, Mahkeme internetin yaygın kullanımı nedeniyle basının haber yapma görevi, kişilerin haber alma hakkı ve bireyin şeref ve itibarının korunması arasındaki adil bir dengenin kurulabilmesi bakımından unutulma hakkını tanımıştır⁴⁵.

Bu çerçevede özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde mahremiyet ve ifade özgürlüğü bağlamında internette anonimlik hakkı özel bir önem arz etmektedir. Nitekim İHAM de İHAS’ın özel hayatın gizliliğine saygı hakkının güvence altına alındığı 8. maddesi ve ifade öz-

40 AYM, N. B. B., B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 37.

41 KÜZECİ Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 85.

42 İHAM, (G.C.) *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*. B. No: 931/13. 27/06/2017.

43 AYM, N.B.B. [GK], B. No: 2013/5653, 3/3/2016, § 40.

44 ARSLAN ÖNCÜ Gülay, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019, s. 91.

45 AYM, N.B.B.

gürlüğünün yer aldığı 10. maddesi çerçevesine internette anonimliğin ve gizliliğin korunması gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁶.

Kişinin özel hayatın gizliliği kapsamında, İHAM ve Anayasa Mahkemesi içtihadında bireyin internet aracılığıyla kurulan iletişimi de, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği kapsamında korunmaktadır⁴⁷.

İHAM’a göre bireyin şiddetten korunması da fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamındadır. Bu doğrultuda *Buturuğă/Romanya* kararında, siber taciz şikayetlerinin devlet otoriteleri tarafından cevapsız bırakılmasının aile içi şiddet kapsamında; İHAS’ın 3. ve 8. maddesindeki pozitif yükümlülüklerin ihlali olduğuna karar vermiştir⁴⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında İHAS’de ve 1982 Anayasası’nda yer alan ve İHAM ve Anayasa Mahkemesi içtihadı tarafından uygulanıp somutlaştırılan temel hak ve hürriyetlerden kaynaklanan koruma, ilke olarak hem dijital hem de analog dünyada aynı şekilde koruma sağlamaktadır. Bu çerçevede bireyin dijital bütünlük hakkının tanınmasıyla korunmak istenen hususların özel hayatının gizliliği hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıyla korunan hususlardan farklı olmadığını belirtmek mümkündür⁴⁹.

B. Dijital Bütünlüğün Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar Çerçevesinde Korunması

Kanun koyucunun gelişen teknolojilere karşı işlenen veya bu teknolojilerin sağladıkları kolaylıktan yararlanarak işlenen eylemleri suç ve ceza politikasını belirlerken dikkate aldığı görülmektedir. Örneğin bilişim teknolojisinin gelişmesiyle birlikte kanun koyucu bilişim sistemlerinin güvenliğini sağlamak üzere TCK’da bilişim suçlarını düzenlemiştir. Benzer şekilde kanun koyucunun teknolojinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak suçun işlenmesini bazı suçların

46 TREGUER Félix, “Anonymat et chiffrement composantes essentielles de liberté de communication”, *L’Europe des droits de l’Homme à l’heure d’Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, s. 16.

47 İHAM, *Copland v. the United Kingdom*, B. No: 62617/00, 03/04/2007, §§ 41-42; AYM, *Yasemin Çongar ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7054, 6/1/2015, § 50.

48 İHAM, *Buturuğă v. Romanya*, B. No: 56867/15, 11/02/2020.

49 Aynı yönde MAHON, s. 53.

nitelikli hali olarak düzenlediği de görülmektedir. Örneğin hırsızlık suçunun (TCK m. 142/2-e), dolandırıcılık suçunun (TCK m. 158/1-f) veya kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesi (TCK m. 228/3) söz konusu suçların nitelikli hali olarak düzenlemiştir. Cinsel taciz suçunun elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi de (TCK m. 105/2-d) gelişen teknolojilere ilişkin olarak kanun koyucunun yaptığı düzenlemelere ilişkin örneklerden biridir.

Bireylerin şerefi, özel hayatının gizliliği, kişisel verileri, cinsel dokunulmazlığı da TCK'da yer alan suçlarla korunmaktadır. Bu çerçevede bu suçlarla siber alanda yaşanan bireyin özel hayatının gizliliği hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün bir uzantısı olan dijital bütünlüğün de esasen korunduğu söylemek mümkündür. Bu çerçevede TCK'da yer alan bazı suç tiplerini konuyla bağlantılı olarak incelemeye çalışacağız.

Bireyin cinsel özgürlüğü de fiziksel ve ruhsal bütünlüğü kapsamında korunmaktadır⁵⁰. TCK'da yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla bireyin cinsel özgürlüğünün korunması amaçlanmaktadır. Bireyler, özellikle de kadınlar ve çocuklar dijital teknolojilerin gelişimiyle birlikte, dijital toplumsal cinsiyet açığı nedeniyle siber alanda cinsel tacize maruz kalmaktadırlar⁵¹. Bu davranışlar COVID-19 pandemisi nedeniyle artış göstermiştir⁵².

Cinsel taciz suçu TCK m. 105'de düzenlenmiştir. Cinsel tacizden bireylerin cinselliklerine yönelik sözlü veya yazılı ve bedensel bir temas içermeyen⁵³ rahatsız edici nitelikte olan⁵⁴ cinsel amaçlı her tür-

50 TANER Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 32.

51 <https://itu.foleon.com/itu/measuring-digital-development/gender-gap/> (Erişim Tarihi:30/03/2021).

52 COVID-19 DÖNEMİNDE KADINLARA VE KIZ ÇOCUKLARINA YÖNELİK DİJİTAL ŞİDDET VE BİT YOLUYLA ŞİDDET, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-online-and-ict-facilitated-violence-against-women-and-girls-during-covid-19-tr.pdf?la=en&vs=2641> (Erişim Tarihi:30/03/2021).

53 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020s. 495; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 379; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 395.

54 YOKUŞ SEVÜK Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, An-

lû hareket anlaşılır. TCK m. 105/2-d’de suçun posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi ise nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Cinsel taciz suçunun elektronik haberleşme aracının sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiğinden bahsedilmek için mağdurun cinsel taciz içerikli mesaja maruz kalma konusunda tercih olanağına sahip bulunmaması gerekir⁵⁵.

Bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğü çerçevesinde bireyin iç huzuru ve irade özgürlüğü de korunmaktadır. Bu doğrultuda hürriyete karşı suçlar arasında bireyin iç huzurunun korunması amacıyla tehdit ve şantaj suçlarına yer verilmiştir.

“Kişinin ruh dinginliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgu”⁵⁶ olarak tanımlanan tehdit, TCK m. 106’da düzenlenmiştir. Tehdit suçu, günümüzde elektronik posta aracılığıyla veya internet üzerinden gönderilen mesajlar⁵⁷ veya görüntüler aracılığıyla da yaygın olarak işlenmektedir. Tehdidin siber alanda işlenmesi, failin belirlenmesindeki zorluk nedeniyle mağdurun iç huzurunun daha kolay bozulmasına ve korku duymasına neden olmaktadır⁵⁸.

TCK m. 107’de yer alan şantaj suçu da dijital dünyada işlenebilir. Bilişim sistemlerine erişilmek suretiyle veya herhangi başka bir şekilde ele geçirilen kişisel verilerin, cinsel içerikli görüntülerin, özel hayata ilişkin bilgilerin fail tarafından kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla ifşa edileceği veya yayılacağı tehdidinde bulunulması, mağdurun şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki olduğundan TCK m. 107/2’e göre şantaj suçu meydana gelecektir⁵⁹.

kara, 2019. s. 183; TANER, s. 412; TEZCAN /ERDEM/ÖNOK, s. 488; ÖZBEK /DOĞAN / BACAŞIZ, s. 394; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 379.

55 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 494; BAŞ Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, *AÜHFD*, 65 (4) 2016, s. 1195.

56 Y. 4. CD., E. 2020/1443, K. 2020/6383, T. 11/06/2020, (www.kanunum.com).

57 Y.,4. CD., E 2014/48689., K. 2019/4315, T.14/03/2019, (www.kanunum.com).

58 TEPE İlker, *Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009, s. 212.

59 “(...) Nitelikli dolandırıcılık ve şantaj suçlarından sanığın mahkumiyetlerine ilişkin hükümler, sanık tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü, Sanığın, müşteki ile MSN aracılığı ile internet ortamında iletişim kurarak kendisini bayan olarak tanıtır ve kontör istemek suretiyle baksız menfaat elde ettiği, daha sonra cinsel içerikli görüntülerini yayacağını

Birey, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü çerçevesinde şeref ve haysiyetlerine dokunan fiillere karşı da ceza hukuku kapsamında korunmaktadır. *Anayasa Mahkemesi’ne göre “kişilerin ait oldukları toplumda şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarındanadır. Bu nedenle, öteden beri kişiler, onur, namus ve haysiyetlerine dokunan fiillere karşı özel hukuk kuralları dışında ceza hukuku vasıtasıyla da korunmaktadır”*⁶⁰.

Bireyin ruhsal bütünlüğünü ve insan onurunu ihlal eden hakaret fiili TCK m. 125’te suç olarak düzenlenmiştir. TCK’da yer alan düzenlemede hakaret suçunun dijital teknolojilerle işlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TCK m. 125/2’de yer alan hakaretin “sesli, yazılı veya görüntülü ileti” ile işlenmesine ilişkin düzenlemenin, interneti de kapsadığı ifade edilmektedir⁶¹. Bu doğrultuda elektronik posta aracılığıyla veya sosyal medya üzerinden işlenen hakaret suçları da TCK m. 125/2 kapsamında değerlendirilir⁶².

Teknolojik gelişmeler özellikle internetin yaygınlaşmasıyla birlikte haberleşme biçimlerinin dönüşümü, kimliklerinin bilinmemesi nedeniyle eylemlerinin cezalandırılmayacağı algısı birçok teknoloji kullanıcılarını özel hayatın gizliliğini ihlal eden davranışlarda bulunmaya yönlendirmektedir.

5237 sayılı TCK’nın ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde, “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar”, 132 ilâ 140. maddelerinde düzenlenmiştir.

TCK m. 132’de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında haberleşmenin gizliliğini ihlal, ikinci

beyan ederek para istediği, bu surette nitelikli dolandırıcılık ve şantaj suçlarını işlediği iddia ve kabul olunan somut olayda, Sanığın suçtan kurtulmaya yönelik soyut savunmaları, müşteki beyanı, alınan bilirkişi raporu, HTS kayıtları ve tüm dosya kapsamı karşısında, sanık hakkındaki nitelikli dolandırıcılık ve şantaj suçlarından verilen mahkumiyet hükümlerinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir(...), Y., 15. CD, E. 2017/14649, K. 2019/163, T. 30/01/2019, (www.kanunum.com).

60 AYM, E. 2006/136, K. 2008/3, T. 03/01/2008.

61 ÖZEN Mustafa, “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 75, 2088, s. 103.

62 TÜRAY Aras/ERDOĞAN Irmak, “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatin Hukuksal Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, s. 1344.

fıkra da ise haberleşme içeriklerini ifşa suç olarak düzenlenmiştir. Yazılı, sözlü veya görüntülü şekilde haberleşmeye olanak tanıyan ve bünyesinde gizliliğe elverişlilik barındıran her türlü haberleşme vasıtası ile yapılan haberleşmenin içeriği bu suçun konusunu oluşturmaktadır⁶³. Bu doğrultuda internet üzerinden veya elektronik haberleşme araçlarıyla yapılan haberleşmenin gizliliğinin ihlali de bu suçu meydana getirecektir. Yargıtay'a göre de belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmemeleri gerektiği yönünde haklı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, gizliliği sağlamaya özen gösterip, özel hayat kapsamında olan veya olmayan internet üzerinden paylaştıkları bilginin başka kişi veya kişiler tarafından, özel bir çaba gösterilerek, doğrudan veya dolaylı şekilde okunmak veya dinlenmek suretiyle öğrenilmesi TCK'nın 132. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacaktır⁶⁴.

TCK'nın 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal⁶⁵ suçu yer almaktadır. Özel hayat kavramı "*kişinin sadece gözlerden uzakta, başkalarıyla paylaşmadığı, kapalı kapılar ardında, dört duvar arasındaki yaşantısı ve mahremiyetinden ibaret değil, herkesin bilmediği veya bilmemesi gereken, istenildiğinde başka kişilere açıklanabilen, tamamen kişiye özel hayat olayları ve bilgilerin tamamını*"⁶⁶ içerir. Özel hayata ilişkin bir görüntünün veya sesin ilgilinin bilgisi ve rızası dışında dijital bir yere sabitlenmesi TCK m. 134/1'deki özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu meydana getirir. Herhangi bir şekilde elde edilmiş özel hayata ilişkin görüntü veya seslerinin ifşa edilmesi ise TCK m. 134/2'de suç olarak düzenlenmiştir. Yargıtay içtihadına göre cinsel içerikli görüntülerin⁶⁷, bir piknik sırasında baş başa çekilen el ele, sarılmış vaziyette samimi görüntüler içeren özel fotoğrafların görüntülerde yer alan kişinin rıza olmaksızın internette sosyal paylaşım sitesindeki profil sayfasında yayınlanması ve paylaşılması⁶⁸ TCK m. 134/2'de düzenlenen suç meydana getirir.

63 YOKUŞ SEVÜK, s. 251; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 695.

64 Y. 12. CD. E. 2018/8115, K. 2019/3132, T. 06/03/2019 (www.kanunum.com).

65 Bu suçlarla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. ZAFER Hamide, *Özel Hayatın Ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010; AKYÜREK Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

66 Y., 12. CD. E.2014/4283, K. 2014/19486, T. 13/10/2014, (www.kanunum.com).

67 Y. 12 CD. E. 2019/12886, K. 2020/513T. 15/01/2020. (www.kazanci.com).

68 Y., 12. CD. E.2014/4283, K. 2014/19486, T. 13/10/2014, (www.kanunum.com).

TCK’da kişisel verilerin korunmasına yönelik suçlara da yer verilmiştir. Bu suçlar TCK’nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kayıt edilmesi, 136. maddesinde yer alan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve 138. maddesinde de öngörülen kişisel verileri yok etme suçlarından oluşmaktadır⁶⁹. Suçu ağırlaştıran nedenler TCK m. 137’de sayılmıştır. TCK’nın 139. maddesinde, bu suçların takibine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. TCK. m. 140 uyarınca tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür.

TCK’da kişisel veri tanımı yer almamaktadır. Kişisel veri 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3/d maddesinde kimliği belirli yahut belirlenebilir olan bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır.

Yargıtay, “*bireyin kimliğini ortaya çıkartan, bir kişiyi belirli kılan ve karakterize eden kişinin kimlik, ekonomik ve dijital bilgileri[nin], tabiiyeti, kanaatleri, ırk, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık bilgileri, fotoğrafları, parmak izi, sağlık verileri, telefon mesajları, telefon rehberi, sosyal paylaşım sitelerinde yazdığı veya paylaştığı yazı, fotoğraf, ses veya görüntü kayıtları[nın] kişisel verileri*”⁷⁰ olduğu görüşündedir.

Günümüzde bireyler, teknolojik gelişmeler ve sosyal medyanın yaygın kullanımıyla birlikte yoğun bir biçimde kişisel verilerini paylaşmaktadırlar. Siber alanda paylaşılan kişisel verilerin başkaları tarafından ele geçirilmesi, saklanması ve kullanılması da kolaylaşmış olmaktadır⁷¹. Bu husus Yargıtay kararlarına da yansımaktadır⁷².

TCK’nın ikinci kitabının üçüncü kısmının onuncu bölümünde 243 ilâ 246. maddeleri arasında bilişim suçları düzenlenmiştir. Bu suçlarla da bilişim sistemlerinin güvenliğinin yanı sıra kişilerin özel hayatlarının ve verilerinin gizliliği korunmaktadır⁷³.

69 Kişisel verilerin ceza hukukuyla korunması için bkz. KANGAL Zeynel *Kişisel Verilerin Ceza Ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

70 YHGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, 17/6/2015 (www.kararara.com).

71 ÖNOK Murat, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, Ocak 2017, s. 159.

72 Örneğin bkz. Y., 12. CD, E. 2014/11758., K., 2015/16 T. 12/01/2015 (www.kanunum.com).

73 DÜLGER Volkan Murat, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi,

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere TCK’da yer alan suç tipleri çerçevesinde bireyin özel hayatı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün bir uzantısı olan dijital bütünlüğünün korun-
duğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, TCK’da yer alan suç tiplerinin bireyi, teknolojik gelişmelerle birlikte, özellikle internetin ve sosyal medyanın yaygın kullanımının doğurduğu yeni bir şiddet biçimi olan “siber şiddete”⁷⁴ karşı koruduğunu söylemek mümkün değildir. Bir siber şiddet türü olarak örneğin siber alanda ısrarlı olarak gerçekleştirilen ve mağdu-
run kendisinin veya yakınlarının güvenliğine yönelik korku duymasına sebebiyet verecek nitelikteki rahatsız edici davranış biçimi⁷⁵ olarak tanımlanan siber ısrarlı takip davranışlarına sıklıkla rastlanmaktadır. TCK’da yer alan suç tipleri belirli ölçüde bu eyleme uygulanabilir olsa da, bu düzenlemelerin gerek kapsam gerekse yaptırımları itibariyle etkin bir koruma sağlamadığına dikkat çekilmektedir⁷⁶. Bu nedenle kanaatimizce TCK’da siber şiddet türlerinin doğurduğu yeni davranış biçimleri de suç olarak düzenlenmelidir.

SONUÇ YERİNE

“Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserinde Beccaria, “bir suçu önlemek için yasa, bir ulusun içinde bulunduğu belli koşullar çerçevesinde en iyi çareyi benimsemediği sürece o suça öngörülen cezanın bakılı- ki bununla zorunlu denmek istenmektedir- olduğu söylenemez”⁷⁷ demektedir. Beccaria’nın genel önlemeye ilişkin bu görüşleri günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Yazar bu sözleriyle, ceza hukuku alanında bir düzenleme yapılmasının yalnızca toplumsal bir

Ankara, 2020, s. 246; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1149; MAHMUTOĞLU Selami, “Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *İÜHEM*, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan, Cilt: 71, Sayı: 1, 2013, s.858-859.

74 Siber şiddet kavramı için bkz. COMITE DE LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITE, “Etude cartographique sur la cyberviolence”, <https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-fr-v2/1680993e65>. (Erişim Tarihi: 28/03/2021).

75 TÜRKOĞLU Selin, *Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 14.

76 SOYGÜT Buket, “Kadına Yönelik Dijital Şiddet Biçimi Olarak Siber-Stalking”, (ed.) Türkan Yalçın, *Kadın Yazıları*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s.203-204.

77 BECCARIA Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev.) Sami Selçuk, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016, s. 164.

sorunun çözümünde diğer yöntemler yetersiz kaldığında düşünülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle de gelişen teknolojilere ilişkin olarak da ceza hukuku alanında herhangi bir düzenleme yapılmadan önce suçun önlenmesine ilişkin uygun yaklaşımlar benimsenmelidir⁷⁸.

Bu doğrultuda dijital bütünlüğün korunmasına yönelik olarak ceza hukuku alanında bir düzenleme yapılmadan önce söz konusu bütünlüğü ihlal eden eylemlerle mücadele için “durumsal suç önleme yaklaşımı”nın benimsenmesinin isabetli olacağı ifade edilmektedir⁷⁹.

Klasik okul ve neo-klasik kriminoloji öğretilerine dayanan “durumsal suç önleme”, suçun toplumun veya kurumların iyileştirmesi suretiyle değil, suç fırsatlarının azaltılmasıyla önlenebileceğine ilişkin bir yaklaşımdır⁸⁰. Bu kurama göre, suçlunun suç işleme kararı durumsal etmenlerden etkilenmektedir. Başka bir ifadeyle, durumsal ve çevresel suç işleme olanaklarının veya suç işlemeyi kolaylaştırıcı unsurların varlığı, bireylerde suç eğiliminin oluşmasındaki suç işleme eğilimini yaratmakta, adeta bireyi suça teşvik etmektedir⁸¹.

Durumsal suç önleme kuramına göre suç işleme eğilimini haiz bir birey, mevcut koşullar çerçevesinde, suç işlemenin sonuçlarına ilişkin akılcı bir değerlendirme yaparak suç işleme kararını vermektedir. Birey bu değerlendirmesini yaparken, yakalanıp yakalanmayacağı, suçun işlenmesindeki güçlük veya kolaylık, hatta suçtan elde edilebileceği çıkarlar rol oynamaktadır. Örneğin, suç işleme esnasında veya sonrasında yakalanma olasılığının yüksek olduğu veya suçtan sağlayacakları menfaat ile zarar dengesinin bireylerin kendi aleyhlerine olacağını öngörmeleri halinde suç işlemekten vazge-

78 KUHN André, “Technologies embarquées et prévention du crime: quelques considérations criminologiques”, *Circulation routière*, 2/2015, s. 50.

79 KUHN, “Le droit à l’intégrité numérique est-il une innovation ou une extension de l’intégrité physique”, s. 93.

80 Bkz. KIZMAZ Zahit, “Suç Nasıl Önlenir? Bütüncül Bir Model Gereksinimi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 46, 2019, s. 289 vd; ERBUĞA Gökçe Sinem, “Durumsal Suç Önleme Yaklaşımı Çerçevesinde Beyaz Yakalı Suçların Önlenmesi”, *İzmir İktisat Dergisi*, 35(3), 2020, s. 596.

81 CUSSON Maurice, “La prévention situationnelle I: la réalité et la théorie”, *Prévenir la délinquance*, sous la direction de Cusson Maurice. Presses Universitaires de France, 2009, s. 43, KIZMAZ, s. 289.

çebilecekleri belirtilmektedir. Bu nedenlerle de suçun önlenmesi için bireye değil, durumsal ve çevresel unsurlara odaklanılmalıdır⁸². Kriminolojik araştırmalar, durumsal suç önleme yaklaşımının siber alanda işlenen suçlar bakımından da başarıyla uygulanabileceğini ortaya koymuştur⁸³.

82 KIZMAZ, s. 290.

83 Siber alanda işlenen suçlarla mücadele durumsal suç önleme yaklaşımı için bkz. BREWER Russell/VEL-DE PALUMBO Melissa/HUTCHINGS Alice/HOLT Thomas/ GOLDSMITH Andrew/MAIMON David, *Cybercrime Prevention, Theory and Application*, Palgrave Mac Millan, Cham, 2019, s. 17 vd.

KAYNAKÇA

- AKYÜREK Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- ARSLAN ÖNCÜ Gülay, *Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi, Ankara, 2019.
- ARSLAN ÖNCÜ, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Ed. Sibel İnceoğlu, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013.
- BAŞ Eylem, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu”, *AÜHFD*, 65 (4) 2016, s. 1135-1215.
- BECCARIA Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (çev.) Sami Selçuk, 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2016.
- BERNAL Paul, “The Right to Online Identity”, (unpublished manuscript), <http://ssm.com/abstract-2143138>.(Erişim Tarihi: 24/03/2021).
- BREWER Russell/VEL-DE PALUMBO Melissa/HUTCHINGS Alice/HOLT Thomas/ GOLDSMITH Andrew/MAIMON David, *Cybercrime Prevention, Theory and Application*, Palgrave Mac Millan, Cham, 2019.
- COMITE DE LA CONVENTION SUR LA CYBERCRIMINALITE, “Etude cartographique sur la cyberviolence”, <https://rm.coe.int/t-cy-2017-10-cbg-study-fr-v2/1680993e65>
- COVID-19 DÖNEMİNDE KADINLARA VE KIZ ÇOCUKLARINA YÖNELİK DİJİTAL ŞİDDET VE BİT YOLUYLA ŞİDDET, <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2020/brief-online-and-ict-facilitated-violence-against-women-and-girls-during-covid-19-tr.pdf?la=en&vs=2641>.
- CUSSON Maurice, “La prévention situationnelle I: la réalité et la théorie”, *Prévenir la délinquance*, sous la direction de Cusson Maurice. Presses Universitaires de France, 2009, s. 42-62.
- ÇİFTÇİOĞLU Cengiz Topel, “Yaşama Hakkı”, *TBB Dergisi*, 2012 (103) s. 137- 168
- DE ANDRADE Norberto Nuno Gomes/DE HERT Paul, “Proposing a Right to Identity within the International Framework of Human Rights: Issues and Prospects”, <https://lawexplores.com/proposing-a-right-to-identity-within-the-international-framework-of-human-rights-issues-and-prospects/-62>.

- DE TERWANGNE Cécile, “Internet et la protection de la vie privée et des données à caractère personnel”, *L’Europe des droits de l’Homme à l’heure d’Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, s. 325-368.
- DROITS FONDAMENTAUX ET SOCIAUX, SOCIÉTÉ CIVILE, Rapport présenté au Bureau de la Constituante, https://www.vs.ch/documents/3914032/7264038/2020-02-17_Principes_Rapport+de+la+COMMISSION+2.pdf/31115896-4628-a57e-773f-36b392a8d811?t=1589533364598.
- DÜLGER Murat Volkan, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, 3. Baskı, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2020.
- DÜLGER Volkan Murat, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 246;
- ERBUĞA Gökçe Sinem, “Durumsal Suç Önleme Yaklaşımı Çerçevesinde Beyaz Yakalı Suçların Önlenmesi”, *İzmir İktisat Dergisi*, 35(3), 2020, s. 593-609.
- KANGAL Zeynel, *Kişisel Verilerin Ceza Ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KIZMAZ Zahit, “Suç Nasıl Önlenebilir? Bütüncül Bir Model Gereksinimi”, *Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 46, 2019, s. 285-307.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KUHN André, “Technologies embarquées et prévention du crime: quelques considérations criminologiques”, *Circulation routière*, 2/2015, s. 46-50.
- KUHN André, “Le droit à l’intégrité numérique est-il une innovation ou une extension de l’intégrité physique”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds.) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 87-94.
- KÜZECİ Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne/PIN Xavier Julien/ÉRÈS Walther, “Chronique De Droit Pénal Allemand (Période du 1er Janvier 2005 au 31 décembre 2005)”, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 76, 2005/3, s. 503-530.
- MAHMUTOĞLU Selami, “Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar Ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değer-

lendirilmesi”, *İÜHFİM, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı’ya Armağan*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 856-889.

MAHON Pascal, “Le droit à l’intégrité numérique: réelle innovation ou simple évolution du droit? Le point de vue de droit constitutionnel”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 43-64.

ÖNOK Murat, “Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında “Unutulma Hakkı” ve Türkiye Açısından Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı 1, Ocak 2017, s. 155-188.

ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.

ÖZEN Mustafa, “Hakaret Suçu Ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, *TBB Dergisi*, Sayı 75, 2088, s. 94-108.

ÖZTÜRK Bahri, “Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasası (Yasak Sorgu Metodları)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 2, Sayı: 1-2, 2003, s. 39-80.

ROCHEL Johan, “L’intégrité numérique dans la Constitution: Entre liberté et technologies numériques”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds.) Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 13-42.

ROUSSEL Alexis, “Le droit à l’intégrité numérique de la personne”, *Le droit à l’intégrité numérique, Réelle innovation ou simple évolution du droit* (éds. Florence Guillaume, Pascal Mahon, Université de Neuchâtel, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, s. 2-11.

ROUSSEL Alexis/ BARBEY Grégoire, “Plaidoyer pour une intégrité numérique”, *Conférence de l’Association francophone des autorités de protection des données (AFAPDP) à Dakar*, <https://vienumerique.ch/discours-sur-lintegrite-numerique-prononce-a-dakar/>.

ROUX-DEMARE François-Xavier, “Droit pénal, violences et internet”, *Les violences*, sous la direction de Cédric Ribeyre, Éditions Cujas, Paris, 2018, s. 29-54.

SOYGÜT Buket, “Kadına Yönelik Dijital Şiddet Biçimi Olarak Siber-Stalking”, (ed.) Tükan Yalçın, *Kadın Yazıları*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s.177-211.

SULLIVAN Clare, “Digital Citizenship and The Right to Digital Identity Under international Law”, *Computer Law& Security Review*, vol. 32, 2016, s. 474-481.

- TANER Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- TEPE İlker, *Modern Ceza Hukuku Anlayışında İnternet Suçluluğu Ve Türk Ceza Hukukundaki Yansımaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya, 2009.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- TREGUER Félix, “Anonymat et chiffrement composantes essentielles de liberté de communication”, *L'Europe des droits de l'Homme à l'heure d'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2019, s. 4-26.
- TÜRAY Aras/ERDOĞAN Irmak, “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, s. 1325-1374.
- YOKUŞ SEVÜK Handan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ZAFER Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

KADIN, ÇOCUK VE AİLE BİREYLERİNE YÖNELİK OLARAK UYGULANAN ŞİDDET DOLAYISIYLA AÇILAN KAMU DAVASINDA AİLE VE SOSYAL POLİTİKALAR BAKANLIĞI'NIN DAVAYA KATILMA HAKKI VE AVRUPA ÖRNEĞİ KARŞISINDA BAROLARIN VE SİVİL TOPLUM ÖRGÜTLERİNİN MEVCUT DURUMU*

Doç. Dr. Fahri Gökçen TANER**

Özet

Mağdur hakları son otuz yılda önemli bir gelişme göstermiştir. Davaya katılma konusunda, suçtan doğrudan zarar görmeyen, sivil toplum kurumlarına katılma imkânı tanınması, Avrupa'da ortaya çıkan önemli gelişmeler arasındadır. Türkiye'de ise davaya katılma konusunda yapılan düzenleme, sivil topluma değil, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bu imkânı tanımaktadır. Bakanlığın etkili dava takip edecek avukat sayısına sahip olmaması nedeniyle söz konusu düzenleme işlevsizdir. Buna ek olarak yetişkin ve kırılgan olmayan mağdur grupları için, Bakanlığa mağdurun rızası olmaksızın davaya katılma hakkına sahip olması tanınması, yerinde değildir.

Son dönemde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 2019/7 sayılı içtihadı birleştirme kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetiminde verdiği 2020/8 numaralı iptal talebini red kararları da, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın davaya katılmasıyla ilgili çeşitli sorunlara bağlantılıdır.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 10/05/2021. İlk hakem raporu tarihi: 22/05/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 10/06/2021.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, taner@law.ankara.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9182-2549.

Türkiye’de, Avrupa’daki gelişmeler göz önüne alınarak çevreye karşı suçlar ve kamu sağlığına karşı suçlar başta olmak üzere, topluma karşı suçlarda sivil toplumun kamu davasına katılmasına imkân veren bir yasal düzenleme yapılmasın yerinde olabilir. Bu tür bir düzenleme yapılacaksa, kendisine bu imkân tanınacak olan kurum, Cumhuriyet savcılığına destek olabilecek ve davaya yön verebilecek kapasiteye sahip olmalıdır. Bu noktada akla gelen ilk kurum şüphesiz ki barolardır.

Bu çalışmada Fransız ve İtalyan örnekleri ortaya konulmak suretiyle, kamu davasına katılmanın, suçtan doğrudan zarar görmeyen kurumlar lehine genişletilmesinin gerekliliği ve yerindeliği konusu tartışmaya açılmaktadır.

Anahtar kelimeler: Davaya Katılma, Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddet, Baroların Kamu Davasına Katılması, Mağdur Hakları, Sivil Toplum

**THE RIGHT OF THE MINISTRY OF FAMILY AND SOCIAL
POLICIES TO PARTICIPATE IN THE CRIMINAL CASE
DUE TO VIOLENCE AGAINST WOMEN, CHILDREN AND
FAMILY MEMBERS AND THE CURRENT SITUATION OF BAR
ASSOCIATIONS AND NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS
IN VIEW OF EUROPEAN EXAMPLE**

Abstract

Victim rights have improved significantly over the past three decades. Providing the opportunity to intervene cases to the non-governmental organizations which are not directly harmed by crime, is among the important developments in Europe in this regard. In Turkey, on the other hand, the regulation on intervention provides this opportunity to the Ministry of Family and Social Policies, not to the civil society. The regulation is dysfunctional as the Ministry does not have the number of lawyers to pursue effective litigation. In addition, for adult and non-vulnerable groups of victims, granting the Ministry the right to intervene without the victim’s consent is not appropriate.

Recently, the decision numbered 2019/7 of the Unification General Assembly of the Court of Cassation and the decision numbered 2020/8 of the Constitutional Court to reject the annulment request are also related to various problems related to the intervention of the Ministry of Family and Social Policies.

In Turkey, considering the developments in Europe, it may be appropriate to make a legal regulation that allows civil society to intervene criminal case in crimes against society, especially crimes against the environment and crimes against public health. If such an arrangement is to be made, the institution that will be given this opportunity should have the capacity to support the public prosecutor and direct the case. At this point, the first institution that comes to mind is undoubtedly the bar associations.

In this study, the necessity and appropriateness of the extension of intervention in criminal case in favor of the institutions that are not directly harmed by the crime are brought into discussion by putting forward the French and Italian examples.

Keywords: Intervention, Violence Against Women and Children, Intervention of The Bar Associations In Criminal Case, Victim Rights, Civil Society

Giriş

Türkiye’de kadınlara ve çocuklara yönelik cinsel şiddet bakımından davaya katılma konusu özel olarak, 8.3.2012 tarih ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 20/2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na, “*gerekli görmesi hâlinde; kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet¹ veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya*” katılma hakkı vermektedir. Söz konusu Kanun’un Uygulama Yönetmeliği’nin 46. maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır.

1 6284 sayılı Kanun’un tanımlar başlıklı 2. maddesinin ilk fıkrasının (d) bendi uyarınca şiddet: “Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketler; buna yönelik tehdit ve baskı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış”tır.

Kanunda yer alan şiddet tanımının, cinsel ve psikolojik şiddeti de kapsaması dolayısıyla Bakanlık; gerekli gördüğü takdirde, başta kadınlara yönelik cinsel saldırı veya çocuklara yönelik cinsel istismar suçlarına ilişkin davalar olmak üzere çok geniş bir yelpazede açılan davalara katılma hakkına sahiptir. Bu çalışmada, Bakanlığa tanınan bu imkân, ceza muhakemesi ve kamu davası bağlamında ele alınacaktır.

Söz konusu düzenleme yakın zamanda iki önemli mahkeme kararına konu olmuştur. Bunlardan ilki, düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınması ve Mahkeme'nin düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermesiyle sonuçlanmıştır. Resmi Gazete'de 11.09.2020² tarihinde yayımlanan kararda, düzenlemenin amacına ilişkin önemli tespitler yer aldığı gibi, karşı oy yazılarında da önemli belirlemeler yapılmıştır.

İkinci güncel mahkeme kararı ise, açılan kamu davalarının Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bildirilmesinin zorunlu olup olmadığı yönünde ortaya çıkan görüş ayrılığı bağlamında verilen içtihadı birleştirme kararıdır. Yargıtay Ceza Daireleri ve Ceza Genel Kurulu arasında doğan içtihat uyuşmazlığı, sonuç olarak 2019/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararıyla, bu yönde bir bildirimin zorunlu olmadığı şeklinde karara bağlanmıştır. Söz konusu karar, Resmi Gazete'de 29.02.2020³ tarihinde yayımlanmıştır. İçtihadı birleştirme kararı, davanın ihbarı sorununu çözmekle birlikte; kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet konusunda açılan davalara katılma hakkının Bakanlığa verilmesinin yerinde olup olmadığı sorusu hâlâ anlamlıdır. Bu çalışmada, Avrupa örneği de dikkate alınarak, bu tür davalarda bir tüzel kişinin mağdurun yanında davaya katılmasından beklenen fayda ve mevcut düzenlemenin bu faydayı sağlamaya elverişli olup olmadığı temelinde bir tartışma yürütülecektir.

Konumuz Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı özelinde, kamu hukuku tüzel kişinin kamu davasına katılması olduğundan, konunun mağdur ve suçtan zarar görenle ilgili boyutu bir bütün olarak ele

2 AYM, E. 2019/2, K. 2020/28, T. 11.06.2020.

3 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2019/6, K. 2019/7, T. 13.12.2019.

alınmayacaktır. Ancak katılma konusundaki kurallar bakımından belirleyici olan suçtan zarar görendir ve öncelikle gerçek kişiler ve tüzel kişiler bakımından davaya katılma konusundaki genel esaslar üzerinde durmadan konuyu ileri taşımak mümkün değildir. Bu nedenle ana tartışmaya başlamadan önce, kısaca uluslararası sözleşmeler ve anayasal çerçeve üzerinde durmak, ardından konuya ilişkin genel esasları ortaya koymak gerekmektedir.

I. Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa

A. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa

AİHS'nin 6. maddesi uyarınca adil yargılanma hakkı, ceza davaları bakımından suç isnadı altında olma haliyle sınırlanmıştır. Burada suç isnadı kavramının, AİHM tarafından *Engel* başvurusunda somutlaştırılan ölçütler uyarınca özerk bir kavram olduğunu ve iç hukuktaki sınırlamayla AİHM'nin bağlı olmadığını da hatırlatmak gerekir.⁴ Suçtan zarar gören, suç isnadı altında olmadığından ve istemi üçüncü bir kişinin cezalandırılması yönünde olduğundan, Sözleşme uyarınca adil yargılanma hakkından yararlanamamaktadır.

AİHS'de katılanın/suçtan zarar görenin adil yargılanma hakkı koruma altına alınmadığından, davaya katılma konusunda adil yargılanma hakkı bağlamında Avrupa hukuk sistemlerini sınırlayan genel bir kuraldan söz etmek mümkün değildir. Kaldı ki AİHM'nin yaklaşımı uyarınca devletler, adil yargılanma hakkının gereklerinin ulusal mevzuatta ne şekilde yerine getirileceği konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. AİHM'nin görevi, mevzuatın ve davada yapılan uygulamaların bir bütün olarak adil yargılanma hakkının gereklerini sağlayıp sağlamadığını incelemekle sınırlıdır.⁵

Bu noktada davaya katılma konusundaki gelişim çizgisini son 30 yılda belirleyen asıl etkenin, mağdur hakları konusunda yaşanan ge-

⁴ BUZELLI Silvia - CASIRAGHI Roberta - CASSIBBA Fabio - CONCOLINO Paola - PRESSACCO Luca, *Diritto a un equo processo, Corte di Strasburgo e giustizia penale* içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 132-134.

⁵ "AİHS'ye taraf olan devletler yargı sistemlerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerini yerine getirecek uygun araçları seçme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir (...) AİHM'nin görevi bu noktada seçilen yöntemin ortaya çıkarttığı sonuçların Sözleşme'ye uygun olup olmadığını belirlemektir." *Hadjianastassiou/Yunanistan*, 16.12.1992, §33; *Quaranta/İsviçre*, 24.05.1991, §30; *Sannino/İtalya*, 27.04.2006, §48.

lişmeler olduğu söylenebilir. Bu konuya ileride tekrar değinilecektir.

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca “Herkes meşrû vasıta ve yollar-dan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” Görüldüğü üzere Anayasa’da adil yargılanma hakkının yararlanıcıları bağlamında bir sınırlama yapılmamıştır. Dolayısıyla katılana adil yargılanma hakkına ilişkin teminatların sağlanması, anayasal bir gerekliliktir. Ancak Anayasa Mahkemesi, AİHS ile Anayasa’nın ortak koruma alanını esas aldığı için, katılanın adil yargılanma hakkına ilişkin şikâyetler, bireysel başvuruda ceza davasının esas bağlamında dinlenmemektedir.⁶

B. İstanbul ve Lanzarote Sözleşmelerindeki Yaklaşım

İstanbul Sözleşmesi olarak bilinen *Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’nin 57. maddesi uyarınca “Taraflar, mağdurların iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında hukuki yardım ve ücretsiz adli yardım alma hakkını sağlamakla” yükümlüdürler.

Konu çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsüyle de bağlantılı olduğundan Lanzarote Sözleşmesi olarak bilinen, *Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’ni de gözden kaçırmamak gerekir. Sözleşme’nin genel koruma tedbirleri başlıklı 31/3. maddesinde, “tarafların her biri, mağdurların ceza davasının tarafı olduğu hallerde, gerekiyorsa bedelsiz olarak, adli yardımdan yararlanmalarını sağlayacaktır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere her iki Sözleşme de davaya katılma konusunu düzenleme yapma bağlamında devletlere herhangi bir yükümlülük yüklememekte, bunun yerine yerinde bir biçimde mağdurun hukuki yardım alma hakkına eğilmektedir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti’nin, İstanbul Sözleşmesi’nden ayrılmaya yönelik girişimlerinin,

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **TANER, Fahri Gökçen**, “Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2018, S. 135, s. 126-132.

çalışma konumuza doğrudan bir etkisi yoktur. Aşağıda, davaya katılma ile mağdurun hukuki yardım alması konuları arasında bir bağlantı olup olmadığı ayrıca ele alınacaktır.

Sonuç olarak davaya katılmanın kapsamının belirlenmesi, esasında kanun koyucunun sistemsel bir tercihi ve özünde bir hukuk politikası sorundur. Aşağıda ele alınacak olan Avrupa ülkelerinde, konunun farklı biçimlerde mevzuata yansımaları da, bu tespiti doğrulamaktadır.

II. Kamu Davasına Katılma Hakkına İlişkin Genel Esaslar

Alternatif çözüm yöntemleri bir kenara bırakılırsa, 5271 sayılı CMK'da şahsi dava usulünün kabul edilmemesinden dolayı cezalandırma hukuki ilişkisi kamu davası ekseninde oluşmaktadır. Dolayısıyla katılma ancak, davanın açılmasından sonra mümkün olabilir. 1412 sayılı CMUK döneminde, şahsi davadan ayırmak için bu tür katılma, davaya müdahale⁷veya müdahale yoluyla dava şeklinde ifade edilmekteydi.⁸ Burada müdahale terimiyle kast edilen esasında kamu davası ile şahsi davanın adeta birleşmesidir.⁹

CMK'nın 234. maddesi uyarınca mağdur ve şikâyetçi, kamu davasına katılma hakkına sahiptir. Aynı Kanun'un 237. maddesinde ise *"Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler."* hükmü yer almaktadır.

CMK'da kullanılan terminolojiye bakıldığında, kamu davasına katılabilecek asli süjenin mağdur olduğu görülmektedir. Mağdur, işlendiği iddia edilen fiille, hukuken korunan bir varlık veya menfaati ihlal edilmiş olan kimsedir.¹⁰ Mağdur davaya katılarak katılan sıfatını

⁷ Intervention (Fr.)

⁸ TOSUN Öztekin, *Türk Suç Mubakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, 4. Bası, İstanbul 1984, s. 200; ÖZBEK Veli Özer - DOĞAN Koray - BACAĞSIZ Pınar - TEPE İlker, *Ceza Mubakemesi Hukuku*, 11. Bası, Ankara 2018, s. 561; TANER. TANER, *Ceza Mubakemeleri Usulü*, İstanbul 1945, s. 108 ve 109; PAMUK Gülfem, *Türk ve Fransız Ceza Mubakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri*, İstanbul 2012, s. 28.

⁹ YURTCAN Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Ankara 2019, s. 730.

¹⁰ TOROSLU Nevzat - TOROSLU Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Bası, Ankara 2018, s. 114; TOSUN, s. 200;

almayı tercih edebileceği gibi, yalnızca beyanını mahkemeye sunarak delil kaynağı da olabilir. Ancak mağdurun katılan sıfatını alarak, savcılığa destek olması ve davaya yön vermesi, elbette muhakemede daha büyük etki doğurur. Zira isnat konusu fiil hakkında, delillerin nerede aranması gerektiğini en iyi bilen iki süje sanık ve mağdurdur. Bu nedenle mağdurun soruşturma ve kovuşturma için yardımcı olmayı gönüllü bir biçimde istemesi, ceza muhakemesinin başarısı için, hayati öneme sahiptir.¹¹ Özellikle cinsel suçlarda, mağdurun işbirliğinin önemi çok daha fazladır.

Aslına bakılırsa, mağdur bir maddi ceza hukuku terimi; suçtan zarar gören ise bir muhakeme hukuku terimidir. 1412 sayılı CMUK'da katılma hakkı, mağduru da kapsayan bir kavram olan suçtan zarar görene tanınmıştı.¹² Mağdur ve suçtan zarar gören aynı kişi olabileceği gibi, kasten öldürme suçunda olduğu gibi farklı kişiler de olabilir.¹³

Suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlulara¹⁴ da davaya katılma hakkı tanınmıştır. Malen sorumlunun konumuzla ilişkisi olmadığı gibi, durumu da suçtan zarar görenden tamamen farklıdır. Zira malen sorumlunun menfaati mağdurla değil faille, yani sanıkla aynı yöndedir.¹⁵ Malen sorumlunun sanıktan şikâyetçi olarak mağdurun yanında davaya katılması, bu nedenle mantık kurallarıyla da bağdaşmamaktadır.¹⁶ Dolayısıyla malen sorumlunun davaya mağdurun değil, sanığın yanında katılması gerekir, ancak CMK'daki

- 11 NAHRA Kirk J., "The role of victims in criminal investigations and prosecutions", <https://www.insurancefraud.org/role-of-victims.htm> (SGT: 14.04.2021); KAZAKER Gözde, *Kamu Davasına Katılma*, Ankara 2019, s. 26.
- 12 KOCA Mahmut, "Temyiz Yolunda Davaya Katılma", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 5, S. 18, Temmuz 2014, s.4.
- 13 ONURSAL Sami, *Kamu Davasına Müdahale*, İstanbul 1968, s. 41; YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 252; TOROSLU-TOROSLU, s. 116.
- 14 CMK'nın tanımlar başlıklı 2/1-i maddesinde malen sorumlu "Yargılama konusu işin bükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak bükümün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişi" şeklinde tanımlanmaktadır. 1412 sayılı CMUK'da suçtan zarar görene katılma hakkı tanınmadığı yönünde bkz. KOCA, s. 4.
- 15 ONURSAL, s. 38; FEYZİOĞLU Metin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 62, Y. 2006, s. 38; ÖZBEK-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, s. 563; ÖZEN Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 2. Bası, Ankara 2017, s. 193; ÇINAR Ali Rıza, "Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Y. 2019, s. 2811.
- 16 CENTEL Nur - ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2017, s. 928.

düzenlemenin bu bağlamda yeterli ayrıntı içermediği görülmektedir.¹⁷ Öte yandan şahsi hak davasının var olduğu mülga CMUK döneminde, dolayısıyla medeni sorumlunun (5271 sayılı CMK döneminde malen sorumlu), davalı statüsünde olması gerektiği öğretide açıkça¹⁸ ifade edilmiştir.

Mağdur ve malen sorumlu dışında, hangi süjelerin kamu davasına kabul edileceği, “suçtan zarar görme” kavramının dar veya geniş olarak anlaşılmasına göre farklılık gösterir.¹⁹ Bir kişiyi davaya süje olarak kabul etmek ona çeşitli haklar tanımayı gerektirir. Dosya inceleme, haklarını öğrenme, tanık çağırılmasını ve delil toplanmasını isteme, delillerin tartışılmasına katılma, dolaylı yoldan soru sorma, duruşmada hazır bulunma, dinlenilme, kanun yoluna başvurma bu haklardan yalnızca bazılarıdır.²⁰

Suçtan zarar gören kavramı mevzuatta tanımlanmamıştır. Bunun bir nedeni, ilgili olduğu kavramla birlikte yorumlarken, suçtan zarar gören kavramının kapsamının yorum yoluyla daraltılmasına veya genişletilmesine imkân sağlamaktır. Örneğin şikâyet hakkının kapsamının belirlenmesinde çizilecek sınırla, davaya katılma konusunda çizilecek sınır birbirinden farklı olabilir.²¹ Özellikle konu çocuklar olduğunda, bu farklılıklar daha belirgin bir hal almaktadır.

Suçtan zarar gören kavramının kapsamını genişletmek ve davaya katılabilecek kişi sayısını artırmak muhakemenin ve özellikle duruşmanın işleyişini ciddi biçimde güçleştirebilir.²² Bu nedenle suçtan zarar gören kavramını yalnızca suçtan doğrudan doğruya zarar gö-

17 ŞAHİN Cumhur - GÖKTÜRK Neslihan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Bası, Ankara 2019, s. 32; KOCA, s. 9; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 177 ve 187.

18 ONURSAL, s. 38.

19 Bu anlayışın yerinde olmadığı ve kavramın her hukuki kurum için ortak bir anlama ve kapsama sahip olması gerektiği yönünde bkz. KOCA, s. 6.

20 Katılanın haklarına ilişkin olarak bkz. ÖZTÜRK Bahri - TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SIRMA GEZER Özgü - SAYGILAR KIRIT Yasemin F. - ÖZAYDIN Özdem - ALAN AKCAN Esra - ERDEN TÜTÜNCÜ Efser - ALTINOK VILLEMIN Derya - TOK, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakeme Hukuku*, 12. Bası, Ankara 2018 s. 240; GÖKCEN Ahmet - ALŞAHİN Mehmet Emin - ÇAKIR, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Ankara 2017, s. 285; KAZASKER, s. 148-171; ÇINAR, s. 2824-2830; KOÇ Ziya, *Ceza Muhakemesinde Katılan*, İstanbul 2011, s. 188 vd.

21 YURTCAN, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 251. Kavramın her durumda tek ve belirgin bir anlamı ve kapsamı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. KOCA, s. 6.

22 KUNTER Nurullah - YENİSEY Feridun - NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul 2006, s. 202.

renleri içine alacak şekilde dar²³ yorumlamak isabetlidir.²⁴ Hakime, işlenen suçun gösterdiği özelliklere göre kişinin doğrudan zarar görüp görmediğini belirleme imkânı veren bu yaklaşım, muhakemenin gereklerine hizmet etmek bakımından da işlevseldir. Nitekim 2019/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında belirtildiği üzere, Yargıtay da suçtan zarar görme kavramını geçmişten bu yana “doğrudan doğruya zarar görme” biçiminde dar yorumlama²⁵ eğiliminde olmuştur.

Aşağıda ele alınacak olan 2019/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında ifade edildiği üzere, bir tüzel kişinin kamu davasına katılabilmesi için suçtan doğrudan zarar görmüş olması veya herhangi bir kanunda, belirli bir tüzel kişinin bazı suçlardan açılan kamu davalarına katılmasını özel olarak düzenleyen bir hükmün bulunması gereklidir. Özel bir düzenlemenin varlığı halinde, kanun koyucu, bu tüzel kişinin suçtan zarar gördüğünü aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul etmektedir.²⁶ Dolayısıyla bu örneklerde, inceleme konumuz bakımından suçtan zarar görme kavramının içinin yorumla doldurulmasına ihtiyaç yoktur.

III. Kamu Tüzel Kişilerine Kanunla Tanınan Kamu Davasına Katılma Hakkı Hakkında Genel Bilgiler

Bir kamu hukuku tüzel kişinin kamu davasına katılma hakkı iki şekilde doğabilir. Bunlardan ilki, herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamasına karşın, söz konusu kamu tüzel kişinin ilgili suçun doğrudan zarar göreni olmasıdır. Yerel mahkeme bu durumda, davaya katılma talebinde bulunan kamu kurumunun böyle bir hakkı bulunup bulunmadığını, suçtan zarar gören kavramını yorumlamak suretiyle belirleyecektir. Örneğin vergi kaçakçılığına ilişkin suçlarda vergi idaresi, karşılıksız yaralanma suçunun maddi konusunun

23 Suçtan doğrudan zarar görenin dar, dolayısıyla zarar görenin ise geniş anlamda suçtan zarar görmeyi ifade ettiği yönünde bkz. ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM vd., s. 235. Öğretide bir diğer görüş ise suç fiiliyle haklı çıkarı zedelenen kişinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Bkz. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 253.

24 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 202; TOSUN, s. 206.

25 Ayrıca bkz. TOSUN, s. 206; ÇINAR, s. 2808 ve 2810; YENİSEY Feridun -NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020, s. 179.

26 CENTEL-ZAFER, s. 928; KOCA, s. 22 ve 23; ÇINAR, s. 2815.

elektrik enerjisi olması halinde TEDAŞ, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasası'nda yer alan suçlarda Kültür ve Turizm Bakanlığı ve taşra birimleri, Cumhuriyet savcılığının yanında suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılabilmektedir. Örnekler çoğaltılabilir ancak bu tür katılma, inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

İnceleme konumuz olan, kanunla kendilerine kamu davasına katılma hakkı tanınan kamu tüzel kişilerini de kendi aralarında ikiye ayırmak mümkündür. Bu konuda ceza muhakemesi mevzuatımızda iki tür düzenleme vardır.

Kategorilerden ilki, mağduru devlet olan bazı ekonomik suçlardır. Bilindiği üzere, devlete ait bir varlık veya menfaatin ihlal edildiği hallerde, gerçek kişilerden farksız olarak, devlet de suçun mağduru sıfatını taşıyabilir.²⁷ Aşağıda ele alınacağı üzere, 6284 sayılı Kanun yürürlüğe girene kadar bu hakkın çeşitli kanunlarda yer alan ekonomik suçlarda, konunun ilgilisi olan kamu kurumuna tanındığı görülmekteydi. Dolayısıyla devletin mağdur sıfatını taşıdığı ekonomik boyutu olan suçlarda, Cumhuriyet savcılığına teknik bilgisiyle destek olmak üzere, bu kurumlara davaya katılma imkânı tanındığı anlaşılmaktadır. Mevzuata bakıldığında, kamu davasına açıkça katılmanın düzenlendiği mevzuat hükümleri ve ilgili kurumlar şunlardır:

- 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Ek 1 maddesi uyarınca tarımsal amaçlı kooperatifler ve üst kuruluşları için Tarım ve Köy işleri Bakanlığı, yapı kooperatifleri ve üst kuruluşları için Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve diğer kooperatifler ve üst kuruluşlar için ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı.²⁸
- 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu uyarınca Maliye Bakanlığı.²⁹

27 Bkz. KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 61, S. 2, s. 676.

28 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Ek 2. maddesi şu şekildedir: "İlgili bakanlık, kooperatifler ve üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile memurları bakımında görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardan dolayı açılan kamu davalarına katılma talebinde bulunabilir."

29 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun 18/2. maddesi şu şekildedir: "Yukarıdaki fıkraya göre yapılan ibbar veya takipsizlik kararı ve iddianame Cumhuriyet baş-

- 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu uyarınca Hazine Müsteşarlığı ve Sermaye Piyasası Kurulu.³⁰
- 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca Gümrük İdaresi.³¹
- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu.³²
- 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu.³³

İkinci kategoriye ise 6284 sayılı Kanun'da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na tanınan hak oluşturmaktadır. Ancak burada katılmayla

savcılığınca, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Mubakemat Genel Müdürlüğü ile varsa diğer ilgili kamu kurum veya kuruluşlarına bildirilir: **Hazine avukatının yazılı başvuru bulunması hâlinde Maliye Bakanlığı, başvuru taribinde müdabil sıfatını kazanır.** ”

- 30 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 24. maddesi şu şekildedir:

“Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, konularına göre Müsteşarlık veya Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru mubakeme şartı niteliğindedir. Cumhuriyet savcılarını kovuşturmaya yer olmadığına karar verirse, Müsteşarlık veya Kurul, Ceza Mubakemesi Kanununa göre kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı itiraza yetkilidir: **Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Müsteşarlık veya Kurulun başvuru bulunması hâlinde, bunlar başvuru taribinde katılan sıfatını kazanırlar.** ”

- 31 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun davaya katılma başlıklı 18. maddesi şu şekildedir:

“Kanunda tanımlanan suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme, iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderir: **Başvurusu üzerine, ilgili gümrük idaresi açılan davaya katılan olarak kabul edilir.** ”

- 32 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 162/1. maddesi şu şekildedir:

“Bu Kanunda belirtilen suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapılması, Kurum veya Fon tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru mubakeme şartı niteliğindedir. Ancak, 160 ıncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmalar Kurumun veya Fonun yazılı bildirimi üzerine veya gecikilmesinde sakınca görülen hallerde re'sen Cumhuriyet savcılarının yapıldığı ve Kurum ve Fon haberdar edilir: **Bu fıkra uyarınca yapılan soruşturmalar neticesinde açılan kamu davalarında, Kurumun veya Fonun başvuru bulunması hâlinde, bunlar başvuru taribinde müdabil sıfatını kazanırlar.** ”

- 33 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun yazılı başvuru ve özel soruşturma usulleri başlıklı 115. maddesi şu şekildedir:

“(1) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru muhakeme şartı niteliğindedir.

(2) **Başvuru üzerine kamu davası açılması hâlinde iddianamenin kabulü ile birlikte, bir örneği Kurula tebliğ edilir ve Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.**

(3) Bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yapılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı, Kurul meslek personelinden yararlanabilir. Bu suçlardan dolayı şüpheli veya tanık sıfatıyla kişilerin ifadesinin alınması sırasında Kurul meslek personelinin de hazır bulunması sağlanabilir.”

korunmak istenen menfaat ve katılma biçimi, yukarıda ele alınan devletin mağdur sıfatını taşıdığı suç kategorisinden tamamen farklıdır. Bu farklılıkları, alt başlıkta ayrıntılı olarak ele almak istiyoruz.

IV. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Kanunlarda Kendilerine Davaya Katılma Hakkı Tanınan Diğer Kamu Tüzel Kişilerinden Farklı Konumu

6284 sayılı Kanun'un hazırlık çalışmalarına ve Adalet Komisyonu raporuna bakıldığında, davaya katılmaya ilişkin 20. maddenin alt komisyon çalışmaları sırasında kanun teklifine eklendiği ve yapılan değişikliğin Adalet Komisyonu tarafından uygun görüldüğü anlaşılmaktadır.³⁴ Adalet Komisyonu raporunda, söz konusu değişiklikle güdülen amaç konusunda herhangi bir bilgi bulmak mümkün değildir.

Devletin kadına ve aile bireylerine şiddetle ilgili suçlarla mücadelede özel bir önem atfetmesi ve mağduru daha etkin bir şekilde korumayı istemesi burada akla ilk gelen nedendir. Devletin, bu suçların mağdurlarına etkili bir şekilde yardım etmesine yönelik tedbirler zaten 6284 sayılı Kanun'da yer almaktadır. Ancak bu yardımın, davaya katılma konusunda bir ihtiyaç doğurup doğurmadığı son derece tartışmalıdır.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın katılması mümkün olan davalarda Bakanlığa, mağduru gerçek kişi olan bir takım suçlarda, bir kamu tüzel kişisi olarak bir hak tanınması söz konusudur. Mağduru devlet olan ekonomik bir suçta, bir kamu kurumunun davaya katılmasıyla, mağduru gerçek kişi olan bir davada bir kamu kurumunun davaya katılması işlev bakımından birbirinden tamamen farklıdır. Bu iki düzenleme formatı arasındaki farklılık, davanın ihbarı konusunda verilen ve aşağıda ele alınacak olan 2019/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında hiç tartışılmamış olsa da, ortaya çıkan sonuç, söz konusu farklılığı doğrular niteliktedir.

³⁴ “Tasarımın 20’nci maddesi (Alt Komisyon tarafından yapılan teselsül öncesi 19’uncu madde) başlığıyla birlikte, Bakanlığın, gerekli görmesi halinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet uygulanması ihtimali dolayısıyla açılan idari, cezai, bu- kuki her tür davaya ve çekışmesiz yargıya katılabilmesini teminen Alt Komisyon tarafından de- ğıştirilmiş ve değışiklikler Komisyonumuzca da uygun görülmüşür.” Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss181.pdf>, s. 67.

6284 sayılı Kanun'la diğer kanunlar arasındaki bir diğer fark, katılmaya konu olan suçların kanunda belirlenme biçimi bakımındandır. Diğer kanunlarda ilgili suçlar sayma yoluyla belirlenmiştir, dolayısıyla katılma hakkının belirlenmesi son derece kolaydır. 6284 sayılı Kanun'da ise konu hem yalnızca ceza hukukuyla sınırlanmamış, *“kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan”* her tür davadan söz edilmiştir.

6284 sayılı Kanun uyarınca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın kamu davasına katılması mümkün olan suçlar arasında öncelikle; kasten öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki (özellikle ikinci ve üçüncü fıkralar), cinsel taciz, tehdit ve şantaj suçları aklı gelmektedir. Görüldüğü üzere bu suçların tamamı kişiye karşı suçlar arasında yer almaktadır. Dolayısıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, bu yönüyle de diğer kamu hukuku tüzel kişilerinden ayrılmaktadır. Zira diğer kamu hukuku tüzel kişileri, devletin mağdur olduğu suçlarda katılan olmakla yükümlendirilmişken, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın katıldığı davalarda suçun mağduru bir gerçek kişidir. Bu belirleme, aşağıda ele alınacak olan, davaya katılma için mağdurun rızasının gerekli olup olmadığı bakımından büyük önem taşımaktadır.

V. Kamu Tüzel Kişilerinin Kamu Davasına Katılma Usulü

A. Genel Esaslar

Kamu davasına katılma usulüne ilişkin genel esaslar CMK'nın 238. maddesinde düzenlenmiştir. Davaya katılmak için katılma tali davasını³⁵ açmak, yani mahkemeden davaya katılmayı talep etmek gerekir. Bu, muhakemede kanuni bir süjellik talep edilmesi anlamına gelir.³⁶ Katılanın yaptığı işlemlerin asıl ceza davası üzerinde etki gösterebilmesi için, katılma talebinin kabulü ya da bir başka deyişle katılma davasının kabulü gereklidir.³⁷ Bu nedenle katılma talebi ile

35 KOCA, s. 3; ÇINAR, s. 2806; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 177.

36 CENTEL-ZAFER, s. 922.

37 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 434 ve 435; YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 729. CMK'nın katılma usulü başlıklı 238. maddesi şu şekildedir:

“(1) Katılma, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma istemini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle olur.

(2) Duruşma sırasında şikâyeti belirten ifade üzerine, suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediği sorulur.

katılan sıfatının alınmasını birbirine karıştırmamalıdır.³⁸ Başka bir deyişle, kamu davasına katılmanın sonuç doğurması ve bireysel iddia makamını işgal yetkisi vermesi, ceza muhakemesi hukukunda şarta bağlı bir hak olarak düzenlenmiştir ve şart, mahkemenin söz konusu katılma talebini uygun bulmasıdır.

Katılma talebinin, olabildiğince çabuk bir biçimde karara bağlanması gerekir. Zira bu karar verilmeden, katılanın yaptığı işlemler esas ceza muhakemesinde sonuç doğurmaz. Mahkemenin söz konusu talebi sürüncemede bırakması, ilerleyen aşamada katılma talebinde bulunan süjenin yaptığı işlemler bakımından sorun çıkmasına yol açabilir. Bu nedenle mahkemenin katılma konusunda ister olumlu ister olumsuz olsun açık bir karar³⁹ vermesi, sonradan ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek bakımından yerinde olur. Muhakemelerin birleştirildiği hallerde, katılma kararının hangi sanık ve hangi suç yönünden verildiği açıkça belirtilmelidir.⁴⁰ Uygulamada bu basit tespitin en başta yapılmaması, ilerleyen aşamada kanun yoluna başvurma bağlamında dava ehliyeti yönünden pek çok soruna yol açmaktadır.

Yargıtay, katılma açıkça talep edilmese dahi, davayı takip konusunda bir irade ortaya konulmuşsa bunu katılma talebi olarak kabul etmektedir.⁴¹ Bu hallerde bu konuya ilişkin açık bir karar verilmesi halinde bozma kararı⁴² verilmektedir.

Katılan, katılma davası açmaya mecbur olmadığı gibi, katıldığı davayı yürütmeye veya duruşmaya katılmaya da mecbur değildir.⁴³ Kendilerine katılma hakkı tanınan süjeler, kovuşturma evresinde bu haklarını kullanmamak suretiyle katılma hakkından zımnen veya

(3) *Cumhuriyet savcısının, sanık ve varsa müdafinin dinlenmesinden sonra davaya katılma isteminin uygun olup olmadığına karar verilir.*"

38 YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 729; KOCA, s. 22. Sıfatın kabulü ve iddia makamının işgali bağlamında karşılaştırınız YENİSEY-NUHOĞLU, s. 182.

39 CENTEL-ZAFER, s. 932; PAMUK, s. 216; KOÇ, s. 167.

40 KOÇ, s. 167.

41 CENTEL-ZAFER, s. 931; YENİSEY-NUHOĞLU, s. 181. CMK'da belirtilen katılma formülleri dışındaki taleplerin, davayı takip iradesini yansıtsa dahi kabul edilmemesi gerektiği yönünde bkz. KOCA, s. 12 ve 13.

42 YGCK, E. 2013/8-290, K. 2014/432, T. 21.10.2014; YGCK, E. 2013/1-622, K. 2015/16, T. 24.2.2015; YGCK, E. 2013/1-238, K. 2013/271, T. 28.5.2013.

43 KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 209; EREM Faruk, *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Bası, Ankara (tarih belirtilmemiş), s. 191.

açıķķa vazgeçebilirler. Buna karşı soruşturma evresinde, şikâyeteye baēlı olmayan bir suçtan yapılan soruştırmada, şikâyetçi olmadıēını beyan etmek, kovuşturma evresinde davaya katılma talebinde bulunmaya engel deēildir.⁴⁴ Buna ek olarak katılma talebi uygun bulunan süje, katılmaya yönelik iradesini geri aldıēını mahkemeye bildirdiēinde, CMK'nın 243. maddesi⁴⁵ uyarınca mahkemenin bu talebi kabul ederek katılmayı hükümsüz kılması zorunludur.⁴⁶ Katılma talebinin geri alınması ve sonuç doēurması halinde, davaya tekrar katılmak mümkün deēildir.⁴⁷

Kanımızca şikâyeteye tabi suçlarda davaya katılmak ancak daha sonra katılma iradesini geri almak, şikâyetin ve dolayısıyla kamu davasının düşmesine yol açmamalıdır.⁴⁸ CMK'nın 237. maddesinde, şikâyetçi olmak katılmanın zorunlu şartı olarak kabul edilmiştir. Ancak şikâyet hakkı kullanıldıktan sonra açılan dava kamu davası olduēundan, şikâyetçi davaya katılmaya devam etmese dahi, şikâyetini geri almadıēı sürece davanın devam etmesi gerekir. Kanımızca davaya katılmanın şikâyetle gerçekteşmesi, şikâyet iradesi ile katılma iradesinin davanın sonuna kadar sürmesi gerektiēi şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira şikâyet gerçekteştikten sonra geri alınmadıēı sürece, yürüyen davanın kamu davası olma niteliēi devam etmektedir.

İddianamenin kabulünden itibaren ilk derece mahkemesi hüküm verene kadar katılma talep edilebilir. Katılan, davaya katıldıēı yerden devam eder.⁴⁹ Nitekim, CMK'nın 240 ve 241 maddeleri de, katılmanın davayı durdurmayacaēı ve katılmadan önceki kararların katılana tebliē edilmeyeceēi yönündedir. Kanun yolunda katılma mümkün deēildir, ancak ilk derecede karara baēlanmayan katılma talepleri kanun yolunda ele alınabilir.⁵⁰

44 CENTEL-ZAFER, s. 925.

45 Katılan, vazgeçerse veya ölüşse katılma hükümsüz kalır. Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler.

46 TOSUN, s. 208.

47 TOSUN, s. 209; KUNTER Nurullah, "Amme Davasına Müdahale", Adliye Ceridesi, No: 10, 1943, s. 861.

48 CENTEL-ZAFER, s. 929. Karşıt görüş için bkz. KOCA, s. 15.

49 KUNTER, s. 854; YENİSEY-NUHOēLU, s. 184.

50 CENTEL-ZAFER, s. 929; ÖZBEK-DOēAN-BACAKSIZ-TEPE, s. 564. Örnek olarak bkz. YGCK, E. 2013/1-622, K. 2015/16, T. 24.2.2015. Fransız hukuk sisteminde de, davaya ilk kez kanun yolunda katılma kabul edilmemektedir. Bkz. BOULOC, Bernard, Procédure pénale, 25. édition, Paris 2016, s. 293; RASSAT, Michèle-Laure, Procédure pénale, 2. édition, Paris 2013, s. 436.

Aslında tüm bu anlatılanlar, katılmanın bir hak olarak kabul edilmesinin sonuçlarıdır. Hak sahibi süje, kendisine tanınan hakkı kullanıp kullanmamakta tamamen özgürdür. Öte yandan davaya katılan bir kamu hukuku tüzel kişisi olduğunda, söz konusu hakkın kullanımı, idarenin takdir yetkisi kapsamına girmektedir. Bu konu alt başlıkta ele alınacaktır.

B. Kamu Tüzel Kişilerinin Durumu ve Tüzel Kişinin Takdir Yetkisi

Yukarıda, ilgili kanunlarda belirtilen kamu tüzel kişilerinin suçtan zarar gördüğünün, kanun koyucu tarafından aksi ispat edilemez bir karine olarak kabul edildiği üzerinde durulmuştu. Dolayısıyla bu kamu tüzel kişilerinden biri, ceza mahkemesine katılma talebiyle başvuru yaptığında, mahkemenin denetleyeceği tek husus, söz konusu davanın ilgili kanunda bu kamu tüzel kişisiyle ilgilendirilip ilgilendirilmediği olacaktır. Suçtan zarar görme bağlamında bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur, zira kanun bu yöndeki illiyet bağını açıkça kurmuştur.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bakımından ise, 6284 sayılı Kanun'da katılmaya konu edilen suçlar açıkça sayılmadığından, mahkeme Bakanlığın talebini değerlendirirken öncelikle söz konusu davanın kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olup olmadığını ve davanın şiddet veya şiddet tehlikesiyle ilgili olup olmadığını araştıracaktır.

Katılma hakkının kullanımı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na veya diğer bir kamu hukuku tüzel kişisine bırakıldığında, söz konusu hakkın kullanımının idareye tanınan hangi yetkiyle kullanılacağı sorusu akla gelebilir. Bilindiği üzere kamu hukukunda bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere iki tür yetki vardır. Bağlı yetkinin varlığı halinde kanun, idareye belirli şart ve durumların gerçekleşmesi halinde belirli bir çözüm şeklini uygulama görevini yüklemektedir.⁵¹ Hukukun, idareyi uygun çözümü seçme konusunda yerine göre az veya çok serbest bıraktığı hallerde ise, takdir yetkisinden söz edilir.⁵²

51 BALTA Tahsin Bekir, *İdare Hukuku I Genel Konular*, Ankara 1972, s. 134.

52 BALTA, s. 134.

Yukarıdaki dipnotlarda alıntılanan düzenlenmelere bakıldığında, idarenin iç işleyişi bakımından kamu davasına katılma hakkının kullanılmasına yönelik işlemin, idare hukuku bakımından takdir yetkisi kapsamında kaldığı görülmektedir.

Zaman zaman hukuk yazınında ve çoğunlukla uygulamada hak ve yetki kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığı sıklıkla görülmektedir. Tipik bir yanlış örnek olarak, hâkimin veya idarenin “*takdir hakkı*” söylemi göze çarpmaktadır. Oysa kamusal sühler için, takdir konusunda, keyfilik ile hukukiliği ayıran şey takdirin bir hak değil yetki olmasıdır. Sonuç olarak kamu davasına katılma hakkını kullanırken, takdir yetkisi bağlamında, davaya katılmada kamu yararı olup olmadığını, ilgili kamu hukuku tüzel kişisi kendisi takdir edecektir.

VI. Anayasa Mahkemesi’nin 2020/8 Numaralı Kararı ve Karşı Oylarda Yer Alan Belirlemeler

Anayasa Mahkemesi’nin 2020/8 numaralı kararına konu olan başvurularda, hem TCK’nın 86/3-a bendinde yer alan ve eşler arasında işlenen kasten yaralama suçunun re’sen soruşturulmasını ve kovuşturulmasını sağlayan kural hem de 6284 sayılı Kanun’da yer alan ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın davaya katılmasına ilişkin kural ele alınmıştır. Bu çalışmada, başvurunun yalnızca 6284 sayılı Kanun’u ilgilendiren yönü üzerinde durulacaktır.

Anayasa Mahkemesi, başvuran mahkemelerin yetkisini (somut norm denetimi yoluna başvuran mahkemelerin üçü de asliye ceza mahkemesidir) ve baktıkları davada uygulanan normu gözeterek, inceleme alanını “*kamu davasına katılma ve eş*” ibareleriyle sınırlamıştır.

A. Yerel Mahkemelerin Başvuru Gerekçeleri

Mahkemelerin 6284 sayılı Kanun’da yer alan davaya katılmaya ilişkin kuralla ilgili başvuru gerekçelerine bakıldığında, sorunun esasen karşı taraf vekâlet ücretiyle ilgili olduğu ancak konunun diğer boyutlarına da temas edildiği görülmektedir. Yerel mahkemelerin dikkat çektiği sorun özünde, mağdur ve kendisine şiddet

uygulandığı iddia edilen eş barışsa dahi, Bakanlığın katıldığı kamu davası devam ettiğinden sonuçta şiddet uygulayan eş mahkûm olduğunda, Bakanlık lehine vekâlet ücretine hükmedilmesidir. Başvurularda, bu durumda şiddet gördüğü iddia edilen eşin de, sürecin devamında barıştığı eşiyle birlikte bu paranın ödenmesinden dolayı olarak etkilendiği ve sonuçta; kuralla korunmak istenen kişinin aleyhine bir durum ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Ayrıca yerel mahkemeler, ortaya çıkan durumda Bakanlığın mağdurun rızası olmaksızın ve davaya katılmanın sonuçları mağdura anlatılmaksızın davaya katılmasının ve bunun sonucunda doğan vekâlet ücretinin, potansiyel mağdurları şikâyetten caydırabileceğini ve sonuç olarak hak arama özgürlüğünün kısıtlanabileceğini ifade etmektedirler.

B. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Başvurusunu Ret Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi kararında, kamu davasına katılma konusunda bir takım belirlemeler yaptıktan sonra, yukarıda ifade edildiği üzere bazı kanunlarda bazı kamu hukuku tüzel kişilerinin kamu davasına katılmakla özel olarak yetkilendirildiklerine işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararda bu Kanunlarla, 6284 sayılı Kanun arasında paralellik kurmuştur. Mahkeme, 6284 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeyle, toplumun temel taşı olan ailenin daha etkin bir biçimde korunmasının amaçlandığını ve devletin ailenin korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri kapsamında, söz konusu kuralın ailenin korunması amacına aykırı olmadığını belirtmektedir. Mahkeme'ye göre, başvuru konusu olan kuralla davanın süjelerinin artırılması ve Bakanlığın davaya dâhil edilmesi, daha etkili ve güvenceli bir ceza yargılamasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla kural, hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını ihlal etmemektedir.

Mahkeme, hükmedilen karşı taraf vekâlet ücreti bağlamında yaptığı incelemede ise, bu ücretin mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama olmasına karşın, söz konusu sınırlamanın ailenin korunması amacı karşısında ölçülü olduğu ve bireye aşırı bir külfet yüklenmediği sonucuna ulaşmıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık itirazını iki karşı oyla reddetmiştir.

C. Karşı Oyda Yer Alan Belirlemeler ve Karara İlişkin Değerlendirme

Anayasa Mahkemesi kararında, mağdurun rızası alınmaksızın Bakanlığın davaya katılması konusu hiç ele alınmamıştır. Oysa söz konusu düzenlemenin doğurduğu pek çok sorunun kaynağı, Bakanlığın mağdurun rızası olmaksızın davaya katılabilmesidir. Mahkeme üyeleri ÖZKAYA ve AKINCI; bu soruna, karşı oyda isabetle dikkat çekmekte ve “*mağdurun küçük, engelli, kendi bak ve menfaatlerini koruyamayacak durumda olması balleri dışında*”, Bakanlığın mağdurun talebi ve rızası olmadan davaya katılabilmesinin pek çok soruna yol açtığını ifade etmektedirler. Aşağıda üzerinde durulacak olan Fransa ve İtalya örneklerinde de, rızanın belirleyici olduğu görülmektedir. Yine kararda belirtildiği üzere, Bakanlığın mağdurun rızası hilafına davaya katılması, herhangi bir anayasal zorunluluktan kaynaklanmamaktadır.

Karşı oyda isabetle belirtilen bir diğer husus, Bakanlık avukatlarının sayısının oldukça az olmasının, etkili bir dava takibini imkânsız kılmasıdır. Buna ek olarak üyeler, vekâlet ücretinden doğan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamanın söz konusu suçlarda kovuşturmanın re'sen yapılması ve şikâyetin geri alınmasının mümkün olmaması nedeniyle, ölçüsüz olduğu düşüncesindedirler.

Karşı oyda mağdurun rızası aranmaksızın davaya katılma ve avukat sayısının yetersizliği yönünden yapılan tespitler son derece isabetlidir. Ancak biz yine de, söz konusu düzenleme Anayasa'ya aykırı olmamasına karşın, düzenlemenin işlevsiz olduğu ve amaca hizmet etmediği düşüncesindeyiz. Düzenlemenin neden işlevsiz olduğunu ve nasıl olması gerektiğine yönelik açıklamaları çalışmanın ilerleyen kısımlarında yapacağız.

Kanımızca sanığa yüklenen külfetin ölçüsüzlüğü bağlamında, iptal istemiyle başvuran mahkemeler doğru bir noktaya parmak basmıştır ve karşı oyda bu yönde yer alan tespitler doğrudur. Bu sorun, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı lehine vekâlet ücreti hükmedilmeyeceğini düzenleyen bir hükümle çözülebilir. Bu konu, öneriler kısmında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

VII. Yargıtay'ın 2019/7 Numaralı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Davanın İhbarı Sorunu

A. Ortaya Çıkan İçtihat Uyuşmazlığı ve Nedeni

2019/7 numaralı içtihadı birleştirme kararının ortaya çıkmasına yol açan ana sorun; kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet dolayısıyla açılan kamu davasının, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bildirilmesinin zorunlu olup olmadığıdır. Söz konusu içtihat, kanun yoluna taşınmış davalar bakımından büyük bir öneme sahiptir. Zira bu tür bir zorunluluk olduğunun kabul edilmesi, bildirimin yapılmadığı tüm dosyalarda kanun yolunda bozma kararı verilmesini gerektirecekti. Bu sonuca ulaşıldığı takdirde, yukarıda belirtildiği üzere hukuk sistemimizde kanun yolunda davaya katılma mümkün olmadığından, ortaya çıkan hukuka aykırılığın giderilmesinin tek yolu bozma kararı verilmesi olacaktır.

Yargıtay içerisinde ortaya çıkan içtihat farklılıklarına bakıldığında, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bu tür bildirim zorunlu görmediği ve bozma nedeni yapmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşın Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu, bildirimin zorunlu olduğu gerekçesiyle bozma kararı vermekteydi. Söz konusu dairelerin ve Genel Kurul'un başkanları, konuya ilişkin yazılı görüşlerini içtihadı birleştirme kararına esas olmak üzere sunmuşlar ve görüşlerin özetlerine içtihadı birleştirme kararında yer verilmiştir.

B. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun Akademisyenlerden Talep Ettiği Görüşler

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, ayrıca öğretilen de konuya ilişkin yazılı görüş istemiştir. İzlenen usulde, *“Büyük Genel Kurula sunulması amacıyla Raportör Üye tarafından bazı öğretim üyelerine görüş talep yazısı”* gönderildiği anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin görüş bildiren dört ceza ve ceza muhakemesi hukuku profesörü de, bu tür bildirimin zorunlu olmadığı yönünde fikir beyan etmişlerdir. Bildirilen görüşlerin ortak noktası, *“mevzuatta ihbar yükümlülüğünün öngörüldüğü örneklerde konunun açıkça ilgili kanunda düzenlenmesi, buna karşın 6284 sayılı Kanun'da böyle bildirimden söz edilmemesidir”*. Biz de sonuç olarak bu görüşlere katılıyoruz. Ancak

izlenen usulde, muhakeme hukuku bakımından bazı sorunların var olduğunu gözden kaçırmamak gerekir:

Bilindiği üzere Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun içtihadı birleştirme kararları, Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesi uyarınca bağlayıcıdır. Dolayısıyla hukuk sisteminde kalıcı sonuçlar doğuracak bu tür bir kararın verilmesinden önce, yetkin kurum ve kişilerin mahkemeye görüş sunma olanağı olmalıdır. Ancak mevcut hukuk sistemimizde, bu tür bir olanak yoktur. Alınan mütalaalar, tamamen hukuki nitelikte olduğundan uzman mütalaası niteliği taşımaktadır. CMK'nın 67/6. maddesi uyarınca, ancak taraflar mahkemeye uzman mütalaası sunabilir. İçtihadı birleştirme usulü özel ve nadir uygulanan bir usul olduğundan, kanımızca bu usulün işleyişi bakımından AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından uygulanan "*amicus curiae*" (mahkemenin dostu) sıfatıyla görüş sunma usulü örnek alınabilir. Ancak bu tür bir uygulamanın hukuka uygun olabilmesi için kanımızca, hukukumuzda yer alan hukuki konuda bilirkişiye başvurma yasağının dışında kalacak şekilde yapılandırılması ve Yargıtay Kanunu'nun bu yönde değiştirilmesi şarttır.

C. Daireler Tarafından İleri Sürülen Görüşler, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun Ulaştığı Sonuç ve Değerlendirme

Oy çokluğuyla verilen kararın temel gerekçelerinden biri, akademisyenler tarafından verilen görüşlerde vurgulanan yaklaşım olmuştur.⁵³ Buna ek olarak, Bakanlık birimlerinin ortaya çıkan olaylardan erken aşamada haberdar olmalarını sağlayan bildirimlerin yapılmasının mevzuat gereği zorunlu tutulması da bir diğer etkindir.

6284 sayılı Kanun dışında kalan kanunlarda yer alan suçların mağdurunun belirli bir kişi olmadığı ve mağdurun kamu olduğu görül-

⁵³ "Görüldüğü üzere kanun koyucu katılma hakkına yer verdiği özel kanunlarda ilgili kurum ve kuruluşların kamu davasından haberdar edilmesini ayrıca düzenlemiştir. O hâlde 6284 sayılı Kanun'da Bakanlığın kamu davasından haberdar edilmesine ilişkin bir hüküm bulunmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Kanun koyucu tarafından bilinçli olarak getirilmeyen ibbar mükellefiyetinin içtibat yoluyla zorunlu tutulması kanun koyucunun iradesine aykırılık oluşturacağı gibi Kanun'da yer almayan bir zorunluluğun mahkemelere yüklenilmesi sonucunu doğuracaktır." Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E. 2019/6, K. 2019/7, T. 13.12.2019.

mektedir. Örneğin 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu uyarınca kaçakçılık suçu işlendiğinde, Gümrük İdaresi'nin söz konusu suçun mağduru olması söz konusu değildir. Benzer şekilde bir kadına veya çocuğa karşı cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, cinsel taciz, kasten yaralama veya öldürme suçu işlendiğinde, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı da bu suçun mağduru olamaz. Kanun'un düzenlemesi gereği söz konusu Bakanlık, suçtan zarar gören olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, örneğin bir devlet hastanesindeki kamu malına zarar verildiğinde, Sağlık Bakanlığı burada aynı zamanda suçun mağduru. Zira söz konusu kamu malı, bu Bakanlığa özgülenmiştir. Bu noktada sağlık Bakanlığı'nın mağdur statüsü taşımak bakımından, bir mala sahip olan herhangi bir gerçek kişiden farkı yoktur. Bu noktada kavramları doğru ve yerinde kullanmak gerekir.

Bu nedenle Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin, 2019/7 numaralı içtihadı birleştirme kararı bağlamında hazırladığı görüşte, CMK'nın 234/1-b maddesinde mağdur ve şikâyetçinin duruşmadan haberdar edilme hakkına dayanması isabetli değildir. Mağdur, suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişiyken, şikâyetçi ise şikâyete bağlı suçlarda şikâyet hakkına sahip olan kişidir.⁵⁴ Verdiğimiz örneklerde görüldüğü üzere, inceleme konumuz olan kamu tüzel kişileri bu iki sıfatı da taşımamaktadır. Dolayısıyla, kamu hukuku tüzel kişilerine kamu davasına katılma hakkı verilen hallerde bu kurumlar, ilgili kanunun düzenlemesi uyarınca suçtan zarar gören sıfatını taşımaktadır. Ancak ifade ettiğimiz üzere bu kurumlar, bu suçların hiçbirinde mağdur değildir.

Kanımızca içtihadı birleştirme kararı sonuç itibarıyla yerindedir. Gerçekten bir kanun haricinde, yukarıda sayılan tüm kanunlarda bildirim ve katılma konusu açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada farklı olan tek kanun, 6284 sayılı Kanun'dur. Kanunla katılma hakkı kabul edilen tüm tüzel kişilerin katılan sıfatını alması, başvuru yapmalarına bağlıdır.⁵⁵ Ancak ilgili kanunda özel düzenlenme bulunmadığı takdirde, bu tüzel kişilere davanın ihbarının zorunlu olduğu söylenemez. Zira kanunda açıkça düzenlemeye yer verilmeyen bir du-

⁵⁴ CENTEL-ZAFER, s. 924.

⁵⁵ CENTEL-ZAFER, s. 928.

rumun, mahkemeye bir bildirim yükümlülüğü yüklemesi mümkün değildir.

Bu noktada, eğer bildirim yapılmayacaksa, yapılan kanuni düzenlemenin işlevsiz kalma ihtimali doğduğu şeklinde bir düşünce akla gelebilir. Kanımızca bu noktada soruyu alt başlıktaki şekilde yeniden formüle etmek, doğru cevaba ulaşmaya yardımcı olabilir. Zira gerek Anayasa Mahkemesi kararında gerekse içtihadı birleştirme kararında ele alınan sorunlar, birer sonuçtur. Sebep ise, 6284 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin kendisidir. Bu nedenle *“bu tür davalarda davaya katılmaya yetkili bir kurum olacaksa, bu kurum bangisi olmalıdır?”* sorusuna cevap verilmesi gereklidir. Bu sorunun cevabını aramaya koyulmadan önce Avrupa'da, özellikle Fransa ve İtalya'da konuya ilişkin olarak ortaya çıkan gelişmeleri ele almanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

VIII. Fransa ve İtalya'da Konuya İlişkin Gelişmeler ve Mevzuat

Avrupa'da 70'li yılların ortalarından itibaren kadın örgütleri, şiddet gören kadınların yanında ceza davalarına katılma hakkı elde etmek için mücadele etmeye başlamışlardır.⁵⁶ Avrupa'da bu mücadelenin 80'li yıllardan itibaren meyvelerini vermeye başladığı ve özellikle Fransa ve İtalya'da davaya katılmanın sınırlarının genişlediği görülmektedir. Ancak bu gelişmeler yalnızca kadına karşı şiddet konusuyla ilgili değildir. Aşağıda görüleceği üzere, mağdur haklarının gelişimine ve bu bağlamda ceza politikasının gösterdiği değişime paralel olarak, pek çok farklı alanda davaya katılma konusunda gelişmeler olmuştur.

Buna karşın yukarıda ifade edildiği üzere, Almanya'da davaya katılma konusu hâlâ son derece sınırlayıcı bir bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bu nedenle Fransız ve İtalyan örnekleri üzerinde daha ayrıntılı durmakta fayda olduğu düşüncesindeyiz.

A. Fransa'daki Gelişmeler

Fransa'daki şahsi dava kurumu, kamu davasına bağlı ve onun ek-lentisi olan tali bir dava olarak varlığını sürdürmektedir. Bu davanın,

⁵⁶ BASSI Tina Logostena, *“Parte prima contro la violenza sessuale”*, *Violenza sessuale 20 anni per una legge* içinde, Roma 1998, s. 21.

ceza ve medeni hukuk temelli iki yönlü bir niteliği olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla Fransa'daki şahsi dava kurumunun, bu yönüyle 1412 sayılı CMUK'da yer alan şahsi davadan farklı bir niteliğe sahip olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.⁵⁷

Bu ülkede, derneklerin kamu davasına katılmasının ve şahsi hak davası açma yolundaki çabaları çok eskilere dayanmasına karşın, uzun zaman boyunca Fransız Yüksek Mahkemesi, buna imkân tanımamıştır. Mahkeme, bu zaman diliminde, dernekler tarafından korunan ortak yararın zaten birden fazla kişiye ait ve dolayısıyla zararın kişisel olduğuna, zararın toplumsal olduğu hallerde ise bu zararın ortadan kaldırılmasının Cumhuriyet savcılığının sorumluluğunda olduğuna hükmetmiştir. Ancak 1970'lere gelindiğinde, içtihadta bu yaklaşıma yönelik esnemeler olduğu görülmektedir.⁵⁸

Fransa'da derneklerin ceza muhakemesine katılmasına imkân tanınmasının, 20. Yüzyıl'da Fransız muhakeme hukukunda ortaya çıkan en önemli gelişmelerden biri olduğu kaydedilmektedir.⁵⁹ Fransa'da ceza muhakemesinin özelleşmesi (*privatisation du procès pénal*) şeklinde ifade edilen süreç, genel yarara kıyasla kişilerin veya toplulukların menfaatlerini koruyan bir ceza muhakemesi sistemine geçiş şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu noktada, evrensel bir adil yargılama modeline yaklaşmak amacıyla, devletin emredici ve bastırıcı rolünün savunma lehine olacak biçimde zayıflatılması ve Anglosakson *due process* modelinde olduğu gibi, tarafların daha aktif bir rol oynadığı bir sisteme yaklaşıldığı ifade edilmektedir.⁶⁰ Burada aslında günümüzün karmaşık sistemlerini açıklamak için iki tarihsel dogmatik model olan tahkik sistemi ile itham sistemi ve onun bir yansıması olan taraf muhakemesi arasında, daha iyiyi bulmaya yönelik bir arayış söz konusudur.⁶¹

Fransa'da kanun koyucu davaya katılma konusunu oldukça geniş bir biçimde düzenlemiş ve ilgili derneklerin taşımaları gereken şart-

57 PAMUK, s. 39 ve 269.

58 PRADEL Jean, *Procédure pénale*, 13. édition, Paris 2006, s. 289; GUINCHARD Serge - BUIS-SON Jacques, *Procédure pénale*, 3. édition, Paris 2005, s. 552.

59 PIN Xavier, "La privatisation du procès pénal", *Revue Sciences Criminelles*, Y. 2002, s. 249.

60 PIN, s. 245.

61 Sistemler arasındaki mücadelenin modern ceza muhakemesine etkileri hakkında bkz. TANNER Fahri Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılama Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silabların Eşitliği*, Ankara, 2019, s. Ayrıntılı bilgi için bkz. 148-150.

ları ve ilgili oldukları suçları tek tek sayma yoluna gitmiştir. Yeknesak bir düzenleme yerine, kazuist bir metodun tercih edilmesi Fransız öğretisinde eleştiri konusu olmaktadır. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Fr.CMK) 2-1 ile 24 maddeleri arasında sayılan suçlarda yetkilendirilen derneklerin yanı sıra, özel kanunlarda kendilerine katılma hakkı tanınan dernekler de vardır.⁶² Bu derneklerin işlenen suçtan kaynaklanan doğrudan bir zararı yoktur ve ancak davaya katılmalarına imkân veren kanuni düzenleme sayesinde davaya katılabilmeleri mümkün olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemeler istisna niteliğindedir.⁶³

Bu nedenle Fransız öğretisinde, bu tüzel kişiler bir grubun ortak çıkarını temsil ettiğinden, açtıkları şahsi davanın, hem şahsi davanın hem de kamu davasının özelliklerini bünyesinde barındıran, kendine özgü bir kategori olduğu görüşü savunulmaktadır. Konuya ilişkin tartışmalar, derneğin doğrudan suçtan zarar gördüğü hallere değil, derneğin korumakla yükümlü olduğu ortak çıkarlara ilişkin olarak davaya katıldığı veya şahsi dava açtığı hallere ilişkindir.⁶⁴

Konuyla ilgili eleştiriler konunun kadın, çocuk ve aile bireyleriyle ilgili boyutunun çok ötesindedir. Ancak biz inceleme konumuzun kapsamı gereği, Fransa örneğini yalnızca kadın, çocuk ve aile bireyleri bakımından ele alacağız. Fr.CMK'ya 1980 yılının Aralık ayında eklenen ve konumuzla ilgili olan 2-2. madde zaman içerisinde geçirdiği değişikliklerle şu hali almıştır:

“Statüsünde cinsel şiddet, cinsel taciz veya aile bireylerine yönelik şiddetle mücadele için kurulduğu yazılı olan ve suç tarihinde en az beş yıldır faaliyet göstermekte olan tüm dernekler; mağdurun suç tarihinde ergin olması kaydıyla ceza kanununun 221-1 ile 221-4 maddeler, 222-1 ile 222-18, 222-23 ile 222-33 maddeler, 224-1 ile 224-5 maddeler, 226-4 ve 432-8 maddelerinde düzenlenen yaşam varlığına ve kişinin bütünlüğüne yönelik kasten işlenen suçlar; cinsel saldırı ve diğer cinsel saldırılar; kaçırma ve zorla tutma, konut dokunulmazlığını

62 Ayrıntılı bilgi için bkz. PAMUK, s. 99-105.

63 DESPORTES Frédéric - LAZERGES-COUSQUER Laurence, *Traité de procédure pénale*, 4. édition, Paris 2016, s. 962-964; LARQUIER Jean - CONTE Philippe, *Procédure pénale*, 21. édition, Paris 2006, s. 119 ve 120.

64 Bkz. PAMUK, s. 91 ve 98.

ihlal suçlarında şahsi hak davacısına⁶⁵ tanınan hakları kullanabilirler. Derneğin davası ancak mağdurun rızasını aldığı takdirde kabul edilebilir. Eğer, ergin kişi vesayet altındaysa, rıza verme hakkı kanuni temsilciye aittir.

Kamuya yararlı tüm dernekler şahsi hak davacısına tanınan hakları bu maddede belirtilen derneklerle aynı şartlarda ve aynı kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla kullanabilirler.

Yaşam varlığına yönelik kasten saldırıda, eğer mağdur ölmüşse, dernek mağdurun varislerinin rızasını aldığını ispat etmekle yükümlüdür.”

Kanunun 2-3. maddesi ise çocuklarla ilgilidir:

“Statüsünde tehlike altındaki veya herhangi bir şekilde kötü muamele mağduru olan çocuğun savunulması veya ona yardım amacıyla kurulduğu yazılı olan ve suç tarihinde en az beş yıldır faaliyet göstermekte olan tüm dernekler; ceza kanununun 221-1 ila 221-5, 222-1 ila 222-18-1, 222-23 ila 222-33-1, 223-1 ila 223-10, 223-13, 224-1 ila 224-5, 225-7 ila 225-9, 225-12-1 ila 225-12-4, 227-1, 227-2, 227-15 ila 227-27-1 maddelerinde düzenlenen yaşam varlığına ve kişinin bütünlüğüne yönelik kasten işlenen suçlar; cinsel saldırı ve diğer cinsel saldırılar suçlarının çocuğa karşı işlenmesi halinde, suçtan zarar görenin veya Cumhuriyet savcısının kamu davası açması halinde şahsi hak davacısına tanınan hakları kullanabilirler.

Danıştay kararnamesinde belirlenen şartlar çerçevesinde Cumhuriyet savcılığı nezdinde kayıtlı olan derneklerin davaları, ceza kanununun 227-23 maddesine düzenlenen suçta suçtan zarar gören veya Cumhuriyet savcısı kamu davası açmasa dahi kabul edilir. Ceza kanunun 222-22. maddesinin ikinci fıkrası ve 227-27-1. maddeleri bakımından da aynı şartlar geçerlidir.

Kamuya yararlı tüm dernekler, şahsi davacıya tanınan hakları bu maddede belirtilen derneklerle aynı şartlarda ve aynı kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla kullanabilirler.”

65 Fransız hukukunda Türk hukukunda 2005 yılı öncesinde var olan, ceza yargısı önünde görülen şahsi dava (action civile), varlığını sürdürmektedir. Fr. CMK'nın 2. maddesinde, bir cürüm, cünha veya kabahatten kişisel olarak doğrudan zarar görenlerin, bu zararı gidermek amacıyla şahsi dava açma hakkına sahip oldukları hüküm altına alınmıştır.

Fransız öğretisinde, ortak (toplumsal) olduğu ileri sürülen zararın giderilmesi talebiyle kendilerine kamu davasına katılma yetkisi tanıyan derneklerin, kamu davasına kabul edilmelerinin yerinde olup olmadığı konusu hâlâ tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerde savunulan bir görüş, bu dernekler tarafından savunulan ortak yararın, Cumhuriyet savcısı tarafından korunan sosyal menfaatten ayrılmasının mümkün olmadığı, dolayısıyla savcılık varken, derneklere böyle bir imkân tanınmasına gerek olmadığı yönündedir.⁶⁶

Başta dernekler olmak üzere, sivil toplum örgütleri aslında Cumhuriyet savcılığı gibi oldukça genel bir yararı savunmaktadır.⁶⁷ Bu dernekler, az çok temsili olarak zarar gören bir grubun sözcülüğünü yapmakta ve kanunda belirlenen şartlar dâhilinde ceza muhakemesine süje olarak kabul edilmektedir. Dernekler, bu davalarda belirli bir sosyal grubu temsil ederken, kamu menfaati ise her zaman olduğu gibi savcılık tarafından korunmaktadır. Aslında kamu tüzel kişilerinin ortak veya genel yararıyla, Cumhuriyet savcılığı tarafından korunan sosyal yararı çoğunlukla birbirinden ayırmak mümkün değildir.⁶⁸ Ancak yine de bu derneklerin, Cumhuriyet savcılığına gerçek anlamda yardımcı olduğu⁶⁹ ve derneklerin savcılığın aksine bireylere daha yakın olduğu ve onların görüşlerini muhakemeye daha iyi yansıtacağı vurgusu yapılmaktadır.⁷⁰

Fr.CMK'nın 2.2 maddesinde sayılan dernekler ve suçlar bakımından, mağdurun çocuk olması halinde, velayet hakkı sahibinin veya kanuni temsilcinin rızası ya da bu kişilerin isnat edilen suçun faili olduğu durumlarda vesayet makamının onayı gereklidir. Buna karşın, görüldüğü üzere 2.3. maddede sayılı dernekler bakımından rıza şartı aranmamıştır.⁷¹

Bugün Fransa'da derneklere kanunla tanınan davaya katılma ve şahsi dava açmaya ilişkin düzenlemelerin içinden çıkılmaz bir nok-

66 Bkz. DESPORTES-LAZARGES COUSQUER, s. 961; AMBROISE CASTEROT Coralie - BONFILS Philippe, *Procédure pénale*, Paris 2011, s. 148.

67 LARQUIER-CONTE, s. 120.

68 DESPORTES-LAZARGES COUSQUER, s. 970; TAORMINA Carlo, *Procedura penale*, Torino 2015, s. 103.

69 Bkz. DESPORTES-LAZARGES COUSQUER, s. 961.

70 PIN, s. 249.

71 LARQUIER-CONTE, s. 123, PRADEL, s. 291.

taya vardığını söylemek abartılı olmayacaktır. Bu nedenle kamu davasına katılma hakkının yalnızca kamuya yararlı dernek statüsünde olanlara tanınması ve diğer derneklerin elinden bu hakkın alınması gerektiği de savunulmaktadır.⁷² Mevcut durumda ortaya çıkan sonucun, Fransa'da hükümetlerin ve parlamentonun, mağdurlara değer verildiği algısını yaratmak amacıyla yaptığı politik bir demagoji olduğu ifade edilmektedir.⁷³ Çeşitli baskı gruplarının etkileri sonucunda Fr.CMK'ya yeni hükümler eklenmesi bu bağlamda eleştiri konusu yapılmaktadır. Zira katılma hakkının ölçsüz bir biçimde genişletilmesi, konunun hukuk mantığı çerçevesinde ele alınmasını imkânsız hale getirmektedir.⁷⁴ Düzenlemelerin ortak ve endişe verici noktası birbirlerine benzememeleridir.⁷⁵ Düzenlemeler uyarınca bazı derneklerin mağdurun rızasını alması zorunluyken diğerlerinin ki değildir, bazı derneklerin 5 yıldır faaliyet göstermesi zorunludur, bazı derneklere şahsi dava açma veya kovuşturmayı başlatma hakkı tanınırken, bazılarına bazı hallerde yalnızca davaya katılma hakkı tanınmasıyla yetinilmiştir.⁷⁶ Fr.CMK'nın konuyla ilgili ikinci maddesinin halihazırda 24 alt maddesi bulunmaktadır⁷⁷ ve en son değişiklik 2017 yılında yapılmıştır. Buna ek olarak başka özel kanunlarda yer alan düzenlemeler de⁷⁸ vardır.

Bu yaklaşımlar değerlendirilirken, Fransa'da aşağıda ele alınacak bazı hallerde derneklerin savcılıktan bağımsız olarak şahsi dava açma hakkına sahip olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir. Buna ek olarak, söz konusu eleştirilerde, derneklerin davaya katılma ve şahsi dava açma hakkının ölçsüz bir şekilde genişletilmesinin doğurduğu sorunların etken olduğu şüphesizdir. Fransız öğretisinde şahsi davanın sınırlarının çok genişletilmesinin, Cumhuriyet savcılığını bu konulara yeterince eğilmemeye itebileceği ve bunun kamu davasının son derece kişisel bazı nedenlere alet olmasına yol açabileceği vurgusu da yapılmaktadır.⁷⁹ Bu noktada kamu davasının adeta

72 PRADEL, s. 298.

73 RASSAT, s. 198.

74 RASSAT, s. 221.

75 AMBROISE CASTEROT-BONFILS, s. 149 ve 150.

76 PRADEL, s. 297; AMBROISE CASTEROT-BONFILS, s. 150.

77 Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr>

78 Bkz. AMBROISE CASTEROT-BONFILS, s. 149.

79 PRADEL, s. 298

“özelleşmesi” tehlikesi gündeme gelmektedir⁸⁰ ve bu kesinlikle arzu edilen bir sonuç değildir.

B. İtalya'daki Gelişmeler

İtalya'da kâr amacı gütmeyen ve ortak çıkarı koruyan bir takım kuruluşların kamu davasına katılabilmesine ilişkin ilk düzenlemeler 1987 yılında mülga İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'na (İt.CMK) girmiştir. Böylece gıda güvenliğine yönelik suçlarda üretici ve tüketici dernekleri, çevre suçlarında çevreyi korumayı amaçlayan derneklere davaya katılma hakkı tanınmıştır.⁸¹

1989 yılında yürürlüğe giren İt.CMK'nın 91. maddesinde ise konu, daha genel ve kapsayıcı bir hükümle düzenlenmiştir.⁸² Kanunda mağdurun rızası olması kaydıyla⁸³ “kâr amacı gütmeyen dernek ve kuruluşlara” suçtan zarar görene tanınan hak ve yetkileri kullanma imkânı verilmiştir. Öğretide ayrıca söz konusu tüzel kişinin kurulma amacının, işlenen suçla bağlantılı olması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁴ Düzenleme şu şekildedir:

“Suçun işlenmesinden önce kurulmuş ve kanunen tanınmış olmak kaydıyla, kâr elde amacı gütmeyen kuruluş ve dernekler suçtan zarar gören menfaatleri korumak amacıyla muhakemenin herhangi evre veya devresinde kanunda suçtan zarar görene tanınan hak ve yetkileri kullanabilirler.”

İtalya'da kâr amacı gütmeyen dernek ve kuruluşların muhakemeye kabul edilmesiyle amaçlanan husus, Cumhuriyet savcılığı tarafından yeterli biçimde korunamayan ortak ve toplu yararların bu derneklerin muhakemeye katılımıyla daha etkin bir biçimde korunmasını sağlamaktır.⁸⁵ Çeşitli dernek ve kuruluşlara davaya katılma imkânı tanınması toplumsal taleplerin bir sonucu olarak ortaya çık-

80 AMBROISE CASTEROT-BONFILS, s. 150

81 MANCUSO Enrico Maria, “La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena peccuniaria”, in Trattato di procedura penale içinde, V. I, Torino 2009, s. 540.

82 MANCUSO, s. 537, 538 ve 540.

83 Bu şart aynı kanunun 92. maddesinde düzenlenmiş ve rıza, şekil şartına bağlanmıştır.

84 TAORMINA, s. 101.

85 ERCOLINI Clauida, “Il ruolo degli enti esponenziali nel processo penale”, <https://www.iusininitere.it/ruolo-degli-enti-esponenziali-nel-processo-penale-633>.(SGT: 07.04.2021).

mıştır.⁸⁶ Bu kurumlar, belirli bir kişiye ait olmayan bir takım ortak menfaatleri koruma amacı gütmektedir.⁸⁷

Aslında derneklerin kamu davasına katılması daha çok kamuoyunu derinden etkileyen olaylarda gerçekleşmektedir.⁸⁸ Dolayısıyla bu tür katılmanın kabul edildiği hallerde, savcılığa yardımcı olmanın yanı sıra, kamuoyunu temsilen davaya katılan derneğin, davanın gereği gibi yürütülmesine katkı sağlaması söz konusu olabilir. Böylelikle ortak yararı korumak için kurulmuş bu kurumlara ve dolayısıyla kamuoyuna, yargı önünde dinlenilme hakkı tanınmaktadır.⁸⁹ Burada aslında katılma talebinde bulunan kuruluşun zarar görmesi değil, sivil toplum tarafından korunan sosyal menfaatin zarar görmesi ve bu nedenle ilgili kurumun davaya katılan olarak kabul edilmesi söz konusudur.⁹⁰ Görüldüğü üzere bu kuruluşların zararı maddi veya manevi olmadığı gibi kişisel de değildir.⁹¹

IX. Türkiye’de Ceza Muhakemesinde Kamu Davasına Katılmanın Kapsamı Genişleyecekse Ne Yönde Olmalı?

A. Davaya Katılmanın Kapsamının Belirlenmesi Bir Hukuk Politikası Tercihidir

Davaya katılma kurumunu düzenleme biçimi tamamen kanun koyucunun oluşturmak istediği ceza muhakemesi hukuku sistemiyle ilgilidir. Burada konu itham veya tahkik sistemiyle de ilgili değildir. Bilindiği üzere tarihte itham sistemi, esas olarak bireyin iddiacı olduğu sistemdir. Buna karşın tahkik sisteminde, suçların kamu adına kovuşturulması ön plandadır. İtham kökenli bir sistem olan Amerikan sisteminde geçmişte davaya katılma kurumu kabul edilmemekte⁹² ve mağdur yalnızca tanık olarak görülmekteydi. Günümüzde ise ABD’nin pek çok eyaletinde mağdura katılma imkânı tanınmıştır.

86 MANCUSO, s. 538.

87 CHINICCI Daniela, *Gli «Enti esponenziali di interessi lesi dal reato»: figli legittimi del ‘nuovo’ codice, ma ancora eredi del ‘vecchio’ status di parti civili*, Archivio Penale, s. 443.

88 TAORMINA, s. 101.

89 MANCUSO, s. 537.

90 MANCUSO, s. 540.

91 MANCUSO, s. 538.

92 YENİSEY-NUHOĞLU, s. 178.

Oysa aynı kökenden gelen bir diğer hukuk sistemi olan İngiltere’de, davaya katılma kabul edilmemektedir.⁹³

Tahkik kökenli bir sistem olan Fransız ceza muhakemesi sisteminde ise davaya katılmanın ölçüsüz bir şekilde genişlediği ve bu gelişmenin devam ettiği görülmektedir. İtalya’da yapılan düzenleme, Fransa’ya göre daha makul bir çizgidedir ve kazuist değildir. Alman hukuk sisteminde ise, davaya katılma konusu kanunda özel bir hükümle düzenlemiş ve bu imkân belli suçlar yönünden tanınmıştır.⁹⁴ Öte yandan 1986 yılında mağdurların korunmasına ilişkin temel reformdan bu yana, söz konusu hak kademeli olarak genişletilmiştir.⁹⁵

Katılma kurumuyla ulaşılmak istenen amaç, Türk hukukunda da zaman içerisinde değişmiştir. Öğretide 1930’lu yıllarda katılmanın yalnızca şahsi hakları istemek bakımından mümkün olduğu, katılanın yalnızca sanığın cezalandırılmasını istemek amacıyla ceza davasına katılamayacağı ileri sürülmekteydi.⁹⁶ Konuya ilişkin tartışmalar 1936 yılında, mülga CMUK’nın 365. maddesinde yapılan değişikliklerle sona erdirilmiş ve kamu davasına müdahalenin şahsi hakları istemek veya sanığın cezalandırılmasını talep etmek amacıyla mümkün olabileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.⁹⁷

Aslında burada sorun mülga CMUK’da, şahsi dava ve şahsi hak davası terimlerinin tam olarak yerinde kullanılmamasından kaynaklanmaktaydı. Şahsi dava, iddia faaliyetinin bizzat birey tarafından yapıldığı, yürütüldüğü ve sanığın cezalandırılmasının istenildiği davadır. Şahsi hak davası ise, özünde bir hukuk davası olup, bir ceza davası olan şahsi davayla birlikte, muhakemelerin birleştirilmesi suretiyle yürütülmektedir. Görüldüğü üzere, burada birbirinden bağımsız iki talep söz konusudur.⁹⁸ Dolayısıyla davaların tekliği görünüştendir. Şahsi hak davaları çoğunlukla tazminata ilişkin olmakla birlikte, devlet tarafından karşılanmayan yargılama giderleri, malın

93 KAZAKER, s. 53 ve 54.

94 CENTEL-ZAFER, s. 922.

95 Ayrıntılı bilgi için bkz. KAZAKER, s. 47-49.

96 Bkz. ONURSAL, s. 34.

97 ONURSAL, s. 34; TANER T., s. 109; PAMUK, s. 34.

98 Fransız hukuku bağlamında aynı yönde bkz. PAMUK, s. 38.

geri verilmesi veya suç eserlerinin ortadan kaldırılmasıyla da ilgili olabilir.⁹⁹

2005 yılında hukuk sistemimizden şahsi hak davasının çıkartılmasıyla, katılanın ceza muhakemesinde şahsi haklarını talep etmesi olanaksız kılınmış, ceza muhakemesinde katılanın talep konusu sanığın cezalandırılması haline gelmiştir.¹⁰⁰ Tüm bu açıklamalar, katılma kurumunun düzenlenmesi konusunda kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi olduğunu göstermektedir.

Bu noktada, kamu davasına katılma imkânı tanınmasının, mağdurun zararların tazmin etmenin tek yolu olmadığını da unutmamak gerekir. Öğretide tazminat isteme imkânı olmayan ve tamamen intikam alma saikiyle davaya katılma amacı güden süjelere davaya katılma imkânının tanınmasının ilkesel olarak yerinde olmadığı görüşü de savunulmaktadır.¹⁰¹ Buna ek olarak Türk öğretisinde de, katılmanın kapsamının daraltılması ve yalnızca bazı suçlarla sınırlanması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰²

B. Mağdurun Yanında Bir Tüzel Kişinin Davaya Katılmasından Beklenen Fayda

Bir süjenin bireysel iddia makamı olarak muhakemeye kabul edilmesi, davada bir makam işgal etmesi anlamına gelir. Ancak konu mağdurun yanında katılma olduğunda, davaya katılması gereken süjenin kim olduğu sorusuna cevap bulabilmek için, öncelikle davaya katılmadan beklenen amacın ne olamayacağını ve ne olması gerektiğini ortaya koymak gerekir.

1. Davaya Katılmanın Amacı Mağdura Hukuki Yardım Sağlamak ve Kamuoyu Yaratmak Olamaz

Belirtmek gerekir ki, bir gerçek veya tüzel kişiyi kamu davasına süje olarak kabul etmenin amacı, bu kişi veya kurumun mağdura hukuki yardım sağlaması olamaz. Zira bu tür bir yardıma ihtiyaç var-

99 YURTCAN Erdener, Şahsi Dava, İstanbul 1977, s. 275-277; TANER. T., s. 108.

100 YENİSEY-NUHOĞLU, s. 178.

101 RASSAT, s. 198.

102 YENİSEY-NUHOĞLU, s. 178.

sa, bunun yolu mağdur vekili olarak hizmet vermekten geçmektedir. Zira katılan, hukuki yardımı avukatı aracılığıyla almaktadır. Bu nedenle mağdurun daha iyi avukatlık hizmeti almasına yönelik mekanizmalar ve özellikle adli yardım sistemi geliştirilerek, bu sorun çözülebilir. İstanbul ve Lanzarote Sözleşmeleri'nde desteklenen yaklaşım da budur.

Aslına bakılırsa mağdura etkili bir hukuki yardım sağlamak bakımından imkânı en fazla olan kurumlar barolardır. Kadın ve çocuk hakları komisyonları/merkezleri aracılığıyla baroların mağdura sağlayacağı destek ve hukuki yardım potansiyeli son derece yüksektir. Öte yandan bu hizmeti veren avukatların da bir şekilde, örneğin adli yardım ödeneğinden finanse edilebilmesi gerekir. Ancak uygulamada, zorunlu vekillik hariç, kamu tarafından finanse edilen bir mağdur avukatlığı mekanizması yoktur.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere katılmanın amacı mağdura hukuki yardım sağlamak değil, davaya bağımsız olarak yön verebilecek bir süjeyi davaya katmaktır. Bu noktada barolar yine doğru bir seçim olabilir, ancak mağdura hukuken destek verilmesi ve davaya yön verilmesi her zaman birbirine bağlı iki konu olmadığından, bu iki farklı konuyu karıştırmamak gerekir.

CMK'nın 239/1. maddesinde mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. İkinci fıkra uyarınca ise, mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz. Bu kuruma uygulamada zorunlu vekil ismi verilmektedir. Baro tarafından atanan avukatlar tarafından verilen hukuki hizmetin kalitesinin artırılmasının ön şartı, bu hizmet karşılığında ödenen paranın işin yüklediği külfetle uyumlu hale getirilmesidir.

Bir kişi veya kurumun kamu davasına kabul edilmesinin gerekçesi kamuoyu yaratmak da olamaz. Savunma, stratejisinin bir parçası olarak kamuoyunu görülen davadan haberdar etmek ve kendi yanına çekmek için duruşmada hukuk kuralları çerçevesinde bir takım

söylemlerde bulunabilir. Ancak kamuoyu oluşturmak ve yalnızca bazı suçların devlet tarafından etkin kovuşturulduğunu göstermek amacıyla, bir kamu kurumunun mağdurun yanında davaya katılması yerinde değildir. Zira tüm suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma etkili yapılmalı ve devlet, maddi gerçeği ortaya çıkartma amacıyla bağdaştığı ölçüde mağdurun her zaman yanında olmalıdır. Burada mağdurun yanında olacak kurum, katılan sıfatını alacak bir kamu kurumu değil, kamu davasının asli sahibi olan Cumhuriyet savcılığıdır.

2. Davaya Katılacak Süje, Savcılığa Destek Olabilecek ve Davaya Yön Verebilecek Kapasiteye Sahip Olmalıdır

Tüzel kişiler kendileri suçtan doğrudan zarar gören olduklarında, bu kişilerin davada temsili konusunda önemli bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, suçtan doğrudan zarar görmemesine karşın, ortak yararı korumak için kurulmuş olan kurumlar, kamu davasına katılmak istediklerinde sorun karmaşık bir hal almaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere Fransa ve İtalya'da; doğayı, kamu sağlığını veya tüketicilerin menfaatlerini korumak için ortaya çıkan birlikler veya ırkçılık karşıtı organizasyonların çabaları, davaya katılmanın genişlemesinde etkili olmuştur. Bu örneklerin hiçbirinde zarar kişisel değildir ve aynı zamanda dolaylıdır.¹⁰³ Bu kurumların savundukları bir takım ortak menfaatler vardır.¹⁰⁴ Dolayısıyla özel hukuki düzenlemelerle suçtan zarar gören kavramını genişleterek, kurum ve dernekleri kamu davasına süje olarak kabul edip etmemekte kanun koyucunun serbest olduğu söylenebilir. Toplumsal ve kamuoyunu yakından ilgilendiren bir zarar söz konusu olduğunda, bu konuda açılan kamu davasında, savcılık dışında başka süjelere söz hakkı tanınıp tanınmayacağı yönündeki tercih, bir hukuk politikası sorunudur. Öyleyse burada katılmadaki menfaat, klasik olarak davaya müdahale için gerekli görülen suçtan doğrudan zarar görülmesi şartı dışında bir noktada aranmalıdır. Bunun esas olarak davaya katılma konusunda kabul edilen sisteme yabancı olduğunu¹⁰⁵ ve istisnai bir nitelik taşıdığını kabul etmek gerekir.

103 RASSAT, s. 219.

104 GUINCHARD-BUISSON, s. 551.

105 MANCUSO, s. 538.

Fransa'da ceza muhakemesinin özelleşmesi olarak adlandırılan süreç, ceza muhakemesinde tarafların lehine olmak kaydıyla rollerin yeniden dağıtılması anlamına gelmektedir.¹⁰⁶ Dolayısıyla rol verilen kurumun da, kendisine yüklenen işlevi hakkıyla yerine getirmesi gerekir. Yoksa bu kurumu davaya kabul etmek, göstermelik bir hukuki işlem olmaktan öteye geçmez. Eğer bir kişi veya kurum kamu davasına süje olarak kabul edilecek ve muhakemeye yön verme hakkı kendisine tanınacaksa, bu kişi veya kurumun Cumhuriyet savcılığına destek olabilecek kapasitede olması gerekir.

Kamu davasına katılma kurumundan beklenen faydalar; savcılığı desteklemek, denetlemek ve aynı zamanda suçtan doğrudan zarar göreni muhakemenin içine katarak verilen hükmün kolektifliğini ve inandırıcılığını artırmak, uyuşmazlığın kamusal bir zeminde çözülmesine katılmayı sağlayarak şahsi intikam olasılığını azaltmaktır.¹⁰⁷ İnceleme konumuz kapsamındaki katılma bakımından savcılığın denetlenmesi ve desteklenmesi amaçlarının ön plana çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla kendilerine kanunla katılma hakkı tanınan tüzel kişilerin, bu işlevi yerine getirecek bir kapasiteye sahip olmaları gerekir. Aksi takdirde katılma işlevsiz kalacak ve göstermelik olacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, mağdurun yanında bu şekilde davaya katılmanın kabul edildiği hallerde, ilgili kurum ve kuruluşlar davaya suçtan zarar görenin menfaatlerini korumak için katıldığından, bu süjelerin hukuki menfaatleri suçtan zarar görenle aynı yöndedir. Zira katılan, kendi menfaatine aykırı hareket edemez.¹⁰⁸ Dolayısıyla, suçtan zarar gören asıl süjenin yanında davaya katılanlar, katılanın hukuki menfaatine aykırı olacak biçimde hareket edemezler, örneğin sanık lehine istinaf başvurusunda bulunamazlar.

C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Doğru Bir Tercih Değildir

Uygulamada Bakanlığın inceleme konumuz olan davalara katılmasının beklenen faydayı sağlamadığı ve yeterli sayıda davanın gerek-

¹⁰⁶ PIN, s. 250.

¹⁰⁷ Bkz. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 201 ve 202; KOCA, s. 3; ÇINAR, s. 2805; KUNTER, s. 845.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. ONURSAL, s. 143-145; ÇINAR, s. 2827; PAMUK, s. 235 ve 236. Karşıt görüş için bkz. KUNTER, s. 855.

tiği gibi takip edilemediğine yönelik bir takım bulgular ortaya çıkmıştır.¹⁰⁹ İncelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararının karşı oyunda yapılan tespitler de, bu bulguları destekler niteliktedir.

Suçtan zarar gören kamu tüzel kişisi de olsa, müdahil sıfatıyla hareket ederken gerçek kişiden farksızdır. Dolayısıyla ceza muhakemesinde kamusal iddia yetkilerini kullanmak yalnızca savcılığın tekelindedir.¹¹⁰ Bakanlığın sahip olduğu avukat sayısının azlığı düşünüldüğünde, son derece sınırlı sayıda davaya katılmanın mümkün olduğu açıkça görülmektedir. Bu nedenle, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na kamu davası da dâhil olmak üzere, geniş bir yelpazede davaya katılma yetkisi verilmesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

D. Katılma Soruşturma Evresinde de Mümkün Hale Getirilmeli Avukatın Delil Araştırma Yetkisinin Kapsamı Genişletilmelidir

Katılma CMK'nın 237. maddesinde kamu davasına katılma bağlamında ve dolayısıyla kovuşturma evresi esas alınarak düzenlenmiştir. Hukukumuzda soruşturma evresinde katılma kabul edilmemekte ancak mağdura ve suçtan zarar görene menfaatleri doğrultusunda, Cumhuriyet savcısının belli kararlarına karşı başvurma hakkı tanınmaktadır. Soruşturmaya yer olmadığı kararı, kovuşturmaya yer olma-

109 Nitekim UNICEF ve Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlatılan Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi Raporu'nda şu ifadeler yer almaktadır:

“6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na, gerekli gördüğü hallerde, kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılma hakkı vermekle birlikte, uygulamada bu yolun etkili biçimde işletilemediği gözlemlenmiştir. Aksine, yapılan görüşmelerde, dava takibi konusunda Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı avukatlarının personel azlığı nedeniyle kurum bünyesinde olan çocuklara öncelik verdikleri, diğer davalara ise haberdar olundukça katılmaya gayret edildiği izlenimi edinilmiştir. Bu izlenim, görüşülen çeşitli hâkimler tarafından da doğrulanmıştır. Ancak, belirtmek gerekir ki; bir avukatın “imkânları ölçüsünde bir davayı izlemeye çalışmasının” bukuken faydası son derece azdır. Zira avukatın bukukeni yardımıda bulunabilmesi, davaya yön verebilmesi ve sürece hâkim olabilmesi için her duruşmada bulunması gerekmektedir. Bu nedenle davaya katılma hakkının Bakanlığa verilmesinin, bu alanda oluşan boşluğu doldurmaya elverişli bir uygulama olmadığının izlenimi edinilmiştir”. ÖZTÜRK NEVA - TANER Fahri Gökçen - KONTACI Ali Ersoy, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi Raporu, Ankara 2019, s. 86.

110 ONURSAL, s. 130.

dığı kararı, dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması kararı, bu kararlar arasında sayılabilir.

Soruşturma evresinde katılmayı bir kurum olarak kabul etmek, katılanın savcılığa daha etkili bir şekilde yardımcı olmasını sağlayabilir.¹¹¹ Ancak bunun ön şartı, avukatın delil araştırma yetkisinin genişletilmesidir. Esas olarak, modern müdafiliğin gelişim çizgisi içerisinde, şüpheli ve sanığın rızasına dayalı olarak delil araştırmasına yönelik yetkilerin genişletilmesi önemli bir yer tutmaktadır.¹¹² Bu gelişme bir bütün olarak avukatlık mesleğiyle ilgilidir, dolayısıyla silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde hem müdafî hem vekilin benzer yetkilerle donatılması yerinde olur. Bu tür düzenlemeler, örneğin avukat bir kurumdan bir belge talep ettiğinde, kurumlara belirli ölçüde avukata cevap vermek yükümlülüğü yüklenmesi vs., tarafların muhakemede daha aktif ve etkili olmasını sağlayacaktır. Bu bağlamda Avukatlık Kanunu'na ve gerekli görüldüğü takdirde CMK'ya bazı eklemelerin yapılması yerinde olacaktır. 2021 yılında yayımlanan İnsan Hakları Eylem Planı'na konuyla ilgili somut somut bir hedef konulması¹¹³ isabetlidir.

Fransa'da, 15.06.2000 tarihli Kanun değişikliğiyle, mağdura polis soruşturması evresinden itibaren, soruşturmaya katılma hakkı tanınmıştır.¹¹⁴ Soruşturma evresinde katılmanın kabul edilmesi ve iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında iddia ve savunma makamına söz hakkı tanınması mümkün olursa, gereksiz yere açılan pek çok kamu kamu davasının iddianamenin değerlendirilmesi sürecinde elenmesi mümkün olabilir.

E. Katılmanın Kapsamının Genişletilecekse Bu Öncelikle Topluma Karşı İşlenen Bazı Suçlarda Düşünülmelidir

Bir suçun mağduru belirli kişi veya kişiler olabileceği gibi, belirsiz sayıda kişinin oluşturduğu bir sosyal grup da olabilir. Aile, toplum,

¹¹¹ YENİSEY-NUHOĞLU, s. 183.

¹¹² YENİSEY-NUHOĞLU, s. 220.

¹¹³ Faaliyet 2.6.a: "Avukatların bilgi ve belge temin etmelerine ilişkin yasal yetkileri genişletilecek(...), avukatlar tarafından UYAP üzerinden mabkeme ve icra dairelerine gönderilen taleplerin makul süre içinde karara bağlanmasına yönelik tedbirler alınacaktır." <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/1/dosya/insan-haklari-ep02-03-202115-14.pdf>, s. 35.

¹¹⁴ PAMUK, s. 52.

devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği olmayan grupların da korunması gereken menfaatleri vardır. Bu tür suçlarda, cezaen korunan varlık veya menfaat, genel bir biçimde bir topluluğa aittir ve ihlalin yarattığı tehlike veya zararın belirsiz sayıda kişiye yönelmesi söz konusudur.¹¹⁵ Bunlara örnek olarak; genel tehlike yaratan suçlardan bazıları,¹¹⁶ çevreye karşı suçlar, kamunun sağlığına karşı suçlar, kamu güvenliğine karşı suçlar ve kamu barışına karşı suçlar sayılabilir.¹¹⁷ Kanun koyucu bu tür suçları TCK'da, topluma karşı suçlar altında düzenlemiştir. Dolayısıyla bu suçlarda belirli bir gerçek veya tüzel kişinin mağdur olması değil, topluma ait olan ortak menfaatin zarar görmesi yani birden çok kişinin zarar görmesi söz konusudur.

Buna karşın kamu idaresine karşı suçların, belirsiz sayıda kişiye veya bir topluluğa karşı işlenmesi söz konusu değildir. Zira bu suçların mağduru tüzel kişiliği olan bir organ olan devlettir.¹¹⁸ Yukarıda kanunen katılma hakkı tanınan kamu kurumlarının tamamı bakımından, bu tespit geçerlidir.

Aile, toplum, devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği bulunmayan kişi topluluklarına karşı işlenen fiiller bakımından, bu toplulukların suç mağduru olamayacağı, ancak bu toplulukları oluşturan gerçek kişilerin suç mağduru olabilecekleri yönündeki anlayışı kabul etmek, çözülmesi mümkün olmayan ciddi sorunlara yol açabilir. Böyle düşünüldüğü takdirde topluma karşı işlenen suçların tamamında toplumu oluşturan gerçek kişiler mağdur sayılacak, tüm bu mağdurların CMK'da düzenlenen mağdur haklarından yararlanması konusu gündeme gelecektir.¹¹⁹

Bunun yerine bu suçlarda, Avrupa'da olduğu gibi bir takım hak ve menfaatlerin korunması için kurulan sivil toplum örgütlerine davaya katılma hakkı tanınabilir. Örneğin, çevrenin kasten veya

115 Bkz. KATOĞLU, s. 680.

116 Örnekler için bkz. genel güvenliğin kasten veya taksirle tehlikeye sokulması, inşaat ve yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama, hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması, işaret ve engel koymama, trafik güvenliğini kasten veya taksirle tehlikeye sokma ÖZEN, s. 22, 60, 75, 83, 88, ve 99.

117 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s. 547 ve 548; KATOĞLU, s. 681.

118 KATOĞLU, s. 688.

119 KATOĞLU, s. 684 ve 685.

taksirle kirletilmesi suçlarından veya orman kanununa muhalefetten dolayı açılan bir davaya, ilgili bölgede kurulmuş ve çevreyi koruma amacı güden bir derneğin katılması, o yerde yaşayanların görüşlerinin mahkeme önünde dikkate alınmasına hizmet edebilir.¹²⁰ Benzer şekilde kamu sağlığına karşı suçlar da, bu kapsamda düşünülebilir.

Sivil toplumun davaya katılması, mağdurun belirli bir gerçek veya tüzel kişi olmadığı suçlarda kamuoyunun davayı etkili bir biçimde takip edebilmesi, gerektiğinde savcılığı dava içinde pozisyon almaya zorlaması ve toplum açısından hukuki dinlenilme hakkının kullanılabilmesi için etkili bir araç olabilir. Bu bağlamda çevre suçları vb. suçlar bakımından, sivil topluma davaya katılma hakkı veren düzenlemeler yapılması, yukarıda ele alınan amaçlarla bağdaşır. Bu noktada sivil toplumun barolardan destek alarak kuracağı bir sistem, amaca hizmet etmek bakımından son derece işlevsel olacaktır.

F. Kişiye Karşı İşlenen Suçlarda Reşit Mağdurun Rızasına Değer Tanınması Zorunludur

Mevcut durumda suç mağduru gerçek kişinin, kendisinin yanında bir başka kurumun davaya katılmasını isteyip istemediğine bir değer atfedilip atfedilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Korunan menfaat tamamen kişiye ait bir menfaat olduğundan, ilgili kişinin tamamen kendisine ilişkin bir davaya bir üçüncü kişinin katılımı için rızasının aranması anlamlı ve gereklidir.¹²¹

Suçun mağdurunun belli olduğu hallerde, mağdurun menfaatiyle davaya katılmak isteyen kurumun menfaati büyük ölçüde iç içe geçmekte,¹²² daha açık bir deyişle söz konusu kurum, davaya katılarak özünde tamamen kişinin kendisini ilgilendiren bir yarar üzerinde söz sahibi olmaktadır. Bu nedenle kişiye karşı suçlarda kural, mağdurun yanında davaya katılmanın mağdurun rızasına bağlanması¹²³ olmalıdır.

120 Öte yandan öğretide, mağduru belirli olmayan suçlar bakımından, iddia makamında yalnızca savcılığın yer almasının yeterli olduğu görüşü de savunulmaktadır. KOCA, s. 8.

121 TAORMINA, s. 102.

122 TAORMINA, s. 102.

123 Fransız uygulaması için bkz. <https://www.service-public.fr/associations/vosdroits/F1127>

Öte yandan bu noktada, reşit bireylerle çocuklar birbirinden farklı değerlendirilebilir. Konu kadınlar veya yetişkin aile bireyleri olduğunda, bu kişilere ilişkin davalara katılma talebine mutlaka mağdurun rıza göstermesi aranmalı ve düzenleme buna göre yapılmalıdır. Nitekim İtalya ve Fransa'da düzenlemenin bu merkezde olduğu görülmektedir. Buna karşın kırılğan gruba dâhil olan kişilere ilişkin davalara katılma için mağdurun rızası aranmayabilir. Zira burada katılmadan beklenen kamu yararı, bu kişinin (örneğin çocuğun veya zekâ geriliği olan kimsenin) veya kanuni temsilcilerin rızasına ağır basmaktadır.

Rıza, İtalya'da olduğu gibi yalnızca tek bir kuruluş için verilebilmesi, birden fazla kuruluşa verilen bir rıza varsa suçtan zarar görenin iradesi geçerli olmalıdır. Suçtan zarar görene ulaşılamadığında ise, son verilen rıza geçerli kabul edilebilir.¹²⁴

G. Yapılacak Düzenleme Baroları ve Sivil Toplum Örgütlerini Merkeze Almalıdır

Avrupa'da iş ilişkilerinde, ekonomik ilişkilerde, endüstri ve teknolojide ortaya çıkan gelişmeler; kaçınılmaz olarak çevrenin, kamu sağlığının, işçilerin ve kırılğan bireylerin korunması ihtiyacını ortaya çıkartmıştır. Böylelikle bu kişi ve grupların menfaatlerini korumaya yönelik olarak ortaya çıkan kurumların talepleri, zaman içerisinde sivil toplumun ceza muhakemesinde süje olabilmesinin yolunu açmıştır.¹²⁵ Görüldüğü üzere davaya katılma hakkı Avrupa'da sivil toplum ekseninde genişlemiştir. İdeal bir düzende, sivil toplumun kamu davasına katıldığı bir sistem daha verimli olabilir. Ancak bu tür bir düzenlemenin faydalı olabilmesi için, sivil toplum örgütlerinin etkili bir hukuki destek mekanizmasına sahip olması şarttır. Sivil toplum örgütleri, bu bağlamda çeşitli avukat bürolarından hizmet almayı veya avukat istihdam etmeyi düşünebilirler. Ancak bunun uzun soluklu ve zor bir iş olduğu unutulmamalıdır. Nitekim Fransa'da kâr amacı gütmeyen derneklere adli yardım hükümlerinden faydalanma imkanı tanınmıştır.

¹²⁴ Bkz. **ERCOLINI**, "Il ruolo degli enti esponenziali nel processo penale", (SGT: 07.09.2020)

¹²⁵ **CHINICCI**, s. 449.

Türkiye’de kamu davasına katılma konusunda aktif çaba içerisinde olan tüzel kişiler arasında en başta geleni, kuşkusuz ki barolardır. Avukatlık Kanunu’nun 76, 95 ve 110. maddelerinde, barolara ve Türkiye Barolar Birliği’ne insan haklarını savunma ve koruma görevi verilmiştir. Gerek il baroları gerekse Türkiye Barolar Birliği zaman zaman, bu tür katılma talepleriyle yargı organlarının önüne gitmekte ve buna ilişkin haberler zaman zaman basına, internet sitelerine¹²⁶ ve sosyal medyaya yansımaktadır. Bu tür katılma talepleri çoğunlukla ilk derece mahkemeleri tarafından reddedilmektedir.¹²⁷ Katılma talebinin kabul edildiği örnekler nadiren rastlanmakta, ancak bu hallerde katılan sıfatı çoğunlukla kanun yolunda kaldırılmaktadır.¹²⁸ Yerleşik içtihat bu tür durumlarda, katılma hakkı bulunmayan kişinin süjellik sıfatı olmadığından ve bu kişi kanun yolu incelemesi talebinde bulunamayacağından, kanun yolu incelemesi yapılamayacağına¹²⁹ karar verilmesidir. Biz yaptığımız karar taramasında bu konuda 14. Ceza Dairesi tarafından verilen tek bir zıt örneğe rastladık.¹³⁰ An-

126 <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/tbb-nin-karaman-daki-istismar-davasina-katilma-talebi-kabul-edildi-69530>; <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=12510&Desc=Alada%C4%9F-Yurt-Yang%C4%B1n%C4%B1-Davas%C4%B1nda-Barolar%C4%B1n-Kat%C4%B1lma-Talebi-Kabul-Edildi>

127 Örnek olarak bkz. <https://adanabarusu.org.tr/tr/barodan-haberler/kadin-haklari-merkezimiz-diyarbakir-da-kocasinin-katletti-gi-meslektasimiz-av-muzeyyen-boylu-davasinin-durusmasina-katildi>; <https://www.haberler.com/kadin-cinayeti-davasina-baronun-katilma-talebine-7452720-haberi>;

128 “Suçtan doğrudan zarar görmesi söz konusu olmayan Batman Barosu Kadın Hakları Komisyonunun davaya katılma talebi üzerine verilen katılma kararı hukuki değerden yoksun olup verilen hükümleri temyizle bak vermeyeceğinden, Batman Barosu Kadın Hakları Komisyonu vekilinin temyiz isteğinin 5320 Sayılı Kanun’un 8/1. maddesiyle yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CMUK’un 317. maddesi uyarınca REDDİNE” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2018/3008, K. 2018/5370, T. 12.12.2018.

“Suçtan doğrudan zarar görmemesi ve bu yönde bir yasal düzenleme bulunmaması nedeniyle, davaya katılma ve hüküm temyize hak ve yetkisi bulunmayan Mersin Barosu Kadın Hakları Merkezinin temyiz talebinin, 1412 Sayılı CMUK’un 317. maddesi gereğince REDDİNE,” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2019/658, K. 2019/1864, T. 26.3.2019. Antalya Barosu Kadın Hakları Kurulu hakkında verilmiş benzer karar için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2018/837, K. 2018/2279, T. 15.5.2018.

“6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 20/2. maddesi gereğince çocuklara yönelik şiddet sebebiyle açılacak davalarda ...nın davaya katılma yetkisi bulunup, suçtan doğrudan zarar görmeyen ve davaya katılması bususunda yasal hüküm bulunmayan Antalya Barosu Çocuk Hakları Merkezi’nin, davaya müdahil olarak katılamayacağı gibi müdahilliklerine karar verilmiş olması ona hüküm temyiz etme hakkı da vermeyeceğinden (...)” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2015/1211, K. 2015/19212, T. 16.6.2015.

129 YENİSEY-NUHOĞLU, s. 180.

130 “İçeriğinde belirtilen temyiz talepleri bakımında görüş bildirilmediği anlaşıldığından, gerekçeli karar Bursa Barosu Çocuk Hakları Komisyonu adına adı geçen avukata tebliğ edilmişse buna dair tebligat parçasının eklenmesi, aksi balde yokluğunda verilen kararın usulünce tebliği ile te-

cak belirtmek gerekir ki, aynı dairenin yerleşik içtihadı takip eden daha yeni tarihli kararları vardır.¹³¹

Görüldüğü üzere Avrupa'da sivil toplum örgütleri tarafından dile getirilen katılma taleplerinin, Türkiye'deki en güçlü sözcüsü barolardır. Dipnotlarda yer alan örneklerle görüleceği üzere başvurular çoğunlukla kasten öldürme suçları bağlamında kadın hakları komisyonları, çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında ise çocuk hakları komisyonları tarafından yapılmaktadır. Bu noktada söz konusu başvuruların, ilgili merkez/kurul veya komisyonlar¹³² değil, tüzel kişiliğe sahip olan baro başkanlığı¹³³ adına yapılması gerektiğini ifade etmek istiyoruz. Zira davaya katılabilmek için öncelikle hukuki işlem yapabilme ehliyetine sahip olmak gerekir ve kurumlar bakımından bunun ön şartı tüzel kişiliğe sahip olmaktır.

Davaya katılma hakkı ancak bir gerçek veya tüzel kişiye ait olabilir. Dolayısıyla barolar söz konusu olduğunda, katılma talebi ilgili baro (örneğin kadın, çocuk veya insan hakları komisyonu/merkezi) komisyonu/merkezi değil, baroyu temsilen baro başkanlığı adına yapılmalıdır. Başkanlığın başvuruyu takip etme görevini ilgili komisyona bırakması elbette daha işlevsel olacaktır ancak bu husus zorunlu değildir.

Barolar bakımından en büyük handicap, müdafinin de bir baro mensubu olmasıyla ilgilidir. Bilindiği üzere her avukat bir baroya bağlıdır ve dava bu avukatın mesleki faaliyetini sürdürdüğü yerde görülüyorsa, bu avukatın karşısına katılan olarak çıkacak olan kurum kendi barosu olacaktır. Bu bağlamda avukatlık mesleğinin çizdi-

belliğ belgelerinin ve verildiği takdirde temyiz ve cevap dilekçelerinin eklenmesi ayrıca yapılması halinde bu temyiz talebi ve açıklanan diğer noksanlıklarla ilgili ek tebliğname düzenlenmesinden sonra iade edilmek üzere incelenmeyen dosyanın maballine gönderilmesi için Yargıtay Cumburiyet Başsavcılığına TEVDİNE, 14.01.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2013/8362, K. 2014/107, T. 14.1.2014.

131 "Suçtan zarar görmeyip kamu davasına katılma hakkı bulunmayan Antalya Barosunun temyiz isteminin CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddiyle (...)" Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2014/1385, K. 2014/14241, T. 15.12.2014. Aynı daireye ait aynı yönde bir diğer karar için bkz. E. 2014/10500, K. 2015/1063, T. 16.2.2015.

132 Baronun büyüklüğüne veya yapısına göre bu örgütlenmelere verilen isim farklılaşabilmektedir.

133 Katılma talebi kabul edilmemesine karşın, ehliyet anlamında doğru bir diğer (üstteki dipnottaki karara paralel) örnek için bkz. "Şikâyetçi Hatay Barosu Başkanlığının, sanık ... hakkında olası kastla öldürme suçundan açılan davaya katılmaya ve kurulan bükümü temyize hak ve yetkisi olmadığından, vekilinin temyiz isteminin CMUK'nun 317. maddesi gereğince REDDİNE karar verilmiştir." Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2016/6162, K. 2018/2384, T. 21.5.2018.

ği sınırlar içerisinde disiplin hukukunun müdafiyeye karşı kötüye kullanılmaması için gerekli düzenlemenin yapılması yerinde olur.

H. Mağdur Yanında Davaya Katılan Kurumlar Lehine Vekalet Ücretine Hükmedilmesi Sanığa Yüklenen Ölçüsüz Bir Külfettir

Sanığın bir ceza davasında mahkûm olması ve mağdurun davada kendisini bir avukatla temsil ettirmesi halinde, sanığa karşı taraf vekâlet ücreti yüklenmesinde bir ölçüsüzlük yoktur. Bu tespit, devletin doğrudan mağdur olduğu davalarda, devleti temsil eden avukatlar için de geçerlidir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ise, örneklerin çoğunda davaya mağdurun yanında katılmakta, bu durumda sanık hem mağdura hem de Bakanlığın avukatına vekâlet ücreti ödemek durumunda kalmaktadır. Bakanlık burada mağdura destek olmak gibi özünde sosyal bir amaç güttüğüne göre, bu tür bir amaca yönelik giderlerin sanığa yüklenmesi yerinde değildir. Zira sanık, mahkum olduğu takdirde mağdurun avukatla temsili halinde ona vekalet ücreti ödemektedir. Yukarıda ele alınan Anayasa Mahkemesi kararının karşı oyunda bu bağlamda yapılan tespitler, son derece doğrudur.

Mağdurun yanında davaya katılma halinde, bu kurumun avukatı için vekâlet ücretine hükmedilmesi sorunu, özellikle baroların davaya katılmasının kabulü halinde ortaya çıkabilecek ve ilk anda göze çarpmayan önemli engellerden biridir.¹³⁴ Tamamen mağdura destek olma ve kamu yararı amacı güden kurum ve kuruluşların davaya katıl-

134 "TCY'nın "şahıslara karşı cürümler" faslında yer alan "adam öldürmelerde", maktulün mensubu bulunduğu kurum veya meslek kuruluşunun, suçtan "doğrudan zarar görenler" kapsamında kabul edilmemeleri nedeniyle kamu davasına müdahil olarak kabul edilemeyeceği yönündeki süreklilik kazanan içtibatlar karşısında; Türkiye Barolar Birliği'nin ve Adana Barosu Başkanlığı'nın, CYUY'nın 365. maddesi uyarınca müdahil sıfatıyla davaya alınamayacağı ve her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 4667 Sayılı Yasa ile değişik 95. maddesi 4. bendiyle; il baroları yönetim kurullarına ve 125. maddesinin 18. bendi ile Barolar Birliği yönetim kuruluna bazı genişletilmiş temsil yetkileri tanınmış ise de, bu düzenlemelerin, anılan kurulları adam öldürme eylemlerinin doğrudan zarar göreni durumuna sokmaya ve bunun doğal sonucu olarak TCY'nın 467 ve CYUY'nın 365/2. maddesi uyarınca şahsi hak talebinde de bulunabilmeye elverişli nitelik ve kapsam taşımadığı gözetilmeyerek; Türkiye Barolar Birliğiyle Adana Barosu Başkanlığının müdahillğine karar verilip, kamu davasına doğrudan zarar görmeleri nedeniyle müdahil olarak kabul edilen **diğer kişiler yararına hükmedilen vekalet ücretinden anılan yönetimlerin de pay alır hale getirilmesi**," Yargıtay 1.Ceza Dairesi, E. 2003/107, K. 2003/3007,T. 8.12.2003.

masına ilişkin maliyetlerinin mahkûm olması halinde sanığa yüklenmesi, düzenlemenin amacıyla bağdaşmadığı gibi sanık bakımından da ölçsüz bir külfet teşkil etmektedir. Bu nedenle davaya katılma konusu ister 6284 sayılı Kanun'daki mevcut haliyle korunsun ve Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın davaya katılma hakkına sahip olsun; ister bu hak barolara veya sivil toplum örgütlerine tanınsın, bu tür katılmada vekâlet ücretine hükmedilmemelidir.

Nitekim Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin içtihadı da yerinde biçimde bu yönde gelişmiştir¹³⁵ ve bu bağlamda Yargıtay, Bakanlık lehine hükmedilen vekalet ücretini kaldırarak düzelterek onama kararları vermektedir.¹³⁶ Hatta bazı dosyalarda, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı vekilinin de, kendi lehine vekalet ücretine hükmedilmesine yönelik kararı kanun yoluna taşıdığı görülmektedir.¹³⁷ Bu noktada,

135 14. Ceza Dairesi bakımından bu içtihadın yerleşik hale geldiği yargıtay.gov.tr üzerinde yapılan incelemeden anlaşılmaktadır. Bu ek olarak Yargıtay 18. Ceza Daire'nin de aynı yönde bir kararına rastladığımızı belirtmek istiyoruz. Bkz. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2019/1324, K. 2019/10555, T. 13.06.2019.

136 "T.C. Anayasasının 41. maddesinde ailenin huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocukların korunmasına yönelik olarak her türlü istismar ve şiddetle karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma görevinin Devlete ait olduğu, aile ve çocukların korunması bakımının Anayasa ile güvence altına alındığı, 6284 sayılı Kanunun 20/2. maddesi gereğince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi nedeniyle açılan davalara katılabileceği, Bakanlığın davaya katılmasının doğrudan Anayasa ve kanundan kaynaklanan koruma görevine ilişkin olup Bakanlığa yüklenen bir kamu görevi olduğu, CMK'nın 237 ve devamı maddelerindeki katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudan zarar görme şartının katılan Bakanlık için söz konusu olmadığı gözetilmeden, katılan Bakanlık vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmesi, kanuna aykırı, sanık müdafisi ile katılan mağdur vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 15. Ceza Dairesinin 05.11.2019 gün ve 2019/2701 Esas, 2019/1382 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun düzeltilerek esastan reddine yönelik hükmünün 5271 sayılı CMK'nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 303. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.07.2019 gün ve 2019/125 Esas, 2019/326 Karar sayılı hükmünde yer alan katılan Bakanlık lehine vekalet ücreti verilmesine ilişkin bölümün karardan çıkarılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan ilk derece mahkemesi hükmünün DÜZELTİLE-REK ONANMASINA", Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2020/2252, K. 2020/2566, 23.06.2020.

137 "T.C. Anayasasının 41. maddesinde ailenin huzur ve refahı ile özellikle anne ve çocukların korunmasına yönelik olarak her türlü istismar ve şiddetle karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma görevinin Devlete ait olduğu, aile ve çocukların korunması hakkının Anayasa ile güvence altına alındığı, 6284 sayılı Kanunun 20/2. maddesi gereğince Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi nedeniyle açılan davalara katılabileceği, ancak Bakanlığın davaya katılmasının doğrudan Anayasa ve kanundan kaynaklanan koruma görevine ilişkin olup Bakanlığa yüklenen bir kamu görevi olduğu, CMK'nın 237 ve devamı maddelerindeki katılma hakkına ilişkin suçtan doğrudan zarar görme şartının katılan Bakanlık için söz konusu olmadığı gözetilmeden katılan Bakanlık vekili lehine vekalet ücretine hükmedilmesi, Kanuna aykırı, suçta sürüklenen çocuk müdafisi ile katılan Bakanlık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla

bir tarafın kendi lehine olan bir hususu kanun yoluna taşımasının menfaat şartı bakımından uygun olup olmadığı sorgulanabilir. Kanımızca burada Bakanlığın temyiz etmekte menfaati vardır, zira zaten mesele hükmedilen vekalet ücretinin sıradan bir alacak olmaması ve hak arama özgürlüğü yönünden bir engel teşkil etmesidir.

İleride barolara veya diğer sivil toplum örgütlerine yönelik olarak katılmanın kapsamı genişletildiği takdirde, bu tür katılma halinde vekalet ücretine hükmedilmeyeceği yönünde kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi, ortaya çıkabilecek tartışmaları önlemek bakımından yerinde olur. Bu nedenle ileride bu tür katılma kabul edildiği takdirde, sistemin ne şekilde finanse edileceği, sistemin sürdürülebilir ve işlevsel olması açısından üzerinde düşünülmesi gereken önemli bir noktadır.

Değerlendirme

Öncelikle Türkiye’de Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın davaya katılmasına imkân veren düzenlemenin, Bakanlığın etkili dava takip edecek avukat sayısına sahip olmaması nedeniyle işlevsiz olduğunu kabul etmek gerekir. Buna ek olarak yetişkin ve kırılğan olmayan mağdur grupları için, mağdurun rızası alınmadan davaya katılma hakkı tanınması, kabul edilebilir değildir. Zaten söz konusu davada devleti Cumhuriyet savcısı temsil etmekteyken, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın davaya katılmasına ihtiyaç yoktur.

Mağdur hakları son otuz yılda önemli bir gelişme göstermiştir. Davaya katılma konusunda, suçtan doğrudan zarar görmeyen kurumlara kamu davasına katılma imkânı tanınması da bu gelişmeler arasındadır. Oysa mağdurun zararını telafi etmenin yolu davaya taraf olmaktan

yerinde görüldüğünden, Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 27.02.2019 gün ve 2018/2611 Esas, 2019/227 Karar sayılı vaki istinaf başvurusunun kabulüyle hükümlerin kaldırılarak suça sürüklenen çocuğun atılı suçtan mahkumiyetine dair kurulan hükümlerin 5271 sayılı CMK’nın 302/2-4. madde ve fıkrası gereğince BOZULMASINA, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanunun 303. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, Bölge Adliye Mahkemesi hükmünde yer alan katılan Bakanlık lehine vekalet ücreti verilmesine ilişkin bölümün karardan çıkarılması suretiyle sair yönleri usul ve kanuna uygun olan Bölge Adliye Mahkemesi hükmünün DÜZELTİLEREK ONANMASINA, dosyanın ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine gönderilmesine, 25.12.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2020/2252, K. 2020/2566, 23.06.2020.

geçmemektedir ve Fransa örneğinde görüldüğü üzere¹³⁸ bu konunun zaman zaman politik demagoji malzemesi yapıldığı görülmektedir.

Fransızların “*ceza muhakemesinin özelleşmesi*” şeklinde ifade ettiği gelişmelerle kast edilen, tarafları ceza muhakemesinde daha aktif kılmak için yapılan bir takım düzenlemelerdir. Bu süreç, öncelikle sanığın ve savunma haklarının güçlendirilmesiyle başlamış, devamında ise sıra mağdurun ceza politikasına ilişkin tartışmanın merkezine gelmesiyle sonuçlanmıştır. İtalya’da “*patteggiamento*”, Fransa’da “*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)*” adıyla kabul edilen, iddia pazarlığını esas alan modellerin benimsenmesi bu akımın bir sonucudur. Türkiye’de ceza muhakemesinde seri muhakemenin ve uzlaştırmamanın kabulü de aynı düzlemde okunmalıdır. Böylelikle ceza muhakemesi, yalnızca maddi gerçeği arayan ve suçu bastırma amacını güden devlete ait bir araç olmaktan çıkmaya ve daha sübjektif bir gerçekle yetinmeye başlamıştır.¹³⁹

Mağdur hakları ve viktimolojinin etkisiyle, mağdurun ceza muhakemesinde daha etkin olduğu bir sürecin temelleri atılmıştır. Bir yandan mağdurun zararının tazmin edilmesi ve onarıcı adalet anlayışı ön plana çıkartılırken, muhakeme hukuku bakımından ise mağdurun dikkate alınma hakkına değer verilmeye başlanmıştır.¹⁴⁰ Aslında tüm bu gelişmeleri, mağdurun hukuki dinlenilme ve çelişmeli muhakeme hakkından daha etkili bir şekilde faydalanmasına ilişkin gelişmeler olarak görmek yanlış olmaz. Böylelikle mağdura soruşturma dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve soruşturmaya yön verme imkânı tanınmaktadır. CMK’nın 234. maddesinde mağdur ve şikâyetçiye tanınan haklarda da, bu anlayışın izleri görülmektedir.

Bu noktada belirleyici olan, suçtan doğan zararın giderilmesi ve onarıcı adalet anlayışı olmuştur. Günümüz ceza muhakemesi artık, kamu davasından ve dolayısıyla tek bir bloktan ibaret değildir.¹⁴¹ Türkiye örneğine bakıldığında atıl bir örnek olan ön ödemenin ardından, uzlaşmanın kapsamının genişlemesi ve seri muhakemenin sisteme girişinin bu kapsamdaki diğer gelişmeler olduğu görülmek-

138 RASSAT, s. 198 ve 224.

139 PIN, s. 245 ve 246.

140 PIN, s. 248.

141 PIN, s. 246.

tedir. Seri muhakeme, tam olarak bir ceza pazarlığı içermemekle beraber, özünde sanığın cezayı kabul etmesi ve savcılık tarafından önerilen cezaya razı olması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Ceza muhakemesinin tahkikçi karakteri gerilemekte, taraflar arasındaki denge geçmişten farklı bir hal almaktadır. Bu, ceza muhakemesinde devletin emredici ve bastırıcı rolünün zayıfladığına ve Anglosakson *due process* modeline yaklaşan biçimde tarafların daha aktif rol oynadığı bir sisteme yaklaşıldığının göstergesidir.¹⁴² Bu noktada sanık bakımından, AİHM'nin adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği bağlamındaki içtihadının önemli bir etkisi vardır.

Davaya katılma yolundan asıl beklenen şey kamuoyu oluşturmaksa, peşinen ifade etmek gerekir ki, duruşma salonları kamuoyu oluşturulacak yerler değildir. Cumhuriyet savcılığı işlenen tüm suçlarda istinasız olarak, kamu adına davacı konumundadır. Dolayısıyla ceza muhakemesi bağlamında yapılması gerekenler zaten yapılmaktadır. Eğer yapılmıyorsa, bu yalnızca söz konusu davalar değil, ülkede görülen davaların bütünü için endişe verici bir tespit olur.

Kamu davasına katılmanın genişletilmesi bir sistemsel tercih olabilir. Örneğin, katılmanın ciddi biçimde genişletildiği Fransa'da, kamu davasının özelleşmesine ilişkin geçen sürecin, ceza muhakemesinde rollerin yeniden dağıtılması anlamına geldiği ve kamuoyunun hassasiyetlerinin ceza muhakemesinde daha çok gözetildiği ifade edilmektedir.¹⁴³ Türk hukukunda ise gelişmenin bu yönde olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak kadına ve çocuğa karşı şiddetle ilgili davalarda, baroların ve sivil toplum örgütlerinin davaya katılma konusundaki talepleri, reşit mağdurun rızasına değer tanınmak kaydıyla, dikkate alınmalıdır. Kanunun mevcut hali bu tür katılmaya elverişli olmadığından bu konuda yasal düzenleme yapılması gereklidir.

Buna ek olarak, Avrupa'daki gelişmeler göz önüne alınarak çevreye karşı suçlar ve kamu sağlığına karşı suçlar başta olmak üzere, topluma karşı suçlarda sivil toplumun kamu davasına katılmasına imkân veren bir yasal düzenleme yapılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

¹⁴² PIN, s. 245.

¹⁴³ PIN, s. 250.

KAYNAKÇA

- AMBROISE CASTEROT, Coralie - ILS, Philippe:** Procédure pénale, Paris 2011.
- BALTA, Tahsin Bekir:** İdare Hukuku I Genel Konular, Ankara 1972.
- BASSI, Tina Logostena:** “Parte prima contro la violenza sessuale”, Violenza sessuale 20 anni per una legge içinde, Roma 1998.
- BOULOC, Bernard:** Procédure pénale, 25. édition, Paris 2016.
- BUZELLI, Silvia - Roberta CASIRAGHI, - CASSIBBA, Fabio – CONCOLINO, Paola - PRESSACCO, Luca:** Diritto a un equo processo, Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2017.
- CHINICCI Daniela:** “Gli «Enti esponenziali di interessi lesi dal reato»: figli legittimi del ‘nuovo’ codice, ma ancora eredi del ‘vecchio’ status di parti civili”, Archivio Penale, s. 443-458.
- ÇINAR Ali Rıza:** “Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Y. 2019, s. 2801-2836.
- DEMİRBAŞ, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- DESPORTES, Frédéric - LAZERGES-COUSQUER, Laurence:** Traité de procédure pénale, 4. édition, Paris 2016.
- ERCOLINI, Claudia:** “Il ruolo degli enti esponenziali nel processo penale”, [https://www.iusinitinere.it/ruolo-degli-enti-esponenziali-nel-processo-penale-633.\(SGT:07.04.2021\)](https://www.iusinitinere.it/ruolo-degli-enti-esponenziali-nel-processo-penale-633.(SGT:07.04.2021)).
- EREM, Faruk:** Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Bası, Ankara (tarih belirtilmemiş).
- FEYZİOĞLU, Metin:** “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, Y. 2006, s. 27-61.
- GÖKCEN, Ahmet - ALŞAHİN, Mehmet Emin - ÇAKIR, Kerim:** Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara 2017.
- GUINCHARD, Serge - BUISSON, Jacques:** Procédure pénale, 3. édition, Paris 2005.
- KATOĞLU, Tuğrul:** “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 61, S. 2, s. 657-693.

KAZAKER Gözde: Kamu Davasına Katılma, Ankara 2019.

KOCA, Mahmut: *“Temyiz Yolunda Davaya Katılma”*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 18, Temmuz 2014, s. 1-28.

KOÇ, Ziya: Ceza Muhakemesinde Katılan, İstanbul 2011.

KUNTER, Nurullah - YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.

KUNTER, Nurullah: *“Amme Davasına Müdahale”*, Adliye Ceridesi, No: 10, 1943, s. 844-861.

LARQUIER Jean - CONTE Philippe: Procédure pénale, 21. édition, Paris 2006.

MANCUSO, Enrico Maria: *“La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria”*, in Trattato di procedura penale içinde, V. I, Torino 2009.

NAHRA Kirk J.: *“The role of victims in criminal investigations and prosecutions”*, <https://www.insurancefraud.org/role-of-victims.htm> (SGT: 14.04.2021)

ONURSAL, Sami: Kamu Davasına Müdahale, İstanbul 1968.

ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAĞIZ, Pınar - TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Ankara 2018.

ÖZEN, Muharrem: Genel Tehlike Yaratan Suçlar, Ankara 2010.

ÖZEN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 2. Bası, Ankara 2017.

ÖZTÜRK Bahri - TEZCAN Durmuş - ERDEM Mustafa Ruhan - SİRMA GEZER Özge - SAYGILAR KIRIT Yasemin F. - ÖZAYDIN, Özdem - ALAN AKCAN Esra - ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser - ALTINOK VİLEMIN, Derya - TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakeme Hukuku, 12. Bası, Ankara 2018.

ÖZTÜRK NEVA - TANER, Fahri Gökçen - KONTACI Ali Ersoy: Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi Raporu, Ankara 2019.

PAMUK, Gülfem: Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, İstanbul 2012.

PIN, Xavier: *“La privatisation du procès pénal”*, Revue Sciences Criminelles, Y. 2002, s. 245-264.

PRADEL, Jean: Procédure pénale, 13. édition, Paris 2006.

RASSAT, Michèle-Laure: Procédure pénale, 2. édition, Paris 2013.

ŞAHİN, Cumhur - GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Ankara 2019.

TANER, Fahri Gökçen: “Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol”, TBBD, Y. 2018, S. 135, s. 117-166.

TANER, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019.

TANER, Tahir: Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1945.

TAORMINA, Carlo: Procedura penale, Torino 2015.

TOROSLU, Nevzat - TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Bası, Ankara 2018.

TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. I, 4. Bası, İstanbul 1984.

YENİSEY, Feridun - NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2020.

YURTCAN, Erdener: Şahsi Dava, İstanbul 1977.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Ankara 2019.

RÜŞVET SUÇUNUN (TCK m. 252-254) KONUSUNU OLUŞTURAN “MENFAAT” KAVRAMININ ANLAMI*

Arş. Gör. Mehmet GÜRLER**

Özet

Rüşvet suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu m. 252’de suçun konusunun “menfaat” olduğu ifade edilmiştir. Menfaat, görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılmasının veya yapılmamasının karşılığı olarak sağlanan herhangi bir şey olabilir. Fakat rüşvet suçunun oluşumu bakımından menfaatin anlamını ve kapsamını tespit etmek önemlidir. Menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiği gerekçeleriyle açıklanmalıdır. Bu amaçla öncelikle menfaat kavramının anlamı ele alınacaktır. Daha sonra menfaatin belirliliği, menfaatin imkansızlığı gibi diğer tartışmalı noktalar değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Rüşvet, Yarar, Haksız Yarar, Menfaat, Maddi Menfaat, Manevi Menfaat

THE MEANING OF THE TERM OF “BENEFIT” THAT IS THE SUBJECT OF BRIBERY (TCK Art. 252-254)

Abstract

Article 252 of the Turkish Penal Code, regulating the crime of bribery, states that the subject of the crime is a “benefit”. A benefit can be anything that is secured in return for the performance or not to performance of a task regarding the official’s duties. However,

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/04/2021. İlk hakem raporu tarihi: 04/05/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 25/05/2021.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, mgur-ler@gsu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3528-2725.

it is important to determine the meaning and scope of the term “benefit” in terms of the commission of bribery. What should be understood from the benefit should be explained in a reasoned manner. For this purpose, first of all, the meaning of the concept of benefit will be discussed. Then, other controversial points such as certainty of benefit, impossibility of benefit will be examined.

Keywords: Bribery, Advantage, Undue Advantage, Benefit, Material Benefit, Moral Benefit.

GİRİŞ

Rüşvet suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 252 ila 254 arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre rüşvet suçunun konusunu “*menfaat*” oluşturur. Dolayısıyla, kanun koyucu, menfaat kavramı bakımından herhangi bir sınırlandırma ve özelleştirme yapmadan suçun konusunu tespit etmiştir. 765 sayılı TCK’da rüşvet suçunun konusunu “*para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun diğer menfaatlerin*” oluşturduğu düzenlenmiştir. Bu bakımdan, 765 sayılı Kanun da öncelikle “*para*” ve “*hediye*” olarak suçun konusunu belirttikten sonra “*diğer menfaatler*” kavramını kullanmış, 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi geniş ve belirsiz bir çerçeve çizmiştir. Bu nedenle hem mülga 765 sayılı TCK döneminde hem de meri 5237 sayılı TCK döneminde menfaat kavramının ne ifade ettiği konusunda bir görüş birliği oluşmamıştır. Buradaki en temel ayrımı ise manevi menfaatlerin suçun konusunu teşkil edip etmediği oluşturmaktadır.

Rüşvet suçunun konusunun sınırlı olarak sayılması suç siyaseti bakımından uygun değildir. Zira görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında elde edilebilecek menfaatleri tek tek tespit etmek ve bunları kanuni düzenlemede belirtmek mümkün değildir. Bununla beraber kapsamı ve içeriği oldukça geniş olan “*menfaat*” kavramının belirsizliği bir diğer sorunu oluşturmaktadır. Bu nedenle menfaatin anlamı ve içeriği tespit edilmeli, buna bağlı olarak menfaatin değeri, menfaatin imkansızlığı, menfaatin belirliliği ve menfaatin meşruluğu olarak ortaya çıkan diğer tartışmalı noktalar ele alınmalıdır. Son olarak ise rüşvet suçunun konusu ile hediye

arasındaki ayrımı ve etkin pişmanlık hükümleri ile menfaat kavramı arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir.

Tabii, bütün bu değerlendirmeler için, öncelikle mevcut kanuni düzenlemeye, söz konusu suçun ihdası ile korunmak istenen hukuki değere ve rüşvet suçunun yapısına kısaca değinmek gerekir. Bu amaçla ilk olarak suçun konusunun anlamı ve kapsamı bakımından önem teşkil eden hususlarda açıklamalar yapılacaktır. Sonuç olarak, bu çalışma, rüşvet suçu bağlamında ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan belirlilik prensibine uygun olarak, menfaat kavramı ile diğer tartışmalı noktalara ilişkin bir çözüme ulaşma gayesindedir.

1. Rüşvet Kavramı ve Kanuni Düzenleme

Rüşvet kelimesi sözlükte “yaptırılmak istenen bir işte yasa dışı kolaylık ve çabukluk sağlanması için bir kimseye mal veya para olarak sağlanan çıkar” olarak tanımlanmaktadır¹. Ceza hukukunda ise rüşvet, kamu görevlisinin icbar ya da ikna biçiminde bir hareketi olmaksızın görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması sebebiyle temin ettiği menfaat olarak tarif edilebilir². Bu bakımdan

- 1 Türkçe Sözlük için bkz.: <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 01.11.2020) Bununla beraber, söz konusu kelime esasen Arapça kökenli olup, Arapça’da kuş yavrusunun kendisini beslemesi için boynunu annesine uzatmasını ifade eden “reşa” fiilinden türemiştir. Rüşvetin “yedirim” olarak Türkçeleştirilmesi ve “yedirmek” fiilinin rüşvet vermek olarak da tanımlanması kelimenin etimolojik kökeni ile ilişkisini ortaya koymaktadır. Bkz.: ÖZALP Nabi, *Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.19; ERDOĞDU Ahmet, *Ceza Yargılama Yöntemi Yasası Terimleri Sözlüğü*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1972, s. 64.
- 2 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, 2019, s. 1041; ÖZBEK Veli Özer, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap: Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021, s. 1028; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, 2020, s. 1092; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 18. Baskı, 2020, s. 1298; AKÇİN İhsan, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2019, s. 584; YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt: 6, Ankara, Adalet Yayınları, 2014, s. 7623; KAHRAMAN Recep, *Rüşvet Suçu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019, s. 39; ÖZEN Musfata, *İrtikap ve Rüşvet Suçları*, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s. 137; ÖNDER Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, 1994, s. 153; ÖZGENÇ İzzet, *İrtikap - Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, 2013, s. 77; ÖZALP Nabi, *Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 20; KÜÇÜKİNCE Alptekin, *Rüşvet Suçu*, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s. 57; KILIÇ Ali Şahin, *Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu*, Ankara,

rüşvet, sadece sağlanan menfaati ifade etmemekte aynı zamanda hukuki bir kavram olarak işlenen suçun niteliğini de kapsamaktadır. Diğer bir ifadeyle söz konusu kavram hem suçun konusunu hem de suç tipini belirtmektedir³.

Bununla beraber TCK’nın 252. maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen tüzel kişiler⁴ adına hareket eden kişiler ile yine TCK’nın 252. maddesinin dokuzuncu fıkrasında belirtilen kişiler⁵ de kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın rüşvet suçunun faili olabilirler⁶. Bu bakımdan rüşvet suçunu sadece kamu görevlisi ile ilişkilendirmeden⁷ daha geniş anlamıyla⁸ ele almak ve TCK m. 252/8 ile m. 252/9 hükümlerini de göz önünde bulundurmak gerekir.

765 sayılı TCK’nın ikinci kitabının “Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler” başlığı altında, 211 ila 227. maddeleri arasında rüşvet suç-

Adalet Yayınları, 2016, s. 6; ÇAKIR Murat, *Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2015, s. 31; KARAKURT EREN Ahu, *Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016, s. 11; OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Rüşvet Suçu”, *Türk-Alman Uluslararası Ceza Hukuku Sempozyumu, Ekonomik Suçlar, Özgeğin Üniversitesi*, 12 Aralık 2014, Editör Prof. Dr. Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 35-50; TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, 2013, s. 295.

3 AKBULUT BOZDOĞAN Berrin, “Rüşvet Suçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 12, 2000, s. 637.

4 TCK m. 252/8 – “... a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, d) Kamu yararına çalışan dernekler, e) Kooperatifler, f) Halka açık anonim şirketler...”

5 TCK m. 252/9 – “... a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine, b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine, d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere, e) Bir hukuki uyumsuzluğun çözümünü amacıyla başvuru tabkimi usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı bakemlere, f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine ...”

6 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 1098.

7 Özel sektör rüşveti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AKYÜREK Güçlü, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yeni 252. Maddesi ve Özel Sektörde Rüşvet”, *Bahçeşehir Üniversitesi- Kazancı Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 99-100, 2012, s. 22-42.

8 Zira gerek uluslararası hukukta gerekse ulusal hukuklarda özel sektörde rüşvet olarak tanımlanabilecek fiillerin suç olarak düzenlenmesi yönünde bir eğilim olduğu da belirtilmelidir. Sonuç olarak, geniş anlamıyla rüşvet, özel ya da kamusal bir iş yürüten kişinin, kendisi veya bir başkası yararına, yürüttüğü işi yapmak veya yapmamak suretiyle bir menfaat elde etmesi ya da menfaat vadisini kabul etmesi olarak tanımlanabilir. Bkz.: AKYÜREK, s. 31.

ları⁹ ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler 1810 Fransız Ceza Kanunu, 1840 Ceza Kanunname-i Hümayunu ve 1889 İtalyan Ceza Kanunu’ndan ilham alınarak düzenlenmiştir¹⁰. Daha sonra 765 sayılı TCK’nın geliştirilmesi ve iyileştirilmesi amacıyla çeşitli değişiklikler yapılmış, bilhassa 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanun’un getirdiği kapsamlı değişiklik ile rüşvet suçlarını düzenleyen hükümler arasındaki uyumsuzluk giderilmeye çalışılmıştır¹¹. Ardından Türkiye’nin taraf olduğu “Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Verilen Rüşvetin Önlenmesi Sözleşmesi”¹² uyum çalışmaları nedeniyle, 02.01.2003 tarih ve 4782 sayılı Kanun ile uluslararası ticari işlemler ve yabancı kamu görevlisine rüşvet verilmesi ile ilgili bazı düzenlemeler 765 sayılı TCK’ya eklenmiştir. 3679 sayılı Kanun¹³ ve 4782 sayılı Kanun’un¹⁴ getirmiş olduğu değişikliklerin ardından 765 sayılı TCK rüşvet suçu bakımından son haline kavuşmuştur.

5237 sayılı TCK’da ise rüşvet suçu, ikinci kitabın “Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde, 252 ila 254. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, Avrupa Birliği uyum süreci ve yolsuzlukla mücadele kapsamında yapılan çalışmalar nedeniyle¹⁵ 5237 sayılı TCK’da düzenlenen rüşvet suçu, 765 sayılı

9 765 sayılı TCK’da rüşvet suçları, rüşvet alma ve rüşvet verme olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuş, bunlar birbirinden bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiştir. Bu ayrıma göre herkes tarafından işlenebilen rüşvet verme suçu ve kamu görevlisine özgü rüşvet alma suçu bulunmaktadır. Bkz.: AKBULUT, *Rüşvet*, s. 633-652.

10 AKBULUT, *Rüşvet*, s. 636; ÖZALP, s. 50.

11 AKBULUT, *Rüşvet*, s. 636.

12 Söz konusu sözleşmenin onaylanması 01.02.2000 tarih ve 4518 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, sözleşme 10.05.2000 tarihinde 24045 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bkz.: https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/24045_1.pdf (Erişim Tarihi: 09.05.2021)

13 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20710.pdf> (Erişim Tarihi: 01.11.2020)

14 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/01/20030111.htm#2> (Erişim Tarihi: 01.11.2020)

15 Türkiye’nin 01.01.2004 tarihinde üye olduğu ve özellikle kamu yönetimindeki yolsuzluğun önlenmesi konusunda çalışmalarda bulunan Avrupa Konseyi bünyesindeki uluslararası bir organizasyon olan Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) tavsiyeleri ve değerlendirmeleri doğrultusunda rüşvet suçu ile ilgili kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu konuda düzenlenen I., II., III. Aşama Değerlendirme ve Uygunluk Raporları, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü internet sitesinde Türkçe, İngilizce ve Fransızca olarak yayınlanmıştır. Bkz.: https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_orgutler/greco.html (Erişim Tarihi: 01.11.2020)

TCK'daki rüşvet suçundan daha farklı bir hal almıştır. Bununla beraber 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğü üzerinden kısa bir süre geçmiş olmasına rağmen rüşvet suçunu düzenleyen hükümler köklü değişikliklere uğramıştır¹⁶. Bu değişiklikler 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun¹⁷, 26.06.2009 tarih ve 5918 sayılı Kanun¹⁸ ve en önemlisi 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun¹⁹ ile gerçekleştirilmiştir. Sonuç olarak 5237 sayılı TCK'nın 252 ila 254. maddeleri son şeklini almıştır²⁰. Özellikle 6352 sayılı Kanun'un 87 ve 88. maddeleri ile

16 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1045.

17 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/07/20050708-1.htm> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

18 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/07/20090709-2.htm> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

19 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120705-2.htm> (Erişim Tarihi: 12.11.2020)

20 TCK m. 252 - “(1) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi, dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi de birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır.

(3) Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenir.

(4) Kamu görevlisinin rüşvet talebinde bulunması ve fakat bunun kişi tarafından kabul edilmemesi ya da kişinin kamu görevlisine menfaat temini konusunda teklif veya vaatte bulunması ve fakat bunun kamu görevlisi tarafından kabul edilmemesi hâllerinde fail hakkında, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(5) Rüşvet teklif veya talebinin karşı tarafa iletilmesi, rüşvet anlaşmasının sağlanması veya rüşvetin temini bususlarında aracılık eden kişi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müsterek fail olarak cezalandırılır.

(6) Rüşvet ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilisi, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, müsterek fail olarak cezalandırılır.

(7) Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakim, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(8) Bu madde hükümleri;

a) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları,

b) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler;

c) Kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar;

d) Kamu yararına çalışan dernekler;

e) Kooperatifler;

f) Halka açık anonim şirketler;

adına bareket eden kişilere, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi; bu kişiler tarafından talep veya kabul edilmesi; bunlara aracılık edilmesi; bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi halinde de uygulanır.

rüşvet suçuna getirilen düzenlemeye değinmek gerekir. Söz konusu Kanun ile 765 sayılı TCK’da basit rüşvet olarak yer alan fakat 5237 sayılı TCK m. 257/3’te görevi kötüye kullanma suçu olarak tanzim edilen suç tipi²¹ yürürlükten kaldırılmış ve basit rüşvet olarak ifade edebileceğimiz bu fiil tekrar TCK m. 252 kapsamına alınmıştır²². Böylece rüşvet suçu bakımından sistematik olarak yeniden 765 sayı-

(9) Bu madde hükümleri;

- a) Yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlilerine,
 - b) Uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan bâkimlere, jüri üyelerine veya diğer görevlilere,
 - c) Uluslararası veya uluslararası parlamento üyelerine,
 - d) Kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişilere,
 - e) Bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvurulmuş tabkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı baskemlere,
 - f) Uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlilerine veya temsilcilerine,
- görevlerinin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması ya da uluslararası ticari işlemler nedeniyle bir işin veya baksız bir yararın elde edilmesi yahut muhafazası amacıyla; doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, menfaat temin, teklif veya vaat edilmesi ya da bunlar tarafından talep veya kabul edilmesi halinde de uygulanır.

(10) Dokuzuncu fıkra kapsamına giren rüşvet suçunun yurt dışında yabancı tarafından işlenmekle birlikte;

- a) Türkiye’nin,
- b) Türkiye’deki bir kamu kurumunun,
- c) Türk kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisinin,
- d) Türk vatandaşının,

tarafı olduğu bir uyumsuzluk ya da bu kurum veya kişilerle ilgili bir işlemin yapılması veya yapılmaması için işlenmesi halinde, rüşvet veren, teklif veya vaat eden; rüşvet alan, talep eden, teklif veya vaadini kabul eden; bunlara aracılık eden; rüşvet ilişkisi dolayısıyla kendisine menfaat temin edilen kişiler hakkında, Türkiye’de bulundukları takdirde, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır.”

TCK m. 253 – “(1) Rüşvet suçunun işlenmesi suretiyle yararına baksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmlenir.”

TCK m. 254 – “(1) Rüşvet alan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmlenmez. Rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde de hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmlenmez.

(2) Rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmlenmez.

(3) Rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı cezaya hükmlenmez.

(4) Bu madde hükümleri, yabancı kamu görevlilerine rüşvet veren kişilere uygulanmaz.”

21 Mülga TCK m. 257/3 – “İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

22 MEMİŞ KARTAL Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1377.

lı TCK’ya kısmen yaklaşmıştır²³. Fakat ifade etmek gerekir ki 6352 sayılı Kanun’un yürürlük tarihi olan 05.07.2012’den önce işlenen suçlar bakımından TCK m. 257/3 düzenlemesi “lehe hüküm” uygulaması açısından değerlendirilmelidir²⁴.

Ayrıca 6352 sayılı Kanun ile rüşvet suçunun konusu “menfaat” olarak belirlenmiştir. Söz konusu değişiklikten önce ise rüşvet suçunun konusunu “yarar” kavramı oluşturmaktadır. Bu iki kavram arasında suç tipine etki edebilecek anlamlı ve esaslı bir farklılık bu-

- 23 6352 sayılı Kanun değişikliğinden önce TCK’da yer alan rüşvet suçu sadece nitelikli rüşveti yaptırım altına almaktaydı. Zira, rüşvet, bir kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle kurduğu anlaşma kapsamında bir yarar sağlaması olarak tarif edilmişti. Fakat kamu görevlisinin zaten yapması gereken bir işi yapması veya yapmaması gereken bir işi yapmaması karşılığında bir menfaat sağlaması durumunda rüşvet suçu değil, görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257/3) meydana gelmekteydi. Öncelikle basit rüşvet ve nitelikli rüşveti birbirinden farklı suç tipleri olarak ele almak ve farklı kanun maddeleri altında düzenlemek kanun sistematğine uygun değildi. Ayrıca basit rüşvet suçunda sadece yararı elde eden kamu görevlisinin cezalandırılması, kamu görevlisine yarar sağlayan kişiye karşı bir yaptırım uygulanmaması yolsuzluk ve rüşvet ile mücadele bakımından uygun bir düzenleme değildi. Bununla beraber, 6352 sayılı Kanun ile TCK m. 252’de basit ve nitelikli rüşvet suçunun soyut cezası bakımından bir ayırım gözetilmemiş, her ikisi için de dört yıldan oniki yıla kadar geniş bir hapis cezası aralığı öngörülmüştür. Halbuki basit ve nitelikli rüşvetin haksızlık içerikleri göz önünde bulundurularak farklı yaptırım aralıkları düzenlenmesi gerekir. Bkz.: ÖZBEK, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 1029; DOĞAN Koray, “Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, Cilt: 1, s. 343; MEMİŞ KARTAL, s. 1377.
- 24 “Tapu müdürü olan sanığın, alacağına mahsuben kendi adına icra yolu ile ibalesi yapılan gayrimenkulün devrine dair İcra Müdürlüğünden aldığı yazı ile Tapu Müdürlüğüne müracaat eden mağdura, işlerinin yoğun olduğunu ve derhal yapılamayacağını söylemesine rağmen, mağdurun ısrarı karşısında, “bir yemek parası ver araya sıkıştırırım” dediği, mağdurun da önceden seri numarasını aldığı 50 TL’yi masaya bırakması üzerine sanığın bu parayı alarak çekmecesine koyduğu ve işi bir memuruna havale ettiği, söz konusu tapu memurunun mağdur tarafından adına devri istenen gayrimenkulün kütüğünde yaptığı incelemede gayrimenkul üzerinde başkaca hacizler olduğunu fark ederek bu hali ile devri gerçekleştiremeyeceğini mağdura söylemesi ile aralarında çıkan tartışma sonrası mağdurun C. Savcılığına müracaat ile başlatılan soruşturmada kolluk tarafından aynı gün Tapu Müdürlüğündeki odasında sanığın üzerinde yapılan aramada suça konu olan paranın pantolonunun cebinde ele geçmesi biçimindeki eylemin hüküm taribinde yürürlükte bulunan TCK’nın 257/3 madde ve fıkrası kapsamında “görevi kötüye kullanma” suçu niteliğinde olduğu, hükümden sonra 19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Yasayla TCK’nın 257/3. maddesinde yapılan değişiklik ve 05.07.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 105/5-6 maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması ve aynı Yasanın 87. maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 252. maddesinin yeniden düzenlenmesi karşısında bu eylemin TCK’nın 252. maddesi kapsamında rüşvet almaya teşebbüs suçunu oluşturduğu, buna göre her iki kanun hükümleri karşılaştırılarak TCK’nın 7/2. madde-fıkrasındaki “suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur” hükmü gözetilerek, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunluluğu.” Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 28.11.2012, E. 2010/11638, K. 2012/12254 (https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2010-11638-k-2012-12254-t-28-11-2012/1283315/257_3+lehe+rüşvet Erişim Tarihi: 03.12.2021)

lunmamaktadır²⁵. 6352 sayılı Kanun’un gerekçesinde de bu değişikliğin sebebine dair bir açıklamaya yer verilmemiştir²⁶.

1.1. Korunan Hukuki Değer

Rüşvet suçu ile korunan hukuki değer kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen diğer suçlarla benzerdir. Kanun koyucu rüşvet suçunu düzenlemekle, toplumun huzur, sükûn ve emniyetini sağlayan devlet faaliyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesini temin etmek ve devlete duyulan saygıyı korumak istemiştir²⁷.

Devlet faaliyetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi ve devlete duyulan saygının korunması için, devletin, faaliyetlerinde tarafsız ve objektif olması, toplumu oluşturan her ferde dürüst ve eşit davranması gereklidir²⁸. Toplumu oluşturan fertlerde de bu anlayış ve istek mevcuttur²⁹. Dolayısıyla devlet idaresi adına görev ifa eden kamu görevlileri vazifelerini eşit, dürüst ve tarafsız olarak yerine getirmeli, aynı zamanda toplumu oluşturan tüm kesimlerin kamu idaresine güven duymalarını temin etmelidirler. Bu bakımdan rüşvet suçu ile hem tarafsız ve objektif işleyen devlet faaliyetleri hem de devlet faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin satın alınamayacağına ilişkin kamu güveni korunmaktadır³⁰. Nitekim TCK m. 252 gerekçesinde de “*Kamu hizmetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü, kamu görevlilerinin rüşvet kabul etmez ve satın alınamaz oldukları hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir. Rüşvete ilişkin suç tanımı bu güveni korumayı amaçlamıştır.*” denilerek bu düşünce vurgulanmıştır.

-
- 25 Menfaat kavramı sözlükte “ *Fayda, çıkar, istifade, maddi veya manevi kendisinden istifade edilen şey*” olarak tanımlanmaktadır. Yarar kavramı ise “*bir işten elde edilen iyi sonuç, fayda, avantaj, çıkar*” anlamına gelmektedir. Dolayısıyla iki kavramın hemen hemen aynı anlama sahip olduğunu belirtmek gerekir. Türkçe Sözlük için bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 02.12.2020)
- 26 İlgili Kanun’un gerekçesi için bkz.: <https://legalbank.net/belge/yargi-hizmetlerinin-etkinlestirilmesi-amaciyla-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasi-ve-basin-yayin-y/1479410/6352> (Erişim Tarihi: 03.12.2020)
- 27 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1050; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1302.
- 28 ÖNDER, s. 159; ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 76
- 29 ÖNDER, s. 159; ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 76.
- 30 ÖZBEK, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 1030.

Bununla birlikte, TCK’nın 252. maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında belirtilen kamu görevlisi dışındaki kişilerin söz konusu suçun faili olabilmeleri mümkün olduğundan, rüşvet suçunu sadece kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı işlenen suç olarak ele almak doğru olmaz. Dolayısıyla hem ulusal hem uluslararası anlamda serbest piyasa ve adil rekabet ile özel sektör kurumlarının dürüst ve güvenilir çalışması da rüşvet suçunun ihdası ile korunan hukuki değer olarak ifade edilmelidir³¹.

1.2. Rüşvet Suçunun Yapısı

Rüşvet suçunda birbiri ile sıkı ilişki içinde bulunan ve karşılıklı edim olarak değerlendirilebilen iki farklı fiil bulunmaktadır. Bu husus TCK m. 252/1’de “görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi” ifadesiyle, TCK m. 252/2’de ise “görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kamu görevlisi” ifadesiyle ayrı ayrı tarif edilmiştir.

Böylece rüşvet suçunun iki tarafı olduğu, bir tarafın menfaati temin ettiği, diğer tarafın ise bu menfaati kabul ve elde ettiği açıkça anlaşılmaktadır³². Rüşvet alan ve rüşvet verenin karşılıklı ve birbirini tamamlayan fiilleri rüşvet suçunu oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle iki tarafın fiili birbirinden farklı ve ayrı iki suç değil, tek bir suç meydana getirir³³. Bir kimse tarafından işlenmesi mümkün olmayan, kanunda tarif edilen tipe uygun bir şekilde işlenebilmeleri için birden fazla failin bulunması gereken bu tür suçlara çok failli suçlar denmektedir³⁴. Rüşvet suçu da faillerden birinin kamu görevlisi ya da TCK m. 252/8-9’da belirtilen kişilerden biri, diğerinin özel kişi olduğu çok failli bir suç olarak düzenlenmiştir³⁵.

31 AKYÜREK, s. 25; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1303; ÖZALP, s. 180.

32 ÖZBEK, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 1034; AKÇİN, s. 612.

33 ÖZEN, *Rüşvet*, s. 138.

34 ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, 2019, s. 778.

35 Kanunun gerekçesinde de bu durum açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, “Rüşvet suçu, bir karşılaşma suçudur; bu nedenle, çok failli bir suçtur. Bir tarafta, rüşvet veren; diğer tarafta ise

Bunun yanı sıra rüşvet suçunun oluşması için menfaat elde eden kişi ile diğer kişi arasındaki rüşvet anlaşmasının varlığı³⁶ şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlanmalıdır³⁷. Rüşvet anlaşması görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması hususunda yapılan ve hukuk düzeni tarafından korunmayan bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Anlaşmanın varlığı için, bir menfaat sağlanması ya da menfaat vaadi karşılığında, kişinin görev alanına giren bir işi yapması veya yapmaması için, tarafların açık ya da zımni olarak özgür biçimde³⁸ iradelerinin uyuşması gerekir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere rüşvet anlaşmasını da iki ana unsur meydana getirmektedir. Bunlardan birincisi görevin ifasıyla ilgili bir işi yapılması veya yapılmaması, ikincisi ise bunun karşılığında bir menfaatin sağlanması veya menfaat sağlama vaadinin kabul edilmesidir.

*rüşvet alan kamu görevlisi yer almaktadır. Rüşvet veren ve alan, aynı amacın gerçekleşmesini hedeflemektedirler. Bu itibarla, veren ve alan açısından rüşvet suçu tek bir suçtur.” Doktrinde çok failli suçlar, “yakınsama” (Konvergenzdelikte) ve “karşılaşma” (Begegnungsdelikte) suçları olmak üzere iki başlık altında ele alınmaktadır. Yakınsama suçlarında, zorunlu olarak suçun işlenişine katılan kişiler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesini istemektedirler. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu (TCK m. 220) yakınsama suçlarına örnek verilebilir. Karşılaşma suçlarında ise, zorunlu olarak suçun işlenişine katılanlar, yakınsama suçlarında olduğu gibi, yine aynı amacın gerçekleşmesini istemektedirler; fakat burada aynı amaçta birleşmek üzere farklı yönlerden hareket etmektedirler. Dolayısıyla suçun işlenişine yaptıkları katkılar da farklı özelliktedir. İnceleme konusu rüşvet suçu da karşılaşma suçu niteliğindedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: SANCAR YALÇIN Türkan, *Çok Failli Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1998.*

36 Yargıtay da rüşvet suçunun oluşabilmesi için rüşvet anlaşmasının varlığını aramış, rüşvet anlaşmasının tespitinin inandırıcı ve yeterli delil ile ortaya konması gerektiğine karar vermiştir; *“Taraflar arasında rüşvet anlaşmasına varıldığına dair inandırıcı ve yeterli deliller elde edilmediği bu itibarla sanıkların rüşvet verme ve alma suçlarının sübute ermediği tüm dosya kapsamından anlaşıldığı halde yazılı gerekçelerle mahkumiyetlerine hükmedilmesi, kanuna aykırı, o yer Cumburiyet Savcısı ve sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin 5320 sayılı Yasanın 8/1 inci maddesi de gözetilerek CMUK nun 321 inci maddesi uyarınca BOZULMASINA, 05.04.2011 tarihinde oybirliği ile, karar verildi.”* Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 05.04.2011, E. 2008/15997, K. 2011/2719 (<https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2008-15997-k-2011-2719-t-05-04-2011-taraflar-arasında-rusvet-anlasmasına-varıldığına-dair-i/1502605/rüşvet+anlaşması> Erişim Tarihi: 05.01.2021)

37 ÖZBEK, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 1034; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1307.

38 *“Teklif veya önerinin fert veya kamu görevlisinden gelmesinin önemi bulunmamakla birlikte, rüşvet veren ve alanın aynı amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak, kamu görevlisi tarafından ferde veya fert tarafından kamu görevlisine doğrudan veya örtülü bir istek veya önerinin yapılması ve bunun da karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Böyle bir anlaşmanın varlığının kabulü için, anlaşmaya ilişkin rızalar özgür irade ürünü olmalı, başka deyişle, cebir, tehdit, bile ve sair nedenlerle fesada uğratılmamış bulunmalıdır.”* Bkz: Yargıtay CGK., T. 09.07.2013, E. 2012/1339, K. 2013/347 (https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2012-1339-k-2013-347-t-09-07-2013/1776768/2013_1339 Erişim Tarihi: 13.01.2021)

Rüşvet anlaşması doğrudan, açık bir beyanla oluşabileceği gibi, örtülü ve dolaylı olarak da kurulabilir. Önemli olan tarafların bu hususta bilgi sahibi olmaları ve buna yönelik davranışlarıdır. Trafik kurallarını ihlal eden bir sürücünün polis tarafından durdurulması üzerine sürücünün ruhsatın içine bir miktar para koyarak polise uzatması, polis tarafından paranın alınması ve sürücüye trafik cezası uygulanmaması örtülü rüşvet anlaşmasına örnek olarak gösterilebilir. Rüşvet anlaşmasının en geç görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması anına kadar kurulmuş olması gerekir. Aksi halde anlaşmanın görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmamasına ilişkin olmadığı, ortada bir rüşvet anlaşmasının değil bir menfaat temini anlaşmasının olduğu ifade edilmelidir³⁹. Örneğin, kamu görevlisinin, rüşvet anlaşması olmaksızın ve görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmamasından sonra bir menfaat elde etmesi durumunda rüşvet suçu meydana gelmez. Bu durumda kamu görevlisinin yaptığı fiilin niteliğine göre görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) ya da disiplin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

1.2.1. Görevin İfasıyla İlgili Bir İşin Yapılması veya Yapılmaması

Rüşvet anlaşmasının iki temel unsurdan meydana geldiğini belirtmiştik. Bunlardan birincisini “görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması” oluşturur. Söz konusu işin belirlenmiş olması önemlidir. Örneğin, kamu görevlisine, ileride gerçekleşmesi muhtemel belirsiz bir iş için menfaat temin edilmesi halinde rüşvet suçu değil, diğer unsurların da olması kaydıyla görevi kötüye kullanma suçu (TCK m. 257) meydana gelir⁴⁰. Nitekim TCK m. 252 gerekçesinde rüşvet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin elde ettiği menfaatin belli bir amaca yönelik olması gerektiği ifade edilmiştir.

Ayrıca yapma veya yapmamanın içeriğini oluşturan işin de ilgili kişinin görev alanına girmesi gerekir. İlk olarak, kamu görevlisi bakımından, söz konusu işin kamu görevlisinin işi olması lazımdır⁴¹. Kamu görevlisinin görev kapsamının tespiti bakımından doktrinde

39 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 1102.

40 AKÇİN, s. 613.

41 ÖZBEK, *Ekonomi Ceza Hukuku*, s. 1040.

hem dar yorum⁴² hem geniş yorum⁴³ görüşü ileri sürülmüş olsa da, ilgili işi düzenleyen mevzuat hükümleri ile kamu görevlisine özgülenen işleri göz önünde bulundurmak gerekir⁴⁴. Zira kamu görevlisinin yürüttüğü iş her zaman ilgili mevzuat hükümleri ile belirlenmiş olmayabilir. Çünkü söz konusu mevzuat hükümlerinin kamu kurumlarının yürüttüğü her türlü işi belli bir görev dağılımını çerçevesinde düzenlemesi mümkün değildir. Bu ihtimalde kamu görevlisinin görev yaptığı kamu kurumunun faaliyet alanı ve kamu görevlisine özgülenen işlerin ne olduğu tespit edilerek çözüme varılmalıdır.

İkinci olarak, TCK'nın 252. maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında belirtilen ve kamu görevlisi olmamakla birlikte rüşvet suçunun faili olabilen diğer kişilere değinmek gerekir. TCK m. 252/8'e göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler, kooperatifler, halka açık anonim şirketler adına hareket eden kişilerin, kamu görevlisi sıfatını taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işi yapmaları veya yapmamaları karşılığında menfaat temin etmeleri halinde rüşvet suçu meydana gelir. TCK m. 252/8'de yer verilen “*adına hareket eden*” ifadesi önem taşımaktadır. Bu bakımdan söz konusu hükümde belirtilen tüzel kişiler adına mevzuatları gereği işlem veya eylem yapma yetkisine sahip kişilerin yine ilgili mevzuat gereği görev tanımı tespit edilerek yapma veya yapmamanın içeriğini oluşturan işin ilgili kişinin görevi kapsamında kalıp kalmadığı belirlenerek bir sonuca varılmalıdır⁴⁵.

42 ÖNDER, s. 162.

43 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1305.

44 ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, İstanbul, Işık Matbaacılık, 1992, s. 93; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 718.

45 Ancak TCK m. 252/8 hükmüne göre, tüzel kişi adına işlem veya eylem yapma yetkisi olmaksızın tüzel kişinin herhangi bir biriminde görev alan kişinin rüşvet alma suçunu işleme olanağı yoktur. Halbuki ülkemizin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin “*Özel sektörde rüşvet*” başlığını taşıyan 21. maddesinde “*Bir özel sektör kuruluşunda herhangi bir sıfatla çalışan veya kuruluşu yöneten bir kişi*” ifadesi yer almaktadır. Bu bakımdan mevcut düzenleme hem hükmün konuluş amacı olan özel sektörde rüşvetin önlenmesini hem de ülkemizin uluslararası yükümlülüklerini tam olarak karşılamaktadır. Bkz.: AKYÜREK, s. 39.

Yine TCK m. 252/9’da sayılan yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlileri, uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimleri, jüri üyeleri veya diğer görevlileri, uluslararası veya uluslararası parlamento üyeleri, kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de dahil olmak üzere yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişiler, bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvurulmuş tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaş veya yabancı hakemler, uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası veya uluslararası örgütlerin görevlileri veya temsilcileri için de ilgili mevzuat ya da ilgili uluslararası sözleşme hükümleri çerçevesinde kişinin görev alanına giren işlerin neler olduğu tespit edilerek bir çözüme ulaşılmalıdır.

1.2.2. Menfaat Sağlama veya Menfaat Sağlama Vaadinde Bulunmak

Rüşvet anlaşmasının varlığı için gerekli olan ikinci temel unsuru ise “menfaat sağlama” veya “menfaat sağlama vaadinde bulunmak” oluşturur. Bu iki hareket rüşvet suçunun konusunun tespiti bakımından önem teşkil etmektedir. Zira söz konusu iki hareket suçun konusu üzerinde gerçekleştirilmekte, suçun konusuna yönelmektedir. Bu nedenle suçun konusu için “*fiilin konusu*” ifadesi de kullanılmaktadır⁴⁶. Dolayısıyla menfaat kavramına geçmeden önce bu iki hareket üzerinde de durmak gerekir.

Menfaat sağlanması, rüşvetin konusunu oluşturan menfaatin, rüşvet verenin sevki, nakli veya aktarımı ile rüşvet alana devredilmesi ya da tedarik edilmesi olarak ifade edilebilir⁴⁷. Ayrıca menfaatin doğrudan ilgili kişiye sağlanması zorunlu değildir. Rüşvetin konusunu oluşturan menfaat ilgili kişinin göstereceği bir başka kişiye de sağlanabilir. Nitekim TCK m. 252/1’de “*doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, bir kamu görevlisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlayan kişi*” ifadesi ve TCK m. 252/8’de “*bu ilişki dolayısıyla bir başkasına menfaat temin edilmesi*” ifadesiyle bu husus açıkça belirtil-

46 EREM Faruk, “Suçun Konusu ve Hımanist Doktrin”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 1968, s. 12.

47 ÖZEN, Rüşvet, s. 173.

miştir. Örneğin kamu görevlisinin eşine ya da kardeşine bir menfaat sağlanması rüşvet suçunun oluşumu için yeterlidir. Tabii olarak bu husus kamu görevlisinin bilgisi ve isteği dahilinde olmalıdır.

Menfaat sağlama vaadinde bulunmak ise rüşvet vermeyi düzenleyen TCK m. 252/1 ile rüşvet almayı düzenleyen TCK m. 252/2’de açıkça düzenlenmemiştir. Fakat TCK m. 252/4’te “*vaatte bulunmak*”, m. 252/8-9’da “*vaat edilmesi*” ve m. 252/10’da “*vaat eden*” ibarelerine yer verilmiştir. Bununla beraber TCK m. 252’de vaatte bulunmak veya vaat etmek ibarelerine açıkça yer verilmemiş olsa dahi bu eylemi rüşvet anlaşmasının bir unsuru olarak kabul etmek gerekirdi. Zira TCK m. 252/3’e göre “*rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*” Bir anlaşmanın varlığını kabul etmek için ise ilgili kişiye görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmamasına karşılık olarak bir menfaatin sağlanması vaadinin bulunması gerekir. Vaat, özel kişi tarafından ilgili kişi ya da onun göstereceği bir başkasına gelecekte yarar sağlayacağı sözünün verilmesidir⁴⁸. Ayrıca menfaat sağlama vaadi kişinin kendi özgür iradesiyle verilmiş olmalıdır. Örneğin kamu görevlisinin ikna ya da icbar suretiyle kendine menfaat sağlama vaadinde bulunulmasını sağlaması halinde rüşvet suçu değil irtikap suçu (TCK m. 250) meydana gelir.

2. Rüşvet Suçunun Konusu

Suçun konusu suçun maddi unsurlarından birini oluşturmaktadır. Suçun konusu (*Handlungsobjekt*) suç tipine uygun hareketin üzerinde gerçekleştirildiği veya suç tipine uygun hareketin yöneldiği şey olarak tarif edilebilir⁴⁹. Ayrıca öğretilerde suçun konusu kavramına karşılık olarak “*suçun maddi konusu*”, korunan hukuki değer kavramına karşılık olarak “*suçun hukuki konusu*” ifadesi de kullanılmaktadır⁵⁰. Dolayısıyla burada ele alınan husus suçun maddi konusudur.

Kullanılan kavramdan da anlaşılacağı üzere suçun konusu tarif edilirken hareketin üzerinde icra edildiği ya da hareketin yöneldi-

48 ÖZEN, *Rüşvet*, s. 178.

49 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 377.

50 EREM, *Suçun Konusu*, s. 12; DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 11. Baskı, 2016, s. 547

ği şeyin sadece maddi bir varlık olabileceğinden yola çıkılmaktadır. Zira öğretide suçun konusu için “*tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştirildiği maddi şey*”⁵¹, “*hareketin yöneldiği eşya veya kişinin fiziki varlığı*”⁵², “*suçun üzerinde işlendiği insan veya şey*”⁵³, “*failin üzerinde suçu icra ettiği insan veya şey*”⁵⁴, “*eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi*”⁵⁵ şeklinde tanımlar yapılmaktadır. Fakat suçun konusunun maddi bir varlık olabileceği öngörüsünden yola çıkmak bazı suç tipleri için bizi daraltıcı yoruma sevk etmektedir. Esasen suçun konusunu her zaman maddi bir şey oluşturmayabilir⁵⁶. Örneğin hakaret suçunun (TCK m. 125) konusunu maddi olmayan bir varlık, insanın onur, şeref ve saygınlığı teşkil eder. Yine kasten yaralama suçu (TCK m. 86) bakımından suçun konusunu insanın fiziksel sağlığının yanı sıra ruhsal sağlığı da oluşturur. Dolayısıyla rüşvet suçu bağlamında da suçun konusu bir ön kabule göre değil kanuni düzenlemeye uygun olarak ele alınmalıdır.

Rüşvet suçunu düzenleyen TCK m. 252’nin birinci ve ikinci fıkrasında suçun konusunun “*menfaat*” olduğu düzenlenmiştir. Menfaat, görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığı olarak sağlanan herhangi bir şey olarak karşımıza çıkabilir. Fakat suçun konusu öngörülebilir ve belirlenebilir olmalıdır. Suç tipinde sınırları tespit edilemeyen ya da oldukça geniş anlama sahip olan bir kavramın bulunması kişi hürriyeti bakımından tehlike oluşturur. Dolayısıyla menfaat kavramından ne anlaşılması gerektiği gerekçeleriyle açıklanmalıdır.

765 sayılı TCK’da rüşvet suçunun konusu “*para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler*” olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan mülga kanun da öncelikle para ve hediye olarak suçun konusunu örneklendirdikten sonra “*diğer menfaatler*”

-
- 51 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 2020, s. 213.
- 52 AKBULUT Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 2019, s. 375.
- 53 CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, 2016, s. 226.
- 54 DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 547.
- 55 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, 2020, s. 219.
- 56 EREM, *Suçun Konusu*, s. 17.

kavramını kullanmış ve 5237 sayılı TCK’da olduğu gibi geniş ve belirsiz bir çerçeve çizmiştir. Bu nedenle 765 sayılı TCK döneminde de rüşvet suçunun konusu “*kişinin durumunu maddi ve manevi olarak değiştiren, kişiyi tatmin eden, önceki duruma göre kişiyi daha iyi hale getiren her şey*” olarak tarif edilmiştir⁵⁷.

Öncelikle, rüşvet suçunun konusunun tahdidi olarak sayılması suç siyaseti bakımından uygun değildir. Zira görevin ifasıyla ilgili bir işin yapılması veya yapılmaması karşılığında elde edilebilecek menfaatleri tek tek tespit etmenin imkansızlığı ortadadır. Bunun yanı sıra kapsamı ve içeriği oldukça geniş olan “*menfaat*” kavramının belirsizliği de bir başka sorunu oluşturmaktadır. Doktrinde menfaatin ne olduğu konusunda bir görüş birliğine varılamamış, temel olarak menfaatin geniş⁵⁸ ve dar⁵⁹ biçimde yorumlanması gerektiği yönünde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu iki görüş menfaatin hem maddi menfaati hem manevi menfaati kapsayıp kapsamadığı noktasında ayrılmaktadır.

Ayrıca menfaatin anlamı ve içeriğinden ayrı olarak menfaatin değeri, menfaatin imkansızlığı, menfaatin belirliliği ve menfaatin meşruluğu diğer tartışma noktalarını oluşturmaktadır. Bunun yanı sıra kamu görevlisinin hediye kabul etmesinin şartları ve sınırları ile rüşvet arasındaki farka da değinmek gerekir. Bu hususlar tek tek ele alınarak menfaat kavramı her yönüyle aydınlatılmalıdır. Böylece rüşvet suçu bağlamında ceza hukukunun temel prensiplerinden biri olan belirlilik prensibine uygun bir sonuca varılabilir.

2.1. Menfaat Kavramı

Menfaat kavramı sözlükte “*çıkar*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Çıkar ise “*dolaylı bir biçimde elde edilen kazanç, menfaat, yarar*” olarak açıklanmıştır⁶¹. Hukuk sözlüğünde de menfaat, “*yarar, çıkar, kâr*”

57 AKBULUT, *Rüşvet*, s. 641.

58 ÖNDER, s. 155; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1061; ÖZEN, *Rüşvet*, s. 198; ÖZALP, s. 181, KÜÇÜKİNCE, s. 68.

59 OKUYUCU ERGÜN, s. 44; ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 80; KAHRAMAN, s. 245; KILIÇ, s. 53; ÇAKIR, s. 36; AKYÜREK, s. 26.

60 Türkçe Sözlük için bkz.: <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.01.2021)

61 Türkçe Sözlük için bkz.: <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 17.01.2021)

olarak tanımlanmıştır⁶². Görüldüğü gibi kavramın ne genel ne de hukuki bakımdan detaylı ve sınırlı bir tarifinin olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla beraber kanun koyucu “*menfaat*” kavramını sadece rüşvet suçu kapsamında kullanmamıştır. Örneğin TCK m. 79’da yer alan göçmen kaçakçılığı suçunda “*doğrudan doğruya ve dolaylı olarak maddi menfaat*” kavramına yer verilmiştir. Söz konusu hükümde menfaat kavramı “*maddi*” sıfatı ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun menfaat kavramına maddi ve manevi menfaatleri içine alacak şekilde bir anlam yüklediği söylenebilir. Buna karşılık, insan üzerinde deney (TCK m. 90), dolandırıcılık (TCK m. 157, m. 158), ihaleye fesat karıştırma (TCK m. 235) ve edimin ifasına fesat karıştırma (TCK m. 236) suçlarında menfaat kavramı herhangi bir sınırlandırma ve özelleştirme olmadan yer almıştır. Söz konusu suç tiplerinde ise menfaat, ekonomik değeri olan maddi menfaat olarak yorumlanmaktadır⁶³.

Bunun yanı sıra rüşvet suçunun yer aldığı “*Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” bölümü altında yer alan irtikap (TCK m. 250), nüfuz ticareti (TCK m. 255) ve görevi kötüye kullanma (TCK m. 257) suçlarında da menfaat bu suç tiplerinin konusu olarak yer almaktadır. Ayrıca TCK m. 250/1-2’de irtikap suçunun konusu olarak “*yarar*” kelimesi kullanılmış fakat TCK m. 250/4’te irtikap edilen “*menfaatin değeri*” cezayı azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucu yarar ve menfaati birbirinden farklı anlamlar içeren iki farklı kavram olarak görmemektedir. Diğer bir deyişle, yarar ve menfaatin, kanun koyucu tarafından bilinçli olarak seçilen ve suç tipine göre tercih edilen birbirinden farklı kavramlar olmadığını belirtmek gerekir. Bu noktada aynı hükümde ve birbirini takip eden fıkralarda birbirinden farklı kavramlar kullanarak hükmün anlamını ve yorumunu zorlaştıran kanun koyucunun kanun yapmada gösterdiği özensizliği de eleştirmek gerekir⁶⁴.

62 YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, s. 444.

63 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 866; ÖZGENÇ İzzet, *İhale Sürecinde İşlenen Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, 2011, s. 73; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 734.

64 KAPLAN İbrahim, “*Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği*”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt: 47, Sayı:1, 1992, s. 99-101.

Hem rüşvet suçu hem de menfaat kavramının yer aldığı diğer suç tipleri göz önünde bulundurularak doktrinde bu kavramın nasıl tanımlandığına yer vermek gerekir. Menfaat, “kamu görevlisinin ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edim”⁶⁵, “kamu görevlisinin durumunu maddi veya manevi bakımından değiştirecek, onu tatmin edecek ve almadığı, kabul etmediği baline nispetle kendisini daha müsait duruma getirecek her şey”⁶⁶, “kişinin şahsi veya hukuki durumunu iyileştiren her şey”⁶⁷, “mali veya kişisel durumda ekonomik değeri olan iyileşme”⁶⁸, “ekonomik değer taşıyan herhangi bir çıkarın, faydalanmanın ve karın elde edilmesi”⁶⁹, “kamu görevlisini tatmin eden, daha iyi duruma getiren her türlü maddi ve manevi şey”⁷⁰, “ekonomik değer taşıyan yarar”⁷¹, “kişiye maddi veya manevi fayda veya avantaj sağlayan, durumunu iyileştiren ya da prestij kazandıran çıkar”⁷² şeklinde tanımlanmaktadır. Görüldüğü gibi tanımlardaki temel farklılığı menfaatin manevi bir nitelik de taşıyıp taşımayacağı oluşturmaktadır. Dolayısıyla yeknesak ve adil bir uygulama için TCK m. 252, 253 ve 254 düzenlemeleri bir bütün olarak göz önünde bulundurularak rüşvet suçunun konusunu oluşturan menfaatin ne ifade ettiğinin gerekçeli biçimde ortaya konması gerekir.

2.1.1. Maddi Menfaat

Maddi kelimesi sözlükte “mal, para, varlıkla ilgili olan” olarak tanımlanmıştır⁷³. Gerçekten maddi menfaat denilince akla gelen ilk şey bir miktar para veya parasal karşılığı olan bir eşyadır. Fakat para ve eşya dışında ekonomik olarak ölçülebilen, parasal bir karşılığı olduğu tespit edilebilen her türlü menfaatin de maddi menfaat olduğunu kabul etmek gerekir. Bu anlamda satın alınan bir eşyada

65 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1305.

66 ÖNDER, s. 155.

67 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s.1095.

68 EVİK Vesile Sonay, “İrtikap”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, 2007, s. 60.

69 KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2016, s. 911.

70 ARTUK/GÖKCEN/ALSAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1033.

71 ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 80.

72 YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt: 6, s. 7624.

73 Türkçe Sözlük bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)

indirim yapılması, bir kimseye olan borcun ödenmesi, borcun ileri bir tarihe ertelenmesi, bir eşyanın kullanımının bedelsiz olarak sağlanması, bir yakına iş bulunması, spor karşılaşmasına bilet veya giriş imkanı temin edilmesi, cebri icranın durdurulması, seyahat veya tatil masraflarının ödenmesi gibi şeyler maddi menfaat olarak sayılabilir.

Bu bakımdan ekonomik olarak ölçülebilen, parasal bir karşılığı olan, kişinin ekonomik durumunu iyileştiren veya ekonomik durumunun kötüleşmesine engel olan menfaati maddi menfaat olarak kabul etmek gerekir⁷⁴. Ayrıca ekonomik durumu geçici olarak iyileştiren menfaatin de maddi menfaat olduğu ileri sürülmüştür⁷⁵. Gerçekten bir borcun vadesinin uzatılması ya da geri ödenmek kaydıyla verilen bir miktar para maddi menfaat olarak rüşvet suçunun konusunu teşkil edebilir. Nitekim Yargıtay da geri ödenmek üzere alınan parayı rüşvet suçunun konusu olarak kabul etmiştir⁷⁶.

Hem doktrinde hem uygulamada maddi menfaat sağlanması ve maddi menfaat sağlama vaadinde bulunulması ile rüşvet suçunun meydana geleceği hususunda bir tereddüt veya görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Yargıtay da çeşitli kararlarında; 250 TL⁷⁷, 10 ABD doları⁷⁸, açık bono⁷⁹, çeyrek altın⁸⁰, bilezik⁸¹, kredi kartı borcunun ödenmesi⁸², telefon faturası ödenmesi⁸³, bir şişe rakı⁸⁴, telefon kar-

74 KARAKURT EREN, s. 166.

75 KARAKURT EREN, s. 166.

76 Yargıtay 5. CD., T. 10.12.1998, E. 1998/4129, K. 1998/4782, aktaran ÖZALP, s. 174.

77 Yargıtay 5. CD., T. 03.05.2007, E. 2007/84, K. 2007/3195 Bkz.: <https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2007-84-k-2007-3195-t-03-05-2007-rusvet/328106/rusvet> (Erişim Tarihi: 05.01.2021)

78 Yargıtay 5. CD., T. 13.04.2001, E. 2000/5233, K. 2001/2365, aktaran ÖZALP, s. 174.

79 Yargıtay 5. CD., T. 12.06.2012, E. 2012/5892, K. 2012/6669, aktaran ÖZALP, s. 174.

80 Yargıtay 5. CD., T. 04.03.2014, E. 2012/15391, K. 2014/2267, aktaran ÖZALP, s. 175.

81 Yargıtay 5. CD., T. 04.03.2013, E. 2012/15888, K. 2013/1527, aktaran ÖZALP, s. 175.

82 Yargıtay 5. CD., T. 19.02.2014, 2012/13540, 2014/1756 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2012-13540-k-2014-1756-t-19-02-2014/1738190/2012_13540 (Erişim Tarihi: 07.01.2021)

83 Yargıtay 5. CD., T. 19.02.2014, 2012/13540, 2014/1756 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2012-13540-k-2014-1756-t-19-02-2014/1738190/2012_13540 (Erişim Tarihi: 07.01.2021)

84 Yargıtay 5. CD., T. 26.04.2004, E. 2003/4860, K. 2004/337 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2003-4860-k-2004-337-t-26-04-2004-temyiz-isteminin-esastan-reddi-veya-hukum-bozulmasi/714807/2003_4860 (Erişim Tarihi: 07.01.2021)

tı⁸⁵, hayat kadını temin edilmesi⁸⁶, kol saati⁸⁷, taşınmazın piyasa değerinin altında satılması⁸⁸, borç para verilmesi⁸⁹, aracın tamir edilmesi⁹⁰ ve araca akaryakıt alınmasını⁹¹ menfaat olarak kabul etmiş ve rüşvet suçunun oluştuğuna hükmetmiştir.

2.1.2. Manevi Menfaat

Manevi kelimesi sözlükte “görülmeyen, duyularla sezilebilen, ruhani, tinsel, maddi karşısı” olarak tanımlanmıştır⁹². Manevi menfaat kavramı ise maddi karşılığı olmayan, ekonomik olarak ölçülemeyen, kişinin iç ve manevi dünyasına yönelik olan yarar olarak ifade edilebilir. Manevi menfaatlerin rüşvet suçunun konusunu oluşturup oluşturmayacağı ise tartışmalıdır.

Manevi menfaatleri rüşvet suçunun konusu olarak kabul etmeyen görüşe göre menfaat kavramının manevi menfaatleri de kapsadığının kabul edilmesi halinde ceza sorumluluğunun kapsamı çok geniş bir alana yayılacaktır⁹³. Ayrıca TCK m. 252/7 ile m. 254/1’de “rüşvet alan”, TCK m. 254/2’de “rüşvet veren” ifadelerine yer verilmiş olup, buradaki almak ve vermek kelimelerinin sadece para veya benzeri

-
- 85 Yargıtay 5. CD., T. 08.06.2006, E. 2006/3680, K. 2006/5083 Bkz: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2006-3680-k-2006-5083-t-08-06-2006-ceza-yargilamasinda-lehe-olan-hukumlerin-uygulanmasinda/669236/2006_3680 (Erişim Tarihi: 07.01.2021)
- 86 Yargıtay 5. CD., T. 20.11.2007, E.2006/10651, K.2007/9002, aktaran AKÇİN, s. 608; Yargıtay 5. CD., T. 06.12.2012, E. 2012/7547, K. 2012/12609 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2011-7547-k-2012-12609-t-06-12-2012/2822983/2012_7547 (Erişim Tarihi: 11.01.2021)
- 87 Yargıtay 5. CD., T. 01.02.1984, E. 1984/4367, K. 1984/252, aktaran ÖZALP, s. 175.
- 88 Yargıtay 5. CD., T. 05.02.2013, E. 2012/568, K. 2013/828, aktaran ÖZALP, s. 176.
- 89 Yargıtay 5. CD., T. 31.5.2004, E. 2003/5174, K. 2004/4397 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2003-5174-k-2004-4397-t-31-05-2004-temyiz-isteminin-esastan-reddi-veya-hukum-bozulmasi/717355/2004_5174 (Erişim Tarihi: 07.01.2021) haksızlık vasfını edinmiş oluriş olureorulanarak alt sınırdan ceza tayini gerektiği görüşündedir.z.: Recep Kahraman, Rüşvet,s.
- 90 Haksızlık vasfını edinmiş oluriş olureorulanarak alt sınırdan ceza tayini gerektiği görüşündedir.z.: Recep Kahraman, Rüşvet,s.Yargıtay 5. CD., T. 19.1.2009, E. 2008/15133, K. 2009/93 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2008-15133-k-2009-93-t-19-01-2009-fiyat-lari-etkileme-sucu/759871/2008_15133 (Erişim Tarihi: 11.01.2021)
- 91 Yargıtay 5. CD., T. 19.02.2014, 2012/13540, 2014/1756 Bkz.: https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2012-13540-k-2014-1756-t-19-02-2014/1738190/2012_13540 (Erişim Tarihi: 07.01.2021)
- 92 Türkçe Sözlük bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi:13.01.2021)
- 93 ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 80; TOROSLU, s. 300; ERMAN/ÖZEK, *Özel Bölüm*, s. 79; ÇAKIR, s. 36.

maddi menfaatleri niteleyebilen anlama sahip olduğu ileri sürülmüş-
tür⁹⁴.

Bunun yanı sıra TCK m. 254’te rüşvet suçunda etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, rüşvet alan kişi, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce *“rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde”* rüşvet suçundan dolayı cezalandırılmaz. Dolayısıyla rüşvet alan bakımından etkin pişmanlık halinin söz konusu olabilmesi için rüşvet konusu menfaatin yetkili makamlara *“aynen”* iade edilmesi gereklidir. Rüşvet suçunun konusunu sadece maddi menfaat olduğunu kabul eden görüş TCK m. 254 hükmünü de bu görüşe dayanak olarak göstermektedir⁹⁵. Zira manevi menfaatin elde edikten sonra aynen iadesinin mümkün olmadığı ortadadır⁹⁶.

Öncelikle, rüşvet suçunun konusunu sadece maddi menfaatlerin oluşturduğu görüşünü ceza sorumluluğunun alanını daraltmak amacıyla savunmak kabul edilebilir değildir. Ceza hukukunda yorum bir hukuk kuralının anlamını araştırmak için yapılan bir faaliyettir. Fakat yorum ile ulaşılmak istenen kuralın hakiki anlamıdır. Yorum ile olması gereken ya da olması istenen hukuk kuralı yaratılmamalı, kanun koyucu tarafından tanzim edilen kuralın gerçek anlamı ortaya konmalıdır. Bu bakımdan ceza sorumluluğunun genişlemesi veya daralması menfaatin anlamının tespiti bakımından önem teşkil etmemelidir. Bazen kanun metninde kullanılan kelimeler ifade edilmek istenen anlamı aşabilir. Bu durumda söz konusu kelimeleri gerçek anlamına indirgemek gerekebilir. Fakat TCK m. 252’de belirtilen menfaat kavramına kanun koyucunun iradesine aykırı olarak maddi bir nitelik yükleyerek hükmün kapsamını daraltmak kabul edilebilir değildir⁹⁷.

İkinci olarak, TCK m. 252/7, m. 254/1 ve m. 254/2 hükümlerinde yer verilen *“almak”* ve *“vermek”* kelimeleri sözlük anlamları dikkate alınarak rüşvet suçunun konusunu açıklama bakımından anlamlı bir içeriğe sahip değildir. Zira, almak *“bir şeyi elle veya başka bir araçla*

94 ÖZALP, s. 177; ÇAKIR, s. 36.

95 ÖZALP, s. 177; ÇAKIR, s. 36.

96 AKYÜREK, s. 26.

97 KÜÇÜKİNCE, s. 68.

tutarak bulunduğu yerden ayırmak, kaldırmak” anlamına gelirken⁹⁸, vermek ise “üzerinde, elinde veya yakınında olan bir şeyi birisine eriş-tirmek, iletmek” olarak tanımlanmaktadır⁹⁹. Bu tanımlara göre rüşvet suçunun konusunu sadece taşınabilir eşya ya da şey olarak kabul etmek gerekir. Bu kabule göre ekonomik değeri olan ve maddi menfaat olarak değerlendirilebilen borcun vadesinin ertelenmesi, fiyatta indirim yapılması, ücretsiz tamirat yapılması gibi menfaatler de rüşvet suçunun konusu olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla “almak” ve “vermek” kelimelerinden yola çıkarak rüşvet suçunun konusu olan menfaati tespit etmek bizi tutarlı ve anlamlı bir sonuca ulaştırmamaktadır. Bunun yanı sıra, TCK m. 252/1 ve m. 252/2’de “menfaat sağla-yan”, TCK m. 252/3’te ise “menfaat temini” kavramları kullanılmıştır. Menfaat kavramı ile beraber kullanılan sağlamak ve temin etmek ke-limleri varken, devam eden fıkralar ile sonraki hükümde kullanılan kelimeler ile menfaat kavramını yorumlamak da kabul edilebilir bir yorum tekniği değildir. Bununla beraber, kanun koyucunun devam eden fıkralarda ve hükümde de sağlamak veya temin etmek kelime-lerini kullanması hem hükmün anlam bütünlüğünü korumak hem hükmün doğru yorumlanması bakımından daha yararlı olacaktır.

Üçüncüsü, TCK m. 254’te düzenlenen etkin pişmanlık halinin söz konusu olabilmesi için rüşvet konusu şeyin soruşturma makam-larına “aynen” iadesi gerekmektedir. Bu düzenleme ile rüşvet suç-u-nun konusunun sadece aynen iadesi mümkün olan maddi menfaat olduğunu kabul etmek ise hükmün kapsamını son derece daralta-caktır. Kaldı ki etkin pişmanlık suç meydana geldikten sonra söz konusu olan ve kişinin cezasında indirim yapılması veya hiç ceza verilmemesi sonucunu doğuran bir haldir. Dolayısıyla suçun bütün unsurları ile tamam olması, meydana gelmesi ayrı bir olgu, suç mey-dana geldikten sonra söz konusu olan ve belli şartlar öngörülen et-kin pişmanlık hali ise ayrı bir olgudur. Diğer bir deyişle, failin etkin pişmanlık halinden yararlanma ihtimalini göz önünde bulundurarak suç tipini yorumlamamak gerekir. Aksi halde sadece manevi menfaatler değil aynen iadesi mümkün olmayan maddi menfaatler de rüşvet suçunun konusu dışında kalır.

98 Türkçe Sözlük bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

99 Türkçe Sözlük bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 15.01.2021)

Ayrıca görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin TCK’nın 257. maddesinde değişiklik yapan 08.12.2010 tarih ve 6086 sayılı Kanun’un¹⁰⁰ genel gerekçesinde “*ancak maddenin 1 ve 2. fıkralarında kazanç ibaresinin kullanılması, suçun oluşumu bakımından kişilere sağlanan “ekonomik” bir kazanç olarak algılanmasına sebebiyet vermiştir. Hal-buki söz konusu suç, görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaat da sağlanmış olabilir. Bu sebeple söz konusu fıkralarda yer alan kazanç ibaresi menfaat olarak değiştirilmiştir.*” ifadesine yer verilmiştir¹⁰¹. Buna göre, kanun koyucunun menfaat kavramını maddi menfaatle sınırlı bir şekilde kullanmadığı açıkça ortadadır.

Sonuç olarak menfaat kavramı hem maddi hem manevi menfaati kapsayacak şekilde anlaşılmalı, kişinin ekonomik durumunu iyileştiren menfaatler gibi kişinin iç ve manevi dünyasında etki doğuran, kişiyi manevi olarak iyileştiren, haz veren menfaatlerin de rüşvet suçunun konusunu oluşturduğu kabul edilmelidir¹⁰². Bu anlamda, cinsel arzuların tatmini¹⁰³, teşekkür veya methiye yazısı yazılması, madalya ya da unvan verilmesi, özel kulüplere kabul edilme, maaş artışına neden olmayan kıdem veya rütbe verilmesi manevi menfaatlere örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁴.

Bu sonuca rüşvet suçu ile korunan hukuki değeri göz önünde bulundurarak da varmak mümkündür. Zira kanun koyucunun rüşvet suçunun ihdası ile korumak istediği hukuki değer, devletin, faaliyetlerinde adil ve objektif olması, toplumu oluşturan her ferde tarafsız ve eşit davranması gerekliliğidir. Bunun yanı sıra, devlet faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin objektif ve tarafsızlığına ilişkin kamu güveni ile özel sektör kurumlarının dürüst ve güvenilir

100 Bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/12/20101219-2.htm> (Erişim Tarihi:13.05.2021)

101 İlgili Kanun’un gerekçesi için bkz.: <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanununda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-gerekceleri/1464276/6086> (Erişim Tarihi:13.05.2021)

102 Aynı yönde bkz.: ÖZEN, *Rüşvet*, s. 172; AKÇİN, s. 603.

103 “*Sanıkların yabancı uyruklu kadımları belirlenen otele fubuş yapmaları amacıyla gönderdikleri, oluşumu bu şekilde kabul edilen olayda sanığın, yapmaya mecbur olduğu adli görevini yapmaması için görevli memura “menfaat” olarak değerlendirilen ücretsiz olarak fubuş amaçlı kadın tedarik etme teklifinde bulunma eyleminin rüşvet teklif etme suçunu oluşturduğu*” Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 20.11.2007, E. 2006/10651, K. 2007/9002, aktaran ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, *Özel Hükümler*, s. 1095.

104 KARAKURT EREN, s. 174; ÖZALP, s. 178

çalışması da korunmak istenmiştir. Bu değerlerin yalnızca maddi menfaat sağlanması ile ihlal edilmesinin önüne geçilmesi ise kanun koyucunun hükmü koyarken taşıdığı amaca (*ratio legis*) aykırıdır¹⁰⁵. Dolayısıyla hükmün içeriği ve hükmün ihdası ile korunmak istenen hukuki değer dikkate alınırsa hem maddi hem manevi menfaatlerin rüşvet suçunun konusunu teşkil ettiği kabul edilmelidir¹⁰⁶.

Ayrıca rüşvet suçunun meydana gelmesi için bir rüşvet anlaşmasının varlığının kesin olarak ispatlanmasının gerektiği hatırlanmalıdır. Dolayısıyla, kişinin, görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması karşılığında manevi menfaati elde ettiğini, karşı tarafın da bu yapılan veya yapılmayan işe karşılık olarak manevi menfaati sağladığını bilmesi ve bu amaçla hareket etmesi gerekir. Bu bakımdan rüşvet anlaşması olmaksızın gelişen ve günlük hayatta gerçekleştirilen davranış normlarına uygun olan selamlaşma, gülümseme, basit derecede övgü, nezaket gösterme gibi manevi menfaat kapsamında kalıp kalmadığı tereddütü doğuran davranışlar suçun konusunu oluşturmaz. Zira bu tür davranışlar bakımından ne ortada bir rüşvet anlaşmasının olduğu ne de ilgili kişinin tarafsız ve objektifliğini kaybettiği ya da görevinin gereklerine aykırı davrandığı söylenebilir.

Bütün bu açıklamalara rağmen uygulamada rüşvet suçuna ilişkin ulaşılabilen kararlarda yargılama konusu olan olayların sadece maddi menfaatlerle ilgili olması dikkat çekicidir. Manevi bir menfaatin rüşvet suçunun konusunu oluşturup oluşturamayacağının tartışıldığı bir karar örneğine rastlanmamaktadır. Bu anlamda, Yargıtay’ın, sadece fuhuş için ücretsiz kişi temin edilmesi teklifini rüşvet teklifi olarak nitelendirdiği kararları bulunmaktadır¹⁰⁷. Ancak bu kararlara

105 “Kanunun suç saydığı bir fiil işlendikte, o fiili suç saymakta güdülen amaca, kanunun asıl fikrine “ratio legis” e bakmak gerekir: Yapılan hareketin bu amaca girdiğine kanaat getirildiği anda, bukuka aykırılık vardır ve bir takım düşüncelerle aynı hareketin “adil” veya “baklı” sayılabilmesinin hiçbir rolü yoktur; buna karşılık hareketin sözü geçen amaca uygun olmadığı, kanunun bu türden hareketleri yasaklayıp cezalandırmak amacını güdemeyeceği sonucuna varıldıkta, fiil bukuka uygundur ve bukuka uygunluğu belirten balin kanunlarda yazılı olup olmaması bakımından bir ayırım yapmaya gerek yoktur. Ceza Hukuku’nun da zımmin sınırları vardır. Maksatsız hukuk ve suç olamayacağı gibi; amacın ötesinde bir bukuka aykırılık da bulunamaz.” Bkz.: Yargıtay CGK., T. 20.03.1983, E. 1983/8-56, K. 1983/14. Bkz.: <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-1983-8-56-k-1983-144-t-28-03-1983-yargitay-ceza-genel-kurulu-karari/527839/> (Erişim Tarihi: 28.01.2021)

106 AKÇİN, s. 603.

107 Yargıtay 5. CD., T. 20.11.2007, E.2006/10651, K.2007/9002, aktaran AKÇİN, s. 608; Yargıtay 5. CD., T. 06.12.2012, E. 2012/7547, K. 2012/12609 Bkz.: <https://legalbank.net/>

dayanarak uygulamada cinsel ilişki temininin ve dolayısıyla manevi menfaatin rüşvet suçunun konusu olarak değerlendirildiği şeklinde bir genelleme yapmak hatalı olabilir¹⁰⁸. Çünkü söz konusu kararlar sadece ücret karşılığı fuhuş yapmayı meslek edinen kişiyle cinsel ilişki temin edilmesi teklifini ele almaktadır. Bu sebeple sözü edilen kararlara konu menfaatin parasal karşılığı bulunduğu, yani maddi menfaat vasfı taşıdığı söylenebilir¹⁰⁹.

Uygulamaya ilişkin olarak aktarılan bu durum, iddia makamları tarafından rüşvet suçunun konusunun maddi menfaatle sınırlı olarak anlaşıldığı ya da en azından maddi olmayan bir menfaatle görev kapsamındaki iş arasında karşılıklılık ilişkisini kurmak bakımından olası bir ispat güçlüğünden kaçınma eğiliminde olduğu şeklinde yorumlanabilir¹¹⁰. Yine de, son olarak, ispat ve tespit edildiği takdirde manevi menfaatin rüşvet suçunun konusu oluşturduğu tekrar belirtilmelidir.

2.2. Menfaatin Değeri

Rüşvet suçunu düzenleyen TCK m. 252’de sağlanan menfaatin değeri ya da miktarı bakımından bir açıklamaya yer verilmemiş, menfaatin sağlanması suçun oluşumu için yeterli görülmüştür¹¹¹. Fakat az veya çok her tür menfaat rüşvet suçunu meydana getirecek midir? Diğer bir deyişle rüşvet suçunun oluşumu için menfaatin belli bir miktarı aşması ya da belli bir değere ulaşması gerekecek midir? Bu sorulara cevap olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

İlk olarak, rüşvet suçunun oluşabilmesi için sağlanan menfaatin miktarının ya da değerinin ceza verilmesini gerektirecek bir ağırlıkta olması, fiilin haksızlık içeriğinin onun cezalandırılmasını gerektiren yoğunluğa ulaşması gerektiği ifade edilmiştir¹¹². İkinci olarak, temin

belge/y-5-cd-e-2011-7547-k-2012-12609-t-06-12-2012/2822983/2012_7547 (Erişim Tarihi: 28.01.2021)

108 Zira doktrinde cinsel duyguların tatmininin manevi menfaat kapsamında olduğu belirtilmiş ve söz konusu Yargıtay kararlarına atıf yapılmıştır. Bkz.: AKÇİN, s. 603; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1305; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Özel Hükümler*, s. 1095.

109 KARAKURT EREN, s. 176.

110 KARAKURT EREN, s. 176.

111 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1062.

112 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1062; ERMAN/ÖZEK, *Özel Bölüm*, s. 99; ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 81; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt: 6., s. 7642.

edilen düşük değerdeki menfaatlerin “*fiilin toplumsal uygunluğu (Sozialadaequanz)*” sebebiyle hukuka aykırı olarak kabul edilemeyeceği ve rüşvet suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir¹¹³. Üçüncü olarak ise sağlanan menfaat ile kişinin yaptığı veya yapmadığı iş arasında çok açık bir orantısızlık olması durumunda, bu menfaatin kişinin iradesine etkisinden bahsedilemeyeceği için rüşvet suçunun meydana gelmeyeceği savunulmuştur¹¹⁴. Bir diğer görüşe göre menfaatin miktarının ya da değerinin azlığı cezada bir indirim sebebi olarak değerlendirilmelidir¹¹⁵. Böylece hem ceza sorumluluğu kapsamı biraz daraltılmış hem de hakkaniyete uygun bir cezanın tayini sağlanmış olur¹¹⁶.

Fakat ifade etmek gerekir ki TCK m. 252’de menfaatin miktarı ya da değerine ilişkin bir sınır öngörülmemiştir. Bu sebeple menfaatin belli bir değere veya miktara ulaşması gerektiği için rüşvet suçu meydana gelmeyeceğinin kabulü mümkün değildir¹¹⁷. Düşük değerdeki menfaatlerin toplumsal uygunluğu dolayısıyla rüşvet suçunun oluşmadığını kabul etmek de mümkün değildir. Fiilin toplumsal uygunluğunun bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediği önemli bir tartışma konusu oluşturmakla birlikte, fiilin toplumsal uygunluğu teorisi geniş kapsamlı suç tiplerinin yorumlanmasında tatmin edici çözümler sunmaktadır. Fakat, rüşvet suçu bakımından, fiilin toplumsal uygunluğu gerekçesiyle, sadece menfaatin değeri göz önünde bulundurularak rüşvet suçunun oluşmadığı savunulamaz. Menfaatin değeri ile birlikte rüşvet anlaşmasının varlığı ve somut olaydaki diğer şartlar göz önünde bulundurularak bir sonuca varılmalıdır.

Menfaat ile kişinin yaptığı veya yapmadığı iş arasında bir orantının aranması gerektiği ve bu ikisi arasında açık bir orantısızlık olması halinde rüşvet suçunun meydana gelmeyeceği görüşü de kabul edilebilir değildir. Öncelikle TCK m. 252’de rüşvet suçunun oluşması bakımından böyle bir orantı aranmamıştır. Ayrıca kişinin elde

113 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1312.

114 TOROSLU, s. 301; KÜÇÜKİNCE, s. 69.

115 Bilhassa 6352 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra böyle bir düzenleme yapılması gerekliliği ifade edilmiştir. Bkz.: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1062.

116 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Özel Hükümler*, s. 1062.

117 AKÇİN, s. 603; ÖZALP, s. 190; KÜÇÜKİNCE, s. 69.

ettiği menfaat ile yaptığı iş arasındaki orantının nasıl belirleneceği ve hangi orantının suçun oluşumu için yeterli bulunacağı ayrı bir sorunu oluşturur. Örneğin bir arsanın mevzuata aykırı olarak imara açılması ile rüşvet veren bakımından ekonomik değeri çok yüksek bir yarar elde edilmiş olabilir. Buna karşın, kamu görevlisi, yaptığı veya yapmadığı işe ve imara açılma sonucu oluşan ekonomik değere kıyasla önemsiz bir menfaat elde etmiş olabilir. Burada kamu görevlisinin sağladığı menfaat ile yaptığı veya yapmadığı iş ve arsanın imara açılması sonucu ortaya çıkan ekonomik değer arasında açık bir orantısızlık olduğu gerekçesiyle rüşvet suçunun meydana gelmediğini savunmak mümkün değildir. Önemli olan menfaat ile yapılan iş arasındaki orantı değil, bir rüşvet anlaşması kapsamında temin edilen menfaatin kişinin tarafsız davranmamasına ve görevini gereği gibi yerine getirmemesine neden olmasıdır. Diğer bir deyişle menfaatin ilgili kişiyi teşvik etmesi, iki karşılıklı edim arasında işlevsel ve mantıksal bir bağ olması dikkate alınmalıdır¹¹⁸. Fakat böyle bir değerlendirmede bulunmadan, açık bir orantısızlık olduğu gerekçesiyle doğrudan rüşvet suçunun oluşmadığını kabul etmek mümkün değildir.

Ayrıca rüşvet suçunda sağlanan menfaatin miktarı ve değeri cezada indirim gerektiren bir hal olarak da değerlendirilmemelidir. Zira kanun koyucunun böyle bir iradesi olsaydı, bunu TCK m. 252 ve devamında öngörmesi gerekirdi. Nitekim TCK m. 254'te rüşvet suçunda etkin pişmanlık hali, TCK m. 250/4'te ise irtikap suçu bakımından menfaatin değeri bir indirim sebebi olarak düzenlenmiştir. Benzer olarak TCK m. 145'te hırsızlık suçu bakımından malın değerini az olması duruma göre indirim sebebi duruma göreyse - suçun işleniş şekli ve özellikleri göz önünde bulundurularak - bir cezasızlık nedeni olarak öngörülmüştür. Yine mülga 765 sayılı TCK m. 219/3'te¹¹⁹ menfaatin değerinin azlığı rüşvet suçunun cezasını azaltan bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan kanun koyucunun irade buyurmadığı bir hususun, yorum yolu ile kanuna eklenmesi kabul edilemez. Bununla beraber, menfaatin değeri ve miktarı TCK

118 ÖZALP, s. 193.

119 765 sayılı TCK m. 219/3 - “202 ila 218 inci maddelerde yer alan cürümler dolayısıyla alınan veya verilen rüşvet veya yararın değeri hafif olduğu takdirde verilecek cezanın yarısı, pek hafif olduğu takdirde üçte ikisi indirilir.”

m. 61 hükmü¹²⁰ kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Menfaatin değerinin azlığını dikkate alan bir diğer görüş ise CMK m. 223/4’te¹²¹ düzenlenen “*işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” sebebine dayanılarak ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilebileceğini belirtmiştir¹²². Fakat suçun konusunun değerinin azlığı ile fiilin haksızlık içeriğinin azlığı birbirinden farklı hususlardır. Örneğin kamu görevlisi rüşvet olarak kabul ettiği menfaatin değeri az olsa dahi, görevinin gereklerine aykırı olan ve haksızlık içeriği fazla olan bir fiil gerçekleştirmiş olabilir. Bununla beraber, Yargıtay da CMK m. 223/4’te yer alan “*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilebilmesi için fiilin suç olarak yer aldığı kanunda bu hususta açık bir düzenlemenin bulunması gerektiğine karar vermiştir. Başka bir anlatımla “*fiilin haksızlık içeriğinin azlığı*” her suç için uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olmayıp sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama imkanı bulunan bir hükümdür¹²³.

Bunun yanı sıra menfaatin miktarını veya değerini her zaman objektif olarak tespit etmek mümkün olmayabilir. Kişilere ve somut olayın koşullarına göre menfaate atfedilen önem değişebilir. Burada mühim olan kamu görevlisine sağlanan menfaatin kamu görevlisinin tarafsız ve eşit davranması gerekliliği üzerindeki etkisidir. Suçla korunan hukuki değer göz önünde bulundurulması halinde de aynı sonuca varmak gerekir. Bu bakımdan menfaatin objektif olarak taşıdığı değer ya da menfaatin yapılan iş karşısındaki orantısı değil, kamu görevlisinin şahsına ve görevinin ifasına olan etkisi göz önünde bulundurulmalıdır. Aynı husus TCK m. 252/8 ve m. 252/9’da

120 TCK m. 61/1 - “Hakim, somut olayda; ... suçun konusunun önem ve değerini ... göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

121 CMK m. 223/4 - “İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen; ... işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı, dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

122 ÖZEN Mustafa, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınları, 4. Baskı, 2019, s. 839.

123 Yargıtay 4. CD., T. 14.01.2019, E. 2014/39135, K. 2019/57. Bkz.: <https://legalbank.net/belge/y-4-cd-e-2014-39135-k-2019-57-t-14-01-2019/3618729/fiilin+haksizlik+içeriğinin+azlığı> (Erişim Tarihi: 07.02.2021)

belirtilen kişilere temin edilen menfaatin, bu kişilerin görevlerinin gerekliliği üzerindeki etkisi bakımından da geçerlidir. Buna bir pul koleksiyonerine, koleksiyonundaki eksik parçanın rüşvet olarak temin edilmesi örnek olarak verilebilir. Objektif olarak değerlendirildiğinde bir pulun çoğu kişi için önemsiz veya değersiz olduğu kabul edilebilir. Fakat koleksiyonundaki eksik parçanın temini o kişi bakımından önemli ve eşsiz bir menfaat olarak algılanabilir. Dolayısıyla somut olaydaki şartlar göz önünde bulundurularak, temin edilen menfaatin ilgili kişi üzerindeki etkisi dikkate alınarak bir sonuca varmak gerekir.

2.3. Menfaatin İmkansızlığı

TCK m. 252’nin birinci ve ikinci fıkrasına göre rüşvet suçu menfaatin sağlanması ile tamamlanmaktadır. Bunun yanı sıra, TCK m. 252/3’te rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde de rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu rüşvetle etkin mücadele etmek amacıyla cezalandırmanın kapsamını genişletmiş, rüşvet anlaşması yapılması halinde bile failerin suçun tam cezasıyla cezalandırılacağını düzenlemiştir¹²⁴.

Aslında menfaat sağlama fiilinin söz konusu olması halinde rüşvet suçunun oluşacağı hususunda bir şüphe bulunmamaktadır. Zira bu halde taraflar arasında açık ya da örtülü bir rüşvet anlaşması kurulmuş ve kişi görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması karşılığında bir menfaat elde etmiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde artık temin edilmiş belirli bir menfaatten ve tamamlanmış rüşvet suçundan bahsedilir. Bununla beraber, menfaat sağlama vaadinin söz konusu olması halinde henüz ortada sağlanmış, temin edilmiş bir menfaat değil, sağlanması veya temin edilmesi vaat edilen bir menfaat vardır. Menfaatin imkansızlığı bu noktada önem kazanmaktadır.

¹²⁴ “Rüşvet suçunun menfaatin kamu görevlisi tarafından temin edildiği anda tamamlandığı, ancak izlenen suç siyasetinin gereği olarak belli bir işin yapılması veya yapılmaması amacıyla yönelik menfaat sağlanmasını öngören bir anlaşmanın yapılması durumunda dahi rüşvet suçu tamamlanmış gibi cezaya hükmedileceği, tebliğnamede yer alan teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına yönelik bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir” Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 05.02.2019, E. 2017/957, K. 2019/1339 (<https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2017-957-k-2019-1339-t-05-02-2019/3436831/rusvet+anlasmasi+tamamlanmis> Erişim Tarihi: 11.02.2021)

Rüşvet suçunun konusu olan menfaatin yerine getirilmesinin imkansız olması halinde, bu imkansızlığın suça etkisi açıklığa kavuşturulmalıdır. Söz konusu menfaati sağlamanın imkansız olması durumunda rüşvet suçunun oluşmayacağını savunan görüş¹²⁵ olduğu gibi, rüşvet anlaşmasının taraflara yüklediği edimlerin mümkün olup olmadığına bakılmaksızın suçun meydana geldiğini ileri süren görüş de vardır¹²⁶.

Menfaatin imkansızlığı sorunu da rüşvet suçu ile korunmak istenen hukuki değer dikkate alınarak çözülmelidir. Diğer bir deyişle menfaatin imkansızlığının ilgili kişi tarafından idrak edilip edilememesi önemlidir. Eğer rüşvet anlaşmasında diğer kişi tarafından yapılan ve aslında sağlanması imkansız olan bir menfaat vaadi var olmasına rağmen, ilgili kişi bu imkansızlığı idrak edemediyse rüşvet suçunun var olmadığını iddia etmek doğru olmayacaktır. Zira kişi elde edeceğini düşündüğü menfaate karşılık olarak rüşvet anlaşması kapsamında görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapmakta veya yapmamaktadır. Örneğin kamu görevlisine vaat ettiği maddi menfaati sağlamaya ekonomik durumu el vermeyen ya da kamu görevlisine vaat ettiği istediği yere tayin edilmesini sağlamaya nüfuzu yetmeyen kişinin vaadi bu kapsamdadır¹²⁷. Görüldüğü gibi buradaki imkansızlık subjektif bir nitelik taşımaktadır ve bu halde rüşvet suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Bununla beraber imkansızlığın objektif bir nitelik taşıdığı durumlarda artık rüşvet suçunun oluşmadığını belirtmek gerekir. Zira ortada açık bir imkansızlık, temin edilmesi mümkün olmayan menfaat bulunmaktadır. İster maddi ister manevi menfaat olsun, eğer

125 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 1047.

126 ÖZEN, *Rüşvet*, s. 179; EREM Faruk, *İrtikap Cürmü*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 10. Bu görüşe göre vaadin konusunun nesnel olarak yerine getirilmesinin imkansız olduğu zaman da rüşvet suçu oluşur zira vaadin somut olarak gerçekleştirilebilme özelliği rüşvet suçunun yapısında yoktur. Ancak vaadin gerçekleşmesi kesin olarak imkansız ise rüşvet suçunun meydana gelmediğini kabul etmek gerekir. Bkz.: ÖZEN, *Rüşvet*, s. 179.

127 Bu örneklerdeki vaatlerin objektif olarak imkansız olduğu ifade edilse de buradaki imkansızlık mutlak ve önceden öngörülebilir nitelikte değildir. Nitekim vaatte bulunan kişinin daha sonra bu vaatleri sağlamaya muktedir duruma gelmesi de muhtemeldir. Dolayısıyla objektif imkansızlık ile belli bir kişiye bağlı olmaksızın, herkes için gerçekleştirilmesi imkansız olan menfaat belirtilmektedir. Ekonomik durumu ile bağdaşmayan maddi menfaat temini ile nüfuz gücü ile bağdaşmayan tayin vaadinin objektif imkansızlık taşıdığı görüşü için bkz.: ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 1047.

objektif olarak yerine getirilmesi mümkün olmayan bir menfaat söz konusuysa artık rüşvet suçunun oluşması da mümkün değildir. Cennetten yer temin etmek, büyü yapmak, bir şehrin mülkiyetini devretmek mutlak ve açık olarak imkansız olan menfaat vaatlerine¹²⁸ örnek olarak verilebilir¹²⁹.

2.4. Menfaatin Belirliliği

TCK m. 252’de menfaat sağlama ve menfaat sağlama vaadinden söz edilmiş fakat bu menfaatin belirliliği konusunda bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu nedenle doktrinde menfaatin belirliliğine yönelik farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Menfaatin imkansızlığında olduğu gibi burada da “*menfaat sağlama*” fiilinin söz konusu olması halinde rüşvet suçunun oluşacağı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu halde taraflar arasında açık ya da örtülü bir rüşvet anlaşması kurulmuş ve kişi görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması ya da yapmaması karşılığında bir menfaat elde etmiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde artık temin edilmiş belirli bir menfaatten ve tamamlanmış rüşvet suçundan bahsedilir. Bununla beraber, menfaat sağlama vaadinin söz konusu olması halinde henüz ortada sağlanmış, temin edilmiş bir menfaat değil, sağlanması veya temin edilmesi vaat edilen bir menfaat vardır. Menfaatin belirliliği hususu bu noktada değerlendirilmelidir. Bu halde tarafların sağlanacak menfaati ayrıntılı olarak belirlemeleri, açık ve kesin olarak kararlaştırmaları gerekir mi? Yoksa muayyen kılınmamış, belirlenmemiş ama vaat edilmiş menfaat rüşvet suçunun oluşması için yeterli olur mu?

Bir görüş rüşvet suçunun konusu olan menfaatin belirli olması gerektiğini ifade etmiştir. Rüşvet suçunda, kişinin görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması karşılığında belirli ve gerçek bir menfaat etmesi gerekir¹³⁰. Zira rüşvet anlaşmasının kurulması için

128 Bu tür gerçekleştirilmesi objektif olarak imkansız olan vaatlerin hukuki anlamda vaat sayılmadığı da ileri sürülmüştür. Esasen bu kabule göre de asıl önemli olan nokta vaadin objektif olarak imkansız olup olmadığı hususudur. Bkz.: ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 1047.

129 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 1047, ÖZALP, s. 284, KARAKURT EREN, s. 175.

130 KAHRAMAN, s. 253.

rüşvet konusu menfaat üzerinde tarafların iradelerinin uyuşması lazımdır. Menfaatin belirlenebilir olmaması durumunda ise rüşvet anlaşmasının varlığı kabul edilemez¹³¹.

Bir diğer görüşe göre ise rüşvete konu olan menfaatin mutlaka belirli olması gerekli değildir¹³². Bu görüşe katılmakla birlikte belirlenmiş olmayan bu menfaatin rüşvet anlaşmasını kurabilecek bir mahiyette olması gerektiğini de ifade etmek gerekir. Zira daha önce de belirtildiği gibi rüşvet suçunun varlığı için rüşvet anlaşmasının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanması lazımdır. Bu anlamda, menfaatin cins, değer ve miktar olarak belirtilmeksizin vaat edilmesi rüşvet suçunu oluşturur¹³³. Örneğin “seni ihya ederim”, “seni görürüm” şeklindeki menfaat vaadi rüşvet anlaşması için yeterlidir¹³⁴.

Uygulamada da, menfaatin cinsi, değeri, miktarı belirlenmeden ve somutlaştırılmadan rüşvet teklifi yapıldığı görülmektedir¹³⁵. Zira taraflardan açık ve sarıh bir rüşvet anlaşması yapmasını beklemek hayat gerçekleri ile örtüşmemektedir¹³⁶. Her ne kadar ortada bir anlaşma olsa da, bu hukuk tarafından korunmayan, açık ya da örtülü şekilde kurulması mümkün olan ve kurulması için tarafların özgür iradelerinin uyuşması yeterli olan bir anlaşmadır. Sonuç olarak, karşı

131 KAHRAMAN, s. 253.

132 OKUYUCU ERGÜN, s. 44; ÖZGENÇ, *Rüşvet*, s. 81.

133 BAYTEMİR Erdal, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 88, 2010, s. 346.

134 OKUYUCU ERGÜN, s. 44. Bununla beraber, menfaatin belirli veya belirlenebilir olmaması halinde sözleşmenin kurucu unsurlarının eksikliği nedeniyle rüşvet anlaşmasının kurulmayacağı, tarafların tamamlanmış rüşvet suçundan değil, rüşvet suçuna teşebbüsten dolayı sorumlu olacağı da ifade edilmiştir. Bkz.: KAHRAMAN, s. 254.

135 “Kamu görevlisine sağlanmak istenen menfaatin cins, değer ve miktarını belirtmeksizin rüşvet teklif veya önerisinde bulunulması halinde de rüşvet suçunun oluşacağına tereddüt bulunmaması, suçun varlığı için anlaşmanın yeterli olması, menfaatin sağlanıp sağlanmadığının öneminin olmaması karşısında, bu eylemlerinin ayrı ayrı rüşvet suçunu oluşturacağı” Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 08.04.2015, E. 2015/1768, K. 2015/9621 (https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2015-1768-k-2015-9621-t-08-04-2015/2243992/2015_1768 Erişim Tarihi: 22.02.2021); Bununla beraber Yargıtay bazı kararlarında ise rüşvet konusunun belirli olmadığı hallerde rüşvet değil kamu görevlisine hakaret suçunun oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: “Sanığın yönetiminde ki özel aracıyla seyir halindeyken kendisini durdurup aracında bulunan arkadaşı Mustafa’ya ait ruhsatsız tabancayı yakalayan müşteki jandarma karakol komutanına “bu işi halledelim, ne kadar istersen verelim” dediği dosya içeriğinden anlaşılmasına ve oluş mabkemece de bu şekilde kabul edilmiş bulunmasına göre vermeyi teklif ettiği paranın miktarını açıklamamış olması nedeniyle eylemin rüşvet teklifi olmayıp, memura hakaret niteliğinde bulunduğu gözlemlenmiştir.” Bkz.: Yargıtay 5. CD., E. 1997/477, K. 1997/804, aktaran KAHRAMAN, s. 254.

136 AKÇİN, s. 604.

tarafa yönelik bir menfaat teminini ifade eden belirli veya belirsiz vaat, karşı tarafın da kabulü ile rüşvet anlaşmasını ve dolayısıyla rüşvet suçunu meydana getirir. Yeter ki söz konusu vaat gerçekleştirilmesi objektif olarak imkansız olan bir menfaat olmasın. Son olarak, Yargıtay da, menfaatin değerinin ve miktarının belirsiz olmasının rüşvet suçunun oluşmasını engellememesine rağmen menfaatin belirsizliğinin fail lehine yorumlanarak alt sınırdan ceza tayini gerektiğine hükmetmiştir¹³⁷.

2.5. Menfaatin Meşruluğu

TCK m. 252’de rüşvet suçunun bir unsuru olarak sadece menfaat kavramından söz edilmiş, menfaatin meşruluğu ya da haksızlığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu yönüyle 5237 sayılı TCK ile 765 sayılı TCK arasında bir benzerlik bulunduğu söylenebilir. Zira 765 sayılı TCK’da da sadece “*para, hediye ve her ne nam altında olursa olsun sağladıkları diğer menfaatler*” ibaresine yer verilmiştir. Bu nedenle 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi günümüzde de rüşvet suçunun konusunu oluşturan menfaatin meşru olup olmaması tartışması geçerlidir¹³⁸.

Bir görüşe göre rüşvet suçuna konu olan menfaatin meşru olmaması gereklidir¹³⁹. Menfaatin meşru olmaması gerekliliği, diğer bir ifadeyle menfaatin hukuken verilmesi gerekmeyen bir nitelikte olması o kadar açıktır ki kanun koyucu bunu ayrıca belirtmeye gerek görmemiştir¹⁴⁰. 765 sayılı TCK döneminde bu yöndeki görüşün hakim olduğu ifade edilebilir¹⁴¹. Yine bu görüşe göre menfaatin meşruluğu kanundan kaynaklanabileceği gibi örf ve adetten de doğabilir. Dolayısıyla elde edilen menfaatin meşru olması halinde rüşvet suçu meydana gelmez. Örneğin, kamu görevlisinin yapması gereken bir iş karşılığında borçlusundan alacağını tahsil etmesi halinde, elde edi-

137 Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 07.05.2001, E. 2000/6413, K. 2001/3033; Yargıtay 5. CD., T. 20.12.2012, E. 2012/11448, K. 2012/134458, aktaran AKÇİN, s. 605-609.

138 EREM Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Cilt: 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 1993, s. 1323; KAHRAMAN, s. 255; KARAKURT EREN, s. 177.

139 GÖKCAN, *Görevi Kötüye Kullanma - Zimmet - Banka Zimmeti - İrtikap ve Rüşvet Suçları*, s. 502; GÜRELLİ Nevzat, *İrtikap ve Rüşvet Cürümleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1954; s. 93.

140 GÜRELLİ, *İrtikap ve Rüşvet Cürümleri*, s. 93;

141 ÖZALP, s. 194.

len menfaat meşru bir menfaat olduğu için rüşvet suçu oluşmaz. Bu görüşe TCK m. 252’nin gerekçesinde yer alan *“haksız menfaatin, hukuki olmayan bir işin yapılması ya da yapılmaması amacıyla temin edilmiş olması gerekir”* ifadesi ve Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nin 2, 3, 7 ve 8. maddelerinde rüşvet suçu tanımlanırken *“haksız menfaat”* ibaresinin¹⁴² kullanılması da dayanak olarak gösterilebilir.

Diğer görüş ise TCK’da rüşvet suçu bakımından menfaatin meşru ya da haklı olmamasına ilişkin bir şart aranmadığını ileri sürmektedir¹⁴³. TCK m. 252’nin gerekçesinde ifade edilen *“haksız”* ibaresi ise kanuni düzenlemenin önüne geçmemelidir. Dolayısıyla kanun koyucunun düzenlemediği bir unsuru yorum yoluyla suç tipine dahil etmeyi kabul etmemek gerekir. Zira yine *“Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”* başlığı altında yer alan TCK m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunda menfaatin *“haksız”* olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bu bakımdan, kanun koyucu rüşvet suçunun oluşması için de menfaatin haksız olması gerektiğini öngörmek isteseydi, TCK m. 257’de olduğu gibi bu ibareye TCK m. 252’de de yer verirdi¹⁴⁴. Aynı şekilde TCK m. 250’deki irtikap suçu düzenlemesinde de sağlanan yararın *“haksız”* olmasına ilişkin bir koşula yer verilmemiştir. Halbuki 765 sayılı TCK m. 209’da¹⁴⁵ yer alan irtikap suçu düzenlemesinde açıkça *“haksız”* ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla, kanun koyucu, irtikap suçunun oluşması bakımında da yararın haksız olması gerektiğini isteseydi, mülga kanunda olduğu gibi bu ibareye 5237 sayılı TCK m. 250’de tekrar yer vermesi gerekirdi. Buna rağmen doktrinde irtikap suçu bakımından da yararın niteliğine ilişkin bir görüş birliği bulunmamakta, suçun oluşması

142 Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5065.html>; Aynı zamanda Birleşmiş Millet Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nin 15 ve 21. maddelerinde de rüşvet suçu tanımlanırken *“haksız menfaat”* ibaresi kullanılmıştır. Bkz.: https://www.tbmm.gov.tr/etik_komisyonu/belgeler/sozlesme_BM.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021)

143 KARAKURT EREN, s. 178; ÖZALP, s. 195.

144 KARAKURT EREN, s. 178.

145 765 sayılı TCK m. 209 – “Memuriyet sıfatını veya görevini kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına haksız olarak para verilmesine veya sair menfaatler sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına, bir kimseyi icbar eden memura altı yıldan az olmamak üzere ağır bapis cezası verilir.”

için yararın haksız olması gerektiği savunulduğu gibi¹⁴⁶, haklı ya da haksız her türlü yararın sağlanmasının irtikap suçunu meydana getireceği de ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Hem aynı suç tipini düzenleyen 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK’nın ilgili hükümlerinde hem de 5237 sayılı TCK’nın aynı başlığı altında birbirini takip eden hükümlerde birbirinden farklı kavramları tercih eden kanun koyucunun bu iradesine uygun bir yorumda bulunmak gerekir. Sonuç olarak rüşvet suçunda – irtikap suçunda olduğu gibi – kanun koyucunun menfaatin meşruluğu bakımından bir sınırlandırmada bulunmadığı kabul edilmelidir.

Bununla beraber, elde edilen menfaat esasen meşru olsa dahi, kamu görevlisinin veya rüşvet suçunun faili olabilen diğer kişilerin yerine getirdiği görevi söz konusu menfaati elde etme bakımından araç olarak kullanması üzerinde durulmalıdır. Zira elde edilen menfaatin meşruluğu ile menfaatin elde ediliş biçimi birbiriyle yakın ilişki içindedir. Örneğin kamu görevlisi vazifesini yerine getirirken kanunun ya da mevzuatın kendisine çizdiği sınırlar içinde tarafsız ve objektif davranmakla yükümlüdür. Ayrıca kamu görevlisi yerine getirdiği vazifesi karşılığında sadece mevzuatta düzenlenmiş olan özlük hakları kapsamında bir değeri veya yararı elde edebilir. Kamu görevlisinin, bir rüşvet anlaşmasına bağlı olarak, bunun dışında başka bir değer ya da menfaat elde etmesi artık o menfaate ilişkin haksızlık unsurunu da meydana getirmiş olur. Diğer bir deyişle kamu görevlisinin vazifesini araç olarak kullanarak esasen meşru olan bir menfaati elde etmesi halinde, artık o menfaat meşru olmama vasfını edinmiş olur. Bu nedenle menfaatin meşruluğu ya da haklılığı tartışmasına gerek duymaksızın menfaatin elde ediliş biçimi ile bu sorun çözülebilir. Sonuç olarak kamu görevlisinin yerine getirdiği vazifeyi meşru bir menfaati elde etmede araç olarak kullanması halinde de artık menfaat meşruluğunu yitirdiği için rüşvet suçu oluşacaktır. Diğer taraftan, kamu görevlisinin meşru bir menfaati elde etmesi ile rüşvet suçunun meydana gelmeyeceği görüşü, rüşvet veren taraf için de sonuç doğurur. Zira, bu kabule göre, rüşvet verenin, meşru bir işinin yerine getirilmesi amacıyla kamu görevlisine menfaat sağ-

146 KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*; s. 952.

147 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1281.

laması durumunda, rüşvet suçunun oluşmayacağını savunmak gerekir¹⁴⁸. 6352 sayılı Kanun sonrası TCK’daki rüşvet suçu sistematığıne göre ise bunun kabul edilmesi mümkün değildir.

Ayrıca rüşvet suçunun ihdası ile korunmak istenen hukuki değer, kişinin görevinin gereklerine uygun olarak görevini ifa etmesi ve kamu ile özel sektör kurumlarının dürüst ve güvenilir çalışması gerekliliğidir. Dolayısıyla rüşvet suçunda meşru olmayan bir menfaatin elde edilmesi değil, kişinin görevinin gereklerine aykırı davranması cezalandırılmaktadır. Örneğin rüşvet alan bir kamu görevlisi, meşru olmayan bir menfaati elde ettiği için değil, tarafsız ve objektif davranmadığı için yaptırımla karşılaşır. Bu bakımdan da meşru bir menfaatin elde edilmiş olmasının rüşvet suçunun meydana gelmesini etkilemediğini ifade etmek gerekir. Sonuç olarak sağlanan menfaatin meşru olup olmaması rüşvet suçunun meydana gelmesi açısından önem taşımaz.

2.6. Menfaat ve Hediye Ayrımı

Rüşvet vermek hemen hemen her ülkede suç olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, kamu görevlisine hediye verilmesi her toplumun kendi kültürel özellikleri bağlamında ele alınmalıdır. Ülkemizde hediyeleşme kültürünün yaygın olduğu söylenebilir. Dolayısıyla hediye ve rüşvet kavramları arasındaki ilişkiyi değerlendirmek gerekir.

Hediye; “birini sevindirmek, mutlu etmek, onurlandırmak, kutlamak için veya anı olarak verilen şey, armağan” olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹. Aslında hem hediye hem rüşvette bir menfaatin karşı tarafa temin edilmesi söz konusudur. Fakat hediye bir karşılık beklenmemesine rağmen, rüşvette belli bir işin yapılmasının veya yapılmamasının karşılığı olarak menfaat temin edilmektedir. Diğer bir ifadeyle hediye tek taraflı bir edim içerirken, rüşvette her iki tarafın karşılıkları edimleri vardır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 29’a göre devlet memurlarının hediye almaları ve menfaat sağlamaları yasaktır. Bununla be-

¹⁴⁸ ÖZALP, s. 195.

¹⁴⁹ Türkçe Sözlük için bkz.: <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 23.02.2021)

raher, 25.05.2004 tarih ve 5176 sayılı Kanun¹⁵⁰ ile Kamu Görevlileri Etik Kurulu kurulmuş ve 657 sayılı Kanun m. 29’un ikinci fıkrasına, Kamu Görevlileri Etik Kurulu’nun hediye alma yasağının kapsamını belirlemeye yetkili olduğu hükmü eklenmiştir. Ardından 13.04.2005 tarihinde yayımlanan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹⁵¹ m. 15’de “*kamu görevlisinin tarafsızlığını, performansını, kararını veya görevini yapmasını etkileyen veya etkileme ihtimali bulunan, ekonomik değeri olan ya da olmayan, doğrudan ya da dolaylı olarak kabul edilen her türlü eşya ve menfaat hediye kapsamında*” olduğu kabul edilmiş ve her türlü hediye alma ile menfaat sağlama yasaklanmıştır. Fakat söz konusu Yönetmelik yine m. 15 ile hediye alma ve menfaat sağlama yasağına iki istisna getirmiştir. Bunlardan ilki 3628 sayılı Kanun m. 3 düzenlemesi¹⁵² diğeri ise Yönetmelik m. 15’de sayılan hediyelerdir¹⁵³. Dolayısıyla bu iki istisna dışında kamu görevlilerinin hediye alması ve menfaat sağlaması yasaktır.

150 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun için bkz.: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/06/20040608.htm#21> (Erişim Tarihi: 24.02.2021)

151 Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik için bkz.: <http://www.etik.gov.tr/wp-content/uploads/2019/09/kamugorevlilerietikdavranisilkeleriilebasvuru.pdf> (Erişim Tarihi: 25.02.2021)

152 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüsvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu m. 3 – “Yukarıdaki maddede sayılan kamu görevlileri, milletlerarası protokol, mücamele veya nezaket kaideleri uyarınca veya diğer herhangi bir sebeple, yabancı devletlerden, milletlerarası kuruluşlardan, sair milletlerarası hukuk tüzelkişiliklerinden, Türk uyruğunda olmayan herhangi bir özel veya tüzelkişi veya kuruluştan; aldıkları tarihteki değeri on aylık net asgari ücret toplamını aşan hediye veya hibe niteliğindeki eşyayı aldıkları tarihten itibaren bir ay içinde kendi kurumlarına teslim etmek zorundadırlar. Ancak, yabancı devlet adamları ve milletlerarası kuruluş temsilcileri tarafından verilen imzalı batıra fotoğraflarının çerçeveleri bu madde bükümlerine dabil değildir. Hediyelerin bedellerinin tespiti çıkarılacak yönetmeliğe göre Maliye ve Gümrük Bakanlığıca yapılır.”

153 Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri İle Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 15 – “Aşağıda belirtilenler hediye alma yasağı kapsamı dışındadır:

a) Görev yapılan kuruma katkı anlamına gelen, kurum hizmetlerinin hukuka uygun yürütülmesini etkilemeyecek olan ve kamu hizmetine tahsis edilmek, kurumun demirbaş listesine kaydedilmek ve kamuoyuna açıklanmak koşuluyla alınanlar (makam aracı ve belli bir kamu görevlisinin hizmetine tahsis edilmeye üzere alınan diğer hediyeler hariç) ile kurum ve kuruluşlara yapılan bağışlar;

b) Kitap, dergi, makale, kaset, takvim, cd veya buna benzer nitelikte olanlar;

c) Halka açık yarışmalarda, kampanyalarda veya etkinliklerde kazanılan ödül veya hediyeler;

d) Herkese açık konferans, sempozyum, forum, panel, yemek, resepsiyon veya buna benzer etkinliklerde verilen batıra niteliğindeki hediyeler;

e) Tanıtım amacına yönelik, herkese dağıtılan ve sembolik değeri bulunan reklam ve el sanatları ürünleri;

f) Finans kurumlarından piyasa koşullarına göre alınan krediler.”

Kamu görevlisi, 3628 sayılı Kanun m. 3'te ve Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 15'te belirtilen temin edilmesi yasaklanmayan hediye ya da menfaati kabul ederse herhangi bir hukuka aykırılık söz konusu olmayacaktır. Fakat kamu görevlisi bu iki istisna düzenleme dışında kalan ve hediye alma ile menfaat sağlama yasağı kapsamında olan bir hediye ya da menfaati karşılığında bir edim gerçekleştirilmeden diğer bir deyişle ortada bir rüşvet anlaşması olmaksızın tek taraflı olarak kabul ederse, artık 657 sayılı Kanun'un disiplin yaptırımı veya 3628 sayılı Kanun m. 13'te düzenlenen cezai yaptırım ile karşılaşır¹⁵⁴.

Kamu görevlisi, 3628 sayılı Kanun m. 3'te ve Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 15'te kabul edilmesi veya sağlanması yasaklanmayan bir hediye ya da menfaati veya bunların dışında herhangi bir hediye ya da menfaati bir rüşvet anlaşması kapsamında diğer bir deyişle görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması karşılığında temin ederse artık rüşvet suçu meydana gelecektir. Dolayısıyla burada göz önünde bulundurulması gereken husus kamu görevlisinin bir göre-

154 "Tapu Sicil Müdürlüğünde şef olarak çalışan sanığın, farklı zamanlarda iş sahiplerinin mevzuata uygun şekilde yapıldığı anlaşılan tapu işlemlerinin bitimini müteakip onlara yönelik yasadaki belirtilen boyut ve nitelikte herhangi bir zorlama veya iknaya yönelik eylemde bulunmaksızın dosya arasına bırakıkları paraları, ilgilinin olay yerinden ayrılması nedeniyle iadesi mümkün olmayan aşamada alması biçiminde gerçekleşen olayda, belirli bir işin yapılması karşılığında çıkar sağlanacağı konusunda taraflar arasında işin yapılmasından önce gerçekleştirilmiş bir anlaşma bulunmadığı, esasen yapılması gereken bir işin yapılmış olması sebebiyle (iş yapıldıktan sonra) kamu görevlilerine çıkarın sağlandığı, 05/07/2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 105. maddesi ile TCK'nın 257/3. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olması da nazara alındığında "bediye kabulü" olarak değerlendirilebilecek sanığa yüklenen bu eylemlerin yaptırımının bulunmayıp ancak disiplin hukuku kapsamında değerlendirilecek nitelikte olduğu gözetilmeksizin beraati yerine, yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Kabule göre de; Sanığın adli sicil kaydında yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahkumiyet niteliğinde olmadığı ve karar tarifi itibarıyla yasal engel teşkil etmeyeceği gözetilmeden, CMK'nın 231/6. maddesinde yer alan objektif ve subjektif koşullar değerlendirilmeksizin yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Yüklenen suçu TCK'nın 53/1-a maddesindeki bak ve yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işleyen sanık hakkında aynı Yasanın 53/5. maddesi uyarınca bak yoksunluğuna karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Mahkemece tayin olunan kısa süreli hapis cezası ertelendiği halde TCK'nın 53/1. maddesi gereğince bak yoksunluğuna karar verilmesi suretiyle aynı Kanunun 53/4 maddesine aykırı davranılması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 03/05/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Bkz.: Yargıtay 5. CD., T. 03.05.2016, E. 2014/4510, K. 2016/4531 (https://legalbank.net/belge/y-5-cd-e-2014-4510-k-2016-4531-t-03-05-2016/2420514/2016_4510 Erişim Tarihi: 23.02.2021)

vinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması karşılığında bir menfaat elde edip etmediğidir. Eğer böyle bir karşılıklı ilişkisi varsa ortada bir rüşvet anlaşmasının varlığı kabul edilerek, artık hediye alma yasağının ihlali değil rüşvet suçunun işlenmesi söz konusu olur.

Ayrıca, kamu görevlisinin, görevinin ifası ile ilgili bir işi yapması karşılığında hediye adı altında bir menfaat elde etmesi durumunda hem TCK m. 252'deki rüşvet suçunun hem de 3628 sayılı Kanun m. 13'teki¹⁵⁵ haksız mal edinme suçunun¹⁵⁶ meydana geldiği düşünülebilir. Ancak 3628 sayılı Kanun m. 13'te “*Kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde*” ifadesine yer verilerek daha ağır cezayı gerektiren bir başka suçun varlığı halinde kişinin cezası ağır olan suçtan dolayı cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Böylece, kanun koyucu, haksız mal edinme suçu ile rüşvet suçu arasında “asli norm – tali norm” ilişkisi¹⁵⁷ yaratmış olmaktadır¹⁵⁸. Dolayısıyla bu ihtimalde fail sadece TCK m. 252'deki rüşvet suçundan dolayı cezalandırılacaktır¹⁵⁹.

2.7. Menfaatin Niteliği ve Etkin Pişmanlık

Rüşvet suçu doğası gereği gizli olarak işlenen bir suç tipidir. Söz konusu suçun sadece suça katılan kişiler tarafından bilinmesi suçun tespiti ve ispatını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple işlenen rüşvet suçunun ortaya çıkarılmasında suça katılan kişilerden birinin suçu bildirmesi önem taşır. Bu amaçla kanun koyucu TCK m. 254'te rüşvet suçu için etkin pişmanlık halini düzenlenmiştir. Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması durumunda, ilgili kişiler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. TCK m.254'te rüşvet alan veya rüşvet alma konusunda anlaşılan kişi, rüşvet veren veya rüşvet verme

155 3628 sayılı Kanun m. 13 – “*Kanunun daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde haksız mal edinene üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş milyon liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası verilir. Haksız edinilen malı kaçıran veya gizleyene de aynı ceza verilir.*”

156 Haksız mal edinme suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AKTAŞ Batuhan, “*Yargıtay Kararları Işığında 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda Düzenlenen Suç Tipleri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, s. 852-873.

157 “Asli norm – tali norm” ilişkisinde aslında olaya uygulanabilecek tek bir norm vardır, bu da asli normdur. Ancak asli normun uygulanma imkanının bulunmadığı hallerde tali norm uygulanır. Bkz.: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, *Genel Hükümler*, s. 782

158 AKTAŞ, s. 869.

159 AKTAŞ, s. 869; ÖZALP, s. 198.

konusunda anlaşılan kişi ve rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişiler bakımından etkin pişmanlık hali ayrı ayrı üç fıkra halinde düzenlenmiştir¹⁶⁰.

TCK m. 254/1'de rüşvet alan kişinin, soruşturma başlamadan önce, rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim etmesi halinde ya da rüşvet alma konusunda başkasıyla anlaşılan kamu görevlisinin durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce durumu yetkili makamlara haber vermesi halinde etkin pişmanlıktan yararlanacağı öngörülmüştür. Buna göre, rüşvet anlaşmasının resmi makamlara bildirilmesi hali ele alındığında rüşvet suçunun konusu olan menfaatin hem maddi hem manevi menfaat olması mümkündür. Zira henüz ortada sadece bir rüşvet anlaşması bulunmakta, menfaatin alınması veya temin edilmesi gerçekleşmemektedir. Fakat rüşvet konusu şeyi soruşturmaya yetkili makamlara aynen teslim edilerek etkin pişmanlıktan yararlanılması için söz konusu menfaatin maddi bir nitelik taşıması gerekir. Zira manevi bir menfaatin aynen teslimi mümkün değildir. Dolayısıyla menfaat elde edildikten sonra etkin pişmanlık halinden yararlanılması sadece aynen iadesi mümkün olan maddi menfaatler bakımından söz konusu olabilir.

TCK m. 254/2'de rüşvet veren veya bu konuda kamu görevlisiyle anlaşmaya varan kişinin etkin pişmanlığı düzenlenmiştir. Buna göre, ilgili kişi durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, pişmanlık duyarak durumdan yetkili makamları haberdar etmesi halinde, hakkında rüşvet suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Bu ihtimalde menfaatin maddi veya manevi bir nitelik taşıması etkin pişmanlık halinin uygulanmasını etkilemez. Dolayısıyla hem maddi menfaatin temin edilmesi veya bu konuda anlaşmaya varılması halinde, hem de manevi menfaatin sağlanması veya bu konuda anlaşmaya varılması halinde, ilgili kişinin pişmanlık duyarak durumu yetkili makamlara haberdar etmesi etkin pişmanlıktan yararlanması için yeterli olur.

Son olarak, TCK m. 254/3'te rüşvet suçuna iştirak eden diğer kişilerin etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Burada rüşvet suçuna iştirak eden kişinin, durum resmi makamlarca öğrenilmeden önce, yetkili makamlara durumu bildirmesi yeterlidir. Burada etkin pişmanlık

160 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Özel Hükümler*, s. 1116.

uygulaması için herhangi başka bir koşul aranmamıştır. Dolayısıyla sağlanan veya vaat edilen menfaatin niteliği ya da aynen iadesinin mümkün olup olmadığı önemli değildir.

SONUÇ

Kanun koyucunun rüşvet suçunun ihdası ile korumak istediği hukuki değer, devletin, faaliyetlerinde adil ve objektif olması, toplumu oluşturan her ferde tarafsız ve eşit davranması gerekliliğidir. Bunun yanı sıra devlet faaliyetlerini yerine getiren kamu görevlilerinin objektif ve tarafsızlığına ilişkin kamu güveni ile özel sektör kurumlarının dürüst ve güvenilir çalışması da korunmak istenmiştir. Korunmak istenen hukuki değer ve TCK m. 252-254 düzenlemesi dikkate alındığında, suçun konusunun yalnızca maddi menfaat olmadığını, kamu görevlilerinin objektif ve eşit davranmasını engelleyen, özel sektör kurumlarının dürüst ve güvenilir çalışmasını önleyen, bir rüşvet anlaşması kapsamında ilgili kişiye temin edilen her türlü menfaatin suçun konusu olabileceğini kabul etmek gerekir. Kanun koyucunun söz konusu hükmü koyarken taşıdığı amaç da (*ratio legis*) buna yöneliktir. Dolayısıyla hem maddi menfaatler hem manevi menfaatler rüşvet suçunun konusunu teşkil eder.

Menfaatin miktarını veya değerini ise her zaman nesnel olarak tespit etmek mümkün değildir. Zira kişilere ve somut olayın koşullarına göre menfaate verilen önem farklılık gösterebilir. Objektif olarak imkansız bir menfaat olmamak kaydıyla, kişi üzerinde etki doğuran, onun görevini gereği gibi ifasını engelleyen menfaat, değerine ya da miktarına bakılmaksızın rüşvet suçunu oluşturur. Ayrıca rüşvet suçunun meydana gelmesi için kesin olarak belirlenmiş ve tespit edilmiş bir menfaatin varlığına da gerek yoktur. Belirlenmiş ve tespit edilmiş olmayan ama rüşvet anlaşmasını kurabilecek bir mahiyette olan menfaatin varlığı yeterlidir. Bu anlamda, menfaatin cins, değer ve miktar olarak belirtilmeksizin vaat edilmesi ve ilgili kişinin bu vaadi kabul etmesiyle rüşvet suçu meydana gelir. Bununla beraber, rüşvet anlaşması kapsamında elde edilen menfaat esasen meşru olsa dahi, kişinin yerine getirdiği görevi söz konusu menfaati elde etme bakımından araç olarak kullandığı için menfaatin meşruluğu rüşvet suçunun oluşumunu engellemez. Zira rüşvet suçunda meşru olma-

yan bir menfaatin elde edilmesi değil, kişinin görevini gereği gibi ifa etmemesi cezalandırılmaktadır.

Son olarak, kamu görevlisi, 3628 sayılı Kanun m. 3 ile Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m. 15’e göre alınması veya sağlanması yasaklanmayan bir hediye ya da menfaati veya bunların dışında herhangi bir hediye ya da menfaati bir rüşvet anlaşması kapsamında diğer bir ifadeyle görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması karşılığında elde ederse rüşvet suçu meydana gelir. Böyle bir rüşvet anlaşmasının yokluğu halinde ise 3628 Kanun ile 657 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT Berrin**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, 2019.
- AKBULUT BOZDOĞAN Berrin**, “*Rüşvet Suçları*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 12, 2000, s. 633-652. (*Rüşvet*)
- AKÇİN İhsan**, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara, Adalet Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- AKTAŞ Batuhan**, “*Yargıtay Kararları Işığında 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu’nda Düzenlenen Suç Tipleri*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, s. 852-873.
- AKYÜREK Güçlü**, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Yeni 252. Maddesi ve Özel Sektörde Rüşvet*”, Bahçeşehir Üniversitesi- Kazancı Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 99-100, 2012, s. 22-42.
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 13. Baskı, 2019, 13. (*Genel Hükümler*)
- ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ALŞAHİN Mehmet Emin/ÇAKIR Kerim**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, 2019. (*Özel Hükümler*)
- BAYTEMİR Erdal**, “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Rüşvet Suçu*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 88, 2010, s. 333-388.
- CENTEL Nur/ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yayınları, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, 2016.
- ÇAKIR Murat**, *Türk Ceza Hukukunda Rüşvet Suçu*, İstanbul, Oniki Levha Yayınları - İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2015.
- DEMİRBAŞ Timur**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 11. Baskı, 2016.
- DOĞAN Koray**, “*Rüşvet Suçunda Yapısal Değişim*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, Cilt: 1, s. 337-359.
- ERDOĞDU Ahmet**, *Ceza Yargılama Yöntemi Yasası Terimleri Sözlüğü*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, 1972.
- EREM Faruk**, “*Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 1, 1968, s. 11-33. (*Suçun Konusu*)
- EREM Faruk**, *İrtikap Cürmü*, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1964.

- EREM** Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, Cilt: 2, Ankara, Seçkin Yayınları, 1993
- ERMAN** Sahir/ÖZEK Çetin, *Ceza Hukuku Özel Bölüm: Kamu İdaresine Karşı Suçlar*, İstanbul, Işık Matbaacılık, 1992.
- EVİK** Vesile Sonay, “İrtikap”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, 2007, s. 47-74.
- KAHRAMAN** Recep, *Rüşvet Suçu*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2019.
- KARAKURT EREN** Ahu, *Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2016.
- KAPLAN** İbrahim, “Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 47, Sayı: 1, 1992, s. 99-101.
- KILIÇ** Ali Şahin, *Uluslararası Boyutuyla Rüşvet Suçu*, Ankara, Adalet Yayınları, 2016.
- KOCA** Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, 2016.
- KÜÇÜKİNCE** Alptekin, *Rüşvet Suçu*, Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
- MEMİŞ KARTAL** Pınar, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1373-1396.
- OKUYUCU ERGÜN** Güneş, “Rüşvet Suçu”, *Türk-Alman Uluslararası Ceza Hukuku Sempozyumu*, Ekonomik Suçlar, Özyeğin Üniversitesi, 12 Aralık 2014, Editör Prof. Dr. Yener Ünver, Seçkin Yayıncılık, 2015, ss. 35-50.
- ÖNDER** Ayhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, 1994.
- ÖZALP** Nabi, *Türk Ceza Kanunu’nda Rüşvet Suçu*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ÖZBEK** Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, 2020.
- ÖZBEK** Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, 2020. (Özel Hükümler)
- ÖZBEK** Veli Özer, *Ekonomi Ceza Hukuku İkinci Kitap: Özel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021. (Ekonomi Ceza Hukuku)

- ÖZEN Mustafa**, *İrtikap ve Rüşvet Suçları*, Ankara, Adalet Yayınları, 2010. (*Rüşvet*)
- ÖZEN Mustafa**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, Ankara, Adalet Yayınları, 4. Baskı, 2019.
- ÖZGENÇ İzzet**, *İrtikap - Rüşvet ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Ankara, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, 2013. (*Rüşvet*)
- ÖZGENÇ İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 16. Baskı, 2020.
- SANCAR YALÇIN Türkan**, *Çok Failli Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayınları, 1998.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayınları, Güncellenmiş 18. Baskı, 2020.
- TOROSLU Nevzat**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, 2013.
- YAŞAR Osman/GÖKCAN Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt: 6, Ankara, Adalet Yayınları, 2014.

ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİ KANUNU: MODERN ÖNCESİNDEN KALAN YÖNTEMLERİN “BOŞUNALIĞI” VE GÜNÜMÜZ TEKNOLOJİSİNİN OLANAKLARI*

Arş. Gör. Erdi YETKİN**

Arş. Gör. Eşref Barış BÖREKÇİ***

Özet

Kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin sağlanması adına her dönemin kendine has ihtiyaçları bulunmaktadır. Geleneksel ve nostaljik bir yapısı olan bekçiliğin bir dönem uygulanması ve ardından fiilen ortadan kaldırılması, değişen şartların güvenlik politikalarındaki sonuçlarından birisiydi. Ne var ki, son yıllarda çarşı ve mahalle bekçiliği yeniden canlandırılmış ve 2020 yılında yürürlüğe giren 7242 sayılı Kanun ile yeni bir hukuki yapı kazanmıştır. Bununla birlikte çağımızın epey gerisinde kalan bu teşkilatın kamu güvenliğinin sağlanmasında veya suç önlemede etkililiği ise incelemeye muhtaçtır. Bu bağlamda anılan teşkilatın boşuna mı oluşturulduğu yoksa gerçekçi bir ihtiyacın mı karşılandığı anlaşılabilecektir. Bu çalışmadaki tezimiz anılan çabanın boşuna olduğu yönündedir. Çalışmamızda salt bir boşunalık tespiti ile yetinilmemiştir. Bu tespit akabinde modern öncesinde kalan yöntemler yerine drone devriyeler gibi teknolojik

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 07/04/2021. İlk hakem raporu tarihi: 18/06/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 20.06/2021.

** Yeditepe Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, erdi-yetkinn@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5618-6009.

*** Yeditepe Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, esrefborekci@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6609-1759.

olanaklardan yararlanılarak kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin sağlanabileceği ve suç önlemede etki doğurabileceği tezi savunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Çarşı ve Mahalle Bekçileri, Ceza Hukukunda Nostalji, Suç Önleme, Toplum Destekli Polislik, Akıllı Kutular, Coğrafi Bilgi Sistemi, Drone Devriyeler

THE CODE OF BAZAAR AND NEIGHBOURHOOD WARDENS: FUTILITY OF PRE-MODERN METHODS AND OPPORTUNITIES OF CURRENT TECHNOLOGY

Abstract

Each period has its own peculiar needs in order to ensure public order and public safety. The implementation of the traditional and nostalgic nature of the warden service and then its de facto abolishment was one of the consequences of shifting conditions in public security policies. However, the bazaar and neighborhood warden organization has been revived in recent years and has obtained a new legal background with Code No. 7242, which entered into force in 2020. On the other hand, the effectiveness of this organization, which is far behind the current era, in maintaining public security or preventing crime needs to be analyzed. In this context, it can be understood whether such an organization was established as a futile effort or a realistic need was met. The thesis of this study is that the effort is futile. However, we were not contented with a mere assessment of futility. Upon such assessment, it was argued that instead of pre-modern methods, technological opportunities such as drone patrols can be used to ensure public order and public safety and have a substantial impact on crime prevention.

Keywords: Bazaar and Neighborhood Wardens, Nostalgia in Criminal Law, Crime Prevention, Community Policing, Intelligent Boxes, Geographical Information System, Patrolling Drone

GİRİŞ

“Si cambia il maestro di cappella, ma la musica è sempre quella¹”. Orkestra şefi değişti ama müzik hep aynı. Bu sözün, Türkiye’de özellikle son 5 yılda ceza hukukunda yapılan “reformları” ve “yeni” güvenlik politikalarını başarılı bir biçimde tanımladığı kanısındayız.

Robert Michels, yukarıdaki İtalyanca deyişi, “Oligarşinin Demir Kanunu”nu (Ehernes Gesetz der Oligarchie / Iron Law of the Oligarchy) bulduğunu iddia ettiği kitabında kullanmıştır. Yazara göre, bir egemen sınıfı diğer bir egemen sınıf takip etmektedir, kitle örgütleri – sol tandanslı siyasi partiler ve sendikalar da dâhil olmak üzere – kaçınılmaz bir şekilde oligarşi eğilimine yenik düşmektedirler. Böylelikle yukarıdaki deyiş, politik ya da toplumsal devrimlerin aslında gerçeklikte hiçbir şey değiştirmedigine dair Michels’in görüşlerinin öz bir ifadesi olmaktadır.

Hirschman ise gericiliğin retorliğini analiz ederken bu deyişi, “plus ça change, plus c’est la même chose” (ne kadar değiştikçe o kadar değişmeden kalır)² sözünün bir varyantı olarak yorumlamaktadır³. Michels’in “seçkinciler” olarak tabir edilen Mosca ve Pareto ile birlikte sınıflandırılmasını ve bu düşünürlerin görüşlerini göz önünde bulundurursak, Hirschman’ın boşunalık tezi⁴ olarak ifade ettiği, değişimlerin hiçbir şey getirmeyeceği düşüncesi gerçekten de gericiliğin retorik araçlarından biridir. Bu başarılı eserinde Hirschman, aksi tesir⁵, boşunalık ve tehlikeye atma şeklinde gerici retorığın belli başlı kalıplarını incelemektedir. Aksi tesir tezi ile yazarın kastettiği, gerici retorığın hedefi onaylar görünüp eylemin uygun sonuçlar vermeyeceğini, toplumu belirli bir yönde itmenin, toplumun hareket etmesiyle tam tersi yönde sonuçlanacağına dair savlarıdır⁶. Özellikle kitaptaki, Fransız Devrimi, genel oy hakkı ve refah

- 1 Robert Michels, *A Sociological Study of The Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*, (Batoche Books 2011) s. 234 ve İngilizcesi için (There is a new conductor, but the music is just the same.) not 330.
- 2 Albert O. Hirschman, *Gericiliğin Retoriği* (2. Baskı, İletişim 2013) s. 60.
- 3 Hirschman, a.g.e., s. 75, dp. 27.
- 4 Boşunalık tezi hakkında bkz: Hirschman, a.g.e., s. 59-96.
- 5 Aksi tesir tezi hakkında bkz: Hirschman, a.g.e., s. 27-57.
- 6 Hirschman, a.g.e., s. 27-28.

devleti politikalarına dair gerici retoriğe ilişkin verilen örnekler ve bu örneklerin eleştirisi zihin açıcıdır.

Ancak Hirschman, her ne kadar ironik ve keskin bir dille gericiliğin retoriğini son derece başarılı bir şekilde ifşa etse de, “maskeyi çıkarıp atma, peçeyi kaldırma, kılığın ardındakini bize gösterme” şeklindeki metaforlardan bahisle ilerici görüşlere yönelik eleştirilerinde⁷, - belirli ölçülerde haklılık payı da bulunmakla birlikte - bir şeyi ıskalamış görünmektedir. Gerçekten de toplumsal ya da siyasal hayatta bazı değişimler aslında değişmeme anlamına gelir ve bu durumun ifşası için boşunalık, aksi tesir, tehlikeye atma kalıplarının kullanılması, salt gericiliğin retoriği olarak ya da gericiliğin retoriğinin kullanıldığı gerekçesiyle mahkûm edilemez. Keza ilerici bir eleştirinin reform adı altında yapılan nafile bir çabayı ya da olası bir tam tersi etkiyi ifade etmesi beklenir. Biz de bu yazımızda bekçiliğin yeniden aktif hale getirilmesinin beklenen faydaları gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dair görüşlerimizi sunacağız. Bilhassa da geçmişte kalmış bir kurumun modern zamana yeniden eklemlenmesi ile karşı karşıya iken bu çabamızın anlamlı olacağı kanısındayız. Bu çerçevede - Hirschman’ın terminolojisi ile konuşmak gerekirse - bu çalışmada bekçilik kurumunun yeniden canlandırılmasının, güvenlik politikaları bağlamında boşunalık tezi ile ilerici bir perspektiften ve önerilerimizi de belirterek eleştirel bir değerlendirmesini yapmayı amaçlamaktayız⁸.

7 Hirschman, a.g.e., s. 95 - 96, asıl olarak 165 - 179.

8 Henüz 7245 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu yasalasmdan evvel, bizlerin de bünyesinde bulunduğu Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı tarafından, yasa teklifine dair görüşler, eleştiriler ve öneriler içeren bir e - kitap yayımlanmıştı. Bkz: R. Barış Erman, Onur Özcan, Erdi Yetkin, Eşref Barış Börekçi, Saba Şahika Tahmaz Üzeltürk, Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi Hakkında Tespit, Düşünce Ve Eleştiriler (Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020) <https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi_ve_mahalle_bekcileri_kanunu_teklifi_hakkinda_tespit_dusunce_ve_elestiriler_-_2020_1.pdf> Erişim Tarihi 25.03.2021. Bu çalışmada söz konusu teklifin, ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve hak ve özgürlükler bağlamında olası olumsuz etkilerine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla bizlerin de katkıda bulunduğu anılan çalışmada, bekçilik kurumunun Türk ceza muhakemesi hukuku bağlamında ne gibi tehlikelere, bir diğer deyişle ne tür aksi tesirlere sebebiyet vereceği tartışılmıştır. Bu nedenledir ki bu yazımızda konunun zikredilen yönüne değinilmeyecektir. Bu çalışmamızda önce bekçiliğin yeniden canlandırılmasının, son yıllarda görülen “geçmişe dönüş” akımı ile olan bağlantısına dikkat çekeceğiz. Akabinde acaba modern bir toplumun güvenlik sorunları için geçmişte kalmış bir kurumun çare olup olamayacağını önce teorik ardından ise kurumun sağladığı varsayılan olumlu etkiler bağlamında ele alacağız. Son olarak ise bekçilik kurumunun canlandırılması yerine aynı hedeflenen kamusal yararı sağlayabilecek kimi gelişmelere dikkat çekeceğiz.

I. CEZA HUKUKUNDA GEÇMİŞE DÖNÜŞ FENOMENİ BAĞLAMINDA BEKÇİLİK KURUMUN CANLANDIRILMASI

2000’li yılların başlarında Türk Ceza Hukuku’ndan büyük bir değişim yaşandığı bir vakıa olarak karşımızdadır. Hukuk uygulamacılarındaki ya da akademideki dönüşümü veya adliye binalarındaki fiziki dönüşümü bir kenara bırakalım ve odağımıza normları alalım. Ceza hukukuna dair temel mevzuatın (TCK, CMK, İnfaz Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu gibi) değiştiği, eski mevzuatta yer alan pek çok kurumun yeni düzende kendine yer bulamadığı ya da birçok meselede normatif çözümlerin farklılaştığı sonucuyla karşı karşıyayız. Ancak son 5 yılda yaşanan değişimlere bakarsak mevzuat değişimine rağmen, yani yeni bir orkestra olmasına rağmen, eski müziğin giderek daha fazla çalındığı gerçeğiyle şaşırabiliriz. Mosca’nın ifadesiyle “görecekle gözleri olanlar”⁹, geçen son 5 yılda, infaz hukukuna, ceza muhakemesi hukukuna ve maddi ceza hukukuna dair örneklerle bakarak durumu kavrayabilirler. Örneğin 15 Nisan 2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7242 sayılı Kanun ile koşullu salıverilme için infazı gereken asgari süre, yeniden hükümlenen hapis cezasının kural olarak ½’si şeklinde belirlenmiştir¹⁰. Yeni İnfaz Kanunu yürürlüğe girdiğinde eski sistemdeki ½ oranının¹¹ eleştirilerek bu oranın 2/3 olarak benimsendiğini hatırlamak gerekir. Bir başka örnek ise 24 Ekim 2019 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 7188 sayılı Kanun ile mevzuatımıza giren “Seri Muhakeme Usulü” ve “Basit Yargılama Usulü” kurumlarıdır. Bilindiği üzere CMUK’ta

9 Hirschman, a.g.e., s. 70.

10 Kural olarak dememizin sebebi, 7242 sayılı Kanun ile koşullu salıverilme süreleri bakımından, çeşitli suç tipi blokları oluşturularak birbirinden farklı oranların belirlenmiş olmasıdır. Kural, İnfaz Kanunu m. 107/2-c.1 bağlamında ½ şeklindedir. Ancak İnfaz Kanunu m. 107/2- c. 2 hükmündeki bentlerde sayılan suçlar ile cümle 3’te belirtilen örgüt suçları, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, terör suçları ve MİT Kanunu kapsamına giren suçlarda bu oran 2/3 olmaktadır. Mükerrerler bakımından bu süre yine 2/3 olup (İnfaz Kanunu m. 108/1-d) bir kısım cinsel suçlar ve uyuşturucu imal ve ticareti suçunda ise ¼ (İnfaz Kanunu m. 108/9) şeklindedir.

11 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun’un 19. maddesi, şartla salıverilme başlığı altında anılan kurumu düzenlemiştir. Müebbet hapis cezaları için muayyen sürelerin belirlendiğini, ½ oranının ilk fıkrada kural olarak benimsendiğini ve fakat 2. fıkrada firar, ayaklanma, disiplin cezası durumlarında bu oranın 2/3 ve hatta ¼ şeklinde uygulanabildiğini ve yine Ek madde 2 gereğince yarı açık veya açık cezaevlerinde ya da bu kurumlara geçmeye hak kazandıktan sonra kapalı infaz kurumlarında geçirilen sürelerin de indirildiğini (her ay için 6 gün) belirtmek gerekmektedir.

“Sulh Ceza Hâkiminin Ceza Kararnamesi¹²” kurumu yer almışsa da bu kurum kendine CMK’da yer bulamamış ve fakat 15 yıl sonra yeniden ceza muhakemesi sistemimize dâhil olmuştur. Maddi ceza hukukuna dair “tecavüzcüyle evlenme” tartışmalarını ise hatırlamak yeterlidir. 2016 yılında bir yasa tasarısı ile gündeme gelen¹³, 7242 sayılı Kanun görüşmelerinde yeni bir teklif hazırlandığı iddialarına konu olan bu mesele de – neyse ki henüz başarılı olamasa da – eskinin yeninin içine nüfuz etme çabalarına bir örnek teşkil etmektedir. Elbette ki eskide kalmış çeşitli kurumlar, yeni dönemdeki sorunların çözümü noktasında önem arz edebilir¹⁴. Bununla birlikte karşılaşılan sorunların çözümü için 15 yıl önce terk edilen kurumlara ya da düzenlemelere dair artan ilgi, ya metodolojik anlamda bir sorunun varlığına işaret eder ya da geçmişteki tercihlerin yerindeliklerinin sorgulanmasına yol açar. Kanaatimiz, sorunun daha çok metodolojide olduğu yönündedir.

Yeniden aktif hale getirilen çarşı ve mahalle bekçilerini de tüm bu süreçle birlikte değerlendirmek ve değiştikçe değişmeden kalan güvenlik politikalarının bir örneği olarak tanımlamak yanlış olmasa gerekir. Çok farklı bir toplum yapısına ait bir kurumu, modern toplumun güvenlik sorunlarına çözüm bulmak amacıyla “yeniden keşfetmek” ve bu vasıtayla güvenlik bağlamında pozitif bir etki ummak, sanırsız ki nafi bir çaba olacaktır.

Kanımızca Türkiye’de son yıllarda hayatın her alanında yükselen nostalji, kendini ceza hukukunda ve güvenlik politikalarında da göstermektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki kaldırılmalarının hatalı olduğu anlaşılan kurumların geri dönüşü söz konusu olabilir. Ancak koşullu salıverilme süreleri ile oynayarak yaşanan fiili aflar ya da cinsel suçlarda evlilik vasıtasıyla cezasızlık öngörülmesine dair düzenlemelerin savunulacak hiçbir tarafı yoktur. Bekçiler bakımından ise sorun, bekçilik kurumunun modern toplumda işlevselliğini yitirmesine karşın yeniden hayat bulmasıdır. Her hâlükârda ceza hu-

12 Bu hususa ilişkin olarak CMUK m. 386 ila 391 hükümlerine bakılabilir.

13 Adalet Bakanlığı’nın söz konusu yasa tasarısına dair yaptığı basın açıklaması için bkz: <https://basin.adalet.gov.tr/basin-aciklamasi-18112016>, Çevrimiçi, 22.12.2020.

14 Bu noktada örneğin “Şahsi Dava” kurumunun yeniden ceza muhakemesi sistemimize eklenmesine dair son dönemlerde artan görüşleri anmak gerekir. Bizler de ayrıca yeni TCK ve CMK ile ortadan kalkan “Şahsi Hak Davası” kurumunun yeniden düzenlenmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

kukuna ya da güvenlik politikalarına dair meseleler için çözümün kategorik olarak geçmişte aranmasında kanaatimizce metodolojik bir sorun vardır. Zira bir kurumun ya da kuralın geçmişte yer alması, onun lehine bir etkililik karinesi yaratmaz. Eğer ki geçmişteki kurumun veya kuralın etkililiği tartışmalı ya da kurum veya kural çağımıza uyumlu değilse durum daha da fenadır. Çünkü geçmişte çalınan parça kötü ise, aynı melodileri aynı şekilde ve fakat farklı bir orkestra çalınca da sonuç değişmeyecektir.

II. ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİ KANUNU GÜVENLİK SORUNLARINA BİR ÇÖZÜM OLABİLİR Mİ?

A. Modern Toplumun Güvenlik Kaygılarına Dair Çözüm İçin Geleneksel Toplumun Bir Kurumuna Başvurmanın Yanlışı

Modern toplumun güvenlik kaygıları için çözümün, bekçiliğin yeniden canlandırılması olmadığı kanısındayız.

Kurumlar ilgili toplumsal yapı çerçevesinde ele alınmalıdır. Dolayısıyla belirli özellikleri haiz bir toplum bakımından ihtiyacı karşılayan ve pozitif etkiler doğuran bir kurumu, bambaşka özelliklere sahip bir topluma adapte etme çabasının başarısızlıkla sonuçlanması yüksek olasılıktır. Bekçilik kurumuna dair bir çalışmada bekçiliğin, aynı camide buluşan ve bu cami etrafında mukim, birbirlerini tanıyan ya da akraba kimselerden oluşan nüfus miktarı düşük geleneksel mahalle olarak adlandırılan yerleşim birimindeki güvenlik ihtiyacından doğduğu ifade edilmektedir¹⁵. Bu geleneksel toplumda merkezi idarenin yerel üzerindeki etkisi günümüze kıyasla son derece düşük ve fakat yerel kontrol bağları yüksektir. Keza asayiş, vergi, bayındırlık ve hatta cezai konularda çeşitli ölçülerde kolektif sorumluluk anlayışı geçerlidir¹⁶. Bu nedenle de güvenlik gibi ihtiyaçların yerel halkın kendisi tarafından karşılandığı, örneğin ilgili yerel topluluğun ferdi olan bekçilerin ücretinin yerel halk tarafından ödendiği görül-

15 Ali Burak Aksungur, *Türk İdare Geleneğinde Yerel Güvenlik: Mahalle Bekçilerine Dair Bir İnceleme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kamu Yönetimi Bilim Dalı, Konya, 2018, s. 30, 66.

16 Aksungur, a.g.e., s. 32 - 33, 42 - 44, 91 - 92.

mektedir¹⁷. Bu uygulamayla geleneksel mahalle yapısı sıkı şekilde korunmaktadır, bu bağlamda örneğin yeni yerleşenlerden kefalet istenmekte, ahlaksızlık durumunda mahalle baskınları yapılabilir-mektedir¹⁸. Bununla birlikte Osmanlı modernleşmesiyle geleneksel mahalle, modern mahalleye doğru evrilecek, bekçilik kurumu da bu değişime koşut olarak hüviyet değiştirecek, bekçiler de mahallenin bir parçası olmaktan çıkıp bir devlet memuruna dönüşecektir¹⁹.

Hukukun toplumsal değişimleri yavaşça yakaladığı bilinen bir gerçektir. Bekçiliğin mevzuatımızdaki modern anlamda ilk dayanağı 12 Mayıs 1914'te çıkarılan Çarşı ve Mahallat Bekçileri Hakkında Kanun-ı Muvakkat²⁰ olmuştur. Kanunı Muvakkat'ta yerel inisiyatifinin ötesinde şehir ve kasabalarda çarşı ve mahalleler için zorunlu bekçiliğin öngörülmesi (madde 1), atama, ücret ve ücretin ödenmesi noktasında mahalli idare meclislerini mülki makamların onayı şartı ile yetkili kılması (madde 3) ve bekçilerin, zabitanın gözetimine tabi olacağını belirtip bekçilere zabıtaya adli ve idari işlerde yardımcı olma görevi vermesiyle (madde 4) artık kurumun kamusalastığı görülmektedir. Bununla birlikte doğrudan bekçilere devlet tarafından kamusal hizmet karşılığı ödeme öngörülmemiş olup geçmişten gelen yerel halk tarafından ücretin karşılanması usulü devam ettirilmiş, ödenmeme durumunda ise kamu alacağı hükümlerine göre tahsil esas kabul edilmiştir²¹. Keza Anayasa Mahkemesi'nin, Esas No.:1965/25 Karar No.:1965/57 sayılı ve 26/10/1965 tarihli (Resmi gazete tarih/sayı:8.12.1965/12171) kararı ile Kanun-ı Muvakkat'ın bekçilerin ücretlerinin mahalli örf ve adete ve ihtiyaca göre mahalli idare meclislerince belirlenmesine dair hükmü²² iptal ederken bek-

17 Aksungur, a.g.e., s. 64, 94, 108.

18 Aksungur, a.g.e., s. 82, 110; İbrahim İrdem, Emre Öztürk, Niyazi Umut Akıncıoğlu, *Güvenliğin Kurumsal Yönetiminde Destekleyici Politika: Bekçilik Örneği*, (Polis Akademisi Yayınları, 2019) s. 12, 14 - 15.

19 Geleneksel mahalle - modern mahalle ve geleneksel bekçi - modern bekçi karşılaştırma tabloları için bkz: Aksungur, a.g.e., s. 87 ve 127. Keza bekçiliğin değişiminin serüveni için aynı eser, 82 - 85, 94 - 95, 114 - 116.

20 Çarşı ve Mahallât Bekçileri Hakkında Kânun-ı Muvakkat'ın metni için Aksungur, a.g.e., s. 156.

21 İrdem, Öztürk, Akıncıoğlu, a.g.e., s. 15.

22 Tam olarak iptal edilen kısım şu şekildedir: "bunlara verilecek ücretin tâyini miktarı ve tarzı tevzii ve cibayet ve tediyesi mahallerinin örf ve teammülüne ve ihtiyacına göre meclisi idarei mahalliyece tabtı karara alınır."

çiliğin bir kamu hizmeti, bekçilere verilen ücretin ise kamu gideri olduğunu, bu gideri karşılamak için kişilerden alınan paranın vergi benzeri bir yükümlülük olduğunu belirtmesiyle²³ kurumu, kamusal yönü itibariyle değerlendirmiştir. 772 sayılı Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu ile de bekçilik kurumu, hukuken tam anlamıyla kamusal niteliğine kavuşmuştur.

Yukarıdaki zikredilen bilgiler göstermektedir ki bekçilik kurumu, dışa kapalı, yerel dinamiklerle işleyen, din ve ahlak ile temellenen bir dayanışma ilişkisine sahip, ortak sorumluluk anlayışına dayanan geleneksel mahallede, güvenliğin yerel olanaklar ile sağlanması ihtiyacından doğmuştur. Bekçilik 19. ve 20. yüzyıllardaki toplumda meydana gelen modernleşme hareketi bağlamında kamusallaşmış, bu durum mevzuata ve yargı kararlarına da yansımıştır. Dolayısıyla geleneksel toplumun güvenlik ihtiyacı çerçevesinde oluşturulan bu kurum, kamu hizmeti düşüncesinin gelişimine paralel olarak nitelik değiştirmiştir. 1993 yılından itibaren zamanın şartlarına ayak uyduramadığı düşüncesi ile yeni bekçi alımı yapılmamış, 2008 yılında ise bekçiler, yardımcı hizmetler sınıfından emniyet hizmetleri sınıfına dâhil edilmişlerdir²⁴. Ancak tam da bekçi sayısının en aza indiği yıl olan 2016’da, ilginç bir şekilde, 18.03.2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan “Emniyet Genel Müdürlüğüne Ait Kadrolarda Düzenleme Yapılması Hakkında Karar” ile çarşı ve mahalle bekçisi kadrosuna alım yapılması kararlaştırılmıştır²⁵. Aslında bu serüven, bekçilik kurumunun yeniden ihdasının yerindeliği bakımından sonuca ulaşmamıza imkân sağlamaktadır.

Bekçilik kurumunun yeniden aktif hale getirilmesine dair olumlu görüşlere baktığımızda ilk dikkatimizi çeken husus, bu görüşlerde

23 AYM, iptal edilen düzenlemede mali güce göre vergilendirme ilkesinin korunmadığı, örf ve âdetin bu güvenceyi sağlamadığı, örf ve âdetin yörelere göre değişebileceği ve bu durumun da her yerde ve herkese uygulanması gereken mali güce göre vergilendirme ilkesine aykırılıklara sebebiyet vereceği, örf ve âdetin herkesin mali gücünün ayrıca değerlendirilmesi ve değişimlerin göz önüne alınması bakımından yetersiz olduğu, ilgili yönetmelikteki ödeme kabiliyetinin dikkate alınmasına dair hükmün ise kanuni düzenleme yokluğunda yeterli güvenceyi sağlamadığı, keza merkezi idarenin iller teşkilatında görev alan bekçilere devlet bütçesinde yer verilmesi ve özel kanununda da kadroların gösterilmesi gerektiği ancak bu esaslara da riayet edilmediği gerekçesiyle iptal kararı vermiştir. Bkz: anılan karar, s. 2-4.

24 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 6, 16, 30.

25 Erman, Özcan, Yetkin, Börekçi, Üzeltürk, a.g.e., s. 5.

yoğun bir nostalji sosunun bulunmasıdır. Bekçi – halk ilişkisine dair bekçilerden toplanan verilerle yapıldığı ifade edilen bir çalışmaya göre, “özellikle 40 ve üstü yaş gruplarında vatandaşlar bekçilere karşı *nostalgik ve olumlu duygular beslemektedir*”²⁶. Araştırmanın künyesi- ni bilemesek ve dolayısıyla bilimsel ölçütlere göre sınıyamasak da aynı araştırmada özellikle 20’li yaşlardaki vatandaşların ise bekçilere karşı olumsuz sayılabilecek duygu ve düşünceler besledikleri ifade edilmiştir²⁷. Esasen bu sonuç çok doğal gözükmektedir. Zira modern hayata tam olarak adapte olan büyük kentlerdeki kitleler bakımın- dan bekçiler, daha çok temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir kısıtı temsil etmektedir.

Bekçiliğin geçmişteki hizmetleri değerlidir, kaldı ki bekçilik, içinde yer aldığı toplum yapısının bir sonucudur. Modern toplum yapısının geleneksel toplumun yerini aldığı günümüzde, gelenek- sel toplumun kurumları da bu çerçevede tarihsel ilgi odağı olmayı sürdürebilirler. Bununla birlikte modern toplumun sorunlarını, bu eski kurumların çözmesini beklemek boşuna bir beklenti yaratmak olacaktır. Örneğin geleneksel mahalle bekçilerinin görevleri olarak sayılanlar²⁸, bugün için ya modern kolluk faaliyeti içerisinde zaten icra edilmektedir ya da bu görevlerin somut faydası – anlamı kalmamıştır.

Elbette kanun koyucu yeni bir kolluk teşkilatı kurabilir, bu husus kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kanun koyucunun bu takdi- rini kullanırken kamu yararını en iyi şekilde gerçekleştirme yolunu tutması gerektiği de açıktır. İşte bu noktada bekçilik düzenlemesi- nin umulan kamu yararını gerçekleştirme bakımından faydalı olaca- ğını söylemek hayli zor görünmektedir. Bekçilik tarihsel misyonunu kamusalılık düşüncesinin gelişmediği dönemlerde oynadığından “*ta- ribi kökleri çok eskilere giden bekçilik kurumuna has bir özellik ola- rak vatandaşla devlet arasındaki bağı güçlendirerek güven duygusunu artırmak arzusu*”²⁹ kanımızca bekçiliğin yeniden ihdasına gerekçe olamaz. Ayrıca bekçiliğin kültürümüzün bir parçası olduğu, bu çer-

26 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 28 – 29.

27 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 30.

28 Aksungur, a.g.e., s. 102 – 103.

29 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 19.

çevrede bekçiliğin yeniden canlandırılmasının dış kaynaklı reformlar yerine kültürden gelen çözümlere başvurmak anlamında yerinde olduğu³⁰ görüşüne de katılmamaktayız. Zira geleneksel toplumun bünyesinden çıkan bir kurumun, modern toplumun güvenlik ihtiyaçlarına deva olması, bir umuttan öteye geçemeyecek gibi görünmektedir.

B. Bekçilik Kurumunun Suç Önleme Bağlamında Etkililiği

Bekçilik kurumunun yararlarına yapılan vurgunun, Toplum Destekli Polislik (TDP) yaklaşımını ve bekçilerin suç önlemede ve adli işlemlerde yaratması beklenen etkiyi temel aldığı görülmektedir.

İlk olarak bekçilik kurumunun suç önlemedeki etkisini ele alacağız. Bekçiliğin yeniden ihdasının, gece vakti yaşanan personel sıkıntısına çare olacağı, özellikle malvarlığına karşı suçlarda caydırıcılık sağlayacağı ifade edilmekte ve ayrıca bekçilerin atacağı yaya devriyelerin suç önlemede ve acil çağrılarda önemli rol oynayacağı ileri sürülmektedir³¹. Bekçilerin göreve başlamasının ardından suç oranlarının düştüğüne dair burada zikretmemize gerek olmayacak ölçüde çok sayıda haber yayımlanmıştır. Keza Polis Akademisi Yayınları'ndan çıkan bekçiler hakkındaki bir raporda da bu hususa dair çeşitli istatistiklere yer verilmiştir³². Buna göre 2016 - 2018 yılları arasında yakalanan kişi sayısı, açıktan hırsızlık suçu sebebiyle yakalama sayısı, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu nedeniyle yakalama sayısı ve her 100 açıktan hırsızlık vaka sayısında yakalama oranı artmıştır³³. Keza mal varlığına karşı meydana gelen oto hırsız-

30 Aksungur, a.g.e., s. 132-133.

31 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 19.

32 2018 yılı Ağustos ayı itibarıyla çarşı ve mahalle bekçilerinin Türkiye genelindeki faaliyetlerine ilişkin olarak, 20.245.834 kişi sorgulandığı (buradaki sorgulamadan kastın GBT uygulaması olduğu anlaşılmaktadır), 123.230 kişiye adli işlem yapıldığı, 2.436 hırsızlık olayına müdahale edildiği, 686 kayıp çocuk bulunduğu, 1.925 kayıp kişinin bulunduğu, 36.832 aranan kişi hakkında işlem yapıldığı, 191.246 gram toz uyuşturucu ve 19.316 adet hap uyuşturucu ele geçirildiği, 16 adet uzun namlulu silah, 1.260 tabanca, 2.116 kurusıkı tabanca, 462 av tüfeği, 15.192 mermi / av tüfeği kartuşu, 4 el yapımı patlayıcı, 6 el bombası, 8 molotof, 2.394 tabanca şarjörü ve muhtelif parçaların ele geçirildiği ifade edilmektedir. İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 19-20. 14 Ağustos 2017 ilâ 19 Eylül 2019 tarihleri arasında İstanbul'da bekçiler tarafından, 16.647.898 GBT sorgusu ve 1.092.192 araç sorgusu yapılmış, 1265 silah ele geçirilmiş, 35.537 aranan kişi yakalanmış ve 14.892 narkotik madde ile ilgili işlem yapılmıştır. Aynı eser s. 24.

33 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 20-22.

lığı, otodan hırsızlık, evden hırsızlık, iş yerinden ve kurumdan hırsızlık, yankesicilik, bisiklet ve motor hırsızlığı, kapkaç ve yağma gibi suçlar, 2018 yılında, bir önceki yıla göre önemli oranda azalmıştır³⁴. Yine İstanbul’da 2017 – 2019 periyodunda her yılın ilk 6 aylık verileri çerçevesinde mal varlığına karşı suçların azaldığı bu istatistiklerde yer almaktadır³⁵. Bu istatistikler ışığında da, gerek Türkiye’de gerekse de İstanbul’da suç sayısının – oranının düşmesinde ya da yakalama sayılarının artmasında bekçilerin göreve başlamasının etkili olduğu ileri sürülmektedir³⁶.

Bilindiği üzere Anglosakson dünyada kriminolojik araştırmalar hayli gelişmiştir. Keza 1960 – 1990 arasında ABD’de artan suç oranı, suç önleme çalışmalarının artmasına neden olmuştur. Önemli maliyetlere sebebiyet veren suç önleme programlarının işe yarayıp yaramadıklarının anlaşılması amacıyla, o dönemki ABD başkanı Clinton’ın isteği üzerine Maryland Üniversitesi tarafından suç önleme programlarının etkililiğine dair bir rapor hazırlanmıştır³⁷. Maryland Bilimsel Metot Skoru³⁸ (Maryland Scientific Methods Scale/SMS) adı verilen değerlendirme sistemi ile suç önleme programları metodolojik olarak güvenilirlik testine tabi tutulmaktadır ve 1 ila 5 arasında puanlanmaktadır. 1 ve 2 puan alan programlar, bilimsel olarak güvenilir olmayan sonuçlar vermekte iken 3 alan bir çalışma bilimsel olarak az güvenilir olan sonuçlar vermekte, 4 ve 5 puan alan programlar ise bilimsel olarak güvenilir sonuçlar vermektedir. Bir suç önleme programı olumlu sonuçlara ulaşmış ve SMS 3 ise işe yarayabilecek/umut vaat eden bir programdır. Yine olumlu sonuçlanmış ve SMS 4 veya 5 ise program işe yarıyor sonucuna ulaşılabilir. SMS 1 veya 2 ise, suç önleme programında olumlu sonuçlara ulaşıldığı ileri sürülse dahi bu sonuçlar, bilimsel olarak güvenilir değildir. SMS 4 olması için, çoklu deney ve kontrol grupları olmalı, suçu etkileyen diğer değişkenler de kontrol edilmeli ve program öncesi ve sonrası suç ölçüleri

34 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 23.

35 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 26.

36 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 23-26.

37 M. Alper Sözer, Daniel R. Lee, ‘Suç Önleme Stratejilerini Değerlendirmenin Önemi’ iç Sözer MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011) s. 9 – 10.

38 Maryland Bilimsel Metot Skoru hakkında bkz: M. Alper Sözer, Daniel R. Lee, ‘Giriş-Kitap Nasıl Okunmalı’ iç Sözer MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011), s. 3 – 5; Ahmet Polat, *Suç Önleme*, (Legal Yayıncılık 2014) s. 208-214.

karşılaştırılmalıdır³⁹. Karşılaştırılabilir bir kontrol durumu olmaksızın suçun program öncesi ve sonrasındaki ölçülerin karşılaştırılması ise ancak SMS 2 değerindedir⁴⁰.

Yukarıda zikredilen ve kamuoyunda da bu şekilde algılanan, bekçilik kurumu yeniden faaliyete geçirildikten sonra suç sayılarında azalma olduğu görüşü, Maryland Bilimsel Metot Skoru bağlamında değerlendirildiğinde bilimsel olarak güvenilir değildir. İlk olarak suç önleme programının planlanması, uygulanması ve incelenmesi belirli safhaları gerektirir. Tarama (Scanning), Analiz (Analysis), Müdahale (Response), Değerlendirme (Assessment) = TAMÜD/ SARA, olarak ifade edilen bu süreçler vasıtasıyla sorunlar tanımlanır, analiz edilir, müdahalede bulunulur ve ilgili programın başarısı değerlendirilir⁴¹. Bekçilik kurumunun yeniden ihdasında ve sürecin değerlendirilmesinde ise bilimsel suç önleme metoduna uygun hareket edilmediği ortadadır. Her şeyden öte, anılan istatistiklerde **“bekçilik kurumunun suç önlemedeki etkililiği araştırılmış değildir”**. Söz konusu sayılar – oranlar, toplam istatistiklere dairdir yani bekçilerin bu istatistiklere gerçek anlamda ne ölçüde etki ettiği bilinmemektedir. Bekçiliğin suç oranlarına dair bu sayılarda olumlu etkisi olduğunu ileri süren yazarlar dahi aynı eserde şu cümlelere yer vermişlerdir: *“Her ne kadar bu verilerde Emniyet Teşkilatından ayrı olarak bekçilerin oynadığı rolü yalıtılmış bir şekilde ortaya koymak mümkün olmasa da bekçi sayılarındaki artışların asayiş istatistiklerinde görülen iyileşmelere paralellikler görülmektedir. Bu dönemde polis FETÖ’den temizlenmiş hem de ciddi sayıda yeni polis memuru ve amiri alımlarıyla birlikte çok daha da güçlenmiştir. Dolayısıyla gittikçe kuvvetlenen Emniyet Teşkilatı içerisindeki bekçilerin de asayiş olaylarındaki azalışa olumlu bir katkılarının olduğu rahatlıkla söylenebilir”*⁴². Dolayısıyla suç sayılarında, yakalama sayılarında, suç oranlarında azalmalar varsa, bu durumu bekçilik ile ilişkilendirebilmek için, bekçiliğin somut katkısı bilinmelidir. Aksi halde bu sayılar, akla gelebilecek her türlü değişkeni olumlamak için kullanılabilir. **Bahsi geçen sayılar,**

39 Sözer, Lee, Giriş, s. 5.

40 Sözer, Lee, Giriş, s. 4.

41 Polat, a.g.e., s. 199-208.

42 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 24.

bekçiliğin suç önlemede ya da adli faaliyetlere katkı sunduğunu hiçbir şekilde göstermemektedir, zira ortada bilimsel olarak değerlendirilebilecek bir suç önleme programı yoktur. Keza çoklu deney ve kontrol grupların yokluğu, suçu etkileyen diğer değişkenlerin kontrolü ve program öncesi ve sonrası suç ölçülerinin karşılaştırılması olmaksızın, bir başka ifade ile SMS 4 olmadığında, ilgili program olumlu sonuçlara ulaşsa dahi bu sonuçlara güvenilemez. Bekçiliğin suç oranlarını azalttığına dair SMS 4 olan bir çalışma bulunmamaktadır, yukarıdaki istatistikler bu bağlamda bilimsel olarak değerlendirilemez.

İkinci olarak Toplum Destekli Polislik⁴³ (TDP) çerçevesinde de bekçilik kurumunun ele alınması uygun olacaktır. TDP, güvenlik meselelerinin, sadece ceza adaleti sükelerinin değil tüm toplumun işi olduğu kabul edilerek, genel olarak devlete özel olarak ise kolluğu havale edilmeden toplumsal işbirliği ve sorumluluk paylaşımıyla çözülmesi ve toplumsal memnuniyetin sağlanmasıdır⁴⁴. TDP, güvensizlik kaygısı ile mücadele etmek, ikamet edenler tarafından icra edilen teamüle dayalı kontrolleri etkin kılmak, suç nedenlerine mahalli düzeyde müdahale etmek, özellikle basit sokak suçluluğu ve anti – sosyal davranışlarla mücadele etmek, problem çözümünde başarı sağlamak ve halk ile ortaklık ilişkisi stratejisine dayanır, halk ile ilişkilerde diyalog ve ikna yöntemini kullanır⁴⁵. TDP, reaktif yerine önleyici bir yaklaşımı esas alır ve sadece halkla ilişkiler ya da yaya devriyesine indirgenmemesi gereken, sorumluluk bölgesine konuşlanmayı ve halkın beklentilerini daha iyi karşılamayı esas alan polislik faaliyetlerinin tümüdür⁴⁶. TDP bakımından devriye hizmetlerinin

43 Türkiye’de 2006 yılında pilot uygulaması başlatılan TDP, 2009 yılında ise ülke sathına yayılmıştır. TDP’nin Türkiye’de Avrupa Birliği’ne adaylık sürecinde bir Avrupa Birliği projesi olarak uygulanmaya başlandığı belirtilmektedir. TDP bakımından yerelleşme ve yetki dağılımı önemli kavramlar olarak öne çıkmakta iken bu bağlamda Türkiye’deki merkezîyetçi idari yapının sorun teşkil ettiği ileri sürülmüştür. **Polat**, a.g.e., s. 127, 159, 170. TDP bakımından diğer sorunlar için aynı eser s. 170-173.

44 **Polat**, a.g.e., s. 130-131. TDP’nin, devriye etkinliği, olaylara müdahale, suçların aydınlatılması gibi hususlarda yetersiz kalan klasik polislik anlayışına karşı ortaya çıkan yeni tür polislik yaklaşımları arasında en popüler olanlardan biri olduğu da keza ifade edilmektedir. Aynı eser s. 141. Klasik polislik yaklaşım ile TDP arasındaki farklılıklar tablosu için aynı eser s. 142; Destekleyici polislik bakımından benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz: **İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu**, a.g.e., s. 52-53.

45 **Polat**, a.g.e., s. 143.

46 **Polat**, a.g.e., s. 158. TDP çerçevesindeki faaliyet ve programlar için aynı eser, s. 150-151.

önemli bir yeri vardır⁴⁷. Türkiye’de devriye hizmetlerini yürüten kolluk mensubu sayısının, diğer ülkelere nazaran son derece az olduğu, yaya devriyelerin ortadan kalkması ve polisin sosyal yaşamdan uzaklaşmasının suç önlemeyi olumsuz etkilediği iddia edilmektedir⁴⁸.

Devriye hizmetlerinin artırılmasının suç önlemedeki etkisi ise esasen tartışmalıdır. Örneğin ABD’de yapılan Kansas önleyici devriye çalışmasında, polisin devriye hizmeti yoluyla görünürlüğünü artırmasının suç önlemede etkili olacağı varsayımı denenmiş ve olumsuz sonuca ulaşılmıştır. Keza polisin acil çağrılara yönelik müdahale hızının artırılmasının da yine suç önlemede etkili olmadığı tespit edilmiştir⁴⁹. Ancak suç - yoğun bölgelerde belirli bir amaca yönelik devriye hizmetleri vasıtasıyla polisin görünürlüğünün artırılmasının suç önlemede etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁵⁰. Dolayısıyla belirli bir bölgede ve belirli bir amaçla görevlendirilmeyen devriyenin, suç önlemede başarıyı tesis etmesi hayli güç gözükmektedir⁵¹. Her ne kadar TDP uygulamalarının değerlendirilmesinde sonuç merkezli (suçta azalma ya da yapılan faaliyet sayısı) olmamak ve halkın memnuniyetini esas almak gerektiği⁵² ifade edilse de suç - yoğun bölge polisliği uygulamaları ile ilgili bölge sakinlerinin yoğun polisiye faaliyetlerden rahatsızlık duymaları da söz konusu olabilmektedir⁵³. Keza kolluk suçluluğunun nedenleri arasında mesleğin doğasından kaynaklanan bir sebep olarak “yönetimsel açıdan düşük görünürlük” ifade edilmektedir. Bu duruma örnek olarak ise küçük ekiplerin ve devriyelerin görevlerini ifa ederken denetlenmelerinin hemen hemen imkânsız olması gösterilmektedir⁵⁴ / ⁵⁵. Dolayısıyla toplumun

47 İrdem, Öztürk, Akıcıoğlu, a.g.e., s. 33. Yazarlar destekleyici polisliği, “devriye hizmetleri gibi polisin temel görevlerinde destek sağlayan ve toplumda güvenin sağlanmasına katkıda bulunan bir birim” olarak ele almaktadırlar.

48 Polat, a.g.e., s. 135, 138-139, 148-149.

49 Osman Kılıç, Oğuzhan Ömer Demir, ‘Suç - Yoğun Bölge Polisliği’ iç Sözler MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011) s. 16-17.

50 Kılıç, Demir, a.g.e., s. 19-21.

51 Suç - yoğun bölge polisliğinin suç önlemedeki etkisi üzerine araştırmalar hakkında tablo halinde bilgiler için bkz: Kılıç, Demir, a.g.e., s. 33-35.

52 Polat, a.g.e., s. 177-178.

53 Kılıç, Demir, a.g.e., s. 31.

54 Ercan Balcıoğlu, ‘Bekçileri Kim Bekleyecek? Kolluk Görevlilerinde Sapma Davranışı ve Yolsuzluk Olgusunu Anlamak’ (2015) 14(2) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 360.

55 Kimi meseleleri anlatmak için bir film, sözlerden çok daha etkili olabilir. Özellikle devriye

güvensizlik duygusu TDP faaliyetleri ve bu arada devriye hizmetleri ile ortadan kaldırılmaya çalışılırken, sürekli kolluk faaliyetlerini gören halkın, hem bu faaliyetten rahatsızlık duyması hem de hedeflenenin tam aksine yoğun güvenlik sorunu algısına kapılması olasıdır. İstanbul İstiklal Caddesi üzerinde yapılan yoğun kolluk faaliyetinin cadde üzerindeki etkisi ise herhangi bir araştırmaya gerek olmaksızın her İstanbullu için canlı bir örnektir.

Neticede bekçilik kurumu vasıtasıyla TDP konsepti çerçevesinde özellikle gece devriye faaliyetlerin artırılması, belirli bir bölge – amaç planlaması olmadığından, suç önlemede bilimsel olarak başarılı olması güç gözükmemektedir. Devriye vasıtasıyla güven duygusunun inşası hedefi noktasında ise, tam aksi sonucun elde edilmesi olasılığı öne çıkmaktadır.

III. ÇARŞI VE MAHALLE BEKÇİLERİ TEŞKİLATI YERİNE NELER ÖNERİLEBİLİR?

Yapıcı bir çalışma sadece sorunu tespit etmekle kalmayıp bu sorunun çözümü için de ne gibi öneriler sunulabileceğini içermelidir. Bu sebeple bu bölümde bekçilerin faaliyet göstereceği alandaki olası ihtiyaçlara hangi alternatif yöntemlerle cevap verilebileceğini inceleyeceğiz. Öncelikle belirtmeliyiz ki bu inceleme sırasında yeni bir teşkilat önerisi yapılmayacaktır. Çünkü mevcut kolluğun teşkilata ilişkin problemleri giderilmeden yeni bir teşkilat kurulması yamalı bohçaya yeni bir yama yapılmasından öte geçmeyecektir⁵⁶. Önerilerimize geçmeden önce bekçilerin yetki ve görevlerinin hangi alanda yoğunlaştığına bakalım.

Bekçilerin yetki ve görevleri 7245 Sayılı Kanun’un üçüncü bölümü altında 5 ile 10. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler içerisinde en uzun ve detaylı olanı, halka yardım ve önleyici faaliyetlerdir (Madde 5,6 ve 7). Demek ki bekçilerin göstereceği faaliyetler bu alana yönelik asli bir ihtiyacın karşılanması hedeflenmek-

faaliyeti esnasındaki denetimsizlik ile devriyenin istenilenin ve beklenilenin tam aksi yönde sonuçlar doğurabileceği hakkında burada belirttiğimiz hususlara dair, yönetmeliğini Ladj Ly’nin yaptığı *Les misérables* (2019) filmi tavsiye ederiz.

56 Örneğin mevzuatta yer almasına rağmen gerçekliğe bir türlü dökülememiş adli kolluk teşkilatının kurulması hâlihazırda bulunan ve acil şekilde giderilmesi gereken ancak bir türlü de giderilemeyen bir teşkilat problemi olarak gösterilebilir.

tedir. Peki, bu ihtiyaca yönelik ne gibi alternatif yöntemler önerilebilir? Önerilerimizi (i) akıllı kutular, (ii) coğrafi bilgi sistemi ve (iii) drone devriyeleri altında toplayabiliriz.

A. Akıllı Kutular

Bekçilere “bir semt, yer, yol veya sokak sormak için başvuranlara gerekli bilgiyi vermek” şeklinde bir görev verilmiştir (7245 Sayılı Kanun m. 5/1-c). Ne var ki toplumda yer gösterilmesine yönelik bir ihtiyacın olduğunu söylemek pek mümkün değildir. Son on yılda artan akıllı cep telefonu sayısı ve internet kullanımı sayesinde günümüzde bireyler telefonları aracılığıyla yer bulabilmektedir. Başka bir deyişle yer sorma alışkanlığı her geçen gün kaybolmaktadır.

Gözümüzden kaçan ancak kanun koyucunun fark ettiği bir yol tarifi ihtiyacı olduğunu bir an olsun kabul edelim. Bu ihtiyacı karşılamak adına akıllı kutular önerilebiliriz. Bu akıllı kutular dokunmatik bir ekran ara yüzüne sahip olan belli bir amaçta kamuya hizmet vermek üzere hazırlanacaktır. Anlık internet bağlantısı olan bu akıllı kutular, gerektiğinde oradan geçmekte olan kişiye bir adrese nasıl gideceği konusunda yönlendirici bilgi verebilecektir. Özellikle insan sirkülasyonunun yoğun olduğu bölgelere yerleştirilen bu akıllı kutular sayesinde bekçilere nazaran daha az maliyetle daha doğru ve güncel bilgi sağlanabilir. Akıllı kutuları sadece yol göstermeye özgülemektense bekçilere verilen başkaca görevleri de sağlayacak şekilde ve bir sonraki paragrafta açıklanacak başkaca donanımlar eklenebilir.

Bekçilere verilen bir diğer yetki “yardıma ihtiyaç duyduğu değerlendirilen, şiddet mağduru veya şiddete ya da istismara uğrama riski taşıyan kadın ve çocukları, kimsesizleri, engellileri ve acizleri en yakın genel kolluk birimlerine teslim etmek”tir. Bekçilere verilen bu yetki özellikle mağdur kadınları korumayı amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda akıllı kutularda panik/yardım tuşu eklenebilir⁵⁷. Bu tuşa

57 Bu noktada, söz konusu önerinin hâlihazırda uygulandığı bir örnekten bahsetmek yararlı olacaktır. Berlin yer altı metrosunda (U-Bahn) her bir istasyonda acil çağrı sütunu (die Notrufsäule) yer almaktadır. Acil bir durum yaşayan kişi, sütundaki düğmeye basabilir ve böylelikle bir Berlin Ulaşım İşletmeleri (Berliner Verkehrsbetriebe / BVG) personeli sütunun çevresini monitörler vasıtasıyla görüp acil durum yaşayan yolcu ile konuşabilir. Yaklaşık 2 yıl önceki bir haberde, Berlin’deki tüm U-Bahn’larda acil çağrı sütununun var olmasına karşın yer üstü

basılmasıyla birlikte en yakın kolluk merkezine bir bildirim gidecek. Bu bildirim akabinde kolluk görevlileri de akıllı kutunun olduğu yere intikal edecektir. Kolluk birimlerinin gereği dışında meşgul edilmemesi için akıllı kutuların çevresini görecek şekilde sadece kolluk birimlerinin kullanımına özgülenmiş şekilde kamera sistemleri kurulabilir. Tuşa basılmasıyla birlikte kamera kayıtların en yakın kolluk merkezindeki yetkililer tarafından izlenebileceği bir sistem oluşturulabilir. Böylece hem sürekli gözetimin önü alınacak hem de kolluk birimlerinin keyfi olarak meşgul edilmesi önlenilebilecektir. Bu özelliği sebebiyle akıllı kutuların suç haritasına göre de belirli noktalara konumlandırılması faydalı olacaktır.

Akıllı kutuların mağdur kadınlara yönelik fonksiyonu Kadın Destek Sistemi (KADES) uygulaması ile örtüşmektedir. İçişleri Bakanlığı ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı işbirliğinde şiddet mağduru veya şiddet görme riski altında olan kadınlar için etkin ve hızlı müdahalenin sağlanması amacıyla akıllı telefonlarda kullanılabilecek Kadın Destek Sistemi (KADES) uygulaması 24 Mart 2018 tarihi itibarıyla hizmete girmiştir. Akıllı telefonlarda indirilebilen bir tür uygulama olan KADES yalnızca kadınların kullanımına özgülenmiştir. Uygulamada bulunan “Yardım İste” butonuna basıldığı takdirde kolluk birimleri tarafında hızlı ve etkili müdahale sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁸. Akıllı kutu önerisi ile KADES’in noksan taraflarını tamamlayıcı özelliklere de sahiptir. Örneğin akıllı telefonun o an için bulunmaması, internete ulaşamaması, bataryanın tükenmesi veya buna benzer çeşitli aksaklıklar karşısında akıllı kutular KADES’i tamamlayıcı bir imkan olarak yer alacaktır.

B. Coğrafi Bilgi Sistemi

Kamu güvenliğinin sağlanabilmesi için kamu gücünün kendini olağan hayatta sembolik olarak göstermesi önemlidir. Nitekim bek-

metrosunda (S-Bahn) her istasyonda anılan çağrı sütunlarının olmayışı eleştiri konusu yapılmıştır. Bkz: [58 <https://www.icisleri.gov.tr/kadin-destek-uygulamasi-kades>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.](https://www.tagesspiegel.de/berlin/sicherheit-im-berliner-nahverkehr-auf-vielen-s-bahnhoefen-gibt-es-keine-notrufsaehlen/22913180.html#:~:text=Sicherheit%20im%20Berliner%20Nahverkehr%20Auf,Die%20Bahn%20setzt%20aufs%20Personal.&text=Wer%20an%20einem%20U%2DBahnhof,Notrufs%C3%A4ulen%20per%20Knopfdruck%20Hilfe%20holen,Çevrimiçi, 25.03.2021.</p></div><div data-bbox=)

çilerin devriye görevleri bu alana yönelik bir ihtiyacı gidermeyi hedeflemektedir⁵⁹. Ancak unutulmamalıdır ki kamu gücünün olağan hayata yoğun bir şekilde hissedilmesi o bölgede yaşayan insanlar için sürekli bir güvenlik kaygısını beraberinde getirecektir. Haliyle hem kamu güvenliğinin sağlanması hem de bir güvenlik kaygısı oluşturmamak arasında hassas bir denge kurulmalıdır. Bu dengenin kurulabilmesi için devriye faaliyetinin belli bir bölgede ve belli bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde yukarıda bahsettiğimiz üzere devriye faaliyetinin suçu önlemede işlevi son derece kısıtlı kalmaktadır. İşte bu amaç ve bölge unsurunun belirlenmesi için kullanılabilecek araçlardan birisi kolluk kuvvetlerinin kullanımına özgülenmiş coğrafi bilgi sistemidir.

Kolluk kuvvetlerinin kullanımına özgülenmiş coğrafi bilgi sistemi belli bir veri tabanından alınan bilgilerin analiziyle bir bölgedeki suç haritasının ortaya çıkarılmasını sağlamaktadır⁶⁰. Böylece kolluk kuvvetleri hangi bölgede yüksek suç işleme oranı olabildiğini tespit edip faaliyetlerini buna göre yürütebilecektir. Anılan coğrafi bilgi sisteminin öne çıkan yönü algoritmaya dayalı programlama, derin öğrenme, veri madenciliği gibi güncel teknolojilerin kullanılmasıdır⁶¹. Bu tür teknolojiler daha az çabayla daha fazla önleyicilik sağlamayı hedeflemektedir. Böylesi bir hedef için öncelikle kriminolojik çalışmalara kaynaklık edecek verilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın giderilmesi için adli ve önleyici faaliyet yürüten kamu kurumları istatistiki verileri belirli bir sistematik dâhilinde barındırmalı ve bu verilerin gerektiğinde ulaşılabilir olması gerekmektedir⁶².

59 Önceki bölümde bu ihtiyaca karşılık sağlanmaya çalışılan genel bir devriye faaliyetinin başarısız olduğunu ve devriyenin belirli bir bölgeye yönelik olması gibi şartlar altında sonuç doğurabileceğini belirtmiştik.

60 William J. Mackey, Brandon J. Courtney, ‘Advances in Technology and Policing: 21st Century America’ Bain A (ed), *Law Enforcement and Technology: Understanding the Use of Technology for Policing* (Palgrave Macmillan 2016) s. 30.

61 Simon Egbert and Susanne Krasemann, ‘Predictive Policing: Not Yet, But Soon Pre-emptive?’ (2020) 30(8) *An International Journal of Research and Policy* 3, DOI: 10.1080/10439463.2019.1611821.

62 Çalışmamızın tarihi itibarıyla Türkiye’de bu tür istatistiki verilere ulaşmanın son derece meşakkatli olduğu ve ulaşılan verilerin doğruluğunun teyit edilebilmesinin de bir o kadar zor olduğunu hatırlatmak gerekir.

C. Drone Devriyeleri

Son önerimiz devriye faaliyetleri için bekçiler yerine dronelerin kullanılmasıdır⁶³. Drone devriyeleri kolluğa ait bir merkezden uzak-tan kumanda yöntemiyle kullanılabilecektir. İlk etapta dronelerin bekçilere nazaran artılarına bakılmalıdır. Birinci artı olarak bekçilerin yürüme hızı ve görüş alanı karşısında dronelerin çok daha geniş bir coğrafyada daha hızlı şekilde devriye faaliyeti yürütebileceği aşikârdır. İkinci artı olarak devriye sırasında dronelerin fark edilebilirliğinin bekçilere nazaran daha az olmasıdır. Bu artılar karşısında dronelerin doğurabileceği olası olumsuz sonuçlar da mevcuttur. Böylesi bir teknolojinin uygulamaya geçmesi halinde sınırlı ve belli şartlar altında kamera kaydına izin verilmeli ve dronelerin birer MOBESE gibi çalışmasının önüne geçilmelidir. Bu tür kayıtların hangi mercilerle paylaşılacağı ve ne kadar süreyle tutulacağı gibi önemli şartlar kanun ile belirlenmelidir.

SONUÇ

Toplumun zihniyeti değişmediği sürece bu zihniyetin kısmi tezahürü olan siyasi irade de değişmeyecektir. Siyasi iradenin değişikliğe uğramadığı bir ortamda ise “değişim” adı altında kanun koyucu tarafından yapılan çalışmalar sembolik birer çaba olmaktan öte geçemeyecektir. Değişim söyleminin, çağın gerekliliklerini görmezden gelerek geçmişe yönelmesi ise tam anlamıyla nostalji sevdasının tezahürüdür. Bu tezahür göstermektedir ki nostalji hızlı değişen toplumların çağa ayak uyduramamasıdır. Bu tespitlerin gerçeklikte bulunup bulunmadığını görebilmek açısından çalışmamızda, nostalji sayfalarında kalmış olan bekçilik kurumunun 7245 sayılı Kanun ile tekrardan canlandırılmasını, geçmişe dönüş fenomeni bağlamında ele almış bulunmaktayız.

İncelemelerimiz sonucunda görmekteyiz ki geleneksel bir toplum yapısına özgülünen bekçilik kurumunun yeniden canlandırılması, güvenlik politikaları açısından olumlu bir etki doğuramayacaktır.

63 Nitekim epey geçmişe dayalı ve köklü bir bekçi teşkilatına sahip ülkelerden birisi olan İngiltere'nin West Midlands bölgesinde an itibarıyla drone devriyeler kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.west-midlands.police.uk/frequently-asked-questions/police-drones>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.

Bu tespitimizin birinci dayanağı bekçiliğin geleneksel ihtiyaçlara cevap vermek için kurgulanmasıdır. Uygulamadan kalkmış bir kurumun modern bir toplumda güvenlik kaygılarını gidereceği iddiası başlı başına çelişkilidir. Alelade bir incelemeyle dahi görülecektir ki bekçilik kurumunun ortaya çıktığı ve uygulandığı dönemdeki güvenlik ihtiyaçları ile günümüzdeki ihtiyaçlar arasında epey fark bulunmaktadır. Bunun en temel göstergesi ise bilişim alanında yaşanan gelişmeler ve hemen her alanda kendisini gösteren dijitalleşmedir.

Tespitimizin ikinci dayanağı ise bekçilik kurumunun suçun önlenmesine sağlayacağı pozitif etki iddiasının arkasının boş olmasıdır. Bekçilik kurumunun suç politikalarındaki pozitif etkisini göstermek üzere Polis Akademisi Yayınları’ndan çıkan bekçilere ilişkin bir rapor bulunmaktadır. Raporda verilen istatistikler, bekçilerin devriye faaliyetleri ve acil çağrılara cevap vermesi sonucunda suçun önlenmesine olumlu bir katkı sağladığı tezini ileri sürmektedir. Ancak bu tez, bilimsel olarak desteklenebilir nitelikte değildir. Çünkü anılan çalışmada bekçilerin suçu önlemede etkililiğine ilişkin bilimsel bir çalışma yürütülmemiş ve bütün kolluk kuvvetlerinden elde edilen sonuçlar bekçilere hasredilmiştir. Haliyle bekçilerin suç önlemede ya da adli faaliyetlere katkı sunduğuna ilişkin ortada bilimsel bir çalışma bulunmamaktadır. Şayet böyle bir çalışma yapılmak isteniyorsa tarama, analiz, müdahale ve değerlendirme aşamalarından oluşan bilimsel suç önleme metodunun uygulanmasını tavsiye etmekteyiz.

Yukarıda açıklanan sebeplerle bekçilik kurumunun kamu güvenliği açısından mevcut ihtiyaçlara karşılık olamayacağı kanısındayız. Ancak, bu tespit ile yetinmek yerine bekçilere yüklenen güvenlik politikası fonksiyonları yerine getirilebilecek çağın gerekliliklerine uygun birtakım öneriler sunulabilir. Bekçilere ilişkin mevzuat incelendiğinde suçun önlenmesine yönelik yetki ve görevlerin yoğunlukta olduğu görülmektedir. Bu yetki ve görevlerin birçoğu akıllı kutular, coğrafi bilgi sistemi ve drone devriyeleri gibi alternatif yöntemlerle çözülebilecektir. Hatta bu alternatiflerin niteliği itibarıyla bilişim sistemine entegre olmaları sebebiyle birçok istatistiki çalışma yapılabilecek ve böylece mevcut sistemlerin suç önlemede ne gibi sonuçlar doğurabildiğine yönelik bilimsel çalışmalar yürütülebilecektir. Sonuç itibarıyla özellikle dijital dönüşümün hedeflendiği

2021 Türkiye’inde geleneksel ve lağvedilmiş kurumların canlandırılması yerine gerçekçi hedefler doğrultusunda çağa uygun çözüm yöntemlerinin yerinde olacağı kanısındayız. Böylece değişikçe değişikmeden kalan güvenlik politikaları yerine sistematik, yenilikçi ve bilimsel esaslara sahip bir sistem kurulabilmesi mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

- Aksungur AB, *Türk İdare Geleneğinde Yerel Güvenlik: Mahalle Bekçilerine Dair Bir İnceleme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Kamu Yönetimi Bilim Dalı, Konya, 2018.
- Anayasa Mahkemesi, Esas No: 1965/25 Karar No: 1965/57, 26.10.1965 (Resmi gazete tarih/sayı: 8.12.1965/12171).
- Balcıoğlu E, ‘Bekçileri Kim Bekleyecek? Kolluk Görevlilerinde Sapma Davranışı ve Yolsuzluk Olgusunu Anlamak’ (2015) 14(2) Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 353 - 369.
- Erman RB ve Özcan O ve Yetkin E ve Börekçi EB ve Üzeltürk SŞT, *Çarşı ve Mahalle Bekçileri Kanunu Teklifi Hakkında Tespit, Düşünce Ve Eleştiriler* (Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, 2020) < https://law.yeditepe.edu.tr/sites/default/files/carsi_ve_mahalle_bekcileri_kanunu_teklifi_hakkinda_tespit_dusunce_ve_elestiriler_-_2020_1.pdf > Erişim Tarihi 25.03.2021.
- Egbert S and Krasmann S, ‘Predictive Policing: Not Yet, But Soon Preemptive?’ (2020) 30(8) An International Journal of Research and Policy 1-15, DOI: 10.1080/10439463.2019.1611821.
- Hirschman AO, *Gericiliğin Retoriği* (2. Baskı, İletişim 2013).
- İrdem İ ve Öztürk E ve Akıncıoğlu NU, *Güvenliğin Kurumsal Yönetiminde Destekleyici Polislik: Bekçilik Örneği*, (Polis Akademisi Yayınları, 2019).
- Kılıç O ve Demir OÖ, ‘Suç - Yoğun Bölge Polisliği’ iç Sözer MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011) 15 - 39.
- Mackey WJ and Courtney BJ, ‘Advances in Technology and Policing: 21st Century America’ Bain A (ed), *Law Enforcement and Technology: Understanding the Use of Technology for Policing* (Palgrave Macmillan 2016) 27-46.
- Michels R, *A Sociological Study of The Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*, (Batoche Books 2011).
- Polat A, *Suç Önleme*, (Legal Yayıncılık 2014).
- Sözer MA ve Lee DR, ‘Giriş-Kitap Nasıl Okunmalı’ iç Sözer MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011) s. 3-6. (“Giriş” olarak kısaltılmıştır)
- Sözer MA ve Lee DR, ‘Suç Önleme Stratejilerini Değerlendirmenin Önemi’ iç Sözer MA ve Lee DR (edr), *Suç Önleme - Teori, Pratik ve Uygulama* - (Adalet 2011) 7 - 12.

<https://basin.adalet.gov.tr/basin-aciklamasi-18112016>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.

<https://www.west-midlands.police.uk/frequently-asked-questions/police-drones>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.

<https://www.tagesspiegel.de/berlin/sicherheit-im-berliner-nahverkehr-auf-vielen-s-bahnhoefen-gibt-es-keine-notrufsaeulen/22913180.html#:~:text=Sicherheit%20im%20Berliner%20Nahverkehr%20Auf,-Die%20Bahn%20setzt%20aufs%20Personal.&text=Wer%20an%20einem%20U%2DBahnhof,Notrufs%C3%A4ulen%20per%20Knopfdruck%20Hilfe%20holen>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.

<https://www.icisleri.gov.tr/kadin-destek-uygulamasi-kades>, Çevrimiçi, Erişim Tarihi 25.03.2021.

ZİHNE YAPILAN ELEKTROMANYETİK MANİPÜLASYONUN MADDİ CEZA HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ*

Yavuz Selim TÜBCİL**

Afra YÖRÜKOĞLU***

Dr. Ali Murat DURDU****

Mehmet Sinan TÜBCİL*****

Özet

Hukukun temelini oluşturan insan iradesinin kaynağı zihin, nöro-bilimin son elli yılda gerçekleştirdiği yükselişle deneylere konu olmuştur. Yapılan ampirik çalışmalar insan zihnine müdahale edilebileceğini ortaya koymuş ve yeni suç tiplerinin oluşmasına da zemin hazırlamıştır. Nörobilimin sosyal bilimlerin farklı alanlarını etkilediği günümüzde, insan iradesinin ve bu kapsamda insan haklarının korunmasının hukuk sistemi için hayati olduğu anlaşılmıştır. Zihnin yani özgür iradenin, nöroteknolojinin getirdiği tehditlerden korunması, esasında zihin manipülasyonu olarak adlandırılan fiillerin ceza hukuku içerisinde tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu tanımlama ise ancak nörobilimin ampirik verilerinin hukuki açıdan değerlendirilmesi ile mümkündür. Bilhassa Türk hukuku içerisinde bu fiillerin teşhisi yapılmamış olup bu alanda da büyük bir eksiklik görülmektedir.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 30/03/2021. İlk hakem raporu tarihi: 28/05/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 14/06/2021.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. Sınıf Öğrencisi, yavuzselim.tubcil@ogr.iu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9772-5013.

*** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. Sınıf Öğrencisi, afra.yorukoglu@ogr.iu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8637-2152.

**** Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Nöroşirurji Uzmanlığı Öğrencisi, alimu95@hotmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9217-2608.

***** Sabancı Üniversitesi Mühendislik ve Doğa Bilimleri Enstitüsü, Biyomühendislik Doktora Öğrencisi, tubcil@sabanciuniv.edu, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8213-7961.

Çalışmamızda nörobilim alanında yaşanan ve zihin manipülasyonu fiiline zemin hazırlayan günümüze kadarki gelişmeler ele alınmıştır. Zihnin elektromanyetik dalgalarla manipüle edilmesi Türk Ceza Hukuku özelinde ve Avrupa İnsan Hakları Hukuku bünyesinde değerlendirilmiştir. Bu kapsamda bu fiiller, TCK'da bulunan İşkence, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence, Eziyet, Kasten Yaralama ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralama suçları açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Zihin Manipülasyonu, Elektromanyetizma, İşkence, Kasten Yaralama, Nörohukuk

EXAMINATION OF THE ELECTROMAGNETIC MANIPULATION TO THE MIND IN TERMS OF SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW

Abstract

The Mind, which is the source of human will, the basis of law, has been a subject to experiments with the rise of neuroscience in the last fifty years. Empirical studies revealed that the human mind can be intervened, and this lead up to new types of crime. Nowadays neuroscience is influencing the social sciences and it is seen that the human will, and the human rights is vital for the law. The protection of the mind and therefore the free will from the danger posed by neurotechnology, essentially requires the definition of the acts called mind manipulation, within the criminal law. This definition is only possible with the evaluation of the empirical data of the neuroscience. Especially, these acts are not defined in the Turkish law, this is seen as a great inadequacy.

In our study, developments in the neuroscience which made the mind manipulation possible, are reviewed. Manipulation of the mind by electromagnetic waves are discussed according to Turkish Law and European Law of Human Rights. In this context, these acts are studied in the crimes of Torture, Aggravated Torture, Torment, Deliberate Injury and Aggravated Deliberate Injury.

Keywords: Mind Manipulation, Electromagnetism, Torture, Deliberate Injury, Neuro-Law

1. Giriş

Aydınlanma çağından itibaren sosyal bilimler ile pozitif bilimler arasındaki ayrım giderek derinleşmiştir. Bu ayrıma rağmen, bilimsel gelişmelerle birlikte ortaya çıkan yeni doğa anlayışının sosyal bilimlerin farklı dallarına etkisine ve bu etkinin sosyal bilimlerin eski yapı ile kategorilerinde nasıl değişikliklere yol açacağına yönelik tartışmalar tüm hararetiyle devam etmektedir¹. Bu kapsamda son çeyrek yüzyıldaki keşifleriyle nörobilim; ekonomi, hukuk, psikoloji gibi sosyal bilim dallarıyla ilişkilendirilmiştir². Nörobilim; nöroloji, nöroşirurji, psikiyatri gibi tıp dalları ile mühendisliğin pek çok alanı -özellikle bilgisayar mühendisliği- ve kimya, genetik bilimi, matematik, fizik gibi birçok bilim dalının birlikte çalıştığı disiplinler arası bir bilimdir².

Tarih boyunca felsefenin içinde ele alınan zihin fenomeni, bugün nörobilimin konusu haline gelmiştir. Nörobilim, felsefenin aksine zihni kendi başına bir fenomen olarak değil, bedensel mekanizmaların bir “üst-fenomeni (*epiphenomenon*)” olarak görmektedir. Başka bir deyişle zihin, nörobilime göre bedene hâkim bir karar alma merccii değil, tam aksine bedendeki fiziksel mekanizmaların doğurduğu bir kavram, bir yakıştırma³. Zihin ve bedeni iki ayrı töz olarak kabul eden Kantçı düalizme temelden zıt olan nörobilimin bu yaklaşımı ile son elli senede çok ciddi gelişmeler gerçekleşmiştir. Bu gelişmeler çeşitli uygulama alanlarıyla nöroteknolojiyi doğurmuş ve insan iradesini konu alan ampirik çalışmalar yapmak mümkün hale gelmiştir. Örneklerine makalemizde değineceğimiz bu tür çalışmalar, zihninin manipüle edilebileceğini ortaya koymuş, zihin manipülasyonunun fantastik bir tahayyülden ibaret olmadığını kanıtlamıştır. İnsan beynine uygulanan elektromanyetik dalgalarla kişide acı ve kaygı uyandıran, algılama yeteneğini bozan veya ortadan kaldıran, karar alma sürecini etkileyen zihin manipülasyonu, günümüz ceza

-
- 1 SEIDMAN, Steven, *The Postmodern Turn: New Perspectives on Social Theory*, Cambridge 1994, s. 1-23.
 - 2 ERÖZDEN, Ozan, *Otomatik Portakal ya da Androidler Aleminde Ceza Hukuku ve Kriminoloji*, Hukuk Kuramı, Cilt:6, Sayı:1, 2019, s. 20.
 - 3 SMART, John Jamieson Carswell, *The Mind/Brain Identity Theory*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition), Edward Nouri Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/mind-identity/> (E.T.03.01.2021)

hukukunun alışık olmadığı, suç teşkil edebilecek eylemlere zemin hazırlamaktadır.

Bu kapsamda nörobilim ve hukuk ilişkisini inceleyen disiplinler arası alana *nörobukuk* adı verilmektedir. Bu makale nöroteknoloji-deki gelişmelerin doğurduğu yeni suç biçimlerini inceleyen *ampirik nörobukuk* çalışmalarına örnek gösterilebilir. Öte yandan nörohukukun bir diğer dalı olan *normatif nörobukuk*, nörobilimin özgür irade gibi hukukun temel normlarına getirdiği yeni tanımlamaların hukuk pratiğine olacak muhtemel etkilerini incelemektedir. Zira Kant'tan bu yana insan iradesini, insan onurunun kaynağı kabul eden ve hukukun merkezine oturtan sistemimiz, laboratuvar ortamlarında insan iradesine yapılan müdahalelerle yara almış, yeni normatif tanımlamaların yapılması elzem hâle gelmiştir⁴. Bu yeni *üst-fenomenci* paradigma, insan ve insan zihni üzerine kurulmuş diğer araştırma alanlarına (psikoloji, sosyoloji, iktisat vs.) da kendini empoze ederek onları da normlarını gözden geçirmeye ve yeniden değerlendirmeye mecbur bırakmıştır⁵.

Elektromanyetik zihin manipülasyonunun nasıl gerçekleştirildiğini anlamak ve uygulanan kişide oluşan neticelerin neler olabileceğini tespit etmek, bu müdahalenin hukuki mahiyetini anlayabilmek için zaruridir. Bu sebeple çalışmamızın bir bölümünde nörobilimin ve elektromanyetizmanın nöroteknolojik uygulamalarının günümüze kadar geçirdiği gelişimi ele alacağız.

Zihin manipülasyonu yalnızca elektromanyetik dalgalarla değil psikolojik ve kimyasal teknikler ile de gerçekleştirilebilir. Kişiye yapılan tehdit, baskı, şantaj, şiddet, telkin gibi yöntemler, beyin manipülasyonunun psikolojik tekniklerine; algılama yeteneğine zarar veren, karar alma mekanizmasını bozan ilaç veya uyuşturucular da kimyasal manipülasyon tekniklerine örnek olarak gösterilebilir.

Bu tür müdahaleler kişilere yapıldığında ceza sorumluluğu çeşitli suçlar ile ortaya çıkar. Zihne yapılan elektromanyetik manipülasyo-

4 MORSE, Stephen, *Oxford Handbook of Neuroethics*, Oxford 2011, s.655.

5 YILDIRIM, Abdurrahman Ali, *Tıp Hukuku Bağlamında İnsanı Geliştiren Biyoteknoloji Uygulamaları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019, s.2-3.

nun ceza hukuk sistematığı içerisinde tanımlanabilmesi için de diğer manipülasyon türleri ile ortaya çıkan suç tiplerinin mukayeseli olarak incelenmesi gerekmiştir. Bu kapsamda elektromanyetik müdahalenin neticesinin niteliği ile benzer neticeli suçlar olan Kasten Yaralama (TCK m.86), Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK m.87), İşkence (TCK m.94), Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence (TCK m.95) ve Eziyet (TCK m.96) suçları, suçun unsurlarına kıyasla, Yargıtay kararları eşliğinde zihne yapılan elektromanyetik manipülasyona nispetle incelenmiş ve AİHM'in İşkence Yasağı (AİHS m.3) kapsamında vermiş olduğu kararlar çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Böylelikle bu çalışma ile zihne yapılan elektromanyetik manipülasyonun mevcut hukuk sistemi içerisindeki yeri anlaşılmaya, bu müdahale ile oluşabilecek yeni suç tiplerinin zemini aydınlatılmaya, doktrinde nörobilim ve hukuk ilişkisine ceza hukuku penceresinden katkı sunulmaya çalışılmıştır.

2. Nörobilim ve Nöroteknoloji

2.1. Nörobilim

Nörobilimde temel öneme sahip sinir hücreleri arasındaki etkileşimi anlayabilmek için genel bir biyoloji bilgisine sahip olmak gerekir. Biyolojinin paradigmalarından biri de hücre teorisidir. Bu teoriye göre tüm canlılar hücrelerden oluşmaktadır. Biyolojik sınıflamaya (taksonomi) göre, hayvanlar âleminin memeliler sınıfının bir üyesi olan insan (*Homo sapiens*) gibi çok hücrelilerde hücreler, bir araya gelerek doku, organ ve sistemleri oluştururlar. Bu sistemlerden biri olan sinir sisteminin başlıca görevi, canlının iç ve dış çevresini algılamak, algılanan verileri analiz etmek, bu verileri sinirsel iletiler aracılığıyla vücuttan beyne ve beyinden vücuda taşımaktır.

Sinir sistemini oluşturan özelleşmiş hücrelere nöron adı verilir. Nöronlar soma, akson ve dendrit adı verilen üç kısımdan oluşur. Soma hücrenin gövdesi, dendritler sinirsel iletilerin alındığı kısa dallar, akson ise iletinin taşınıp aktarıldığı uzantıdır. Sinirsel iletiler hücreden hücreye elektriksel ve/veya kimyasal olarak aktarılırlar. Elektrik akımı, yüklü parçacıkların hareketi sonucu oluşur. Şebe-

ke elektriği, elektronların hareketi sonucu oluşurken nöronlardaki elektrik akımı iyonların hareketi sonucu oluşur. Sodyum (Na^+), Potasyum (K^+), Klor (Cl^-) ve Kalsiyum (Ca^{+2}) iyonlarının konsantrasyonu, hücre içi ve dışı arasında büyük farklılık gösterir (polarizasyon). Akson boyunca dizili kanalların açılmasıyla hızlıca yer değiştiren iyonlar, somadan akson ucuna doğru bir elektrik akımı (aksiyon potansiyeli) oluşturur (depolarizasyon). Bu elektrik akımı sinaps adı verilen bağlantılarla önceki nörondan (presinaptik nöron) sonraki nörona (postsinaptik nöron) aktarılır. Kalp kasları gibi iletim hızının daha yüksek olması gereken yerlerde, hücreler birbirlerine elektrik sinapslarla doğrudan bağlıdır. Diğer pek çok organda ise kimyasal sinapslar mevcuttur. Bu sinapslarda nörotransmitter adı verilen kimyasal moleküller, presinaptik nörondan sinaptik boşluğa salınır. *Difüzyon* aracılığıyla boşluğu geçen moleküller postsinaptik nöronun dendritlerindeki alıcılara (reseptör) tutunur⁶. Difüzyonun doğası gereği bu aktarım, elektrik sinapslardan daha yavaş olsa da gecikme yalnızca birkaç milisaniyedir⁷. Sinirsel ileti hedef hücreye ulaşınca kadar devam eder. İleti, postsinaptik nöronun polarizasyonunu arttırarak aksiyon potansiyelinin ateşlenme ihtimalini düşürebileceği gibi (inhibisyon) polarizasyonu düşürerek hücrenin daha kolay uyarılmasına da sebep olabilir (eksitasyon). Nöronların diğer hangi nöronlarla sinapslar oluşturduğu, bu sinapsların sürekli değişimi (nöroplastisite), uzun süre birlikte çalışan nöronların arasında sinapsların güçlenmesi, hafıza gibi yüksek bilişsel (kognitif) fonksiyonlar açısından büyük önem taşır⁸.

Sinirsel iletimin bu iki direkt⁹ (kimyasal ve elektriksel) prensip üzerinden gerçekleşmesi, nörobilimin sinir sisteminin tüm fonksiyonlarını mekanizmalara, algoritmalara, devrelere (connectome)

-
- 6 Difüzyon: Bir ortamdaki bir parçacık türünün veya yük ve enerji gibi özelliklerin atomların veya moleküllerin veya söz konusu parçacıkların rasgele hareketleri sonucu daha derişik bulundukları bölgelerden daha az derişik bulundukları bölgelere doğru ortalama hareketi. Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, Türkiye Bilimler Akademisi, <http://www.tubaterim.gov.tr/sozluk/difuzyon.html> (E.T.03.01.2021)
- 7 FREBERG, Laura, *Discovering Biological Psychology*, Belmont 2010, s.84.
- 8 SHAFFER, Joyce, *Neuroplasticity and Clinical Practice: Building Brain Power for Health*, Frontiers in Psychology, Cilt:7, Sayı:1118, 2016, s.1-2.
- 9 Ephaptic coupling (elektriksel alan aracılığıyla doğrudan bağlı olmayan hücrelerin etkileşimi) gibi indirekt olgular modern paradigma içerisinde ihmal edilebilir bulunmaktadır.

indirgemesine sebep olmuştur¹⁰. Bu mekanizmaların fizyolojik ve patolojik süreçler içinde nasıl işlediğinin keşfi onlara müdahale etmenin de önünü açmış; insan zihni, her türlü deneye açık bir koba-ya dönüşmüştür.

2.2. Nöroteknoloji

Nörobilimin pek çok mühendislik dalıyla kesişen uygulamalı alanına nöroteknoloji adı verilir. Nöroteknoloji aracılığıyla yapılan zihin manipülasyonu metotlarını¹¹ üç ana grup altında toplamak mümkündür. İlk grup bu makalede üzerinde özellikle duracağımız elektromanyetik dalgalar aracılığıyla yapılan müdahale metotlarıdır. İkinci grup metotlar ise nanoteknolojideki yeni gelişmelerle hücrelerden çok daha küçük boyutlarda tasarlanıp üretilebilen ve vücuda enjekte edilince kan-beyin bariyerini aşarak beyin hücrelerine ulaşabilen cihaz ve robotlarla yapılan müdahalelerdir. Üçüncü ve son grup ise sesötesi (ultrasonik) dalgalarla yapılan manipülasyon metotlarıdır.

Elektromanyetizma ve elektromanyetik manipülasyon teknikleriyle yapılan müdahale metotlarının üzerinde bir sonraki başlıkta ayırtısıyla duracağımız için önce diğer iki gruptan kısaca bahsedelim.

2.2.1. Nanoteknoloji Aracılığıyla Zihin Manipülasyonu

20. yüzyılda kuantum fiziğindeki keşifler yeni mikroskopi metotlarının da gelişmesini sağladı. 1981'de taramalı tünel mikroskopunun icadı, tek tek atomları gözlemlemeyi mümkün kılarak maddenin atom ve molekül seviyesinde kontrolünün önünü açtı. Nanoteknoloji adı verilen bu alanın uygulamalarından biri de nano-ölçekte robotların geliştirilmesi (nanorobotik) oldu. Bu teknolojinin insan beyni üzerindeki uygulamalarıyla (nöral nanorobotik) beyin kaynaklı verilerin (duygudurum, uyku-uyanıklık, karar alma

10 Karl Pribram'ın Holografik Beyin Teorisi gibi beynin devreler aracılığıyla değil bir bütün olarak her bölgesinde her fonksiyonu yerine getirebildiğini savunan alternatif paradigmlar da mevcuttur.

11 Psikoaktif maddelerle (LSD, Extacy vb.) veyahut hipnoz gibi psikolojik telkin metotlarıyla da insan zihnini manipüle etmek mümkün olmakla beraber bu tür metotlar bu makalenin kapsamı dışındadır.

vb.) hücresel boyutta gözlemlenmesinin, kaydedilmesinin ve hatta manipülasyonunun mümkün olabileceği ifade ediliyor. Ayrıca beyin-beyin, beyin-bilgisayar ve beyin-bulut arayüzlerinin geliştirilerek manipülasyonun çok daha ileri boyutlara taşınabileceği belirtiliyor¹².

2.2.2. Ultrasonik Metotlarla Zihin Manipülasyonu

Üçüncü grup manipülasyon metotlarında ise tUS¹³, tFUS¹⁴, TPS¹⁵ gibi yöntemler mevcuttur¹⁶. Bazı modifikasyonlarla birbirlerinden ayrılan metotlardan TFUS, ultrasonik dalgaları kullanan, cerrahi müdahale gerektirmeyen (non-invazif) bir stimülasyon metodudur. Bu yöntemde hastanın/deneğin başı ultrason vericiler içeren bir düzeneğe yerleştirilir. Ultrason dalgaları deri, kemik ve sinir dokularını rahatlıkla geçebilmekte ve taşıdığı mekanik enerji küçük bir noktada odaklanabilmektedir. İletilen bu dalgaların, hücre zarındaki mekanik titreşime cevap verebilen iyon kanallarını etkileyerek stimülasyon (eksitasyon veya inhibisyon) oluşturduğu düşünülmektedir. Bu metotla diğer stimülasyon tekniklerine nazaran çalışılacak bölge daha yüksek çözünürlükle belirlenebilmekte ve beynin daha derin bölgelerine ulaşılabilir. TFUS'un kısa süreli etkilerinin yanında, belirli sürelerde (on saniyeden uzun) tekrarlanan kullanımlarında nöronal aktivitede kalıcı etkilerinin olduğu da gösterilmiştir. Bu sayede çeşitli nörolojik ve psikiyatrik hastalıkların tedavisinde kullanımı da mümkün olabilir. Bunlara ek olarak TFUS'un nanoparçacıklarla birlikte kullanımının sinir sistemini düzenlemek için daha etkili bir yol olabileceği belirtilmektedir¹⁷.

-
- 12 MARTINS Nuno, ANGELICA Amara, CHAKRAVARTHY Krishnan, SVIDINENKO Yuriy, BOEHM Frank, OPRIS Ioan, LEBEDEV Mikhail, SWAN Melanie, GARAN Steven, ROSENFELD Jeffrey, HOGG Tad, FREITAS Robert, *Human Brain/Cloud Interface*, *Frontiers in Neuroscience*, Cilt:13, Sayı:112, 2019, s.1-3.
 - 13 tUS: Transcranial Unfocused Ultrasound (Transkranyal Odaklanmamış Ultrason)
 - 14 tFUS: Transcranial Focused Ultrasound (Transkranyal Odaklanmış Ultrason)
 - 15 TPS: Transcranial Pulse Stimulation (Transkranyal Vuru Stimülasyonu)
 - 16 DI BIASE, Lazzaro, FALATO, Emma, DI LAZZARO, Vincenzo, *Transcranial Focused Ultrasound (tFUS) and Transcranial Unfocused Ultrasound (tUS) Neuromodulation: From Theoretical Principles to Stimulation Practices*, *Frontiers in Neurology*, Cilt:10, Sayı:549, 2019, s.1-4.
 - 17 KUBANEK, Jan, *Neuromodulation with Transcranial Focused Ultrasound*, *Neurosurgical Focus*, Cilt:44,Sayı:2,2018 s.2.

2.3. Zihnî Elektromanyetik Manipülasyonu

2.3.1. Elektromanyetik Manipülasyonunun Tarihi

Nörobilimin başlangıcı özellikle anatomi çalışmaları üzerinden çok daha eski tarihlere taşınabilecek de olsa bu isimle anılmaya başlanması 1960'lardan sonra olmuştur¹⁸. Diğer pek çok bilim gibi nörobilim keşifleri de yeni icat ve teknik imkanlarla eş güdümlü ilerlemiştir. Örneğin 18. yüzyılda elektriğin popülerite kazanması canlılar ve elektrik ilişkisi üzerine deneyler yapılmasını sağlamıştır. Elektriğin tıpta tedavi amacıyla kullanılabileceği ilk kez 1744'te yayın hayatına başlayan *Electricity and Medicine* dergisinde teklif edilmiştir. Derginin ilk sayısında elektriksel uyarımların nörolojik veya psikiyatrik felç ve epilepsi hastalarının tedavisinde kullanılabileceğinden bahsedilmiştir. Benjamin Franklin de 1752'de statik elektrik kullanan bir makinenin, histeri nöbetleri geçiren kadınların tedavisinde kullanıldığından bahseder. J. B. LeRoy 1755'te bu dergide elektrik şokları verilerek tedavi edilen bir histerik körlük hastası hakkında bir makale yayınladı ve günümüzde Elektrokonvülsif Tedavi (ECT) ismini alan metot literatüre girmiş oldu¹⁹.

Yine bu yüzyılın sonunda Luigi Galvani ölü kurbağa bacakları üzerinde yaptığı deneylerinde hayvan vücutlarında elektrik olduğunu ve ölü hayvanlara elektrik akımı verildiği takdirde kas kasılmalarının tetiklenebileceğini keşfetti. Bu keşfi Galvani *hayvansal elektrik teorisi* ile kuramsallaştırdı ve sinir sisteminin vücudu elektrik akımlarıyla kontrol ettiğini ileri sürdü. Her ne kadar Volta'nın deneylerinin etkisiyle bu teori popüleritesini kaybetse de Galvani'nin çalışmaları elektrofizyolojinin temelini oluşturdu²⁰. Elektriksel iletimin doğası ise ancak Galvani'den 150 yıl sonra Nobel ödülüne layık görülen Hodgkin-Huxley modeliyle açıklanabildi²¹.

18 PICCIOTTO, Marina, *Celebrating 50 Years of Neuroscience*, The Journal of Neuroscience, Cilt: 40, Sayı:1, 2019, s.2.

19 WRIGHT, Bruce, *An Historical Review of Electroconvulsive Therapy*, Jefferson Journal of Psychiatry, Cilt:8, Sayı:2, 1990, s.68.

20 PICCOLINO, Marco, *Luigi Galvani and Animal Electricity: Two Centuries After The Foundation of Electrophysiology*, Trends in Neurosciences, Cilt:20, Sayı:10, 1997, s.443-448.

21 HODGKIN Alan Lloyd, HUXLEY Andrew Fielding, *A Quantitative Description of Membrane Current and Its Application to Conduction and Excitation in Nerve*, The Journal of Physiology, Cilt:117, Sayı:4, 1952, s.500-544.

1804'te Galvani'nin de yeğeni olan Giovanni Aldini, yeni idam edilmiş suçluların *serebral korteks*lerini elektrik vererek uyardığında cansız mahkumların yüz ifadelerinin değiştiğini gözlemledi. 1809'da Luigi Rolando canlı hayvanların *korteks*lerinin çeşitli bölgelerine elektrik vererek bölge-fonksiyon eşleşmeleri üzerine çalışan ilk kişi oldu²². 1824'te Marie-Jean-Pierre Flourens beyin-davranış ilişkisini çalışmak için beyinden bazı bölgeleri çıkartma metodunu geliştirdi²³. Elektroterapi 19. Yüzyılın ortalarında öyle yaygın bir şekilde kullanılıyordu ki “elektroterapinin babası” olarak da anılan G.B.C. Duchenne bir nöroloğun elektroterapi kullanmadan çalışmasının mümkün olamayacağını söylemişti²⁴.

Nörobilimin ilerlemesindeki önemli teknik gelişmelerden biri de Camillo Golgi tarafından keşfedilen ve kendi ismiyle (Golgi staining) anılan boyama yöntemidir. Bu yöntem sayesinde nöronları boyayıp yapılarını incelemek mümkün olmuştur. Yöntemin kâşifi her ne kadar Golgi de olsa, sinir sisteminin tek bir kesintisiz yapı değil de bağımsız nöronlardan oluştuğunu keşfeden Santiago Ramon y Cajal olmuştur²⁵. Golgi ve Cajal bu keşifleriyle 1906'da Nobel Ödülü'nü paylaşmışlardır.

2.3.1.1. Elektroensefalografi (EEG)

Elektroensefalografi (EEG)'nin keşfi nörobilim çalışmalarını yepyeni bir boyuta taşımıştır. EEG, saçlı kafa derisine yerleştirilen çok sayıda²⁶ elektrot aracılığıyla beyin dalgaları aktivitesinin izlenmesini sağlayan yöntemdir. 1912'de Vladimir Neminski ilk hayvan, 1929'da da Hans Berger ilk insan elektroensefalogramını yayınladı. Elektrotların başın farklı bölgelerine yerleştirilmesi sayesinde korteksin pek çok kısmından²⁷ sinyal almak mümkündür. EEG'nin kli-

-
- 22 SIRONI Vittorio, *Origin and Evolution of Deep Brain Stimulation*, Frontiers in Integrative Neuroscience, Cilt:5, Sayı:42, 2011, s.1.
- 23 PEARCE JOHN, *Marie-Jean-Pierre Flourens (1794–1867) and Cortical Localization*, European Neurology, Cilt:61, Sayı:5, 2009, s.311-314.
- 24 HARM, Ernest, *The Origin and Early History of Electrotherapy and Electroschock*, The American Journal of Psychiatry, Cilt:111, Sayı:12, 1955, s.932-933.
- 25 PETERS Alan, *Golgi, Cajal, and The Fine Structure of The Nervous System*, Brain Research Reviews, Cilt:55, Sayı:2, 2007, s.256–263.
- 26 64, 128 ve 256 elektrot kullanılan klinik prosedürler mevcuttur.
- 27 Cerebral cortexin kafatasına paralel uzanan bölümlerinden EEG ile sinyal almak mümkün.

nik kullanımlarında bu sinyaller iki kıstasa bağlı olarak incelenebilir: Spektral ve Zamansal. Verilerin spektral incelemesi ile beyin dalgalarındaki frekans anomalilerini tespit ederek nörolojik ve psikiyatrik hastalıkların (epilepsi, PTSD, uyku terörü vb.) teşhisini yapmak mümkündür. Zamansal incelemede ise deneğe/hastaya belli bir görev (task) verilerek belli şartlara göre bir butona basması istenir. Butona basma anından geriye bakılarak *olaya ilişkin potansiyeller* tespit edilir. Böylece görevin korteksin hangi bölgesini faaliyete geçirdiği saptamak ve bölge-faaliyet korelasyonu üzerine çıkarımlar yapmak mümkündür. EEG'nin bu şekilde kullanımı davranış psikolojisinde de pek çok kullanım alanı bulmuş, psikologların vazgeçilmez oyuncaklarından biri olmuştur. EEG'nin deneğin/hastanın hareketlerine büyük ölçüde engel olmaması çok geniş bir yelpazede görev prosedürleri geliştirilmesini sağlamıştır.

2.3.1.2. Frontal Lobotomi

EEG'nin beynin fonksiyonel haritalandırılmasına getirdiği kolaylık, savaş yıllarının yüksek beyin hasarlı hasta sayısı ve düşük etik standartları, 1940'larda bilim insanlarını "hastalıklı bölgeleri" beyinden çıkararak hastaları "iyileştirme" metotları üzerine çalışmaya itti. Bu yöntemlerden biri 1949'da Egas Moniz'e Nobel Ödülü kazandıran *frontal lobotomi* metoduydu. Bu yöntemde ileri entelektüel kabiliyetleri sağlayan ve kişilik özelliklerini belirlemede rol oynayan *prefrontal korteks* tahrip edilerek şizofreni hastalarının daha uysal ve donuk bir karaktere bürünmeleri sağlanıyordu. Ancak bu ameliyatların beyinde kalıcı tahribat bırakması bilim adamlarını, sonuçları daha hafif ve geri dönüşü mümkün tedavi yöntemleri aramaya sevk etti.

2.3.1.3. Stimoceiver

Beyinde kalıcı tahribat bırakan ameliyat yöntemlerine alternatif olarak geliştirilen *Stimoceiver*, nörobilim tarihinde çığır açan bir icat olmuştur. Jose Delgado'nun 1950'lerde geliştirdiği, stimulatör (uyarıcı) ve receiver (alıcı) kelimelerini birleştirerek adlandırdığı bu ci-

ken dik uzanan bölgelerindeki sinyaller birbirlerini elimine ettiği için sağlıklı veri almak mümkün değildir. Bu bölgeler inceleme konusuysa Magnetoensefalogram (MEG) kullanılabilir.

haz, cerrahi bir operasyonla yerleştirildiği beyin bölgesindeki elektriksel değişimleri ölçüp kaydedebiliyor (EEG Telemetri) ve yine aynı bölgede elektriksel uyarımlar oluşturabiliyordu. Sistem iki kısımdan oluşmaktaydı; beyne bağlı (*in vivo*) kısım ile bilgisayara bağlı (*in silico*) kısım. Elektriksek uyarımın frekansı, şiddeti ve süresi *in silico* ayarlanıp radyo dalgalarıyla kablosuz olarak *in vivo* kısma gönderilebiliyordu. Bu sayede denneğin/hastanın hareket kabiliyeti kısıtlanmıyor ve epilepsi nöbeti gibi durumlarda iletişim kopmuyordu. Ayrıca deney düzenneği gözlerden gizlenebildiği için kaygı ve stres oluşumu engelleniyor, denek/hasta tabii ortamında spontane etkileşimlerde bulunabiliyordu²⁸.

Delgado'nun *stimoceiver* deneylerinden en meşhuru 1963'te gerçekleştirdiği boğa güreşi deneyidir. Bu deneyde Delgado, beynin saldırgan davranışları düzenleyen *kaudat nükleus* bölgesine *stimoceiver* yerleştirdiği boğanın karşısına elinde kırmızı pelerinle çıktı. Boğanın sivri boynuzlarının gazabına uğramasına ramak kala elindeki uzaktan kumandanın düğmesine basarak boğayı durdurdu ve geri dönmesini sağladı.²⁹

Artan popülaritesi sayesinde büyük bütçeler elde eden ve insan deneylerine de başlayan Delgado, çalışmalarını *Zihnın Fiziksel Kontrolü: Psikomedeni Bir Topluma Doğru* kitabında toplayarak felsefi bir zemine oturtmaya çalıştı³⁰. Geliştirdiği cihazın “insanlarda ilkelliğe sebep olan agresif davranışları” ortadan kaldırarak insanın evrimini yeni bir seviyeye taşıyacağını iddia ediyordu. Fakat gelişen etik standartları ve spekülâtif fikirleri 1970'lerde Delgado'yu literatürün dışına iterek beyne cerrahi müdahale yöntemlerinin (invasif metotlar) yerini ilaçla tedaviye (farmakoterapi) bırakmasına sebep oldu³¹.

28 HORGAN, John, *The Forgotten Era of Brain Chips*, Scientific American, Cilt:293, Sayı:4, 2005, s.66-73.

29 MARZULLO, Timothy, *The Missing Manuscript of Dr. Jose Delgado's Radio-Controlled Bulls*, Journal of Undergraduate Neuroscience Education, Cilt:15, Sayı:2, 2017, s.29-35.

30 DELGADO, Jose Manuel Rodriguez, *Physical Control of The Mind: Toward A Psychocivilized Society*, New York 1968.

31 HORGAN, John, *The Forgotten Era of Brain Chips*, Scientific American, Cilt:293, Sayı:4, 2005, s.66-73.

1980’lerde farmakoterapinin beklenen mucizevi etkiyi göstere-memesi, örneğin ilk keşfedildiğinde “*Parkinson hastalığı*”³²’nın çaresi bulundu” heyecanıyla karşılanan L-dopa’nın hastalarda kısa sürede direnç oluşmasıyla etkisini kaybetmesi ve psikoaktif ilaçların tedavi maksatlı kullanımının kısıtlanması literatürü yeni arayışlara sevk etti. Gelişen elektronik teknolojileriyle beraber en çok ilgi çeken alan tekrardan beynin elektriksel manipülasyonu oldu.

2.3.2. Günümüz Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu Teknikleri

2.3.2.1. Derin Beyin Stimülasyonu (DBS)

1990’larda geliştirilen Derin Beyin Stimülasyonu [Deep Brain Stimulation (DBS)] çeşitli nörolojik veya psikiyatrik hastalıklarda, ilgili derin beyin bölgelerine cerrahi olarak elektrotlar yerleştirmek suretiyle patolojik nöronal aktiviteleri düzenlemek için geliştirilen bir tedavi metodudur. Yerleştirilen elektrotlar, köprücük kemiğinin aşağısında deri altına sabitlenen bir *vücuda yerleştirilebilir titreşim üretici*’ye [Implantable Pulse Generator (IPG)] bağlanır. Modern bir IPG, güç kaynağı görevi gören bir batarya ve elektriksel uyarıyı taşıyan elektronik bileşenlerden oluşur. Delgado’nun *stimociever*’ına benzer olarak IPG’nin ürettiği uyarımın değişkenleri de frekans, sinyal genişliği ve voltajdır. IPG’nin bu özellikleri dışardan hasta veya doktor tarafından kontrol edilip ayarlanabilir. DBS’nin etki mekanizması tam olarak bilinmemekle birlikte genel olarak elektrot çevresindeki nöronların eksitasyonu ve inhibisyonu aracılığıyla çalıştığı düşünülmektedir³³. Düşük frekanslı uyarılar hedef bölgede eksitasyona yol açarken yüksek frekanslı uyarılar bölgedeki nöronal aktiviteyi azaltmakta böylece geri-dönüşlü fonksiyonel lezyon³⁴ oluşturmaktadır.

32 Titreme (tremor), kaslarda katılık (rijidite) ve hareketlerin yavaşlamasına sebep olan sinir sistemi hastalığı. Beynin *substantia nigra* bölgesindeki dopaminerjik nöronların ölmesi sonucu motor fonksiyonlar zayıflar. L-dopa beyinde dopamine dönüştürüldüğünden dopamin eksikliğinden kaynaklı bu semptomları ortadan kaldırıyordu.

33 HICKEY, Patrick, STACY, Mark, *Deep Brain Stimulation: A Paradigm Shifting Approach to Treat Parkinson’s Disease*, Frontiers in Neuroscience, Cilt:10, Sayı:173, 2016, s.1-7.

34 Lezyonlar dokuların fonksiyonlarını yitirmesine sebep olan doku bozukluklarıdır. Frontal lobotominin aksine bu lezyonların elektriksel uyarılarla sanal olarak oluşturulması istenildiğinde geri dönüşü mümkün kılmaktadır.

DBS'nin geliştirilmesinde model olarak ele alınan hastalık Parkinson hastalığı olmuştur³⁵. Bu hastalığın tedavisinde elde edilen başarı, diğer nörolojik ve hatta psikiyatrik hastalıkların tedavisinde DBS'nin önünü açmıştır. Bu hastalıklar arasında esansiyel tremor, distoni, epilepsi, kronik ağrı, obsesif kompulsif bozukluk (OKB) ve depresyon yer almaktadır. Daha çekimser davranılmakla birlikte bağımlılık, anoreksiya, obezite ve *Alzheimer Hastalığı* gibi rahatsızlıklarda da DBS araştırmaları yapılmaktadır.

2.3.2.2. Transkranyal Manyetik Stimülasyon (TMS)

Elektromanyetik zihin manipülasyonu metotlarından en geniş literatüre sahip olanı Transkranyal Manyetik Stimülasyon'dur (TMS). TMS'nin çalışma mekanizması oldukça basittir ve M. Faraday'ın keşfettiği ve J. C. Maxwell'in formüle ettiği elektromanyetizma prensibine dayanır. Elektromanyetizma temelde elektrik ve manyetizma arasındaki ilişkiyi konu alır. Bir bobine sarılı tellerden elektrik akımı geçirildiğinde elektrik akımına dik bir manyetik alan oluşur ve bu manyetik alanın iletken bir ortamda elektrik alan oluşumunu tetikleyerek elektrik akımı meydana getirir. Sinirsel iletimin elektrik akımları aracılığıyla gerçekleştiğine değinmiştik, böylece TMS aracılığıyla üretilen manyetik alan kafa derisi, kafa kemikleri ve beyin zarlarından kolayca geçerek beyinde istenen bölgenin uyarımı için doğru kullanılabilir. Manyetik alan kafa derisinde ve beyin zarlarındaki ağrı reseptörlerini (*nosiseptör*) uyarmadığından ağrısız bir yöntemdir ve herhangi bir anestezi müdahale gerektirmez. Ayrıca manyetik stimülasyon herhangi bir doku hasarına sebep olmadığından non-invazif bir metot olarak nitelenir. Bobinlerin geometrik özelliklerine göre hedeflenen bölgede oluşturulmak istenen elektrik alanın üç boyutlu yapısı ve ulaşılacak doku derinliği ayarlanabilir. O-şeklinde bobin ve 8-şeklinde bobinler ile korteksin 1-3 cm derinine kadar elektrik alan oluşturulabilirken H-şeklindeki bobinler ile bu rakam 4-6 cm'ye kadar çıkmaktadır.³⁶

35 Parkinson hastalığının motor fonksiyon hastalığı olması semptomlardaki iyileşmenin kolayca gözlemlenmesini sağlar. Kognitif fonksiyonları etkileyen nörolojik ve psikiyatrik hastalıklarda ise bu gözlemler çok daha zordur.

36 PETERCHEV, Angel, WAGNER, Timothy, MIRANDA, Pedro, NITSCHKE, Michael, PAULUS, Walter, LİSANBY, Sarah, PASCUAL-LEONE, Alvaro, BIKSON, Marom, *Fundamentals of Tran-*

Bobinden geçirilen akımın şiddet ve frekans gibi parametreleri ayarlanarak çeşitli şekillerde nörostimulasyon gerçekleştirilebilir. Bobinden tek bir akım geçirerek bir kez uyarım sağlanmasına sTMS (single pulse TMS) denir. Eğer belli periyotlarda akımlarla tekrarlanan uyarım sağlanırsa rTMS (repetitive pulse TMS) olarak isimlendirilir ve klinik kullanım şekli genellikle budur. Yüksek frekanslı (10-20 Hz) rTMS uygulaması ile hedeflenen korteks bölgesinde kısa süreli eksitasyon (nöronal aktivite artışı) oluşturulabilir. Düşük frekanslı (1 Hz) rTMS uygulamasıyla ise kısa süreli inhibisyon (nöronal aktivitede azalma) oluşturulabilir. Aynı prensip üzerinden tekrarlayan aktive edici rTMS uygulamaları hedeflenen nöron devrelerinde sinaptik bağlantıların güçlenmesini ve/veya yeni sinaptik bağlantıların oluşmasını sağlayarak uzun süreli kuvvetlendirme (long term potentiation - LTP) meydana getirebilir. Tekrarlayan baskılayıcı rTMS uygulamaları ile sinapslar zayıflatılarak uzun süreli depresyon (long term depression - LTD) oluşturulabilir. TMS'in bu türlü kullanımı ile nöroplastisite taklit edilerek farklı klinik yararlar sağlanabilir³⁷.

Modern Nörobilim'de beynin dinamik yapısına Nöroplastisite adı verilir. Hafıza, problem çözme, plan yapma gibi pek çok yüksek bilişsel işlev nöronlar arası bağların (sinapsların) kurulması, değişmesi ve yıkılmasıyla yürütülür. Yüksek bilişsel işlevden kastedilen kısa zamanlı hafıza, dikkat gibi temel bilişsel işlevlerin eş zamanlı çalışmasıyla elde edilen *prefrontal korteks işlevleridir*³⁸.

2.3.3. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu Deneyleri ve Etkileri

Bu bölümde elektromanyetik zihin manipülasyonu tekniklerinden günümüzde en geniş kullanım alanına sahip olan Transkranyal Manyetik Stimülasyon'un (TMS), çeşitli beyin bölgelerine uygulanması ve yüksek bilişsel işlevlere olan etkisi üzerine nörobilim lite-

cranial Electric and Magnetic Stimulation Dose: Definition, Selection, and Reporting Practices, Brain Stimulation, Cilt:5, Sayı:4, 2012, s.435-453.

37 BERSANI, Francesco Saverio, MINICHINO, Amadeo, ENTICOTT, Peter, MAZZARINI, Lorenzo, KHAN, Nashaba, ANTONACCI, Giuseppe, RACCAH, Ruggero Nessim, SALVIATI, Massimo, DELLE CHIAIE, Roberto, BERSANI, Giuseppe, FITZGERALD, Paul, BIONDI, Massimo, *Deep Transcranial Magnetic Stimulation as a Treatment for Psychiatric Disorders: A Comprehensive Review, European Psychiatry, Cilt:28, Sayı:1, 2012, s.30-39.*

38 SHAFFER, Joyce, *Neuroplasticity and Clinical Practice: Building Brain Power for Health, Frontiers in Psychology, Cilt:7, Sayı:1118, 2016, s.1-2.*

ratüründen çeşitli deney örnekleri, belli başlıklar altında bir araya getirilmiştir.

2.3.3.1. Ablâki Yargıya Varmaya Etkisi

2014 yılında *Frontiers in Neuroscience* dergisinde yayımlanan makalede bilim insanları sağ *dorsolateral prefrontal kortekse* ve sağ *temporoparietal bölgeye* TMS uygulayarak TMS'nin kişilerin ahlaki yargılarına olan etkisini incelediler. 17 denek üzerinde yapılan deneylerde deneklere bir ekran aracılığıyla 64 ikilem gösterilerek böyle bir durumda bulunduklarında bahsedilen hareketi uygun bulup bulmayacakları soruldu. İkilemlere cevap veren deneklere her sorunun ardından verdikleri cevaptan ne kadar emin oldukları, verdikleri kararların sonuçlarından dolayı kendilerini sorumlu görüp görmedikleri, verdikleri karar hakkında pişmanlık hissedip hissetmedikleri ve tekrar düşündüklerinde cevabı değiştirmek isteyip istemedikleri soruldu.

Deney sonuçlarına göre soru sorulduktan 2.5 saniye sonra TMS aracılığıyla uyarılan deneklerin ahlaki ikilemlerde daha az faydacı (utilitarian) yargılara vardığı gözlemlendi. Örneğin tramvay ikilemi problemi yöneltilen denekler, TMS etkisi altındayken tramvayın geçeceği raya bağlı 5 kişiyi kurtarmak için makas kolunu çekerek tramvayı başka bir raya yönlendirmeyi ve 1 kişiyi feda etmeyi daha az tercih etmişlerdir. Aynı şekilde TMS etkisi altındaki deneklerin verdikleri kararlardan daha az pişmanlık duydukları tespit edilmiş ve aldıkları kararların sorumluluğunu üstlendikleri gözlemlenmiştir³⁹.

MIT ve Harvard Üniversitesi'nden araştırmacıların yaptığı 2009'da yayımlanan çalışmada TMS'in ahlaki yargılamaya etkisi incelendi. Normal koşullarda fiili ahlaki açıdan yargılanan failin kanısının, isteklerinin, fiilinin sonuçlarının büyüklüğünün, geçmiş fiillerinin, failin zarar verirken kullandığı araçların ve dış tesirlerin (nefsi müdafaa, tehdit vs.) yargıya varılırken göz önünde bulundurulduğunu ifade eden araştırmacılar, bu etmenlerden ikisinin TMS aracılığıyla mani-

39 JEURISSEN, Danique, SACK, Alexander, ROEBROECK, Alard, RUSS, Brian, PASCUAL-LEONE, Alvaro, *TMS Affects Moral Judgment, Showing the Role of DLPFC and TPJ in Cognitive and Emotional Processing*, *Frontiers in Neuroscience*, Cilt:8, Sayı:18, 2014, s.8.

püle edilebileceğini gözlemledi. Sağ *temperoparietal* bölgesine TMS uygulanan deneklerin ahlaki yargıya varabilme yeteneğinde bir değişiklik olmadığı fakat yargıya varırken fiilin sonuçlarını değil yalnızca failin kanısını dikkate aldığı tespit edildi. Başka bir deyişle, denekler fiilin iyi ya da kötü sonuçlanmasından bağımsız olarak faili yalnızca aklından geçenlere göre suçlu ya da masum bulmuşlardır⁴⁰.

2.3.3.2. Saldırganlığa Etkisi

2009 yılında *Psychopathology* dergisinde Hollandalı bilim insanlarının yayımladığı makalede TMS'nin saldırganlık (agresyon) üzerine etkileri incelendi. 20 sağlıklı denek üzerinde yapılan çalışmada beynin sol yarıküresine koşullandırıcı TMS atımı (pulse) uygulanırken 10 milisaniye sonra beyin sağ yarıküresine test atımı uygulandı. Bu sırada deneklerin saldırganlığı Buss-Perry Saldırganlık Anketi (Buss-Perry Aggression Questionnaire) uygulanılarak ölçüldü. TMS atımının yarıküreler arasında iletilen potansiyellerin inhibisyonuna sebep olduğu ve artan inhibisyonun da daha yüksek saldırganlık skoruyla ilişkili olduğu tespit edildi⁴¹.

2012'de ise İsrail'de yapılan deneylerde 16 sağlıklı deneğe 2 aşamada TMS uygulandı. TMS sonrasında deneklerin saldırganlık dereceleri *Social Orientation Paradigm (SOP)* aracılığıyla ölçüldü. Sağ *dorsolateral prefrontal* kortekse uygulanan TMS atımlarının daha yüksek saldırganlık değerlerinin ölçülmesine sebep olduğu görüldü. Deneklerin hem kendilerine karşı olan tutumlara saldırgan karşılıklar verdikleri hem de hedefleri için daha saldırgan davrandıkları tespit edildi. Böylece deneklerin stres altına girdiği ve kendilerine karşı yapılan davranışların saldırganca olduğunu düşünerek kaygılandıkları gözlemlenmiştir⁴².

⁴⁰ YOUNG, Liane, CAMPRODON, Joan Albert, HAUSER, Marc, PASCUAL-LEONE, Alvaro, SAXE, Rebecca, *Disruption of the Right Temporoparietal Junction with Transcranial Magnetic Stimulation Reduces the Role of Beliefs in Moral Judgments*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Cilt:107, Sayı:15, 2010, s.6753-6758.

⁴¹ HOFMAN, Dennis, SCHUTTER, Dennis, *Inside the Wire: Aggression and Functional Interhemispheric Connectivity in The Human Brain*, *Psychophysiology*, Cilt: 46, Sayı:5, 2009, s.1054-1058.

⁴² PERACH-BARZILAY, Nufar, TAUBER, Alfred, KLEIN, Ehud, CHISTYAKOV, Andrei, NE'EMAN, Gidi, SHAMAY-TSOORY, Simon, *Asymmetry in The Dorsolateral Prefrontal Cortex and Aggressive Behavior: A Continuous Theta-Burst Magnetic Stimulation Study*, *Social Neuroscience*, Cilt:8, Sayı:2, 2013, s.178-188.

2.3.3.3. Toplum Yanlısı Davranışlara Etkisi

İtalya'da 2014 yılında yapılan araştırmada sağ *dorsolateral prefrontal kortekse* uygulanan TMS atımlarının toplum yanlısı (pro-social) davranışlara olan etkisi incelendi. 25 denekle yapılan deneylerde deneklere çeşitli durumlardaki insanlara yardım edip etmeyecekleri soruldu. TMS uygulanan deneklerin davranışlarının kontrol grubuyla karşılaştırıldığında daha toplum yanlısı olduğu gözlemlendi. Ayrıca EMG aracılığıyla otonom yüz ifadeleri ölçülen deneklerin gösterilen durumdaki kişilerle daha fazla empati kurduğu tespit edildi⁴³.

2.3.3.4. Ağrı Hissine Etkisi

2003 yılında *Clinical Neurophysiology* dergisinde yayımlanan makalede Japon bilim insanların TMS'nin ağrı hissine olan etkisini incelediler. 9 sağlıklı denegın sol ellerine zayıf CO2 lazer ışınları doğrultuldu. Ardından beyinlerinin sağ *sensorimotor korteksi* ile *medyal frontal korteksi* TMS aracılığıyla uyarıldı. Lazer ışınından 150-200 milisaniye sonra sağ *sensorimotor korteksi* uyarılan denekler acıyı TMS uygulanmadığı zamankinden daha fazla hissettiklerini belirttiler. *Medyal frontal korteksi* lazer ışınından 50-100 milisaniye sonra uyarılan denekler ise acıyı kontrol uygulamasından daha az hissettiklerini bildirdiler⁴⁴.

2.3.3.5. Kan Basıncı ve Nabıza Etkisi

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen'da yapılan çalışmada Alman bilim insanları 13 denegın beyinlerinin çeşitli bölgelerine (C3, C4 ve Fz) TMS uygulayarak bir saat boyunca kan basınçlarındaki ve nabızlarındaki değişiklikleri gözlemlediler. TMS'nin ardından tüm

43 BALCONI, Michela, CANAVESIO, Ylenia, *High-Frequency rTMS on DLPFC Increases Prosocial Attitude in case of Decision to Support People*, Social Neuroscience, Cilt:9, Sayı:1, 2013, s.82-93.

44 KANDA, Masutaro, MIMA, Tatsuya, OGA, Tatsuhide, MATSUHASHI, Masao, TOMA, Keiichiro, HARA, Hidemi, SATOW, Takeshi, NAGAMINE, Takashi, ROTHWELL, John, SHIBASAKI, Hiroshi, *Transcranial Magnetic Stimulation (TMS) of The Sensorimotor Cortex and Medial Frontal Cortex Modifies Human Pain Perception*, Clinical Neurophysiology, Cilt:114, Sayı:5, 2003, s. 860-866.

deneklerin kan basınçlarının düştüğü ve kalp atışlarının hızlandığı tespit edildi⁴⁵.

2020 yılında *Brain Stimulation* dergisinde yayımlanan araştırmada da benzer etkiler gözlemlendi. 15 majör depresyon hastası denekle yapılan deneylerde aktif ve kontrol TMS verileri çift-kör klinik çalışmalarla toplandı. *Dorsolateral prefrontal kortekslerine* TMS uygulanan deneklerin kalp atışlarının, uygulamanın başladığı dakika içinde yavaşladığı ve hem sistolik hem de diastolik kan basınçlarının TMS uygulanmayan kontrol grubundan daha düşük olduğu tespit edildi. Ayrıca kalp atış hızı değişkenliğinin de kontrol grubundan daha yüksek olduğu görüldü⁴⁶.

2.3.3.6. Uyku-Uyanıklık Hâline Etkisi

2007 yılında Amerikan Ulusal Bilimler Akademisince yayımlanan makalede bilim insanları TMS aracılığıyla deneklerin beyinlerinde uyku sırasında ortaya çıkan yavaş dalgalanmaların benzerlerinin oluşturulabileceğini ve uyku/uyanıklık durumlarının değiştirilebileceğini gösterdi. 0.8 Hz şiddetinde 40 uyarıma maruz bırakılan denekler aynı prosedürün görünürde tekrarlandığı fakat TMS cihazının çalıştırılmadığı kontrol grubuyla karşılaştırıldı. TMS uygulanan deneklerin uyku derinliği seviye 4 olarak ölçülürken TMS uygulanmayan deneklerin uyku derinliği seviye ikide kaldı. Beynin bir noktasında tetiklenen bu dalgaların tüm beyne yayılarak deneklerin uyku durumlarını derinleştirdiği tespit edildi⁴⁷.

2013 yılında Çin’de yapılan benzer bir araştırmada kronik uykusuzluktan mustarip 120 denek 3 gruba ayrılarak 2 hafta boyunca çeşitli uygulamalara maruz bırakıldı. 30 kişilik gruplardan ilkinde TMS

45 FOERSTER, Andreas, SCHMITZ, Jörg, NOURI, Mohsen, CLAUS, Detlef, *Safety of Rapid-Rate Transcranial Magnetic Stimulation: Heart Rate and Blood Pressure Changes*, *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, Cilt:104, Sayı:3, 1997, s.207-212.

46 ISEGER, Tabitha, ARNS, Martijn, DOWNAR, Jonathan, BLUMBERGER, Daniel M, DASKALAKIS, Zafiris Jeff, VILA-RODRIGUEZ, Fidel, *Cardiovascular Differences Between Sham and Active iTBS Related to Treatment Response in MDD*, *Brain Stimulation*, Cilt:13, Sayı:1, 2020, s.167-174.

47 MASSIMINI, Marcello, FERRARELLI, Fabio, ESSER, Steve, RIEDNER, Brady, HUBER, Reto, MURPHY, Michael, PETERSON, Michael, TONONI, Giulio, *Triggering Sleep Slow Waves by Transcranial Magnetic Stimulation*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Cilt:104 Sayı:20, 2007, s.8496-8501.

uygulanırken ikincisine ilaç ve üçüncüsüne psikoterapi uygulandı. TMS uygulanan grubun uyku döngüsünün diğerlerinden çok daha fazla etki altına alınabildiği ve TMS'nin vücudun uyanıklık seviyesini ciddi oranda düşürdüğü gözlemlendi⁴⁸.

2.3.3.7. Görme Duyusuna Etkisi

1989 tarihli bir deneyde New York Devlet Üniversitesi'ndeki araştırmacılar, başlarının 2 cm üzerine 9.2 cm çapında manyetik bir bobin yerleştirdikleri deneklere ekranda gösterilen 3 harfi okumalarını istedikten sonra 2.2 Tesla şiddetinde manyetik atım (pulse) uyguladılar. Manyetik akım ile harfin belirmesi arasındaki süre 40-60 veya 120-140 milisaniye olduğunda denekler harfleri doğru şekilde okuyabilirken manyetik akım 80-100 milisaniye sonra uygulandıklarında bulanık noktalar gördüklerini ya da hiçbir şey okuyamadıklarını söylemişlerdir. Bobinin baş üstündeki konumu değiştirerek etkiyi incelemeye devam eden araştırmacılar, manyetik atımın yalnızca *kalkarin sulcus*'taki birincil görme alanına etki ettiğinde görmeyi engellediğini tespit etmişlerdir⁴⁹.

2.3.3.8. Bilinç Durumuna Etkisi

2020 yılında benzer bir araştırmayı yürüten Cardiff Üniversitesi Beyin Araştırmaları Görüntüleme Merkezindeki (kısaca CUBRIC) bilim insanları, görsel uyarandan önce ve sonra beyne uygulanan Transkranyal Manyetik Stimülasyon'un, görsel uyarının bilince ulaşmasına olan etkisini inceledi. Deneklere üç farklı ekrandan biri gösterilerek üç ayrı soru soruldu. Ekranlardan biri boştu, diğerinde ok olmayan bir şekil, bir diğerinde de sağa veya sola bakan bir ok vardı. Sorulan sorular sırasıyla: "Bir şey gördünüz mü?", "Gördüğünüz şekil bir ok muydu?" ve "Gördüğünüz ok hangi yöne bakıyordu?" şeklindeydi. Manyetik uyarıya maruz bırakılan deneklerin ilk so-

48 JIANG, Cheng-gang, ZHANG, Ting, YUE, Fa-guo, YI, Ming-ling, GAO, Dong, *Efficacy of Repetitive Transcranial Magnetic Stimulation in the Treatment of Patients with Chronic Primary Insomnia*, Cell Biochemistry and Biophysics, Cilt:67, Sayı:1, 2013, s.169-173.

49 AMASSIAN, Vahe, CRACCO, Rodger, MACCABEE, Paul, CRACCO, Juan, RUDELL, Alan, EBERLE, Larry, *Suppression of Visual Perception by Magnetic Coil Stimulation of Human Occipital Cortex*, Electroencephalography and Clinical Neurophysiology, Cilt:74, Sayı:6, 1989, s.458-462.

ruya cevap vermekte oldukça zorlandıkları ve ok şekli gösterilen deneklerin ikinci soruya herhangi bir şey gösterilmediğini sanarak olumsuz cevap verdikleri tespit edildi. Bu deneklerden, okun ne tarafa baktığını tahmin etmeleri istendiğinde, deneklerin cevaplarının şans eseri olamayacak derecede doğru olduğu gözlemlendi. Deneklerin görsel algılama yeteneği korunurken algılamaları bilince ulaşmıyordu. Böylece New York Devlet Üniversitesinde yapılan 1989 tarihli deneyden farklı olarak TMS ile deneklerin yalnızca görme duyusuna değil gördüklerinin farkında olmasına yani bilinçliliklerine de müdahale edilebileceği gösterilmiş oldu. Deneyde yalnızca görme esnasında uygulanan manyetik uyarımın değil, görme fiilinden önce uygulanan TMS'nin de görme duyusunu ve algısını etkilediği gösterildi⁵⁰.

2.3.4. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonunun Kötüye Kullanımı

Literatürdeki TMS deneylerinde de görüldüğü üzere elektromanyetik manipülasyon metotlarıyla insan bedeni ve zihnini pek çok açıdan etkilemek mümkündür. Elektromanyetik zihin manipülasyonu cihazlarının sahip olduğu bu geniş etki çerçevesi pek çok hastalığın tedavisi için ümit olsa da bu cihazların kötüye kullanıldığında oldukça tehlikeli silahlara dönüştürülebilmesini mümkün kılıyor. Bu başlık altında kötüye kullanım tehdidini kamuoyuna yansıyan ve bilimsel açıdan inceleme konusu olmuş olan *Havana Sendromu* üzerinden inceleyeceğiz.

2016 yılında Küba'nın başkenti Havana'da Amerika Birleşik Devletleri (ABD) büyükelçiliğinde çalışan 20'den fazla diplomat ve ailelerinde gizemli bir hastalık görülmeye başlandı. 2017 yılında medyaya yansıyan olayda diplomatlar geceleri çınlamaya benzer bir ses duymaya başladıklarını ve ardından çeşitli sağlık problemleri yaşadıklarını ifade ettiler. Yapılan mülakatlarda diplomatlar, çınlamaların ardından önce yüzlerinde ve vücutlarında titreşim ve basınç hissi duyduklarını sonrasında burun kanaması, baş ağrısı, sersemlik, yor-

50 ALLEN, Christopher, VIOLA, Tommaso, IRVINE, Elizabeth, SEDGMOND, Jemma, CASTLE, Heidi, GRAY, Richard, CHAMBERS, Christopher, *Causal Manipulation of Feed-Forward and Recurrent Processing Differentially Affects Measures of Consciousness*, Neuroscience of Consciousness, Cilt:2020, Sayı:1, 2020, s.7.

gunluk, uyku ve bilinç sorunları yaşadıklarını, görme, duyma ve denge hislerinin zayıfladıklarını söylediler. Etkilerden bazıları geçici olmakla beraber bazı diplomatlarda bu semptomlar sürekli tekrarlıyordu. Tetkiklerin ardından kimi diplomatların beyinlerinde hasara, beyaz madde anomalilerine ve ödeme rastlandı. *Havana Sendromu* olarak anılmaya başlanan semptomları diplomatlar yalnızca belli bazı mekanlarda hissettiklerini sanki etkilerin buralara “lazer tutulurcasına yönlendirildiğini” ifade ettiler. 2018’de Çin’in Guangzhou şehrindeki ABD konsolosluğundaki çalışanlardan en az 11’inde de benzer semptomlar görülünce konu bir ulusal güvenlik meselesi olarak ABD Dışişleri bakanlığı, FBI ve çeşitli üniversitelerden Amerikalı bilim insanlarınca incelenmeye başlandı.

Massachusetts Institute of Technology (MIT) tarafından çıkarılan *Neural Computation* dergisinde 2018 yılında yayımlanan makalede görülen semptomların daha önce elektromanyetik dalgalara maruz kalan hastaların semptomlarıyla uyduğu ve sebebinin bu dalgalar olduğu tespit edildi. 2.4 ve 10,000 MHz aralığındaki elektromanyetik dalgalara maruz kalanların kulaklarında çınlama duyabilecekleri ve duyma kaybı, basınç hissi, kulak ağrısı, uyku problemleri, baş ağrısı, burun kanaması, bilinç problemleri, sersemlik, mide bulantısı, denge, görme ve duyma hissinde kayıp gibi etkiler deneyimleyebilecekleri belirtildi. Ayrıca travmatik beyin hasarına, beyaz madde anomalilerine de sebep olduğu ifade edildi. Bu etkilere literatürde genel bir adlandırma olarak *elektromanyetik hipersensivite* denildiği ve viral ya da ultrasonik başka bir kaynakça sebep olunamayacak kadar *Havana Sendromu*’yla özdeşlik gösterdiği tespit edildi⁵¹.

2020 yılında ABD’de Amerikan Dışişleri Bakanlığı’na denizaşırı ülkelerdeki hükümet çalışanları ve ailelerinde görülen açıklanamayan sağlık problemleri hakkında tavsiyeler vermek amacıyla Amerikan Ulusal Bilimler Akademisi’nin iş birliğiyle bir komisyon toplandı. Tıp ve mühendislik dallarından pek çok akademisyenin bulunduğu bu komisyon bir çalıştay düzenledi ve sonuçlar rapor haline getirildi. Bu raporda diplomatların ifadeleri ayrıntılı bir biçimde incelenerek semptomların kaynağı tartışıldı. Pek çok farklı ihtimali

51 GOLOMB, Beatrice Alexandra, *Diplomats’ Mystery Illness and Pulsed Radiofrequency/Microwave Radiation*, *Neural Computation*, Cilt:30, Sayı:11, 2018, s.2882-2985.

inceleyen komisyon tüm semptomları açıklayan en muhtemel sebebin elektromanyetik dalgalara maruziyet olduğunu söyleyerek Amerikan Dışişleri Bakanlığı'nı hemen önlem almaya başlaması doğrultusunda uyardı ve detaylı bir yapılması gerekenler listesi sundu⁵².

3. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonunun Ceza Hukuku Boyutu

3.1. İnsan Hakları ve Vücut Dokunulmazlığı İlişkisi

İnsan hakları hukukunun modern kaynaklarının dayanağını oluşturan Kant'ın hukuk anlayışı, insan aklını hukukun merkezine oturtmakta ve bu vesile ile süje haline gelmiş insanın bir araç değil amaç olduğunu ifade etmektedir⁵³. Böylece Kant bu anlayışla, insan onuru; insanın akıllı ve kendi kaderini tayin edecek iradeye sahip olmasıyla temellendirmiştir. 18. yüzyılda bireyin subjektif haklarının anayasal güvence altına alınması ve akabindeki insan haklarındaki gelişmeler, insan onuru kavramını en üst hukuk normu olarak belirlemiştir⁵⁴. BM İnsan Hakları Beyannamesi, insan onurunun önemini vurgulamakla beraber bu değer anlam içeriğindeki belirsizlik, doktrinde tartışmalara sebep olmuştur⁵⁵. Bu tartışmanın bir tarafı, yüksek teknolojinin kullanıldığı bir toplumda, insan onuru kavramının; artan refahla beraber yalnız sembolik/soyut bir şekilde değil, tek tek fertlerin onurunun teknolojik ve ekonomik gelişmeler karşısında korunması yönünde fikir beyan etmektedir⁵⁶. Bugün çağdaş hukuk devletlerinde insan onuru kavramının belirsizliğine ve bu kavramın içeriğinin tartışma konusu olmasına rağmen kendisinden tamamen

52 RELMAN, David, PAVLIN, Julie (Ed.), *An Assessment of Illness in U.S. Government Employees and Their Families at Overseas Embassies*, National Academies of Sciences Engineering and Medicine, Washington DC 2020, s.20.

53 ÇAĞIL, Orhan Münir, *İnsan Hakları ve Tabii Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1, 1984, s.69-73.

54 ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.27.

55 WETZ, Franz Josef, *Die Würde des Menschen-Ein Phantom?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Cilt:87, Sayı:3, 2001, s.311-327; nakleden ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.30.

56 FORSCHNER, Maximilian, *Marktpreis und Würde oder vom Adel der menschlichen Natur*, Erlangen 1998, s.57-59; nakleden ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.30.

vazgeçilemeyen *Fantom Karakteri* tartışmaları körüklemektedir⁵⁷. Bu tartışmaların devam etmesinin hukuk doktrini açısından mecburi olduğunu savunan bir görüş de mevcuttur. Çünkü bu görüşe göre insan onuru kavramı, sabit bir şekilde tanımlanarak dondurulabilecek bir kavram değil, yargı uygulamaları ile zaman içinde değişecek yaklaşımlarla içeriğinin biçimlendirilmesi gereken bir kavramdır⁵⁸.

Maddi ve manevi bütünlüğüne saldırılan ve onurunu kaybeden insanın, artık manevi anlamda insan değil, görünüş itibariyle insan (*Homo phaenomenon*) olduğu düşüncesi Kant'ın görüşlerine dayanmaktadır. Bu görüşe göre onurunu kaybeden insan artık akıllı bir hayvan, akıllı bir doğa yaratığıdır. Bu tür bir insanın belirli bir bedeli vardır yani eşyadır, yerine başka bir şey konabilir, bu sebeple yükümlülükleri bulunmamaktadır⁵⁹. Kavramın bu haliyle güncel etik ve felsefi tartışmalara uygulanabilir olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Bunlara göre bu görüş, keyfi yorumlara kapı aralayacak ve özellikle tıp hukukunda işlevsiz kalacaktır⁶⁰. Tıp hukukundaki tartışmalar da genelde insan onuru kavramı ve yine bu kavramla ilişkili olan etik üzerine yoğunlaşmaktadır⁶¹.

Günümüz hukuku yalnız insan onuru anlayışında değil etik tartışmalarda da Kantçı değerlendirmelerden faydalanmaktadır. Kant'ın *Deontolojik (ödev)* etiğinde yasak ve emirler fiilin sonuçlarına değil bizzat fiilin kendisine bağlıdır. *Deontolojik* etikte, normatif kurallar önceliklidir. Yasaklar, emirler ve mücadele edilenler bu etiğin temel kavramlarıdır. Bu normlar Kant felsefesinin temel etik normu olan *kategorik emparatiften* hareketle ortaya çıkar⁶². Kant'a göre

-
- 57 WETZ, Franz Josef, *Die Würde des Menschen-Ein Phantom?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Cilt:87, Sayı:3, 2001, s.311-327; nakleden ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.33.
- 58 TACİR, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul 2011, s.303.
- 59 KONSTANTIN, Pollok, *Kant's Theory of Normativity (Exploring the Space of Reason)*, Cambridge 2017, s.201-219
- 60 BALZER, Philipp, RIPPE, Klaus Peter, SCHABER, Peter, *Two Concepts of Dignity for Humans and Non-Human Organisms in the Context of Genetic Engineering*, Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Cilt:13, Sayı:1, 2000, s.9-10.
- 61 HEPER, Altan, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s.265.
- 62 HEPER, Altan, *Biyoetikte Hâkim Etik Teoriler*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.117.

kategorik emparatif, objektif ve rasyonel aklın ürünü bir prensiptir, kategorilerle iş gören akıl sahibi tüm varlıklar -yani insanlar- için koşulsuz ve kesindir. Zira akıl, insanı koşulların bağlarından kurtarır ve genelliliği sağlar⁶³. İnsan onurunun her daim geçerli ve evrensel olma iddiası bu genellilikten doğar. Bu aydınlanmacı konsepte göre genellik, yasalarda ifadesini bulur⁶⁴.

İnsan onuru kavramı altında, insanın vücut ve manevi bütünlüğü ile yaşam koşullarının da korunması gerekmektedir⁶⁵. Uluslararası hukukun gölgesindeki tüm hukuk devletlerinde devlet, bu hakkı korumakla yükümlüdür. Yaşam hakkıyla birlikte insan vücudunun dokunulmazlığının korunması, diğer bütün özgürlükler için öncelikli olarak korunması gereken haktır. İnsan ancak maddi ve manevi bütünlüğünün varlığı halinde diğer haklarından faydalanabilir. Vücut dokunulmazlığı ihlal edilen ve araçsallaştırılan insanın iradesi ve dolayısıyla onuru zedelenir. Cebir ve şiddet suçları insan onurunu ceza hukuku vasıtasıyla korumanın bir ifadesidir. Bu koruma hem devlet gücüne karşı hem de diğer vatandaşların fiillerine karşıdır. Bu ceza hukuku sistemi, meşruiyetini, her insanın özgür ve eşit olmasından alır; insan onurunu, bu iki değeri çatıştırmadan korur⁶⁶. Böylece meşru bir hukuk sisteminde mağdurun olduğu kadar suçlunun da onuru ve hakları korunur.

Kısacası modern devlet; yani temel görevi insan haklarını korumak olan uluslararası hukukun gölgesindeki devlet, negatif ve pozitif yükümlülükleri ile insanın maddi ve manevi bütünlüğünü korur. BM üyesi ve AİHS'ye taraf olan ülkemizin hukuku da vücut dokunulmazlığını Anayasa'nın 17.maddesiyle güvence altına almış ve ceza kanunumuz vücut dokunulmazlığına karşı suçları düzenlemiştir. Bu kapsamda TCK'da Kasten Yaralama (TCK m.86), İnsan

63 JOHNSON, Robert, CURETON, Adam, *Kant's Moral Philosophy*, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2021 Edition), Edward Nouri Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/kant-moral/> (E.T. 19.05.2021)

64 KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Wiesbaden 1785, s.68; nakleden, HEPER, Altan, *Biyoetikte Hâkim Etik Teoriler*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.118.

65 METİN, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul 2019, s.475.

66 SCHULTZ, Hans, *Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, Frankfurt 1998, s.520-526; nakleden ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010, s.40.

Üzerinde Deney (TCK m.90), Organ veya Doku Ticareti (TCK m.91) suçları bulunmaktadır. Ayrıca İşkence ve Eziyet suçları ile hukukumuz, insan onuru ve insanın maddi ve manevi bütünlüğünün dokunulmazlığını korumaktadır.

3.2. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonunun Farklı Suç Tipleri Açısından Değerlendirilmesi

Çalışmamızda zihnin elektromanyetik manipülasyonunun etkilerini, yukarıda ayrıntılarını izah ettiğimiz bilimsel çalışmalarla gösterdik. Tamamı saygın akademik çevrelerce, etik kurallar göz önünde bulundurularak ve deneklerin yazılı onamları alınarak gerçekleştirilen bu deneyler, elektromanyetik zihin manipülasyonunun sonuçlarını bizlere etik çerçevenin sınırları dahilinde göstermektedir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun kötüye kullanımı başlığı altında verdiğimiz örneklerde görülebileceği üzere, esasında bu müdahalelerin etkisi geniş çaplı kötü neticelere yol açabilmektedir. Bu sebeple elektromanyetik zihin manipülasyonunu yalnızca laboratuvar ortamında, bilimsel amaçla işlenen bir fiil olarak değil, suç teşkil edebilecek bir eylem olarak inceledik. Bu eylemi yalnızca insan zihni ve bedenindeki etkileri açısından değil, faili ve işleniş süreci açısından da değerlendirdik. Manipülasyonların failinin kim olduğu, ilgili suçun gerçekleşmesi bakımından incelenmesi gereken maddi unsurlardan biridir. Çalışmamızda müdahalenin faillerinin hem kamu görevlileri hem de diğer gerçek kişiler olabileceğini öngördük. Bir başka maddi unsur olarak müdahalenin işlenişinin tek seferle sınırlı kalması veya sistematik bir uygulamaya dönüşmesini değerlendirdik. Bu kapsamda zihnin elektromanyetik manipülasyonunu İşkence, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence, Eziyet, Kasten Yaralama ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralama suçları bakımından inceledik.

3.2.1. İşkence Suçu Bakımından Değerlendirme

Elektromanyetik zihin manipülasyonu aletleri, yukarıda izah ettiğimiz özellikleri itibari ile sahip olması birtakım ekonomik ve siyasi güç gerektiren, maliyetli ve kolay ulaşılması mümkün olmayan cihazlardır. Bu cihazların kamu gücünü kullanan, kamu görevlisi

gerçek kişiler tarafından kullanılması durumunda ortaya çıkacak neticeler -eylemin nitelikleriyle birlikte değerlendirildiğinde- işkence suçu kapsamında incelenmelidir. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde zihin manipülasyonu eylemini işkence suçu kapsamında değerlendireceğiz.

3.2.1.1. İşkence Suçu

Farsça “şikence” sözcüğünden Türkçeye geçen işkence, TDK sözlüğünde; “bir kimseye maddî veya manevî olarak yapılan aşırı eziyet” şeklinde tanımlanmıştır⁶⁷. İşkencenin itiraf almak amacıyla soruşturma taktiği olarak kullanımı günümüze dek en yaygın kullanım alanı olmuştur. Ayrıca bir baskı yöntemi olarak veya tehdit olarak algılanan toplulukları kontrol altına alma aracı olarak da hükümetlerce kullanılmıştır. İşkencenin genel anlamdaki tanımlamalarından yola çıkacak olursak kişinin yaşama, bedensel dokunulmazlık ve insanca muamele görme haklarının ihlalini oluşturduğunu görürüz⁶⁸. Günümüzde işkence kavramı ile kişinin fiziki olarak, resmi kişilerin elinde bulunduğu sırada, bu kişiler tarafından belirli bir amaca yönelik ve bilinçli olarak uygulanan acı ve ıstırap veren hareketler kastedilmektedir⁶⁹. İşkenceyi bir şiddet türü olarak, şiddet kullanımının en üst biçimi olarak tanımlarken, işkenceyi diğer şiddet biçimlerinden ayıracak kriterlerin belirtilmesi gerekir⁷⁰. İşkence dışında kalan gayriinsani, aşağılayıcı muamelelerde de insan haklarının ihlali söz konusudur. Bu tür muameleler, ancak kişinin iradesini etkilemek ve bu suretle belirli bir amaca ulaşmak için uygulandığında işkence kavramına girer⁷¹.

AİHS'nin 3. Maddesinde düzenlenen İşkence Yasağı mutlak bir yasaktır. AİHM'nin birçok kararında da belirttiği üzere, terörizm ve örgütlü suçlarla mücadele kapsamında dahi olsa işkence, insanlık

67 TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, *İşkence*, <http://www.sozluk.gov.tr/> (E.T. 03.01.2021).

68 TRIFFTERER, O., *Das Folterverbot im nationalen und internationalen Recht – Anspruch und Wirklichkeit*, in: *Folter Stellungnahmen, Analysen, Vorschläge zur Abschaffung*, Baden – Baden 1974, s.129.; nakleden ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.3.

69 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.10.

70 AKÇAM, Taner, *İşkenceyi Durdurun! İnsan Hakları ve Marksizm*, İstanbul 1991, s.89.

71 NUHOĞLU, Ayşe, *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, İstanbul 1999, s.532.

dışı ve küçük düşürücü muamele yasaklanmıştır⁷². Kişiyे yapılan her türlü kaba ve sert muamele AİHM tarafından işkence olarak değerlendirilmemektedir. Mahkeme, yapılan müdahalenin işkence kapsamında değerlendirilebilmesi için asgari bir şiddet sınırını geçmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Asgari şiddet düzeyinin göreceli olabileceğini ifade eden mahkeme, muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkilerini ve hatta bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi somut olayın koşullarının da bu asgari eşğin belirlenmesinde etkili olabileceğini ifade etmiştir⁷³. Mahkemenin görüşüne göre, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli hale gelmesi, demokratik toplumların temel değerlerini ihlâl eden eylemlerin değerlendirilmesinde kaçınılmaz olarak daha kesin bir kararlılığı gerekli kılmaktadır. Bu sebeple mahkeme pek çok kararında AİHS'nin yaşayan bir belge olduğunu vurgulayarak günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmektedir⁷⁴.

İşkence AİHM kararlarında da görüleceği üzere fiziki veya ruhsal bozukluklara yola açabilecek muameleler ile gerçekleştirilebilir. AİHS organlarının bir işkence iddiasını ele aldıkları ilk karar olan 05.01.1969 tarihli, Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda/ Yunanistan kararında AİHK, 3. maddedeki kavramların içeriğini belirlemeye çalışmıştır. Komisyona göre fiziki olmayan işkence, bedene tecavüzün dışında kalan bireyde stres ve derin keder yaratan zihinsel acı verici uygulamalardır⁷⁵. AİHK, İrlanda-Birleşik Krallık davasında, içlerinde uykusuz bırakma ile gürültüye maruz bırakmanın da bulunduğu beş tekniğin mağdurlarda olumsuz psikiyatrik sonuçlara sebep olduğunu ve bu sebeple bu tekniklerin insanlık dışı olduğuna da hükmetmiştir⁷⁶. AİHM'ye göre, eğer bir ceza veya muamele, korku ve şiddetli üzüntü yaratıyor, utanma ve aşağılanma duygusuna neden oluyor, fiziksel ve moral direncini kırıyorsa onur kırıcı; kasıtlı,

72 AİHM, *Aksoy/Türkiye*, B. No.21987/93, 18.12.1996, § 62.

73 REIDY, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Almanya 2002, s.18.

74 REIDY, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Almanya 2002, s.18, s.8.

75 GEMALMAZ, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasası*, İstanbul 1993, s.208.

76 AİHK, *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No. 5310/71, 18.01.1978, § 104

fiziksel ve zihni acı veriyor ve psikolojik bir tahribata yol açıyorsa, insanlık dışı sayılmaktadır. Buna karşılık işkence; kişinin kasıtlı yapılan çok ciddi ve zalimane, insanlık dışı muameleye maruz bırakılmasıdır⁷⁷.

AİHS'nin tarafı olan ülkemiz de anayasasının 17. maddesinde bulunan Kişi Dokunulmazlığı Hakkı kapsamında işkence ve eziyeti yasaklamıştır. Bu kapsamda 5237 sayılı TCK'nın 94. Maddesi ile “İşkence” suçu ihdas edilmiştir. Buna göre “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” İşkence suçu, serbest hareketli bir suçtur. 94.maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi kamu görevlisinin söz konusu davranışlarının ancak belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi hâlinde işkence suçu oluşacaktır. Suçun fiil unsurunda aranan sistematiklik şartının madde metninde yer almayıp gerekçesinde kanun koyucu tarafından dile getirilmiş olması doktrinde kimi yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Bu yazarlar göre işkence suçunu şekillendiren “sistematiklik şartına” doğrudan madde metninde yer verilmesi daha yerinde olurdu⁷⁸.

Fiillerin belli bir süreç içerisinde sistematik olarak gerçekleştirilmemesi hâlinde ise kasten yaralama, hakaret, tehdit gibi bağımsız suçlar gündeme gelecektir. Buradaki belli fiillerin sistematik olarak gerçekleştirilmesi aynı fiillerin tekrar tekrar uygulanması demek değildir. Farklılık gösterse dahi belli bir süreç içinde uygulanan fiiller bir bütün hâlinde insan onuruyla bağdaşmayacak surette kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açarsa işkence suçu oluşacaktır⁷⁹. Süreklilik arz eden Filistin askısı veya falakaya yatırma gibi bazı hareketler tekrarlanmasa bile sistematik uygulama

77 AİHK, İrlanda/Birleşik Krallık, B. No. 5310/71, 18.01.1978, §162-167

78 KOCA, Mahmut., ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 291. Aynı yönde bkz. ÜZÜLMEZ, İlhan, *İşkence ve Eziyet Suçu*, Ankara 2003, s.234; ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s.141.

79 DEMİRBAŞ, Timur, *İşkence Suçu*, Ankara 2016, s. 99.

özelliği taşıdıklarından işkence suçunu oluşturacaktır⁸⁰. Her somut olayda söz konusu eylemin sistematik özellik arz edip etmediği hâkim tarafından takdir edilmektedir. Bu sebeple ceza hukuku kapsamında kişiye yapılan her yeni müdahale işkence suçunun unsurları kapsamında yargılama esnasında değerlendirilmektedir. Emsal AYM ve Yargıtay kararlarında da görüldüğü üzere mahkeme, sabit eylemler üzerinden işkence incelemesi yapmamakta, somut olayda kasti olarak uygulanan muamelenin amacını, süresini, fiziksel ve ruhsal etkisini dikkate almakta, söz konusu fiillerin sonuçlarının devlet görevlileri tarafından bilinçli olarak yapılıp yapılmadığını göz önünde bulundurmakta ve ayrıca bu muamelelerin, başvurucuların vücut bütünlüğünde oluşturduğu etkileri değerlendirmek suretiyle AİHM kararları ışığında işkence yasağını dinamik bir şekilde yorumlamaktadır⁸¹.

5271 sayılı CMK'nın 148. Maddesinde ifade almada veya sorguda başvurulmaması gereken ve bazen kanunlara göre suç oluşturabilecek yasak usuller belirtilmiştir. Burada şüphelinin veya sanığın özgür iradesini etkileyecek yöntemlerden biri olarak işkence de sayılmıştır. Madde, şüpheli veya sanığın beyanının hür iradesine dayanması gerektiği ilkesini ortaya koymaktadır. Bu sebeple kimi hallerde hür iradeye yapılan müdahale ile özgür iradeyi etkileyen eylemlerin netice itibarıyla işkence suçunu oluşturabileceği de kanun koyucunun ifadesinden anlaşılmaktadır.

3.2.1.2. İşkence Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu

Cardiff Üniversitesi Beyin Araştırmaları Görüntüleme Merkezinde yapılan yukarıda ayrıntılarını izah ettiğimiz deneyde Transkranyel Manyetik Stimülasyon'un görsel uyarıya etkisi incelenmiştir. Burada deneklerin yalnızca görme duyusuna değil gördüklerinin farkında olmasına, yani bilinçliliklerine de müdahale edilebildiği kanıtlanmıştır. Ayrıca Massimini ve meslektaşlarının 2007'de ABD'de ve Jiang ve meslektaşlarının Çin'de 2013 yaptığı çalışmalarda TMS

80 KOCA, Mahmut., ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2017, s. 247.

81 Bkz. Cezmi Demir ve Diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §105; Gülşen Polat ve Kenan Polat, B. No. 2015/4450, 10/10/2019, §156; Yargıtay 8.CD., E. 2018/12706 K. 2019/9477; Yargıtay 8.CD., E. 2020/978 K. 2020/15091

uygulanan deneklerin uyku-uyanıklık düzenlerine etki edilebildiği kanıtlanmıştır. Kamu görevlisi tarafından kişilere TMS gibi elektromanyetik manipülasyon cihazları ile bu yönde bir müdahale yapıldığını farz edersek, bu eylemin sonuçlarını işkence suçu kapsamında incelememiz gerekir.

Türk Ceza Hukukuna göre bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi işkence suçunu işlemiş olur demiştik. Suçun unsurları yönünden yukarıda izah ettiğimiz deneyler kapsamındaki elektromanyetik zihin manipülasyonu müdahalelerini irdeleyebiliriz. Özgü bir suç olan İşkence suçu yalnızca kamu görevlisi tarafından, göreviyle bağlantılı yaptığı yani görevi ile eylemi arasında mantıki bağ bulunan fiiller ile işlenebilmektedir. Kamu görevlisi kavramı da 5237 sayılı TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, "...kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" şeklinde açıklanmıştır. Kişinin kamu görevlisi olup olmadığı belirlenirken, ifa ettiği görevin niteliğinin göz önünde bulundurulması gerekir⁸². Elektromanyetik zihin manipülasyonu eyleminin faili sayılan şartları haiz kamu görevlisi olabilir ve işkence suçunun faili kapsamında değerlendirilebilir. Herhangi bir kimse de işkence suçunun mağduru olabilir. AİHS'nin yorumlanmasında dinamik yaklaşımı benimsediğini ifade ettiğimiz AİHM, işkence yasağı için her somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmaktadır. TCK bakımından ise kasten yaralama suçu gibi işkence suçu da serbest hareketli bir suçtur. Yani insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden kişinin acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine neden olan sistematik her eylem işkence suçunun fiil unsurunu teşkil eder. TMS ile izah ettiğimiz deneylerde gerçekleştirilen müdahale ile kişilerin uyku uyanıklık düzenleri bozulmuş ve kişilerin gördüğünü algılama yeteneğine zarar verilmiştir. Yargıtay, neticeleri itibarıyla benzer özellikler gösteren bir kararında, *hipnoza ilişkin bilgi ve yetisi bulunduğu belirtilen sanığın, telkinlerde bulunmak suretiyle müdahil-*

82 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2017, s. 245.

lerden kabul etmesi istenilen ifadeyi yazmalarını sağlamaya çalıştığı; katilanda korku duyma, uykudan uyanma, kâbus görme, geleceğinin kalmadığını düşünme gibi ruhsal etkilenme bulguları ile ruhsal travma tespit edildiğini ifade ederek işkenceye hükmetmiştir⁸³. Yukarıda da belirttiğimiz üzere belli fiillerin sistematik olarak gerçekleştirilmesi aynı fiillerin tekrar tekrar uygulanması demek değildir. Farklılık gösterse dahi belli bir süreç içinde uygulanan fiiller bir bütün hâlinde insan onuruyla bağdaşmayacak surette kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine ya da aşağılanmasına yol açarsa işkence suçu oluşacaktır. Şu hâlde TMS gibi elektromanyetik zihin manipülasyonu cihazları ile uyku uyanıklık düzenini bozma ve algılama yeteneğini ortadan kaldırma, işkence suçunun fiil unsurunu oluşturacaktır. Zira söz konusu elektromanyetik zihin manipülasyonu aletlerinin edinim ve kullanım sürecinin yapısı incelendiğinde sistematik bir müdahale kapsamında değerlendirilebileceğini görebiliriz.

Bir davranış ancak manevi unsurlar var olduğu takdirde tipik haksızlık olarak nitelendirilebilir⁸⁴. Tipikliğin manevi unsurundan kasıt fail ile işlediği fiil arasındaki bağıdır. Suç teşkil edebilecek her fiilde, fail ile davranış arasında manevi bir bağ aranır⁸⁵. Manevi unsurun temel iki şeklini kast ve taksir oluşturmaktadır. TCK m.94’de düzenlenen işkence suçu ancak kasten işlenebilir. Suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin, insan onurunu ihlal edecek şekilde bedensel ve ruhsal acı çektiren, aşağılayan, algılama ve irade yeteneğini etkileyen davranışlar yaptığını bilmesi gerekli ve yeterlidir⁸⁶. Elektromanyetik zihin manipülasyonu cihazlarının karmaşık çalışma ve hazırlık prosedürleri, bu cihazların istenen etkiyi oluşturabilmesi için önceden ayarlanmasını gerekli kılmaktadır. Ayrıca hedef tayin edilen kişiye özgü hazırlıklar da bu prosedürün bir parçasıdır. Bu sebeple failin ortaya çıkacak etkileri bilmeden ve istemeden bir kişiye elektromanyetik zihin manipülasyonu uygulaması, teknik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla bu fiil ancak kasten işlenebilir.

83 Yargıtay 12. CD., E. 2013/14006 K. 2014/1780

84 HEINRICH, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, Stuttgart 2005, s.256; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.145

85 ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s.213.

86 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.239.

Suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık, işlenen fiile hukuk düzeni tarafından cevaz verilmemesi, fiilin bütün hukuk düzeni ile ilişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelir⁸⁷. Doktrinde bu konuda tartışmalar olmakta birlikte bir görüşe göre; bir davranışın tipe uygun olduğunun belirlenmesiyle suç teşkil eden haksızlıkta gerçekleşmiş olur⁸⁸. İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2.maddesi “*Hiçbir istisnai durum, ne savaş hali, ne de savaş tehdidi, iç siyasi istikrarsızlık veya herhangi bir olağanüstü hal işkencenin uygulanması için gerekçe gösterilemez. Bir üst görevlinin veya resmi merciin emri işkencenin bahlılığına gerekçe kabul edilemez*” şeklindedir. Ayrıca AİHS'nin 3. Maddesinde düzenlenen İşkence Yasağı da herhangi bir istisnaya yer vermeden mutlak bir yasak olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 15.maddesinin 2.fıkrası da hiçbir olağanüstü halde 3.maddeye aykırı tedbir alınamayacağını ifade etmektedir. AİHM'de pek çok kararında bu yasaktan vazgeçilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır⁸⁹. Bu kararlardan birinde toplumsal acil durumlarda bile devletin kişilere kötü muamele uygulayamayacağını belirtmiştir⁹⁰. TCK'nın 94.maddesinde de işkence suçuna ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni öngörülmemiştir.

Kamu görevlileri tarafından, görevin ifası maksadıyla elektromanyetik zihin manipülasyonunun sadece üç tür kullanımı işkence suçu kapsamında incelenmeyebilir. Bu kullanımlar tıbbi müdahale, bilimsel araştırma ve tek seferlik ani kullanımı şeklinde üçe ayrılabilir. Bu üç kullanım, *Kasten Yaralama Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu (3.2.3.2)* başlığında, kasten yaralamayı oluşturan fiillerin hukuka uygunluk nedenleri çerçevesinde incelenecektir. Kamu görevlilerinin görevleriyle ilişkili olarak bu üç kullanım dışında belli bir süreç içerisinde sistematik olarak elektromanyetik zihin manipülasyonunu kullandığı her durum, işkence suçu kapsamında incelenmelidir. Zira kamu görevlileri tarafından, sistematik

87 İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2002, s.93.

88 ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt 1*, Ankara 2006, s.331.

89 DUTERTRE, Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Almanya 2003, s.44.

90 AİHM, Selmouni/Fransa, B. No:25803/94, 28/07/1999 § 95.

olmak kaydıyla, hukuki anlamda tek fiil halini alan ve işkence suçu teşkil eden bu fiiller ani olarak uygulanacak olurlarsa bağımsız suçları oluşturacaklardır⁹¹. Bu sebeple kamu görevlilerinin ani olarak uyguladıkları bu eylemlerin herhangi bir sebeple hukuka uygunluk teşkil edip edemeyeceği *Kasten Yaralama Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu (3.2.3.2)* başlığında incelenmiştir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun belli süreç içerisinde kullanımı yukarıda da izah ettiğimiz gibi işkence suçunu oluşturmaktadır. 765 sayılı eski TCK'nın 243. maddesinde işkence suçunun oluşumu için failin belli bir saikle hareket etmesi aranmıştı. Yeni TCK'da işkencenin belli bir amaçla işlenmesi aranmamıştır. Buna göre kamu görevlisi herhangi bir sebeple işkence suçunu işleyebilir. Fakat bu durum doktrinde tartışmalara sebep olmuş, TCK m.256 ile düzenlenen “zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması” suçundan hangi kıstaslarla ayrılabilceği tartışılmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus, işkence suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisinin zor kullanma yetkisine sahip olması gerekmediği fakat TCK m.256'daki suçun oluşabilmesi için kamu görevlisinin bu yetkiye sahip olması gerektiğidir. Örneğin CMK m. 148'e göre bir soruşturmada ifade alan kamu görevlilerinin zor kullanma yetkisi yoktur. Bu sebeple bir soruşturmada görevli kamu personelinin, soruşturma sırasında uygulayacağı bedensel veya ruhsal yönden acı veren fiillerin, TCK m.256'daki suçu oluşturmaları mümkün değildir. Bu tarz fiillerin süreklilik oluşturmaları, bu fiillerin TCK m.94 kapsamında değerlendirilmelerine kapı açacaktır. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlilerinin de işkence suçunu işlemesi mümkündür. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin yetki sınırını aşarak uyguladığı kötü muameleler sistematik bir biçim almışsa işkence suçu ortaya çıkacaktır⁹².

Tehlikeli hükümlü tanımı 2324 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile düzenlenen “Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik”in 64.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve

91 ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s.141.

92 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.239-240.

düzenini ihlâl edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlü sayılır”. Aynı yönetmeliğin 140.maddesinin “ç” bendi kapsamında tehlikeli hükümlülerin saldırganlık göstermesi hâlinde, hareketlerinin engellenmesi için elektromanyetik zihin manipülasyonunun kullanımı işkence suçu kapsamında incelenebilir. Öncelikle anılan yönetmeliğin tehlikeli hükümlülüğü tanımlayan maddesi doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmadaki bir görüş bu maddenin objektif olmaktan uzak, ucu açık ve kötüye kullanımlara müsait bir tanım yaptığını belirtmiştir⁹³. Bu tanımda disiplin cezası almış olmak gibi daha objektif ve denetlenebilir kriterlere yer verilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁹⁴. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun, bu hükümlülerin, tehlikeliliğini azaltmaya yönelik kullanımı 140.maddenin “ç” bendindeki hareketlerinin engellenmesi gayesini aşmaktadır. Zira elektromanyetik zihin manipülasyonu aynı maddede belirtilen “kelepçe” gibi hareket etmeyi engelleyen bir alet değil, hareket etme iradesini ortadan kaldıran bir cihazdır. Yani kişi kelepçeliyken bile hareket etmek isteyebilmekte ancak fiziki bir engel sebebiyle hareketi engellenmektedir fakat zihin manipülasyonu ile engellenen, ilgili organların hareketi değil, hareket etme iradesinin kaynağı olan zihindir. İnsan iradesinin insan onurunun kaynağı olduğu da göz önünde bulundurulduğunda bu müdahale, basit bir “hükümlünün tehlikeliliğini azaltma” fiili değil, işkence suçu oluşturan bir eylem olacaktır. Kaldı ki bu tip bir tehlikeliliği azaltma tekniği, ceza infaz kurumlarıyla sınırlı kalmama ve suç işleme potansiyeline sahip tüm kişilere yöneltilme tehlikesine de gebe dir. Oysa günümüz hukukunda cezalandırma, insan onuru temelli bir yaklaşımla şekillenmiş ve faili bazı kısıtlamalara maruz bırakmakla beraber, ıslahını, yani infazdan sonraki hayatına hazırlamayı da amaç edinmiştir⁹⁵. Bu sebeple infaz kurumlarının, ceza infazını, hükümlünün ıslahı için uyguladığı da göz önünden kaçmamalıdır.

93 ÖZBEK, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2014, s.227.

94 SÜSLÜ, Güven, *Türk Hukukunda Ceza İnfaz Kurumları ve Bu Kurumlarda Bulunan Tutuklu ve Hükümlülerin Hak ve Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2015, s.268.

95 BACA KŞIZ, Pınar, *Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma*, DEÜHFD, Cilt:16, Sayı: Özel Sayı 2014, 2015, s.4919.

Elektromanyetik zihin manipülasyonunun hükümlünün ıslahı için kullanımı ihtimali de işkence suçu kapsamında incelenmelidir. Elektromanyetik zihin manipülasyonu, daha önce değindiğimiz, MIT ve Harvard Üniversitesindeki çalışmaların gösterdiği üzere ahlaki karar alma yetisini etkileyebiliyor olsa da bu tip bir kullanım hukuka aykırılık teşkil edecektir. “Ahlaki karar alma” ıslah olmanın en temelinde yer alsa da Alman Anayasa Mahkemesi hükümlülerin beyinlerinin yıkanmaya çalışılmasını, belli bir şekilde düşünmeye zorlanmasını, hukuka aykırı bulmuştur⁹⁶. Zira bu tip bir müdahalede, mahkûmun iradesi ortadan kaldırılmakta, mahkûm obje yerine konulmakta, kendi karar alma sürecinin dışındaki davranışlara mecbur bırakılmaktadır⁹⁷. Bu sebeple elektromanyetik zihin manipülasyonu ile suçluların infaz kurumlarında ıslahına çalışmak, işkence suçuna teşkil edecek fiillere zemin hazırlayacaktır. İnfaz kurumlarında, mahkûmların, kamu görevlilerince sistematik bir şekilde, ıslah etmek maksadıyla olsa dahi elektromanyetik manipülasyona maruz bırakılması işkence suçunu oluşturacaktır.

Kaldı ki kamu görevlileri tarafından belli bir süreç içerisinde görevlerini ifa gayesiyle olsa dahi elektromanyetik zihin manipülasyonunun kullanımı, işkence suçu mutlak bir yasak olduğundan dolayı herhangi bir hukuka uygunluk teşkil etmeyecektir. Özet olarak, ifade alma sırasında sorgu maksadıyla; infaz kurumlarında asayişin sağlanması veyahut ıslah etme maksadıyla, elektromanyetik zihin manipülasyonunun kullanımı başlı başına AİHS m. 3’e aykırılık taşır ve herhangi bir hukuka uygunluk nedeni tanımlanmamış olan işkence suçunu teşkil eder.

3.2.1.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu

Kanun koyucu TCK’nın 23.maddesinde bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebep olması halinde neticesi itibariyle ağırlaşmış suçtan bahsedilebileceğini ve kişinin

96 DEMİRBAŞ, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2013, s.229.

97 SCHWIND, Hans-Dieter, BÖHM, Alexander, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, Berlin 1999, s.83; nakleden, DEMİRBAŞ, Timur, *Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirilme (Tretman) Sorunları*, DEÜHFD, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 397.

sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerektiğini belirtir. TCK'nın 95. maddesinde işkence suçu sonucu ortaya çıkabilecek bazı ağır neticeler için ceza artırımı öngörülmüştür. Öngörülen bu haller TCK m.95'in gerekçesinde de belirtildiği gibi kasten yaralama suçunun (TCK m.87) netice itibarıyla ağırlaşmış halleriyle örtüşmektedir.

TCK m.95/1 "a" bendinde işkence fiilinin, mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olması hali, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörülmüştür. Elektromanyetik zihin manipülasyonu araçları ile mağdurun duyularından birini örneğin New York Devlet Üniversitesi'ndeki deneyde görüldüğü gibi görme duyusunu, zayıflatmak ve hatta engellemek mümkündür. Etik çalışmalar dahilinde bu etkinin kısa süreli olduğu gözlemlenmiş olmakla beraber sinir sisteminde yapılan değişikliklerin her tekrarda daha kalıcı hale geldiği göz önünde bulundurulursa, sürekli uygulanan elektromanyetik zihin manipülasyonu ile duyu organlarında kalıcı bir his kaybı ve hatta organın geri dönüşsüz bir şekilde fonksiyonunu yitirmesi mümkündür. Bu sebeple işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşması hem 1.fıkranın "a" bendinin hem de 2.fıkranın "b" bendinin kapsamı dahilinde değerlendirilebilir.

3.2.2. Eziyet Suçu Bakımından Değerlendirme

Elektromanyetik zihin manipülasyonu fiili kamu görevlisi olmayan gerçek kişiler tarafından işlendiğinde ortaya çıkacak neticeler -fiilin nitelikleriyle beraber değerlendirildiğinde- eziyet suçu kapsamında incelenmelidir. Çalışmamızın bu bölümünde zihin manipülasyonu eylemini eziyet suçu kapsamında değerlendireceğiz.

3.2.2.1. Eziyet Suçu

Arapça "eziyyet" sözcüğünden Türkçeye geçen eziyet kelimesi, TDK sözlüğünde birinci anlam olarak "zulüm" ikinci anlam olarak "sıkıntı veya güçlük" şeklinde tanımlanmıştır⁹⁸. Zulüm teşkil eden,

98 TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, *Eziyet*, <http://www.sozluk.gov.tr/> (E.T. 19.05.2021).

insanlık dışı veya onur kırıcı muamele görmeme temel bir insan hakkıdır ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi gibi birçok uluslararası belgede kişilere bu tür muameleler uygulanması yasaklanmıştır⁹⁹. Tarafı olduğumuz AİHS 3.madde, yalnızca kamu görevlilerince gerçekleştirilen işkenceyi değil herhangi bir gerçek kişi tarafından gerçekleştirilebilecek zalimce, insanlık dışı ve onur kırıcı her türlü muameleyi yasaklamaktadır. AİHM vermiş olduğu kararlarda devletin, bireyleri sadece kamu görevlilerinin işleyeceği insanlık dışı, onur kırıcı muamelelerden değil, başka gerçek kişilerin bu nitelikteki saldırılarından da koruması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁰.

Eziyet suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabında, "Kişilere Karşı Suçları" düzenleyen ikinci kısımda "İşkence ve Eziyet" başlığı altında 96. maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Hukuku'nda eziyet suçunu düzenleyen 96. madde, Anayasamızın 17. maddesinde yer alan "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." hükmünün bir uzantısıdır. Doktrindeki bir görüşe göre Anayasa'da soyut olarak ifade edilen işkence ve eziyet yasağı unsurları, belirli hale getirilip somutlaştırılmadan TCK'ya aktarılmıştır. Madde gerekçesindeki açıklamalarla eziyet suçu ile işkence suçu arasında paralellik kurulmak istenmişse de bu görüşe göre eziyet suçuna ilişkin yasal tanım sağlanmadığından suç tipinin neyi ifade ettiğinin anlaşılabilmesi mümkün değildir¹⁰¹.

96. maddenin gerekçesinde bahsi geçen yoğun fiziksel veya psikolojik acının ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süre içerisinde verilmesi gerektiği ve işkence gibi kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerinde tahrip edici etkilerin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay'a göre bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır¹⁰². Bu

99 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.5; İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi m.3.

100 AİHM, A/Birleşik Krallık, B. No. 25599/94, 28.09.1998 §40.

101 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2019, s.307.

102 Yargıtay 8. CD., E.2019/2449, K. 2019/14546.

doğrultuda eziyet suçu için fail, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlileri dışında herkes olabilecektir¹⁰³.

3.2.2.2. Eziyet Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu

TCK m.96'da düzenlenen Eziyet suçu ile TCK m.94'te düzenlenen İşkence suçunun unsurlarının aynı olduğunu, yalnız fail unsuru yönünden işkence suçunun kamu görevlilerine özgü bir suç olması dolayısıyla eziyet suçuna farklılık arz ettiğini görmekteyiz¹⁰⁴. Bu sebeple söz konusu elektromanyetik zihin manipülasyonunun kamu görevlileri tarafından değil, gerçek kişiler tarafından yapılması hâlinde eziyet suçu kapsamında değerlendirilebilir. Herhangi bir kimse de bu suçun mağduru olabilir. Eziyet suçunun konusu fiillere maruz kalan kişinin vücudu ve bu kişinin şeref ve haysiyetidir. Eziyet suçu da işkence gibi serbest hareketli bir suçtur¹⁰⁵. Elektromanyetik zihin manipülasyonu, niteliği gereği kişinin ruh ve beden sağlığı üzerinde tahribat oluşturarak eziyet suçunun fiil unsurunu oluşturabilir. Doktrindeki bir görüş, eziyet suçunu düzenleyen maddede bu suçun “eziyet çektiren” davranışlarla işlenebileceğinin belirtilmesini eleştirmekte, bu davranışlardan ne anlaşılması gerektiğinin madde gerekçesinde değil, madde metninde yer alması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁶.

Eziyet suçu kasten işlenebilen bir suçtur. İşkence suçunda olduğu gibi eziyet suçunda da suç teşkil eden hareketlerin hangi amaçla gerçekleştirildiği önemli değildir¹⁰⁷.

İşkence gibi eziyet suçu da mutlak yasak kapsamında olduğu için hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulanmamaktadır. AİHM vermiş olduğu bir kararında üvey

103 KOCA, Mahmut., ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 302.

104 ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul 2006, s.342.

105 YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 3*, Ankara 2014, s.3169.

106 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Hukukunda İşkence ve Eziyet Suçu*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2005, s.245.

107 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s. 304.

babanın çocuğunu tedip hakkının çocuğuna fiziksel şiddet uygulamasına hukuka uygunluk teşkil etmeyeceğini belirtmiştir¹⁰⁸.

3.2.3. Kasten Yaralama Suçu Bakımından Değerlendirme

Elektromanyetik zihin manipülasyonu ile kişilerin algılama yeteneğine, duyu organlarının fonksiyonlarına, ruhsal durumlarına etki edilebilmekte kişide acı ve stres uyandırılabilir. Bu sebeple uygulandığı kişide oluşan neticeler göz önünde bulundurulduğunda elektromanyetik zihin manipülasyonu fiillerini, kasten yaralama suçu kapsamında inceleyebiliriz.

3.2.3.1. Kasten Yaralama Suçu

Türkçe kökten gelen ‘yaralamak’ kelimesi, gerçek anlamı itibarıyla “Silah, bıçak vb. bir araçla yara açmak”¹⁰⁹ olarak tanımlanmaktadır. Yara kelimesi de ‘Keskin bir şeyle veya bir vuruşla vücutta oluşan derin kesik’ olarak tanımlanmaktadır. Adli tıpta ise yara farklı bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre yara; müessir veya etken fiiller sonucu insan vücudunda husule gelen anatomik, fizyolojik ve ruhsal belirtiler olarak kabul edilmektedir. Bunun haricinde insan sağlığını bozan başka faktörler ve farklı ruhsal bozuklukların belirtileri de yine yara kavramı içinde değerlendirilebilmektedir¹¹⁰.

Anayasamızın 17. Maddesi kapsamında vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğünü korumak amacıyla TCK’nın 86.maddesinde Kasten Yaralama suçu ihdas edilmiştir. 86. maddeye göre; “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Genel olarak vücut dokunulmazlığına karşı suçlarla korunan hukuki değer, kişilerin beden bütünlükleri, esenlikleri, sağlıkları ve sıhhatleridir¹¹¹. Doktrindeki klasik görüşe göre beden bütünlüğü,

108 AİHM, A/Birleşik Krallık, B. No. 25599/94, 28.09.1998 §23-24

109 TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, *Yaralamak*, <http://www.sozluk.gov.tr/> (E.T. 03.01.2021).

110 AYDIN, Zümer, *Kasten Yaralama Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017, s.3.

111 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.3.

bedene yönelik şiddet içeren davranışlardan ve her türlü kötü muameleden uzak kalma, acı çekmeme, vücudun dış görünüşünü muhafaza etme, bedeni, akli ve ruhi sağlığı koruma haklarının tamamını içine almaktadır¹¹². Bu sebeple doktrindeki kimi yazarlar, kanun metnindeki sağlık ve algılama yeteneği ayırımının gereksiz olduğunu çünkü akli melekelerde bulanıklık ve karışıklığın sağlığın bozulması anlamına geldiğine ifade etmektedir¹¹³. Beden bütünlüğünün sosyal bir değeri haiz olması nedeniyle kişilerin hiçbir zora muhatap olmadan güven içinde yaşama hakkı da kasten yaralama suçu ile korunan hukuki değerlerin bir başka yönünü teşkil etmektedir. Bu sebeple kasten yaralama suçunun birden çok hukuki değeri koruduğu da ifade edilmiştir¹¹⁴. Yargıtay’a göre ise kasten yaralama suçu ile korunan hukuki değer, kişinin vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü olup, suçun konusunu mağdurun acı verilen veya bozulan bedeni ya da ruhsal varlığı oluşturmaktadır¹¹⁵.

Kasten yaralama suçu serbest hareketli bir suçtur, bu sebeple kanun koyucu kasten yaralama suçunu oluşturan fiillerin ne olduğunu sayma yoluna gitmemiş ancak yaralanma kapsamındaki neticeleri meydana getiren bütün davranışları fiil unsuru içinde kabul etmiştir¹¹⁶. Bu kapsamdaki eylemler maddi vasıtalarla işlenebileceği gibi manevi vasıtalarla da işlenebilir¹¹⁷. Maddi vasıtalar genellikle insan vücuduna karşı yapılan şiddet içerikli hareketleri ifade ederler. Bu hareketler neticesinde insan vücudunda yaralar açılabilir, kemikler kırılabilir yani mağdurun sağlığı bozulur ve algılama yeteneği zayıflar¹¹⁸. Manevi vasıtalarla işlenmiş yaralamalara ise hipnoz uygulanması halinde ortaya çıkan akli dengelerin bozulması hali veya ciddi bir tehdidin etkisi altında bulunan kişideki yaralanmalar örnek ola-

112 DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s.129.

113 ÖNDER, Ayhan, *Şabıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s.105; TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2019, s.240

114 AYDIN, Zümer, *Kasten Yaralama Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017, s.48.

115 Yargıtay CGK., E. 2013/292, K. 2014/289

116 TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008, s.43.

117 SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012, s.156.

118 AYDIN, Zümer, *Kasten Yaralama Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017, s.59.

rak gösterilebilir¹¹⁹. Sonuç olarak fiilin, vücuda acı verecek nitelikte olması yeterli olup mağdurun fiilen bu acıyı hissetmiş olması ya da sağlığının bozulması, yaralama suçunun oluşması açısından önemli değildir¹²⁰. Aynı şekilde verilen acının hafif ya da ağır olması ya da etkisinin kısa veya uzun sürmesi, yaralama suçunun oluşması açısından önem arz etmemektedir¹²¹.

3.2.3.2. Kasten Yaralama Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu

Kanda ve meslektaşlarının 2003 yılında Japonya’da yapmış olduğu çalışmalarda TMS’nin ağrı hissi üzerine etkisi incelenmiş ve TMS ile ağrı hissini azaltılıp arttırılabildiği kanıtlanmıştır. 2020 yılında *Brain Stimulation* dergisinde yayımlanan çalışmada ve ayrıca daha önce 1997 yılında Almanya’da yapılan deneylerde TMS ile deneklere yapılan müdahale neticesinde kişilerin kan basıncı ve nabızlarında değişiklik meydana getirilebildiği kanıtlanmıştır. Ayrıca Cardiff Üniversitesindeki deneylerde TMS ile kişilerin algılama yeteneğine müdahale edilebildiği, 2009 yılında *Psychopathology* dergisinde yayımlanan makalede de deneklerde, stres ve kaygı oluşturulabildiği gösterilmiştir. Herhangi bir kimse tarafından bu kapsamda gerçekleştirilen elektromanyetik zihin manipülasyonunu kasten yaralama suçu kapsamında irdeleyebiliriz.

Türk Ceza Hukukuna göre kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi kasten yaralama suçunu işlemiş olur. Suçun unsurları yönünden, yukarıda izah ettiğimiz deneyler kapsamındaki TMS ile yapılan müdahaleleri inceleyebiliriz. Herhangi bir kimse kasten yaralama suçunun faili olabileceği gibi herkes de bu suçun mağduru olabilir. Suç kapsamında korunan hukuki değer ise insan sağlığıdır. Dünya Sağlık Örgütü’nün kuruluş yasasına göre sağlık, yalnızca hastalık ya da sakatlık halinin olmayışı değil aynı zamanda bedensel, sosyal ve ruhsal

119 SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012, s.157.

120 DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 2001, s.120.

121 ÖNDER, Ayhan, *Şabıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s.104.

yönden tam bir iyi oluş halidir¹²². Bu kapsamda kişinin psikolojisinin bozulması da kasten yaralamanın fiil unsuru olarak değerlendirilebilmektedir¹²³. Ayrıca kişinin kendi varlığının bilincinde olmasını engelleyen, iradesine göre davranabilme kabiliyetini etkileyen her davranışın da kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği doktrin tarafından kabul edilmektedir¹²⁴. Şu hâlde sağlığın bozulmasına neden olma, süresine bakılmaksızın bir rahatsızlığa sebebiyet veren veya var olan bir rahatsızlığı devam ettiren ya da arttıran her türlü durum şeklinde anlaşılabilir. Bunun tıbbi anlamda da bir hastalık ortaya çıkarması şart olmadığı gibi vücuda bir acı vermiş olması da gerekmez. Mağdurun organizmasının normal çalışmasında bozukluk meydana getirilmesi yeterlidir. Geçici de olsa, sinir sistemindeki herhangi bir travmatik değişim tıbbi-hukuki yönden sağlığın bozulmasıdır çünkü bir ya da birden fazla sinir merkezinde etki meydana getirir¹²⁵. Bu sebeple söz konusu elektromanyetik zihin manipülasyonu ile gerçekleştirilen nabız ve kan basıncını bozma fiilleri ile ağrı oluşturulması kasten yaralama suçunun fiil unsurunu oluşturacaktır. Zira verilen acının hafif ya da ağır olması ya da etkisinin kısa veya uzun sürmesi, yaralama suçunun oluşması açısından önem arz etmemektedir¹²⁶. Hatta tehdit yoluyla bir kişinin korkuya sevk edilmesi, sürekli ve ağır bir gürültüyle kişinin uykusuz bırakılması, kişinin korkutulması suretiyle uyuyamaması örneklerinde dahi kişinin vücut dokunulmazlığının manen etkilenmesiyle kasten yaralamanın oluştuğunu kabul etmek gerektiği için¹²⁷, bu müdahaleler çok açık bir şekilde vücut dokunulmazlığı hakkı kapsamındaki kasten yaralama suçunun fiil unsurunu teşkil edecektir.

Kasten yaralama suçu, doğrudan kastla ya da olası kastla işlenebilir. Failin, fiilinin sonucunda muhatabının acı çekeceğini, sağlığını bozacağını veya algılama yeteneği etkileyeceğini bilerek hareket

122 WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Constitution of World Health Organization*, Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006, s.1.

123 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.12.

124 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.15.

125 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2017, s.205.

126 ÖNDER, Ayhan, *Şabıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s.104.

127 ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003, s.9.

ettiği durumlarda doğrudan kasttan söz edilir. Failin bu neticeleri muhtemel görmesine rağmen bunları kabul ederek hareket ettiği hallerde olası kast ile kasten yaralama suçu söz konusu olur¹²⁸. Suçun oluşumu bakımından failin hareket ettiği maksat veya saik önemli değildir¹²⁹. Daha önce de ifade edildiği gibi elektromanyetik zihin manipülasyonu fiili, gerek hazırlık gerekse kullanım prosedürlerinin karmaşıklığı göz önünde bulundurulduğunda, bu fiili yalnızca bile- rek, isteyerek ve sonuçlarını öngörerek işlemek mümkündür. Zira oluşacak her etki ve manipülasyon uygulanacak her kişi için farklı teknik ayarlamalar yapmak gerekmektedir. Bu sebeple elektroman- yetik zihin manipülasyonu ile kasten yaralama, yalnızca doğrudan kast ile işlenebilir.

Kasten yaralamayı oluşturan fiiller hukuka uygunluk nedeni çer- çevesinde gerçekleştirildiğinde, hukuka aykırılık ortadan kalkar ve suç oluşmaz. TCK'da yer alan hukuka uygunluk nedenleri dört tane- dir: *Kanun hükmünü yerine getirme (görevin ifası) (m.24/1), meşru savunma (m.25/1), hakkın kullanılması (m.26/1) ve ilgilinin rızası (m.26/2)*. Hukuka uygunluk nedenlerinin her somut olayda mev- cudiyeti incelenir. Sırasıyla kasten yaralama suçu için öngörülen hukuka uygunluk nedenlerini, elektromanyetik zihin manipülasyo- nuna nispetle inceleyeceğiz. Kamu görevlileri tarafından, görevin ifası maksadıyla elektromanyetik zihin manipülasyonunun tıbbi mü- dahale ve bilimsel araştırmalar için kullanılması, kasten yaralama suçunun TCK m.24/1'deki hukuka uygunluk nedenini taşıyabilir. Tıbbi Müdahale Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4/g maddesinde ta- nımlanmıştır. Buna göre tıbbi müdahale: "tıp mesleğini icraya yet- kili kişilerce uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve teda- visi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişim"dir. Bu tanımlamaya göre en ufak müdahaleden en büyük ameliyata ka- dar pek çok işlem tıbbi müdahale kapsamına girer¹³⁰. Hekimlerin

128 TRÖNDLE, Herbert, FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Münih 2007, s.20; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s.208.

129 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Huku- ku*, Ankara 2019, s.271-272.

130 KICALIOĞLU, Mustafa, *Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:4, 2006, s.17.

tıbbi işlemlerinde hukuka uygunluğu, “mağdurun rızası”, “zaruret hali”, “görevin yerine getirilmesi”, “toplumsal amaçlara uygunluk” gibi haklı fakat yetersiz açıklamalarla delillendirilmeye çalışılmıştır. Doktrindeki kimi görüşler tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu hastanın rızasına bağlamış olsa da, bu fiillerin hukuka uygunluğunun esas nedeni, yasa koyucunun tıp mesleğini, kurallara bağlamak suretiyle tanıyıp düzenlemiş olması, başka bir deyişle bu müdahalelerin yapılması konusunda, tıp mesleği mensuplarına vermiş olduğu yetkidir¹³¹. Tıbbi müdahale hukuken izin verilen bir fiil olmakla birlikte hekimin korunması sınırsız değildir¹³². Bu sınırlamalarla birlikte yetkili kişilerce yapılan tıbbi müdahale, kasten yaralama suçunun görevin ifası (TCK m.24/1) kapsamında hukuka uygunluk şartlarını taşır. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun, yetkili kişilerce, tıbbi müdahale kapsamında kullanılması, hukuka uygunluk şartlarını taşıdığından kasten yaralama suçunu teşkil etmez.

İnsan üzerinde bilimsel deney yapmanın şartları TCK m.90’da belirtilmiştir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun, bilimsel araştırma maksatlı kullanımı, m.90/2’deki şartlara uymadığı ve deneklerin sağlığı bozulduğu takdirde kasten yaralama suçu oluşur¹³³. Doktrindeki bir görüş, deneklerin sağlığının bozulduğu veya hayatlarını kaybettikleri bilimsel deneyleri “neticesi sebebiyle ağırlaşmış deney” olarak nitelendirmektedir¹³⁴. Bu sebeple bilimsel deney kapsamında, insan üzerinde elektromanyetik zihin manipülasyonunun kullanımı, TCK m.90/2’deki şartları taşıdığı takdirde kasten yaralama suçunu oluşturmaz.

Elektromanyetik zihin manipülasyonunun, kasten yaralama suçunun hukuka uygunluk nedenlerinden meşru müdafaa (TCK m.25/1) kapsamında kullanılması incelenebilir. Meşru müdafaa, bir kimsenin kendisini veya başkasını hedef alan bir saldırı karşısında savunma amacına yönelik, bu saldırıyı defedecek ölçüde kuvvet kullanmasını ifade eder. Saldırı başlamadan veya bittikten sonra meşru müdafaa-

131 ERSOY, Yüksel, *Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*, TBB Dergisi, Sayı:53, 2004, s.169-170.

132 KEYMAN, Selahattin, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, AÜHFD, Cilt:35, Sayı:1, 1978, s.59.

133 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s.273.

134 ÖZBEK, Veli Özer, KAMBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012, s.251.

dan bahsetmek mümkün değildir. Gerçekleşmekte olan bir saldırıyı uzaklaştırmak ve başka bir şekilde korunamayacak bir hakkı korumak gayesiyle işlenen fiil hukuka aykırılık teşkil etmez¹³⁵. Elektromanyetik zihin manipülasyonu, -daha önce de belirtilen hazırlık prosedürleri ve uygulamanın kompleksliği sebebiyle- ani bir tepki olarak kullanılmaya elverişli değildir. Bu sebeple elektromanyetik zihin manipülasyonunu, kasten yaralama suçuna hukuka uygunluk teşkil eden meşru müdafaa kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Ayrıca elektromanyetik zihin manipülasyonunun muhtemel veya mevcut saldırı fiiline değil, saldırganın iradesine yönelik olması meşru müdafaa sınırını aşarak, yapılan müdahalenin orantılılığını ortadan kaldıracaktır.

Son olarak elektromanyetik zihin manipülasyonu, kasten yaralama suçuna hukuka uygunluk teşkil eden ilgilinin rızası (TCK m.26/2) kapsamında incelenebilir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, kişinin şeref ve haysiyeti üzerinde mutlak tasarruf yetkisi yoktur. Kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olmakla beraber, vücut bütünlüğüne ağır zarar verecek nitelikteki fiillere rızası geçerli değildir¹³⁶. Kişinin, kasten yaralama suçu kapsamında, tıbbi müdahale ve bilimsel araştırma için verilen hukuka uygun rıza haricinde, elektromanyetik zihin manipülasyonunun hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak bir rıza vermesi mümkün değildir.

Ceza Kanunumuz kasten yaralama suçunda cezanın artırımına neden olacak halleri 86.maddenin 3. Fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinden biri de kasten yaralamanın silahla işlenmesidir.

Türk Dil Kurumu silahı, “savunmak veya saldırmak amacıyla kullanılan araç” olarak tanımlamaktadır¹³⁷. TCK’nın 6/1.f maddesine göre, silâh deyiminden, ateşli silâhlar; patlayıcı maddeler; saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya

135 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.281-282.

136 İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2002, s.186.

137 TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, *Silab*, <http://www.sozluk.gov.tr/> (E.T. 03.01.2021).

berkeleyici alet; saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler ve son olarak da yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal ve biyolojik maddeler anlaşılar. Ancak TCK'nın 6/1.f maddesinde, her suç için uygulanabilir genel bir silah tanımı yapılmamıştır. Kanun koyucu silah kelimesi geçen tüm maddeleri kapsayacak nitelikte silah tanımı yapmıştır. Bu nedenle silah kavramından ne anlaşılması gerektiği, suç tiplerine göre değişiklik gösterebilmektedir¹³⁸. Bir aracın silah sayılabilmesi için de mutlaka mekanik olması gerekmektedir. Zira silahın, bedenin içine veya dışına etki etmesi önemsizdir¹³⁹. Ayrıca her somut olaya göre kullanılan araç değerlendirilir. Bu kapsamda kullanılan araç ile ortaya çıkan tehlikeye bakılır¹⁴⁰. TMS gibi elektromanyetik manipülasyon cihazlarının kasten yaralama suçu kapsamında silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de bu hususlar göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Söz konusu aletler kişide oluşturduğu etkilerle yaranılmaya yol açtığı için silah kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

3.2.3.3. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Kasten Yaralama Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu

Ceza hukukunda fail, kural olarak, ancak kastettiği neticeden ötürü sorumlu tutulabilir. Bununla beraber fail suç teşkil eden eylemi gerçekleştirirken kastettiğinden daha farklı ve daha ağır sonuçlara sebebiyet verebilir. Bu nedenle kişinin suç teşkil eden bir fiili icra ederken gerçekleştirmek istediği neticeden daha ağır ve farklı sonuçlar meydana getirmesi durumu, kanun koyucu tarafından, TCK'nın 23.maddesinde “neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç” olarak düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüş bu düzenlemeyi kastedilenden başka neticenin her zaman daha ağır sonuçlar meydana getirmeye-

138 KILDAN, İsmail, AKDEMİR, Togay, *Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:6, 2016, s.227.

139 KILDAN, İsmail, AKDEMİR, Togay, *Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Cilt:0, Sayı:6, 2016, s.239.

140 TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2007, s.196.

bileceğini ve bu nedenle bu maddenin başlık ve ifadesinin yanlış olduğunu ileri sürmektedir¹⁴¹. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar iki kademeli yapıya sahiptir. Buna göre suçun ilk kademesi olan temel halinin kasten işlenmesi, ikinci kademeyi oluşturan ağırlaşmış halin ise en az taksirle işlenmesi gerekmektedir¹⁴². TCK'nın 87.maddesi de dört fıkra halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenlemiştir. Kastten yaralamanın ağırlaşmış halleri için de en az failin taksiri gerekmektedir. Bu konu doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmada bir görüş, ağır neticelerin kastla da taksirle de işlense, kanun tarafından, faile aynı ceza artırımının öngörülmesinin eksiklik teşkil ettiğini ifade etmekte¹⁴³ bir diğer görüş ise ağırlaşmış netice bakımından kasten hareket etmenin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesini engelleyeceğini ve doğrudan olası kast veya doğrudan kastla işlenen bir suçun söz konusu olacağını savunmaktadır¹⁴⁴.

Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu (3.2.1.3) bölümündeki değerlendirmelerimizde de belirttiğimiz gibi, TCK m.95'in gerekçesinde ifade edildiği üzere, işkence suçunun ağır neticeleri kasten yaralama suçunun (TCK m.87) netice itibarıyla ağırlaşmış halleriyle örtüşmektedir. Bu sebeple Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence Kapsamında Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu (3.2.1.3) bölümündeki değerlendirme-lerimiz neticesi sebebiyle kasten yaralamaya nispetle de uygulanabilir. Bu kısımda tekrara düşmemek için TCK 87'de düzenlenen ağır neticelerden farklı bir tanesi incelenmiştir.

TCK m.87'nin "d" bendinde, kasten yaralama fiilinin mağdurun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması hali, bu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak düzenlenmiştir. Almanya'nın Erlangen şehrinde yapılan deneylerle, bir saat boyunca elektromanyetik zihin manipülasyonuna tabi tutulan deneklerin nabızlarının ve kan basınçlarının, artırılıp azaltılmak suretiyle etkilenebildiği görülmüştür. Kan basıncı ve tansiyondaki değişiklikler kalp krizi, beyin

141 YURTCAN, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005, s.72.

142 ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s. 308.

143 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020, s.226.

144 TOPÇU, Kemal, *Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma*, Ankara 2013, s.83.

kanaması gibi ağır sonuçlara sebep olabilmekte, hayati tehlikeye sebebiyet verebilmekte ve hatta ölüme dahi neden olabilmektedir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun etik bir deneyde değil de kötüye kullanımında, kişilerde bu etkilerin uyandırılması mümkündür. Bu sebeple bu aletlerin kasten yaralama suçu için kötüye kullanımı, TCK m.87/1 “d” bendi kapsamında değerlendirilebilir.

3.2.4. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu: İnsan İradesine Doğrudan Saldırı

Temel hak ve hürriyetlerin kaynağı olan insan onuru, insanın kendi kaderini tayin edebilecek iradeye sahip olmasıyla temellendirilmiştir. Ceza hukuku da meşruiyetini bu temel üzerine inşa eder ve insan onurunu korumayı amaçlar. Daha önceki alt başlıklarda değinildiği üzere İşkence, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence, Eziyet, Kastan Yaralama ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama suçları ile Türk Ceza Kanunu’nun koruduğu değer insan onurudur. Bu suçlarda insan onuruna olan saldırı vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü üzerinden dolaylı olarak gerçekleşmekte, öte yandan elektromanyetik zihin manipülasyonu ile insan onuruna doğrudan saldırılmaktadır. Elektromanyetik zihin manipülasyonu, değinilen suçlar kapsamında incelenebiliyor olsa da bu manipülasyonun muhtemel uygulamaları, bu suçların kapsamını aşmaktadır. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun kötüye kullanımı ile ortaya çıkacak neticelerden insan onurunun temeli olan iradeyi ve iradenin kaynağı olan insan zihnini koruyacak yeni bir suç tipinin tanımlanması, insan onurunun daha etkin bir şekilde korunmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda ampirik ve normatif nörohukuktaki yeni tartışmalar doktrini besleyecek ve daha kapsamlı düzenlemeler için yol gösterici olacaktır.

4. Elektromanyetik Zihin Manipülasyonu Mağdurunun Kusurluluğu

İndeterminist görüş, insan hürriyetini bir postulat olarak kabul eder. Bu anlayışla insan irade sahibidir ve fiil işleme ehliyetine sahiptir. Ceza hukukunda da fiil, yönlendirici irade tarafından hâkim olunan, belli bir neticenin gerçekleşmesi amacıyla dış dünyada meydana gelen insan hareketleri olarak ele alınır. Kusur, failin, huku-

ka uygun davranma imkânı varken hukuka karşı gelmesi, haksızlığı seçmesi sebebiyle hakkında verilen kınama hükmüdür¹⁴⁵. Yani fail norma uygun davranmak yerine, hukuka aykırı davranmayı tercih ederek, hukuk düzeninin öngördüğü davranış normlarının karşısında kusurlu bir zihniyete, bir anlayışa sahiptir¹⁴⁶. Başka şekilde davranma imkânı var olmasına rağmen, kötü olanı seçerek gösterdiği bu irade ve zihniyet, fail hakkındaki kusur yargısının temelini oluşturur¹⁴⁷. Failin cezai sorumluluğundan söz edebilmek için kusurunun bulunması şarttır. *Kusursuz ceza olmaz ilkesi*, ceza hukukunun temel ilkelerindendir. TCK'da kusur yeteneği tanımlanmamıştır ancak TCK m.31 ve 32 incelendiğinde kusur yeteneğinden neyin kastedildiği anlaşılmaktadır. Buna göre kusur yeteneği, kişinin algılama ve irade yeteneklerine sahip olmasıyla tanımlanır. Yani kusur yeteneğine sahip kişi, gerçekleştirdiği davranışın hukuken tasvip edilmeyen bir davranış olduğunu anlayabilme ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilme kabiliyetine sahiptir¹⁴⁸. Yeni TCK, hukuki nitelikleri, dogmatik açıdan birbirinden son derece farklı olan hukuka uygunluk sebepleri ve kusurluluğa etki etki eden sebepleri, aynı başlık altında toplamıştır. Söz konusu “cezai sorumluluğu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı 11 maddeden oluşmaktadır. Doktrinde bu husus tartışma konusu olmuş, hukuka aykırılık ve kusurluluğu keskin bir şekilde ayırmanın gerekliliği savunulmuştur¹⁴⁹. Bu görüşler her şeyden önce bu iki kavramın dayandıkları felsefi noktaların birbirinden farklılık arz ettiğini savunmaktadır¹⁵⁰.

145 MERAKLI, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara 2017, s.31.

146 WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2006, s.400-401; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.313.

147 JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s.426; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.313

148 ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt 1*, Ankara 2006, s.403,404.

149 JESCHECK, Hans Heinrich, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin 1998, s.177; nakleden, KEÇELİOĞLU, Elvan, *Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları*, TBB Dergisi, Sayı:87, 2010, s.300.

150 JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1996 s.324-325; KEÇELİOĞLU, Elvan, *Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları*, TBB Dergisi, Sayı:87, 2010, s.300.

Elektromanyetik zihin manipülasyonu uygulanan kişinin eyleminin iradiliği ve davranışlarının kusurluluğu, TCK'nın 31, 32 ve 34. maddelerinde zikredilen *yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, alkol ve uyuşturucu etkisinde olma* hallerine kıyasla incelenebilir. Bu hallerden bir kısmı kusurluluğu tamamen kaldırmakta, bir kısmı ise sadece azaltmaktadır. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun irade üzerine etkisi de bu skalada değerlendirilebilir.

TCK m.31'de yaş küçüklüğü kusurluluğu etkileyen hallerden biri olarak düzenlenmiştir. İnsan, davranışlarının doğruluğunu ayırt edebilme yeteneğini, fiziki gelişimine paralel olarak kazanır. Yaşı küçük kimseler yetişkinler gibi doğruyu yanlıştan, iyiyi kötüden, haklıyı haksızdan ayırt edebilme yeteneğine sahip değildirler¹⁵¹. TCK'nın 31.maddesinde yaş grupları tanımlanarak, farklı yaşlardaki çocukların kusurluluğu belirtilmiştir. Elektromanyetik zihin manipülasyonu irade ve algılama yeteneğine etki ederek mağdurun, fiziksel gelişimini tamamlamış yetişkin bir birey olsa bile, kendi yaş grubuna uygun kararlar almasını engelleyebilir. Bu engellemenin kapsamı uygulanacak prosedüre göre farklılık gösterebilir. Mağdur, elektromanyetik zihin manipülasyonu altındayken, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen ve davranışlarını bu doğrultuda yönlendirebilen biri gibi davranamaz. Bu sebeple mağdurun davranışlarının kusurluluğu, elektromanyetik zihin manipülasyonunun algı ve irade yeteneğine olan etkisinin derecesine göre değerlendirilmelidir. İkinci yaş grubu çocukların işlediği fiillerle ilgili kusurlarının ne kadar olduğu her çocuk üzerinde ayrıca değerlendirildiği gibi burada da elektromanyetik zihin manipülasyonu mağdurunun davranışlarındaki kusurluluğu, her vakıada manipülasyonun derecesine göre ayrıca değerlendirilmelidir.

TCK m.32'de akıl hastalığı kusur yeteneğini etkileyen sebeplerden biri olarak zikredilmiştir. Zira bir kişiye davranışlarından dolayı kusur isnadında bulunabilmek için o kişinin fiziki gelişmişliğine ilaveten aklen de sağlıklı bir insan olması gerekir. Akıl hastalıkları kişilerin, algılama ve irade kabiliyetlerini etkileyen psikolojik bozuk-

151 İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsün, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2002, s.209.

luklardır¹⁵². Kanun metninde akıl hastalıkları tek tek sayılmamıştır. TCK'ya göre önemli olan bu hastalıkların kişinin algılama ve irade kabiliyeti üzerindeki etkisi ile kişinin davranışı sırasında bu hastalığı taşımasıdır. Akıl hastalıklarını tam ve kısmi şeklinde iki sınıfa bölmek doğru değildir; hukuken önemli olan, hastalığın algılama ve irade kabiliyeti üzerinde ne derece etkili olduğudur¹⁵³. Bu çerçevede akıl hastalığının kusur yeteneğine etkisi tam veya kısmi olabilir. Zira m.32'de akıl hastalığının kusur yeteneği üzerindeki etkisi üç derece ayrılmıştır. Aynı şekilde elektromanyetik zihin manipülasyonunun mağdur üzerindeki etkisi de derece derece değerlendirilebilir. Kişinin somut fiil açısından (1) hukuki anlam ve sonuçları algılama yeteneği tamamen ortadan kalkabilir, (2) fiil ile ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği ortadan kalkabilir veya önemli ölçüde azalabilir, (3) algılama yeteneği etkilenmeyebilir fakat davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olabilir. Elektromanyetik zihin manipülasyonu ile mağdurun üzerinde bu üç kategoriye de girebilecek etki uyandırılabilir. Zira elektromanyetik zihin manipülasyonu ile mağdurlar üzerinde uzun süreli, devamlı ve kalıcı olması muhtemel etkiler oluşturmak mümkündür. Bu etki eğer geçici ise kusurluluğu TCK m.34'te belirtilen geçici nedenler kapsamında değerlendirmek daha doğru olacaktır. Mağdur üzerindeki etkinin çerçevesi, uygulanan prosedürün ve hedef kişinin niteliğine bağlı olarak tespit edilmeli, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

TCK m.34'te geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu etkisinde olma kusurluluğa etki eden durumlar olarak belirtilmiştir. Geçici nedenler, akıl hastalığı gibi devamlılık göstermeyen, bu düzeye ulaşmayan sadece geçici bir süre ile kişinin algılama ve iradesine etki eden durumlardır¹⁵⁴. Doktrinde bu durumlara uyku hali, hipnotik telkin altına girme ve çeşitli psikozlar örnek olarak gösterilmiştir¹⁵⁵. Geçici bir nedenin varlığının kabulü için iki şart gerekmektedir: (1) Bu

152 İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Fusun, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2002, s.215.

153 KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.327.

154 ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı Cilt 1*, Ankara 2006, s.435.

155 ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s.514-515.

nedenin kişinin, davranışının hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini ortadan kaldırması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini önemli ölçüde azaltmış olması, (2) bu nedenin meydana gelmesinde kişinin herhangi bir taksirinin bulunmamasıdır¹⁵⁶. Elektromanyetik zihin manipülasyonunu, hazır bir prosedürle kendi kendine uygulayan bir kişi olduğu farz edildiğinde; kişinin, bu müdahale sonucunda ortaya çıkabilecek etkiyi öngörmesi gerektiğinden, kendisinin müdahale etkisi altında gerçekleştirdiği davranışlar dolaylı olarak kendi fiilleri olacaktır. Bu sebeple bu tip fiilleri, TCK m.34'te zikredilen geçici nedenler kapsamında değerlendirmek doğru olmayacaktır. Elektromanyetik zihin manipülasyonu uygulanan kişinin bu uygulamada taksiri yoksa, işlediği davranışlar bu kapsamda değerlendirilebilir.

Elektromanyetik zihin manipülasyonu uygulanan mağdurun her ne kadar kusurluluğu etkilense de işlenen fiilin suç olma vasfı devam edecektir. Bu durumda cezai sorumluluğun kime ait olduğu dolaylı faillik kapsamında incelenmelidir. TCK m.37'de doğrudan müsterek faillik tanımlanmıştır, bu tanımdan doğrudan failliği çıkarmak da mümkündür. Buna göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili bizzat ve yalnız gerçekleştirenler, doğrudan faildir¹⁵⁷. Dolaylı faillik ise TCK m.37/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, bir suçun bizzat değil başka birinin araç olarak kullanılarak işlenildiği hallerde dolaylı faillik söz konusu olur. Dolaylı faillikte arka plandaki kişi, araç durumundaki kişinin iradesi üzerinde kurduğu hakimiyet ile davranışlarını yönlendirmekte ve suçun işleniş sürecine hükmetmektedir¹⁵⁸. Dolaylı fail, araç durumundaki kişi üzerindeki hakimiyetini, bu kişideki bildiği veya sebebiyet verdiği bir noksanlıktan faydalanarak kurar¹⁵⁹. Bu noksanlık araç durumundaki kişinin; (1) hataya düşürülmesinden, (2) cebir veya tehditle irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından, (3) kusur yeteneğinin bulunmamasından kaynaklanabilir. Arka plan-

156 DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:2*, İstanbul 1995, s.857.

157 ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara 2006, s.489.

158 ERDEM, Mustafa Ruhan, *Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:5, 2005, s.208.

159 EBERT, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2001, s.194; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.461.

daki şahsın araç durumundaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak davranışlarını yönlendirebiliyor olması, aracı kişinin davranışlarının ona isnat edilebilmesinin hukuki zeminini oluşturur¹⁶⁰.

TCK m.40/1'de iştirakin varlığından söz edilebilmesi için asıl fiilin kasten ve hukuka aykırı işlenmesi yeterli görülmüş, failin kusurlu olması koşulu aranmamıştır. Bu sebeple fail işlediği fiil bakımından kusurlu olmasa bile azmettiren, yardım eden veya yönlendiren sorumlu olacaktır. Suça sevk eden kişi araç durumundaki kişinin kusur yeteneğinin bulunmadığını bilmiyorsa azmettirme; biliyorsa dolaylı faillik söz konusu olur¹⁶¹. Kusurluluğa etki eden hallerden bir kısmında kusur yeteneği kaybolmamakta fakat azalmaktadır. Doktrinde, kusur yeteneği az olan bir kişinin araç olarak kullanılarak suç oluşturan fiilin işlendiği durumda, dolaylı failliğin söz konusu olup olmadığı konusunda yeterli bir tartışma yapılmamıştır. Alman uygulamasında, kusur yeteneği az olanların suça yönlendirildiği durumlarda, dolaylı faillik tartışmasına girilmeden şeriklikten bahsedilmektedir¹⁶².

Elektromanyetik zihin manipülasyonu uygulayan kişi, manipülasyon uyguladığı kişinin kusurluluğunun tamamen ortadan kalktığı durumlarda, TCK m.37/2 kapsamında suçun dolaylı faili olacaktır. Manipülasyon uygulanan kişinin kusurluluğunun tamamen ortadan kalkmayıp azaldığı durumlarda da Alman uygulamasındaki gibi dolaylı faillikten değil şeriklikten bahsedilebilir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun kusurluluğa etkisi -daha önce de belirtildiği gibi- uygulanan prosedürün ve mağdurun niteliklerine bağlı olarak değerlendirilmelidir.

5. Sonuç

Nörobilimin son elli yıldaki gelişimiyle zihni elektromanyetik dalgalar kullanarak manipüle etmek mümkün hale gelmiştir. Bu mani-

160 ERDEM, Mustafa Ruhan, *Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2014, s.13.

161 BLANK, Theodor, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Münih 2001, s.19; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.469.

162 ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Münih 2003, kn.149-152; nakleden, KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s.469.

pülasyon ile kişilerde acı ve kaygı uyandırmak, algılama yeteneklerini bozmak ve karar alma süreçlerini etkilemek mümkündür. Ceza Hukukumuz kapsamında daha önce değerlendirilmemiş olan bu fiiller, çalışmamızda İşkence (TCK m.94), Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış İşkence (TCK m. 95), Eziyet (TCK m. 96), Kasten Yaralama (TCK m.86) ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Yaralama (TCK m.87) suçları kapsamında değerlendirilmiştir. Fiilin kamu görevlisi tarafından sistematik olarak işlendiği takdirde İşkence suçunu oluşturduğu; sistematik bir şekilde ve kamu görevlisi olmayan kişilerce işlendiğinde Eziyet suçunu oluşturduğu; kamu görevlisi olmayan diğer kişiler tarafından, tekrarlanmayan şekilde işlenmesinde ise Kasten Yaralama suçunu oluşturduğu gösterilmiştir. Elektromanyetik zihin manipülasyonunun kusurluluğu ortadan kaldırılabileceği ve dolaylı failliğin mümkün olabileceği belirtilmiştir. Zihne elektromanyetik dalgalarla yapılan müdahalenin, insan iradesini ortadan kaldırdığı ve karar alma yetisini tahrip ettiği görülmüştür. İnsan haklarının temelini teşkil eden insan iradesini doğrudan hedef alan bu müdahaleler ile insanın, insan olma vasfı saldırıya uğramaktadır. Modern devlette, diğer tüm suçlar ile korunan hukuki değer, insanın korunmasıdır. Bu sebeple bu müdahale, yalnızca adı geçen suçların kapsamında değerlendirilmemeli, farklı bir normatif düzenleme ile yaptırıma bağlanmalıdır. Böylece insan onuru, insan olma vasfı korunacaktır. Aksi takdirde insan olma vasfı kaybolacak ve hukukun koruyacağı temel hak ve hürriyetler ortadan kalkacaktır.

KAYNAKÇA

1. Kitap ve Makaleler

- AKÇAM, Taner, *İşkenceyi Durdurun! İnsan Hakları ve Marksizm*, İstanbul 1991.
- ALLEN, Christopher, VIOLA, Tommaso, IRVINE, Elizabeth, SEDGMOND, Jemma, CASTLE, Heidi, GRAY, Richard, CHAMBERS, Christopher, *Causal Manipulation of Feed-Forward and Recurrent Processing Differentially Affects Measures of Consciousness Neuroscience of Consciousness*, Cilt:2020, Sayı:1, 2020.
- AMASSIAN, Vahe, CRACCO, Rodger, MACCABEE, Paul, CRACCO, Juan, RUDELL, Alan, EBERLE, Larry, *Suppression of Visual Perception by Magnetic Coil Stimulation of Human Occipital Cortex, Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, Cilt:74, Sayı:6, 1989.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013.
- AYDIN, Zümer, *Kasten Yaralama Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2017.
- BACAŞIZ, Pınar, *Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:16, Sayı: Özel Sayı 2014, 2015.
- BALCONI, Michela, CANAVESIO, Ylenia, *High-Frequency rTMS on DLPFC Increases Prosocial Attitude in case of Decision to Support People, Social Neuroscience*, Cilt:9, Sayı:1, 2013.
- BALZER, Philipp, RIPPE, Klaus Peter, SCHABER, Peter, *Two Concepts of Dignity for Humans and Non-Human Organisms in the Context of Genetic Engineering*, Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Cilt:13, Sayı:1, 2000.
- BERSANI, Francesco Saverio, MINICHINO, Amadeo, ENTICOTT, Peter, MAZZARINI, Lorenzo, KHAN, Nashaba, ANTONACCI, Giuseppe, RACCAH, Ruggero Nessim, SALVIATI, Massimo, DELLE CHIAIE, Roberto, BERSANI, Giuseppe, FITZGERALD, Paul, BIONDI, Massimo, *Deep Transcranial Magnetic Stimulation as a Treatment for Psychiatric Disorders: A Comprehensive Review*, European Psychiatry, Cilt:28, Sayı:1, 2012.
- BLANK, Theodor, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Münih 2001.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, *İnsan Hakları ve Tabii Hukuk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:50, Sayı:1, 1984.

- DELGADO, Jose Manuel Rodriguez, *Physical Control of The Mind: Toward A Psychocivilized Society*, New York 1968.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirilme (Tretman) Sorunları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, 2001.
- DEMİRBAŞ, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur, *İşkence Suçu*, Ankara 2016.
- DI BIASE, Lazzaro, FALATO, Emma, DI LAZZARO, Vincenzo, *Transcranial Focused Ultrasound (tFUS) and Transcranial Unfocused Ultrasound (tUS) Neuromodulation: From Theoretical Principles to Stimulation Practices*, *Frontiers in Neurology*, Cilt:10, Sayı:549, 2019.
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:2*, İstanbul 1995.
- DÖNMEZER, Sulhi, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, İstanbul 1998.
- EBERT, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2001.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, *Organize Yapı İçerisinde Otoriter İlişkilerden Kaynaklanan Egemenliğe Dayalı Dolaylı Faillik*, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt:2, Sayı:1, 2014.
- ERDEM, Mustafa Ruhan, *Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı*, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı:5, 2005.
- ERÖZDEN, Ozan, *Otomatik Portakal ya da Androidler Aleminde Ceza Hukuku ve Kriminoloji*, *Hukuk Kuramı*, 6, 1, 2019.
- ERSOY, Yüksel, *Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:53, 2004.
- FOERSTER, Andreas, SCHMITZ, Jörg, NOURI, Mohsen, CLAUS, Detlef, *Safety of Rapid-Rate Transcranial Magnetic Stimulation: Heart Rate and Blood Pressure Changes*, *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, Cilt:104, Sayı:3, 1997.
- FORSCHNER, Maximilian, *Marktpreis und Würde oder vom Adel der menschlichen Natur*, Erlangen 1998.
- FREBERG, Laura, *Discovering Biological Psychology*, Belmont 2010.
- GEMALMAZ, Semih, *Yaşam Hakkı ve İşkence Yasağı*, İstanbul 1993.
- GOLOMB, Beatrice Alexandra, *Diplomats' Mystery Illness and Pulsed Radiofrequency/Microwave Radiation*, *Neural Computation*, Cilt:30, Sayı:11, 2018.
- HARM, Ernest, *The Origin and Early History of Electrotherapy and Electroschock*, *The American Journal of Psychiatry*, Cilt:111, Sayı:12, 1955.

- HEINRICH, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil 1*, Stuttgart 2005.
- HEPER, Altan, *Biyoetikte Hâkim Etik Teoriler*, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 22.Kitap, 2010.
- HEPER, Altan, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008.
- HICKEY, Patrick, STACY, Mark, *Deep Brain Stimulation: A Paradigm Shifting Approach to Treat Parkinson's Disease*, *Frontiers in Neuroscience*, Cilt:10, Sayı:173, 2016.
- HODGKIN Alan Lloyd, HUXLEY Andrew Fielding, *A Quantitative Description of Membrane Current and Its Application to Conduction and Excitation in Nerve*, *The Journal of Physiology*, Cilt:117, Sayı:4, 1952.
- HOFMAN, Dennis, SCHUTTER, Dennis, *Inside The Wire: Aggression and Functional Interhemispheric Connectivity in The Human Brain*, *Psychophysiology*, Cilt:46, Sayı:5, 2009.
- HORGAN, John, *The Forgotten Era of Brain Chips*, *Scientific American*, Cilt:293, Sayı:4, 2005.
- ISEGER, Tabitha, ARNS, Martijn, DOWNAR, Jonathan, BLUMBERGER, Daniel M, DASKALAKIS, Zafiris Jeff, VILA-RODRIGUEZ, Fidel, *Cardiovascular Differences Between Sham and Active iTBS Related to Treatment Response in MDD*, *Brain Stimulation*, Cilt:13, Sayı:1, 2020.
- İÇEL, Kayıhan, SOKULLU-AKINCI, Füsun, ÖZGENÇ, İzzet, SÖZÜER, Adem, MAHMUTOĞLU, Fatih, ÜNVER, Yener, *İçel Suç Teorisi*, İstanbul 2002.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Berlin 1998.
- JESCHECK, Hans Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1996.
- JEURISSEN, Danique, SACK, Alexander, ROEBROECK, Alard, RUSS, Brian, PASCUAL-LEONE, Alvaro, *TMS Affects Moral Judgment, Showing the Role of DLPFC and TPJ in Cognitive and Emotional Processing*, *Frontiers in Neuroscience*, Cilt:8, Sayı:18, 2014.
- JIANG, Cheng-gang, ZHANG, Ting, YUE, Fa-guo, YI, Ming-ling, GAO, Dong, *Efficacy of Repetitive Transcranial Magnetic Stimulation in the Treatment of Patients with Chronic Primary Insomnia*, *Cell Biochemistry and Biophysics*, Cilt:67, Sayı:1, 2013.
- JOHNSON, Robert, CURETON, Adam, *Kant's Moral Philosophy*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), Edward Nouri Zalta (ed.) <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/kant-moral/> (E.T. 19.05.2021)

- KANDA, Masutaro, MIMA, Tatsuya, OGA, Tatsuhide, MATSUHASHI, Masao, TOMA, Keiichiro, HARA, Hidemi, SATOW, Takeshi, NAGAMINE, Takashi, ROTHWELL, John, SHIBASAKI, Hiroshi, *Transcranial Magnetic Stimulation (TMS) of The Sensorimotor Cortex and Medial Frontal Cortex Modifies Human Pain Perception*, *Clinical Neurophysiology*, Cilt:114, Sayı:5, 2003.
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Wiesbaden 1785.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, *Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:87, 2010.
- KEYMAN, Selahattin, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:35, Sayı:1, 1978.
- KICALIOĞLU, Mustafa, *Yargı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdabaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt:1, Sayı:4, 2006.
- KILDAN, İsmail, AKDEMİR, Togay, *Kasten Yaralama Suçunda Silah Kavramının Yargıtay Kararları Doğrultusunda İncelenmesi*, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Cilt:0, Sayı:6, 2016.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2017.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2020.
- KONSTANTIN, Pollok, *Kant's Theory of Normativity (Exploring the Space of Reason)*, Cambridge 2017.
- KUBANEK, Jan, *Neuromodulation with Transcranial Focused Ultrasound*, *Neurosurgical Focus*, Cilt:44, Sayı:2, 2018.
- MARTINS Nuno, ANGELICA Amara, CHAKRAVARTHY Krishnan, SVIDINENKO Yuriy, BOEHM Frank, OPRIS Ioan, LEBEDEV Mikhail, SWAN Melanie, GARAN Steven, ROSENFELD Jeffrey, HOGG Tad, FREITAS Robert, *Human Brain/Cloud Interface*, *Frontiers in Neuroscience*, Cilt:13, Sayı:112, 2019.
- MARZULLO, Timothy, *The Missing Manuscript of Dr. Jose Delgado's Radio-Controlled Bulls*, *Journal of Undergraduate Neuroscience Education*, Cilt:15, Sayı:2, 2017
- MASSIMINI, Marcello, FERRARELLI, Fabio, ESSER, Steve, RIEDNER, Brady, HUBER, Reto, MURPHY, Michael, PETERSON, Michael, TONONI,

Giulio, *Triggering Sleep Slow Waves by Transcranial Magnetic Stimulation*, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Cilt:104 Sayı:20, 2007.

MERAKLI, Serkan, *Ceza Hukukunda Kusur*, Ankara 2017.

METİN, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul 2019.

MORSE, Stephen, *Oxford Handbook of Neuroethics*, Oxford 2011.

NUHOĞLU, Ayşe, *İşkence Yasağı ve İşkence Suçu*, İstanbul 1999.

ÖNDER, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994.

ÖZBEK, Veli Özer, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2014.

ÖZBEK, Veli Özer, KAMBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012.

ÖZBEK, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Yeni Türk Ceza Kanunun Anlamı Cilt 1*, Ankara 2006.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, Ankara 2006.

PEARCE JOHN, *Marie-Jean-Pierre Flourens (1794–1867) and Cortical Localization*, *European Neurology*, Cilt:61, Sayı:5, 2009.

PERACH-BARZILAY, Nufar, TAUBER, Alfred, KLEIN, Ehud, CHISTYAKOV, Andrei, NE'EMAN, Gidi, SHAMAY-TSOORY, Simon, *Asymmetry in The Dorsolateral Prefrontal Cortex and Aggressive Behavior: A Continuous Theta-Burst Magnetic Stimulation Study*, *Social Neuroscience*, Cilt:8, Sayı:2, 2013.

PETERCHEV, Angel, WAGNER, Timothy, MIRANDA, Pedro, NITSCHKE, Michael, PAULUS, Walter, LİSANBY, Sarah, PASCUAL-LEONE, Alvaro, BIKSON, Marom, *Fundamentals of Transcranial Electric and Magnetic Stimulation Dose: Definition, Selection, and Reporting Practices*, *Brain Stimulation*, Cilt:5, Sayı:4, 2012.

PETERS Alan, *Golgi, Cajal, and The Fine Structure of The Nervous System*, *Brain Research Reviews*, Cilt:55, Sayı:2, 2007.

PICCIOTTO, Marina, *Celebrating 50 Years of Neuroscience*, *The Journal of Neuroscience*, Cilt: 40, Sayı:1, 2019.

PICCOLINO, Marco, *Luigi Galvani and Animal Electricity: Two Centuries After The Foundation of Electrophysiology*, *Trends in Neurosciences*, Cilt:20, Sayı:10, 1997.

- RELMAN, David, PAVLIN, Julie (Ed.), *An Assessment of Illness in U.S. Government Employees and Their Families at Overseas Embassies*, National Academies of Sciences Engineering and Medicine, Washington DC 2020.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, Münih 2003.
- SCHULTZ, Hans, *Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, Frankfurt 1998.
- SCHWIND, Hans-Dieter, BÖHM, Alexander, *Strafvollzugsgesetz Kommentar*, Berlin 1999.
- SEIDMAN, Steven, *The Postmodern Turn: New Perspectives on Social Theory*, Cambridge 1994.
- SHAFFER, Joyce, *Neuroplasticity and Clinical Practice: Building Brain Power for Health*, *Frontiers in Psychology*, Cilt:7, Sayı:1118, 2016.
- SIRONI Vittorio, *Origin and Evolution of Deep Brain Stimulation*, *Frontiers in Integrative Neuroscience*, Cilt:5, Sayı:42, 2011.
- SMART, John Jamieson Carswell, *The Mind/Brain Identity Theory*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2017 Edition), Edward Nouri Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/mind-identity/> (E.T. 03.01.2021)
- SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2012.
- ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul 2006.
- TACİR, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul 2011.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2007.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2017.
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara 2019.
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2008.
- TRÖNDLE, Herbert, FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, Münih 2007.
- TÜRK DİL KURUMU, *Güncel Türkçe Sözlük*, <http://www.sozluk.gov.tr/> (E.T. 03.01.2021)
- ÜNVER, Yener, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi*, 22.Kitap, 2010.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, *Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*, Ankara 2013.

- ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu*, Ankara 2003.
- ÜZÜLMEZ, İlhan, *Yeni Türk Ceza Hukukunda İşkence ve Eziyet Suçu*, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Cilt:1, Sayı:5, 2005.
- WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, *Straftrecht Allgemeiner Teil die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2006.
- WETZ, Franz Josef, *Die Würde des Menschen-Ein Phantom?*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Cilt:87, Sayı:3, 2001.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Constitution of World Health Organization*, Basic Documents, Forty-fifth edition, Supplement, October 2006
- WRIGHT, Bruce, *An Historical Review of Electroconvulsive Therapy*, Jefferson Journal of Psychiatry, Cilt:8, Sayı:2, 1990.
- YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 3*, Ankara 2014.
- YILDIRIM, Abdurrahman Ali, *Tıp Hukuku Bağlamında İnsanı Geliştiren Biyoteknoloji Uygulamaları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuk Ana Bilim Dalı, 2019.
- YOUNG, Liane, CAMPRODON, Joan Albert, HAUSER, Marc, PASCUAL-LEONE, Alvaro, SAXE, Rebecca, *Disruption of the Right Temporoparietal Junction with Transcranial Magnetic Stimulation Reduces the Role of Beliefs in Moral Judgments*, Proceedings of the National Academy of Sciences, Cilt:107, Sayı:15, 2010.
- YURTCAN, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, İstanbul 2005.

2. Yargı Kararları,

- AİHK, İrlanda/Birleşik Krallık, B. No. 5310/71, 18.01.1978
- AİHM, A/Birleşik Krallık, B. No. 25599/94, 28.09.1998
- AİHM, Aksoy/Türkiye, B. No.21987/93, 18.12.1996
- AİHM, Selmouni/Fransa, B. No:25803/94, 28/07/1999
- AYM, Cezmi Demir ve Diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014
- AYM, Gülşen Polat ve Kenan Polat, B. No: 2015/4450, 10/10/2019
- Yargıtay CGK., E. 2013/292, K. 2014/289
- Yargıtay 8.CD., E. 2018/12706 K. 2019/9477
- Yargıtay 8.CD., E.2019/2449, K. 2019/14546
- Yargıtay 8.CD., E. 2020/978 K. 2020/15091
- Yargıtay 12.CD., E. 2013/14006 K. 2014/1780

Suç ve Ceza Dergisi Yayın İlkeleri

Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili Türkçe'dir. Ancak yabancı dilde yazılan yazılar Yayın Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde, en çok 200 kelimeden oluşan Türkçe yazılmış özeti ile birlikte, yayımlanabilir.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hüküm yurtdışında Türkçe'den başka dilde yayımlanmış yazıların tercümeleri için uygulanmaz.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar bir İngilizce bir de Türkçe yazılmış ve her biri 200 kelimeyi aşmayan özet (abstract) ve ayrıca en az 5 adet anahtar kelime içermek zorundadır.

Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak, bir bütün halinde 10 sayfadan az olmayacak şekilde kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; **Alt:** 2,5 cm; **Sol:** 2 cm; **Sağ:** 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Calibri, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotların şu şekilde olması zorunludur:

Kitap için: Yazar soyadı ve adı, eserin adı (italik), eserin yayın yeri ve yılı, sayfa numarası

Makale için: Yazar soyadı ve adı, makale adı (italik), derginin adı, cilt, sayı, yıl, sayfa numarası (s.)

İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

Yazının sonunda “Kaynakça” bölümü bulunmalı ve makalede atıf yapılan eserlerin listesine atıf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

Makalenin hakemli olarak yayımlanması talep edilirse, Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan bu yazılar, hakem incelemesine gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. Hakem incelemesinden geçen yazı “Hakemli” ibaresi eklenerek yayımlanır.

Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.

Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türk Ceza Hukuku Derneği’ne aittir. Yazılar Türk Ceza Hukuku Derneği’nin www.tchd.org.tr adresinde dijital ortamda yayımlanacaktır ve yazar sayısı kadar dergi basımı yapılacaktır. Yazara bir adet dergi gönderilecektir. Yazar kendisine bir telif ücreti ödenmeyeceğini ve bu yazıdan doğan tüm maddi haklarını Türk Ceza Hukuku Derneği’ne devrettiğini kabul etmiştir.

Suç ve Ceza Dergisi’nin Mart sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Şubat; Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Mayıs; Eylül sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Ağustos; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

Suç ve Ceza Dergisi’nde yayımlanması istenen yazıların, konu kısmına “Suç ve Ceza Dergisi – Makale” yazılmak suretiyle aşağıdaki e-posta adresine yazara ait ORCID numarası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir:

bilgi@tchd.org.tr