SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 14 | Sayı: 4 | Aralık 2021

TCHD
TÜRK CEZA HUKUKU DERNEGİ 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 Zehir (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 Nuhoğlu (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Olgun Değirmenci (TOBB Ekonomi ve Teknoloji 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 Atılgan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Doç. Dr. R. Murat Önok (Koç Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Onur Kaplan (Yaşar Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızılarslan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Efser Erden Tütüncü (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Dil Editörü
Dr. Öğr. Üyesi Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)

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
Aralık 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 desteklemekti…

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 oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Dergimizin bu sayısı Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın kaybından duyulan büyük üzüntü içerisinde hazırlanmış ve yayınlanmıştır. Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, dergimizi yayınlayan Türk Ceza Hukuku Derneği'nin kurucu üyesi ve bir dönem başkanlığını yapmış seçkin bir bilim insanı idi. Kuruluş yıllarında gerçekleştirilen sempozyumlar, açık oturumlar, büyük bilimsel toplantılar, yayınlanan kitaplar içersinde Duygun Yarsuvat'ın büyük emekleri vardı. Öyle ki, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve Üniversite Rektörlüğü döneminde Türk Ceza Hukuku Derneği pekçok toplantısını Üniversite'de yaptığı gibi ünlü Pazartesi toplantıları onun zamanında başlamıştı. Nice avukat ve genç hukukçular düşünce ve yorumlarını özgür bir ortam içersinde bu toplantılarda ileri sürmüşlerdi. İstanbul Barosu ve Türkiye Gazeteciler Cemiyeti ile yakın bir ilişki ve işbirliği Sayın Yarsuvat döneminde gerçekleştirilmeye başlanmıştı. Bunların yanı sıra açık görüşlülüğü, çağdaş tutumu, bilimi hep önde tutan davranışları ile Yarsuvat unutulmayacak bir kişi olarak daima anılacaktır.

Bunların yanısıra Türk Ceza Hukuku Derneği'nin İstanbul'da düzenlediği XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin hazırlanmasında ve gerçekleştirilmesinde Sayın Yarsuvat'ın unutulmaz çalışmaları vardır.

Gerek Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri ve gerekse Suç ve Ceza Dergisi'nin yönetici ve yazarları olarak Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın önünde sevgi ve saygı ile eğildiğimizi ve bunun hep bu şekilde devam edeceğini belirtmek isteriz.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Araştırma Makaleleri

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU — **705**

THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY — Devrim AYDIN

SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARI: TÜRKİYE'DEKİ MEVZUAT VE UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ — **757**

JUVENILE PROSECUTOR'S OFFICES: REVIEWING THE TURKISH LAWS AND PRACTICE — Eylem ÜMİT ATILGAN

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI AÇISINDAN HAKİMİN TAKDİR HAKKINDA ÖLÇÜT SORUNU — **807**

THE PROBLEM OF CRITERIA IN THE DISCRETION OF THE JUDGE IN TERMS OF THE APPLICATION OF THE REASONS FOR THE DISCOUNT — Çağrı KAN

İCRAİ SUÇA İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAKTE FAİL-ŞERİK AYRIMI — **837**

THE DISTINCTION OF PERPETRATOR AND ACCESSORY IN PARTICIPATION BY OMISSION TO AN OFFENCE COMMITTED BY ACT — Meral BALCI

SUÇ POLİTİKASI BAKIMINDAN UYUŞTURUCU VE UYARICI MADDE SUÇLARI — **885**

DRUG OFFENCES IN TERMS OF CRIME POLICY — Şerif Ahmet ÖZTÜRK

Hakemsiz Makaleler

HUKUK DÜNYASINDA BİR ŞEHİR EFSANESİ: ANAYASAL SUÇ — **923**

AN URBAN LEGEND IN THE WORLD OF LAW: CONSTITUTIONAL CRIME — Güçlü AKYÜREK

SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇU AÇISINDAN YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ

DETERMINING THE PLACE OF JURISDICTION IN TERMS OF THE CRIME OF BEING A MEMBER OF AN ARMED TERRORIST ORGANIZATION

Cüneyt DEMİRCİ

KİŞİYİ HÜRRİYETİNDEN YOKSUN KILMA SUÇU*

Doç. Dr. Devrim AYDIN**

Özet

Türk Ceza Kanunu'nda hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (m.109), kişilerin diledikleri zaman yer değiştirebilmeye yönelik özgürlüklerini korumaktadır. Bu suçun hukuki konusu, Anayasa'da kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında (m.19) güvence altına alınmış olan bireyin istediği anda hareket ederek fiziksel olarak yer değiştirebilme özgürlüğüdür. Bu suç fail ve mağdur açısından herhangi bir özellik göstermez. Hürriyetin sınırlanması suçu kesintisiz bir suç olup mağdurun bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak yönündeki özgürlüğü sınırlandığında suç tamamlanmış, kişinin serbestçe hareket ederek yer değiştirme özgürlüğünü yeniden kazanmasıyla da suç sona ermiş olacaktır. Kişinin yer değiştirme özgürlüğünden yoksun bırakılması farklı davranışlarla işlenebileceğinden serbest hareketli bir suçtur.

Anahtar Kelimeler: Hürriyet, Kişi Hürriyeti, Hürriyetin Sınırlanması, Suç, Ceza.

THE CRIME OF DEPRIVATION OF LIBERTY

Abtract

The crime of deprivation of liberty is codified in Turkish Penal Code (art. 109) among crimes against freedom of individuals. The crime of depriving of liberty protects the freedom of individuals to move and change their place whenever they want. The legal interest protected by this crime is the freedom of the individual to move

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 20/09/2021. İlk hakem raporu tarihi: 03/12/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 06/12/2021.

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi. daydin@politics.ankara.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7878-8836.

at any time which is guaranteed under the Turkish Constitution (art. 19) within the scope of individual freedom and security. This crime is not specific in terms of the perpetrator and the victim, everyone can be the perpetrator and victim of this crime. The crime of deprivation of liberty is a continuous crime. The crime is committed at the moment when the victim's freedom is restricted and, the crime will be completed when the person regains his freedom of movement. Restricting of the freedom of a person may be committed with different behaviors.

Key Words: Liberty, Fredoom, Deprivation of Liberty, Crime, Punishment.

I. GİRİŞ

Hürriyeti sınırlama, eski zamanlardan beri yasaklanan bir fiildir. Eski zamanlara ilişkin kimi metinlerin yanı sıra Roma Hukuku ile İslam Ceza Hukuku, Osmanlı Ceza Hukuku dönemi metinlerinde de bu suça ilişkin düzenlemeler yer almıştır.[1] Ancak köleliğin olduğu zamanlarda sadece özgür kişilerin hürriyetleri korunmaktayken, birey haklarının gelişmesi ve köleliğin tamamen yasaklanmasından sonra bütün insanların hürriyeti kanunlarla korunmaya başlandıktan sonra bu suçla bütün bireylerin hürriyetinim korunması amaçlanmıştır.[2]

İnsanın temel özgürlüklerinden biri hareket ederek yer değiştirebilmesidir. Genel olarak hareket etme özgürlüğü olarak adlandırılan bu özgürlük sayesinde insanlar gündelik hayatlarında bir yerden diğer bir yere gidebilirler, orada diledikleri gibi kalabilirler ve kendileri istemedikçe bir yerde bulunmaları engellenemez. Bu özgürlük, temel haklardan biri olan özgürlük ve güvenlik hakkının sonucudur. Bu hakkın düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlıklı 5. Maddesine göre, "*Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir.*" Buna göre, Sözleşme'de (m.5) belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz.

1 Bkz. Recep Gülşen, Hürriyeti Tahdit Suçları, Adalet Yay., Ankara, 2002, s. 29 vd.; Mehmet Emin Artuk, Hürriyeti Tahdit Cürmü, Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, 1996, s. 50.

2 Bkz. Giovanni Maria Flick, "Delitti Contro la Liberta Personale", Novissiomo Digesto Italiano, C.9, 1796, Milano, s. 539-540.

Öte yandan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" kenar başlıklı 19. maddesinde de *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir."* denilerek kişilerin güvenlik haklarının yanı sıra hareket ederek yer değiştirebilme özgürlükleri de güvenceye alınmıştır. Bu maddeye göre, "*Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*"

Anayasa'da güvence altına alınmış olan bu özgürlüğün ihlal edilmesi Türk Ceza Kanunu'nda hürriyeti sınırlama suçu olarak düzenlenmiştir. Hürriyeti sınırlama suçu, TCK'da "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısımda, "Hürriyete Karşı Suçlar" başlıklı yedinci bölümde, m.109'da düzenlenmiştir.[3] Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu aşağıdaki gibidir:

"(1) Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

3 Bu bölümde genel bir suç türü olan tehdidin yanı sıra şantaj, cebir, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi, kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, konut dokunulmazlığının ihlali, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi, haksız arama, dilekçe hakkının kullanılmasının engellenmesi, nefret ve ayırımcılık, kişilerin huzur ve sükûnunu bozma, haberleşmenin engellenmesi suçları yer almaktadır.

(3) Bu suçun;

a) Silahla,

b) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Üstsoy, altsoy veya eşe karşı,

f) Çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır.

(4) Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(5) Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(6) Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

Kanun'da bu suç yönünden etkin pişmanlığa da yer verilmiştir. "Etkin pişmanlık" başlıklı TCK m. 110, "*Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*" şeklindedir.

5237 sayılı TCK'da hürriyeti sınırlama suçu 765 sayılı mülga TCK'dan oldukça farklı düzenlenmiştir. 765 sayılı mülga TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olan memur tarafından işlenen hürriyeti tahdit suçu (mülga TCK m. 181), küçüklerin kaçırılması ve alıkonulması suçu (mülga TCK m. 182) 5327 sayılı TCK m.109'da hürriyeti sınırlama suçunun nitelikli halleri olarak düzenlenmiştir.[4] Mülga TCK'da Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar arasında

4 Bkz. Özlem Yenerer Çakmut, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2, 2013, s. 588.

düzenlenmiş olan kız, kadın ve erkek kaçırma suçları (m.429-433) 5237 sayılı TCK'da bağımsız bir suç türü olarak düzenlenmediğinden, bu nitelikteki davranışlar da TCK m. 109 kapsamında değerlendirilmelidir.[5] Mülga TCK'da Malvarlığına Karşı Suçlar arasında düzenlenmiş olan adam kaldırma suçu (m. 499) da ayrı bir suç olarak düzenlenmediğinden, 5237 sayılı TCK açısından yağma suçunu işlemek amacıyla kişinin hürriyetinden yoksun kılınması olarak değerlendirilerek fail hürriyeti sınırlamanın yanı sıra yağma suçundan dolayı sorumlu olacaktır.[6]

II. HÜRRİYETİ SINIRLAMA SUÇU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1. Suçun Hukuki Konusu

Bu suçun hukuki konusu, Anayasa'da kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında (m.19) güvence altına alınmış olan bireyin istediği anda hareket ederek fiziksel olarak yer değiştirebilme özgürlüğüdür.[7] Kanunda "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye ...*" denilerek kişinin dilediği zaman dilediği yere gidip gitmemek yönündeki iradesinin ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir. Görüldüğü üzere kişinin bir yere gidip gitmemek yönündeki iradesinin yanı sıra bir yerde kalmak yönündeki iradesi de bu suçla korunmaktadır.[8] Kanunun madde gerekçesinde de bu suçun hukuki konusu "*Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir. Kişiler, bir yerde kalma ve bir yere gitme konusunda tercihte bulunma serbestisine sahiptirler. Söz konusu suç işlenmekle kişinin bir yerde kalma ve bir yere gitme hürriyeti ihlâl edilmiş olmaktadır.*" şeklinde açıklanmıştır.[9]

---

5 Bkz. Köksal Bayraktar/ Serap Keskin Kiziroğlu/ Ali Kemal Yıldız/ Hamide Zafer/ ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, C.3, Onikilevha Yay., İstanbul, 2018, s. 72.

6 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 72.

7 Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, C.1, Giuffre, Milano, 1986, s. 143; Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara, Eylül, 2015, s. 86; Durmuş Tezcan/ Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. B., Seçkin Yay., Eylül 2020, Ankara, s. 549; Zeki Hafızoğulları/ Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 2. B., Ankara, 2011, s. 182; Muhammed Demirel, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, 2020, S. 4, s. 4.

8 Bkz. Gülşen, s. 39 – 40.

9 Kanunun gerekçesi için bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası için bkz. "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr."

Yer değiştirebilme özgürlüğü, kişinin bedenine fiziksel müdahale sonucunda örneğin ellerinin, ayaklarının bağlanarak işlenmesi şeklinde olabileceği gibi, sınırlı biçimde yer değiştirebileceği koşullarda bulunmaya zorlanması şeklinde de olabilir.[10] Örneğin kapısı kilitlenen büyük bir evde alıkonulan kişinin içeride hareket edebilme olanağı olsa da hürriyetinin sınırlanması söz konusudur. Yargıtay da mağdurun ertesi gün evden dışarı çıkmasını engellemek için sanık tarafından evin kapısının kilitlenmesini hürriyeti sınırlama olarak değerlendirmiştir.[11] Bu nedenle suçun işlenmesi için mağdurun hareket ederek yer değiştirme olanağının mutlak olarak önlenmiş olması, mağdurun bir daha yer değiştiremeyecek biçimde tedbirler alınmış olması gerekmez. Yer değiştirme özgürlüğü mutlak olarak ortadan kaldırılmasa da saldırıya uğrayıp sınırlanması engellenmek istendiğinden, bu suç tehlike suçudur.[12]

Bu suçla korunmak istenen kişinin istediği zaman (potansiyel olarak) yer değiştirme özgürlüğü olduğundan, kişinin hürriyetinin sınırlandığı anda yer değiştirmek isteyip istememesi suçun oluşması açısından önemli değildir.[13] Bu nedenle örneğin kötü hava şartları, yaygın şiddet olayları, ağır hasta olması gibi bir nedenle evinden çıkmaktan kaçınan bir kişinin dışarı çıkmaması için kapısının kilitlenmesi halinde de hürriyeti sınırlama suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Suçun gerçekleşmesi için mağdurun hürriyetinin sınırlandığının farkında olması, durumu bilmesi de gerekmez.[14] Tehlike suçu olması nedeniyle, hürriyeti sınırlamaya yönelik davranışlar yeterli olup mağdurun yer değiştirmek için hareket etmesi gerekmez. Örneğin uyuyan bir kişinin dışarı çıkmasının engellenmesi için kapısının kilitlenmesi yeterli olup bu kişinin durumu öğrenmesi suçun varlığı için önemli değildir. Bu nedenle suçun tamamlanma anı

10 Bkz. Ferrando Mantovani, Diritto Penale, Parte Speciale, Delitti Contro la Persona, CEDAM, Milano, 2011, s. 294.

11 Yargıtay 8. CD'nin 1.12.2010 tarih ve 2010/4900 E., 2010/13352 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

12 Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 3. B., Adalet Yay., Ankara, 2018, s. 436.

13 Bkz. Veli Özer Özbek/ Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Seçkin Yay., Ankara, 2016, s. 415; Mahmut Koca/ İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. B., Seçkin Yay., Ankara, 2015, s. 398; Mantovani, s. 293.

14 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 75

mağdurun hürriyetinin sınırlandığı an olup mağdurun yer değiştiremeyeceğini öğrendiği anın önemi yoktur.

Bir görüşe göre bu suçun işlenmesi sırasında genellikle hürriyetin sınırlanması amacıyla mağdura karşı fiziksel zor kullanıldığından, alıkonulduğu süre boyunca mağdur kötü şartlarda yaşamak zorunda bırakıldığından bu suçla aynı zamanda vücut dokunulmazlığı da korunmaktadır.[15] Fiziksel zor kullanılması ve mağdurun kötü şartlarda tutulması suçun varlığı için zorunlu olmadığından, bu suçun aynı zamanda mağdurun vücut dokunulmazlığını koruduğu söylenemez. Faile yönelik bu nitelikteki davranışlar yaralama suçunu oluşturduğunda fail bu suçtan da sorumlu olacaktır.

2. Suçun Faili

Suç, fail yönünden herhangi bir özellik göstermez. Herhangi bir kişi bu suçun faili olabilir. Fail ile mağdur arasında üstsoy, altsoy ilişkisinin ya da evlilik bağının varlığı, failin kamu görevlisi olması, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Kişinin hürriyetinin sınırlanmasını sağlamak amacıyla bir başka kişinin cebredilmesi, hataya düşürülmesi, isnat yeteneği olmayan kişinin araç olarak kullanılması söz konusu olabileceğinden, suçun dolaylı faillik biçiminde işlenmesi de olanaklıdır.

3. Suçun Mağduru

Bu suçun pasif süjesi herhangi bir gerçek kişi olabilir. Suçun varlığı açısından mağdurun yaşı, cinsiyeti, ekonomik ya da sosyal durumu herhangi bir özellik göstermez.[16] Kendi başına hareket olanağı olmayan ancak koltuk değneği, protez bacak gibi bir aracın, elektrikli tekerlekli sandalye gibi mekanik bir aygıtın, bakım hemşiresi gibi bir kişinin yardımıyla hareket edebilenler de suçun mağduru olabilirler.[17] Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişilerin de bu suçun mağduru olabileceği kabul edilerek, suçun bu

15 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 415.
16 Bkz. Teucro Brasiello, "Delitti Contro la Liberta Personale", Enciclopedia del Diritto Penale, C. 24, Milano, 1976, s. 854.
17 Ayhan Önder, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 29; Mantovani, s. 293; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s.77.

kişilere karşı işlenmesi TCK m. 109/3'de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Mağdurun yaşı suçun oluşması için önemli değildir. Ancak mağdurun yaşı bu suç açısından cezaya etki eden neden olarak düzenlenmiştir. Buna göre suçun çocuğa karşı işlenmesi (TCK m. 109/3, f) cezayı artırıcı bir nedendir. Ancak yaşının çok küçük olması nedeniyle bilinç ve iradeden yoksun olan, fiziksel olarak gelişmemiş birkaç yaşındaki çocuğun ya da bebeğin bu suçun mağduru olup olamayacağı konusu tartışmalıdır.

Bir görüşe göre suçun hukuki konusuyla korunmak istenen bireylerin hareket serbestisi olduğuna göre, iradi veya fiziki nedenlerle hareket serbestisi bulunmayan kişiler bu suçun mağduru olamazlar.[18] Bu görüşe göre, bilinç ve iradesi bulunmayan bir akıl hastasının, engelli ya da yatalak olduğu için hareket edebilme imkânı olmayan kişinin yanı sıra henüz doğmuş bir bebeğin hürriyetinin kısıtlanması söz konusu olamaz.[19] Ancak yasanın soyut ve genel olduğundan hareket ederek bu suçla herkesin hareket hürriyetinin korunduğu fikrinden hareket eden görüşler, irade serbestisi bulunmayan kişilerin de bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedir.[20] Bu suçla korunmak istenen, kişinin potansiyel olarak dilediği zaman yer değiştirebilme özgürlüğü olduğundan, geçici ya da sürekli bir nedenle yer değiştirme imkânı olmayan kişilerin de bu suçun mağduru olabilecekleri kabul edilmelidir.[21] Bu suç açısından belirleyici olan mağdurun sübjektif durumu değil, failin bir kişinin hürriyetini sınırlamaya yönelik davranışıdır.[22]

Hukuki ya da fiili bir nedenle hareket serbestisi sınırlanmış olan kişinin de hürriyetinin sınırlanması mümkündür.[23] Hapishanede tutuklu bulunan kişinin diğer mahkûmlar tarafından ellerinin bağlanması, dışarı çıkmasın diye kapısı kilitli bir evde yalnız bırakılan

18 Bkz. Toroslu, s. 86.
19 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 550.
20 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 550; Önder, s. 27; Demirel, s. 498-499; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd, s. 75.
21 Bkz. Mantovani, s. 293; Artuk, s. 58-59; Hafızoğulları/ Özen, s. 184; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 416; Önder, s. 27-28; Yenerer Çakmut, s. 589.
22 Özen, s. 437.
23 Bkz. Mantovani, s. 295; Toroslu, s. 87; Yenerer Çakmut, s. 590.

çocuğun eve giren hırsız tarafından evin deposuna kilitlenmesi örneklerinde olduğu gibi suçun, hareket serbestliği sınırlanmış olan kişilere karşı işlenmesi de söz konusu olabilir.[24]

Suçun maddi konusu, suçun üzerinde işlendiği şahıs veya şeydir. Bu suçun maddi konusu, hürriyeti sınırlanarak yer değiştirmesi engellenmiş olan kişidir.[25] Bu nedenle bu suçun mağduru ile maddi konusu aynı kişidir.

III. SUÇUN MADDİ UNSURU

1. Kişiyi Bir Yere Gitmek veya Bir Yerde Kalmak Hürriyetinden Yoksun Kılmak

Kanunda "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye ...*" denilerek kişinin dilediği zaman dilediği yere gitmek ya da dilediği yerde kalmak yönündeki özgürlüğü korunmak istendiğinden bu suç, mağdurun bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak yönündeki özgürlüğünün sınırlanması biçiminde söz konusu olabilir. Buna göre, suçun maddi unsuru, bir kişinin serbestçe hareket ederek yer değiştirme özgürlüğünü hukuka aykırı biçimde engellemektir.[26] Kişinin yer değiştirme özgürlüğünden yoksun bırakılması; kişiyi korkutarak, cebrederek, hataya ya da hileye düşürerek bir yerde kalmasının, bir yerden ayrılmak istenmesinin engellenmesi ya da bir yere gitmek istemesinin önlenmesi biçiminde söz konusu olabilir.[27] Bu nedenle suçun serbest hareketli suç olduğunu kabul etmek gerekir.[28] Suçun serbest hareketli suç olmasından dolayı, mağdurun hürriyetinin sınırlanmasını sağlamak amacıyla herhangi bir yöntem ya da araç kullanılabilir. Ceza Genel Kurulu da "*Suçun maddi unsuru, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Bu fiil, failin doğrudan doğruya veya dolaylı hareketleriyle ve çeşitli araçlar kullanılarak gerçekleştirilebileceği gibi serbest hareketli bir suç olduğundan, bir yere gitme veya bir yerde kal-*

24 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 553.
25 Özen, s. 435.
26 Brasiello, s. 853.
27 Antolisei, s. 143.
28 M. Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. B., Adalet Yay., Ankara, 2014, s. 293; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 552; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 416; Koca/ Üzülmez, s. 401.

ma özgürlüğünün kaldırılması neticesini doğurabilecek her türlü hareket ile işlenebilecektir." şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.[29] Suçun söz konusu olması için mağdurun hareket ederek, yürüyerek ya da koltuk değneği gibi bir araçla yer değiştirmesi de zorunlu değildir. Örneğin otomobiliyle bir yere gitmekte olan kişinin tehdit edilerek araçtan inmesi engellenerek alıkonulduğunda suç gerçekleşmiş olacaktır.

Kanunda "bir yere gitmek veya bir yerde kalmak" denilmiş olsa da kişinin kendi isteğiyle gittiği bir yerden ayrılmasının önlenmesi, örneğin isteyerek gittiği bir evden ayrılmasının önlenmesi halinde de hürriyetin sınırlanması gerçekleşmiş olacaktır. Bu suç, hürriyetin sınırlandığı zaman ve yerde işlenmiş sayılır.[30] Bu durum teşebbüs ve iştirak açısından olduğu kadar ceza yargılaması açısından da sonuç doğurur. Fiilin cebir, tehdit, hile kullanılarak işlenmesi, silahla işlenmesi ve birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi suçun ağırlatıcı nedeni olarak düzenlenmiştir.

2. Hürriyetin Sınırlanma Biçimi

Mağdurun hürriyetinin sınırlanması için mutlaka bulunduğu yerde tutulması ya da ıssız bir yere götürülmüş olması, bir başına tutulması da gerekmez. Mağdur gitmek ve kalmak istemediği bir yerde alıkonulduğunda suç işlenmiş olacaktır.[31] Mağdurun hürriyetinin sınırlandığı yerin ve zamanın da suçun gerçekleşmesi açısından önemi yoktur, mağdur hürriyetinin sınırlanması amacıyla herhangi zaman diliminde herhangi bir yerde tutulabilir.[32] Ceza Genel Kurulu da "*Fiilin işleniş şekli, yeri, zamanı ve süresi konusunda bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle mağdurun bir yere gitme veya kalma özgürlüğünün ihlal edilmesi sonucunun doğması kaydıyla, her zaman her yerde işlenebilir. Fiilin herkesin girebileceği bir yer, özel, kapalı veya açık alanda gerçekleştirilmesini yahut uzun veya kısa süreli olmasının*

29 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24. 9. 2020 tarih ve 2018/14-595 E., 2020/378 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

30 Antolisei, s. 144.

31 Bkz. John Smith/ Brian Hogan, Criminal Law, 9. Ed., London, 1999, s. 443; Mantovani, s. 294.

32 Brasiello, s. 853; Erol Cihan, "Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1975, C.41, S.1-2, s. 11.

bir önemi bulunmamaktadır. Suçun oluşması için mutlaka mağdurun bir yere kapatılmış olmasına gerek yoktur, aleni bir yerde tutma veya böyle bir yere götürme halinde dahi diğer unsurların varlığı halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşacaktır." şeklindeki kararında bu duruma işaret etmiştir.[33] Ancak mağdurun tutulduğu yerdeki kötü fiziksel koşullardan dolayı ağırlaşmış yaralama niteliğinde bir sonuç meydana geldiğinde, örneğin soğuk bir depoda tutulan mağdurun bacağı donduğunda, fail bu ağır neticeden sorumlu olacaktır.

Amaç suç olan hayata, vücut bütünlüğüne, cinsel özgürlüğe karşı suçlar ya da yağma suçu işlenirken mağdurun hareket edebilme imkânı sınırlanmış olabilir. Bu durumlarda faildeki kasıt sadece amaç suçlara yönelik olduğundan, hürriyeti sınırlama suçu söz konusu olmayacaktır. Ceza Genel Kurulu da failin konutta cinsel saldırı suçunu işlediği olaya ilişkin olarak "*Kişinin vücut dokunulmazlığı amaç suçun konusu olması durumunda hürriyeti sınırlandırılmadan bu suçların işlenmesine olanak bulunmadığı için suç süresiyle sınırlı olarak kişilerin tutulması hâlinde, örneğin cinsel saldırı (cinsel istismar) veya yaralama eylemini gerçekleştirirken sadece bu suçların işlendiği süre boyunca bekletme veya tutma eylemleri ayrı bir suç oluşturmamakta, ancak amaç suç öncesinde veya sonrasında mağdurun bir yere gitme veya bir yerde kalma özgürlüğü kaldırıldığında ise ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu oluşmaktadır.*" şeklinde karar vermiştir.[34] Kararda belirtildiği gibi, amaç suçun işlenmesi amacıyla suç öncesinde veya suçtan sonra mağdurun hürriyeti sınırlanmış, örneğin yağmalanmak için bir yere gitmeye veya bir yerde kalmaya zorlanmışsa, fail ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacaktır.[35]

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak, icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Ancak çok sınırlı biçimde de olsa suçun ihmali davranışla

---

33 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24. 9. 2020 tarih ve 2018/14-595 E., 2020/378 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

34 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7. 7. 2020 tarih ve 2020/14-65 E., 2020/345 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

35 "*Sanığın olay tarihinde, yolda cep telefonu ile konuşarak yürüyen mağdurenin önünü kesip cep telefonunu zorla alarak cebine koyduğu, ardından mağdureye vurmaya başladığı ve saçından tutarak yol kenarından uzakta bulunan boş araziye kadar sürüklediği anlaşıldığından, sanığa atılı yağma suçunun sabit olduğu ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ise unsurları itibariyle oluştuğu hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde kabul edilmesi gerektiğinden...*" şeklindeki Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15. 1. 2019 tarih ve 2017/14-548 E., 2019/1 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

işlenmesi de söz konusu olabilir.[36] Failin içeride kimse olmadığını zannederek kilitleyip gittiği odada bir kişinin kaldığını öğrendikten sonra kapıyı açmaması ya da cumhuriyet savcısının serbest bırakılması yönünde karar verdiği şüphelinin görevlilerce tutulmaya devam edilmesi örneklerinde olduğu gibi ihmali hareketlerle de bu suçun işlenmesi olanaklıdır. Bu durumda, sonradan ortaya çıkan kasıtla fiilin hürriyeti sınırlama suçuna dönüşmesi söz konusudur.

Birçok olayda kişinin hürriyetinin sınırlanması mağdurun bağlanması, tutulması, kapatılması, kaçırılması şeklindeki davranışlarla sağlanmaktadır. Ancak kişinin özgürlüğünün sınırlanması için mutlaka hareket edebilme imkânının tamamen ortadan kaldırılmış, örneğin bağlanmış olması gerekmez. Bir kişinin açık bir alanda fiziken serbestken de istediği yere gitme özgürlüğü sınırlanabilir.[37] Bu nedenle suçun oluşması için failin mağdura fiziksel bir temasta bulunması gerekmez.[38] Tarlasında çalışan bir çiftçinin tarladan ayrılması, evinde bulunan bir kişinin evinden çıkması, AVM benzeri büyük bir işyerinde bulunan kişiye binadan ayrılması halinde öldürüleceğini bildiren SMS mesajları gönderilerek bulunduğu yerde kalmaya zorlanması örneklerinde olduğu gibi mağdur sınırlı bir alanda yer değiştirip hareket edebilse de hürriyeti sınırlama suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

Failin öldürmeye ya da yaralamaya yönelik davranışlarına bağlı olarak yaralanan, bilincini yitiren, bedensel acı çeken mağdurun bu nedenle bir süre hareketsiz kalması, olay yerinden uzaklaşamaması durumunda hürriyeti sınırlama suçundan söz edilemez. Bunun yanı sıra engelli bir kişinin hareket etmesi için zorunlu olan araç gerecin, örneğin tekerlekli sandalye ya da protez bacağın çalınması durumunda fail hürriyeti sınırlama kastıyla hareket etmedikçe ayrıca bu suçtan dolayı sorumlu olmamalıdır. Failin bu eşyayı çalmaktaki asıl amacı kişinin hürriyeti sınırlama suçunu işlemekse her iki suçtan dolayı sorumlu olan fail hakkında fikri içtima hükümleri uygulanarak cezası en ağır suçtan dolayı hüküm kurulmalıdır.

36 Bkz. Toroslu, s. 87; Hafızoğulları/ Özen, s. 183; Cihan, s. 66; Aksi yönde fikirler için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 553; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 417; Koca/ Üzülmez, s. 402.
37 Önder, s. 29; Cihan, s. 54; Mantovani, s. 294.
38 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 417; Özen, s. 438; Mantovani, s. 293.

Kişinin hareket etmesinin engellenebilmesi için çok basit güçlüklerin çıkarılması, örneğin evinin banyosunda yıkanmakta olan kişinin çıplak olarak dışarı çıkamayacağı için elbiselerinin alınıp götürülmesi hürriyeti sınırlama suçunu oluşturmasa da kalabalık bir gün denizde yüzmekte olan kişinin oteline dönmemesi için kıyafetlerinin alınıp götürülmesi halinde suçun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.[39] Hürriyeti sınırlama amacı taşımadan kişinin kısa bir süre hareket etmemesi, uzaklaşmaması için bedeni üzerinde fiziksel güç kullanılması, ellerinin, kollarının, ayaklarının tutulması gibi durumlarda da cebir suçunun gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

3. Suçun Oluşması İçin Gerekli Süre

Suçun söz konusu olması için kişi hürriyetinin sınırlanmasının belli bir süre devam etmesi gerektiğinden, bu suç kesintisiz bir suçtur.[40] Kişinin hürriyetinin sınırlanmasıyla suç tamamlanmış, mağdurun hareket özgürlüğünü yeniden kazanmasıyla da suç sona ermiş olacaktır.[41] Suçun tamamlanma anı mağdurun hürriyetinin sınırlandığı an olup mağdurun yer değiştiremeyeceğini öğrendiği anın önemi yoktur. Suçun söz konusu olması için hürriyetin ne kadar süreyle kısıtlanması gerektiği konusunda açık bir ölçüt belirlemek olanaklı değildir Hürriyetin sınırlanmasının söz konusu olması için her bir somut olayda kişinin özgürlüğünün sınırlandığının kabul edilebilmesine yetecek sürenin geçmiş olması gerekir.[42] Alıkonulma süresinin hukuken önemli olmadığı, anlık ya da çok kısa süreli sınırlamalar halinde suç gerçekleşmez.[43] Örneğin mağdurun kollarından tutularak bir süre hareket etmesinin önlendiği, bir grup öğrencinin arkadaşlarının 5 dakikalık teneffüs arasına çıkmasını önlemek için sınıfın kapısını kilitlediği bir olayda, zaman aralığının kısalığı nedeniyle kişinin özgürlüğünün sınırlandığını söylemek olanaklı değildir. Yargıtay da "...

39 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 553.
40 Mantovani, s. 301.
41 Önder, s. 26.
42 Antolisei; s. 144; Mantovani, s. 295; Demirel, s. 509.
43 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 554; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 417; Önder, s. 30; Cihan, s. 58. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun *"Hürriyetten mahrumiyetin süresi: kişisel hürriyetten mahrumiyet kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerir, hukuken kabul edilebilecek bir zaman süresince fiilin sürmesini gerektirir."* şeklindeki 29.06.2010 tarihli, 2010/8-110 E., 2010/161 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

Özgürlükten yoksun bırakma kavramı, anlık olmayan bir süreyi zorunlu olarak içerdiğinden, suçun tamamlanması için fiil ile sonucun hukuken kabul edilebilecek bir zaman müddetince sürmesi gerekmektedir. Sürenin çok kısa olup olmadığı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma niteliği taşıyıp taşımadığının, hareketin ağırlığı, önemi ve ciddiyeti ile birlikte hakim tarafından değerlendirilip belirlenecektir." şeklinde karar vermiştir.[44] Ancak soyut olarak hürriyeti sınırlama süresinin kısalığı her zaman yeterli bir ölçüt olmayabilir. Somut olayda hürriyeti sınırlama süresi kadar fiilin işleniş biçimi de önemlidir. Örneğin Yargıtay failin mağdurun hürriyetini tüfek kullanarak 10 dakika kadar sınırladığı bir olayda hürriyeti sınırlamanın nitelikli halinin gerçekleştiğini kabul etmiştir.[45]

Kişinin özgürlüğünün sınırlanma süresi uzadıkça mağdurun daha fazla sıkıntı ve endişe yaşayacağı açıktır. Ancak sürenin uzaması TCK'da suça etki eden bir neden olarak düzenlenmemiştir. Alıkonulma süresinin kısa ya da uzun olması kimi ülke kanunlarında suça etki eden neden olarak düzenlenmiştir. Örneğin Portekiz Ceza Kanunu'nda (m.303/3) sürenin kısalığı indirim nedeniyken Alman Ceza Kanunu'nda (m. 239/3) sürenin bir haftadan uzun olması ağırlatıcı neden olarak düzenlenmiştir.[46] TCK açısından hürriyetinin sınırlanma süresi suça etki eden neden olarak düzenlenmemiştir. Somut olayda sürenin önemsiz derecede kısa olması suça teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Öte yandan sürenin oldukça uzun olması "Cezanın belirlenmesi" başlıklı m. 61/1'e göre "*a) Suçun işleniş biçimi, … e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, f) Failin kasta … dayalı kusurunun ağırlığı*" yönünden birlikte değerlendirilerek temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

IV. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

1. Kanunun Hükmünü ve Amirin Emirini Yerine Getirmek

Suçun cezalandırılabilmesi için fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Kanun metninde de "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere*

44 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24. 9. 2020 tarih ve 2018/14-595 E., 2020/378 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

45 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2. 10. 2012 tarihli 2011/8-778 E., 2012/1795 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

46 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 554, dipnot n. 322.

gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye ..." denilerek suçun söz konusu olması için ortada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerektiği vurgulanmıştır.[47] Bu suç açısından Anayasa m. 19'da sayılan nedenlerin yanı sıra TCK'da yer verilen bütün hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilir.

Hürriyeti sınırlama açısından gerçekleşebilecek ilk hukuka uygunluk nedeni, TCK m. 24/1'de "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" şeklinde düzenlenmiş olan kanunun emrini uygulamaktır. Hükümdeki "kanun" ifadesi biçimsel anlamıyla kanun olarak değil, "hukuk kuralları ve mahkeme kararları" olarak anlaşılmalıdır. Çünkü sadece kanunların emrini yerine getirmek açısından değil, bütün hukuk kurallarını ve bu arada mahkeme kararlarını uygulamak da hukuka uygunluk nedenidir.

Kişi hürriyetinin sınırlanabileceği başlıca nedenler Anayasa m. 19/2'de "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması*" şeklinde sıralanmıştır.

Hukuk kurallarında gösterilen koşulların oluşması ya da mahkeme kararlarına bağlı olarak yetkilendirilmiş kişiler tarafından da kişi özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olabilir. Bu durumda kamu görevlileri yetkilendirilmiş olabileceği gibi, özel kişiler de yetkilendirilmiş olabilir. Örneğin "Adlî kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halinde yetkisi" başlıklı CMK m. 168'de

47 Kanunun gerekçesinde de "*Maddede geçen 'hukuka aykırı olarak' ibaresi, hukukun izin vermediği hâlleri ifade eder.*" denilerek ortada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası için bkz. "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr."

"Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adlî kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder." denilerek kamu görevlileri yetkilendirilmiştir. Madde metnindeki koşulların gerçekleşmesi halinde kamu görevlileri, olay yerindeki tedbirlere aykırı davranan kişileri işlemler bitinceye kadar alıkoyabilir, işlemlerin yapıldığı yere gitmelerine ya da işlemlerin yapıldığı yerden ayrılmalarına engel olabilirler.[48]

"Yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemler" başlıklı CMK m. 90/1'de ise *"Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir: a) Kişiye suçu işlerken rastlanması. b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması*" denilerek özel kişilere de yakalama yetkisi verilmiştir. Yargıtay da hırsızlık yaparken yakalanan kişilerin polisler gelinceye kadar kilitli tutulduğu olayda "*Sanıkların mağdurları yakalamalarının ardından adli işlem yapılması için kolluk birimlerine şikâyette bulunma, buna bağlı olarak CMK'nın 90. maddesine göre kolluk görevlileri gelene kadar tutma (kanunen yakalama) hak ve yetkilerinin bulunduğu, sanıkların kolluk görevlilerine haber vermeden mağdurları zorla tutma eylemleri kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacak ise de mağdurların zorla tutulduğu sürenin kolluk görevlilerine haber verilseydi görevlilerin markete intikal edecekleri süreye yakın bir süre olduğu, sanıklar katılan mağdur ve mağduru dışarıda tutup içeriye getirdikleri esnada durumu kolluk görevlilerine bildirmeleri hâlinde eylemlerinin suç olarak değerlendirilmesinin mümkün olamayacağı hususlarının göz önüne alınmasının gerektiği…"* şeklinde karar vermiştir.[49]

Bu suç açısından gerçekleşebilecek bir diğer hukuka uygunluk nedeni, yetkili makamın ya da amirin emrinin yerine getirilmesidir. TCK m. 24/2'de "*Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.*" şeklinde düzenlenmiş olan bu hukuka uygunluk nedeninin en yaygın uygulama-

48 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 423.

49 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 13. 2. 2020 tarih ve 2016/14-1414 E., 2020/101 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

sı, gözaltına alınma ve tutuklama kararlarının infaz edilmesi amacıyla kişilerin yakalanmasıdır.

2. Meşru Savunma

Hürriyetin sınırlanması açısından bir diğer hukuka uygunluk nedeni de meşru savunma koşullarının gerçekleşmesidir (TCK m. 25/1). Meşru savunmanın koşullarının gerçekleşmesi halinde saldırıdan korunmak amacıyla saldırganın hürriyetinin sınırlanması söz konusu olabilir. Saldırıda bulunan kişinin hürriyetinin sınırlanması durumunda meşru savunma söz konusu olacaktır. Bunun için ortada bir hakka yönelik haksız saldırının olması, saldırı ile hürriyeti sınırlama fiilinin orantılı olması ve saldırı devam ederken saldırganın hürriyetinin sınırlanması gerekmektedir. Örneğin evinde karşılaştığı hırsızı polis gelinceye kadar evin deposuna kilitleyen evsahibi meşru savunmadan yararlanacaktır.

3. Zorunluluk Hali

Sınırlı biçimde de olsa bu suç açısından zorunluluk hali (TCK m. 25/2) söz konusu olabilir.[50] Bu durumda bir tehlikenin önlenmesi amacıyla kişi hürriyetinin sınırlanması zorunlu olmalıdır. Bir afet bölgesini terk etmek istemeyenlerin zorla tahliye edilmesi, afet bölgesine gitmek isteyen kişilerin engellenmesi; yangın, yaygın şiddet olayları ya da salgın hastalık nedeniyle alınan karantina tedbirleri kapsamında (TCK m. 195) kişilerin bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetlerinin sınırlanmasında zorunluluk halinin koşulları gerçekleşmiş olacaktır. Bunun güncel örneği, Covid-19 salgını nedeniyle corona virüsü taşıyan kişiler hakkında karantina kararı alınması ve bunu ihlal eden kişilerin karantina merkezlerinde alıkonulmalarıdır.

4. İlgilinin Rızası

Bu suç açısından ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı tartışmalıdır. Rızanın hukuka uygun olmasının ilk ko-

50 Gülşen, s. 84.

şulu, kişinin rızasının kamu düzenine aykırı olmamasıdır.[51] Genel olarak kabul edilen, kişilerin özgürlüklerinin sınırlı ve geçici olarak sınırlanması konusunda rıza gösterebilecekleri ancak sosyal görevlerini önemli derecede azaltacak biçimde özgürlükten vazgeçmenin söz konusu olamayacağıdır.[52] Kişi birkaç saat süreyle alıkonulmasına razı olsa da olağan hayat düzeninden tamamen koparılacak ve esaret olarak değerlendirilebilecek biçimde uzun süreli olarak alıkonulmasına yönelik rızası kamu düzenine aykırı olduğundan geçerli değildir.

Kişinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için rızanın, muhatabın hareketi gerçekleştirdiği sırada olması ve failin davranışı devam ederken geri alınmamış olması da gerekir.[53] Fiilden sonraki icazet, fiili uygun hale getirmez.[54] Bu nedenle kişinin kendi isteğiyle bir yere gittikten sonra buradan ayrılmak istemesine engel olunduğu andan itibaren hürriyeti sınırlama söz konusu olacağı gibi alıkonulmuş olan failin buna rıza gösterdiğinin belirtmesinin ya da şikâyetçi olmamasının önemi yoktur. Dini inancı gereği bir ibadethanede bir süre kapalı tutulmayı ya da ibadethaneden ayrılmamayı özgür iradesiyle kabul eden kişinin rızasının geçerli olacağı ancak bu kişinin ayrılmak istediği zaman buna izin verilmemesi halinde fiilin suç oluşturacağı bu duruma örnek olarak verilmiştir.[55]

Rızanın hukuka uygun olabilmesinin bir diğer koşulu da hak sahibinin rıza göstermeye ehil olması, hürriyetinin sınırlandığını anlayabilecek olgunlukta olmasıdır.[56] Bu nedenle akıl hastalığı, yaş küçüklüğü, isnat yeteneğinin ortadan kaldırılmış olması gibi bir nedenle fiili idrak edemeyenlerin hürriyetlerinin sınırlanmasına rıza gösterdikleri

51 Antolisei, s. 145; Toroslu, s. 89; Cihan, s. 63-64; Yenerer Çakmut, s. 592.

52 Mantovani, s. 302; Brasiello, s. 852-853; Antolisei, s. 144; Toroslu, s. 89; Gülşen, s. 69 vd.; Serap Keskin Kiziroğlu, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C.1, Beta Yay., İstanbul, 2014, s. 430 vd.

53 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 565.

54 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 423.

55 Mantovani, s. 302.

56 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Sanığın yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi ikametinde dört gün süre ile alıkoyduğu olayda; kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır.*" şeklindeki 21.3.2017 tarih ve 2014/14-468 E., 2017/181 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

söylenemez. Yargıtay da "*On beş yaşından küçük olup hukuken rızası geçerli olmayan mağdurenin kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan rızasının geçerli olmadığı, bu rızanın haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır. Ayrıca, on beş yaşından küçük olmasının yanında orta derecede zekâ geriliği nedeniyle de olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan mağdurenin rıza gösterme ehliyetinin olmadığı konusunda da tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla yaşı küçük ve orta derecede zekâ geriliği olan mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.*" şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.[57]

Türk hukuku açısından en çok tartışılan konu, çocukların bu fiil açısından rızalarının söz konusu olup olmayacağıdır. Bir görüşe göre, yaşı ne olursa olsun ayırt etme gücüne sahip kişilerin verdiği rıza geçerli olmalıdır.[58] Ancak hürriyeti sınırlama yönünden çocuğun rızasının geçerli olması için ayırtım gücüne sahip olması gerekir. Yargıtay "*Sanığın 15 yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu somut olayda, mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir*" şeklindeki kararında çocuğun ayırtım gücünün bulunmasının yanı sıra 15 yaşını tamamlanmış olmasını birlikte aramıştır.[59] Gerçekten de küçüğün vazgeçtiği ve müdahale edilmesine razı olduğu hukuki menfaatinin

57 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10. 3. 2020 tarih ve 2017/14-248 E., 2020/160 K., sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı. Yargıtay psikiyatrik tedavi gören mağdurun sanıkla bir eve gittiği olaya ilişkin olarak da "*... Orta derecede mental retarde olup kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdurenin sanıkla birlikte balık pazarına gitme ve burada bulunan bir evde kalmaya ilişkin gösterdiği rıza hukuken geçerli olmadığından...*" şeklinde karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7. 11. 2019 tarih ve 2019/14-481E., 2019/652 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

58 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 563-564; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 424.

59 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17. 2. 2015 tarih ve 2014/14-307 E., 2015/8 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı. Yargıtay Ceza Genel Kurulu "*Sanığın komşusunun kızı olan 15 yaşından küçük katılanı cinsel amaçlı ve kendi rızası dahilinde bir süre alıkoymak eyleminde, katılanın rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla 15 yaşından küçük katılanın rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylem TCK'nun 109/1, 109/3-f, 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır*" şeklindeki 30. 6. 2015 tarih ve 2014/14-678 E., 2015/267 K. sayılı kararında da bu ölçütü aramıştır. Karar için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

ne olduğunu anlayabilmesi önemlidir.[60] Aksi halde küçüğün bu fiile yönelik rızası hukuken geçerli olmaz.

5. Hakkın Kullanılması

Bu suç açısından hakkın kullanılması ise sadece ebeveynler açısından, tedip hakkının kullanılması kapsamında çocuklarının hürriyetini sınırlamalarında söz konusu olabilir.[61] Ancak bunun için çocuğun hürriyetinin kısıtlanmasına yönelik davranışların çocuğun eğitilmesi, sağlığının korunması, güvenliğinin sağlanması gibi menfaatine yönelik olmalıdır.[62] Örneğin çok kötü hava koşullarının olduğu günlerde ya da gecenin ilerlemiş saatinde çocuğunun dışarı çıkmasını önlemek için onu odasına kilitleyen ebeveyn açısından tedip hakkını kullandığı savunulabilirse de çocuğun pek fena muamale görmesi niteliğindeki davranışları oluşturacak biçimde evin bodrumunda tutulması, soğukta zincirlenerek bağlanması ya da izin almadan evden ayrıldığı için cezalandırmak için kış günü eve alınmayarak dışarıda bırakılması şeklindeki davranışlar tedip hakkı kapsamında değerlendirilemez. Çocuğa karşı bu tür fena muamelelerde bulunulması durumunda hürriyeti sınırlamanın nitelikli halinin yanı sıra TCK m. 232'deki kötü muamele suçu da söz konusu olacaktır. Bu durumda fikri içtima hükümleri uygulanarak (TCK m. 44) fail cezası daha ağır olan suçtan sorumlu olacaktır.[63]

Tedip hakkının kullanılması hukuki anlamıyla "çocuklar" açısından söz konusu olabileceğinden, ana babalarıyla birlikte ya da ayrı yaşamakta olan 18 yaşından büyük çocukların hürriyetinin sınırlanması halinde, suçun altsoya karşı işlendiği kabul edilmelidir.

V. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suç ancak kasten işlenebilen suçlardandır. Failin bir başkasının özgürlüğünü sınırlamak bilinç ve iradesiyle hareket etmesi

60 Söz konusu Yargıtay kararının yasal dayanağı olmadığı, çocukların cinsel istismarı suçu açısından 15 yaşını tamamlamamış çocukların rızasının geçersiz sayılmasına ilişkin kuralın hürriyeti sınırlama suçuna uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz. Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 83-84.

61 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 424; Demirel, s. 520.

62 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 82.

63 Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 425.

gerekir.[64] Suçun oluşması için genel kastın varlığı yeterlidir, failin özel kasıtla hareket etmesi gerekmez.[65] Failin saiki de suçun oluşması açısından önemli değildir. Fail herhangi bir amaçla mağdurun hürriyetini sınırlamış olabilir. Ancak suçun cinsel saikle işlenmesi, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kanunun gerekçesinde de "*Bu suç açısından genel kast yeterli olup failin suç işlemekteki saiki suçun varlığı açısından önemli değildir. Failin, ortada herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmadan mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik davranışları suçun oluşması açısından yeterlidir.*" denilerek suçun varlığı için genel kastın yeterli olduğu gösterilmiştir. Ceza Genel Kurulu da "*Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun manevi unsuru, failin, mağduru kişisel özgürlüğünden yoksun bırakmaya yönelik hareketleri gerçekleştirmeyi istemesi ve bilmesi, yani genel kasttır. Kanunun metninden de anlaşılacağı üzere, suçun temel şeklinin oluşumu için saik (özel kast) aranmamıştır. Bu görüş öğretide … ve yargısal kararlarda da … benimsenmiştir.*" şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.[66]

Yargıtay, 1956 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda müşterek evi terk eden karısını, rızası olmaksızın evine getiren kocanın fiiliyle ilgili olarak verdiği kararında hürriyeti tahdit suçunun özel kasıtla işlenebileceği yönünde karar vermiştir. Söz konusu olayda, o yıllarda yürürlükte olan Medeni Kanun'un kocaya verdiği aile birliğini temsil etme yetkisine dayanan fail, müşterek konutu terk eden eşini rızası olmaksızın eve getirmiştir. O dönem yürürlükte olan yasalar açısından bakıldığında koca açısından söz konusu olan bu hukuka uygunluk nedeni, Yargıtay tarafından failin kasıtlı olmadığı değerlendirilmiş, İçtihadı Birleştirme Kararı'nda "*… hürriyeti tahdit hususi kastı ile hareket edilmediği için hürriyeti tahdit suçunun teşekkül edemiyeceğine…*" şeklinde karar verilmiştir.[67] Bu kararın etkisiyle o yıllarda kimi ceza hukukçuları hürriyeti sınırlama suçunun özel kasıtla işlenebileceği fikrini savunmuşsa da bu fikir isabetli değildir. 5237

64 Toroslu, s. 88; Mantovani, s. 303.
65 Antolisei, s. 144; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 79.
66 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 24. 9. 2020 tarihli 2018/14-595 E., 2020/378 K. ve 7. 7. 2020 tarihli 2020/14-65 E., 2020/345 K. sayılı kararları için bkz. Kazancı İçtihat Programı.
67 Kararın metni için bkz. Muhtar Çağlayan, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2., 3. B., Seçkin Yay., (Tarihsiz), Ankara, s. 400-401

sayılı TCK'daki açık düzenleme karşısında bu içtihadı birleştirme kararının geçerliği yoktur.

Hürriyeti sınırlama kesintisiz suç niteliğinde olduğundan, kişinin hareketlerinin hukuka aykırı olarak engellendiği süre boyunca failin kasıtlı olması gerekir. Kişinin hürriyetinin sınırlanarak suçun tamamlandığı andan, failin yeniden özgülüğüne kavuşarak suçun sona erdiği ana kadar olan bütün aşamalarda fail kasıtlı olmalıdır. Kişinin hareketinin engellenmesi failin denetiminden çıktığında, kesintisizlik sona erecektir.[68] Örneğin, fail mağduru alıkoyduğu yerden serbest bırakmaya karar vermiş, ancak mağdur başka kişiler tarafından kaçırılmışsa fail açısından kesintisizlik sona ermiş olur.

Bir görüşe göre, suç tipinde özel olarak hukuka aykırılığın belirtilmiş olması "hukuka özel aykırılık olup" failin hukuka aykırılık bilinci ile hareket etmesi gerektiğine işaret etmektedir.[69] Ortada herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmadığını bilen failin, kişi hürriyetini sınırlaması halinde suç söz konusu olacaktır.

Hürriyeti sınırlamanın olası kasıtla da işlenebileceğini savunan görüşler bulunsa da bu suç ancak doğrudan kasıtla işlenebilir.[70] Çünkü netice kastı belirlediğine göre, neticesiz olan bu suçun olası kasıtla işlenmesi söz konusu olamaz.[71] Yargıtay Ceza Genel Kurulu da suçun olası kasıtla işlenip işlenemeyeceğine dair görüşleri tartıştığı bir başka kararında "*Yüksek Yargıtay'ımız içtihatlarıyla atılı suçta özel kast arayanların fikrine katılmadığı gibi, genel kastın ise yoğunlaşmış, tasarlanmış, bilinçli olarak bu suça yönelmesini aramaktadır.*" şeklinde karar vermiştir.[72]

Fail yaptığı davranışın kişinin hürriyetinin sınırlanmasına yol açma olasılığını öngörmesine karşın bundan vazgeçmeyerek davranışına devam etmişse doğrudan kasıtla hareket ettiği kabul edilmelidir. Örneğin konuta giren hırsız, evsahibinin tekerlekli sandalyesini ya da protez bacağını çalmış, ancak bunu yaparken mağdurun

68 Hafızoğlulları/ Özen, s. 183; Önder, s. 26.
69 Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 423; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 79.
70 Mantovani, s. 303. Bu suçun olası kasıtla da işlenebileceğini savunan görüşler için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 562.
71 Hafızoğulları/ Özen, s. 184.
72 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.06.2010 tarihli, 2010/8-110 E., 2010/161 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

hürriyetini sınırlama kastıyla hareket etmemişse sadece hırsızlık suçundan sorumlu olmalı, hürriyeti sınırlama suçundan dolayı sorumlu olmamalıdır. Eğer fail bu eşyayı çalarak hem hırsızlık hem de hürriyeti sınırlama suçunu işlemek istemişse, fikri içtima hükümleri uygulanarak cezası en ağır suçtan dolayı sorumlu olmalıdır.

Öte yandan hürriyeti sınırlamanın kişiyi zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak, esarete tabi kılmak ya da organ verilmesini sağlamak amacıyla işlenmesi halinde insan ticareti suçu (TCK m. 80) söz konusu olacaktır.[73] Bileşik suçun söz konusu olduğu bu durumda hürriyeti sınırlama suçundan dolayı ayrıca ceza verilemeyecektir.

VI. KUSURLULUĞA ETKİ EDEN NEDENLER

Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suç olduğundan, failin bilerek ve isteyerek kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak amacıyla hareket etmiş olması gerekir. Bu suç açısından sınırlı biçimde, hata hükümleri söz konusu olabilir. Ancak hatanın cezayı kaldırabilmesi için esaslı olması zorunludur. Örneğin odada biri olmasına rağmen failin içeride kimse olmadığını düşünerek kapıyı kilitlemesi, kapıyı açmak için gerekli hareketi yaptığını zannederek kilitli bırakması hallerinde kastı kaldıran hata söz konusudur ve fiilin taksirle işlenmesi mümkün olmadığından, fail sorumlu olmayacaktır.[74]

Fail, gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hataya düştüğünde (TCK m. 30/3) de fiilde hata söz konusu olacaktır.[75] Örneğin, hakkında verilmiş bir yakalama ya da gözaltına alma kararı olduğunu zannettiği kişiyi nezarethanede tutan polis memuru açısından böyle bir hata söz konusudur.[76] Yargıtay da soruşturmanın yürütülmesi amacıyla gönderilen müzekkerenin, kolluk tarafından yanlış yorumlanması üzerine mağdurun karakolda tutulduğu olayda, hataya düşen sanığın hürriyeti sınırlamadan sorumlu olmayacağı şeklinde karar vermiştir.[77]

73 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 562.
74 Bkz. Özen, s. 444.
75 Önder, s. 31.
76 Smith/ Hogan, s. 437.
77 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.3.2017 tarih ve 2015/14-1253 E., 2017/184 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

Haksızlık yanılgısı ya da kuralda hata olarak nitelenen bir hata sonucunda kişinin hürriyetinin sınırlanması ise çok sınırlı biçimde söz konusu olabilir.[78] Örneğin Kabahatler Kanunu kapsamında işlenen fiiller bakımından da CMK m. 90'dakine benzer bir yakalama yetkisi olduğunu düşünen failin, kabahat niteliğinde bir fiil işlediği gerekçesiyle yakaladığı kişiyi karakola götürmesi halinde failin hatası, hukuk kuralını bilmemekten kaynaklanan hata (TCK m.30/4) niteliğindedir.[79]

Kişide hata esaslı olmadığından mağdurun kim olduğu konusundaki hata, ceza sorumluluğunu kaldırmaz. Örneğin A zannederek karanlıkta B'yi kaçıran fail hata hükümlerinden yararlanamaz. Ancak kaçırdığı kişinin çocuk, bedensel ya da zihinsel engelli olduğunu bilmeyen kişi, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düştüğü için (TCK m. 30/2) nitelikli hal uygulanmaz.

Mağdurun hürriyetinin sınırlanması, cebredilen ya da tehdit edilen üçüncü bir kişi eliyle de söz konusu olabilir.[80] Bu durumlarda olaya dolaylı faillik hükümleri uygulanacaktır. Mağdurun hürriyetini sınırlaması için cebredilmiş kişi sorumlu olmayacak, ancak cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi dolaylı fail sıfatıyla suçtan sorumlu olacaktır (TCK m. 28).

Tahrik edici haksız bir fiile tepki olarak mağdurun hürriyeti sınırlandığında, haksız tahrik (TCK m. 29) hükümleri uygulanabilir. Yargıtay da "*Sanığın hesabından para çekilmesi eylemine şikâyetçinin katıldığı noktasındaki düşüncesinin varsayımdan öte, makul ve maddi olgulara dayanması nedeniyle sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu haksız tahrik altında işlediği kabul edilmelidir. Öte yandan şikâyetçinin, sanığın hesabından sahte kimlikle para çekmesi eyleminin diğer sanıklara yönelik tahrike konu bir fiil olmaması karşısında sanıklar hakkında TCK'nın 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik hükmünün uygulanma koşullarının bulunmadığı kabul edilmelidir.*" şeklindeki kararında, bu suç açısından haksız tahrikin söz konusu olabileceğini ortaya koymuştur.[81]

78 Bkz. Cihan, s. 60.

79 Neslihan Göktürk, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, Aralık 2014, s. 29.

80 Özen, s. 444.

81 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2.6.2020 tarih ve 2016/14-240 E., 2020/250 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

VII. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

1. Suça Teşebbüs

Kişinin yer değiştirme özgürlüğünün sınırlandığı an, hürriyeti sınırlama suçu tamamlanmış olur. Bu nedenle, hürriyeti sınırlama suçu sırf davranış suçu, bir başka ifadeyle neticesi harekete bitişik suçtur.[82] Hürriyeti sınırlamanın icra hareketlerinin parçalara bölünmesi olanaklı olduğundan, suça teşebbüs edilmesi mümkündür.[83] Fail suçun icra hareketlerine başlayıp da elinde olmayan nedenlerle icra hareketlerini tamamlayıp mağdurun hürriyetini sınırlayamamışsa, teşebbüs hükümlerine göre sorumlu olacaktır.[84] Örneğin fail, kendisiyle gelmesini sağlamak için zorla otomobiline bindirmek istediği mağduru kollarından tutup sürüklerken polisin geldiğini görerek kaçtığında suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Yargıtay da yaşı küçük mağdureyi motosikletinin selesine bindirip götürmek isterken, tanığın kendisini görmesi üzerine mağdureyi bırakıp kaçan failin, hürriyeti sınırlamaya teşebbüsten sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir.[85]

Bu suç kesintisiz suç olduğundan, özgürlükten yoksun bırakılmanın önemsiz bir süre devam etmesi halinde de teşebbüsün söz konusu olduğu kabul edilmelidir.[86] Mağdurun yer değiştirememesi için oluşturulan koşullar oldukça basit olduğu için mağdur konulan engellerden kolayca kurtulmuşsa, örneğin mağdurun dışarı çıkmaması için elleri ve ayakları çok ince bir iple bağlandığı için mağdur çok kısa bir sürede ve basit bir çabayla serbest kalmışsa, suçun teşebbüs derecesinde kaldığını kabul etmek gerekir.

Fail hürriyeti sınırlamanın icra hareketlerine başlayıp da gönüllü olarak icra hareketlerine son vermişse TCK m. 36'daki gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda, o aşamaya kadar yapılan hareketlerin suç oluşturması halinde fail sadece ilgili suçtan

82 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 77
83 Mantovani, s 303; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 569. Kesintisiz suç olduğu için bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını savunan görüş için bkz. Hafızoğulları/ Özen, s. 184.
84 Brasiello, s. 854.
85 Yargıtay 14. CD'nin 6. 11. 2017 tarih ve 2014/10836 E., 2017/5348 K. sayılı kararı için bkz. "karararama.yargitay.gov.tr".
86 Toroslu, s. 88; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 569.

dolayı sorumlu olacaktır. Örneğin fail silah göstererek korkuttuğu mağduru zorla arabasına bindirip götürmek isterken mağdurun yalvarması üzerine icra hareketlerine son verip onu hemen serbest bırakmışsa gönüllü vazgeçme hükümleri söz konusu olduğundan fail sadece tehdit suçundan sorumludur.

2. Suça İştirak

Suç, iştirak hükümleri açısından herhangi bir özellik göstermez. Ancak suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Ancak bunun için müşterek faillerden her biri hürriyeti sınırlama kastıyla hareket etmelidir. Hürriyeti sınırlama ani kasıtla işlenebileceğinden iştirakçilerin önceden karar vermiş, işbölümü ve plan yapmış olmaları gerekmez.

Hürriyeti sınırlama suçu, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle de işlenebilir. Örneğin banka soygunu sırasında öldürülmekle tehdit edilen kişinin bankadaki müşteri ve güvenlikçiyi bağlaması sağlandığında arka plandaki dolaylı fail, işlenen suçtan sorumlu olacaktır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu, mağdurun kendi isteği ile bulunduğu yeri değiştirme olanağının ortadan kaldırılmasıyla tamamlanmış, mağdurun yer değiştirme özgürlüğünü kazanmasıyla da sona ermiş olur.[87] Suçun söz konusu olabilmesi için hürriyetin sınırlanmasının belli bir süre devam etmesi gerektiğinden, bu suç kesintisiz bir suçtur. Bu nedenle suçun sona erme anına kadar azmettirme hariç iştirakin tüm biçimleri söz konusu olabilir.[88]

3. İçtima Halleri

Hürriyeti sınırlama, insanlığa karşı suçların ve insan ticareti suçunun unsuru olarak düzenlenmiştir. "İnsanlığa karşı suçlar" başlıklı

87 Smith/ Hogan, s. 443.

88 Bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 569. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*.. Maktulün sanıklar tarafından rızasına aykırı olarak bir yerde tutulacağını bilmelerine rağmen, sanığın yüklenen suçun işlendiği yerin temin edilmesinde aracılık etmek, diğer sanığın ise suçun işlendiği yerin kullanımına izin vermek suretiyle, suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmış olmaları nedeniyle anılan kanunun 39/2-c maddesi kapsamında sorumlu olmaları gerektiği gözetilmeden…*" şeklindeki 14.10.2014 tarih ve 2013/1-118 E., 2014/415 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

TCK m. 77/1 "*Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırkı veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur:"* şeklindedir. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak, bu suçu oluşturan davranışlar arasında (m. 77/1, d) sayılmıştır. Bu düzenlemenin yanı sıra "İnsan ticareti" başlıklı TCK m. 80/1'e göre, *"Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçıran, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimse …. cezalandırılır.*" Görüldüğü üzere hürriyetin sınırlanması, her iki suçun da unsuru niteliğindedir. "Bileşik suç" kenar başlıklı TCK m. 42'ye göre "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*" Kişi hürriyetini sınırlama, insanlığa karşı suçların yanı sıra insan ticareti suçunun da unsurunu oluşturduğundan, bileşik suç söz konusudur. Bu suçlardan sorumlu olan fail ayrıca hürriyeti sınırlama suçundan dolayı sorumlu olmayacaktır.[89]

Hürriyeti sınırlama suçunun aynı kişiye karşı zincirleme şekilde işlenmesi de söz konusu olabilir.[90] "Zincirleme suç" başlıklı TCK m. 43/1'e göre, *"Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır.*" Hürriyeti sınırlanan mağdurun serbest kalarak hürriyetine kavuşmasından sonra fail tarafından hürriyetinin yeniden sınırlanması, örneğin pazartesi günü kaçırmak istediği kişiyi zorla arabaya bindirmek isterken polislerin geldiğini görerek bırakıp kaçan failin birkaç gün sonra mağdurun evine giderek zorla alıkoyması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay da "*Aynı mağdurun, değişik zamanlarda, aynı suç işleme kararıyla hürriyetinden yoksun bırakılması halinde 5237*

89 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 562.
90 Yenerer Çakmut, s. 599.

sayılı TCY'nın 43. maddesinin 1. fıkrası … uygulama olanağı bulunacaktır." şeklindeki kararıyla buna işaret etmiştir.[91] Hürriyeti sınırlandıktan hemen sonra kaçıp kurtulmak isteyen mağdurun çok kısa bir süre sonra fail tarafından tekrar yakalanması aynı fiilin parçası niteliğinde olduğundan yeni bir suç söz konusu değildir ve ortada tek suç vardır. Örneğin büyük bir depoda alıkonulan mağdur buradan kaçtıktan kısa bir süre sonra bahçede yakalanarak tekrar depoya kilitlenmişse ortada tek suç vardır ve zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Ancak faile karşı işlenen hürriyeti sınırlama suçları arasında oldukça uzun zaman aralığı varsa zincirleme suç hükümleri uygulanmayarak faili her bir suçtan dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Failin birden fazla kişinin hürriyetini tek fiille sınırladığı durumlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanarak fail hakkında 1. fıkrada belirtilen oranda ceza tayin edilecektir.[92] TCK m. 43/2'ye göre, "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da birinci fıkra hükmü uygulanır.*" Örneğin fail bir grup sporcuyu soyunma odasına kilitlediğinde, lokantada yemek yiyen müşterileri tehdit ederek dışarı çıkardığında, bir ailenin bütün bireylerini bir odaya kilitlediğinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır. Yargıtay da "*… Sanıkların eylemlerini gerçekleştirme şekilleri göz önünde bulundurulduğunda da baştan beri katılanın nakış makinelerini ele geçirmek isteyen sanıkların, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında hukuki anlamda tek bir fiile katılan, mağdur ve şikâyetçiyi hürriyetlerinden yoksun kıldıkları ve sanıklar hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 43. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen aynı nev'iden fikri içtima hükümleri uyarınca uygulama yapılması gerektiği kabul edilmelidir.*" şeklinde karar vermiştir.[93]

4. Gerçek İçtima Halleri

Hürriyeti sınırlama suçunun araç suç olduğu hallerde gerçek içtimaya gidilerek fail hakkında hem amaç suçtan hem de hürriyeti sınırlama suçundan dolayı ceza vermek gerekmektedir. Bu tür suçla-

91 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.6.2010 tarihli 2010/8-110 E., 2010/161 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

92 Yenerer Çakmut, s. 599.

93 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23. 6. 2020 tarih ve 2019/6-561 E., 2020/315 K., kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

rın başında cinsel suçlar ve yağma suçu gelmektedir. Kanunda gerçek içtimaya gidilecek dört suç türü de açıkça gösterilmiştir.

TCK m. 109/5'te suçun cinsel amaçla işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Nitelikli halin uygulanması için failin cinsel amaçla hareket etmesi yeterli olup failin cinsel suçlardan birini oluşturacak başkaca fiiller işlemesi zorunlu değildir. Ancak hürriyeti sınırlanmış olan mağdura karşı cinsel suçun işlenmesi veya buna teşebbüs edilmesi halinde fail ayrıca bu suçlardan sorumlu olacak ve gerçek içtimaya gidilecektir.[94]

Yağma suçunun işlenmesi amacıyla kişi hürriyetin sınırlanması halinde de her yağma hem de hürriyeti sınırlamadan dolayı ceza verilecektir. Ancak kişilerin yağmalanması amacıyla bu suçun işlenmesi, yağma suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmelidir. Böyle bir düzenlemeye gidilmesi halinde, yol kesmek suretiyle yağma ile hürriyeti sınırlamak suretiyle yağma arasındaki karmaşa da ortadan kalkacaktır.

Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması, kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali, iftira ve yalan tanıklık suçlarından sorumlu olan failin bu suçlar nedeniyle kişilerin hürriyetini sınırladığı düşünülerek ayrıca bu suçlardan da sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir. "Ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması" suçunun düzenlendiği m. 223/4'te *"Bu suçların işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur.";* "Kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali" suçunun düzenlendiği m. 224/2'de "*Bu suçun işlenmesi sırasında kişilerin hürriyetinin tahdit edilmesi dolayısıyla ayrıca cezaya hükmolunur.*"; "İftira" suçunun düzenlendiği m. 267/4'te "*Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.*"; "Yalan tanıklık" suçunun düzenlendiği m. 272/5'te "*Aleyhine tanıklıkta bulunulan kişinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde; yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat*

94 Keskin Kiziroğlu, s. 443; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 570-571.

kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olması koşuluyla; yalan tanıklık yapan kişi, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur." denilmek suretiyle failin bu suçların yanı sıra dolaylı fail olarak hürriyeti sınırlama suçundan da sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Failin söz konusu suçları işlemek suretiyle bu suçların mağdurlarının hürriyetini hukuka aykırı olarak da sınırladığı açıktır. Bu durumda suçun hileli davranışlarla işlendiği kabul edilerek (m. 109/2) nitelikli hal uygulanmalıdır.

VIII. SUÇUN AĞIRLATICI NEDENLERİ

1. Suçun Cebir, Tehdit veya Hile Kullanılarak İşlenmesi

TCK m. 109/2'ye göre, "*Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" Cebir, fiziksel zorlama olup TCK m. 108'e göre, tehdit ise geleceğe ilişkin bir kötülüğün yapılacağının bildirilmesi olup TCK m. 106'ya göre belirlenecektir.[95] Tehdit suçunda mağdurun gelecekteki bir kötülükle korkutularak psikolojik baskı altına alınması söz konusudur. Cebir suçunda ise mağdurun belirli bir biçimde davranmasını sağlamak için fiziksel olarak zorlanması söz konusudur. Her iki suça başvurularak kişinin yer değiştirmesine yönelik iradesinin ortadan kaldırılarak mağdurun hareket edip etmemek yönündeki özgürlüğü ihlal edilmektedir.

Mağdurun bir yere gitmesi veya bir yerde kalmasını sağlamak amacıyla cebir, tehdit ya da hile kullanılması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Fiilin cebir veya tehditle işlenmesi, bileşik suç olarak düzenlenmiş olduğundan bu suçlardan dolayı ayrıca ceza verilmeyecektir.[96] Ancak kullanılan cebrin ağırlaşmış yaralamaya neden olması halinde (TCK m.109/6) gerçek içtimaya gidilecektir. Cebir ya da tehdit doğrudan mağdura yöneltilebileceği gibi, mağdurun yakınlarına da yönelik olabilir. Bu durumda mağdura yönelik hürriyeti sınırlama suçunun yanı sıra tehdit edilen ya da cebredilen kişi açısından işlenen suç da söz konusu olacaktır.

95 Bkz. Yenerer Çakmut, s. 593.
96 Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 310-311.

Bu fıkradaki ağırlatıcı nedenin gerçekleşmesi için cebir, tehdit ya da hileye başvurularak mağdurun özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusu olabileceği gibi, bir şekilde özgürlüğünden yoksun kalmış durumdaki kişinin kurtulmaması için bu davranışların yöneltilmesi de söz konusu olabilir.[97] Örneğin bir odada kilitli kalan kişinin dışarı çıkmak için çabaladığını gören failin bu kişiyi cebir kullanarak engellemesi halinde nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır.

Suçun hileli davranışlarla işlenmesi halinde mağdurun aldatılarak özgürlüğünden alıkonulması söz konusudur. Hileli davranışlar sonucunda kendisinde yanlış bir kanaat uyandırılan mağdur, özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olan koşullara razı olmaktadır.[98] Örneğin failin kendisini polis memuru gibi gösterip düzenlediği sahte yakalama belgesiyle mağdurun özgürlüğünü kısıtlaması, kişi hakkında hazırladığı sahte belgelerle yakalanmasını, tutuklanmasını, hastaneye yatırılmasını sağlaması hallerinde suç, hileli davranışlarla işlenmiş olacaktır.[99] Bu gibi durumlarda fail ayrıca belgede sahtecilik suçundan dolayı da sorumlu olacaktır.[100] Suçun hileli davranışlarla işlendiği bu gibi olaylarda hürriyetin sınırlanması dolaylı biçimde sağlanmış olacaktır.[101] Hilenin söz konusu olması için aldatıcı davranışın belli bir yoğunlukta olması gerekir.[102] Hileli davranışların yeterli yoğunlukta olup olmadığı somut olayda mağdurun sübjektif durumuna göre belirlenmelidir. Bir çocuk ya da eğitimsiz kişi için aldatıcı olan davranışlar, bir başkası için aldatıcı nitelikte olmayabilir.

Mağdura iftira atılması (TCK m. 267) ya da mağdur hakkında yalan tanıklık yapılması (TCK m. 272) sonucunda yetkili kişilerin hataya düşürülmesi sonucu kişi hürriyeti sınırlanmış olacağından,

---

97 Toroslu, s. 90.

98 Bkz. Mantovani, s. 299; Koca/ Üzülmez, s. 410. Yargıtay, taksisine müşteri gibi binerek gittikleri yerde mağduru döven sanıkların hileyle hürriyeti sınırlama suçundan da sorumlu olduğuna işaret ederek "*Olayın başından sonuna kadar diğer sanıklarla birlikte hareket ettiği anlaşılan sanığın taksi şoförlüğü yapan katılanın aracına müşteri gibi binip bu hile ile katılanı diğer sanığın bulunduğu yere götürdükleri, sanığın araca binmesinden sonra da tüm sanıkların katılanı dedikodu yaptığı gerekçesiyle darp etmeye başladıkları...*" şeklinde karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.1.2019 tarih ve 2016/14-780 E., 2019/35 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

99 Smith/ Hogan, s. 436-437; Toroslu, s. 91.

100 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 87.

101 Bkz. Antolisei, s. 143; Cihan, s, 56.

102 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 556.

bu suçlardan mahkûm olan failin, dolaylı faillik hükümlerine göre hürriyeti sınılama suçundan da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hallerde failin hileli davranışlarla kişiyi hürriyetinden yoksun bıraktığı kabul edilerek olaya nitelikli hal uygulanmalıdır.

2. Suçun Silahla İşlenmesi

TCK m. 109/3, a bendine göre, "*Bu suçun silahla … işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır.*" Silahın ağırlatıcı neden olarak kabul edilmesinin temel gerekçesi mağduru korkutma, faile cesaret verme özelliğidir. Silah, TCK m. 6'da tanımlanmıştır.[103] Ateşli silah ve bıçakların yanı sıra sopa, taş, şişe, kesici alet, gaz spreyi gibi mağdurun fiziksel olarak zarar görmesine neden olacak, mağduru korkutabilecek herhangi bir araç kullanılması halinde silahın varlığı kabul edilecektir. Mağdurun hürriyetinin sınırlanması amacıyla bir hayvanın kullanılması, örneğin dışarı çıkmasını sağlamak için evine vahşi hayvan sokulması ya da dışarı çıkmasını önlemek için mağdurun evinin önüne fail tarafından yırtıcı bir hayvanın bağlanması durumunda nitelikli hal uygulanmalıdır.

Tehdit suçunda olduğu gibi hürriyeti sınırlama suçu yönünden de failin silahlı olması, silahın görülmesi yeterli olmayıp, fiilin silah kullanılarak işlenmesi, silahın korkutuculuğunun hürriyeti sınırlama açısından araç haline getirilmiş olması gerekir.[104] Tabanca, tüfek benzeri ateşli silahlar kullanılması halinde bunların mutlaka ateşlenmiş olması gerekmediği gibi mağdura doğrultulmuş olması da gerekmez. Önemli olan, silahın mağduru korkutmaya elverişli biçimde kullanılmasıdır. Bu nedenle, failin elindeki tabancanın boş ya da oyuncak olduğunu bilmeyen mağdur bundan korkarak failin istediği yere gitmişse suçun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır. Suçun iştirak halinde işlenmesi halinde, iştirakçilerden tümünün silahlı olması gerekmez. İştirakçilerden birinin silahlı olması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir.

---

103 "*Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar, 2. Patlayıcı maddeler, 3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, 4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, 5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler… anlaşılır.*"

104 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 557.

3. Suçun Birden Fazla Kişi Tarafından Birlikte İşlenmesi

TCK m. 109/3, b bendine göre, "*Bu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır.*" Hürriyeti sınırlama suçu çok failli bir suç olmadığı gibi iştirak halinde işlenmesi de zorunlu değildir. Ancak suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, mağdur üzerinde daha ciddi bir baskı kurulması ve fiilin işlenmesinde kolaylık sağlayarak mağdurun direnme imkânının zorlaştıracağı için nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Kanunda "*Fiilin birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmiş olması*" koşulu arandığından, fiilin iştirak halinde işlenmiş olması ağırlatıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir. Fiilin en az iki kişi tarafından birlikte, müşterek faillik (TCK m. 37/1) şeklinde işlenmiş olması zorunludur. Kanunun gerekçesinde de "*Yani suçun işlenişi açısından müşterek faillik durumunun varlığı hâlinde, bu nitelikli unsur oluşur. Ancak, suçun icra hareketlerinin bir kişi tarafından gerçekleştirilmesine karşılık, diğer suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olması hâlinde, bu fıkraya göre ceza artırılamaz*" denilerek bu husus vurgulanmıştır.[105]

Bu nitelikli halin uygulanması için birden fazla kişinin, suçun tamamlanma anında birlikte hareket etmeleri gerekir. Kişinin hürriyetinin sınırlanarak suçun tamamlanmasından sonra başka birinin faile yardım etmesi halinde bu kişi suça iştirakten sorumlu olsa da nitelikli hal uygulanmamalıdır. Örneğin failin kaçırarak bir depoda alıkoyduğu mağdurun kaçmasını önlemek için depo önünde nöbet bekleyen kişi müşterek fail olarak sorumlu olmadığından bu nitelikli hal uygulanmamalıdır.

4. Suçun Kişinin Yerine Getirdiği Kamu Görevi Nedeniyle İşlenmesi

TCK m. 109/3, c bendine göre, *"Bu suçun kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır."*

105 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna inceleme dışı sanık ile birlikte TCK'nun 37/1. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığının anlaşılması karşısında sanık hakkında TCK'nun 109/3-b maddesinin uygulanmaması isabetsizdir.*" şeklindeki 2. 5. 2017 tarih ve 2015/14-137 E., 2017/254 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

Bu durumun nitelikli hal olarak düzenlenmesinin nedeni, kamu görevlisinin görevini yaparken herhangi bir endişe duymasını engellemektir. Bu nitelikli halin uygulanması için mağdurun kamu görevlisi olması yeterli olmayıp fiilin, mağdurun yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmiş olması şarttır.[106] Mağdurun sürekli ya da geçici bir görev kapsamında kamu görevlisi sıfatını taşıması söz konusu olabilir. Fiilin işlendiği sırada mağdurun kamu görevlisi sıfatını taşımaya devam etmesi zorunlu değildir. Mağdur istifa, emeklilik, açığa alınma gibi bir nedenle görevde olmasa da geçmişte görevinin gereklerine uygun davranmış olduğu için hürriyeti sınırlandığında, bu nitelikli hal uygulanmalıdır.[107] Kamu görevlisinin görev yaptığı sırada ama görevi dışında kişisel bir nedenle hürriyeti sınırlandığında suçun basit hali söz konusu olacaktır.[108] Katıldığı haciz işlemleri nedeniyle icra memurunun birkaç ay sonra borçlu tarafından alıkonulması halinde nitelikli hal uygulanacak ama bu kamu görevlisi haciz işlemleri sırasında daha önce tartıştığı bir kişi tarafından alıkonulduğunda nitelikli hal uygulanmayacaktır.

Bir görüşe göre kamu görevlisinin yapmış olduğu görev nedeniyle bir yakınının hürriyetinin sınırlanması durumda da bu nitelikli hal uygulanmalıdır.[109] Kanunun gerekçesinde de bir hâkimin verdiği karara tepki olarak çocuğunun kaçırılması halinde bu nitelikli halin uygulanacağı ifade edilmiştir.[110] Ancak bunun için kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmamış olması gerekir. Kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmasına tepki olarak bir yakınının hürriyeti sınırlandığında fail suçun basit halinden sorumlu olacak ve haksız tahrik indirimi uygulanabilecektir.[111]

---

106 Toroslu, s. 91.

107 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 420.

108 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 558.

109 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 558.

110 "*Kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu, kişinin yerine getirdiği kamu görevi dolayısıyla işlenmiş olabilir. Suçun bu seçimlik nitelikli unsuru için, failin saiki önem taşımaktadır. Suçun işlendiği sırada kişi kamu görevlisi sıfatını taşımayabilir, örneğin emekliye ayrılmış olabilir. Keza, suç, kamu görevlisinin yakınına karşı da işlenebilir. Bir hâkimin verdiği karara tepki olarak oğlunun kaçırılması bu hâle örnek olarak gösterilebilir.*" bkz. Adalet Bakanlığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sayfası "http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr."

111 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 558.

5. Suçun Kamu Görevinin Sağladığı Nüfuz Kötüye Kullanılmak Suretiyle İşlenmesi

TCK m. 109/3, d bendine göre, *"Bu suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır."* Suçun kamu görevlisinin görevini kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi 765 sayılı mülga TCK'da ayrı bir suç olarak düzenlenmişken, yürürlükteki Kanun'da suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.[112] Bu nitelikli hal, görevi kötüye kullanma suçunun özel bir türüdür. Genel olarak bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma yetkisine sahip kamu görevlisi olması gerektiği akla gelmektedir.[113]

Söz konusu nitelikli halin uygulanması için failin mutlaka kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma yetkisine sahip kamu görevlisi olması gerekmez. Kanunda'da bu yönde bir sınırlama yer almamaktadır. Failin yetkileri nedeniyle mağdur üzerinde egemenlik kurabilecek durumda olması yeterlidir.[114] Bu kapsamda, hakkında yakalama ya da gözaltına alınma kararı olmayan bir kişiyi kolluk görevlilerinin keyfi olarak alıkoyması; hukuka uygun olarak yakalanıp gözaltına alınmış olan kişinin serbest bırakılmasına karar verilmiş olmasına rağmen keyfi olarak alıkonulması hallerinde olduğu gibi sınıfta gürültü yapan bir ilkokul öğrencisini dersten çıkarıp okul deposuna kilitleyen öğretmen hakkında da bu nitelikli hal uygulanabilecektir.

Bir görüşe göre, toplumsal olaylar sırasında yakalanmış olan kişilerin uzun süre herhangi bir gözaltı kararı tebliğ edilmeksizin ekip otobüslerinde bekletilmesi halinde bu suçun nitelikli hali oluşacaktır.[115] Failin gerçekte kamu görevlisi olmamasına karşın hileli davranışlarla kendisini kamu görevlisi gibi göstererek kişinin özgülüğünü sınırlaması halinde 2. fıkradaki nitelikli halin uygulanması gerekir.[116]

---

112 Suçun kamu görevlisi tarafından görevi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesinde kamu idaresinin de zarar gördüğünü kabul eden Fransız Ceza Kanunu'nda (m.224/1), kamu görevini yerine getirenler tarafından kamu idaresine karşı işlenen suçlar arasında düzenlenmiştir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 549, dipnot n. 288.

113 Toroslu, s. 91; Flick, s 541.

114 Koca/ Üzülmez, s. 413.

115 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 421.

116 Bkz. Toroslu, s. 91.

6. Suçun Üstsoya, Altsoya, Eşe Karşı İşlenmesi

TCK m. 109/3, e bendine göre, *"Bu suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır."* Bu nitelikli halin varlık nedeni, suçun aile bireylerine karşı işlenmesinin aile birliğini de bozmasıdır. Aile ilişkisinin varlığı nedeniyle kişilerin tereddüt etmeden faile yakın davranacağı, failden uzaklaşmayacağı, örneğin failin istediği yere onunla çekinmeden gideceği açıktır. Bu nitelikli halin uygulanması için fail ile mağdurun aynı konutta birlikte yaşıyor olması da gerekmez.

Üstsoy, altsoy ve eş ifadeleri, Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenmelidir. Bu nedenle evlilik birliği dışında birlikte yaşayan kişiler arasındaki hürriyeti sınırlama fiilleri açısından nitelikli hal uygulanmamalıdır. Boşanma kararı kesinleşmedikçe evlilik birliği devam ettiğinden, fiilin aralarında boşanma davası devam eden ya da haklarında ayrılık kararı verilmiş olan eşler arasında işlenmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır.

Aralarında üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunan kişiler arasında bu fiilin işlenmesi halinde de nitelikli halin uygulanması kabul edilmiştir. Evlat edinme ilişkisinin varlığı halinde de nitelikli hal uygulanacaktır.

Fiilin kardeşlere karşı işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmemiştir. Öte yandan çalışma, öğrencilik gibi nedenlerle kimi zaman yetişkin kişiler aynı konutta birlikte yaşamaktadırlar. Birlikte yaşıyor olmak, bu fiilin işlenmesini kolaylaştırabilir. Bu nitelikli halin evlilik bağı olmadan birlikte yaşayan kişilere karşı, aynı konutta birlikte yaşayan kardeşlere ve son örnekte olduğu gibi gündelik hayatta "ev arkadaşlığı" olarak ifade edilen aynı konutta birlikte yaşanan durumları da kapsayacak şekilde "*Bu suçun üstsoya, altsoya, eşe, aynı konutta birlikte yaşayan kişilere karşı işlenmesi halinde … ceza artırılır*" şeklinde düzenlenmesi daha doğru olacaktır.

7. Suçun Çocuğa, Beden veya Ruh Bakımından Kendini Savunamayacak Durumda Bulunan Kişiye Karşı İşlenmesi

TCK m. 109/3, f bendine göre, *"Bu suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan ki-*

şiye işlenmesi halinde … ceza bir kat artırılır." Beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi, fiziksel ya da psikolojik nedenlerle fiilin işlenişine karşı koyamayacak durumdaki kişidir. Bu durumların nitelikli hal sayılmasının nedeni, mağdurun kendisini savunma olanağının sınırlı olmasıdır.[117] Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olup olmadığı hususunda tereddüt edilmesi halinde bilirkişiye başvurulması gerekmektedir.

Nitelikli halin uygulanması için mağdurun ruhsal olarak kendini savunamayacak duruma bizzat fail tarafından getirilmiş olması gerekmez. Mağdurun kendini savunamayacak duruma getirilmesi için yapılan davranış yaralanma suçu kapsamında değerlendirilebilecek netice doğurmuş, örneğin mağdurun bayılması için suyuna katılan ilaç mide kanamasına yol açmışsa fail ayrıca kasten yaralamadan da (m.109/6) sorumlu olacaktır. Bu nitelikli halin uygulanması için mağdurun fiil nedeniyle psikolojik olarak yıpranmış olması koşulu aranmaz.

Çocuk, TCK m. 6'daki tanıma göre 18 yaşından küçükleri ifade eder. Buna göre çocuk, hürriyeti sınırlamanın gerçekleştiği, dolayısıyla suçun tamamlanma anında 18 yaşını doldurmamış kişidir. Hürriyeti sınırlama devam ederken mağdurun 18 yaşını doldurması nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz. Bunun yanı sıra mağdurun yaşının failin yaşından küçük olması da nitelikli halin uygulanmasına engel olmaz.[118]

Tedip hakkının kullanılması halleri hariç, hürriyeti sınırlama suçunun ana, baba ve belli derecedeki akrabalar tarafından çocuklara karşı işlenmesi söz konusu olabilir. Suçun bu nitelikli haliyle aile düzenine karşı suçlardan biri olan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu arasında önemli bir fark vardır. "Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması" suçunun düzenlendiği TCK m. 234/1'e göre *"Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dâhil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullan-*

117 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 421.
118 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 558.

maksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." Bu suç özgü bir suç olup suçun, velayet yetkisi elinden alınmış olan ana, baba ya da üçüncü derece dahil kan hısımları fail olabilir. TCK m. 234'teki suç mağdur açısından da özellik gösterir. Bu suçun mağdur, faille arasında kanunda gösterilen derecede akrabalık bağı olan ve fiilin işlendiği tarihte onaltı yaşını bitirmemiş çocuktur.[119] Bu suç açısından da çocuğun rızası geçerli değildir.[120] Görüldüğü üzere TCK m. 234'teki bu düzenleme, hürriyeti sınırlama suçuna göre özel norm niteliğindedir.[121] Kanunda bu hükme yer verilmemiş olsaydı, bu durumda fail hürriyeti sınırlama suçunun çocuğa karşı işlenmesinden (TCK m. 109/3, f) dolayı sorumlu olacaktı. Ancak m. 234'teki düzenleme özel norm olduğu için olaya uygulanmaktadır.

Öte yandan, TCK m. 234/3'te "*Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" denilerek evi terk eden çocuğu yanında tutmak, ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. Çocuğu yanında tutan kişi, örneğin çocuğun evden kaçtığını bilmesine rağmen durumu aileye ya da yetkili makamlara haber vermeden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan akrabası, bu suçtan sorumlu olacaktır. Bu suç açısından çocuğun evi terk etmesi, çocuğun aile birliğinden iradi olarak ayrılmasını ifade eder. Çocuğun hürriyetinin sınırlanması söz konusu değildir, çocuk evden kendi iradesiyle ayrılmıştır, ancak çocuğun rızası geçerli değildir. Ancak çocuğun bulunduğu bu yeri terk etmek istemesinin engellendiği andan itibaren, çocuğun hürriyetinin sınırlanması suçu söz konusu olacaktır.

8. Hürriyeti Sınırlama Suçunun Cinsel Amaçla İşlenmesi

TCK m. 109/5'e göre, "*Suçun cinsel amaçla işlenmesi halinde, … ceza … artırılır.*" Mülga TCK m. 429'da Genel Adap ve Aile Düzeni Aleyhine Suçlar arasında ayrı bir suç olan cinsel amaçla kişi hürri-

119 Bkz. Ayşe Nuhoğlu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yay., İstanbul, 2009, s.183.
120 Nuhoğlu, s. 194; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 85.
121 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 572; Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 427.

yetini sınırlama suçu, bu fıkrada suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için mağdurun cinsel amaçla, bir diğer ifadeyle şehevi arzuların tatmin edilmesi için hürriyetinin sınırlanmış olması gerekir.[122] Nitelikli halin uygulanması için failin cinsel amaçla hareket etmesi yeterli olup, cinsel suçlardan birini oluşturacak başkaca fiillerin işlemesi zorunlu değildir.[123] Ancak failin ayrıca bu amaca yönelik fiilleri de işlemesi halinde, fail bu fiillerden de sorumlu olacak ve gerçek içtimaya gidilecektir.[124]

Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçunun işlenmesi amacıyla kişi hürriyetinin sınırlanması söz konusu olabileceği gibi evlenmek amacıyla hürriyetinin sınırlanması halinde de bu nitelikli halin uygulanması gerekir.[125] Bir başka görüşe göreyse failin evlenmek amacıyla fiili işlemesi halinde nitelikli hal uygulanamaz.[126] "Cinsel amaç" ile "cinsel suçun işlenmesi amacı" ifadeleri aynı anlama gelmez. Düzenlemede geçen "cinsel amaç" ifadesinin kapsamı cinsel suçlardan daha geniştir. Evlenmek istemeyen mağdurun evlenmeye zorlanmak amacıyla kaçırılması halinde de nitelikli hal uygulanmalıdır.[127] Yargıtay da "*Sanık F'nin aynı işyerinde çalıştıkları mağdure S'ye evlenme teklif ettiği, mağdurenin bu teklifi kabul etmediği, sanığın da mağdureye 'Bak fabrikada adımız çıkıyor, seni ailenden isteyeceğim.' dediği ve iş çıkışı S'yi kaçırmaya karar veren sanıkların suçu cinsel amaçla işledikleri anlaşıldığından...*" şeklindeki kararında bu görüşü ortaya koymuştur.[128]

Öte yandan nitelikli halin uygulanması için cinsel amacın mutlaka özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye karşı yönelmiş olmasına

122 Bkz. Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 92.

123 Keskin Kiziroğlu, s. 443. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Sanığın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdiğinin anlaşılmasına rağmen, yerel mahkemece 5237 sayılı TCK'nun 109/5. maddesinin uygulanmaması suretiyle TCK'nun 109/1, 109/3-f ve 62. maddeleri uyarınca sonuç olarak 1 yıl 18 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi isabetsizdir*" şeklindeki 20.5.2014 tarihli 2013/14-774 E., 2014/266 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

124 Özbek/ Doğan/ Bacaksız/ Tepe, s. 421; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 311.

125 Bkz. Toroslu, s. 92 – 93; Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 92.

126 Hafızoğulları/ Özen, s. 186.

127 Keskin Kiziroğlu, s. 443.

128 Yargıtay 14. CD.'nin 9. 7. 2014 tarih ve 2012/13315 E., 2014/9362 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

gerek olmadığı fikri de ileri sürülmüştür.[129] Mağdurun hürriyetinin sınırlanmasını sağlamak amacıyla üçüncü bir kişiye karşı cinsel suçun işlenmesi halinde failin her iki suçtan da sorumlu olacağı açıktır.

Hürriyeti sınırlamanın cinsel amaçla işlenmesi halinde failin kastı cinsel davranışlara yönelik olduğundan, sistematik açıdan bu suçun cinsel suçlar arasında düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda hürriyeti sınırlama niteliğindeki davranışlar, amaç suç olan cinsel suç açısından araç suçtur.

IX. SUÇUN SONUCU NEDENİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALLERİ

1. Suçun Ekonomik Bakımdan Mağdurun Önemli Bir Kaybına Neden Olması

TCK m. 109/4'e göre, "*Bu suçun mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kaybına neden olması halinde, ayrıca bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.*" Fiile bağlı olarak mağdurun ekonomik bakımdan önemli bir kayıp yaşaması halinde hapis cezası artırılmamakta, ayrıca bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunmaktadır.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için fiile bağlı olarak mağdurun ekonomik kayıp yaşamış olması gerekir. Hükmün uygulanabilmesi için meydana gelen zararla mağdurun hürriyetinin sınırlanması arasında nedensellik bağı olmalı, bir diğer ifadeyle fiile bağlı olarak mağdur ekonomik yönden zarar görmüş olmalıdır.[130] Ancak söz konusu ekonomik kaybın mağdurun malvarlığı açısından önemli olması gerekir. Söz konusu ekonomik kayıp nakit para, menkul ya da gayrimenkullerin yok olması, elden çıkması şeklinde olabileceği gibi kesin bir gelir kaybı niteliğinde de olabilir. Örneğin bir iş adamı kaçırıldığı için kazanma olasılığı çok yüksek olan bir ihaleye katılamamış ise nitelikli hal uygulanabilir. Ancak muhtemel bir gelir kaybı ileri sürülemeyeceği gibi gayrimeşru bir kazancın yitirilmesi de nitelikli halin uygulanmasının dayanağı olamaz. Örneğin kaçırılan kişi büyük ikramiyenin dağıtılacağı yılbaşı biletinden satın alamadığını ileri sürdüğünde nitelikli hal uygulanmaz.

129 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 560.
130 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 560.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, mağdurun ekonomik kayıp yaşaması amacıyla alıkonulması, failin bu saikle hareket etmiş olması da zorunlu değildir. Bir görüşe göre failin bu netice yönünden en azından taksirli olması yeterlidir.[131] Fiilin dolaylı olarak mağdurun ekonomik kaybına neden olabileceğinin fail tarafında öngörülmüş olması nitelikli halin uygulanması için yeterlidir. Bu nitelikli hal, suçun sonucu nedeniyle ağırlaşmış halidir. Bu nedenle, sonucu nedeniyle ağırlaşan suçlara ilişkin koşulların (TCK m. 23) aranması ve failin bu zararlı sonucu istemiş, yani bu sonuç yönünden kasıtlı olması gerekmez.[132]

Hürriyetin sınırlanması sonucunda mağdurun ekonomik kayba uğramasından kastedilen, malvarlığında azalma ya da muhtemel bir artıştan mahrum kalmasıdır. Bu nedenle failin hürriyetinin sınırlanmasına bağlı olarak ameliyat randevusunu kaçırması, önemli bir sınavını ya da iş görüşmesini kaçırması halinde bu nitelikli hal uygulanmaz. Fiil işlenirken ya da fiilin işlenişi sırasında mağdurun ekonomik kayba uğraması da söz konusu olabilir. Örneğin mağdurun hürriyeti sınırlanırken yanındaki para çantası, üstündeki ziynet eşyası yaşanan arbede sırasında düşmüş, kaybolmuş, evinin kapısı, otomobilinin camı kırılmış, çok pahalı olan kıyafetleri ve eşyaları zarar görmüş olabilir. Bu durumlarda koşulları varsa mala zarar verme suçunun yanı sıra bu nitelikli hal de uygulanmalıdır.

2. Suçun İşlenmesi Amacıyla veya Suç İşlenirken Kasten Yaralama Suçunun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hallerinin Gerçekleşmesi

TCK m. 109/6'ya göre, "*Bu suçun işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*"[133] Fiilin işlenişi sırasında mağdura karşı uygulanan basit fiziksel güç basit yaralama boyutunda değilse, fail suçun basit halinden sorumlu olacaktır. Bu durumda basit bir cebrin, suçun un-

131 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 560.
132 Toroslu, s. 92; Yenerer Çakmut, s. 598.
133 Kanun metninde dilbilgisi yönünden hata yapılmıştır. Madde metninin "*Bu suçun işlenmesi amacıyla veya suç işlenirken …*" şeklinde olması gerekir.

suru olduğunu kabul etmek gerekir. Fiilin işlenişi sırasında mağdura karşı uygulanan fiziksel (maddi) güç basit yaralama düzeyinde (m. 86/1) ya da basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafifse (m. 86/2) fiilin cebir kullanmak suretiyle işlendiği kabul edilerek olaya TCK m. 109/2 hükmü uygulanacaktır.

"Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama" suçunun düzenlendiği TCK m. 87'de basamaklı olarak dört ayrı ağırlaşmış yaralama öngörülmüştür. Fiilin işlenmesi ya da fiilin işlenişi sırasında başvurulan fiziksel zor, TCK m. 87'deki sonuçlardan birine neden olduğunda, gerçek içtima hükümlerine gidilerek fail hürriyetin sınırlanması suçunun yanı sıra kasten yaralama suçundan da sorumlu olacaktır. Örneğin fiilin çocuğa karşı ya da cinsel amaçla işlenmesi sırasında uygulanan fiziksel güç ya da kullanılan silaha bağlı olarak mağdurun kolunun kırılmasına neden olunmuşsa, fail hürriyeti sınırlamanın nitelikli halinin yanı sıra ağırlaşmış yaralamadan da ayrıca sorumlu olacaktır.

X. HÜRRİYETİ SINIRLAMA SUÇUNDA ETKİN PİŞMANLIK

"Etkin pişmanlık" başlıklı TCK m. 110'a göre, "*Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın, onu kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakacak olursa cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.*" CMK m. 110'daki hükümle suç sonrası pişmanlığa hukuki değer verilmiştir. Bu düzenlemeyle, hürriyetinin sınırlanmasından sonra mağdurun bizzat fail tarafından serbest bırakılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Örneğin failin silahla tehdit ederek zorla arabasına bindirip ıssız bir yerdeki evine götürdüğü mağduru kendi isteğiyle güvenli bir yerde serbest bırakması halinde, hürriyeti sınırlamadan dolayı verilecek ceza bir miktar indirilecektir. Bu durumda faile verilen cezada indirim yoluna gidildiğinden, TCK m. 110'da düzenlenmiş olan etkin pişmanlık hükmünün şahsi cezasızlık nedeni olarak nitelenmesi doğru değildir.

Bu düzenlemeye göre failin cezasının hafifletilebilmesi için failin mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olması, bu suç nedeniyle henüz soruşturmaya başlanmamış olması ve

mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması gerekir. Farklı görüşler bulunmakla beraber, hükmün uygulanabilmesi için failin gerçek anlamda bir pişmanlık duyması gerekmez, önemli olan mağdura zarar verilmeden serbest bırakmış olmasıdır.[134] Fail başına gelebileceklerden, yargılanmaktan, öldürülmekten korktuğu için de mağduru serbest bırakabilir. Failin mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olması, kolluk ya da diğer kişilerin zorlaması, baskı kurması olmaksızın failin mağduru serbest bırakmasıdır. Fail üzerindeki baskı, devlet otoritesi ve kolluktan gelebileceği gibi özel kişilerden de gelebilir. Bunun için mutlaka faile doğrudan ulaşılmış ve iletişim kurulmuş olması gerekmez. Önemli olan fiilin sona ermesi amacıyla fail üzerinde fiili ya da hukuki bir baskı kurulmamış olmasıdır. Örneğin televizyon haberlerinde faillerin en kısa zamanda yakalanmasını sağlamak için silahlı özel bir ekip kurulduğunu öğrenen failin öldürülmekten korkarak mağduru serbest bırakması halinde etkin pişmanlık hükümleri uygulanacak, ancak bu özel ekip tarafından mağduru alıkoyduğu evde etrafı sarılan fail, herhangi bir silahlı çatışmaya girmeden mağduru serbest bıraktığında etkin pişmanlık hükümleri uygulanmayacaktır.

Mağdurun maddi manevi varlığına bir zarar gelmemesi için mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılmış olması gerekir. Mağdurun bir otelde, benzinlikçide, karakolda, köy ya da yatılı okul gibi bir yerde serbest bırakılması halinde etkin pişmanlık söz konusu olabilir. Ancak mağdurun yerleşim yelerinden uzak ıssız bir yerde serbest bırakılması halinde cezanın hafifletilmesi söz konusu olmaz. Güvenli bir yerden kastedilen, mağdurun herhangi bir zarar ya da tehlikeyle karşılaşmayacağı, hayatta kalma ve saldırıya uğrama tehlikesi olmayan, yaşadığı yere kolayca dönebileceği bir yerde serbest bırakılmasıdır.[135] Kanunda mağdurun güvenli bir yerde serbest bıra-

134 Bkz. Gülşen, s. 125.

135 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Olayda; sanıkların hile ve tehditle hürriyetinden yoksun kıldıkları katılanı, haklarında soruşturma başlamadan önce kendiliklerinden serbest bırakmaları, katılanın bırakıldığı Belediye Çarşısının insanların bulunduğu güvenli bir yer olması, katılanın şahsına zarar vermemeleri ve manevi veya ekonomik zararların etkin pişmanlık maddesi dahilinde zarar kapsamında bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanıklar etkin pişmanlık hükmünün uygulanma şartlarının gerçekleştiği kabul edilmelidir.*" şeklindeki 3.3.2020 tarih ve 2016/14-1039 E., 2020/147 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

kılmasından söz edilse de mağdurun hürriyetinin sınırlandığı yere, örneğin kaçırıldığı evine geri götürülmesi de söz konusu olabilir. Fail mağduru güvenli bir yerde serbest bırakmamışsa öncelikle etkin pişmanlık hükümleri uygulanmaz ve fail hakkında tam ceza verilir. Ancak mağdurun güvenli bir yerde serbest bırakılmaması nedeniyle mağdurun ölmesi, yaralanması, yağmalanması gibi sonuçlar ortaya çıkmışsa somut olaydaki şartlara ve kusurluluğuna göre fail meydana gelen sonuçtan sorumlu olmalıdır. Örneğin kış günü ıssız bir ormanda serbest bırakan mağdur sığınacağı bir yer ararken saatlerce yürüdükten sonra donarak ölmüşse fail meydana gelen bu ölümden de sorumlu olmalıdır.

Etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için mağdurun şahsına zarar verilmemiş olması gerekmektedir. Kanunda geçen "*mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın*" ifadesinin muğlak olduğu, kişinin hangi hukuki değerlerini ifade ettiği açık değildir. Bu nedenle bu ifade ceza kanunlarının açık ve kesin olması gerektiği ilkesine aykırıdır. Bir görüşe göre, mağdurun şahsı ifadesi geniş yorumlanarak mağdurun maddi ya da manevi varlığına yönelik tüm zararları içerir biçimde anlaşılmalıdır. Bir diğer görüşe göreyse bu ifade sadece mağdurun hayatına, vücut bütünlüğüne ve cinsel özgürlüğüne yönelik suçları içerecek biçimde anlaşılmalıdır.[136] Mağdurun şahsına zarar verilmesi ifadesi genel olarak fail tarafından mağdurun hayatına kastedilmesi, yaralanması, mağdura karşı cinsel suçların işlenmesi gibi suçları akla getirse de alıkonulan mağdurun özel hayatının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edilmesi, sürekli ve yoğun biçimde tehdit edilmesi, hakarete uğraması yağmalanması gibi suçlar da söz konusu olabilir. Ancak bu ifadenin hayata, vücut bütünlüğüne ve cinsel özgürlüğe saldırıda bulunulmaması şeklinde anlaşılması daha doğrudur.[137] Mağdurun malvarlığına zarar verilmiş

136 Bkz. Keskin Kiziroğlu, s. 436; Gülşen s, 128.

137 Bayraktar/ Keskin Kiziroğlu/ Yıldız/ Zafer/ vd., s. 94. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "*Sanıkların katılan mağdurları cebirle araca bindirip kum ocağına götürdükten sonra ayrıca burada da kendilerinden çalınan eşyayı bulmak için kemerle ve tekme tokat atmak suretiyle darp etmeleri, söz konusu darp eylemlerinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun doğal sonucu olmaması, sanıkların bu eylemleri ile ayrıca katılan mağdurların şahıslarına da zarar vermeleri ve mağdurun şahsına zarar verilmemesi hâlinin etkin pişmanlığa ilişkin hükmün uygulanma koşulları arasında bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanıkların katılan mağdurlara yönelik gerçekleştirdikleri eylemler yönünden haklarında etkin pişmanlık maddesinin uygulanma koşullarının bulunmadığı kabul edilmelidir"* şeklindeki 18.2.2020 tarih ve

olmasının bu kapsamda değerlendirilmeyeceği açıktır. Yargıtay da "*... TCY'nın 110. maddesinde geçen 'mağdurun şahsına zarar' kavramından, mağdurun vücut bütünlüğü ve cinsel dokunulmazlığına yönelik davranışlar kastedildiğinden, manevi ve ekonomik zararlar bu kapsamda değerlendirilemeyecektir*" şeklindeki kararında buna işaret etmiştir.[138]

Mağdur alıkonulduğu yerden kendi imkânlarıyla kaçıp kurtulmak isterken bir zarara uğramışsa fail bundan sorumlu olmamalıdır. Örneğin mağdur alıkonulduğu yerden kaçarken düşüp bacağını kırmış, bunun üzerine tedavisinin yapılması amacıyla fail tarafından götürüldüğü hastanede serbest bırakılmışsa, diğer koşulların da varlığı halinde fail etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmelidir. Ancak mağdurun kaçışını önlemek için ya da onu tekrar yakalamak için verilen zararlardan dolayı fail sorumlu olacaktır.

Kanunda "*Yukarıdaki maddede tanımlanan suçu işleyen kişi, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun şahsına zararı dokunmaksızın*" denilmiş olsa da söz konusu zarar bizzat fail tarafından verilebileceği gibi diğer iştirakçiler tarafından da verilebilir. Hürriyeti sınırlama suçunun iştirak halinde işlenmesi halinde, mağdura zarar vermemiş olan iştirakçilerden hangisi mağduru serbest bırakmışsa, etkin pişmanlık hükümlerinden o kişi yararlanmalıdır. Öte yandan kanundaki açık hüküm nedeniyle zararın bizzat failden kaynaklanması gerekir. Hürriyeti sınırlama suçunun faili olmayan üçüncü bir kişi tarafından mağdura verilen zararlardan fail sorumlu olmamalıdır. Alıkonulduğu yerde durumdan habersiz üçüncü bir kişi tarafından dövülerek yaralanan mağduru tedavi edilmesi amacıyla götürdüğü hastanede serbest bırakan fail, diğer koşulların da varlığı halinde etkin pişmanlıktan yararlanmalıdır.

Bu suç nedeniyle henüz soruşturmaya başlanmamış olması koşulu, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre değerlendirilmelidir. CMK hükümlerine göre (m. 2) soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne

2016/14-55 E., 2020/104 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

138 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.12. 2018 tarih ve 2015/14-98 E., 2018/692 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

kadar geçen evreyi ifade eder. Yetkili makamların suç şüphesini öğrenmesinin en yaygın yolu, suçun ihbar veya şikâyet yoluyla yetkili makamlara bildirilmesidir. Bu nedenle suçun kolluk makamlarına, Cumhuriyet savcılığına veya diğer kişi ve kurumlara (CMK m. 158) bildirilmesi halinde soruşturma evresinin başladığı kabul edilmelidir. Bu durumda hafifletici nedenin uygulanabilmesi için fiilin henüz yetkili makamlara bildirilmemiş olması gerekir. Kanunun gerekçesinde de bu husus "*Ayrıca, etkin pişmanlığın, bu suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce gerçekleşmesi gerekir. Soruşturma makamlarının işe el koymasından serbest bırakma hâlinde, etkin pişmanlık hükmünden yararlanılamayacaktır*" şeklinde açıklanmıştır. Ceza Genel Kurulu da "*Kolluk tarafından düzenlenen adli kolluk Cumhuriyet savcısı görüşme tutanağından anlaşıldığı üzere inceleme konusu olay ile ilgili olarak mağdurun kardeşinin emniyete müracaatı üzerine soruşturmanın başlaması, aynı anda durumun ayrıca Cumhuriyet savcısına da bildirilmesi, sanığın ise hakkında soruşturma başladıktan sonra yakalanması üzerine mağdurun bulunduğu yeri kolluk görevlilerine göstermesi karşısında, soruşturmaya başlanmadan önce mağdurun serbest bırakılması koşulu gerçekleşmediğinden, anılan maddede yer alan diğer koşulların tartışılmasına gerek olmaksızın sanık hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanma koşullarının bulunmadığı kabul edilmelidir.*" şeklindeki kararında, diğer koşullar bulunsa da adli makamlar olayı öğrendikten sonra etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanamayacağına işaret etmiştir.[139] Diğer koşulların varlığı halinde soruşturma başladıktan sonra kişiyi serbest bırakan fail hakkında da ceza indirimi yoluna gidilmesi doğru olacaktır. Mevcut düzenlemelere göre, soruşturma başladıktan sonra mağdurun güvenli bir yerde fail tarafından serbest bırakılması somut ceza belirlenirken dikkate alınabileceği ya da takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir.

XI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEMENİN YÜRÜTÜLÜŞÜ VE SUÇUN YAPTIRIMI

Suçun cezasının üst sınırı beş yıl hapis cezası gerektirdiğinden görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak suçun terör ama-

139 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30. 6. 2020 tarih ve 2019/8-388 E., 2020/332 K. sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Programı.

cıyla işlenmesi halinde terör suçu söz konusu olacağından, görevli mahkeme Ağır ceza mahkemesinin terör suçlarına bakan dairesi olacaktır.

Hürriyetin sınırlanması suçu kesintisiz bir suç olup, mağdurun hürriyetini yeniden kazandığı an suç sona ermiş olacaktır. Buna göre kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesi (CMK m. 12/2) yetkilidir. Ancak birden fazla mağdurun söz konusu olduğu ve bunların farklı zamanlarda ve yerde serbest kaldıkları durumda birleştirme yoluna gidilerek davanın son mağdurun serbest kaldığı yerde görülmesi gerekir.

Suç şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmediğinden, re'sen takip edilecektir. Bu nedenle mağdur ya da suçtan zarar görenlerin şikayetçi olup olmamalarının, davaya katılıp katılmamalarının önemi yoktur.

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, şiddete uğrayan kadın ve çocukların menfaatlerinin Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından gözetilmesine ve kimi koruyucu tedbirler alınmasına olanak sağlamaktadır. Ev içi ve aile içi şiddet olaylarıyla ilgili olarak işlenen hürriyeti sınırlama suçunda ilgili kanuna dayanarak Bakanlık davaya katılma hakkına sahiptir. Yargıtay da "*Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama hürriyetinin sağlanması ve pozitif ayrımcılık ilkesinin tesisi amacına uygun olarak CMK'nın 234. maddesinin 1. fıkrası ve 6284 Sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca, sanık hakkında açılan kamu davasına katılma hakkı bulunan Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının davadan haberdar edilmesi zorunluluğunun bulunduğu, bu zorunluluğun hüküm verilinceye kadar yerine getirilmemesi durumunda ise CMK'nın 35 ve 260. maddeleri uyarınca kanun yollarına başvurma hakkı bulunan anılan Bakanlığa gerekçeli kararın tebliğ edilmesi gerektiği...*" şeklindeki kararında Bakanlık'ın davaya katılma ve kanun yollarına gitme hakkı olduğuna işaret etmiştir.[140]

140 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.4.2019 tarih ve 2017/14-822 E., 2019/328 K. sayılı ve 16. 4. 2019 tarih ve 2016/14-1426 E., 2019/334 K. sayılı kararları için bkz. Kazancı İçtihat Programı. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yetkilendirilen Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, 21 Nisan 2021 Çarşamba günü,

"Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması" başlıklı TCK m. 111'e göre *"Tehdit, şantaj, cebir veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."* Buna göre kişinin hürriyetinin sınırlanmasına bağlı olarak tüzel kişi yararına haksız menfaat sağlanmışsa, bu tüzel kişi hakkında TCK m. 60'da öngörülen iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanacaktır.

XII. SONUÇ

Hürriyete karşı suçlar arasında düzenlenmiş olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla kişilerin diledikleri zaman yer değiştirebilme özgürlükleri korunmaktadır. Bu suçun hukuki konusu, Anayasa'da kişi özgürlüğü ve güvenliği kapsamında güvenceye alınmış olan bireyin istediği anda hareket ederek fiziksel olarak yer değiştirebilme özgürlüğüdür. Kişi istemedikçe bir yerde bulunması, bir yere gitmesi ya da bir yerden ayrılmak istemesinin engellenmesi halinde bu suç oluşacaktır. Bu suç açısından söz konusu olan yer değiştirebilme özgürlüğü, kişinin doğrudan bedenine fiziksel müdahale sonucunda işlenebileceği gibi sınırlı biçimde yer değiştirebileceği koşullarda bulunmaya zorlanması şeklinde de olabilir. Bu suç fail ve mağdur açısından herhangi bir özellik göstermez. Herkes bu suçun faili olabilir. Yaşı ve fiziksel niteliği itibariyle dilediği zaman yer değiştirme olanağı olan kişilerin yanı sıra kendi başına hareket olanağı olmayanların ve yaşının küçük olması nedeniyle hareket etme bilinç ve iradesinden yoksun kişiler de bu suçun mağduru olabilirler. Hukuki ya da fiili bir nedenle hareket serbestisi sınırlanarak belli bir yerde kalmaları amacıyla tutulmakta olan kişiler de suçun mağduru olabilirler.

Kanunda "*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye ...*" denilerek kişinin dilediği zaman dilediği yere gitmek ya da dilediği yerde kal-

31461 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 73 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı olmak üzere iki ayrı bakanlık şeklinde yeniden örgütlenmiştir. Bu düzenlemeden sonra 6284 sayılı Kanun'daki yetkili bakanlık Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olacaktır.

mak yönündeki özgürlüğü korunmak istendiğinden bu suç, mağdurun bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak yönündeki özgürlüğünün sınırlanmasıyla tamamlanmaktadır. Mağdurun özgürce hareket ederek yer değiştirebildiği anda suç sona ermiş olacaktır. Suçun tamamlanma anı ile sona erme anı birbirinden farklı olduğundan, bu suç kesintisiz bir suçtur. Kişinin yer değiştirme özgürlüğü farklı davranışlarla işlenebileceğinden, aynı zamanda serbest hareketli bir suçtur. Genel olarak icrai hareketle işlenebilen bir suç olmasına rağmen, sınırlı biçimde de olsa suçun ihmali davranışla işlenmesi de söz konusu olabilir. Suçun oluşması için ortada bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmaması gerektiği Kanun'nda açıkça vurgulanmıştır. Bu suç açısından Anayasa m.19'da sayılan nedenlerin yanı sıra TCK'da yer verilen bütün hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilir. Bu suç ancak kasten işlenebilen suçlardan olup failin bir kişiyi bilerek ve isteyerek hürriyetinden yoksun kılmak amacıyla hareket etmiş olması gerekir.

Kanunda bu suçun cezasını artıran nedenlerin yanı sıra sonucu nedeniyle ağırlaşmış hallerine de yer verilmiştir. Fiili işlemek için veya fiil işlendiği sırada cebir, tehdit veya hile kullanılması halinde ceza artırılmaktadır. Başvurulan cebrin, sonucu nedeniyle ağırlaşmış yaralamaya neden olması halinde gerçek içtimaya gidilerek failin ağırlaşmış yaralama suçundan da sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Fiile bağlı olarak mağdurun ekonomik yönden ciddi bir kaybının gerçekleşmesi halinde ayrıca adli para cezası öngörülmüştür. Suçun silahla işlenmesi, birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle işlenmesi, suçun kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi, suçun üstsoy, altsoy veya eşe karşı işlenmesi, çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi, suçun cinsel amaçla işlenmesi cezayı artıran neden olarak düzenlenmiştir. Suçun cinsel amaçla işlendiğinin kabulü için failin cinsel amaçla hareket etmesi yeterli olup, cinsel suçlardan birini oluşturacak başkaca fiillerin işlenmesi zorunlu değildir. Fail bu amaca yönelik fiilleri işlediğinde gerçek içtimaya gidilecektir. Evlenmek istemeyen mağdurun evlenmeye zorlanmak amacıyla kaçırılması halinde de bu nitelikli hal uygulanmalıdır.

TCK m. 110'da bu suç yönünden etkin pişmanlık düzenlenmesine yer verilmiştir. Buna göre, mağdurun hürriyetinin sınırlanmasından sonra, ancak henüz soruşturma başlamadan önce failin mağduru kendiliğinden güvenli bir yerde serbest bırakmış olması halinde ceza indirimi söz konusu olacaktır.

Bu suç açısından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi, yetkili mahkeme ise kesintinin gerçekleştiği, bir diğer ifadeyle mağdurun yeniden hürriyetine kavuştuğu yer mahkemesidir. Suç şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmediğinden, re'sen takip edilecektir. Mağdurun hürriyetinin sınırlanmasına bağlı olarak tüzel kişi yararına haksız menfaat sağlanmışsa, bu tüzel kişi hakkında da TCK m. 60'da öngörülen iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanacaktır.

KAYNAKÇA

Antolisei Francesco, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, C.1, Giuffre, Milano, 1986.

Artuk Mehmet Emin, "Hürriyeti Tahdit Cürmü", Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul, 1996, s. 44-85.

Artuk M. Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. B., Adalet Yay., Ankara, 2014.

Bayraktar Köksal/ Keskin Kiziroğlu Serap/ Yıldız Ali Kemal/ Zafer Hamide ve diğerleri, Özel Ceza Hukuku, C.3, Onikilevha Yay., İstanbul, 2018.

Brasiello Teucro, "Delitti Contro la Liberta Personale", Enciclopedia del Diritto Penale, C. 24, Milano, 1976, s. 850-859.

Cihan Erol, "Kişisel Özgürlüğü Sınırlama Cürmü (Hürriyeti Tahdit)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1975, C. 41, S. 1-2, s. 47-69.

Çağlayan Muhtar, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 2., 3. B., Seçkin Yay., Ankara, (Tarihsiz).

Demirel Muhammed, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, 2020, S. 4, s. 489-553.

Flick Giovanni Maria, "Delitti Contro la Liberta Personale", Novissiomo Digesto Italiano, C. 9, 1796, Milano, s. 535-554.

Göktürk Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", Ceza Hukuku Dergisi, S. 26, Aralık 2014, s. 7-30.

Gülşen Recep, Hürriyeti Tahdit Suçları, Adalet Yay., Ankara, 2002.

Hafızoğulları Zeki/ Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, US-A Yay., Ankara, 2011.

Keskin Kiziroğlu Serap, "Kişiyi Özgürlüğünden Yoksun Kılma Suçu", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C.1, Beta Yay., İstanbul, 2014, s. 421-448.

Koca Mahmut/ Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. B., Seçkin Yay., Ankara, 2015.

Mantovani Ferrando, Diritto Penale, Parte Speciale I, Delitti Contro la Persona, CEDAM, Milano, 2011.

Nuhoğlu Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yay., İstanbul, 2009.

Önder Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. B., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. B., Seçkin Yay., Ankara, 2016.

Özen Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 3. B., Adalet Yay., Ankara, 2018.

Smith John/ Hogan Brian, Criminal Law, 9. Ed., London, 1999.

Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. B., Seçkin Yay., Ankara, Eylül 2020.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara, Eylül, 2015.

Yenerer Çakmut, Özlem, "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (TCK m. 109)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, 2013, s. 587-602.

WEB SAYFALARI:

Adalet Bakanlığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu tanıtım sitesi, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr) Son erişim: 17.5.2021.

Kazancı İçtihat Programı, (www.kazanci.com) Son erişim: 17.5.2021.

Yargıtay İçtihat Bilgi Bankası, (karararama.yargitay.gov.tr) Son erişim: 17.5.2021.

KISALTMALAR:

B: Baskı

C: Cilt

CD: Ceza Dairesi

CGK: Ceza Genel Kurulu

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

Ed: Edition

m: madde

S: Sayı

s. sayfa

TCK: Türk Ceza Kanunu

SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARI: TÜRKİYE'DEKİ MEVZUAT VE UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Doç. Dr. Eylem ÜMİT ATILGAN**

Özet

Bu makalede Türkiye'deki savcılık çocuk bürolarının mevcut durumunu, mevzuat ve uygulama yönünden incelemek hedeflendi. Çocuk dostu adalet sisteminde koruma rejiminin önemli bir aktörü olan çocuk savcısının uluslararası hukuka göre işlevi, sorumluluğu ve yargı örgütündeki yerinin anlatıldığı başlıkların ardından Türkiye'deki mevzuat ve uygulama uluslararası normlar açısından değerlendirildi. Uygulamanın değerlendirilmesinde çocuk adalet sistemi üzerine son yıllarda yapılmış sosyolojik yöntemi takip eden saha araştırmaları ve resmî istatistiklerden yararlanıldı. Bilindiği üzere çocuk hakları savunuculuğu ve aktivizm Türkiye'de oldukça yaygın ve verimli bir faaliyet alanı. Bu nedenle son yıllarda çocuk yargılaması üzerine çok sayıda raporlama ve tarama çalışması bulmak mümkün. Makalede bu araştırmalardan ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşlarının, akademisyenlerin ve meslek uzmanlarının yaptığı özellikle derin mülakat, odak grup ve dava dosyası incelemelerine dayanan raporlar tercih edildi. Bu veriler ışığında çocuk savcılığına ilişkin mevzuatta ve uygulamada uluslararası normlara aykırılıklar ve eksikliklerin tespit edildiği makalenin sonunda bu konuda iyi örnek olarak kabul edilen ülkelerdeki çocuk savcılığı uygulamalarından da örnekler verilerek öneriler getirildi.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Adalet Sistemi, Çocuk Savcılığı, Çocuk Koruma Sistemi

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 05/11/2021. İlk hakem raporu tarihi: 15/11/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 22/11/2021.

** Girne Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, eylem.umitatilgan@kyrenia.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0807-4579.

JUVENILE PROSECUTOR'S OFFICES: REVIEWING THE TURKISH LAWS AND PRACTICE

Abstract

The article discusses the present state of juvenile prosecutor's offices in Turkey, both legally and practically. Following chapters on the role, responsibilities, and position of the child prosecutor, who is a critical player in the protection regime in a child-friendly justice system under international law, the Turkish laws and practice were reviewed in light of international standards. Statistics and field researches based on the sociological method on the juvenile justice system done recently were utilized to evaluate the implementation. Since child rights advocacy and activism is a highly frequent and fruitful sphere of work in Turkey, numerous reports on the issue have been published in recent years. The article preferred reports based on in-depth interviews, focus groups, and court ethnography conducted by national and international non-governmental organizations, academics, and professional experts. Inconsistencies and inadequacies with international norms in the legislation and practice of the child prosecutor's office were identified as a result of these data. At the conclusion of the essay, recommendations were given based on examples of juvenile prosecution practices in countries that are regarded good models in this respect.

Keywords: Child Justice System, Child Prosecutor Office, Child Protection System

GİRİŞ

Çocuk dostu adalet sistemi ve etkin bir çocuk koruma politikası oluşturma tartışmalarında çocuk savcılığının nasıl tasarlanması gerektiği ve işlevi önemli bir yer tutar. Çocuk hakları alanında reform yapmış birçok ülke çocuk savcılık bürolarını 2000'lerde çocuk hakları paradigmasına göre yeniden oluşturdu, oluşturmaya da devam etmekte. Çocuk Koruma Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle Türkiye gündemine giren bu önemli konuda gerek mevzuatta gerekse uygulamada bazı adımlar atılmış olsa da henüz uygulamadaki durum

modern çocuk adalet sisteminin gereklerini karşılamaktan uzak. Bu makale Türkiye'deki savcılık çocuk bürolarının mevcut durumunu, mevzuat ve uygulama yönünden ortaya koymayı hedefliyor. Bu hedef doğrultusunda ilk olarak savcılık kurumunun genel bir tanıtımına yer verilecek, bu genel girişi izleyen başlıkta uluslararası hukuktaki normlara ve ilkelere bakarak çocuk savcılığının teşkilat yapısı, işlevi ve çocuk savcısının sorumluluk alanlarına ilişkin olması gereken tarif edilecek. Bu başlıktaki amaç, Çocuk Savcılık Bürolarına ilişkin uluslararası ve ulusal hukuktaki olması gerekenden hareketle çocuk savcılığının yetişkin adalet sistemindeki savcılık kurumundan ayrıldığı noktaları arkada yatan gerekçeleriyle birlikte görmeyi mümkün kılmak. Sonraki başlıkta bu genel çerçeveden Türkiye'deki çocuk savcılığı mevzuatına genel bir bakış sunulacak ve ardından uygulamaya ilişkin ulusal ve uluslararası STK'ların yürüttüğü saha araştırmaları sonucunda yazılmış raporlardan ve resmî istatistiklerden derlenerek uygulamacıların sorun olarak işaret ettiği kategorilere göre kodlanmış veriler ışığında uygulamaya ilişkin değerlendirmelere yer verilecek. Mevzuat ve uygulamaya ilişkin bu analizleri takiben, dünyadan iyi örnek olarak seçilen ülkelerin çocuk savcılığı uygulamalarına referansla, Türkiye için bazı yapısal ve işlevsel önerilerin sıralanmasıyla makale sonuçlandırılacak.

I. GENEL OLARAK SAVCILIK KURUMU

Modern ceza muhakemesinin bir öznesi olarak savcılık, hakimliğe göre daha yeni bir kurumdur. Bugünkü şekliyle 1810 Fransız Ceza Muhakemeleri Kanunu (Code d'instruction criminelle) ile kurulduğu kabul edilir.[1] Kara Avrupası hukuk sisteminde savcılık, ceza yargılamasında iddia makamını oluşturan kurumdur. Ancak "muhakeme görevinin bir çeşidi olan iddia görevini yerine getiren toplumsal iddia makamı"[2] şeklinde tanımlansa da savcının rolü iddia ve ithamla sınırlı değildir. Soruşturmanın başlangıcından itibaren

1 Keyman, Selahattin, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 57-62. Savcılık makamının ortaya çıkışında yasama faaliyetinden çok uygulamanın etkisinin vurgulayan Gündüz, politik iklimin savcılığın ortaya çıkışı ve gelişimindeki etkilerine dikkat çeker. Gündüz, Nurcan, *Ceza Muhakemesinde Savcılık*, Ankara, 2016, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), s. 21-28.

2 Keyman, s. 54.

muhakemenin tüm aşamalarında bulunan savcı, cezanın fail yönünden kesinleştirilmesi aşamasından sonra infazın da takibini bizzat yapar.[3] Hatta soruşturma evresindeki yetkisinin Kara Avrupası hukukunda giderek artması ve özellikle bu aşamada bazı uyuşmazlıkları çözme yetkisini kazanmasıyla savcıya literatürde "yargıçtan önceki yargıç" sıfatının yakıştırıldığını görüyoruz.[4] Ceza yargılamasında kovuşturma aşamasından önce gelen soruşturma aşamasının yürütülmesinden sorumlu olan savcılık, herhangi bir suç şüphesi üzerine harekete geçip araştırma yapmak, soruşturmayı yürütüp yeterli şüphenin varlığı halinde dava açmakla yükümlü olan yargılama öznesidir. Bir başka anlatımla, Türkiye'deki ceza yargılaması sisteminde savcılık itham ederek yargılama faaliyetini harekete geçiren kurumu ifade eder. İdari ve yargısal başka birçok görev ve yetkilere de sahip olan savcılık kurumunun ceza yargılamasındaki yeri en genel hatlarıyla bu şekilde özetlenebilir.

Yargılamanın diğer iki öznesinin aksine savcının, tam olarak bağımsız olmayıp yargılama sistemi içinde yürütmeyi temsil ettiği görüşü ileri sürülse de savcılığın idari bir yapılanma olmasına rağmen adaletin gerçekleştirilmesi misyonuyla yüklü bağımsız bir yargılama süjesi olduğu görüşü daha yaygındır.[5] Zira idarenin gereksinimlerini değil kamunun yararını gözeten ve kamunun haklarını savunan bir kurum olarak savcılık, şüphelinin temel hak ve özgürlüklerinin ve en önemlisi de savunma hakkının güvencesidir.[6] Anayasa'nın

---

3 Arslantürk, Mustafa, *Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 35.

4 Jehle, Jörg Martin, *Savcılık Örgütü'nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma*, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, Çev. Gülşah Kurt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006, s. 73.

5 Centel, Nur *Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma*, Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyum Kitabı içinde, TBB., Ankara 2007, s. 193. Savcının yürüttüğü işin idari mi adli mi olduğu tartışmasının detaylarına burada girmiyoruz. Savcılığın idari yapılanmanın içinde yer alan ve idari faaliyet yürüten bir organ olduğunu savunan görüşler için şuraya bakılabilir: Katoğlu, Tuğrul, *Savcılık Üzerine Düşünceler*,Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 1995, Cilt 19, Sayı 177, s. 21; Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 321; Zafer, Hamide, *Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcıların Hukuki Statüsü*, Ed. Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 4.

6 Ayyıldız, Hakan, *Ceza Muhakemesinde Adli Kolluk ve Soruşturmadaki Rolü*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2021, s. 5.

139. Maddesi, savcılık makamının bu özerk yapısının Anayasal teminatıdır. Genel olarak savcılık kurumunun hukuki niteliğinin değerlendirildiği uluslararası belgelerde ve meslek etiği kodlarında hem özerklik hem de savcının temel hakların korunması görevi sık sık zikredilir. Venedik Komisyonu[7], Bordeaux Bildirisi[8], Cezai Soruşturmalarda Savcıların Rolüne İlişkin Avrupa Savcıları Danışma Konseyi (CCPE) 10(2015) sayılı Görüş[9] gibi birçok belgede hukukun üstünlüğünün temel ilkelerinden biri olarak savcılar ile soruşturma makamlarının, soruşturmanın tüm aşamalarında insan hakları ve temel özgürlüklere bağlı olması koşulu sayılır ve savcının insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin rolü vurgulanır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 16.10.2000 tarihli Rec (2000) 19 sayılı tavsiye kararında savcılığın temel hakların korunması açısından rolünün altını çizen şu tanım önemlidir:

> *"Savcılar" toplum adına ve kamu yararına, birey haklarını ve ceza adalet sisteminin gerekli etkinliğini göz önünde bulundurarak, yasa ihlallerinin cezai bir yaptırım gerektirdiği durumlarda yasaların uygulanmasını teminat altına alan* resmî *mercilerdir."*[10]

Bir yerdeki mahkemelerin yanında yer alan savcılar bir bütün olarak savcılık makamını meydana getirirler. Bu bütünsel yapı içerisinde hiyerarşik bir örgütlenme söz konusu olup tepede başsavcı; Anayasaya göre idari bakımdan ise Adalet Bakanı yer almaktadır. Bu açıdan savcılar, hakimler gibi bağımsız olmayıp hiyerarşik olarak başsavcıya

---

7 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları, Aralık 2010. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a67151-fb8b-4c6c-a095-af118c918072.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

8 Demokratik Bir Toplumda Hâkim Ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunulan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (Ccje) 12 (2009) Sayılı Görüşü Ve Avrupa Savcıları Danışma Konseyinin (Ccpe) 4 (2009) Sayılı Görüşü, Aralık 2009. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/b987ccbc-ffd6-457f-9281-9c6c69045912.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

9 Avrupa Savcıları Danışma Konseyi, Cezai Soruşturmalarda Savcıların Rolüne İlişkin 10(2015) sayılı Görüş, 20 Kasım 2015 https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/cd93900a-eaa4-4742-9e7b-62e75b4a016b.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

10 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü İle İlgili Üye Devletlere Sunduğu Rec (2000)19 Sayılı Tavsiye Kararı, Ekim 2000. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

bağlıdırlar, başsavcının talimatlarını yerine getirmek zorundadırlar. Başsavcılar diğer savcılar arasında iş bölümünü düzenleme konusunda da yetkilidir. Türkiye'deki yargı örgütünü düzenleyen 5235 Sayılı İlk Derece Mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'a göre

> *"Mahkeme kuruluşu bulunan her il merkezi ve ilçede o il veya ilçenin adı ile anılan bir Cumhuriyet Başsavcılığı kurulur. Cumhuriyet başsavcılığında, bir Cumhuriyet Başsavcısı ve yeteri kadar Cumhuriyet Savcısı bulunur"* (m. 16).

Buna göre savcılıklar kuruldukları mahkemelerin yargı çevresinde görevli ve yetkili olacaktır. Ayrıca, *"Her Cumhuriyet başsavcılığında, yazı işleri müdürlüğü ile Adalet Bakanlığınca gerekli görülen yerlerde ayrıca idarî, malî ve teknik işlerle ilgili müdürlükler kurulur"* (m. 24).

Söz konusu Kanunda Cumhuriyet Savcılarının görevleri şu şekilde belirtilmiştir (m. 17):

"1.Kamu davasının açılmasına yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma yapmak veya yaptırmak,

2. Kanun hükümlerine göre, yargılama faaliyetlerini kamu adına izlemek, bunlara katılmak ve gerektiğinde kanun yollarına başvurmak,

3. Kesinleşen mahkeme kararlarının yerine getirilmesi ile ilgili işlemleri yapmak ve izlemek,

4. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak."

Savcılık faaliyeti alanına göre soruşturma bürolarına ayrılmış olsa da teşkilattaki bu ayrım uzmanlaşma ve keskin görevlendirme anlamına gelmez. Bu teşkilatlanma, savcılığın klasik işlevine, yani savcıların en temel görevi soruşturma yapmaktır kabulüne dayanır. Ayrıca literatürde bu teşkilatlanmanın sebebi olarak "Cumhuriyet Başsavcılığının birlik ve bölünmezliği"nin de ifade edildiğini görmekteyiz. Büro temelli bu teşkilatlanmaya göre Müracaat Bürosu, Çocuk Bürosu, Uzlaştırma Bürosu, Fikri ve Sınai Haklar Bürosu, Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Bürosu, Aileiçi Şiddet Suçla-

rı Bürosu, Basın Suçları Bürosu, Faili Meçhul Suçlar (Zamanaşımı) Bürosu, Memur Suçları Bürosu, Kaçakçılık ve Örgütlü Suçlar Bürosu soruşturma bürolarının ayrılmış halleridir.[11] Ancak bu bürolarda görevlendirilen savcıların güncel sayılarını bulmak ve takip etmek Cumhuriyet Başsavcısının günün ihtiyacına göre soruşturma bürolarında kalıcı olmayan görevlendirmeler yapması nedeniyle oldukça güçtür. Soruşturma bürolarında görevlendirme dışındaki savcıların özlük işleri, disiplin işlemleri ile ilerleme ve yükselme ile ilgili işlemler Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından gerçekleştirilir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 2020 yılındaki verilerine göre Türkiye'de toplam 6.863 savcı görev yapmakta olup 100.000 kişiye düşen savcı sayısı 8.21'dir.[12]

II. ULUSLARARASI HUKUKA GÖRE ÇOCUK SAVCILIĞI: İŞLEV, SORUMLULUK VE TEŞKİLAT

Modern çocuk savcılık bürolarının işleyişlerine daha yakından bakıldığında yetişkin savcılıklarına kıyasla birçok farklılık görülür. Avrupa Konseyi Belgelerinde defaten[13] belirtildiği üzere, çocuk savcısının sorumluluğu kovuşturma ve ceza muhakemesi usulünün ötesine geçer. Suçu önleme ve çocuğu koruma misyonunun yüklenmesiyle birlikte, çocuk savcılarına okullarla, sivil toplum kuruluşlarıyla beraber çalışmak ve çeşitli meslek gruplarıyla iş birliği yapmak gibi sorumluluklar verilmiştir. Savcının disiplinler arası koordinasyonu sağlaması ve iş birliği içinde çalışma yürütmesi çocuk adalet sisteminin kendine özgü niteliğinden kaynaklanır.

Çocuk yargılamasının 1900'lerin başında 'ortaya çıkmasından' bu yana, farklı çocuk adaleti modelleri ve yaklaşımları gelişmiş ve belirli zamanlarda etkili olmuştur. İlk olarak *refah modeli* olarak adlandırılan, koruma ve sosyal yardım odaklı modelin etkili olduğu-

11 Şık, Hüseyin, *Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 7, Sayı 14, Aralık 2019, s. 401.

12 https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/85cd220e-566e-4b4f-8350-ced2d6709053.pdf (erişim 1 Eylül 2021)

13 Council of Europe, Consultative Council of European Prosecutors, Questionnaire on Principles of Public Prosecution as regards Juvenile Justice, CCPE-GT (2010)1(rev6), October 2010. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

nu; ardından haklar ve yaptırımların orantılılığını odağa alan *adalet modelinin* yaygınlaştığını; sonrasında ise bu modeli, ceza içermeyen yaptırımlar, yeniden topluma kazandırmanın hakim olduğu *onarıcı modelin* takip ettiğini görüyoruz.[14] 1980'lere gelindiğinde ise çocuk adaleti alanında geliştirilen uluslararası normların yeni bir çocuk adaleti modeli yarattığına ve buna da *'çocuk hakları modeli'* dendiğine tanık oluyoruz.[15] Bu modele göre; özellikle ayrı bir çocuk adaleti sistemi olması, ceza sorumluluğu yaşının belirlenmesi, özgürlüğünden mahrum bırakmanın en aza indirilmesi, ceza içermeyen ve alternatif yaptırımların teşvik edilmesi, çocuğun refahının gelişmesine destek olurken müdahalenin orantılılığını korumaya da dikkat edilmesi gerekir.[16] Çocuk dostu adalet sistemi ya da çocuk adalet sistemi dendiğinde aslında bu *'çocuk hakları modeli'* paradigmasının sonucu ortaya çıkan bir ideal yapıdan bahsedildiğinin altını çizelim.

Çocuk adalet sistemine hâkim olan ilkeler genel olarak çocuk savcılığı için de geçerlidir. Bu yüzden çocuk adalet sistemine hâkim olan ilkelerin içeriğine ve kaynaklarına yakından bakmakta fayda var. Çocuk adalet sistemine ilişkin uluslararası ilke ve standartlar uluslararası düzeyde Birleşmiş Milletler, bölgesel düzeyde ise Avrupa Konseyi tarafından geliştirilmiştir. Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi âkit tarafları bağlayıcı sözleşmelerin yanı sıra Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen ve bağlayıcılığı olmayan pek çok bildirge ve tavsiye kararı biçiminde, suça sürüklenen çocukların hakları ve diversiyon (yargılama dışına çıkarma), çocuk suçluluğunun önlenmesi, ceza adalet sistemine giren çocukların korunması, çocuklara özgü yaptırımlar-tedbirler ve çocuklarda hükmün infazı gibi konulara ilişkin özel kurallar geliştirildiğini görüyoruz. Genellikle bağlayıcı belgelerle getirilen ilke ve standartlar, komisyonların karar, tavsiye ve

14 Winterdyk, John A., Introduction: Juvenile Justice in the International Arena, Juvenile Justice, International Perspetives, Models and Trends, CRC Press, 2014, s.6-7.

15 O'connell Michael, O'connell, Elizabeth, *Youth Justice and Youth Crime in Australia*, Winterdyk, Juvenile Justice, International Perspetives, Models and Trends, içinde, s.58-62; Lynch, Nessa, *Restorative Justice Through a Children's Rights Lens*, International Journal of Children's Rights 18, V.7, N.1, 2010, s. 161-183.

16 Odala, Violet, *The Spectrum for Child Justice in the International Human Rights Framework: From Reclaiming the Delinquent Child to Restorative Justice,* American University International Law Review, 27 No. 3, 2012, s. 561.

yorumlarıyla açıklanmakta böylece soyut önermeler de ilgili somut bağlamına kavuşmakta. Örneğin ÇHS'nin saydığı genel ilkelerden çocuklarla ilgili her türlü eylemde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesini Çocuk Hakları Komitesi (ÇHK), suça sürüklenen çocuğu yeniden topluma kazandırma gayesinin altını ayrıca çizerek yorumlar ve çocuk adalet sisteminde takip edilecek usullerin çocuğun yüksek yararına göre oluşturulması ve uygulanması gerektiğini belirtir.[17] Bu yüzden çocuk savcılığına ilişkin uluslararası norm ve ilkeleri anlayabilmek için sözleşmelerin **yanısıra** bağlayıcı olmayan diğer belgeleri bir bütün olarak ele almak gerekir.

Uluslararası mevzuattaki çocuk hakları ve çocuk adalet sistemine özgü sözleşmelerden çocuk savcılığını ilgilendiren hükümleri içerenleri "sözleşmeler ve BM Genel Kurul kararlarıyla onaylanan belgeler" ve "Rehber İlkeler, Yorumlar ve Tavsiye Kararları" olarak iki grupta sayabiliriz.

Sözleşmeler ve BM Genel Kurul kararlarıyla onaylanan belgeler şunlardır: Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri (Riyad İlkeleri); Birleşmiş Milletlerin Çocuk Adalet Sisteminin Yönetimine İlişkin Minimum Standart Kuralları (Pekin Kuralları); Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları).

Rehber İlkeler, Yorumlar ve Tavsiye Kararlarını ise şöyle sayabiliriz: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Çocuk Suçluluğuna Karşı Toplumsal Tepkiler Hakkında Üye Devletlere R (87) 20 Sayılı Tavsiye Kararı (1987), Suçluluğun Önlenmesinde Erken Psiko-sosyal müdahalenin rolü hakkında R (2000) 20 Sayılı Tavsiye Kararı, Çocuk Suçluluğuna Yaklaşımda Yeni Yollar ve Çocuk Adaletinin Rolü Hakkında R(2003) 20 Sayılı Tavsiye Kararı, Suç Mağduru ve Tanığı Çocuklara İlişkin Konularda Adalet Hakkında Rehber İlkeler (BM 2005/20 nolu karar, 22 Temmuz 2005), BM Çocuk Hakları Komitesi 10 Nolu Genel Yorum, Bakanlar Komitesinin Yaptırım ya da Tedbire Maruz Kalan Çocuk Suçlular için Avrupa Kuralları hakkında üye

17 Committee on the Rights of the Child, Children's Rights in Juvenile Justice General Comment No. 10 (2007), (CRC/C/GC/10), 25 April 2007, (10 Nolu Genel Yorum) s.10,71.

Devletlere yönelik CM/Rec (2008) 11 No'lu Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalete İlişkin Rehber 2010, (Avrupa Konseyi Rehberi) BM Kanunla Çatışma İçindeki Çocukları İçeren Konular ve Çocuk Adaleti Üzerine Model Kanunu ve Açıklaması 2013 (BM Model Kanunu).

Bu iki grupta saydığımız uluslararası mevzuat tarafından şekillendirilen çocuk dostu adalet kavramı, altı ilke üzerine inşa edilmiştir. Bunlar:

1. Ayrımcılığa Karşı Koruma
2. Çocuğun Yüksek Yararının Korunması
3. Adil Yargılanma/Hukukun Üstünlüğü
4. Çocuğun Gelişimsel İhtiyaçlarının Karşılanması
5. Çocuğa Özgü Makam ve Uzmanlaşma
6. Çocuğun Sözünün Dinlenmesi/ Çocuğun Katılımı /Çocuğun Saygınlığı ilkeleridir. Bu ilkelerin, bir kül olarak değerlendirilmesi tavsiye olunur. Her ne kadar arka arkaya sıralandığında çok soyut görünse de yukarıda sayılan uluslararası mevzuatta bu ilkeler çerçevesi/sınırları çizilen ve içi doldurulmuş kavramlardan oluşur.[18]

"Çocuk dostu adalet sistemi", yukarıda sıralanan ilkeler doğrultusunda, çocuğun olgunluk ve anlayış düzeyine, davanın koşullarına gereken önemi vererek çocuk haklarına mümkün olan en yüksek düzeyde uyulmasını ve bu hakların olabilecek en etkili şekilde uygulanmasını güvence altına alan sistem şeklinde tanımlanır.[19] Böyle bir sistemde "adalet özellikle erişilebilirdir, yaşa uygundur, hızlıdır, özenlidir, çocuğun ihtiyaçlarına ve haklarına uygun ve odaklıdır; çocuğun adil yargılanma hakkı, yargı sürecine katılma ve bu işlemleri anlayabilme hakkı, özel hayata ve aile hayatına ve çocuğun bütünlüğü ve haysiyetine saygı gösterilmesi dâhil bütün haklarına saygılı-

18 Bu ilkelerinne anlama geldiğini daha detaylı anlayabilmek için bknz: Hammerberg, Thomas Çocuklar ve Çocuk Adalet Sistemi İyileştirmeye Yönelik Öneriler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, Strasbourg, 2009.

19 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalete İlişkin Rehber 2010.(Avrupa Konseyi Rehberi) https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/6756/%C3%A7ocuk-dostu-adalet.pdf (son erişim 1 Ekim 2021)

dır."[20] Çocuk dostu bir adalet sisteminin, çocuğun yüksek yararını gerçekleştirebilmek için, bütüncül ve multidisipliner bir yaklaşımla kurulmuş olması gerekir. Müdahale programları ve alınacak kararlarla ilgili tüm tarafların (hâkim, savcı, sosyal hizmet uzmanı, sosyal çalışma görevlisi, psikolog, çocuk gelişimci, hekim, aile, çocuk vb.) ve tüm kurumların (Aile ve Sosyal Politikalar, Sağlık, Adalet, Eğitim Bakanlığı, yerel yönetimler vb.) iş birliği içerisinde ve eşgüdümle çalışması zorunludur.[21]

Bütün bu uluslararası ilke ve standartların ortaya koyduğu üzere savcılık çocuk bürosu, yalnızca genel anlamda suç şüphesi üzerine soruşturma işlemlerini yürüten organ olmayıp, aynı zamanda çocuk koruma rejiminin önemli bir parçasıdır.[22] Buna göre, çocuk koruma sistemi içinde erken uyarı alanından çıkılıp müdahale alanına girilmesi gerektiğinde, suça sürüklenmiş çocukların yanı sıra korunma ihtiyacı olan çocuklar için de gerekli planlamalar çocuk savcılık büroları tarafından yürütülmeli.[23] Çocuk mahkemelerinde savcının rolü, uluslararası literatürde tartışılırken çocuk hukukunun kendine özgü yapısından kaynaklanan özellikleri ve klasik savcılık faaliyetinden farkları nedeniyle savcının bulunmaması görüşü dahi ileri sürülür.[24] Klasik savcılık faaliyetinde savcının her ne kadar lehe olan hususları da araştırmak yükümlülüğü olsa da, uygulamada genellikle suç ithamı ve ceza talebine odaklanan bir faaliyet yürütüldüğü, bu yüzden savcılık kurumunun çocuk hukukuna uygun olmadığı gibi güçlü argümanları olan bu görüşün ortaya attığı soru işaretlerini karşılamak üzere, çocuk savcılığı faaliyetinin klasik savcılık görevinden ayrıldığı noktaların netleştirilmesi ve vurgulanması gereği literatürde kabul edilir. Nitekim bu paradigmanın yansıdığı Avrupa uygula-

20 Avrupa Konseyi Rehberi, s. 17.

21 A.g.e.

22 Bakınız özellikle ÇHS 3, 9, 12, 37 ve 40. Maddeleri, Pekin Kuralları 5, 6. madde, ÇHK 10 Nolu Genel Yorum ve No 12, Avrupa Konseyi Rehberi 63. Madde. Havana Kuralları ve Riyad İlkeleri çocuğun yargı sistemi içinde korunma ihtiyacından genel olarak bahseder ve mahkemelere, yargı organlarına ve özel kurumlara bu görevi yükler.

23 Karataş, Zeki, Sosyal Hizmette Uygulama Alanları, 2017, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetlt_ao/soshizmetteuygalanlari.pdf s.176 (son erişim 1 Ekim). Nitekim tedbir kararlarının alınması için istemde bulunmaya yetkili makamlardan biri de Çocuk Koruma mevzuatında görüldüğü üzere Savcılık çocuk bürolarıdır.

24 Artuk Mehmet Emin, *Küçüklerin Cezai Sorumluluğu ve Suçlu Çocukların Yargılanmasında Hakim olan İlkeler,* Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu, 2000, s. 222.

masında 'Genç Savcılığı' adı altında ayrı bir teşkilat oluşturulduğunu görmekteyiz.[25]

Uluslararası mevzuat çerçevesinde şekillendirilmiş iyi örneklerde çocuk savcısı yalnızca soruşturma ve/veya yargılama sürecinin "klasik" alanlarında faaliyet göstermekle kalmaz, çoğu zaman suçun önlenmesi, çocuğun korunması ve cezaların/tedbirlerin uygulanması süreçlerine de katılır. Bu işlevlere uygun olarak çocuk savcısının faaliyet alanları literatürde şu şekilde sayılır:

Önleme/Koruma

Soruşturma

Yargılama

Uygulama.[26]

Buraya kadar çizdiğimiz işlev ve sorumluluğa ilişkin uluslararası çerçeve özgün bir teşkilat yapısına ve işleyiş özelliklerine yol açmakta. İlk bakışta çocuk savcısının sorumlulukları hakkında uluslararası mevzuat, genel olarak ceza içermeyen yaptırımlara ağırlık verilmesi, usuli hakların ve teminatların gözetilmesi, çocukların özgürlükten mahrum bırakılmaması, koruma tedbirlerinin alınması gibi meselelere odaklanır. Bunun yanı sıra Pekin Kuralları her davaya bireyselleştirilmiş çözümler getirebilmek için çocuk adalet sisteminde görev alan aktörlerin takdir yetkisinin gerekliliğine dikkat çeker. Çocuğun "çeşitli özel ihtiyaçları ve çeşitli uygun yaptırımlar göz önünde tutularak, yargılamanın her aşamasında, özellikle inceleme, soruşturma, muhakeme ve tedbirlerin uygulanması sırasında yetkililere yeterli bir takdir yetkisi tanınması" çocuk dostu adaletin gerekleri arasında sayılır. [27] AB Yönergeleri (2010) yargılamanın her aşamasında özellikle de soruşturma aşamasında çocuk dostu olunması gerekliliğini vurgular.[28] Ancak BM Model Kanunu, savcılık bürolarının işleyişi hu-

25 Almanyada Savcılık makamlarında, özel 'Genç Savcılığı Bürolarının' kurulması öngörülmüştür. JGG. 36.

26 Weidkuhn, Ursina, *An International Assesment On Child Prosecutor Offices*, Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu Yargılama Cildi içinde, 5-7 Aralık 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara, s.3-5.

27 Pekin Kuralları, 6. madde ve açıklaması.

28 Özellikle, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesi, ailesi / vasisi ve (ücretsiz) avukatının katılımı, kullanılacak dil, soruşturma yöntemleri, araçları ve ortamı, aileden ayrı olma durumu, vs. şartlar göz önünde bulundurulmaktadır.

susunda biraz daha somuttur. Bu çerçevede; salıverme, diversiyon, ceza içermeyen yaptırım, dosyanın iadesi ve gözetim kararı verilmesi, sosyal inceleme, duruşma öncesi tutukluluk ve kurum bakımına alma terimlerini açıklar.[29]

Çocuk adalet sistemine hâkim tüm bu ilke ve standartların sonucu olarak çocuk savcılığına biçilen rol ve faaliyet alanlarının belli bir yapıyı ve teşkilatı işaret ettiği çok açık. Örneğin çocuğa özgü kurumlar, yasalar ve usuller ilkesi, çocuk adalet sisteminde uzmanlaşmayı bir zorunluluk olarak ortaya koyar. Uzmanlaşma, kurumsal ve mesleki olarak iki boyutuyla karşımıza çıkar. Kurumsal uzmanlaşma, yetişkin kurumlardan ayrışmayı, çocuk hukukuna özgü, çocuğun tüm hak ve ihtiyaçlarını karşılayan çok disiplinli ve bütüncül yapıyı ifade ederken; mesleki uzmanlaşma çocuk adalet sisteminde görev alanların çocuk alanında uzmanlaşması anlamına gelir. Çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesi çocuk savcılığının teşkilat ve yapısı açısından ayrıca önem taşıyan bir ilkedir. Asgari-müdahale yaklaşımı (ceza vermeden dosyayı kapatma ve yeniden topluma kazandırmanın desteklenmesi, her türlü özgürlükten mahrum bırakmanın asgari düzeye indirilmesi); eğer müdahale engellenemeyecekse, katılım haklarının ve usuli hakların verilmesi ve genel amaç olarak toplumla kaynaştırma gibi faaliyet ve hedeflerin gerçekleştirilebilmesi sadece kurumsal ve mesleki uzmanlaşmayla mümkün. Uluslararası mevzuat bu konuda devletleri, yetişkinler için olanlardan ayrı kanunlar, prosedürler, kurumlar ve makamlar oluşturmaya teşvik etmeye yöneliktir.[30] Ayrı sistemlerin kurulması o alanda çalışacak tüm profesyonellerin sadece hâkim ve savcıların değil aynı zamanda sosyal çalışmacılar, polis memurları ve avukatların da uzmanlaşmasının yolunu açar.[31] "Yolu yargıya düşen çocuklar için, mümkün olduğunca, özel mahkemeler (mahkeme salonları), usuller ve kurumlar oluşturulmalıdır. Bu kapsamda polis teşkilatı içinde, yargıda, mahkeme sisteminde ve savcılık bürolarında özelleşmiş birimler sayılabilir."[32]

29 Özellikle bakınız 5. Bölüm 50-58. maddeler arası. Savcının önleme/koruma konusunda sorumluluğunun olduğunu genel olarak Riyad İlkeleri, Pekin Kuralları ve Genel Yorumlardan yola çıkarak söylüyoruz. Pekin Kuralları 20. madde ve Genel Yorumlar s.10.

30 Pekin Kuralları madde 2 (3)'e dayanan ÇHS madde. 40(3).

31 Pekin Kuralları 12, 22. madde; Havana Kuralları 85. madde; Riyad İlkeleri 58. madde, Genel Açıklama 10 s.40, 92, 97, BM Model Kanunu 1.1 madde, AB Yönergeleri 2010 s.39.

32 Avrupa Konseyi Rehberi, 63. madde.

Yine, çocuk dostu adalet sistemine hâkim önemli ilkelerden olan çocuğun yüksek yararının korunması ve çocuğun gelişimsel ihtiyaçlarının karşılanması ilkeleri, soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesini gerektirir. Bu da çocuk adalet sisteminin çok disiplinli bir yapıya sahip olmasıyla mümkündür. Uluslararası mevzuat çocuk adalet sistemini uzmanlaşmış unsurlardan meydana gelen bir bütün olarak öngörür. Buna göre savcılık çocuk büroları da çocuk koruma sistemi içinde gördüğü fonksiyona bağlı olarak, yalnızca suç soruşturan bir birim olmanın ötesinde konunun sosyal boyutundaki rolünü yerine getirebilmesi için sosyal çalışmacılarla birlikte hareket etmek zorundadır. İşlev, sorumluluk ve teşkilata ilişkin böylesi bir tasarım uluslararası mevzuatta, çocuğun yüksek yararı ilkesine uygun bir çocuk yargılamasını ve çocuk korumayı mümkün kılmanın en iyi yolu olarak ortaya koyulur.

Çocuğun yüksek yararı ilkesinin bir diğer sonucu da çocuk adalet sisteminde çocuk odaklı yapıyı zorunlu kılmasıdır. Çocuk yargılamasında uzmanlaşan birim, kurum ve organların yetişkin yargılamasından bağımsız bir mekânda yer alması, çocuk odaklı yapı için ayrıca önem taşır. Çocuk dostu adalet sisteminin en önemli öncülü, çocuğu yetişkinler için tasarlanmış adli sistemin olumsuz etkilerinden koruyacak, çocuklara özgü bir model geliştirmektir. Literatürde "çocuğa adli sistem içinde olduğunu hissettirmeyecek" fiziksel konum ve yapı şeklinde formüle edilen bu standart, örneğin mağdur ve tanık çocuğun, sanıkla karşılaşmasına da engel olmak veya adliye koridorlarındaki popülâsyonla teması ve etkileşimi en aza indirmek gibi kritik sorunların da çözümünü hedefler.[33] Çocuk savcılık bürolarının çocuk odaklı yapı gereği yetişkin savcılık bürolarından ayrı ve bağımsız bir fiziksel mekanda faaliyet göstermesi uluslararası mevzuatta teşvik edilen bir diğer özelliktir.

III. TÜRKİYE'DE SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARINA GENEL BAKIŞ

A. Çocuk Koruma Kanunu'na Göre Savcılık Çocuk Bürosu

15 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) benimsenen ilkelerin yer aldığı 4. mad-

33 Atılgan Ümit, Eylem; Yağcıoğlu, Sedat; Çavdar, Yaşar, *Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber*, UNICEF, Ankara, 2014.

denin (g) bendinde *"Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi"* ilkesi yer alır. Bu düzenlemeye bakarak çocuk yargılamasında çocuklara yönelik özel hükümlerin ve uygulamaların getirilmesinin kanun tarafından ilkesel olarak benimsendiğini söyleyebiliriz.

Kanun tarafından kurulması öngörülen Çocuk Savcılığı Büroları ise şöyle düzenlenmiştir:

> *"Madde 29 (1) Cumhuriyet Başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulur. Cumhuriyet başsavcısınca 28 inci Maddenin birinci fıkrasında öngörülen nitelikleri haiz olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet Savcısı, bu büroda görevlendirilir.*
>
> *Madde 30 (1) Çocuk bürosunun görevleri;*
>
> *a) Suça sürüklenen çocuklar hakkındaki soruşturma işlemlerini yürütmek,*
>
> *b) Çocuklar hakkında tedbir alınması gereken durumlarda, gecikmeksizin tedbir alınmasını sağlamak,*
>
> *c) Korunma ihtiyacı olan, suç mağduru veya suça sürüklenen çocuklardan yardıma, eğitime, işe, barınmaya ihtiyacı olan veya uyum güçlüğü çekenlere ihtiyaç duydukları destek hizmetlerini sağlamak üzere, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içinde çalışmak, bu gibi durumları çocukları korumakla görevli kurum ve kuruluşlara bildirmek,*
>
> *d) Bu Kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmektir.*
>
> *(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bu görevler çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet Savcıları tarafından da yerine getirilebilir."*

Kanun'un emrine uygun olarak, yürürlüğe girdiği 15 Temmuz 2005 tarihinden bu yana birçok il ve ilçede Cumhuriyet Başsavcılıklarının altında Savcılık Çocuk Büroları kurulduğunu görüyoruz.[34] Yargılama diyalektiği içerisinde iddia makamını oluşturan ve aynı

34 Yukarıda belirtildiği üzere iş bölümü esasına bağlı olarak Başsavcılar tarafından görevlendirildikleri için Türkiye çapındaki Çocuk Savcılarının güncel sayısı verilememektedir.

zamanda yürütmeyi temsil eden savcılık kurumunun yukarıda belirtilen genel tanıtımda ortaya konulduğu üzere önemi büyük. Yine yukarıda uluslararası mevzuat ışığında açıkça gösterildiği üzere çocuk savcılığının yetişkin savcılığından farklılaşan çok önemli işlev sorumlulukları mevcut. ÇKK. kapsamında ilgili hükümlere yakından bakıldığında savcılık kurumunun çocuk yargılamasındaki hayati önemi bir kez daha görülür. Zira Kanun, çocuk yargılaması alanında görev alacak savcıları, ceza yargılaması alanındaki önemli konularda genel savcılık kurumu için öngörülenden çok farklı yetkilerle donatır. ÇKK.'nın 15. maddesine göre,

> *"(1) Suça sürüklenen çocuk hakkındaki soruşturma çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet Savcısı tarafından bizzat yapılır. (…)"*

Bu düzenlemeye göre Çocuk Bürosu Savcılığı çocuklarla ilgili hazırlık soruşturması süreçlerini yöneten makam olmanın ötesinde, soruşturmanın "bizzat" yapılması da çocuk savcılarının görevidir. Bu hükme paralel olarak, 25832 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 19. maddesinde şüpheli konumundaki çocuğun hazırlık soruşturmasındaki ifadesinin savcı tarafından alınacağı da düzenlenmiş, böylece çocuklara ilişkin hazırlık soruşturmalarında Cumhuriyet Savcılarının sürecin tam merkezinde bulunmaları ve şüpheli çocukla doğrudan ilişki içinde olmaları sağlanmak istenilmiştir. Soruşturmanın bizzat yapılması gerekliliğinin sonucu olarak, sadece ifade alma değil tüm soruşturma işlemlerinin çocuk savcısı tarafından yapılması gerekir.

ÇKK.'da benimsenen rejime uygun olarak savcılık makamı birtakım başka yetkilerle de donatılmıştır. Örneğin, ÇKK.'nın 7, 8 ve 15(3) maddelerinde savcının çocuklar hakkındaki koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınmasını, gerekli olduğunda uzatılmasını ve kaldırılmasını çocuk hakiminden talep etmekle yetkili olduğu yazar. ÇKK. 35. maddeye göre, kanun kapsamına giren çocuklar hakkında gerektiğinde savcıları tarafından çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren sosyal inceleme yaptırılabilir.

Bu noktada altı çizilmesi gereken, çocuk adalet sistemine bütünsel bakıldığında, çocuk savcılık bürosunun yalnızca genel anlamda suç şüphesi üzerine harekete geçen ve soruşturma işlemlerini yürü-

ten organ olmaması aynı zamanda çocuk koruma rejiminin önemli bir parçası olmasıdır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, çocuk koruma sistemi içinde erken uyarı alanından çıkılıp müdahale alanına girilmesi gerektiğinde, suça sürüklenmiş çocukların yanı sıra korunmaya muhtaç çocuklar için de gerekli planlamalar çocuk savcılık büroları tarafından yürütülmelidir.[35] Nitekim tedbir kararlarının alınması için istemde bulunmaya yetkili makamlardan biri de yukarıdaki düzenlemelerde görüldüğü üzere çocuk savcılarıdır.

Çocuk savcılığına ilişkin mevzuatta vurgulanması gereken bir diğer önemli husus, kanunda Cumhuriyet Savcıları ve diğer çalışanların çocuk yargılaması ve ilgili konularda düzenli olarak eğitime alınıp uzmanlaşmalarına dair düzenleme:

> *"Madde 32- (1) Mahkemelerde görevlendirilecek hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları ile sosyal çalışma görevlilerine ve denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürlüğünde görevli denetim görevlilerine, adaylık dönemlerinde Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslara uygun çocuk hukuku, sosyal hizmet, çocuk gelişimi ve psikolojisi gibi konularda eğitim verilir.*
>
> *(2) Mahkemelere atananların, görevleri süresince, alanlarında uzmanlaşmalarını sağlama ve kendilerini geliştirmelerine yönelik hizmet içi eğitim almaları sağlanır."*

B. Mevzuata İlişkin Değerlendirmeler

Çocuk savcılığına ilişkin mevzuat hakkında yapılacak en önemli değerlendirmenin soruşturma aşamasında sosyal çalışma görevlilerinin rolüne ilişkin olması gerektiği kanaatindeyiz. ÇKK m. 15(2), *"Çocuğun ifadesinin alınması veya çocuk hakkındaki diğer işlemler sırasında, çocuğun yanında sosyal çalışma görevlisi bulundurulabilir"* şeklinde bir hükme yer verir. Ne var ki, bu hükmün emredici nitelikte olmaması, sosyal çalışma görevlilerinin ifade alma ve diğer işlemler sırasında bulundurulmalarının zorunlu olmamasına yol açtığını görüyoruz. Bu kadar hayati bir konudaki amir olmayan düzenleme, ÇKK.'nın izlemek zorunda olduğu ilkeler bakımından olumsuz

35 Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi, 2014-2019, s. 14.

durumlara kapı araladığını söylemek mümkün. Suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, çocukların durumuna özel ihtimam gösterilmesi ilkesiyle birlikte, "*kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimini ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi*" de ilke olarak kabul edildiğinde sosyal çalışma görevlilerinin, yani "*psikolojik danışmanlık ve rehberlik, psikoloji, sosyal hizmet alanlarında eğitim veren kurumlardan mezun meslek mensupları*"nın suça sürüklenen çocuklarla ilgili her türlü kararın verilmesi aşamasında bulunmalarının zorunlu olduğu ortaya çıkacaktır. Çocuğun yüksek yararının gözetilmesi yükümlülüğünün de bunu gerektirdiği çok açıktır.

Yukarıda da dile getirildiği üzere savcılık çocuk büroları çocuk koruma sistemi içinde gördüğü fonksiyona bağlı olarak, yalnızca suç soruşturan bir birim olmanın ötesinde konunun sosyal boyutundaki rolünü yerine getirebilmesi için sosyal çalışmacılarla birlikte hareket etmek zorundadır. Oysa madde bu haliyle sosyal çalışma görevlilerinin soruşturma işlemlerinde yer almasını ihtiyari kılıyor. Bunun yanı sıra, çocuk savcılıklarında bu işlemlerin gerçekleştirilmesi için yeteri kadar sosyal çalışma görevlisinin bulundurulacağına dair bir hükmün bulunmaması da başka bir eksikliğe işaret eder. ÇKK. Sosyal İnceleme Başlıklı Üçüncü Bölümünde 33, 34 ve 35. maddeler, sosyal çalışma görevlileriyle ve çocuk yargılamasındaki sosyal çalışmacıların etkinliğiyle ilgilidir. Ancak burada çocuk büro savcılıklarına da yeterli sayıda sosyal çalışmacı atanmasını düzenleyen bir hükmün bulunmaması, çocuk büro savcılıklarının tam anlamıyla işlevini yerine getirmesine engel niteliğinde. 35. madde sosyal inceleme raporu hakkında genel bir düzenlemedir ve çocuk savcılık bürolarında sosyal inceleme raporlarının hazırlanması için gerekli personelin savcılık çocuk bürolarında istihdamı konusunda burada da herhangi bir düzenleme bulunmaz. Bu eksiklerin yanı sıra ÇKK.'nın Uygulanmasına İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği'nin Cumhuriyet Savcılığı çocuk bürosu başlıklı 14. Maddesi de çok disiplinli yapıya engel bir düzenleme getiriyor:

> *"Madde 14 (1) Cumhuriyet başsavcılıklarında bir çocuk bürosu kurulur. Cumhuriyet başsavcısınca, bu büroda Kanunun 28 inci*

maddesinin birinci fıkrasında öngörülen nitelikleri haiz olanlar arasından yeterli sayıda Cumhuriyet Savcısı görevlendirilir. (2) Ayrıca, büroda görevli Cumhuriyet Savcıları ile çalışmak, büro görevlerini Kanunun 4.üncü maddesine uygun olarak yerine getirmek üzere bir müdür ve yeterli sayıda zabıt kâtibi görevlendirilir."

Görüldüğü üzere büroda görevlendirilecekler arasında sosyal çalışmacılar zikredilmemekte, dolayısıyla çok disiplinli bir teşkilatlanma da öngörülmemiş.

Çocuk savcılığına ilişkin mevzuatta ele alınması gereken bir diğer husus savcının bizzat yürütmesi gereken işlemlerle ilgili. Çocuk savcısının soruşturmayı bizzat yürütmesi ceza muhakemesindeki usulî teminatların yanı sıra çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesinin sonucudur. Yukarıdaki başlıkta da değinilen ÇKK 15. maddede soruşturmaların çocuk bürosunda görevli savcılar tarafından "bizzat" yapılacağı hükmü, bu konuda herhangi bir istisnaya yer verilemeyeceği anlamına geldiği gibi tüm soruşturma işlemlerinin bu kapsamda ele alınması gerektiğini ifade eder. Bu hükmün uygulamaya yansıması 25832 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin şüpheli konumundaki çocuğun hazırlık soruşturmasındaki ifadesinin savcı tarafından alınacağını düzenleyen 19. maddesinde karşımıza çıkar. Ancak soruşturmanın bizzat savcı tarafından yürütüleceğini belirten genel düzenlemeye rağmen, Yönetmelikte diğer soruşturma işlemleri için de benzeri düzenlemelere yer verilmemesi uygulamada savcının yalnızca ifade işlemini gerçekleştirmesine sebebiyet vermekte bu da gerekli tedbirlerin zamanında alınmasını engellemektedir. CMK 163'deki soruşturma aşamasında gerekli durumlarda istisnai olarak Cumhuriyet Savcısı yerine sulh ceza hakiminin (çocuk hâkimi değil) soruşturma işlemlerini yapabileceğini düzenleyen hüküm de çocuğa özgü makamlar ve uzmanlaşma ilkesine aykırı bir düzenlemedir.

Mevzuatın, çocuğa özgü makamlar açısından olduğu gibi uzmanlaşma açısından da ele alınması gerektiği kanaatindeyiz. Çocuk hâkimi ve çocuk savcısının görevlendirilmesiyle ilgili hususlar 28 ve 29. Maddede düzenlenmiştir.

28. (1) "Mahkemelere, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adlî yargıda görevli, tercihan çocuk hukuku alanında uzmanlaşmış, çocuk psikolojisi ve sosyal hizmet alanlarında eğitim almış olan hâkimler ve Cumhuriyet Savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atama yapılır."

Bu düzenleme uygulamada şöyle bir soruna yol açıyor: Çocuk bürosunda görevlendirilecek Cumhuriyet Savcıları merkezî olarak HSK tarafından bu büroda görevlendirilmek üzere atanmaz. Bir yere atanan Cumhuriyet Savcıları arasından "tercihen" uygun niteliklere sahip savcılar, o yer Cumhuriyet Başsavcısının yaptığı iş bölümüne göre görevlendirilirler. Bu durum yukarıda detaylarına yer verdiğimiz Türkiye'deki Cumhuriyet Savcılarının atanması usulünün sonucu olarak karşımıza çıkar. Zira Cumhuriyet Savcılığı kurum olarak bir bütündür, hâkim atamalarında olduğu gibi, "Çocuk Mahkemesi" ne, "Ağır Ceza Mahkemesi" ne vb. atama yapma olanağı yoktur. Durum böyle olunca, çocuk büro savcılığına atama, iş bölümünü yapmaktan sorumlu olan Cumhuriyet başsavcılarının inisiyatifinde gerçekleşmektedir. Uygulamada çocuk bürosunda görevli bir savcının başka bir dönemde başka bir büroda, örneğin basın suçları bürosunda görevlendirilmesinin dolayısıyla o görevde devamlılığın sağlanamamasının en önemli sebebi budur. Bu durum, anlaşılacağı üzere savcıların çocuk hukuku üzerinde uzmanlaşmalarını da engelleyen teşkilata ilişkin bir unsurdur. Tekrar altını çizmek gerekirse Türkiye'de yargı örgütünü düzenleyen 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun madde 18 deki "Savcılık Çocuk Bürolarına atamanın 'iş bölümü' dahilinde yapılmasını öngören ve Başsavcıları görevlendiren" düzenleme çocuğa özgü kurum ve uzmanlaşma ilkesine aykırılık teşkil etmekte ve özellikle 28. Maddede sayılan nitelikleri haiz savcıların görevlendirilmesinin önündeki engel olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen sorunlu noktaların varlığı ile birlikte düşünüldüğünde çocuk yargılamasında çalışanların düzenli olarak eğitime alınıp uzmanlaşmalarının öngörüldüğü 32. madde de çocuk bürosunda görevli Cumhuriyet Savcılarının uzmanlaşması için işlevsiz kaldığını görüyoruz. Her şeyden önce çocuk bürosunda görevli savcıların görevlerinde devamlılıklarının sağlanması önemli bir ihti-

yaç. Çocuk bürosunda görevli bir savcı, başka bir dönem başka bir büroda görev aldığı takdirde 32. maddenin uzmanlaşma meselesine katkısı oldukça yetersiz olmakta.

Çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesi açısından ÇKK. 30. maddeye de yakından bakmakta fayda var. ÇKK. 30. maddede savcılık çocuk büroları için sayılan çocuklar hakkında *"gecikmeksizin tedbir alınmasını sağlamak, korunma ihtiyacı olan, suç mağduru veya suça sürüklenen çocuklardan yardıma, eğitime, işe, barınmaya ihtiyacı olan veya uyum güçlüğü çekenlere ihtiyaç duydukları destek hizmetlerini sağlamak üzere, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içinde çalışmak"* gibi görevlerin yerine getirilebilmesi için savcılık bürolarının fiziksel olarak ve personel açısından tam teşekküllü kurulmuş olması gerekir. Diğer adli organlardan bağımsız, çocuk adalet sisteminin gereklerine uygun, kendine ait sekretarya birimine ve yeterli sayıda sosyal çalışmacıya sahip çocuk savcılık bürolarının mevcut olmaması, söz konusu maddenin uygulanma olanağını ortadan kaldırmaktadır. ÇKK 30. maddede sayılan görevlerin yerine getirilmesini sağlamaya yönelik savcılık çocuk bürolarının sahip olması gereken niteliklerini sıralayan mevzuat hükümlerinin yokluğunun ciddi bir eksiklik teşkil ettiği kanaatindeyiz. ÇKK'daki bunun gibi düzenlemelerin başta da belirtilen ÇKK 4(g) maddesindeki soruşturma ve kovuşturma sürecinde özel ihtimam ilkesiyle de uyum içinde olduğu söylenebilir. Ancak bu bürolar için gereken çok disiplinli, uzman istihdamının ve altyapı ihtiyaçlarının mevzuatta öngörülmemiş olması en temel sorun olarak karşımıza çıkmakta. Yine "g*ecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, bu görevler çocuk bürosunda görevli olmayan Cumhuriyet Savcıları tarafından da yerine getirilebilir."* ifadesi yer alan ÇKK 30 (2). maddede, gecikmesinde sakınca bulunan haller belirtilmediği için, ucu açık bir durum söz konusu. Bunlara ek olarak, çocuk bürolarında devamlı nöbetçi savcının bulunmaması da çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesi açısından benzer bir soruna yol açmakta. Cumhuriyet Savcılıklarında nöbetler büro esasına göre belirlenmediğinden, mesai saatleri dışında ve hafta sonlarında adliyelerde nöbetçi çocuk bürosu savcısı bulunmamakta. Bu durumda gerekli savcılık işlemleri nöbetçi olan genel savcılar tarafından yürütülmekte.

C. Uygulamaya İlişkin Değerlendirmeler

Mevzuatın yanı sıra uygulamanın da değerlendirilmesi çocuk savcılığının mevcut durumuna ilişkin daha tamamlanmış, daha bütüncül bir resmi ortaya koymak açısından önemli. Çocuk yargılamasının öznelerivle yapılmış saha araştırmalarının verilerine geçmeden önce çocuk yargılaması ve çocuk savcılığına ilişkin güncel istatistiklere bir bakalım.

2019 yılında suça sürüklenen çocuklar hakkındaki davaların çocuk mahkemelerinde ortalama görülme süresi 261 gün, çocuk ağır ceza mahkemelerinde ise 230 gündür.[36] Ceza soruşturmaları ise, yine aynı yılın istatistiklerinde ortalama 416 günde tamamlanmış görünüyor.[37] Oldukça uzun süren bu soruşturma ve kovuşturma aşamaları, ÇKK'da hedeflenen süratli yargılamanın sağlanamadığını ve çocuk dosyalarının öncelikli olarak ele alınması ilkesinin hayata geçirilemediğini gösteriyor.

Adli İstatistik verilerinde, suça sürüklenen çocukların yargılandığı mahkemelere baktığımızda çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesi açısından da sorunlu bir tabloyla karşılaşıyoruz. 2019 yılında suça sürüklenen çocuklar hakkındaki yargılamaların %45,3'ünün çocuk mahkemesinde, %5,2'sinin çocuk ağır ceza mahkemesinde, %49,5'inin ise yetişkin yargılamalarını yapan ağır ceza ve asliye ceza mahkemesinde görüldüğü istatistiklerde yer alıyor. [38] Uygulamada asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin çocuklar hakkında çocuk mahkemesi sıfatıyla yargılama yaptıkları kabul edilse de bunların yetişkinlere özgü mahkemeler olduğu ve çocuğa özgü makam ve uzmanlaşma ilkesine uygun bir uygulama olmadığı açıktır. Çocuk adalet sisteminin çocuk davalarının tamamına cevap verebilecek şekilde tüm ülke genelinde yaygınlaştırılması, suça sürüklenen çocukların tamamının çocuğa özgü kurulmuş ve uzmanlaşmış mahkemelerde yargılanmalarının önünün açılması çocuğun yüksek yararı gereğidir.

Adli İstatistik verilerine göre yine 2019 yılı içinde 117.001 çocuk hakkında ceza mahkemelerinde dava açılmış.[39] Uzun zamandır göz-

36 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, s.32.
37 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019, s.12.
38 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2012-2019, s. 69.
39 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2012-2019, s. 65.

lediğimiz bir olgu olan yıllar içinde çocuklar hakkında açılan dava sayısı ve verilen mahkûmiyet kararlarının düşüşü bu yıl da karşımıza çıkıyor ancak buna rağmen verilen hapis cezası kararlarının arttığını da görmekteyiz. 2019 yılında verilen hapis cezası kararının toplam sayısı 29.078. Hapis cezası kararlarının tüm mahkûmiyet kararları içindeki oranı ise %37,4. [40] Son 5 yılın en yüksek oranı olan bu veri, adalet sisteminin çarpıcı bir biçimde çocuklar için daha cezalandırıcı bir hale dönüştüğünü göstermekle birlikte çocuklar hakkında özgürlüğünden yoksun bırakıcı hapis cezası ve tedbir kararı verilmesinin son çare olması ilkesine de uygun olmayan bir tabloyu gözler önüne sermekte.[41]

İstatistikler genel duruma bütüncül bir bakış sağlamakta. Çocuk yargılamasına ilişkin bu rakamlar çocuk savcılığının uluslararası hukuka ve iç mevzuata uygun bir şekilde teşkilat ve işleve sahip olup olmadığını da sorgulatması açısından önemli. Çocuk yargılamasının özneleriyle yapılmış nitel araştırmaların verileri Türkiye'de çocuk savcılığına ilişkin uygulamada önemli sorunlara ve eksiklere işaret etmekte. İlk olarak tespitler "çocuk savcılık bürosunun" kanunda tarif edildiği gibi kurulmamış olduğuna ilişkin.

Karataş, çocuk yargılamasında çalışan uzmanlarla yaptığı derinlemesine görüşmelerde uzmanların çocuk yargılamasına ilişkin uygulamayı değerlendirirken adliyelerde bağımsız çocuk savcılık bürosunun olmamasını en önemli sorunlardan biri olarak tespit ettiklerini aktarıyor. Mahkeme uzman personeli olarak görev yapan bu psikologun vurguladığı koşullar ve koşulların çocuklar üzerindeki etkisi dikkate değer:

> *"Çocukta en büyük dikkatimizi çeken çocuk savcılık soruşturmasında koridorda bekliyorken o kendine aldığı sıkıntı, oradaki bakış açısı. Düşünsenize bir suç işlediniz yolda yürürken herkes size bakıyormuş gibi ama kimse bakmıyordur. Ama bir çekin-*

40 Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2012-2019, s.75.

41 Taşkın Yüksel, *Çocuk Adalet Sisteminde Karşılaşılan Temel Sorunlar* ve *Çözüm Önerileri Raporu*, 2020. https://chp.azureedge.net/fdbf117baa4b4d9f87aaaea1ae6dd4da.pdf erişim 5 Ekim 2021. Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, Çocuk Adalet Sistemine İlişkin Politika Belgesi, İstanbul, 2020, s. 11-12. http://www.tcyov.org/wp-content/uploads/2020/11/Yeniden_Politika_Belgesi.pdf

me, yer yarılsa da içine gireyim istersiniz bunun gibi. Savcılık soruşturmasında burada yarım saat, kırk beş dakika beklemek zorunda kalıyor. Yetişkinlerin beklediği koridorlarda bekliyorlar. Adliyede kavgalar çıkabiliyor, tartışmalar olabiliyor. Çocuğun bunlara bakış açısı değişiyor bir anda. Korkuyor, ifade vermekten korkuyor." **(Psikolog-1, Aile Mahkemesi)**[42]

Çocuk savcılıklarındaki uygulamanın, ÇKK ve çocuk hukuku mevzuatına ilişkin evrensel norm ve ilkelere ne kadar yaklaştığının ipucunu uygulamadaki terminoloji de veriyor. Örneğin suça sürüklenen çocuklarla ilgili işlerle görevlendirilen savcılık bürolarının isminin iç yazışmalarda "Çocuk Suçları Bürosu" olması suç odaklı bir yapıyı çağrıştırması açısından düşündürücü. Çocuk savcılığının yetişkin savcılık bürolarından yukarıda işaret ettiğimiz farklı yönleri, yapısal ve işlevsel farklılığın sağlanması ve korunmasıyla mümkündür. Türkiye'deki uygulamada çocuk savcılığı ile yetişkin savcılığının birbirinden çok farklı olmadığını düşünen çocuk savcılarının olduğunu bir başka saha araştırmasında yapılan derin mülakatlardan öğreniyoruz:

"Aslında sistemde bir fark yok. Sadece davranış biçimini ayarlayabilirsin. Büyük bir insana yaptığı bir şeyi sorarken sesini yükseltebilirsin ama çocuğa sesini yükseltmemek lazım. Şefkatle yaklaşmak lazım öyle diyelim." **(Çocuk Savcısı, 3)**[43]

Çocuk yargılamasıyla yetişkin yargılaması arasındaki farkı yaratacak imkan ve altyapıdan mahrum olunduğu, soruşturmanın dahi olması gerektiği gibi yapılamadığı yine aynı araştırmada uygulayıcılar tarafından şöyle vurgulanmıştır:

"Uygulama ne yazık ki, söylediğim gibi yani (...) uygulamasını söyleyeyim ben size; (...) uygulamasında bir çocuk suç işledi,

42 Karataş, Zeki; Mavili, Aliye, *Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar*, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S.45, Ekim-Aralık, 2019, s. 1028; Karataş, Zeki, *Çocuk Adalet Sistemi Kapsamında Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamaların Nitel Analizi,* Yayınlanmamış Doktora tezi, 2019, s. 173.

43 Atılgan Ümit, Eylem; Çavdar, Yaşar; Atılgan Aydın*, Türkiye'de Savcılık Çocuk Bürolarının Güçlendirilmesi: İhtiyaçlar Ve Öneriler*, UNICEF, (yayınlanmamış rapor) Ankara, 2014, s. 26. Görüşmecinin ifadesindeki şehir ismi, görüşmecinin anonimliğinin sağlanmasabilmesi gerekçesiyle gizlenmiştir. Görüşmecinin şehrin ismini geçirdiği kısımlar cümlede (...) şeklinde bırakılmıştır.

işte bir arabanın camını kırdı, mağdur ve müşteki karakola gidiyor müracaat ediyor. Karakola müracaat ettiğinde karakolda mağdur ve müştekinin ifadesi alınıyor, sonra olay ile ilgili varsa tanık toplanıyor, tanık ifadeleri toplanıyor, işte takdiri kıymetleri yapılıyor, olay yerlerinin tespitleri yapılıyor, varsa güvenlik kameraları ekleniyor. Bütün bunların hepsi tamamlandıktan sonra evrak, Çocuk Şubeye teslim ediliyor. Çocuk da aynı şekilde evrak ile beraber Çocuk Şubeye getiriliyor. Çocuk Şube, sadece nakil işini yapıyor; çocuğu getiriyor Savcılığa, Savcılık da biz avukat huzurunda çocuğun ifadesini alıyoruz ve 'soruşturma yaptık' diyoruz. Ben bunu açık yüreklilikle şunu söylüyorum; yani bir iş yapılır, yapılır gibi gözükülür ya da gerçekten ya yapılır ya da yapılmaz. İşte, bunlardan sonra ikisi bana göre 'işin yapılmadığı' anlamına geliyor. Yani biz ne yazık ki, çocuk ile ilgili aslında sağlıklı bir soruşturma yapmıyoruz." **(Çocuk Savcısı, 1)**[44]

Suç ve ceza odaklı böyle bir yapının çocuk koruma işlevini ifa etmek açısından yetersizliği, çocuk hakları alanında çalışan avukat ve stajyer avukatlardan oluşan bir sivil inisiyatif olan ÇAÇAv'ın raporlarında da dile getiriliyor. Çocuk hakları alanında çalışan avukatlar, "çocuk savcılarının, koruyucu ve destekleyici tedbirlerin alınması için genelde talepte bulunmadığına, bu tedbirlerin alınmasını mahkemeye bıraktığına, suça sürüklenen çocuk, aynı zamanda korunma ihtiyacı içindeki çocuk dahi olsa savcıların bu çocuklara ilişkin önlem almadığına" dair deneyim ve gözlemlerini aktarmaktalar.[45] *Karataş*'ın araştırmasında bazı meslek uzmanları nadiren de olsa bu yolu işletebildiklerini söylüyorlar:

"Suça sürüklenen çocuğun korumaya ihtiyacı olduğu zaman biz savcılık aşamasında çocuk koruma kanunu 9. maddeye göre direk bakım tedbiri aldırabiliyoruz. Ama bu çok nadir oluyor. Genelde 6. maddeye göre sosyal hizmetlere bildirim yapıyoruz. Onlar daha detaylı incelesinler diye." **(Pedagog-2, Çocuk Mahkemesi)**[46]

44 Age., s. 25-26.
45 ÇAÇAv, *Çocuk Adalet Sistemi Sorun Tespit Raporu*, 2015, Ankara, s. 6.
46 Karataş, s. 203.

Uygulamacıların genel olarak tespitleri savcılık aşamasında çocuğun ihtiyaç ve sorunlarının belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadığı yönünde. Soruşturma aşamasında çocuğun ihtiyaç ve sorunlarının dikkate alınmamasının sistemde yarattığı boşluğa çocuk ve aile mahkemesinde görevli birçok uzman aynı şekilde dikkat çekiyor:

> *"Suça sürüklenen çocuğun korunma ihtiyacının belirlenmesi ise bence savcılık aşamasında olmalı. Çocuk ilk ifadesine geldiği zaman belki çok acil korunma ihtiyacı var. Ama biz mahkeme aşamasında öğreniyoruz çocuğun bilgilerini."* ***(Psikolog-4)***
>
> *"Çocuğun ve ailesinin sorun ve ihtiyaçlarının tespit edilmesi ilk adli sisteme girdiği noktada yapılması gerekir diye düşünüyorum."* ***(Pedagog-3)***
>
> *"Sosyal inceleme direk savcılık aşamasında olursa erken müdahale şansımız olur."* ***(Pedagog-2)***[47]

Suç soruşturma odaklı bu yapının sadece suç işlenince harekete geçiyor olması çocuk savcılığını koruma rejiminin önemli bir öznesi olmaktan çıkarmakta. Oysa çocuk yargılamasındaki çocuğa özgü kurum kavramı suç odaklı olmayan çocuk koruma odaklı olan bir yapıyı gerektirir. Kıdemli Çocuk Hâkimi *Aydın*, Türkiye'deki çocuk yargılaması kurumlarının suç ve ceza odaklı olmasını şu sözlerle eleştirir:

> *"Hâkimlere, Cumhuriyet Savcılarına veya avukatlara; çocuk mahkemesinin "bir hukuk mahkemesi mi" yoksa "bir ceza mahkemesi mi" olduğunu sorduğunuzda, alacağınız cevap genellikle "ceza mahkemesi" olduğuna dair olacaktır. Oysa çocuk mahkemeleri hem hukuk mahkemesi ve hem de ceza mahkemesidir. Çocuk mahkemesini, mahkemelerin teşkilat yapısı içinde bir ceza mahkemesi olarak görme anlayışı, mahkemenin tüm faaliyetlerine, yaklaşım biçimine ve tarzına yansımaktadır."*[48]

Özelde çocuk savcılığının genel olarak da çocuk yargılamasının çocuk koruma işlevinde yetersiz kaldığını dile getiren çocuk hâkim

---

47 Karataş ve Mavili, s.1028.

48 Aydın, Murat, *Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kurulmalıdır!*, 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali/ Tebliğler, Editör (Ed.) Adem Sözüer, İstanbul, 2013, s. 62.

ve savcıların sayısı saha araştırmalarında oldukça fazla. Sebebinin ise yapısal ve kültürel olduğunu dile getiren görüşlerden birini buraya aktaralım:

> *"Çocuk hukukunda ne yazık ki, başlangıçtan beri yani Osmanlı Döneminde de aynı şey söz konusu şimdiki dönemde de yani Cumhuriyet Döneminde de aynı şey konusu, ne yazık ki, ikincil bir ayrım var. Yani çocukları biz kategorize ediyoruz, diyoruz ki, 'mağdursun sen, suça sürüklenen çocuksun'. Şimdi öyle ikili bir ayırım beraberinde şu sıkıntıyı getiriyor; Kanundaki tabire bakacak olursak korunmaya ihtiyacı olan çocuk, belli, ikili bir ayırım var söylediğim gibi, mağdur ve suça sürüklenen çocuk yani daha doğrusu, korumaya ihtiyacı olan çocuk ve suça sürüklenen çocuk. Şimdi korumaya ihtiyacı olan çocuğunun Yasa'daki tabirine bakıyorsunuz, tanımına bakıyorsunuz; önünüze gelen suça sürüklenen çocuklara baktığınızda korunma ihtiyacı açıkça ortada yani bu çocuk da suç işlediğinde geleceği tehlikede, psikolojisi risk altında, sağlığı risk altında ama ne yazık ki, suça sürüklenen çocukla ilgili sadece yaşı büyük şüphelilerle ilgili yaptığımız gibi soruşturma işlemi yapıyoruz, ondan sonra bırakıyoruz. Yani koruma işi, her daim şeyde kalıyor."* **(Cumhuriyet Savcısı, 1)**

Öztürk ve arkadaşlarının gerçekleştirdiği saha araştırmasında elde ettikleri verilere göre bazı illerde henüz suça sürüklenmiş veya suç mağduru olmayan ve fakat refakatsiz ve korunmaya muhtaç durumda bulunan çocukların kolluk tarafından Sosyal Hizmet Kurumlarına tesliminde zorluklar yaşandığı, bu gibi hallerde ASPİM'e bağlı kurumların, anılan statüdeki çocukları teslim almak için Savcılık talimatı talep ettikleri ancak savcıların, ortada herhangi bir suç soruşturması bulunmadığı için herhangi bir yetkilerinin bulunmadığını belirttiklerini ve işlem yapmayı reddettiklerini öğreniyoruz.[49]

ÇKK 15. maddede çocuk savcısının çocuk hakkında gerekli tedbirlerin alınması için çocuk hakimliğine başvurabilmesinin düzen-

49 Öztürk, Neva; Taner, Gökçen; Kontacı, Ersoy, *Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 37, Ankara, 2019, s.70.

lenmiş olmasına rağmen uygulamada bu yolun kullanılmamasının çocukların eğitim, sağlık, danışmanlık, barınma ya da bakım gibi temel haklarına erişmelerinin önünde engel oluşturduğu tespitini Çocuk ve Adalet Platformunu meydana getiren çocuk adalet sisteminde çalışan uzmanların katılımıyla gerçekleşen yuvarlak masa toplantılarının sonuçlarından derlenen raporlarda da görüyoruz. Aynı raporda, savcılık aşamasında bu tedbirlerin alınmamasının çocukların tekrar suça sürükleyen ortamlara geri dönmelerine neden olduğu tespitleri de yer alıyor.[50] Bu tespitler, çocuk savcılığındaki uygulamanın sadece koruma değil aynı zamanda önleme fonksiyonuna ilişkin de sorunları barındırdığını işaret eder nitelikte.

Çocuk savcılık faaliyetinin koruma ve önleme fonksiyonunu ifa ettiğinde aslında çocuk dostu adalet sistemi için anahtar rol oynayacağı kanaatini avukatlar da dile getirmekteler:

> *"Ve ilk aşama, yani ilk noktada daha orada sizin birçok şeyi giderebilesiniz, çocuğu koruyabilirsiniz, çocuğun ceza odaklı değil ama ıslaha yönelik, eğitime yönelik başka önlemler alabilirsiniz. Çocuğun tekrar suça sürüklenen çocuksa tekrar suç işlemesinin önüne geçebilirsiniz, mağdursa tekrar mağdur olmasının önüne geçebilirsiniz. Aslında her şey orada başlıyor, çocuk orada tanışıyor ceza sistemiyle." (**Baro Çocuk Hakları Merkezi**)*[51]

Çocuk savcılığının çocuk koruma rejiminin önemli bir parçası olabilmesinin, büronun suç odaklı yapıdan çıkarılıp koruma ve önleme işlevlerine yanıt verebilecek bir yapıya kavuşturulmasıyla mümkün olduğu önceki başlıklarda çizdiğimiz uluslararası hukuk çerçevesinde yer almaktaydı. Bunu mümkün kılacak en önemli yapısal değişikliğin bu büroda meslek uzmanlarının istihdamı olduğu kabulüne uluslararası belgelerde yer verilmesinin yanı sıra Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliğinin ziyaret raporlarında ve iyileştirme önerileri raporlarında da rastlıyoruz. Bu raporlarda çocuklarla ilgili vakaların geniş bir kapsamda uzman bir ekip tarafından değerlendirilebilmesini sağlamak için savcılıkta, yalnızca hukukçuları de-

50 Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, s. 14-15.
51 Atılgan ve arkadaşları, s. 34.

ğil aynı zamanda psikolog ve pedagogları istihdam etmenin planlanması ihtiyacına dikkat çekiliyor.[52]

Türkiye'deki uygulamada çocuk savcılığı bürosu çatısı altında meslek uzmanlarının istihdam edilmediğinin altını çizelim. Son değişikliğe kadar meslek uzmanları mahkemeler nezdinde görev yapmaktalardı. Bu uygulama "uzmanların, görev yaptıkları mahkemenin hâkimine hiyerarşik olarak bağlı, onun memuru durumunda olmaları, karar verecek makam ile astlık – üstlük ilişkisine sahip olma, bu uzmanların bildirdikleri görüşlere uygun karar verip vermemenin hâkimin takdirinde olması" nedeniyle eleştirilmiştir.[53] Son zamanlara kadar mahkemelerde çalışan uzmanların savcılığa telefonla çağrılarak sürece dahil olduklarını güncel durumda ise çocuk savcılarının Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri (ADM) çatısı altında toplanan meslek uzmanlarından destek aldıklarını belirtelim. Bu değişime rağmen çocuk savcılığındaki meslek uzmanlarının rolünün yürütülen faaliyete gereği gibi yansımadığını uygulamacılar dile getiriyorlar.[54] Bu güncel eleştirilerden meslek uzmanlarının çocuk yargılamasının asli bileşenleri olarak karar alma sürecine dahil olmalarının sağlanamadığını halen mahkemeye görüş bildiren bilirkişi konumunda olduklarını anlıyoruz.

Meslek uzmanlarının Çocuk Savcılık bürolarında istihdam edilmek yerine başka bir çatı altında istihdam edilmelerini ve çağrı üzerine destek vermelerinin yarattığı sorunları bir Çocuk Savcısı şöyle anlatıyor:

> *"Meslek elemanlarının soruşturma aşamasında yer verilmesi konusunda; imkânımız yok, şu aşamada yok onun için Bakanlığa başvurumuz oldu, mahkemelerdeki uzmanlardan yararlanmamızı söylediler, onlar da çok meşgul olduğu için işin doğrusu çok bağlantı kuramıyoruz ama yasal olarak zorunlu olduğumuz kısımlar var o zaman işte 'aman, alo imdat' deyince koşturup geliyorlar. 12-15 yaş arasındaki çocuklar için bir Sosyal İncele-*

52 Hammerberg, s. 6.
53 Aydın, s. 61.
54 Çağrı üzerine meslek uzmanlarının vakaya dahil olması usulünün yarattığı sorunlar sosyal çalışmacılar, psikologlar, avukatlar tarafından birçok araştırmada dile getirilmiş. Öztürk ve arkadaşları, s. 67-68; ÇAÇAv, s.8;

me Raporu düzenlenmesi gerekiyor onun için de çocuklarla görüşmeleri gerekiyor o zaman uzmanlarımız yardım ediyor ama onun dışında yardım alamıyoruz." ***(Cumhuriyet Savcısı, 3)***[55]

Özellikle koruma ve tedbir kararlarının önerilmesinde, müdahale planının hazırlanması ve uygulanmasında meslek uzmanlarının daha etkili olması ihtiyacı, çağrı üzerine vakaya dahil olma usulüyle karşılanamamakta. Buradaki sorun meslek uzmanlarının nerede istihdam edildiğinden daha başka bir bağlama oturduğu kanaatindeyiz. Meselenin çocuk savcılığının çok disiplinli yapıdan uzaklaşıp yetişkin savcılık sisteminin uzantısı olarak kalması ve çocuk savcısının çocuk adalet sistemi içindeki koordinasyonu sağlama fonksiyonunu gerçekleştirebilecek kurumsal altyapıdan mahrum olması boyutları da gözden kaçmamalı. Çok disiplinli yapının kurulamamasının meslek uzmanlarıyla hukukçuların ortak çalışma kültürünün gelişimini de olumsuz etkilediğini söylemek mümkün. Meslek uzmanlarının sürece katılımı ve etkilerinin sınırlılığını bu bağlamda düşünen uygulamacılar çoğunlukta:

"Adli sistem içindeki meslek elemanı sayısı birdenbire arttı. Bu artış nitel bir artış olmadı ne yazık ki. Olmayınca sadece rapor hazırlama ve bilirkişilik gibi sınırlı kaldı. Biz bunu daha da ileriye götürmek için uğraştığımızda, doğal olarak hâkimlerimizin, savcılarımızın dirençleri ile karşılaşıyorduk. Bizim meslek elemanı olarak da gerçekten sosyal inceleme raporu hazırlarken; bir bilirkişi olduğumuzu bir tarafa bırakarak bir meslek elemanı olduğumuzu ve bunun gerekliliğini yansıtmamız gerektiğini bilmeliyiz. Nice raporumuzda biz sadece değerlendirme aşamasında mevcut değerlendirmeleri yapıyoruz. Ama sonrasında koruyucu destekleyici tedbir kararlarının önerilmesi, müdahale planı oluşturulması, sonraki süreçle ilgili yönlendirmeler de kısa kalıyoruz. Biz bunu yapmazsak, hâkimlerimizin böyle bir beklenti içerisinde olmaması çok normal olur." **(Sosyal Çalışmacı-1, Aile Mahkemesi)**[56]

Sosyal çalışmacıların hukukçularla birlikte aynı çatı altında ve iş birliği içinde çalışmalarının tercih edildiği modelde farklı birim

55 Atılgan ve arkadaşları, s. 40.
56 Karataş, s. 197-198.

bünyesinde görevli sosyal çalışma görevlilerinden ihtiyaç halinde yararlanılması modeli ile kıyasla sosyal çalışma görevlilerinin sisteme daha fazla oranda katkıları olduğu tespit edilmektedir. [57] Sosyal çalışma görevlilerinin çocuk savcılığı bürosunda istihdamı, psiko-sosyal değerlendirmenin olması gerektiği gibi yapılabilmesi için uygun altyapı ve imkanlarla donatılmış bir çocuk savcılık bürosunun tasarlanması gereğinin de sonucudur. *Öztürk* ve arkadaşlarının araştırmasında birçok uzmanın, bazı hâkimlerin, kendilerinin mahkeme düzeni içindeki varlıklarını ve işlevlerini sorguladıklarını ve mahkemeleri nezdinde görevlendirilmiş olan sosyal çalışma görevlilerini usulen orada bulunan, işi uzatan gereksiz unsurlar olarak değerlendirdiklerini ifade ettiklerini görüyoruz. Raporun yazarları bu veriye kendi gözlemlerini de ekleyerek işin daha da ilginç olan boyutunun, görüşülen bazı hâkimlerin de -aynı ifadelerle olmasa da- benzer yönde değerlendirmelerde bulunmalarının olduğunu belirtmekteler.[58]

Önceki başlıklarda yer verildiği üzere, uluslararası hukuk normlarıyla çizilen çocuk savcılık faaliyetine ilişkin olması gereken işlevler arasında uzlaşma, arabuluculuk gibi onarıcı adalet araçları ve diversiyon gibi depenalizasyon yöntemleri önemli yer tutmakta. Zira suç ve ceza odaklı olmayan bir savcılık faaliyeti suçu önleme amacının yanı sıra çocuğun sisteme girip kriminal özne olmasını da önlemeyi hedeflemeli. Bilindiği üzere Türkiye'deki çocuk yargılamasında çocuğun kolluktayken yani soruşturma süreci henüz başlamadan çocuğa uygulanacak bir diversiyon (yargılama dışına çıkartma) programı bulunmamakta.[59] Diversiyon ya soruşturma ya da kovuşturma evresinde uygulanmakta. Bu konudaki saha araştırmaları, çocukların bir kez adli işleme maruz kalmaları sonucunda dahi içten damgalanmanın gerçekleştiğini ve kriminal özne olarak kendilik algılarının de-forme olduğunu göstermekte. Damgalanmayı izleyen aşamanın suç kariyerinde ilerleme ve suçta tekerrür olduğu bu araştırmalar-

57 Weidkuhn, s. 16-18.

58 Öztürk ve arkadaşları, s.68-69.

59 Kolluk öncesi arabuluculuk ve uzlaşma programlarını iyi örnek olarak uyguladığı kabul edilen ülkelerin sistemleri hakkında bknz.: Özbek, Mustafa S., *Çocuk Adalet Sisteminde Onarıcı Adalet Anlayışı ve Çocuk Arabuluculuğu*, Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu Yargılama Cildi içinde, 5-7 Aralık 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara, s.41-53.

da ortaya konmakta.[60] Çocuk hakimlerinin özellikle çocukların adli sisteme dahil olmalarının önündeki filtre işlevi gören uzlaşma kurumunun işletilmesinin önemi konusundaki görüşleri saha araştırmalarında sık karşımıza çıkmakta. Birbirine benzer görüşlerden birine yer verelim:

> *"Uzlaşma konusunun üzerinde daha fazla durulup, bu prosedürün uygulanması gerektiğini düşünüyorum bir kere. Çocuklara öncelikle dava açmak değil, önce uzlaşma şartları var ise soruşturma aşamasında uzlaştırma müessesesini mutlaka uygulanmasını düşünüyorum. Yani uzlaşma konusunun mutlaka soruşturma aşamasında ciddiyetle uygulanması, hatta hemen dava açmak değil de… Biliyorsunuz insanların genel yapısında da bu vardır, hani olayın sıcağı sıcağına daha bir hırslı olurlar, kızgın olurlar, öfkeli olurlar. Biraz zaman geçirip o öfkenin azalmasını bekleyip, yani bir ay, iki ay gibi duruma göre uzlaşma prosedürünü uygulamaları gerektiğini düşünüyorum."* **(Çocuk Mahkemesi Hakimi, 1)**[61]

Aynı araştırmada çocuk adalet sisteminin önemli araçları olan uzlaşma, arabuluculuk gibi onarıcı adalet ve depenalizasyon araçlarının ve ceza yaptırımı içermeyen yaptırım gibi mahkeme dışı müdahale araçlarının uygulamada karşılık bulmadığını, çocuğun karıştığı her tür fiilin adli iş olarak savcıların önlerine geldiğini, bu durumun da bir taraftan iş yükünü artırırken diğer taraftan da çocuğun damgalanması sonucu yüksek yararını ihlal ettiğini belirten meslek uzmanlarının ve hukukçuların görüşlerine yer verilmekte.[62] *Kaya* çocuk mahkemelerinde gerçekleştirdiği saha araştırmasında, İstanbul Anadolu Adliyesi'ndeki çocuk mahkemelerinde incelediği dava dosyalarında uzlaşmaya tabi olmayan bazı suçlarda polisin taraflara uzlaşma teklif ettiğine ilişkin tutanakları paylaşmakta. Çocuk polisinde yaptığı görüşmelerde bazı polislerin uzlaştırmaya ilişkin bilgi sahibi olmadıklarını, bu sebeple suçların uzlaştırmaya tâbi olup olmadığına bakmaksızın hepsinde uzlaştırma teklifinde bulundukularını, esasında uzlaştırma teklifini polisin değil Cumhuriyet Savcısının

60 Ümit, Eylem, *Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi*, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s.116.
61 Atılgan ve arkadaşları, s. 31.
62 Age. S.32.

yapması gerektiği yönündeki polis ifadelerini aktarmakta.[63] *Karataş ve Mavili'nin* araştırmasında da uzlaşma uygulamalarının olması gerektiği gibi olmadığı tespitlerine rastlıyoruz.

> *"Arabuluculuk ve uzlaşmanın etkin uygulanamaması: "Çocuk şubede uzlaşma evrakları var. Ama usulen yapılıyor onlar. Arada gerçekten iki tarafı da konuşup çaba sarf edip ikna yapacak bir çaba yok orada. 'Uzlaşmayı kabul ediyor musunuz?' imzalamış orayı."* **(Sosyal Çalışmacı-4)**[64]

Öztürk ve arkadaşlarının araştırmasında çocukların adalete erişim hakkı bağlamında değinilmesi gereken ilk sorunun, Türkiye'de çocuklara yönelik alternatif ve onarıcı adalet mekanizmalarının eksikliği ve/veya bunların işletilememekte olduğu tespitine yer verilmekte.[65] ÇAÇAv raporunda ise soruşturma ve kovuşturma aşamasında, bazı durumlarda uzlaşma hükümlerini aktif olarak kullanılmadığına ve uzlaşmaya çocuğun kendisinin karar veremediğine işaret edilmektedir. Uzlaşmada çocuğun görüşleri alınmadığını yine çocuk hakları alanında çalışan avukatlardan öğreniyoruz. [66]

Bütün bu veriler ışığında çocukların basit nitelikli antisosyal eylemlerinin de ağır kanun ihlali içeren eylemlerinin de savcılığa intikal ettiğini ve çok sayıda çocuğun adli sistemle tanıştığını söylemek mümkün. Bu bağlamda, yapılması gereken tüm dosyaların kovuşturma aşamasına geçmesini engellemek. Bu amaca hizmet edebilecek uzlaştırma, önödeme, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bu amaçları karşılayacak etkinlikte uygulanmamaktadır. Bunlar içinde en etkin uygulananı olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması ise, tüm soruşturma ve kovuşturma süreci tamamlandıktan sonra uygulandığından çocuğun adli sistem dışına çıkarılması ve ilk derece mahkemelerinin iş yükünün azalması neticeye etkili olabilecek bir fayda sağlamamaktadır.

---

63 Kaya, Saliha Merve, *Uygulamada Çocuk Yargılaması: İstanbul Anadolu Adliyesi Çocuk Mahkemelerinde Dosya İncelemesi,* Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, 2015, İstanbul, s. 33. Kaya, İstanbul Anadolu Adliyesi'ndeki 2014 yılında, soruşturma evresinde uzlaştırmacıya tevdi edilen toplam 897 dosyadan; 525'inin uzlaşma ile sonuçlandığı, 261'inde uzlaşmaya başlanıp sonuç alınamadığı istatistiki bilgisine de araştırmasında yer veriyor. Bknz. EK-8 s. 203.

64 Karataş ve Mavili, s. 1032.

65 Öztürk ve arkadaşları, s. 64.

66 ÇAÇAv., s.12.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin ise uygulamada başka bir engelle karşılaştığını saha araştırmalarından öğreniyoruz. *Kaya,* çocuk hakimleriyle yaptığı mülakatlarda savcıların, bu kurumu çoğunlukla uygulamamalarının nedenini savcıların terfi kaygılarıyla bağlantılı açıklayan hakimlerin görüşlerini aktarmakta. Hakimler, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildiği zaman, dosyanın üç yıl beklediğini, dosya esastan çıkmadığından, savcıların terfilerini zorlaştırdığını, bu sebeple savcıların bu kurumu işletmediklerini ifade etmekte. Görüşüne başvurulan çocuk mahkemesi hâkimlerinden bir diğeri ise savcıların terfi kaygısı duymadan, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verebilmelerinin yolunun açılması gerektiğini vurgulamakta.[67]

Atılgan ve arkadaşları ise çocuk mahkemeleri, savcılıkları saha araştırmaları raporunda, gerek çocuğun yüksek çıkarını gözetme gibi meta ilke, gerekse asgari-müdahale yaklaşımı (ceza vermeden dosyayı kapatma ve yeniden topluma kazandırmanın desteklenmesi, her türlü özgürlükten mahrum bırakmanın asgari düzeye indirilmesi); eğer müdahale kaçınılmazsa, soruşturma ve yargılama aşamalarında katılım haklarının ve usuli hakların verilmesi ve sistemin genel amaç olarak toplumla kaynaştırmayı hedeflemesi gibi çocuğun yüksek yararını gerçekleştirmeye yönelik ilke ve yaklaşımları Türkiye'deki uygulamada görmenin mümkün olamadığını belirtmekte.[68]

Bu araştırmaların verilerini destekler nitelikte tespitlerin, çocuk alanında çalışan STK'ların görüşleri alınarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın hazırladığı I. Türkiye Çocuk Hakları Stratejisi ve Uygulama Planı (2013-2017)'nda da yer aldığını görüyoruz. 14 Aralık 2013 tarihli, 28851 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan ulusal eylem planında "Çocuk Koruma Kanunu'nun öngördüğü kurumsal yapıların oluşturulmaması, Çocuk Koruma Kanunu'nda öngörülen tedbirlerin uygulanması, uzlaşma, hükmün açıklanması gibi çocuğu ceza sisteminin dışında itecek yöntemlerin yeterli düzeyde uygulanmaması (...) çocuk adalet sisteminin temel sorunlarıdır" ifadesine yer verilmiş.[69]

67 Kaya, s.36.
68 Atılgan ve arkadaşları, s. 28-29.
69 I. Türkiye Çocuk Hakları Stratejisi ve Uygulama Planı (2013-2017) http://www.sck.gov.tr/

Uygulamanın değerlendirilmesinde değineceğimiz bir başka sorunlu alan, kurumsal ve mesleki uzmanlaşmaya ilişkin. Önceki başlıkta tartışıldığı üzere çocuk adalet sisteminde uzmanlaşma kurumsal ve mesleki uzmanlaşma olarak ele alınmakta ve kurumsal uzmanlaşma Çocuğa Özgü Makam ve Uzmanlaşma İlkesi gereği bir zorunluluk. Uygulamada kurumsal ve mesleki uzmanlaşmada dolayısıyla çocuğa özgü makam, kurum ilkesinin hayata geçirilmesinde işaret edilmesi gereken birçok sorunlu nokta var.

Yargılamanın tüm aşamalarında çocuğa özgü kurumların mevcut olmaması ilk göze çarpan sorun. Önceki başlıklarda yer verdiğimiz üzere çocuklar hakkında soruşturma başlatıldığında, bu soruşturmanın çocuk bürosunda görevli savcı tarafından bizzat yapılması yasa gereğidir. Yasanın bu konuda açık bir düzenleme içermesine rağmen, çocuklar hakkındaki soruşturma işlemleri çoğu kez kolluğun çocuk birimi tarafından yerine getirildiği birçok saha araştırmasında aktarılmakta.[70] Savcının, çocuk suçlarının yanında başka suçlara ilişkin soruşturmalarda da görev aldığı, oluşan iş yoğunluğu sebebiyle soruşturma işlemlerini kolluğa yaptırdığı çocuk hakimlerinin tespitleri arasında.[71] Ayrıca, bazı Cumhuriyet Savcılığı çocuk bürolarının kalem teşkilatının bulunmaması, çocuk savcısının, genel soruşturma bürosunda görevli kalem personeli ile işlerini yürütmesi de çocuğa özgü kurum ve kurumsal uzmanlaşmaya aykırılık oluşturmakta ve yetişkin soruşturmasının uzantısı bir yapıya vücut vermekte.[72]

Türkiye'deki uygulamada mesleki uzmanlaşmanın önündeki en büyük engelin savcılık teşkilat yapısındaki iş bölümü esasına göre tayin usulü olduğu uygulamacılar tarafından sık dile getirilmekte. Yargı örgütü içindeki diğer uzmanlaşmış makam ve kurumlardan örnekler vererek buradaki durumu sorgulayan bu çocuk savcısının işaret ettikleri oldukça önemli:

> *"Yasayla ile kurulan özel yetkili mahkemelerimiz var yani özellikle işte, terör yargılamalarını yapan, silahlı çetelerle ilgili yargı-*

wp-content/uploads/2020/02/Cocuk-Haklari-Strateji-Belgesi-ve-Eylem-Plani.pdf (son erişim1 Ekim 2021)

70 Atılgan ve arkadaşları, s. 28-29; ÇAÇAv. s. 6; Karataş ve Mavili, s.1027.

71 Aydın, s. 58

72 Age. s. 58.

lamaları yapan. Burada görevlendirilen savcılar, kendi istekleri olmadıkça belirli bir süre buradaki görevlerinden alınamıyorlar, Yasa uyarınca ama şeyde böyle bir durum söz konusu değil, Çocuk Savcılığında ya da Çocuk Hakimliğinde böyle bir durum söz konusu değil. Kurul ya da işte Başsavcılık, bir irade geliştirip buradaki savcıyı alıp başka bir yerde görevlendirebiliyor veya kurul, buradaki hakimi alıp başka bir yerde görevlendirebiliyor…Onun için belki yasa ya da işte, kurul, ilke kararıyla bu bürolarda görevlendirilen hakim ve savcıların istekleri dışında en azından öngörülebilecek belli süreler içerisinde yerlerinden oynatılmaması gerektiğini düşünüyorum." **(Çocuk Savcısı, 1)**[73]

Çocuk savcısı olarak görev yapan savcıların tamamı, daha önce başka savcılıklarda görev yapmış yargı mensuplarıdır. Hatta birçok adliyedeki duruma bakıldığında çocuk savcılarının çocuk büroyla birlikte başka bürolarda da görev yapmaya devam ettiklerini görmekteyiz. Yargı mensuplarının da belirttikleri üzere, çocuk yargılamasında görevlendirmeye ilişkin özel bir ölçüt mevcut değil.[74] Atanmalarından önce bu alanda çalışmaya istekli olup olmadıkları yargı mensuplarına sorulmadığı gibi göreve başlamalarından sonra katılım zorunlu ve önceden yapılandırılmış düzenli hizmet içi eğitim programı bulunmamakta. Arada yapılan hizmet içi eğitimler düzenli değil, münferit ve çoğu zaman ihtiyari. Dahası, bir süre bu mahkemede çalışan hâkim, istekli olup olmadığına bakılmaksızın başka bir mahkemeye atanabilmekte, savcı başka savcılıkta görevlendirilebilmekte. Bu durumun, bir şekilde oluşan bilgi ve deneyim birikimini de yok ettiği açık. Yargı örgütü içindeki atama usulü ve iş bölümü esasının mesleki uzmanlaşmaya imkân tanımayarak çocuk odaklı yargılamayı olumsuz etkilemesine ayrıca dikkat çeken *Aydın,* bu durumu "yıllar boyu fiile odaklanan, suçu ortaya çıkarıp cezayı belirlemeyi bir yöntem olarak uygulamış hukukçunun, şimdi bir anda faile (çocuğa) odaklanması, onu cezalandırmadan önce iyileştirmeyi hedeflemesi çok güç bir durumdur" şeklinde ifade etmekte.[75]

73 Atılgan ve arkadaşları, s. 38.
74 Aydın, s.61.
75 Age., s.62.

Çocuk yargılamasına özgü ilke ve yaklaşımlara ilişkin düzenli eğitimlerle çocuk dostu adalet paradigmasının yerleştirilmesi hedefi Adalet Bakanlığı strateji belgelerinde de sık sık yer alır.[76] Çocuk adalet sisteminde çalışan yargı mensubuna yönelik eğitimleri yetersiz bulan birçok çocuk hâkim ve savcısının görüşüne saha araştırmalarında rastlıyoruz.[77] Ancak eğitim ve uzmanlaşma eksikliği sadece yargı mensupları açısından tartışılan bir konu değil. Meslek uzmanları açısından da çocuk yargılama alanında çalışabilmek özel bir eğitimi gerektiriyor. Bu ihtiyacı saha araştırmalarında meslek uzmanları sık sık dile getiriyorlar:

> "*Lisans eğitiminde adli psikoloji üzerine herhangi bir teknik ders almıyoruz. Uzmanlaşma yok. Sadece aldığımız teorik eğitimle meslekte usta çırak ilişkisinde bir tecrübe kazanıyoruz. Özlük haklarına gelince maaşımız kesinlikle yetersiz. Mesleki olarak da tükenmişlik yaşıyoruz."* **(Pedagog-2***)*[78]

Uzmanlaşma konusunda ülkemiz uygulamasındaki eksiğin temelinde çocuk hukukunun multidisipliner bir uzmanlık alanı olarak kabul edilmemesinin yattığı kanaatindeyiz. Bu konuda uluslararası paradigmanın yeteri kadar takip edilemeyişi ve anlaşılamayışı nedeniyle parça parça normların tercümesinin yapılması veya münferit kurumların ithal edilmesi sorunu çözmemekte aksine sorunları derinleştirmekte. Çocuk savcılığındaki kurumsal ve mesleki uzmanlaşmanın gerçekleşebilmesi için çocuk hukukunun uzmanlık alanı olarak kabul edilip teşkilat yapılanması ve atamaların bu esasa uygun şekilde yapılandırılmasına ihtiyaç var.[79]

Son olarak çocuk savcılığı uygulamasında eksik kalan önemli bir alana ilişkin sahadan gelen tespitlere değineceğiz. Çocuk savcısının infaz aşamasındaki etkinliğinin Türkiye'deki uygulamada çocuk dostu adaletin ilkelerine uygun olduğunu söylemek oldukça güç. Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, Çocuk Adalet Sistemine İlişkin Politika Belgesinde özgürlüğünden yoksun bırakıcı hapis cezası ve tedbir kararı verilmesinin son çare olması ilkesine aykı-

76 Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi, s.2
77 Kaya, s.53; Karataş ve Mavili, s.; Aydın, s.70; ÇAÇAv., s.15; Atılgan ve arkadaşları, s. 28, 45.
78 Karataş ve Mavili, s. 1026.
79 Atılgan ve arkadaşları, s. 39.

rılıkları istatistiklere dayanarak tespit etmekte. Raporda Türkiye'de bir çocuğun kapalı çocuk ceza infaz kurumunda ya da yetişkinlere ait hapishanelerde kalmasının istisnai olmadığı istisnai olanın sayıca çok daha az çocuğun kaldığı çocuk eğitim evi olduğu bilgisine yer verilmekte.[80] Hal böyle olunca kapalı kurumlardaki hak ihlalleri çocuklar açısından daha hayati hal almakta ve münferit durum olmanın ötesine geçmekte. Örneğin 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu kapsamındaki koruyucu ve destekleyici tedbirlerin infaz aşamasında uygulanmasına pek rastlanmamakta ya da tahliye aşamasındaki kız çocuklarının 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında korunma ihtiyacının olup olmadığının değerlendirilmesi ve Aile Mahkemeleri ile Aile ve Çalışma Sosyal Hizmetler Bakanlığına ihbar ve bildirimi yoluna gidilmemekte. İnfaz aşamasında koruma ve tedbirler açısından çocuk savcısı faaliyetleri açısından oldukça eksik kalmakta.[81]

SONUÇ VE ÖNERİLER

Buraya kadar tespit ettiğimiz sorun alanlarını savcılık çocuk bürolarının yapılanmasına, personel rejimine ve faaliyet ve fonksiyonlarına ilişkin öneriler şeklinde üç başlık altında toplayarak önerileri ve ilgili alandaki iyi örnek kabul edilen ülke uygulamalarını bu başlıklar altında sıralayacağız.[82]

---

80 Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, s.14.

81 Age., s. 16-18. İnfaz aşamasında koruma işlevinin etkin uygulanmadığına ilişkin başka tespitler için bknz.: Dört Duvar Arasında: Ceza İnfaz Kurumlarında Kalan Çocukları, Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu İnfaz Cildi içinde, 5-7 Aralık 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara, s. 32 vd.

82 Makalenin bu başlığı altındaki öneriler, makalede başvurulan diğer saha araştırmalarının yanı sıra esas olarak UNICEF, Adalet Bakanlığı, HSYK, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı, tarafından yürütülen "Çocuklar İçin Adalet" Projesi Kapsamında Çocuklar için Adli Görüşme Odaları Kurulması & Çocuk Savcılık Büroları Güçlendirme Reformu & Çocuklar için Kamusal Vesayet Model Geliştirilmesi, aktivitelerinde verilen iki yıllık (2012-2014) danışmanlık hizmeti sürecinde gerçekleştirilen saha çalışmaları, tarama ve değerlendirmelere dayanmaktadır. Mevzuat tarama faaliyetinin ardından gerçekleştirilen geniş kapsamlı saha araştırmasında çocuk yargılama ve koruma hizmetini yürüten uygulamacılar, sisteme giren çocuklar ve bu konuda eser veren akademisyenlerle derin mülakatlar yapılmıştır. Başta Hâkim-Savcı olmak üzere uygulamacıların görüşlerinden oluşan "Sorunlar, İhtiyaçlar ve Tespitler" başlıklı bu rapor da proje kapsamında diğer danışmanların kaleme aldığı başka raporlarla aynı kaderi paylaşarak basılmamıştır. Nitel yöntemle gerçekleştirilen saha araştırmasında resmî kurumlardan yazılı izinler alınmış, her görüşmecinin rızası alınmış ve ses kayıt cihazı ile kaydedilen görüşmelerin deşifresi rapora (isimler ve kimlik bilgileri tamamen gizlenerek) birebir aktarılmış olup yaklaşık 700 sayfaya

I. SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARININ YAPILANMASINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Çocuk adalet sistemine özgü bir savcılık teşkilatı yapılanması olmadığı için Savcılık Çocuk Bürolarının şu anki yapısıyla çocuk adalet sisteminin temel ilkelerine uygun işlevi yerine getirmesinin mümkün görünmediğini öncelikle belirtmeliyiz. Çocuklara özgü adalet sistemi ile yetişkinler için kurulmuş adalet sistemi arasındaki sınırların her açıdan netleştirilmesine ve iç içe geçen alanların tamamıyla ortadan kaldırılmasına ihtiyaç duyulmakta.[83] Bu gerekçeyle ayrı bir çocuk savcılık teşkilatı yapılanması öngörülmeyen ÇKK'da değişiklik yapılması ve Çocuk Mahkemeleri ve Çocuk Ağır Ceza Mahkemelerinde savcılık görevini yürütecek özel bir savcılık teşkilatının kurulmasının yasa ile düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Kurumsal uzmanlaşmanın refah veya adalet yaklaşımını esas alan Avrupa'daki iyi örnek teşkil eden tüm ülkelerin ortak unsuru olduğu hususunun karşılaştırmalı çocuk savcılığı araştırmalarında yerini aldığını görüyoruz. Weidkuhn'un, karşılaştırmalı hukukta çocuk savcılığı çalışmasında Almanya, Hollanda, İsviçre ve Güney Afrika için ortak olan hususun kurumsal uzmanlaşma yani çocuklara özgü kurumlar olduğunu açıkça ortaya koyduğunu görüyoruz.[84]

Savcılık bürosunun yeniden yapılandırılmasında suç odaklı olmayan bir teşkilat ve görev esası izlenmesi çocuk dostu adalet sistemi açısından oldukça önemli. Bunun içinse çocuğun yaşam ve çevre koşulları, geçmiş deneyimleri, gelecek beklentileri gibi psiko-sosyal etkenleri değerlendirmeye alan sosyal çalışmanın çocuk savcılığı çatısı altında yürütülmesi ve onarıcı adalet yaklaşımının Türkiye'deki uygulamada yaygınlaştırılması için Adalet Bakanlığı tarafından yürütülen Adli Destek ve Mağdur Hizmetlerinin Çocuk Savcılık Bürosunun güçlendirilmesini de kapsayacak şekilde genişletilmesi düşü-

ulaşan toplam 7 rapor maalesef yayınlanmamış, uygulamacı ve araştırmacılarla paylaşılamamıştır.

83 Savcılığa özgü olmayıp Türkiye'deki çocuk yargılamasının geneline yönelen bu eleştiri daha ayrıntılı bir biçimde şu raporda açıklanmakta: Atılgan, Aydın; Atılgan Ümit, Eylem Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, İHOP, Ankara, 2009. http://www.ihop.org.tr/dosya/cocukhaklari.pdf

84 Weidkuhn, s.5-6.

nülebilir. Nitekim modern çocuk savcılığı modellerinde sadece suç soruşturma işlevine hasredilmiş bir savcılık teşkilatına rastlamıyoruz. Suç önleme, koruma ve topluma kazandırma görevlerinin çocuk savcılık bürolarının suçu soruşturmayla sınırlı kalmamasını sağlayan önemli unsurlar olduğunu yukarıdaki başlıklarda gördük. Bu nedenle ÇKK'daki çocuk savcılarının görev tanımlarında yer verilen önleme, koruma, topluma kazandırma görevlerinin nasıl yerine getirileceğiyle ilgili ayrıntılı mevzuat çalışması gerekmekte.

Özellikle Avrupa Konseyi'nin[85] çocuk savcılığının soruşturma ötesine geçmesi gereken pozisyonuna ilişkin son dönemdeki uyarıları karşısında resmî teşkilat şemasında büroların adının "çocuk suçları soruşturma bürosu" olarak yer alması hususunun bir kez daha istişare edilmesi iyi olacaktır kanaatindeyiz. Zira böylesi bir isimlendirme halihazırdaki savcılık faaliyetinin odağında yer alan "suç"tan vazgeçilip odağa çocuğun kişiliği, koşulları ve ihtiyaçlarının yerleştirilmesini de güçleştirmekte. Ancak bu değişim için sadece büronun ismini değiştirmenin yeterli olmayacağı, çocuk savcılığında suç önleme, koruma ve topluma kazandırma görevlerine uygun yetkilendirme ve yapılanmanın yasayla yapılması gerektiği açık. Bu görevleri yerine getirmeye yönelik görev tanımının yasalarca çizilmesi gerekir. Çocuk savcısının çocuğu korumak amacıyla inisiyatif almasının teşvik edilmesi ve bu amaçla daha çok yetkiyle donatılması önemli fark yaratmakta. Almanya örneğinde olduğu gibi çocuk savcısının sadece ceza hukuku kapsamında değil acil durumlarda Medeni Hukuk tedbirlerinin müdahale eşiği düşük olanlarına karar verebilmesi, dolayısıyla bu yetkinin koşul ve sınırlarının yasalarda belirlenmesi önerilir.[86] Çocuk Savcısının kaynağını yasadan alan bütün bu görevlere ilişkin yetkileri yerine getirebilmesi, eğitim kurumları, sivil toplumlar gibi yargı dışı kurumlarla iş birliği içinde çalışabileceği bir büro yapılanmasıyla mümkündür.

İyi örnekler arasında sayılan İsviçre örneği bu konuda Türkiye açısından yol gösterici olabilir. İsviçre'deki uygulamayı somutlaştı-

85 Council of Europe, Consultative Council of European Prosecutors, Questionnaire on Principles of Public Prosecution as regards Juvenile Justice, CCPE-GT(2010)1(rev6), October 2010.

86 Dünkel, Frieder, *Country Report Germany*, in: Dünkel Frieder, Grzywa Joana, Horsfield Philip, Pruin Ineke (Eds), Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments, Vol 2, Mönchengladbach 2010, s. 547.

rabilmek için Çocuk Savcısının orada önlemeye ilişkin yürüttüğü faaliyetlere örnek verelim:

- Savcı, okullardaki tartışmalara, öğretmen panellerine, öğrenci, ailesi ve öğretmenler için düzenlenen akşam etkinliklerine, sosyal hizmet çalışmalarına katılarak yaptığı çalışmaları anlatır.
- Savcı, çocuk suçluluğu veya bir suçun ne zaman ve nasıl bildirileceği gibi genel sorular hakkında okullara hukuki danışmanlık hizmeti verir.
- Savcı, kolluk kuvvetleriyle, belirli topluluklarla ve diğer ilgili kişilerle yuvarlak masa toplantılarına katılır ve varsa endişe verici gelişmeleri tartışır.
- Savcı, kolluk kuvvetleri ile sosyal hizmetler ve sağlık hizmetleri veren kuruluşlar ile birlikte okullar ve öğretmenler için yönerge hazırlanmasına katkıda bulunur (Şiddet içeren bir olay karşısında nasıl davranılmadır, tehdit; suiistimal şüphesi, yasaklı maddeler, yemek yeme bozuklukları, intihar, mobbing, trafik kuralları, vb).
- Savcı erken müdahale programlarını başlatır ya da bu programlara bizzat katılır.[87]

Bu makalede bazılarına yer verdiğimiz çocuk yargılaması saha araştırmalarında görüşülen birçok uygulamacı çocuk savcılığının çocuk hukukuna özgü esaslar gözetilerek yapılandırılması ihtiyacına dikkat çekerken sadece prosedürel farklılaşmayı değil aynı zamanda mekânsal farklılaşmanın da önemine işaret etti. Nitekim iyi örnekler olarak sayılan İsviçre Çocuk Savcılığı, Almanya 'Çocuk Adaleti Meclisi', Güney Afrika 'One Stop isimli Çocuk Adalet Merkezleri' gibi pek çok hizmetin tek çatı altında toplanması örneklerinin birçok konuda önemli kazanımları mümkün kıldığını görüyoruz. Çocuk Savcılık Bürosunun bağımsız fiziksel mekâna sahip olduğu modellerde görülen gelişmeler şu beş alanda sayılmakta.

- İşbirliğinin, uzmanlaşmanın ve ortak anlayışın geliştirilmesi
- Süreçlerin hızlandırılması

87 Weidkuhn, Ursina, 25 Ekim 2012, RFP-TURA-2012-03, *İyi Uygulama Örneklerine İlişkin Masa Başı Taraması: Çocuk Savcılıkları,* UNICEF, Çocuklar için Adalet Projesi, Basılmamış rapor, Ankara, s. 10.

- Eğitici/ destekleyici/ koruyucu tedbirlerin ve müdahalenin hızlandırılması
- Kontrol mekanizmalarının kolaylaştırılması
- Yargılama öncesi gözaltı sürelerinin kısaltılması"[88]

Savcılık çocuk bürolarının yapılanması hakkındaki son öneri kurumsal uzmanlaşma ilkesine uygun bir şekilde nöbet uygulamasının düzenlenmesi ve çocuk savcılarının 24 saat esasına göre görev yapmasının ülke genelinde yaygınlaştırılmasına ilişkindir. Ülke genelinde Savcılık Çocuk Bürolarının yaygınlaştırılması, nerelerde çocuk savcılık bürolarının olduğu ve kaç çocuk savcısının olduğuna dair sağlıklı ve güncel verinin derlenmesi de bu kapsamda önemlidir.

II. SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARINDA PERSONEL REJİMİNE İLİŞKİN ÖNERİLER

Çocuk savcılığındaki kurumsal ve mesleki uzmanlaşmanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi, çocuk hukukunun uzmanlık alanı olarak kabul edilip teşkilatın ve atamaların bu esasa uygun şekilde yapılandırılmasıyla mümkün görünmekte. Çocuk hukukunun çocuk ceza adalet ve koruma hukuku bileşenlerini içeren birleşik bir yüksek lisans programı olarak uygulamalı disiplinlere ilişkin müfredat oluşturulması, Adalet Akademisinde yürütülen hâkim savcı stajı müfredatının sadece çocuk yargılaması değil bir bütün olarak çocuk koruma rejimini de içermesi, alanda çalışan birçok akademisyen ve uzman tarafından uzun süredir önerilmekte. Son dönemde belli başlı üniversitelerin Hukuk Fakültelerinde yaygınlaşan Hukuk Kliniği uygulamalarında çocuk koruma rejiminin aktörlerinin ders verdiğini ve hukuk lisans eğitiminde çok disiplinli uzmanlaşma alanının öğrencilere tanıtıldığını görüyoruz.[89] Bu tür çok disiplinli uzmanlaşmanın yolunu lisans eğitimi düzeyinde açan uygulamalar teşvik edilmeli kanaatindeyiz.

Personel rejimine ilişkin önerilerden belki de en önemlisi çok disiplinli personel istihdamı. İyi örnek olarak incelenen ülke dene-

88 Age., s. 30.
89 İsviçre'de yürütülen "İleri Düzey Çocuk Adaleti Çalışma Sertifikası" programı bu konuda örnek teşkil edebilir. Age., s.6.

yimlerinde çocuk savcılık bürolarında sosyal çalışmacının sürekli istihdamı ortak bir özellik. Hukukçularla birlikte aynı çatı altında ve iş birliği içinde çalışan sosyal çalışmacıların tercih edildiği modelin avantajları yukarıdaki başlıklarda detaylarıyla açıklandı. Klasik savcılık faaliyetlerinin yanına çocuk savcısına özgü faaliyetlerin yani koruma, önleme ve topluma yeniden kazandırma görevlerini yerine getirmeye yönelik faaliyetlerin eklenebilmesi için sosyal çalışmacı istihdamı özellikle önemli.

Personel rejimine ilişkin son olarak değineceğimiz husus, personel özlük hakları ve yükselme kriterlerinin çocuk hukukuna özgü tasarlanması hakkında. Çocuk adalet sistemindeki her işlemin çocuk odaklı yürütülebilmesi ve daha çok mesai ayrılarak, daha özenli gerçekleştirilebilmesi için gerek iş yükü değerlendirmelerinde gerekse meslekte yükselmeye ilişkin istatistiklerde çocuk adalet sistemindeki uygulamacılara yetişkin yargılamasındakinden farklı kriterler uygulanması düşünülmelidir. Terfi, kıdem gibi karar ve işlemlerin çocuk adalet sistemine özgü esaslar gözetilerek Türkiye'de çocuk adalet sisteminde çalışan uygulamacılara uygulanması önerilir. Teşkilat teamülü olan, savcıların iş bölümü esasına göre görevlendirilmelerinin çocuk hukuku alanında uygulanmasının olumsuz yönlerinin kurumsal uzmanlaşma yanı sıra personel rejimi açısından da değerlendirilmesinde fayda gördüğümüzü bir kez daha belirtelim. Bu sorun, aynı zamanda Cumhuriyet Başsavcılıklarının örgütlenmesi konusuyla ilgili olup Avrupa'nın bazı ülkelerinde uygulanan merkezî başsavcılık örgütlenmesi gibi modellerin incelenmesiyle de bazı alternatifler gündeme gelebilecektir. Hollanda'daki merkezî Başsavcılar Kurulu ya da İspanya, Yunanistan gibi ülkelerde mevcut olan uygulamalardan yararlanmak söz konusu olabilir. Çocuk adalet sisteminde çalışacak yargı mensuplarının atanmasına, görev alanlarının değiştirilmesine ilişkin usullerin olduğu kadar, hizmet içi eğitimlere ilişkin ilkelerin de merkezî olarak belirlenmesi ve yasal güvenceye kavuşturulması bu bakımdan önemli. Ayrıca personel rejimine ilişkin öneriler başlığı altında nöbetçi çocuk savcısı uygulamasının tüm illerde yaygınlaştırılması ve istikrar kazanmasına ihtiyacı bir kez daha vurgulayalım.

III. SAVCILIK ÇOCUK BÜROLARININ FAALİYET VE FONKSİYONLARINA İLİŞKİN ÖNERİLER

Önceki başlıklarda detaylı şekilde ortaya konduğu üzere "depenalizasyon", ceza sisteminden çocuğu çıkarmak ve medenî ya da idarî tedbirlere tâbi kılmak ya da vakayı arabulucu önüne taşımak anlamını taşır. Diversiyon yani yargılama dışına çıkartma sürecinde de suçun kovuşturmasındaki çeşitli aşamalarda mevcut olan takdir hakkı kullanılarak, fiil, ceza adaleti sisteminin işleyişinin dışına çıkarılır. Örneğin, polisin veya savcının fiili kovuşturmaya intikal ettirmemesi bunun yerine rehabilitasyon (iyileştirme) veya restoratif (onarıcı adalet) programlara yönlendirmesidir. Modern çocuk savcılık bürosunun yürüttüğü faaliyet alanlarına giren uzlaşma, arabuluculuk ve koruma tedbir kararı verme, tedbir kararının uygulanmasını izleme fonksiyonları modern çocuk adalet sisteminin depenalizasyon ve diversiyon hedeflerinin gereği. Çocuk koruma rejiminin en önemli aktörü olan çocuk savcısının bu hedefleri gerçekleştirebilmesi için üç temel fonksiyonu ifa edecek şekilde tasarlanmış çocuk savcılık bürosuna ihtiyaç var: Uzlaşma, Koruma, İzleme-Takip. Bu üç fonksiyonun yasalarda tanımlanması çocuk savcısının görev tanımının bu fonksiyonları içeren şekilde çizilmesi bu nedenle önemli.

Bu fonksiyonlara uygun şekilde savcının görev tanımının yasalarda çizilmesi ve teşkilatın buna uygun yapılandırılmasında atlanmaması gereken önemli bir husus var. Bu fonksiyonlara uygun sekretarya ve alt birimlerin oluşturulması amaçlanan faydayı elde etmek için kaçınılmaz görünmekte. Uzlaştırmanın yetişkin uzlaştırma müessesesinin genel koşullarından ayrılarak çocuk hukukuna özgü koşullara bağlanması ile çocuk hukukunda deneyimli arabulucu listelerinin tutulması ve uzlaştırmanın mevzuata uygun bir biçimde yönetilmesi gibi faaliyetleri yürütecek bir uzlaştırma sekretaryasının çocuk savcılık bürosu nezdinde oluşturulması bu bakımdan önemli. İsviçre örneğinde çocuklar hakkında savcının verdiği/talep ettiği koruma tedbirlerinin (yönlendirme-diversiyon da dahil) uygulanmasının izlenmesi faaliyetini yürüten bir alt birim ve sekretaryanın çocuk savcılığına bağlı olarak oluşturulduğunu görüyoruz. Buradaki uygulamada çocuk savcısı, çocuk adaleti kapsamında kendisi ya da çocuk

mahkemeleri tarafından verilen bütün ceza ve tedbir kararlarının uygulanmasından sorumlu tutulmuştur.[90]

Öneriler başlığında belki de en önemli değinilmesi gereken hususu yani çocuk adalet sisteminde iş birliği ve koordinasyon problemini ve çözüm önerisini sona bıraktık. Çocuk savcılık bürosunun yapılanmasında çocuk adalet sisteminde görev alan aktörler arasında disiplinler arası iş birliğini ve koordineli çalışmayı mümkün kılacak tasarım özellikle gözden kaçırılmamalı. Birçok ülkede etkin işleyen çocuk savcısı yardımcısı pozisyonunun oluşturulması ve mesleğe yeni başlayan savcıların bu pozisyonda istihdam edilmesi üzerinde düşünülmesi faydalı olur kanaatindeyiz. Özellikle savcı yardımcısı pozisyonunun kurumlar ve disiplinler arası iş birliği ve koordinasyonu sağlama işlevini ifa etmekte etkili olduğunu görüyoruz.[91] Çocuk savcısının il koordinasyon kurulundaki rolünün bu bakımdan güçlendirilmesi, çocuk komisyonu (alt çalışma grubu)nun oluşumunda güçlü bir pozisyonu olması önem arz ediyor. Koordinasyon ve iş birliği konusunda yapısal engellerin aşılması için hizmet içi eğitimlerin, sistem performans değerlendirme toplantıları gibi toplantıların çok disiplinli katılımla planlanmasının faydası göz ardı edilemez. Bu tür eğitim ve toplantılarda farklı disiplinlerden gelen meslek uzmanlarıyla hukukçuların iş birliği içinde çalışma kültürünü geliştirecek teknikleri sunan yaratıcı drama, psiko-drama tekniklerinden yararlanılması deneyimlerinin başarılı sonuçlar verdiğini birçok kez gözlemledik.[92]

90 Weidkuhn, s. 11.

91 Eylem Ümit Atılgan, Koruma Rejimi Açısından Hollanda Çocuk Adalet Sistemi İnceleme ve Çalışma Ziyareti Raporu, 2011, (Verilen danışmanlık hizmeti kapsamında Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne sunulmuş, ancak basılmamış rapor) Eylem Ümit Atılgan, "Cezai Sorumluluğu Olmayan Çocuklara Yönelik Adli İdari Tedbirler- İngiltere örneği Çalışma Ziyareti Raporu" (15-16 Ocak 2014, Verilen danışmanlık hizmeti kapsamında Ankara Hakimevinde kamuoyuna duyurulmuş, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'ne sunulmuş ancak basılmamış rapor).

92 Çocuklar İçin Adalet Projesinin (UNICEF 2012-2014) Adli Görüşme Odası Tasarlanması ve Pilot Uygulamanın Kurulması aşamasında danışman olarak görev yaptığım sırada adli görüşme konusuna odaklanan bir dizi eğitimde çocuk hakim, savcı ve meslek uzmanıyla birlikte çalışma fırsatı bu gözlemi teyit etti.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Akarca, Mehmet: Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, 2017, https://www.anayasa.gov.tr/media/3626/akarca.pdf son erişim 1 Ekim 2021)

Arslantürk, Mustafa: Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Temel Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Artuk, Mehmet Emin: Küçüklerin Cezai Sorumluluğu ve Suçlu Çocukların Yargılanmasında Hakim olan İlkeler, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara Barosu, 2000.

Atılgan, Eylem Ümit, Sedat Yağcıoğlu, Yaşar Çavdar, Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber, UNICEF, Ankara, 2014.

Atılgan, Aydın, Eylem Ümit Atılgan: Çocuk Hakları Paradigması ve Çocuk Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkeler Açısından Türkiye'deki Düzenleme ve Uygulamaların Değerlendirilmesi, İHOP, Ankara, 2009. http://www.ihop.org.tr/dosya/cocukhaklari.pdf

Atılgan, Eylem Ümit, Yaşar Çavdar, Aydın Atılgan, Türkiye'de Savcılık Çocuk Bürolarının Güçlendirilmesi: İhtiyaçlar Ve Öneriler, Basılmamış Rapor, UNICEF, Ankara, 2014.

Atılgan, Eylem Ümit: Koruma Rejimi Açısından Hollanda Çocuk Adalet Sistemi İnceleme ve Çalışma Ziyareti (basılmamış) Raporu, 2011.

Atılgan, Eylem Ümit Yaşar Çavdar, Sedat Yağcıoğlu: "Çocuklarla Adli Görüşme Sorunlar, İhtiyaçlar, Tespitler" Basılmamış Rapor, UNICEF, 2014.

Aydın, Murat: "Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kurulmalıdır!", 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali/ Tebliğler, Editör (Ed.) Adem Sözüer, İstanbul, 2013.

Ayyıldız, Hakan: Ceza Muhakemesinde Adli Kolluk ve Soruşturmadaki Rolü, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2021.

CENTEL, Nur, "Adil Yargılanma Hakkı ile Silahların Eşitliği Bağlamında Savcılık ve Savunma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyum Kitabı içinde, TBB., Ankara 2007.

ÇAÇAV, Çocuk Adalet Sistemi Sorun Tespit Raporu, 2015, Ankara.

Demirtaş, İbrahim: Aile Çocuk Mahkemeleri İşleyiş Sorunlar, Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı, Ankara, 2012.

Dört Duvar Arasında: Ceza İnfaz Kurumlarında Kalan Çocukları, Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu İnfaz Cildi içinde, 5-7 Aralık 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara.

Dünkel, Frieder, Country Report Germany, in: Dünkel Frieder, Grzywa Joana, Horsfield Philip, Pruin Ineke (Eds), Juvenile Justice Systems in Europe, Current Situation and Reform Developments, Vol 2, Mönchengladbach 2010.

Gündüz, Nurcan: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Yayınlanmamış Doktora Tezi.Ankara, 2016.

Hammerberg, Thomas Çocuklar ve Çocuk Adalet Sistemi İyileştirmeye Yönelik Öneriler, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği, Strasbourg, 2009.

Jehle, Jörg Martin: "Savcılık Örgütü'nün Rolüne İlişkin Avrupa Çapında Bir Karşılaştırma", Bir Adli Organ Olarak Savcılık Sempozyumu, Ankara, 7-9 Temmuz 2006, Çev. Gülşah Kurt, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006.

Kaya, Saliha Merve: Uygulamada çocuk yargılaması: İstanbul Anadolu Adliyesi Çocuk Mahkemelerinde dosya incelemesi,Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, 2015, İstanbul.

Karataş, Zeki Sosyal Hizmette Uygulama Alanları, 2017, http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/sosyalhizmetlt_ao/soshizmetteuygalanlari.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Karataş, Zeki: Çocuk Adalet Sistemi Kapsamında Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamaların Nitel Analizi, Yayınlanmamış Doktora tezi, 2019.

Karataş, Zeki, Aliye Mavili, Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, S.45, Ekim-Aralık, 2019, 1013-1043.

Katoğlu, Tuğrul: "Savcılık Üzerine Düşünceler", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, 19 (177), (1995).

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Keyman, Selahattin: Ceza Muhakemesinde Savcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.

Nessa Lynch, Restorative Justice Through a Children's Rights Lens, International Journal of Children's Rights 18, V.7 (1), 2010.

O'Connell, Michael and Elizabeth O'Connell, Youth Justice and Youth Crime in Australia, John Winterdyk, International Perspetives, Models and Trends içinde, CRC Press, 2014.

Odala, Violet: "The Spectrum for Child Justice in the International Human Rights Framework: From Reclaiming the Delinquent Child to Restorative Justice", American University International Law Review, 27 (3), (2012).

Öztürk, Neva Gökçen Taner, Ersoy Kontacı, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 37, Ankara, 2019.

Özbek, Mustafa S.: "Çocuk Adalet Sisteminde Onarıcı Adalet Anlayışı ve Çocuk Arabuluculuğu, (Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu Yargılama Cildi içinde, 5-7 Aralık 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara.

Şık, Hüseyin: Bazı Ülkelerde Savcılık Kurumu, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 7 (14), Aralık (2019).

Taşkın, Yüksel: Çocuk Adalet Sisteminde Karşılaşılan Temel Sorunlar ve Çözüm Önerileri Raporu, 2020. https://chp.azureedge.net/fdbf117baa4b4d9f87aaaea1ae6dd4da.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Ümit, Eylem: Mekândan İmkâna: Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi, Ankara Barosu Yayınları, 2007.

Weidkuhn, Ursina: An International Assesment On Child Prosecutor Offices, Uluslararası Çocuklar için Adalet Sempozyumu, 5-7 Aralık 2012, Yargılama Cildi içinde, Türkiye Adalet Akademisi Yayın No: 29, Ankara, 2012.

Weidkuhn, Ursina: 25 Ekim 2012, RFP-TURA-2012-03, İyi Uygulama Örneklerine İlişkin Masa başı Taraması: Çocuk Savcılıkları, UNICEF, Çocuklar için Adalet Projesi (Basılmamış rapor), Ankara.

Winterdyk, John A.: Introduction: Juvenile Justice in the International Arena, Juvenile Justice, International Perspetives, Models and Trends, CRC Press, 2014.

Zafer, Hamide: "Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcıların Hukuki Statüsü", (Ed.) Nur Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular içinde, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Konferansları Serisi 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Diğer Kaynaklar

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Yargı Sisteminin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları, Aralık 2010. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/e0a67151-fb8b-4c6c-a095-af118c918072.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Demokratik Bir Toplumda Hâkim Ve Savcılar Arasındaki İlişkiler Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine Sunulan Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyinin (Ccje) 12 (2009) Sayılı Görüşü Ve Avrupa Savcıları Danışma Konseyinin (Ccpe) 4 (2009) Sayılı Görüşü, Aralık 2009. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/b987ccbc-ffd6-457f-9281-9c6c69045912.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Avrupa Savcıları Danışma Konseyi, Cezai Soruşturmalarda Savcıların Rolüne İlişkin 10(2015) sayılı Görüş, 20 Kasım 2015 https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/cd93900a-eaa4-4742-9e7b-62e-75b4a016b.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Cezai Adalet Sisteminde Savcılığın Rolü İle İlgili Üye Devletlere Sunduğu Rec(2000)19 Sayılı Tavsiye Kararı, Ekim 2000. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/85cd220e-566e-4b4f-8350-ced2d6709053.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Council of Europe, Consultative Council of European Prosecutors, Questionnaire on Principles of Public Prosecution as regards Juvenile Justice, CCPE-GT (2010)1(rev6), October 2010. https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/c8dd1278-8757-4143-8ce4-67bb5c296320.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Committee on the Rights of the Child, Children's Rights in Juvenile Justice General Comment No. 10 (2007), (CRC/C/GC/10), 25 April 2007, (10 Nolu Genel Yorum).

Çocuk Adalet Sisteminde Çocuğun Yüksek Yararı Politika Belgesi, Uluslararası Çocuk Merkezi, İHOP, Ankara, 2012.

Çocuk Dostu Adalet Politika Belgesi Uluslararası Çocuk Merkezi, İHOP, Ankara, 2012.

Yaş Ayrımcılığı: Kanun Önünde Eşitlik ve Çocuk Hakları Politika Belgesi, Uluslararası Çocuk Merkezi, İHOP, Ankara, 2012.

Türkiye Çocuk Adalet Sistemine Sivil Toplum Gözüyle bakış Projesi Kitabı, Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, İstanbul, 2012.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adalete İlişkin Rehber 2010.(Avrupa Konseyi Rehberi) https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/6756/%C3%A7ocuk-dostu-adalet.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Türkiye Çocuklara Yeniden Özgürlük Vakfı, Çocuk Adalet Sistemine İlişkin Politika Belgesi, İstanbul, 2020 http://www.tcyov.org/wpcontent/uploads/2020/11/Yeniden_Politika_ Belgesi.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

I. Türkiye Çocuk Hakları Stratejisi Ve Uygulama Planı (2013-2017) http://www.sck.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/Cocuk-Haklari-Strateji-Belgesi-ve-Eylem-Plani.pdf (Son erişim 1 Ekim 2021)

Çocuk Koruma Hizmetlerinde Koordinasyon Strateji Belgesi, 2014-2019.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2019.

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2012-2019.

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI AÇISINDAN HAKİMİN TAKDİR HAKKINDA ÖLÇÜT SORUNU*

Dr. Öğr. Üyesi Çağrı KAN**

Sen yaralısın, ben yaralıyım, o yaralı.
*Dönüşmeden, ayrışarak nasıl saracağız bu yaraları…****

Özet

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde, TCK m. 61 ve m. 62'de yer alan düzenlemeler temel alınmaktadır. Ceza belirlenirken soyut cezanın somutlaştırılması için kanun koyucunun takdiri gereklidir. Hâkimin takdir yetkisinin kullanılması Aydınlanma Dönemi'ndeki bazı keyfi uygulamalara karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bugün, takdiri indirim nedenlerinin ceza kanununda bulunması gereklidir. Ancak, bunun için kavramsal belirlemeler yerine ağır suçlar; şiddet, nefret, cinsiyet saikli suçlar, çocuk ve kadın cinayetleri gibi suçlarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması için ölçütler oluşturulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Hakimin Takdir Yetkisi, Ölçü, Kravat İndirimi

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 16/07/2021. İlk hakem raporu tarihi: 06/12/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 07/12/2021.

** Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, cagrikan@pau.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4414-217X.

*** Makale yenice kaybettiğim suç sosyolojisinin ve şiddet çalışmalarının kıymetli bilim insanlarından Prof. Dr. Necmettin Özerkmen Hocama adanmıştır. Rahmetle.

THE PROBLEM OF CRITERIA IN THE DISCRETION OF THE JUDGE IN TERMS OF THE APPLICATION OF THE REASONS FOR THE DISCOUNT

Abstract

Determining and customizing of the punishment is based on the articles 61 and 62 of Turkish Criminal Code. The discretion of the legislator is required in determining the punishment in order to embody the abstract punishment. The right to exercise judicial discretion appeared as a reaction to some arbitrary practices during the Period of Enlightenment. Today, the reasons for discretion reducing must be found in the Criminal Code. However, instead of conceptual definitions, a criteria must be determined for serious crimes such as violence, hate, gender-motivated crimes, pedicides and femicides in order not to apply discretion reducing.

Keywords: Determining of the Punishment, Customizing of the Punishment, Discreation of the Judge, Margin of Discreation, Remission Based on the Outfit of the Suspect

GİRİŞ

Suç işlendikten sonra doğan soyut olarak ceza verme hakkıyla birlikte, cezanın türü ve şiddeti henüz belirlenmemekte, iddianame tanzim edilerek sanık hakkında dava açılması ve onu izleyen yargılama neticesinde failin cezası mahkeme tarafından belirlenmektedir. Bu aşamada ceza verme hakkını somutlaştıracak bir sisteme ihtiyaç bulunmaktadır. Failin fiilinin ağırlığı ve kusuru esas alınırken[1] somutlaştırılacak olan soyut cezayı tayin etme, kanun koyucunun takdirini ilgilendiren bir husustur. Aydınlanma döneminden önce, bu belirleme keyfi nitelik taşıdığı için katı bir kanunilik ilkesi getirilmiş, hâkim Montesquieu'nün tabiri ile "hâkim kanunu telaffuz eden ağızdan başka bir şey değildir."[2] Zamanla hâkimin yalnızca kanunu uygulamakla görevli olmasının sakıncaları ortaya çıkmış; yer,

1 Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 474.

2 Gözler, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s.207-243: https://www.anayasa.gen.tr/yorum.htm#_ftn28, (E T: 20.05.2021)

zaman, araç ve farklı kişilikler tarafından gerçekleştirilen fiil somut olaya uydurulamayınca sabit ceza sistemi terk edilmiştir. Kanunda öngörülen soyut cezanın, hâkimin hükmünü oluşturduğu sırada somutlaştırılmasına olan ihtiyaç, ceza normlarına alt ve üst sınırlar, seçenekli cezalar konulması ve sonrasında hukuk devleti bilincinin de yerleşmesiyle hâkimin takdir yetkisi gelişmiştir.[3]

Cezalar belirlenirken kanun koyucu cezaların türüne ve her bir ceza türünün ağırlığına ilişkin soyut ve genel bir belirleme yaptıktan sonra, bu belirlemedeki ilkeler çerçevesinde her bir suç tipi için hangi türden ve hangi ağırlıkta ceza verileceğini özel olarak belirlemektedir. Böylelikle hâkim için bağlı olduğu bir ceza çerçevesi bulunmakta[4], ilkesel olarak kullanılacak ölçütlerle ve cezanın somutlaştırılmasıyla cezanın amacı gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.[5] Bu bağlamda soyut cezanın somutlaştırılması ve buna hizmet eden somut olaydaki durumların hâkim tarafından tespiti ve bu tespitin dayanağı olan nesnel noktaların belirlenmesinden sonra, bu yönde kullanılacak takdir yetkisi öznel veriler içerebilecektir. Bunların bir ölçüt içerip içermediği, gerekçenin denetlenmesiyle sağlanacak gibi görünmektedir. En azından TCK m. 61 açısından durum bu şekildedir. Çünkü; burada belirli bir sıraya göre temel ceza belirlenecek, hâkim öncelikle TCK m. 61 f. 1'de yer alan sebepleri dikkate alacaktır. Madde metnine bakıldığında, bu kriterlerin 'gibi hususlar' şeklinde bir destek ifadesiyle genişletilmediği ve kanunda sınırlı olarak sayılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bunun için hâkim, temel ceza belirlenirken keyfi hareket edemeyeceği "gibi kriterleri" karşılamayan bir takdir yetkisi de kullanamayacaktır.[6] Burada f bendi dışında, fiille doğrudan bağlantılı olmayan ve haksızlık içeriğinin tespiti dışındaki ölçütlere yer verilmemiştir.[7] Bu ceza üzerinden TCK m. 61 f. 2'de öngörüldüğü üzere olası kast nedeniyle indirim yapılacak veya bilinçli taksir varsa arttırım ile ilgili belirlemeye, ardından da 4. fıkradaki nitelikli hallerin gerçekleşmesi konusunda arttırım ve indirime

3 Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 544.
4 Üzülmez, İlhan, *"Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi",* EÜHFD., C. X, S. 3-4, Y. 2006, s. 203, 204.
5 Üzülmez, İ., A.g.m; s. 204, 205.
6 Yerdelen, Erdal, *Cezanın Belirlenmesi*, Ankara 2013, s. 169.
7 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Ankara 2006, s. 242, 243.

gidilecektir. Nitelikli haller uygulandıktan sonra TCK m. 61 f. 5 uygulanacaktır. Bu sıranın doğru uygulanmaması mutlak bozma sebebi (CMK m. 289 f.1/g) olup, sanık için kazanılmış hak tesis etmeyecektir.[8] Mülga TCK'da cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılan, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışları, yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar, 5237 sayılı TCK m. 62'de takdiri indirim nedeni olarak sayılmıştır. Bu kriterler, somut olayda cezanın karşılığı olan suçun ve suçun işlenmesi sırasındaki failin tutumunun etkisinin olmadığı konulardır.[9] 61. madde açısından hâkim temel cezayı belirlerken yukarıda anılan ölçütlere bağlı kalarak temel cezayı belirlemektedir. Takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı 62. madde yönünden ise dikkati çeken husus maddenin bu haliyle özel bir takdir kullanımına ilişkin bir görüntü sergilemesi ve 61. madde ile uygulanan cezanın belirlenmesindeki netliğin takdiri indirim nedenleri açısından bulunmamasıdır. Burada takdir yetkisi olarak anılan yetki, bağlı kalınması gereği olan ve aynı zamanda üst merci tarafından denetlenebilen bir belirleme yetkisidir. Bu belirleme çerçevesi içerisinde bulunan serbesti alanı da gerekçeyle denetlenmektedir. Cezanın belirlenmesi faaliyetiyle ulaşılmaya çalışılan temel amaç, işlenen fiille orantılı olarak verilen cezanın, ülkenin her yerinde bulunan hâkimler tarafından belirli esaslar uygulanarak elde edilmesidir. Böylece, teorik olarak yakalanmaya çalışılan somut olay adaletinin uygulamada da sağlanması amaçlanmaktadır. Mevcut şekliyle TCK m. 62 cezanın belirlenmesi ile düşünülmesi gereken bir aşama olsa da durum tam olarak böyle değildir. 62. maddeye göre, çerçeve belirli olmadığı için takdir nedenleri ile yapılacak indirim, soyut ve içeriği de geniş yapılabilecek bir yoruma müsaittir. Madde metnindeki gibi hususlar ifadesi de bu durumu desteklemektedir. İçerikteki bu belirsizlik de Yargıtay denetiminin işlevini yitirmesine yol açmaktadır. TCK m. 61 gereğince temel ceza belirlenirken var olan ölçüt, cezanın belirlenmesi aşamasına dahil olan indirilerek takdir etmede bulunmamaktadır. Adının takdir olması bu yönde serbesti olacağı anlamına gelmemelidir.

8 Üzülmez, İlhan, A.g.m., s. 203, 204.

9 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 170: Bu yönde, fiilden sonraki davranışlar ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerinin cezanın belirlenmesindeki kriterler olarak dikkate alınmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir.

Çalışmanın konusu, takdiri indirim nedenleri uygulanırken, bu konuda çelişki içerebilecek uygulamaların gündeme gelebilmesi ve ele alınabilecek kriterleri ölçü bağlamında incelemeye yöneliktir.

1. TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİ

Ceza hukukunun bir taraftan her anlamda güvence fonksiyonunu yerine getirirken, diğer taraftan bununla dengeli olarak suçlunun kişiliğini de dikkate alma zorunluluğu, suç işlenip de sübut bulduktan sonra, kanunda belirlenen cezanın somut olaya doğrudan uygulanabilmesi için bazı aşamalardan geçilmesini gerektirir. Bu aşamalar; cezanın tespitinden uygulanmasına, değerlendirmesine ve takdire ilişkin birtakım süreçleri kapsamaktadır. Soyut ceza, iyi yapılmış bir muhakemenin, iyi bir temel ceza belirlemesini sağlayabileceği varsayımından hareketle, cezada yapılacak arttırım, indirim ve izleyen aşamada uygulanacak olan takdiri indirim nedenleri ile cezanın somutlaşmasına; bir başka deyişle kişi yönünden belirlenmesine hizmet edecektir. Cezanın hangi kriterlere göre belirleneceği, cezanın amacı ile doğrudan ilişkili olduğu için, bu belirleme, hem hukuki güvenlik ilkesini zedelememeli, hem ceza belirli bir ağırlıkta olmalı, hem de cezanın amacına uygun olarak yapılmalıdır.[10] Soyut cezanın belirlenmesinde, cezaların türü ve her bir ceza türünün değerlendirilmesine ilişkin belirlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu belirlemeler yapıldıktan sonra, her suç için hangi ilkelerle ve hangi ağırlıkta bir cezanın belirleneceğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.[11] Böylelikle somut olaya ilişkin özellikler tespit edilerek cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet edilecek, aynı zamanda adalet ve hakkaniyete dayanan en önemli muhakeme işlemlerinden biri gerçekleştirilecektir.

Temel ceza belirlenirken alt ve üst sınırlar arasındaki ceza, fiil ve fail bakımından bazı belirlemelere tabi tutulacaktır. Fiile ilişkin hususlar; TCK m. 61'de belirtildiği üzere, suçun gerçekleştirildiği somut şartlardır. Örn. küçük bir çocuğun önünde annesinin feci şekilde dövülüp, hunharca öldürülmesi gibi. Fiilin suçun işleniş şekli

10 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 1.

11 Gerçeker, Hasan, *Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,* Ankara 2014, s. 948., Üzülmez, İlhan, A.g.m., s. 203.

bakımından aldığı görünüm, mağdurun kişilik yapısını göstermesi bakımından önemlidir. İşlenen suça ilişkin cezanın alt ve üst hadleri arasında belirlemede bulunabilmek için; suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araç, suç konusunun önem ve değeri, suçun işlendiği zaman, yer ile zararın veya tehlikenin ağırlığı gibi sebepler değerlendirilir. Faile ilişkin hususlar arasında nitelendirebileceğimiz bazı sebepler; kastın veya taksirin yoğunluğu, suçun sebep ve saikleri gibi 61. maddede ele alınmış iken, aynı niteleme içerisinde yer alan failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışları gibi nedenler 62. maddede ele alınmıştır. Yani bu durumda faile ilişkin hususlardan failin geçmişi, failin şahsi ve sosyal durumu ile cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi durumlar TCK m. 62 kapsamında takdiri indirim nedeni olarak ele alınacak, bu nedenler suçun unsurunu oluşturmakta iseler, çifte değerlendirme yasağı nedeniyle TCK m. 62 f. 3 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde göz önüne alınamayacaklardır. Sanık yönünden uygulanma açısından önemli olan orantılılık ilkesi ile hükmün kanunda yer alış şeklinin belirlenerek, failin fiilinin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması gereken dengeye ulaşmaktır. Bu denge ise ancak suçun ağırlığı ölçüsünde alınacak önlemlere başvurmakla sağlanacaktır. Daha hafif bir yaptırıma başvurabilme ile ceza yargılamasının amacına ulaşabilmesi mümkün olduğunda, hafif yaptırımla yetinilmesi de bu dengenin enstrümanı olduğu orantılılık ilkesinin bir gereği, hukuk devleti ilkesinin ve cezaların kanuniliğinin de bir sonucudur.[12] Bu gerek nedeniyle, ağır nitelikteki bir fiil için daha ağır ceza verilmesi, bir başka ifadeyle insan öldürmenin cezası ile hırsızlığın cezasının aynı olmamasının beklenmesi bunun tabii bir ifadesidir. Bu ceza-fayda dengesinin bozulması halinde, ilkenin ortaya çıkardığı en doğal sonuç bu işlemin yapılmamasıdır.[13] Bu noktada hakim, somut cezayı belirlerken mutlak bir takdir yetkisine sahip değildir. Failin suç niteliği taşıyan fiili ve bu fiil nedeniyle kusuru, orantılılık ve aynı suçu işleyen, aynı hukuki statüde bulunan bütün failler yönünden aynı uygulamanın yapılması; yani kanun önünde eşitliğin gözetilmesi gerekir. Ayrıca, gerekçe de bu konuda hakimin somut cezayı belirleme yet-

12 Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75,* Ankara 2015, s. 480.

13 Öztürk, Bahri vd. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 2007, s. 166, HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013, s. 30.

kisini, kanuni sınırlar içinde kullanıp kullanmadığını göstermek için kullanılan ölçütlerden birisidir.[14] Belirlilik ilkesi ceza normunun açık olmasını gerektirirken, en önemli fonksiyonu hakimlerin keyfi davranışlarını önlemektir. Bu nedenle, ilkenin gözden uzak tutulduğu bazı suç tipleri açısından, düzenlemenin her yöne çekilebileceği üzerinde yoğunlaşan tartışmalar halen mevcudiyetini korumaktadır.[15] Ne var ki TCK m. 61'i uygularken, daha belirli olan ve hakimin bağlı olduğu ölçütler, TCK m. 62'yi uygularken bulunmamaktadır. Hâkim, cezanın somutlaştırılması sırasında, takdir yetkisini elbette yasal gerekçelere uygun olarak kullanmak zorundadır. Ancak, bunu kullanabilmesi, yasal gerekçenin içeriğinin ve unsurlarının belirli olmasını gerektirir.[16] Bu belirsizlik nedeniyle, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında orantılılık zarar görebilmektedir. Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki davranışlarının mevcut haliyle değerlendirilmesi, fiil işlendikten sonra faile bir kapı açılması niteliğinde olabilecektir. Oysa ki yetkinin hukuk devleti ilkesine uygun olarak kullanılabilmesi için, normun içeriğinin doldurulması, sınırlandırılması ve sınırlar dahilinde de denetlenebilir olması gerekir. Bu durum, suç tespit edilen ceza normlarının açık bir biçimde belirlenmesi gereğinden bağımsız değildir. Bu nedenle, cezayı indirme yetkisi verilen normlar da aynı şekilde belirlenmelidir. Kötü bir anımsama olarak Almanya'da Nazi döneminde geçerli olan "halkın saf ve salim takdirine göre cezalandırılması gereken bir fiili işleyenlerin, buna dayanarak cezalandırılması"[17] hükmü, bu belirsizlik nedeniyle, ceza hukukunu insanlık suçunun aleti konumuna getirilebilmiştir. Aynı hükmün, cezaların, hakim tarafından sanığın duruşmadaki hallerine, geçmişteki durumlarına, sosyal ilişkilerine göre indirilebileceği söylendiğinde de eleştirilen noktanın belirlilikten uzak olmak olduğu görülecektir. Hakimin değerlendirmesindeki en önemli mekanizmalardan biri, kararını gerekçelendirmesi ise takdiri indirim nedenleri ile ilgili olarak, değer yargıları ile yapılan "iyi" ve "kötü" gibi belirlemelerin, sübjektif bir yaklaşımdan kurtarılarak bir ölçütle değerlendirilmesine ihtiyaç vardır.

---

14 Birtek, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler*, Ankara 2014, s. 352.

15 TCK m. 127 f. 1'de bulunan kamu yararı kavramı, TCK m. 305 f. 1'deki temel milli yararlar kavramları esnektir. Hakeri, Hakan, *A.g.e.*, s. 14.

16 Özbek, Veli Özer vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014, s. 693;

17 Hakeri, H., A.g.e., s. 13.

2. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

a. Genel Olarak

Avrupa'da Aydınlanma'da, Krallık Dönemi'nin keyfi uygulamalarına karşı yapılan ceza kanunlarının sabit ceza sistemini benimsemesi ve hakimin elinin kolunun bağlanması[18] dönemin yaygın anlayışı olan, hakimin ceza kanununu yalnızca uygulayan olarak kabul edilmesine dayanmakta idi. Suçların çok çeşitli şartlarda işlenmesi, kanunun somut olaya zamanla uygulanamamasına neden olmuş, bu durumun toplum vicdanını tatmin etmemesi neticesinde ortaya çıkan adaletsizlik duygusunu gidermek adına ilk olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu, hakime alt ve üst sınırlar içinde bugün TCK m. 61'in sistematiğinde de aynı şekilde bulunan cezanın takdir edilme yetkisini vermişti. Onu izleyen 1824 ve 1832 tarihli kanunlar, takdiri indirim nedenlerini kurumsal olarak düzenlerken, ardılı olan XIX. Yüzyılda yapılan kanunlar bu sistemi takip etmişti.[19]

5237 sayılı TCK'da takdiri indirim nedenlerine, cezanın bireyselleştirilmesinin aracı olarak yer verilmiş ve TCK m. 62 f. 2 kapsamında bu nedenler; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususların göz önünde bulundurulabileceği belirtilerek, örnekleme yolu ile düzenlenmiştir. Bu örneklemeler incelendiğinde ilk etapta, fiil değil, "fail" temel alınarak belirlendikleri dikkati çekmektedir. Madde metninde kullanılan "gibi nedenlerin göz önünde bulundurulacağı ifadesi", bu konuda belirlilik bulunmaması karşısında, bu anılan nedenlerin tadadi olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Cezanın etkinliği ve adilliği açısından tahdidi olarak düşünülmesi isabetli olacaktır.[20] *Metinde, çoğul olarak kullanılan ifadeler, bu konuda sınırlamanın nasıl yapılacağına ilişkin bir ölçüt içermemektedir.* Mevcut haliyle kanunun bu hükmü, 765 sayılı TCK m. 59 hükmünden farklılık arz etmektedir. Mülga 59. maddede takdiri indirim nedenleri uygulanırken, hangi sırada uygulanacağı gösterilmiş, mülga madde 29 f. 5 düzenlemesinde ise cezanın belir-

18 Fransız İhtilali döneminde 1791 ve 1793 tarihli Ceza Kanunları bu sistemi benimsemişti.
19 Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2018, s. 493.
20 Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2016, s. 368, 369.

lenmesinde uygulanan son neden olarak uygulanmadığı belirtilmiştir. Daha sonra cezada arttırımı öngören bir durum varsa tekerrür hükmü uygulanmakta idi. Ancak 5237 sayılı TCK'da tekerrürün cezayı arttıran bir neden olarak düzenlenmemesi karşısında, takdiri indirim nedeni olarak belirlenen neden, cezayı etkileyen son neden olarak uygulanmaktadır. Bu nedenle, Yargıtayın bu konuda denetlediği asıl şey, son neden olarak uygulanma hali ve bu konudaki sıralamaya uyulup uyulmadığıdır. Böylece, takdiri indirim nedenleri cezanın hesaplanmasında sonuca etkili değilse, bozma nedeni yapılmamaktadır.[21] Bu doğrultuda cevaplanması gereken bir diğer soru, anılan her bir neden için ayrıca bir indirim mi yapılacağı, yoksa birden çok nedenin bir araya gelerek tek bir indirim mi yapılacağı sorusudur. İster tek bir neden, isterse birden çok neden içtima edilerek bulunsun, indirim bir kere yapılacaktır. Aksi, takdiri indirim kavramı ile çelişmek olur.[22] İndirim nedenlerinin kararda gösterilmesi, gerekçe ilkesi bağlamında denetlenebilir olduğunu gösterse de bu denetimin neye göre yapılacağının belli olmaması da esasen bir ölçü sorununa işaret etmektedir. Kanun koyucu, işlenen suçun karşılığı olarak belirli bir cezayı alt ve üst sınırlarını göstererek tayin ettikten sonra, olayın özelliklerine göre hakime somut cezayı tespit yetkisi verse dahi, yaptırımın tamamen bireyselleştirilmesinden söz edilemez. Çünkü, bütün suçların gerçekleştiriliş şekilleri farklı olduğu gibi faillerin şahsi özellikleri, sosyal ve psikolojik halleri de birbirinin aynı değildir. Kanunda her zaman cezalar alt ve üst sınırlar arasında benimsenmemiş, kimi hallerde sabit ceza benimsenmiştir. Bu nedenle, cezanın etkili ve tatminkar olabilmesi için hakime takdir yetkisi verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Cezada arttırma yetkisi değil, indirme yetkisi verildiği için de bunun kanunilik ilkesine aykırı olmayacağı düşünülmektedir.[23] Adaletin dağıtımının bir merhamet meselesi haline getirilmesi ve hâkimin kanun koyucunun aciz kaldığı noktalarda, yerine geçerek söz konusu boşlukları doldurması ceza hukukunun yapısı ile çelişmektedir.[24] Hâkime verilen

21 Yerdelen, Erdal., A.g.e., s. 287.
22 Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem, A.g.e., s. 369.
23 Artuk, Mehmet Emin vd., *Ceza Hukuku Genel Hükümler,* Ankara 2016, s. 904.
24 Dönmezer, S. -Erman, S., (1999) *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Cilt: II, İstanbul: Der, s. 1109.

takdir yetkisinin gerekliliğine işaret edenler ise bu noktada takdiri indirim nedenlerinin önceden belirlenmesinin bazı adaletsizliklere yol açacağını belirtmektedirler. Örn. sanığın ikrarı, takdiri indirim nedeni sayıldığında, bu ikrarın pişmanlığın mı, utanmazlığın mı yüzsüzlüğün mü eseri olduğunu ayırt etmek gerekeceği, böyle bir tespiti ise kanun koyucu yapamayacağı için, bunun hâkime bırakılması gerektiği ifade edilmektedir.[25] Bir diğer eleştiri de hapis cezalarının süresini kısaltması ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara kaynaklık etmesi yönünden olsa da bu eleştirinin kurumun esasından çok makul bir şekilde kullanılmasını sağlamaya yönelik olmasıdır.[26]

Temel cezanın belirlenmesinde bir ihtiyacın ürünü olan takdir yetkisinin kullanımı, İtalyan Ceza Kanunu'nda[27] da düzenlenmiştir. CPI m. 132 hâkimin cezayı tayin ederken sahip olduğu takdir yetkisini açıkça düzenlenmektedir. Bu yetki 133. madde uyarınca kullanılacak, hâkim buna göre önce objektif kriterleri gözetecek, bunların yanı sıra, kastın yoğunluğu, taksirin derecesi gibi ölçütleri göz önünde tutarak, fiilin ağırlığını ("gravita del reato") değerlendirecektir. (CPI m.133/l) Sübjektif kriterler ise 133 üncü maddenin 2 inci fıkrasında, "Capacita a delinquere del colpevole" (failin suç işleme yeteneği) kavramı altında ele alınmış olan bugün faile bağlı olan kriterlerdir.[28] CPI m. 133'de yer alan failin kişisel durumuna ilişkin bakış açısı bizde yer alan düzenlemeye yakın parametrelerle temsil edilmektedir. Buna göre; suçun nedenleri ve suçlunun karakteri, cezai ve adli emsaller ve genel olarak suçlunun suçtan önceki davranış ve yaşamı, suçla aynı anda veya suçtan sonraki davranışı, failin bireysel, ailevi ve sosyal yaşam koşulları ile suça teşebbüs halinde meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı hâkim takdir ederken göz önünde bulundurulacaktır. Bu bakış açısı, İtalyan Pozitivizminin yarattığı bir durum olsa da, bugün öncelikle cezanın kusura uygunluğu ("retribuzioneproporzione") olarak yorumlandığı için[29] değer-

25 Naklen Artuk, Mehmet Emin vd., A.g.e., s. 904.
26 Naklen Artuk, Mehmet Emin, A.g.e., s. 905.
27 İtalyan Ceza Kanunu (Codice Penale Italiano), metinde CPI olarak kullanılacaktır.
28 https://www.iusinitinere.it/i-criteri-di-valutazione-di-cui-allart-133-c-p-24684 (ET: 15.05.2021); https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/della-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena (ET. 10.05.2021)
29 Jescheck, Hans Heinrich, *"Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi"*, https://dergipark.org.tr/tr/download/artic-

lendirme, kusurla birlikte ele alınarak yapılmaktadır. Bunda amaç, somut olay adaletinin sağlanabilmesi için, fiilden sonra somut olaya faili ve birtakım özellikleri tabir yerinde ise giydirmektir. Ancak, TCK açısından bugün gelinen noktada takdiri indirim nedenlerinin TCK m. 62'de tanınmış ve belirlenmiş olmasına rağmen, somut olay adaletinin sağlanamadığına ilişkin, mevcut toplumsal tepkinin varlığı, konu üzerinde düşünmeyi ve kaynağına inmeyi gerektirmektedir.

b. Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması

Bütün suçların gerçekleştirilme şekillerinin birbirinden farklı olması, sosyal ve psikolojik etmenlerle fiil ve yaptırım arasında denge kurulabilmesi ihtiyacının giderilebilmesi; hâkimin sanığın içinde bulunduğu durumu, bu durumun doğurduğu etkileri değerlendirebilmesi, kuşkusuz adalet duygusunun bir gereğidir. Hâkim, bu durumda, kendisine sağlanan olanaklar ölçüsünde, takdiri indirim nedeni olarak bazı hususları değerlendirebilir. Bu bakımdan, takdiri indirim nedenlerinin, her suç bakımından uygulanabilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 62'de kullanılan "gibi nedenler" şeklindeki ifadenin sonucu olarak, 5237 sayılı TCK'nın takdiri indirim nedenleri yönünden, serbest değerlendirme sistemini benimsediği kabul edilmektedir.[30] Bu konuda, yetki tamamen hakime tanınmış ise de Yargıtayın farklı birtakım içtihatlarında, takdiri nedenlerin uygulanmasını TCK m. 61 f. 2'de yer alan "hâkimin bu nedenleri göz önünde bulunduracağı" lafzının dışına çıkarak, bir zorunluluk olarak değerlendirildiği de görülmektedir.[31] Hâkim, gerekçesini belirterek bu nedenleri uygulayabilir ya da uygulamayabilir.[32] Bu nedenler, diğer tüm nedenler; teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, ceza indirimi yapılmasını gerektiren şahsi nedenler

le-file/95936, (ET: 20.05.2021)

30 Şen, E., https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html, (ET: 15.05.2021) Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 09.04.2019 tarihli, 2019/276 E. ve 2019/2151 K. sayılı kararına göre; takdiri indirim nedenleri sayıldıktan sonra kullanılan gibi ifadesi ile bu nedenlerin TCK'da sayılanlarla sınırlı olmadığı aksine bunların örnek olarak belirtildiği açıkça vurgulanmıştır. Burada sayılan 'failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri' gibi nedenlerin, uygulamada sınırlayıcı değil yol gösterici nitelikteki gerekçeler olduğu belirtilmektedir.

31 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 285, 286.

32 Doğan, Koray, *"Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi",* Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2007, C: 2 S: 4, Ağustos, s. 296.

uygulandıktan sonra, en son neden olarak uygulanır. TCK m. 62 f. 1 hükmüyle yalnızca hürriyeti bağlayıcı cezalardan değil, aynı zamanda para cezalarından da bir indirim öngörülmektedir.

Takdiri indirim nedeni, ceza belirlendikten sonra en son aşamada cezanın sanığın kişiliğine uydurulması ve cezanın bireyselleştirilmesinin bir amacı olarak düzenlenmiştir. Somut olayda, gerekliliği nispetinde kaçınılmazdır. Ancak bu durum, elimizde birçok makasın ve kesebilmek yetisinin bulunması örneği üzerinden, kesme eylemini hâkimin elinde tek başına ölçülü ya da gerektiği kadar olacak bir miktara taşıyacağı anlamına gelmemektedir.

aa. Failin Geçmişi

Failin geçmişi, takdiri indirim nedeni için bir kriter olarak düzenlenmiştir. Genel olarak buradan, failin suç işlemeden önceki yaşama biçimi, sabıkasının olup olmadığı, yaşam şartları, suça eğilimi, fiili gerçekleştirmeden kısa bir süre önceki yaşama biçimleri, kazanılan liyakat, kamuya yararlı kuruluş kapsamında çalışmaları gibi genişletilebilecek pek çok hal anlaşılabilmektedir.[33] İşlenen suç ile failin geçmişinin uyuşması halinden bahsedilmekte ise de bu haller nitelik olarak birbirinden farklıdır. İşlediği suç ile geçmişteki suçun aynı neviden olup olmayacağı, yahut failin geçmişte işlediği suçun kasıtlı mı taksirli mi olduğu konusunda bir belirleme yoktur. Şayet bu suç taksirli bir suçsa, neye dayanarak yeni işlediği taksirli suçta takdiri indirime engel sayılmayacağı konusunda da bir belirleme bulunmamaktadır. Bütün bir geçmiş hayat elbette hesaba katılamaz. Burada mesele, failin karakter yapısının tespiti ve suç işlemeye eğilimi ise suç işleme eğilimi üzerinde pek çok faktör bulunduğu bilinmektedir. Örneğin, fırsat suçluları adı verilen grup ilk kez suç işlemiş olabileceği gibi, alışık olma durumu bir eğilim olarak da ortaya çıkabilir.[34] Burada ulaşılmak istenen, failin önceki fiili ile sonraki fiili arasında ihlal edilen hukuki konu yönünden bir akrabalık ise örn. vücut dokunulmazlığına karşı suçlar; bu başlık altında çok farklı suçlar bulunmaktadır. Bunun cezanın belirlenmesine ne şekilde etki ettiğinin ortaya konulabilmesi ise tamamen bireysel

33 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s.289.
34 Soyaslan, Doğan, *Kriminoloji*, Ankara 2015, s. 191.

olup, bunu ortaya çıkarmak takdiri bir mesele değil, bilimsel bir meseledir. Belirlenmesi gereken, tek başına failin bu şartlara bağımlı olarak hareket edip etmediği ve iradesine yön verme yeteneğidir. Bu noktada failin önceki mahkumiyetinin hâkimin takdir yetkisinin kullanılmasına mutlak bir engel oluşturup oluşturmadığı konusu da belirsiz olup, tamamen uygulayıcının elinde şekillenecektir. Belirleme yapılırken kullanılabilen iyilik, doğruluk, erdem gibi kavramlar ise tamamen sübjektif olup değerlendirenin bakış açısına bağlıdır. Daha önce işlenmiş suçun tekrarlanması, tekrarlanan hukuka aykırı davranış olarak nitelenince, failin iç dünyası hakkında bilgi vermektedir. Bunun, kusurun yoğunluğu bağlamında değerlendirilip, cezanın takdiren indirilmemesi, kusur belirlemesinde somut olayın dışına çıkılması, fiillerin aynı yargılama içinde kalmaması da demektir. Değerlendirilmesi gereken hukuka aykırı fiildir. Daha önceki suçun zamanaşımına uğraması, suç olmaktan çıkarılması, iade talebi kabul edilmeyen suçlardan olması durumlarının da failin aleyhine değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Yine, failin alkolizm, uyuşturucu gibi bazı bağımlılıklarının bulunması ancak tedavi alıp iyileşmiş olmasının da cezaya ne derece etki edeceği belirsizdir.

Buradaki bir diğer mesele, fiil ceza hukuku anlayışı ile failin geçmişinin değil, suçun işlenme anındaki kusurluluğunun esas alınmasıdır. (Subjektiflik ilkesi) Failin başka bir suçunun, başka bir olayda cezanın belirlenmesine etki etmesi, yargılamanın, konusunu oluşturan fiille sınırlı olması ilkesine aykırıdır. Yine bir başka sanık hakkında kesin hükümle sonuçlanmayan bir başka yargılama bulunup, hükme esas alındığında masumiyet karinesi de ihlal edilmiş olacaktır.[35] Hukuk devleti niteliğini taşıyan bir devlette, bir kimsenin cezai sorumluluğu yönündeki değerlendirme, fiil ve fail hakkındaki genel izlenime dayalı olarak verilemez. Bu nedenle, kusurluluk tespiti, failin somut olayda işlediği fiille ilgili olarak yapılmalıdır.[36] Bilindiği gibi modern ceza hukukunda, objektif sorumluluk halleri istisnaidir. Bugün fail ceza hukuku değil, fiil ceza hukuku geçerlidir. Cezalandırmanın temelini, failin kişiliği veya sürdürdüğü asosyal ya-

35 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 291.
36 Artuk, Mehmet Emin vd. (2016), A.g.e., s. 13.

şam şekli değil, kanunda yaptırım altına alınan haksızlık oluşturur ki kanunilik ilkesinin asıl anlamı da budur. Failin geçmiş yaşamı ve sürdürdüğü hayat, fail ceza hukuku anlayışını çağırmaktadır. Ceza, kusurun derecesini aşamayacağı gibi failin hak ettiğinden az da olamaz[37]

bb. Failin Sosyal İlişkileri

Failin içinde bulunduğu şartların kişilik özelliklerinin ortaya çıkmasına etkili olduğu yaklaşımı, aslında insan iradesini kalıtım ve doğumdan başlayarak içinde bulunduğu şartlardan ayırmayı mümkün saymayan bir pozitivist bakışı yansıtmaktadır. İnsan, irade ve akıl sahibi iken, kendini bu manada yetiştiği kültürel çevrenin dışına çıkarak geliştirmesi ve yetiştirmesi, şartlara tek başına bağımlı olmaması mümkündür. İnsanı, iradesinden soyutlayıp, şartların esiri yapmak sağlıklı bir bakış açısı değildir.

Failin sosyal ilişkilerinin, takdiri indirim nedeninin uygulanmasında dikkate alınması gerektiği belirtilse de tek başına bu durum dahi ceza hukukunun temel prensiplerinden eşitlik ilkesine aykırıdır.[38] Bu bakış açısı altında, aynı suçu işleyen makam ve mevki sahibi biri ile gettoda yaşayan birinin ceza tayini farklı olabilecektir. 765 sayılı TCK döneminde E: 1994/92 K: 1995/14 ve 20.06.1995 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına konu olan bu durum, aynı durumda olanların, aynı düzenlemelere tabi olması gerektiği, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit oldukları ancak uygulanmaları sırasında ortaya çıkan farklılıkların, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı şeklinde değerlendirilmişse de aynı kararda, cezaların miktarının saptanmasının, hiçbir ölçüt getirilmeden tamamen yargıcın takdirine bırakılmasının, takdirin genişliğine paralel olarak, hataları çoğaltacağı gibi, kişisel takdirler sonucu aynı suç için çelişkili sonuçlar doğabileceği de dikkat çekici bir şekilde dile getirilmektedir.[39] Örneğin, failin kamu görevlisi olması, kanunda ayrıca bir nitelikli hal olarak düzenlenmemişse ancak 61. madde kapsamında göz önünde

37 Artuk, Mehmet Emin vd. (2016), A.g.e., s. 13,14.
38 Doğan, Koray, A.g.m. s. 297.
39 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf (ET:15.05.2021)

bulundurulabilir. Zira, kamu görevlisi olmak bir sosyal ilişkiyi ifade etmemektedir.[40]

Aynı suçu işleyenler için suçun işleniş şekil ve şartlarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten nedenleri göz önüne alma olanağını değerlendirmeden, değişmez cezaların öngörülmesi, yargıcı sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak, cezanın kişiselleştirilmesi olanağını önleyecektir.[41] Şüphesiz bu bir ihtiyaçtır. Ancak, buradaki temel mesele, değerlendirmede esas alınacak olan kriterin aynı durumda olan, aynı fiili işlemiş, iki fail açısından, farklı hakimlerin değerlendirilmesi sonucu, farklı takdirlere yol açabilme riskidir. Bunun önünde, halen mevcut bir engel bulunmamaktadır. Uygulanması sırasında, failin sosyal durumunun cezanın kişiselleştirilmesinde de önem arz eden, failin sosyal ilişkileri, objektif ve sübjektif koşulları ifade etmektedir. Örn. akademisyen olan failin, akademisyen olan eşine açtığı boşanma davası sonrası, intihal iftirası attığı ve ceza aldığı olayda, failin sosyal ilişkileri lehe mi değerlendirilmeli yoksa değerlendirilmemeli midir?[42] Bu bağlamda failin psikolojik, sosyo-psikolojik durumu, alışkanlıkları, geliri, eğitim ve öğrenimi, mesleği gibi durumlar tek bir düzlemde bulunmamakta, objektif ve sübjektif koşulları ifade etmektedir.[43] Kaldı ki failin burada irade ve imkanı sınırlı olduğu için, sosyal ilişkilerinin yargılama sürecinde tüm yönleriyle de değerlendirilmesi mümkün değildir.[44] Bu sebep, CPI m. 133 f. 2'de son sırada incelenmekte ancak aynı maddenin 3. fıkra düzenlemesinde, yargıcın takdir yetkisinin düzgün kullanımı, yargısal tedbirlerin kullanımının anayasal sınırları ile İtalyan Anayasası m. 111'e atıf yapılarak belirlenmiştir ki İtalyan Anayasası'nın 111-113. maddeleri arasında yargı yetkisinin kullanımına ilişkin Anayasal kurallar yer almaktadır.[45] Bir ceza hukuku kuralının ayrıca Anayasa'ya atıf yapması olsa olsa bu konudaki uygulamanın ne kadar titiz yapılması gerektiğine duyulan bir ihtiyacı yansıtmaktadır.

---

40 Hakeri, Hakan, A.g.e., s. 665.

41 https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf (ET:15.05.2021)

42 https://www.hurriyet.com.tr/gundem/akademisyen-ciftin-akilalmaz-bosanma-seruveni-41817912 (ET:25.05.2021)

43 Doğan, Koray, A.g.m. s. 297.

44 Önder, Ayhan, A.g.e., s. 559.

45 https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf (ET:15.05.2021)

cc. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Davranışları

Bazı olumlu hareketler olarak ele alabileceğimiz failin fiilden sonraki davranışları, cezanın belirlenmesi kriterleri arasında sayılmamış, yalnızca takdiri indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. Hakim, gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık halleri dışında, failin gerçekleştirdiği suç sonrası oluşan zararı giderme, teslim olup delillerin ortaya çıkmasına sebep olma, mağdurun hastane masraflarını karşılama gibi olumlu hareketleri takdiri indirim sebebinin uygulanması için değerlendirebilecekken, taksirli fiilden sonra olay yerinde mağduru bırakarak kaçma, delilleri gizleme gibi olumsuz hareketleri ise takdiri indirim sebebinin uygulanmamasına etki edecek şekilde değerlendirebilecektir.[46] Bu bakımdan, yaraladığı kişiyi olay yerinde bırakan fail ile yaralının yardım almasını engellemek amacıyla cep telefonunu uzağına koyan fail arasında ayrım yapılması gerektiği[47] failin ikrarının bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.[48] Uygulamada failin suçunu itiraf etmesi, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmekte[49] ise de suçun ikrarına fiili sonuç bağlanması bundan dolayı sanığın susma hakkının kullanılamaması, hem savunma hakkının kısıtlanması hem de suçun inkarına da sonuç bağlanması anlamına gelebileceğinden AY m. 38 f. 5'de ifade bulan "Hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı" hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.[50]

Bu noktada, kanuni indirim nedeni olan etkin pişmanlık ile takdiri indirim nedeni olan, suç sonrası olumlu davranışların birbirine karıştırıldığı ifade edilmektedir.[51] Suç yolu kapanmadan önce, fiilin suçun konusu üzerindeki etkisi, suç tanımı içerisinde zarar ve tehlike olarak değerlendirilirken referans alınan ölçü hukuki men-

46 Doğan, Koray, A.g.m., s. 297.
47 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 295.
48 Doğan, Koray, A.g.m., s.298.
49 Yerdelen, Erdal, A.g.e, s. 298.
50 Bu durum yargılama faaliyeti sırasında öngörülen aşamalarda gerçekleşmiş ise etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığı denetlenir. Yine TCK m. 61 f. 5 uyarınca şahsi indirim nedenleri içinde değerlendirilir. Çifte değerlendirme yasağı da bu aşamada değerlendirilmesine engeldir.
51 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 298.

faattir. Böylelikle suç tanımı içinde haksızlığın sınırları tespit edilebilir.[52] Ancak, suçun işlenmesinden sonra, failin yaptığı davranışların, suçun konusu üzerinde etkili olup olmadığının tespit edilmesi olanaklı değildir. Haliyle olumlu davranış olarak nitelenebilecek bu davranışlar için hâkimin keyfi davranamayacağı, bu durumda gerekçe göstermek zorunda olduğu, keyfi davranmak isteyen hâkimin her durumda her zaman keyfi davranabileceği savları ileri sürülse de[53] Yargıtayın burada yaptığı denetimin, TCK m. 62'de bir ölçüt bulunmaması nedeniyle, madde bağlamında mevcut koşulların ismen belirlenmesi ile sınırlı yapılan bir denetim olduğu düşünüldüğünde soru işaretleri barındırması kaçınılmazdır. Bir örnek olması açısından Yargıtayın bozduğu bir yerel mahkeme kararında, sanığın olaydan sonra kaçması ve iki yıl sonra yakalanması ve suçunu saptırmak istemesi gibi olguları, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması için gerekçe gösteren yerel mahkemenin kararını Yargıtay, içerikten dolayı değil, dayanağın gösterilmemesi nedeniyle bozmuştur.[54] Yine bir başka kararında sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkilerin değerlendirilmesini istemiş, bunlar değerlendirilmediği için takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasını bozma sebebi yapmıştır.[55] Konuyla ilgili bir başka karar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne geldiğinde yerel mahkemenin kararının önceki aşamada makullük ve makbullük kriterleri ile ele alınmaya çalışıldığı ve aynı zamanda dayanak yapılarak bozulduğu anlaşılmaktadır. "Nitekim Ceza Genel Kurulu'nun 27.09.2011 gün ve 122-187 sayılı kararında da benzer hususlara işaret edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında somut olayda bozmaya konu edilen karar, takdiri indirim uygulanmasının 'makul' ve 'makbul' olup olmadığı anlamında değerlendirilerek; suçun işlenme biçimindeki hususiyetler, toplumda meydana getirdiği tepki ve infial, kamu vicdanını rencide edici niteliği ile birlikte nazara alınarak, takdiri indirime müstehak görülmeyen sanık lehine, hak etme-

52 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2015, s. 159-161.
53 Soyaslan, Doğan, (2018), A.g.e., s. 493.
54 Hakeri, Hakan, (2013), A.g.e., s. 665.
55 09.03.2011 Tarih ve E: 2010/25675, K. 2011/2791; https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-ceza-genel-kurulu-karari-takdiri-indirim-nedenleri-h7452.html (ET: 01.05.2021)

diği halde takdiri indirim uygulanmasına karar verilmesi ve eksik cezaya hükmolunması" nedeniyle hüküm bozulmuştur.[56] Makullük ve makbüllük kriterleri dışındaki değerlendirmeler isabetli olsa da bu değerlendirmeler de kanundan kaynaklanmayan, değerlendiren makamın iradesiyle ilgili değerlendirmelerdir. Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak gösterilmesi karşısında, bu bozma hükmünün takdiri nedenlerin uygulanması konusunda hâkimleri bağlayıcı bir şekilde yorumlanmasına götürmesi ihtimali bir tarafa, makul ve makbul olma kriterlerinin de bu konudaki ihtiyacı karşılamakta yetersiz olduğu açıktır. Bu haliyle gerçekten değerlendirilmesi gereken, anılan örneklerle duruşmaya düzgün giyinerek gelmesi, kravat takması ve uyumlu, efendi tavır sergilemesi arasında bir denge kurulamayacaktır. Çünkü duruşmanın düzeni ve kuralları CMK m. 203-205'de belirlenmiştir.

dd. Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Burada bazı olası etkilerden bahsedilmekte ise de faile verilecek hapis veya para cezasının infaz edilmesinin failin geleceğini etkilememesi düşünülemez. Cezanın özel önleme bakımından amaçlarından biri de failin bu etkiyi değerlendirerek suç işlemesinin önüne geçmektir. Bu aşamada failin ve ailesinin uğrayacağı olası zararların dikkate alınması gerektiği, örneğin yaşlılık nedeniyle hayat beklentilerinin azlığı, kanser, hapishane psikozu gibi değerlendirme gerektiren durumların cezanın etkisi bakımından farklı değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak, bu durumun tespitinin nasıl yapılacağı da bir başka sorundur. Somut cezada bu şartların belirlenmesi bakımından da elimizde bir ölçüt bulunmamaktadır. Örneğin, ölüm ihtimalini bekleyen bir failin ihtimali ile hayatının kalan süresi arasında algoritmik bir ilişki kurulması mümkün değildir. "Bunun için özgür geçireceği süre dahilinde normal şartlarda, bu sürenin ne kadar kaldığının bilinmesi gerekir. Tek başına değerlendirme yapabilmek için yeterli olmayan bu durumun indirime gerekçe oluşturabilmesi için ise bir kanuni indirim nedeni

56 Şen, Ersan, https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html (ET:15.05.2021)

bulunmalıdır."[57] Madde metninde kullanılan soyut ifade, uygulama açısından bu oranın nasıl bulunacağı konusundaki sorunu çözmeye yeterli değildir. Takdiri indirim nedenlerinin bir cezasızlık nedeni olmadığı unutulmamalıdır. Her fail, suç işlemeden önce özgürlüğünden yoksun kalacağını ve bunun geleceği üzerindeki olası etkilerini bilmek durumundadır. Ceza alan failin geleceği, bundan cezanın az ya da çok olmasına bağlı olmaksızın olumsuz olarak etkilenecektir. Ancak, kanunun düzenlemesi karşısında, failin alacağı cezanın takdiri indirim oranı kadar indirilmesi, failin geleceğinde karşılaşacağı olumsuz etkileri azaltacak ise bu indirim oranının uygulanması gerekecektir. Bu nedenlerin birden fazla bulunması durumunda, failin cezası, birden fazla değil, bir kez indirilebilecektir.[58]

Cezanın, failin geleceğine etkileri anlamında, yalnızca ceza hukuku açısından değil, hukuki durumunun karşı karşıya kalacağı tüm etkiler; hapis cezası, adli para cezası, ıslah, denetim tedbirleri, müsadere vb. açısından değerlendirilmelidir.[59] Temel ceza tayininde ceza belirlenirken suç tipinde gösterilen seçenekli iki tür cezadan birini hakim seçebilir. Yine, alt ve üst sınırı gösterilen, gerek para, gerekse hürriyeti bağlayıcı cezada hakim, bu iki sınır arasında temel cezayı tespit edebilir. Bu, hakime tanınmış bir hak değil, bir yetkidir. Kullanılma şartları belirlidir. Ancak, takdiri indirim nedenleri konusunda bu belirlilik bulunmamaktadır.

ee. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri

Kanunda gibi nedenler ifadesiyle değerlendirilen bu durum için takdiri indirim nedenlerinin sınırlı olmadığı ve geniş olarak yorumlanarak benzeri nitelikte nedenlerin de bu kapsamda ele alınabileceği anlaşılmaktadır. Metinde ele alınan nedenler faille ilgilidir. Burada en önemli sorun, belki fiille ilgili olarak değerlendirilme olanağı bulunan nedenlerin de burada değerlendirilebilmesidir. Konuya ilişkin madde metninde bir sınır bulunmaması karşısında, fiile ilişkin daha önce ele alınmış bir neden varsa çifte değerlendirme yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu nedenler arasında gençlik he-

57 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 302.
58 Doğan, Koray, A.g.m., s. 298.
59 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 303.

yecanı, tecrübesizlik, toplu hareket etme güdüsü, haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına yer açmayacak derecede suça mağdurun sebep olması gibi[60] nedenler düşünülebilir.

3. CEZA NORMUNA UYMA REFLEKSİ AÇISINDAN FİİLLE İNDİRİM ARASINDA DENGE NASIL SAĞLANMALIDIR SORUSUNA CEVABEN ÖLÇÜT

Hukuk kurallarının özelinde ceza hukuku kurallarının devlet destekli bir yaptırım tehdidi içermesi ve kuralların yürürlüğünün yaptırımla sağlanması, kuralın ihlali halinde öngörülecek ceza ve uygulanacak zorlamanın yerine getirilmesidir.[61] Bilindiği üzere, yaptırım tehdidinin en sert görüldüğü alanlardan biri ceza hukuku kurallarıdır. Ancak, zorlayıcılık ya da cebrin, kuralın temel unsuru sayılması ve kurala uyma davranışının salt yaptırımla ilişkilendirilmesi, uyma davranışının tam olarak açıklanamamasına da neden olmaktadır.[62] Hart tarafından ileri sürülen yaklaşımda, uyma refleksinin kuralın ihlal şartına bağlı olarak uygulanışından öte, kuralın fiili olarak uygulanışının aslında kuralın içselleştirilmesi sonucu ortaya çıkmasını sağladığını ileri sürmektedir.[63] Bunun anlamı, kurala sırf yaptırım tehdidi nedeniyle uyulmamasıdır. Bu, ceza normu tarafından çeşitli ve caydırıcı olması beklenen yaptırımlarla donatılan kuralların neden uyma refleksi ile karşılanmadığını, aynı zamanda bazı hukuk kurallarının neden diğerlerine göre daha yüksek düzeyde içselleştirildiği de açıklamaktadır.[64] Kuralın içindeki değerlendirme, değerlendirmeye dayalı uyum ve kabul etme sonucu kurala uyma davranışı yapılanmaktadır.[65] Belki de şiddeti yasaklayan normların ve bu normlara ait yaptırımların ceza kanununda bulunmasına rağmen, neden artan bir şekilde uymama refleksinin devam etmesinin cevabı da burada gizlidir. Cebir, tek başına kuralı içselleştirmeyi ve ardından oluşacak uyma refleksini, aynı düzlem üzerinde sağlaya-

60 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 306.
61 Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara 1996, s. 41.
62 Topuzkanamış, E., (2019), *Hukuk ve Disiplin*, İstanbul;: Zoe, s. 111,112.
63 Gibbs, J., "*Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorunlar*", Çev. Tevfik Özcan, İÜHFM., C: 53, S: 1-4, Y: 1990, s. 305.
64 Gibbs, J. A.g.m, s. 307.
65 Gibbs, J., A.g.m, s. s. 308.

mamaktadırlar. Çünkü, kendisine olağan bir şekilde uyulan kurallar, bu yöndeki uyma reflekslerinin sonucu olarak kuralın uygulanmasıyla ilişkilidirler.[66] Bu yapı içerisinde, failin geçmişi, sosyal ilişkileri ile işlediği fiil arasındaki uzak bağlantının değerlendirme kriterlerine yansıması bir dereceye kadar normal kabul edilebilir. Ancak, suç oluşturan fiil işlendikten sonra, failin sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları olarak nitelenen yine failin geleceği üzerindeki olası etkilerin hakim tarafından bir takdiri indirim nedeni olarak ne şekilde göz önünde bulundurulacağı belirsizdir. Her ne kadar bu dayanakları hakim gerekçede göstermek zorunda olsa da bu konudaki ölçü norm anlamındaki boşluk, bu takdirin nasıl doldurulacağı konusundaki boşlukları, gerekçeyle dahi doldurmaya yetmemektedir. Yerel mahkemeler, halen duruşmaya gelmeyen sanığın duruşmadaki iyi halini takdiri indirim nedeni olarak netice cezayı indirmekte kullanabilmektedirler.

Bir mantıki ilişki şekli olarak normatif kapsamlı cümlelerden uyuşmazlıkla ilgili bağlayıcı sonuçlar çıkarılması, muhakemenin amacını yansıtmaktadır. Mantıki usavurmada, büyük önerme ile küçük önerme arasındaki ilişki, değer yargılarından arındırılmış ve parçanın bütünden küçük olduğu bir ilişki biçimidir. Bu bir sıralamadır ve bu sıralama içindeki ilerlemede parça ile bütün yer değiştirdiğinde veyahut yerine değer yargısı getirildiğinde, ortaya tutarsız sonuçlar çıkacaktır.[67] Örn. bütün insanlar ölümlüdür. Sokrates bir insandır ve Sokrates ölümlüdür derken, doğru değeri veren bir önermede akıştaki ilk cümle duruşmaya katılım gösteren ve hal ve tavırları ile saygılı davranan her sanık takdiri indirim nedenlerinden yararlanır öncülü ile değiştirildiğinde, ortaya tutarsız bir o kadar da psikolojik manada ikna edici bir sonuç çıkacaktır. Şüphesiz bu ikna edici yön oldukça tehlikelidir. Mevcut düzenlemede öncülün bu şekilde belirlenmesini önleyecek bir ölçüt yoktur. Ancak öncülün olmaması bu tehlikeyi ortadan kaldırmamakta bilakis muğlaklık bir silaha dönüşebilmektedir. Bunun aksi ve tutarlı bir yaklaşımı normun içeriğiyle gerekçelendirebilmek için normun içeriği uygun şekle getirilmelidir. Zira hâkimin, değer yargısından arındırılmış bir önermeyi, akışta ikinci sıraya

66 Topuzkanamış, Engin (2019), A.g.e., s. 112.
67 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 77,78.

koyup netice olarak bağlayıcı bir sonuç çıkarması ve sonuç cezada bir indirme nedeni olarak bunun uygulanabilmesi için, ilk öncülün objektif kriterlerinin kural anlamında konulması önemli ve gereklidir. Çünkü, hukuk kuralının büyük önermeye uygulanabilmesi neticesinde ulaşılmak istenen sonuç, bireysel bir sonuç değil, hukuk normunda belirtilen sonucun somut olaya uygulanması olmalıdır. Yine bu muhakeme, bir somut olay bulunduğunda ve normu karşıladığında tutarlıyken, bunun yerine örn. duruşmadaki hal gibi belirsiz bir durum geldiğinde tutarsız bir değer taşıma olasılığını çok yüksek oranda barındırabilecektir. Çünkü; ceza normu, somut olaya uygulanırken birçok açıdan bir belirleme içerecektir. Kast, taksir, bilinçli taksir, olası kast, özel kast, hareket, netice ve nedensellik bağı gibi. Bütün bir muhakeme faaliyeti titizlikle bu açılardan değerlendirilerek, maddi gerçeğin gerçekleşip atılı normun sübut bulup bulmadığı tespit edilirken yine muhakeme faaliyeti sırasında belirlemenin mümkün olmadığı noktalarda da şüpheden sanık yararlanacaktır. Somut olayın gerçekleşmesi ve atılı normun uygulanması açısından geçerli olan bu süreç, takdiri indirim nedenlerinde olmadığı için, haliyle burada somut olay değil, salt durum olarak belirlenen statik ifadeler üzerinden gidilmek durumunda kalınmaktadır. Örnek olarak 2018 yılında gerçekleşen olayda Avusturya'da yaşayan eski bir polis olan fail bir üniversite öğrencisini ellerini kollarını bağlamak suretiyle bıçaklamış, yaraların niteliğinden direndiği anlaşılan maktülü boğazını keserek öldürmüş, öldürdükten sonra Türkiye'de yakalanmış ve yargılanmış ancak mahkeme hakkında, duruşmadaki iyi halini gözeterek müebbet hapis cezasını 25 yıl hapis cezasına indirmiştir. Somut olayda cinayeti işleyen fail, maktülün yakınlarına cinayeti işledikten sonra iyi olduğu şeklinde bir hikaye uydurmuş, kendisi teslim olmamış ve maktül üzerinde DNA kalıntıları bulunup sonuçlar çıkana kadar da cinayeti işlediğini inkar etmiştir. Yani en ufak bir pişmanlık belirtisi göstermemesine rağmen, gerekçeli kararda yerel mahkeme sanığın duruşmalardaki iyi halini ve geçmişini indirim gerekçesi olarak kullanmıştır.[68] Hukuki usavurmanın bu manada günlük hayatla da yakından ilişkisi vardır. TCK m. 62 f. 2'de belirtilen "yargılama

68 https://tr.sputniknews.com/turkiye/202102031043719514-muebbet-alan-eski-polisin-cezasi-25-yila-indirildi-kravat-takip-iyi-hal-indirimi-aldi/ (ET: 31.03.2021)

sürecindeki davranışları" ve "cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri" tabirlerinin içeriklerinin doğru şekilde belirlenmesi, hukuk kuralının sağlıklı uygulanabilmesi için hayatidir. Bunun aksini düşüneneler için her şey yolunda ise normun içindeki değeri temsil eden ve insanda var olan adalet duygusunun, tüm bu düzenlemelere rağmen neden tatmin olmadığı sorusu, cevaplanması gereken bir sorudur. Şüphesiz, buna verilecek tatmin edici cevap, bu belirlemenin sübjektif değil, ancak objektif olması ile mümkün olacaktır. Hâkimin takdir yetkisi, tasvir edici nitelik taşıyan somut olayın belirlenmesinden sonra, olaya uygun hukuk normunu veya normlarını araştırmakta önem taşısa da burada anılan durum bundan farklıdır.[69] Takdiri indirim nedeni medeni hukukta olduğu gibi bir boşluk doldurma yöntemi değil, aksine vaka hakiminin faile uygun cezayı belirlerken kullanması gereken araçlardan biri olmasının doğal sonucudur.[70] Bu nedenle, takdiri indirim nedenlerinin adalet dağıtmanın rasyonalitesi karşısında, vicdan ve merhamet sorununa dönüşmesi nedeniyle adalete olan güveni sarstığı belirtilmektedir.[71] Alt derece mahkemesinin asıl görevinin somut olayın; sanık ve tanık beyanlarının toplanması ve tasvir edilmesi, üst derece mahkemesinin görevinin ise hukuki soruna, yani hukuk kuralının doğru uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bir yön olması[72] karşısında, bunun yerine getirilebilmesi, objektif ve ölçü oluşturan ifadeler için tutarlılığı sağlayan bir ölçüt koymak gerekmektedir. Mevcut haliyle, TCK m. 62 f. 2'de ölçü, normun kendisi olduğu için uygulayıcının denklemine göre şekillenebilme ihtimalini barındırmaktadır. Peki, tüm bunlar karşısında uygulanması gereken yerin doğru tespiti nasıl olacaktır? İnfial uyandıran, işlenme şekli itibari ile azılı birçok suçta kravat indirimi diye anılan indirimin uygulanmasının da önüne geçecek, kararlarda tutarlılığı sağlayacak bir mekanizmanın kurulması ile mümkün olabilir. Bir kararda haklı olarak uygulanmalı derken, bir başka kararda takdir yetkisini kullanırken kullanılacak gerekçenin makul ve hukuk kurallarını zedelemeyecek bir nitelik taşıması gerekmektedir. İfade edilen makullük ve makbüllük için de bir ölçüt üzerinden hareket edilmelidir. Erman'ın

69 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 80.
70 Yerdelen, Erdal, A.g.e., s. 287.
71 Yerdelen, Erdal, s. 287.
72 Güriz, Adnan, A.g.e., s. 80.

da belirttiği gibi ceza silahına sarılmanın bedeli, bu silahtan medet uman hukuk dalında ceza hukuku prensiplerinin egemen olmasını önceden kabul etmektir.[73] Hem ceza müeyyidesinden yararlanmayı istemek, hem de bu prensiplere ters düşen hükümlerde bulunmak adalet duygusunu zedelemektedir.

SONUÇ

Günümüzde ceza hukuku, ceza normu ile toplum yaşamı bakımından önemli olan bireysel ve toplumsal değer ve yararları korumaktadır. Bu söz konusu olmadığı durumda, ceza hukukunun hukuki meşruiyeti sorgulanmaya başlar. Zira bu durumda emir, yasak ve yaptırım tehdidi ile bireyin özgürlük alanına müdahale eden, Anayasanın sınırlarının dışına çıkan bir ceza hukuku ortaya çıkar.[74] Bu nedenle, modern demokratik ceza hukukunun klasik devlet anlayışı tarafından kötüye kullanılmaması için, sınırlara ihtiyaç duyulması[75] bir taraftan bizi hukuksal değerlerin daha iyi korunabilmesi adına norm anlamında yeni ihlal modellemelerine gitme mecburiyetine götürürken, diğer taraftan ceza hukukunun temel ilkelerine duyulan ihtiyacı da arttırmaktadır. Bu ihtiyaç nedeniyle, hukuksal değerlere kanun koyucuyu kontrol etme, yönlendirme, sınırlandırma ve görevlendirme gibi kavramlarla kanunda yazılı olmayan norm öncesi bir kavram olduğu tezi kapsamında çok fazla rol yüklenmiştir.[76] Ancak bu işlevin, tek başına hukuksal değerler tarafından yerine getirilmesini beklemek ütopik olur. İyi yapılmış bir kanun, son kertede iyi bir uygulamacının elinde şekillenecek, bu da ceza hukukunun genel önleme amacına hizmet edecektir. Bu nedenle, suç işleyen kimse üzerinde, özel önleme hiç devreye girmeden oluşan, suçun mutlaka cezalandırılacağı ve adaletin tesis edeceğini bilmesinin, diğer insanlar üzerinde oluşturacağı ibret etkisi yadsınamayacak derecede önemlidir. Cezaların en önemli amaçlarından biri genel önleme olduğu için, suçlunun cezaevinde tutulması, ıslahı ve yeniden sosyalleşme-

73 Bayraktar, Köksal, *Eserlerinin Önsözleri ile Yaşayan Erman*, Prof, Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999, s. 91'den naklen.

74 Hakeri, Hakan, A.g.e., s. 2.

75 Taneri, Gökhan, (2016) A.g.m., s. 131.

76 Ünver, Yener., *Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi,* İÜHFM. Cilt 59, S:1-2, s. 51 Y: 2000 Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer,* Ankara 2003, s. 731-733 vd.

sini sağlamaya dönük olan özel önleme hiç devreye girmeden ortaya konan, suçlunun cezasız kalmadığı mesajı, yeni suçların işlenmesini önlemesi açısından son derece önemlidir. Af uygulamaları, cezanın bu amacını etkisiz kılarak suç politikası yönünden ne kadar olumsuz etkiler[77] ortaya çıkarmışsa, cezanın özel önleme alanındaki faydasını azaltabilecek olan takdiri indirim nedenlerinin ölçüsüzce kullanılması da bu etkiyi doğurabilecek niteliktedir. Her iki uygulama karşısında, failin kusuruna uygun ve adil bir cezanın belirlenebilmesi için hukuk devleti ilkesi durmaktadır. Bu konuda en keskin eleştiriler, sosyal anlamda toplumda infial doğuran adli olaylar bakımından sanığın duruşmadaki tavrından dolayı iyi hal indirimi yapan mahkeme ve hakimler için yapılmaktadır. Özellikle çocuk ve kadın cinayetleri, şiddet ve toplumsal cinsiyet temelli vakalar ile cinsel istismar ve cinsel saldırı dosyalarında, yine nitelikli yaralama suçlarında tatbik edilen takdiri indirim nedenleriyle, sanığın duruşmada sergilediği tavırdan ve iyi halden dolayı TCK m. 62 f.1'in tatbiki yoluyla cezada fail lehine değişikliğe ve indirime gidilmekte ve bu durum kamuoyunda tepkiyle karşılanmaktadır. Sanığın duruşmalara gelmediği, hakimin sanığı görmediği, SEGBİS aracılığı ile temas ettiği, sorguyu yapan hakimin değiştiği, dosyada sürekli hakim değişikliğine gidildiği ve benzeri durumlarda bu nedenlerin nasıl uygulanacağı da belirsizdir. Hakimin TCK m.62 f. 2'nin tatbiki için gerekli nedenlerin varlığını tespit etmesinin nerede ise imkansız olabileceği bir durumda, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması isabetli olmayacaktır. Yasal anlamda en önemli eksik, bu konuda bir ölçüt olmamasıdır. Hakim, TCK m. 62 kapsamında belirlenen sınırlar içinde kalsa bile, bunun şekli olarak kabul edilebilir olması adaletli olduğu anlamını taşımamaktadır. Çünkü, adalet kavramının yasanın uygulanması neticesinde vicdanları tatmin eden psikolojik bir yansıması da bulunmaktadır. Hakimin vicdanları tatmin etmek zorunda olup olmadığı bu noktada sorulması gereken bir diğer sorudur. Ancak, özellikle kadına yönelik şiddet vakalarında, cinsiyet saiki ile işlenen suçlarda, nefret suçlarında, işkence ve eziyet içeren, mağdurun bedenini bir acı nesnesi olarak alan ve suçun işlenme şekli itibarı ile insanlık dışı görünüm arz eden durumlarda cezanın faile uygun hale getirilmesinin önünde

77 Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku,* Ankara 2019, s. 58.

bu haliyle bir engel bulunmamaktadır. TCK m. 62'nin mekanik bir şekilde uygulanması ne kadar toplum vicdanının tepkilerine neden oluyorsa, tam tersi olarak uygulanması gereken yerde uygulanmaması da hukuka aykırıdır. Hukuk devleti ilkesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kıyas yasağı ilkeleri ceza hukukunun bedeli ödenmiş en önemli güvence mekanizmalarıdır. Cezanın belirlenmesi aşamasında tabi olunan kriterler, sanığın lehine takdiri indirim nedenleri uygulanırken, bu konuda bir ölçüt olmaması nedeniyle hukukla vicdan arasında çatışmaya yol açmaktadır. Gerekçe bakımından Yargıtayın bu konu üzerindeki denetimi, içerikten ziyade TCK m. 62'nin uygulanıp uygulanmaması bakımındandır. Çelişki içeren nokta burasıdır. Her ne kadar hakim, serbesti sistemi içerisinde mutlak bir şekilde takdiri indirim nedeni bulmak ve cezayı azaltmak zorunda olmasa da uygulaması gereken yerde uygulamadığı, takdiri indirim nedeninin varlığını tespit edip kararında göstermiş ise de bu durumun cezanın indirilmemesine neden sebep olmadığı yönünden kararlar denetlenmektedir. Buna karşın bu denetimin neye göre yapılacağının belli olmaması mevcut bir ölçüt sorununa işaret etmektedir. Bu nedenle bazı suçlar bakımından ve bazı işlenme şekilleri bakımından takdiri indirim nedenlerinin uygulanmayacağı bir düzenleme ile belirtilmesi bir ihtiyaçtır. Fiille ilgili olarak anılan konularla ilgili belirlemeler yapılmaksızın hakimin her somut olaya göre değişebilecek; hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun biçimde uygulama yapmak durumunda olması ve bunun Yargıtay tarafından bir denetleme gerekçesi olarak kullanılması, başlı başına bir belirleme ihtiyacına işaret etmektedir. Bu denetim halen makullük ve makbullük gibi içeriği belirli olmayan kriterler üzerinden gerçekleştirilmekte, kanundaki belirsizlik yargısal aktivizm ile denetlenmeye çalışılmaktadır. Serbest takdirde hakimin kanunun içeriği ile ilgili tasavvuru ve birden fazla amaç karşısında kanun koyucunun etkisinde kalmadan istediği olasılığı seçebilmesi olduğu, bağlı takdirde ise hakimin kanunun iradesini gerçekleştirmesi olduğunu savunanlar[78] olsa da ceza hukukunda takdirin serbest olamayacağı yalnızca bağlı olduğunu kabul etmek daha tutarlı görünmektedir. Çünkü, cezanın gerek somut olarak belirlenmesi, gerekse soyut olarak belirlendiği takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı du-

78 Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s. 555.

rumlarda hakim mevcut sistem ve ceza tayini gibi durumlara dikkat etmek durumundadır. Takdiri indirim nedenlerinin uygulandığı 62. madde yönünden dikkati çeken bir diğer husus maddenin bu haliyle özel bir takdir kullanımına ilişkin bir görüntü sergilemesi, 61. madde ile uygulanan cezanın belirlenmesindeki netliğin takdiri indirim nedenleri açısından bulunmamasıdır. Burada takdir olarak anılan yetki, bağlı kalınması gereği olan ve aynı zamanda üst merci tarafından denetlenebilen bir belirleme yetkisidir.

TCK m. 62'de öngörülen takdiri indirimin varlığı önemlidir. Çünkü ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine müebbet hapis cezası uygulandığında, hükümlünün infaz koşulları ve infazda yararlanacağı haklarda değişiklik meydana gelecektir. Yine hapis cezasında yapılan indirim, hükümlünün ceza infaz kurumunda kalacağı süreyi değiştirecek ve denetimli serbestlik ile koşullu salıverilmeden daha erken yararlanmasının önünü açacaktır.[79] Ancak hukuk ihtiyaçlar doğrultusunda şekillenen yaşayan bir organizma ise bu yönde tespit edilen eksikliklerin giderilmesi, bu yetkinin cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet etmesi ve hukuk devleti temelinde verilen bir yetki olduğunun değerlendirilmesi, böylelikle toplumsal infial doğuran durumlarda takdir yetkisinin kullanılmasının cezanın özel önleme niteliğinin etkisiz kalmasına yol açabileceğinin göz önünde bulundurularak bu suçlar bakımından düzenlemenin gözden geçirilmesi bu nedenle tüm sorumluluğun yasa uygulayıcısının üzerinde bırakılmaması yerinde olacaktır. Bunun için takdir yetkisinin kullanılabilmesi için ölçüt oluşturulması ve yerine göre sınırlanması yerinde olacaktır. Bu yetkinin makul sınırları Francois Geny'nin de haklı olarak işaret ettiği üzere, hâkimin takdir yetkisini kullanırken, ideal güzellik ve iyilik anlayışının peşinde gönlünce dolaşan bir şövalye olmamasıdır. Hâkim, ilkelerden feyz alırken belirsiz ve düzensiz bir iyiliğe, istikrarsız bir duyarlılığa yer vermez. Gelenekten haberdar, mukayese ile düzenlenmiş, toplumsal yaşamdaki düzen gerekliliğinde kullandığı takdir yetkisini ancak sistem tarafından disipline edilmiş bir durumda kullanmalıdır.[80]

79 Şen, Ersan, https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html (ET:15.05.2021)
80 Cardozo, Benjamin, *Yargı Sürecinin Doğası*, İstanbul 2018, Çev. Muzaffer Dülger-Sedat Elçin, s. XVI.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKÇEN, Ahmet-YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

BAYRAKTAR, Köksal, Eserlerinin Önsözleri ile Yaşayan Erman, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul 1999.

BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Ankara 2014.

CARDOZO, Benjamin N, Yargı Sürecinin Doğası, İstanbul 2018, Çev. Muzaffer Dülger-Sedat Elçin, s. XVI.

DEMİRBAŞ, Timur, İnfaz Hukuku, Ankara 2019.

DOĞAN, Koray, Ceza Hukuku Dergisi, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Cilt: 2 Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 296.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, İstanbul 1999.

GERÇEKER, Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.Baskı, C. 1, 2014, s. 948.

GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara 1996.

GIBBS Jack, "Hukuk Tanımları ve Ampirik Sorunlar", Çev. Tevfik Özcan, İÜHFM. Yıl: 1990, Cilt: 53, Sayı: 1-4, s. 305.

GÖZLER, Kemal, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1998, Cilt 15, s. 207-243: https://www.anayasa.gen.tr/yorum.htm#_ftn28, (ET: 20.05.2021.)

HAFIZOĞULLARI, Zeki-ÖZEN, Muharrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2016.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich "Türk Ceza Kanununun Ön Tasarısında Yer Alan Kusur İlkesinin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/95936, (ET: 20.05.2021)

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 2007.

ÖZBEK Veli Özer /KANBUR Mehmet Nihat/DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar /TEPE, İlker Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.

SOYASLAN, Doğan, Kriminoloji, Ankara 2015.

ŞEN, Ersan, https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html (E T: 15.05.2021)

TOPUZKANAMIŞ, Engin, Hukuk ve Disiplin, İstanbul 2019.

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM. Cilt 59, Sayı: 1-2, Yıl: 2000, s. 51

ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.

ÜZÜLMEZ, İlhan, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", EÜHFD., C. X, S. 3-4, Yıl: 2006.

YERDELEN, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Ankara 2013.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, Ankara 2015.

İnternet Kaynakları

https://www.iusinitinere.it/i-criteri-di-valutazione-di-cui-al-lart-133-c-p-24684 (ET: 15.05.2021); https://www.altalex.com/documents/news/2014/02/20/della-modificazione-applicazione-ed-esecuzione-della-pena (ET: 10.05.2021)

ŞEN, Ersan, https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html, (ET: 15.05.2021)

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf (ET:15.05.2021)

https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1995-14-nrm.pdf (ET:15.05.2021)

https://www.hurriyet.com.tr/gundem/akademisyen-ciftin-akilalmaz-bosanma-seruveni-41817912 (E T: 25.05.2021)

https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf (ET: 15.05.2021)

YCGK, 09.03.2011 Tarih ve E: 2010/25675, K. 2011/2791; https://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-ceza-genel-kurulu-karari-takdiri-indirim-nedenleri-h7452.html (ET: 15.05.2021)

ŞEN, Ersan, https://www.hukukihaber.net/iyi-hal-indirimi-makale,7285.html (ET 15.05.2021)

https://tr.sputniknews.com/turkiye/202102031043719514-muebbet-alan-eski-polisin-cezasi-25-yila-indirildi-kravat-takip-iyi-hal-indirimi-aldi/ (ET 31.03.2021)

İCRAİ SUÇA İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAKTE FAİL-ŞERİK AYRIMI*

Arş. Gör. Dr. Meral BALCI**

Özet

Ceza hukukunda suçun işlenmesi bakımından icrai-ihmali hareket ayrımı sadece suçun niteliğine etki etmemekte, aynı zamanda suça iştirak bağlamında önem taşımaktadır. Suç birden fazla kişi tarafından gerçekleştirildiğinde, söz konusu kişilerin sorumluluk statülerinin ne şekilde dikkate alınacağı, gerçekleştirdikleri katkılar esas alınarak belirlenmektedir. Bu ayrım özellikle suça iştirak bakımından ikilik sisteminin benimsenmesi halinde ön plana çıkmaktadır. Suçun icrai hareketle işlenebilmesi gibi ihmali hareketle de işlenebilmesi suça yönelik katkıların icrai olabileceği gibi ihmali de olabileceği sonucunu ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte ihmali nitelikteki hareketle suça katkının her durumda cezalandırılabilir nitelik taşıyıp taşımadığı önem arz etmektedir. Konu özellikle garantör tarafından gerçekleştirilen katkılar ekseninde ön plana çıkmaktadır. İcrai hareketle gerçekleştirilen suça garantörün katkısının her zaman faillik kapsamında mı dikkate alınacağı yoksa sadece yardım etme olarak mı değerlendirileceği meselesi çalışmanın merkezini oluşturmaktadır.

Anahtar Kelime: İhmali Suçlar, Fail, Yardım Eden, Garantör, Yükümlülük

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 29/11/2021. İlk hakem raporu tarihi: 13/11/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 03/12/2021.

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, balcmeral@gmail.com; yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6089-0952.

THE DISTINCTION OF PERPETRATOR AND ACCESSORY IN PARTICIPATION BY OMISSION TO AN OFFENCE COMMITTED BY ACT

Abstract

In criminal law, the difference between act and omission in terms of committing the offence does not only affect the qualification of the offence, but is also important in the context of participation in the offence. When the offence is committed by more than one person, how the responsibility status of the people in question will be taken into account is determined on the basis of their contributions. This difference comes to the fore especially when the duality system is adopted in terms of participation in offence. The fact that the offence can be committed by omission, as well as by act, has revealed the conclusion that the contributions to the offence can be either act or omission. However, it is important whether the contribution to the offence through act of omission is punishable in any case. The subject comes to the fore especially in the context of the contributions made by the guarantor. The central issue of the study is whether the guarantor's contribution to the offence committed by an act will always be taken into account within the scope of perpetration or whether it will only be considered as helping.

Keywords: Omission, Perpetrator, Aider, Guarantor, Duty

GİRİŞ

İştirak öğretisinde suça iştirak edenlerin sorumluluklarının tespitinde ikilik sisteminin benimsenmesi, suça iştirak edenlerin katkılarının arasında niteliksel ayrımın bulunduğu esasına dayanmaktadır. Türk hukukunda fail-şerik temel ayrımına dayanan sistem, iştirak statülerinin tespitinde farklı esasları gerekli kılmıştır. Faillik niteliğindeki katkılardan dolayı suça katılan hukuki değer ihlalinden doğrudan sorumluyken; şeriklik niteliğindeki katkılarından dolayı suça katılanın sorumluluğu bağlılık kuralı aracılığıyla mümkündür[1]. Suç-

1 Bununla birlikte özellikle Alman doktrininde şerik tarafından gerçekleştirilen haksızlığın ba-

ların icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi kanunda düzenlenmiş olması şartıyla ihmali hareketle de gerçekleştirilebileceğinin[2] ceza hukuku genel hükümlerinin esaslarından biri olması, ihmali suçlarda iştirak meselesinin dikkate alınmasında önem taşımaktadır. İcrai hareket ile ihmal edilen hareket temelde ceza hukukuna ilişkin bağlantı noktaları ile birbirinden ayrışmaktadır[3]. İcrai suçlarda tipik neticede gerçekleşen tehlikenin temellendirilmesi veya artırılmasına yönelik karara, ihmali suçlardaki failin ortadan kaldırmak veya azaltmak zorunda olduğu tehlikenin ortadan kaldırılmaması veya azaltılmaması kararı karşılık gelmektedir[4]. Gerek icrai hareketle işlenen suçların gerekse ihmali hareketle gerçekleştirilen suçların tek kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde faillik belirlemesi sorun teşkil etmezken; birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen ihmali suçlarda[5] aynı sonuca varılamamaktadır[6]. İhmali suça icrai hareketle iştirakin gerçekleştirilebileceğine ilişkin kabul[7], icrai suça ihmali hareketle iştirakin mümkün olup olmadığı[8] sorusunu gündeme getirmiştir. Bu ise ihmali hareketle iştirakte sorumluluk derecelerinin ayrımını beraberinde getirmiştir. Konu özellikle Alman doktrininde bir başkası tarafından işlenen suça ihmali hareketle iştirakin müm-

ğımsız olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu kapsamda şerikliğin esas fiile bağlılığı sadece "saf fiilî yapısı" ve "cezaya layık olma mülahazası" temeline dayandırılmaktadır (Harro Otto, "*Anstiftung und Beihilfe*", Juristische Schulung, 1982, ss. 557-566, s. 558). Nitekim *Lüderssen* esas fiilin faili dikkate alınmaksızın şerik hareketinin de suç tipini gerçekleştirebileceğini kabul ederek, şerikliğin esas fiile niteliksel bağlılığına karşı çıkmıştır. Klaus Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967, s. 25 vd.

2 Aras Türay, "*İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı*", YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, ss. 115-154, s. 117 vd.

3 Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 200.

4 Otto, Anstiftung und Beihilfe, s. 559.

5 Birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen görünüşte ihmali suçlarda müşterek failliğe ilişkin değerlendirme için bkz. Zahid Yılmaz, "*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 122-131, s. 126; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 135 vd.

6 Volker Haas, "*Die Beteiligung durch Unterlassen*", ZIS 5/2011, ss. 392-397, s. 392.

7 İzzet Özgenç, "*İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*", CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 1-10, s. 6-7.

8 Helmut Satzger, "*Beteiligung und Unterlassen*", Juristische Ausbildung, 2015, ss. 1055-1064, s. 1061; Devrim Aydın, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 91 vd. İhmali hareketle, iştirak şekillerinden yapısal olarak sadece yardım etmenin ve doğrudan failliğin mümkün olabileceği yönünde bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 158.

kün olup olmadığı[9] ve böylece fail ile yardım eden arasındaki ayrımın belirlenmesi üzerine şekillenmiştir[10]. Nitekim konuya ilişkin verilen örnek şu şekildedir: "*88 yaşında ve sağlık problemi bulunmayan (R)'yi damadı (M), eşine kalacak mirası elde etmek için öldürmek ister. (R) hedeflediği dünya turuna çıkmadan önce (M) ona zehirli kahve verir. (M)'nin eşi (F) durumu bilmesine rağmen hiçbir şey yapmaz, o da babasının ölmesini istemektedir. Bu durumda sadece (M)'nin değil, (F)'nin de ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.*

9 BGH'nin kararına konu olan olayda "*A, banka soymak ister. Soygundan sonra kaçacağı aracın sürücüsü (F), (A)'yı bankaya getirir. Burada dolu tabancasıyla (A), iner ve eldivenleri ile maskesini giyer. Ancak daha sonra korkuya kapılır ve araca geri döner. Öfkeli (F)'ye bankayı soymayacağını söyler ve arabadan uzaklaşır. (A) tabancayı, kar maskesini ve eldivenleri geride bırakarak (F)'nin fiili gerçekleştirmesini göze alır. (F) soygunu gerçekleştirir.*" BGH NStZ 2013, 578'den aktaran Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1061. Olayda (A)'nın hem ihmali hareketi nedeniyle faillik ihtimali hem de yardım eden olarak sorumlu tutulma ihtimali ön plana çıkmaktadır. (A) kendi hareketi olmasa dahi (F)'nin fiile işlemeye eğilimli olduğunun bilincinde olarak suçu işlemeye yönelik araçları orada bırakmıştır. İhmali sebebiyle failliğinin söz konusu olması garantörlük durumunu gerektirdiğinden ön gelen tehlikeli eyleminden dolayı müdahale yükümlülüğünün bulunduğunun söylenebileceğini belirten *Satzger*, (A)'nın suçun işlenmesinde kullanılan araçları (F)'ye bırakması nedeniyle (F)'nin fiili işlemesine yönelik rizikoyu artırması sebebiyle (A)'nın müdahale yükümlülüğünden doğan gözetim garantörlüğünün oluştuğunu ileri sürmüştür. Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1061.

10 Klaus Hoffmann-Holland, "*Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*", ZStW, 2006, ss. 620-638, s. 620; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 156. Diğer bir şeriklik şekli olarak azmettirmenin ihmali hareketle gerçekleşmeyeceğine yönelik neredeyse doktrinin tamamı hemfikirdir (Gerald Grünwald, "*Die Beteiligung durch Unterlassen"*, Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1959, ss. 110-123, s. 122; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Kohlhammer, Stuttgart, 2014, s. 574; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 151; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2-3, 2. bs, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 462; Mustafa Ruhan Erdem, "*Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı*", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5, 2005, ss. 204-215, s. 211; Aydın, Suça İştirak, s. 255; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 323). *Freund* icraya eşdeğer ihmalle azmettirmenin tamamen dışlanmadığını, ancak ihmali harekette düşünce açıklamasının eksik olması sebebiyle pratik olarak gerçekleşme ihtimalinin çok güç olduğunu belirtmiştir (Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 2. bs., Springer, Berlin, 2009, s. 410). Aynı yönde Karl Lackner/Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 28. bs., Beck, München, 2014, s. 229. *Önder* de ihmali hareketle azmettirilende suç kararı oluşturulamayacağını ancak oluşan suç kararının değiştirilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir (Önder, Genel Hükümler, s. 462). *Roxin*'e göre de "*Hareketsiz kalma istisnai şekilde azmettirme talebinin içeriğine sahip olursa sonuç doğurmaya yönelik bir hareket olarak değerlendirilmek zorundadır. Bununla birlikte hareketsiz kalma bu niteliğe sahip değildir. Ancak fiile yönelik bir teşvik yaratabilir ki bu da azmettirme bakımından yeterli değildir.*" Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003, s. 156. Benzer yönde *Geppert*, ihmali hareketle azmettirmenin azmettirmenin haksızlık içeriğini karşılamayacağını belirtmiştir. Klaus Geppert, "*Die Anstiftung (§ 26 StGB)*", Juristische Ausbildung (JURA), De Gruyter, Berlin, 1997, ss. 358-366, s. 365.

Çünkü (F) babasına karşı söz konusu neticeyi önlemek[11] *bakımından garantör konumundadır*". Böylelikle ihmali suçlara ilişkin gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar[12] şeklindeki temel ayrımda[13] konu, görünüşte ihmali suçlara garantörün[14] ihmali hareketiyle iştiraki üzerine somutlaşmaktadır. İlgili kişinin ihmali, yalnızca asıl fail tarafından ihlal edilen hukuki değerin garantörü olması durumunda geçerlidir. Aksi takdirde, garantörlük durumunun bulunmaması hali, failliğe ilişkin yasal düzenlemenin gerektirdiği aktif hareketle aynı değildir[15]. Bununla birlikte garantörlük durumunun bulunması halinde sorumluluğunun faillik kapsamında mı incelenmesi gerektiği veya sadece yardım eden[16] olarak mı suça katılmış olacağı nok-

11 Neticeyi önleme olasılığı kriterinin tek başına ihmali suçlarda failliği temellendiremeyeceği yönünde bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 96 vd.

12 Görünüşte ihmali suçlar teriminin yanı sıra kavrama karşılık gelen diğer tercihler için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. bs., Beta, İstanbul, 2019, s. 266; Türay, İhmal Suretiyle İcrai Hareket, s. 121 vd.

13 Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs., Springer, Berlin, 2015, s. 467 vd.; Thomas Rotsch, "*BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08*", ZJS, 2009, ss. 712-718, s. 715; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 495. Gerçek ve görünüşte ihmali suç ayrımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 143 vd. Gerçek ve görünüşte ihmali suçlarda ayrımın ne şekilde belirleneceğine ilişkin ileri sürülen yaklaşımlar için bkz. Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 81 vd.

14 Alman doktrininde garantörlük niteliğinin ne olduğu da tartışma konusudur. Hâkim görüşe göre garantörlük yükümlülüğü ACK md. 28/1 anlamında cezayı temellendiren özel kişisel bir unsurdur. Azınlık görüşü ise, yükümlülük durumunun özel kişisel unsur olmadığı yönündedir. Bununla birlikte garantörlük durumunun türüne göre ayrıma giden bir görüş de bulunmaktadır. Buna göre, gözetim garantörlüğü kapsamındaki ihmali suçlar bakımından bu yükümlülük salt fiille ilişkili bir yükümlülük iken; koruma garantörlüğünde somut fail üzerinden ayrıma gidildiğinden, özel kişisel unsur olarak sınıflandırılmalıdır (Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. bs., Nomos, Baden-Baden, 2008, s. 324). Garantörlüğün suç teorisi içinde hukuki niteliğine ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Fatih Yurtlu, "*Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı*", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, Sa. 3, ss. 579-636, s. 597 vd.

15 Satzger, a.g.m., s. 1061.

16 İcrai hareketle gerçekleştirilen suçlarda suça iştirak edenlerin statülerinin belirlenmesinde yardım etme niteliğindeki katkının esas fiil bakımından nedensel olması gerektiği konusunda doktrin hemfikirdir (Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, s. 233; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 661 vd.; Peter Cramer/Heine Günter, *Schönke/Schröder/Cramer Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. bs, C. H. Beck, München, 2006, s. 555; Klaus Geppert, "*Die Beihilfe*", JURA, 1999, ss. 266-274, s. 268; Gaede Karsten: "*Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB*", JA, 2007, s. 757-762, s. 758 vd.; Aydın, Suça İştirak, s. 91 vd.; Ömer Çelen, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Aslî Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet, Ankara, 2020, s. 279). Yardımın nedenselliğinde yardım edenin fiile yönelik katkısı ile icrai suçlarda hukuki değerin ihlalinde gerçekleşen tehlikeyi artırıp artırmadığı

tasında görüş birliği bulunmamaktadır[17]. Görünüşte ihmali suçların özgü suç olarak kabulü ve bu suçların ancak garantör tarafından işlenebiliyor olması[18] söz konusu soruna çözüm olmamaktadır. Bu noktada belirtilmelidir ki, ihmali suça şeriklik bakımından şerikin garantörlük durumuna sahip olmasına gerek yoktur[19].

İhmali suçlara ilişkin TCK'da ACK'dan[20] farklı olarak genel bir düzenlemeye yer verilmemiş olması ihmali suçların ancak açık düzen-

---

önem taşımaktadır (Harro Otto, "*Beihilfe durch Unterlassen*", JuS, 2017, ss. 289-295, s. 295). İcrai suçlarda yardım etme bakımından dikkate alınan bu kriterler ihmali suretle yardım etme bakımından dikkate alınırsa, kesinliğe yakın bir olasılıkla neticeyi engellemeyen, ancak müdahalesi ile tipikliğin gerçekleşmesini zorlaştırabilecek konumda olan garantörün katkısının nedensel olduğu kabulüne (Zafer, Genel Hükümler, s. 271), doktrinde bir görüş neticenin gerçekleşmesini zorlaştırma yükümlülüğünün yanlış anlaşılmaması gerektiğine dikkat çekerek vurgu yapmıştır (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 295). Yazar neticenin gerçekleşmesiyle ilgili olmaksızın herhangi bir şekilde suçu ağırlaştırıyor şeklinde görünen katkıların yardım etme kapsamında cezalandırılamayacağını belirtmiştir. Neticenin gerçekleşmesine ilişkin somut riski azaltmak şeklinde garantörün ihmali hareketinin ele alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. İhmal yoluyla yardımda, garantör davranışıyla failin neticeye ulaşmasını daha da zorlaştırabilecek olmasına rağmen; bunu, hukuki değerin ihlali ile sonuçlanacak hukuki değer bakımından tehlikeyi azaltmayarak yapmaz. Yardım eden bu şekildeki davranışıyla failin neticeyi gerçekleştirme şansını arttırır (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 295). İhmali suçlarda riskin azaltılması teorisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Enrique Gimbernat Ordeig, "*Das Unechte Unterlassungsdelikt*", ZStW, 1999, ss. 307-334, s. 322 vd. BGH'nin konuya ilişkin yaklaşımı için ayrıca bkz. Otfriend Ranft, "*Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme durch garantiepflichtwidriges Unterlassen*", Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymans, Berlin, 2007, ss. 403-422, s. 408-409.

17 Rolf Dietrich Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme Eine systematische Darstellung anhand von Grundfallen*, München, C.H. Beck, 1977, s. 82; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 279.

18 Gerhard Kielwein, "*Unterlassung und Teilnahme*", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1955, ss. 225-232, s. 225; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 470; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 398; Zafer, Genel Hükümler, s. 269; Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 207; Yurtlu, Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı, s. 596.

19 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 324; Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 281.

20 ACK md. 13'te görünüşte ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir (Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1055; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 468). Düzenleme ile Alman ceza hukukunda kıyas yasağına ilişkin endişelerin geride kaldığı ve fakat belirlilik ilkesinin gereklerinin tam olarak karşılanmadığına yönelik görüş için bkz. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 469. Bununla birlikte söz konusu düzenlemenin ihmali suçlarda fail-yardım eden ayrımına yönelik bir kriter teşkil etmediği ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin esas alınarak fail-şerik ayrımını belirleyen görüşlerin isabetli olmadığı yönünde görüş için bkz. Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 629.

leme ile yaptırım altına alınması[21] Türk hukukunda[22] ihmali suçlar alanında tartışma konusu[23] olmakla birlikte, ihmali suçların kendine özgü yapısı nedeniyle suçun birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde iştirak statülerinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği de netlik kazanmamıştır[24]. Fail-şerik ayrımına ilişkin neredeyse doktrinin tamamının üzerinde görüş birliğine vardığı kriter olarak fiil hâkimiyetinin benimsenmesi, etkisini daha çok icrai hareketle işlenen suçlar üzerinde göstermiş olup, bu bağlamda ihmali suçlar geri planda kalmıştır. Nitekim faillik kriteri olarak fiil hâkimiyetinin kabulünün, ihmali suçların esasına aykırılık teşkil edip etmediği meselesi[25] üzerinden ele alınan konu ihmali suçlarda fiil hâkimiyetinin farklı şekilde değerlendirilmesi gerektiği şeklindeki görüş ayrılıklarına ka-

21 Yargıtay'ın aksi yöndeki kararlarından biri şu şekildedir: "*Türk Ceza Kanununun 181. maddesinin birinci fıkrasında suç olarak düzenlenen atık veya artıklarla çevrenin kasten kirletilmesi fiili, kanunlarda belirtilen teknik usullere aykırı olarak, çevreye zarar verecek şekilde atık veya artıkların alıcı ortamlar olan toprak, su ve havaya kasten verilmesidir. Buna göre suç, atık veya artıkların teknik usullere aykırı olarak bir defa alıcı ortama verilmesiyle oluşacaktır (…) Yargılama konusu olayda atıklar alıcı ortam olan toprağa yasal düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce bırakılmış, ancak atık dolu variller ihbar üzerine 27.03.2006 tarihi ve sonrasında gerçekleştirilen kazı çalışmaları sırasında bulunmuştur. Atıkların variller içinde toprağa gömülmesi eylemi icraî niteliktedir. Gerçekleştirildiği tarihte yasal düzenleme bulunmadığı için bu eylemin suç oluşturmayacağı düşünülebilir ise de, yasal düzenlemenin gerçekleştirilip eylemin suç olarak düzenlenmesinden sonra failler bakımından, Kanunun yürürlük tarihi itibariyle, eylemlerinden doğabilecek tehlikeyi veya zararlı neticeyi engelleme yükümlülüğü doğmuştur. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen sanıkların bu ihmali davranışlarıyla çevre bakımından doğan tehlike olasılığının devamına neden oldukları, bir başka deyişle icraî davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemeleri nedeniyle kusurlu bulundukları açıktır (…) Atığın Kanun'un 181/4. madde ve fıkrasında öngörülen atıklardan olması halinde ise, anılan fıkranın 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ve sanıkların eylemlerinden kaynaklanabilecek tehlikeyi veya zararlı neticeyi önleme yükümlülüklerinin bu tarih itibariyle doğması karşısında, bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen, başka bir deyişle bu tarih itibariyle ihmal suretiyle icrai eylemde bulunan sanıkların suçtan sorumlu tutulması gerekecektir.*" (Yarg. 4. CD., E. 2013/23903, K. 2014/35886, Tarih: 08/12/2014, (çevrimiçi) www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 09.09.2021).

22 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesinde kabahatin ihmali davranışla işlenmesine yer verilmiş ve kabahatlerin ihmali davranışlarla da işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Belirtilmelidir ki, bunun için kişinin belli bir icrai davranışta bulunma yönünde hukuki yükümlülüğünün bulunması gerektiğine açıkça yer verilmiştir.

23 Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 399; Zafer, Genel Hükümler, s. 266; Özbek/Doğan/Bacaksız, Genel Hükümler, s. 495 vd.; Türay, İhmal Suretiyle İcrai Hareket, s. 135 vd.

24 Nitekim Alman Ceza Kanunu'nun 1962 yılında hazırlanan taslağında ihmali hareket edenin fail veya şerik olarak cezalandırılabilmesine ilişkin açık düzenleme Ceza Hukuku Reformu Özel Komitesi tarafından "ihmal suçlarında fail ile şerik arasında bir ayrımın mümkün olup olmadığı konusundaki dogmatik anlaşmazlığa müdahale etmemek" amacıyla kabul edilmemiştir (Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 621). Kanun düzenlemesinin ihmali suretle şerikliği mümkün kıldığına ilişkin bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 752-753.

25 Klaus-Hennig Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, 1974, s. 255.

dar uzanmıştır. Bu nedenle çalışmada öncelikle fiil hâkimiyeti kavramına genel hatlarıyla yer vermek, konuyu anlaşılabilir kılmak adına faydalı olacaktır. Çalışmanın kapsamı genel olarak iştirak öğretisi ile ilişkili olduğundan, ihmali suçlarda garantörlük durumuna, hukuki dayanağına ya da kapsamına ilişkin[26] inceleme yapılmayacaktır.

I. FİİL HÂKİMİYETİ KAVRAMI

Fiil hâkimiyeti iştirak öğretisinde uzun bir gelişim süreci[27] geçirmekle birlikte, günümüzde *Roxin* tarafından ileri sürülen fiil hâkimiyeti öğretisinin[28] ağırlık kazandığını söylemek mümkündür. Nitekim TCK'da failliğin gerekçesinde[29] fiil hâkimiyetine açıkça vurgu yapılarak, fail-şerik ayrımının tespitinde bu kriterin dikkate alınması gerektiğine yer verilmiştir. Fiil hâkimiyeti kapsam itibariyle belirli sınırları olan bir kavram olarak değil, açık bir kavram olarak[30] kabul edilmektedir. Söz konusu kriter çerçevesinde suç seyrinin merkezi konumunda yer alan kişinin[31] fail olarak değerlendirilmesi, bu konumda yer almayan ve suça yönelik katkısı tali nitelikte kalan kişinin şerik

26 Bu kapsamda ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 196 vd.

27 Fiil hâkimiyeti kavramının gelişim sürecinde özellikle *Welzel* tarafından kavramın ele alınış şekli ihmali suçlar alanında önem taşımaktadır. Yazar ihmal kastından söz edilemeyeceğini, kastın nedensel sürecin amaca yönelik yönlendirilmesi ile ilişkili olduğunu belirterek aslında ihmali suretle iştirakin ancak kendine özgü bir iştirak şekli olabileceğini mümkün görmüş olmaktadır (Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. bs, Berlin, Walter de Gruyter, 1969, s. 204). Yazar azmettirmenin esaslı unsuru olan failde suç kararı uyandırmanın da ihmali suretle yerine getirilemeyeceğini ayrıca belirtmiştir (Welzel, Das Deutsche Strafrecht, s. 206-207). Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme B.2, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 68. İhmali hareket kapsamında kasttan söz edilemeyeceğine yönelik görüşe ilişkin eleştiri için bkz. Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 622. Bununla birlikte failin bilinçli olarak nedensel sürece müdahalede bulunmaması ve tipik neticenin gerçekleşme olasılığını en azından göze alması halinde ihmali suç bakımından kasttan söz edilmesi gerekir (Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 188).

28 Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. bs., De Gruyter, Berlin, 2015, s. 308 vd.

29 TCK md. 37 gerekçesine göre "*...Hükümet Tasarısında da benimsenen "asli iştirak", "fer'i iştirak" ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayrımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır. Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.* (...)"

30 *Roxin* tarafından ileri sürülen fiil hâkimiyetine paralel şekilde garantör yükümlülüğünü ihlal eden birden fazla kişi tarafından işlenen ihmali suçlarda suça iştirak statülerini belirlemeye yönelik "ihmali hâkimiyet" (*Unterlassungsherrschaft*) kriterine ilişkin değerlendirme için bkz. Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 264.

31 Fiil hâkimiyeti teorisi fail-şerik ayrımında şekli-objektif teorinin katı bakış açısını reddederek failliği sadece tipik hareketin icrası ile sınırlandırmamıştır. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 323.

olarak kabulünü sonuçlamıştır[32]. İcrai hareketle gerçekleştirilen suçların yapısal birliğinden söz edilememesi fiil hâkimiyeti kavramının bu nitelikteki suçlar bakımından da farklı şekilde dikkate alınmasını gerekli kılmıştır. Nitekim icrai hareketle gerçekleştirilen bazı suçlar kanunda öngörülen sübjektif nitelikteki unsurun fail tarafından gerçekleştirilmesini gerektirmekte veya icra hareketinin bizzat gerçekleştirilmesini ya da belli bir yükümlülük ihlalini gerçekleştiren kişinin failliğini aramaktadır. Faillik belirlemesinde tüm bu suçlar bakımından ortak paydayı tipik olay seyrine hâkim olabilme oluşturmaktadır. Fiil hâkimiyeti kavramının farklı yapıdaki suçlarda uygulanma kabulü, kavramın içerikten yoksun olması anlamına gelmemekte[33], aksine kavramın kapsayıcı niteliğine gönderme teşkil etmektedir. Nitekim *Roxin*, fiil hâkimiyetini farklı alt durumlar ile ilişkilendirerek ele almış ve böylece fiil hâkimiyetinin yol gösterici temel ilke olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir[34]. Hareket hâkimiyeti, irade hâkimiyeti[35] ve fonksiyonel hâkimiyet şeklinde görünüm şekillerini bünyesinde barındıran fiil hâkimiyeti salt hareket hâkimiyeti olarak anlaşılmaması gerekir. Üst kavram olarak fiil hâkimiyeti bunlardan bağımsız bir içeriğe sahip olarak dikkate alınmalıdır[36]. Fiil hâkimiyeti kriteri fiil üzerinde oluşturulan hâkimiyet nedeniyle fiili gerçekleştirene faillik statüsünü getirdiğinden, bunun sadece icrai suçlarda mümkün olduğu çıkarımı kavramın tam olarak anlaşılamamasının sonucu olarak değerlendirilebilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hâkimiyet kavramı belirli bir davranış şekline bağlılıkla sınırlandırılmamalıdır. Burada dikkate alınması gereken, fiil ile onu gerçekleştiren kişi arasındaki bağlılık ilişkisinden ibarettir[37]. Hâkimiyet ilişkisinin tespitinde bağlantıyı sağlayan aracın niteliği belirleyici değildir[38]. Fiil hâkimiyeti, tipikliğin gerçekleştirilmesi bağlamında sorumluluk ilişkisinin merkezi konumunda yer almayı somutlaştırmaktadır[39].

32 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 9; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 321
33 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290.
34 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 319.
35 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 22 vd.
36 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290.
37 Busse, Täterschaft und Teilnahme, 257-258. *Busse*'ye göre icrai hareketle gerçekleştirilen suçlar ile ihmali hareketle gerçekleştirilen suçların hukuki değerin korunması bakımından yan yana konumlandırılması, her iki hareket şeklinde sorumluluğun derecesinin de aynı kriterlere göre belirlenmesini gerektirmelidir. Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 260.
38 Busse, Täterschaft und Teilnahme, 267.
39 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 200.

II. İHMALİ SUÇLARDA FAİL-ŞERİK AYRIMINA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

İhmali suçlarda suça katılım icrai suçlara göre daha karmaşık bir özellik göstermektedir. Bu alanda ileri sürülen yaklaşımlar genel olarak 2 gruba ayrılmaktadır. Bir yandan icrai suçlar bakımından geliştirilen esaslara bağlı kalınarak bu kuralların ihmali suçlara da aktarılması gerektiği[40] ileri sürülürken; diğer yandan ise ihmali suçların özellikli yapısından kaynaklanan esaslara dayandırılması gerektiği kabul edilmektedir[41]. Belirtilmelidir ki, konuya ilişkin önemli bir yaklaşım *Kaufmann* tarafından ileri sürülmüştür. Genel hatlarıyla değinmek gerekirse, yazar icrai hareketle gerçekleştirilen suçlarda fail-şerik ayrımının mümkün olduğunu ve fakat gerek gerçek gerek görünüşte ihmali suçlar bakımından böyle bir ayrımdan söz edilemeyeceğini benimsemiştir[42]. Yazar ihmali hareket edenin, önlemek zorunda olduğu bir kişinin fiilî veya etkisiz hale getirmek zorunda olduğu doğal bir nedensel zarar ile karşı karşıya olup olmamasının ihmali suçun içeriği açısından bir fark yaratmayacağı varsayımından hareket etmektedir[43]. Özellikle ihmal suretiyle yardımın[44] ne dogmatik açıdan

40 Nitekim BGH icrai hareketle işlenen suçlar bakımından faillik belirlemesinde dikkate aldığı normatif kombinasyon teorisinin ihmali suçlar bakımından da uygulanabilirliğini mümkün görmekte ve kararlarında esas almaktadır (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290). Konuya ilişkin kasten yaralama suçu kapsamında önüne gelen olayda garantör konumundaki kişiyi 3. kişinin icrai hareketle gerçekleştirdiği fiile engel olmaması nedeniyle birlikte fail olarak sorumlu tutmuştur (BGH NJW 1966, 1763'den aktaran Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 621). Bununla birlikte ihmali suçlar açısından BGH'nin yaklaşımı eleştiri ile karşılanmıştır. Öncelikle ihmali hareketten faillik iradesi hakkında sonuç çıkarmanın söz konusu olamayacağı eleştirisi getirilmiş, ayrıca hâkimiyete sahip olmanın hâkimiyete sahip olma olasılığı ile aynı anlama gelemeyeceği ileri sürülmüştür (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290). Bunun yanı sıra esas olarak sübjektif bir kriterin benimsenmesinin çok belirsiz olduğu ve öngörülemeyen sonuçlara neden olabileceği ileri sürülmüştür (Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1062). Benzer yönde eleştiri için bkz. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 669; Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 392.

41 Rene Bloy, "*Anstiftung durch Unterlassen?*", Juristische Arbeitsblatter (JA), 1987, ss. 490-497, s. 490. Nitekim *Kindhäuser*, icrai suçlar alanında getirilen kriterlerin ihmali suçların yapısına uygun olmadığını belirtmiştir (Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 325). Aynı yönde Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 82.

42 Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2. bs, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1988, s. 302. Aynı yönde Welzel, Das Deutsche Strafrecht, s. 222.

43 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 296. Bizzat işlenebilen suçlar ve amaç gibi sübjektif tipiklik unsurunun gerekli olduğu suçlara ilişkin değerlendirme için bkz. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 298.

44 Yazar ilgili garantör sıfatına sahip olmayan azmettirenin de netice bakımından aktif, icrai bir davranış gerçekleştirmek suretiyle nedensel bir etki ortaya çıkaracağını ve sorumluluğunun da icrai suç failliği kapsamında ele alınması gerektiğini kabul etmiştir. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 203.

bir iştirak türü olarak kabul edileceğini ne de aktif yardım etme hareketleriyle kıyaslanabileceğini ileri sürmüştür[45]. Böylece yazar ihmali hareket edenler arasında farklılaştırmanın yapılamamasının sonucu olarak tek faillik sistemine işaret etmiştir[46]. İhmali suçlarda bu şekilde benimsediği yapısal bağımsızlık ilkesini, suçun önlenmesinde garantör yükümlülüğüne aykırı şekilde gerçekleştirilen ihmali hareketin bağlı tasnifinin ihmal suretiyle iştirake teşebbüs edilen alanda[47] çelişkiye sebep olacağı düşüncesine dayandırmıştır[48]. Bununla birlikte ileri sürülen yaklaşımın günümüzde neredeyse savunucusunun[49] kalmadığı belirtilmektedir[50]. Her yükümlülüğe aykırı davranışın aynı sorumluluk derecesi kapsamında ele alınmasının ihmali suçlarda istisnasız uygulanabilirliğinin sağlanamayacağı dikkate alınmalıdır[51].

A. Fail-Şerik Ayrımına İlişkin Sübjektif Yaklaşımın İhmali Suçlara Uyarlanması

Faillik ve şeriklik ayrımının belirlenmesine yönelik öğretide benimsenen yaklaşımlar icrai hareketle gerçekleştirilen suçlar esas alınarak açıklanmıştır. Bununla birlikte ihmali suçlar bakımından

45 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 302. İhmali hareketiyle suça iştirak eden garantörün aynı zamanda aktif hareketle suça yardım etmesi halinde aktif katkısından sonra neticeyi önleme olasılığını kullanamazsa, kural olarak fail konumunda dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 114.

46 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 302. *Kaufmann* ihmali alanda bizzat işlenebilen suçlarda garantör yükümlülüğüne ilişkin tipikliğin oluşmayacağını belirterek fiilin bağlılığına önem atfetmemiştir (Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 300). İhmali suçlar alanında benzer bir yaklaşımı benimseyen *Grünwald* ise bizzat işlenebilen suçlar söz konusu olduğunda ihmali suçun aktif hareket eden failin fiiline kavramsal bağlılığı kabul etmekte ve bu tür ihmali suçlarda gerçek bağlılığın (*realer Akzessorietät*) gerekliliğine atıf yapmaktadır. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 119.

47 *Grünwald* da benzer şekilde fiilin önlenmesine yönelik ihmal gösterilmesine teşebbüs edilen iştirakte cezalandırmanın gerekliliğini benimsemektedir. Yazara göre babanın çocuğunun öldürüldüğüne yönelik hatasının bulunduğu ve bu nedenle çocuğun kurtarılması bakımından hareketsiz kaldığı ihtimalde babanın cezasızlığı sonucu hukuka uygun değildir. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 116.

48 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 293 vd.

49 Bununla birlikte *Uthmann* tarafından ileri sürülen görüş, bu yaklaşıma paralellik göstermektedir. Yazar ihmali suçlarda taksirli işlenen suçlardaki faillik ifadesinin kıyas yapılarak müsebbiplik (*Urheberschaft*) ifadesiyle oluşabileceğini vurgulamıştır (Jörg v. Uthmann, *Der Urheber des Verbrechen Ein Exkurs in das Niemandsland zwischen Täterschaft und Teilnahme*, Dissertation, 1963, s. 37). Yazara göre ihmali suçlarda taksirli suçlarda olduğu gibi faillik ile şeriklik arasında ayrım yapılamaz. Müsebbibin hangi ölçüde cezalandırılacağı neticeyi önleme yükümlülüğüne göre belirlenmelidir. Uthmann, Der Urheber des Verbrechen, s. 37.

50 Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 323; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 156.

51 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 201.

da bazı yaklaşımların ele aldığı kriterlerin ihmali suçların yapısı da dikkate alınarak paralel bir sonuca vardığını söylemek mümkündür. Nitekim sübjektif teori, ihmali suçlarda da failliği ve şerikliği suçu engellemede hareketsiz kalanın fail iradesiyle mi yoksa şerik iradesiyle mi davrandığına göre sınırlamaktadır[52]. İhmali hareketi gerçekleştiren kişinin içsel tutumunun bir başkasının icrai hareketini kendisine ait kılma iradesinin ifadesi mi olduğu ya da neticeye yönelik kendi menfaati olmaksızın sadece bir başkasının iradesine tabi olma mı teşkil ettiği, ayrım bakımından dikkate alınması gereken hususlar olarak ön plana çıkmaktadır[53]. Bu nedenle sübjektif teoriyi savunanlara göre ihmali suçlar alanında da faillik ile şeriklik arasındaki ayrım zorluk teşkil etmemektedir[54].

Bununla birlikte sübjektif yaklaşımın benimsediği kriterin ihmali suçlar bakımından harici olaya bağlı olmaması nedeniyle ilk bakışta makul görünse de fail-şerik ayrımına ilişkin yasal düzenlemeler ile çeliştiği belirtilmiştir[55]. Söz konusu yaklaşımın ihmali suçlarda fail ve şerik ayrımını sağlamak bakımından yetersiz olduğu eleştirisi getirilmiştir[56]. Salt hareketsiz kalmaya yönelik irade faillik veya şeriklik isteği arasında ayrım için uygun bir kriter değildir. Zira ihmali suçlarda engellenmeyen şey, kişinin iradesi dışında gerçekleşmeye de-

52 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 528; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 325. İhmali suçlar alanında ne fiil hâkimiyeti kriteriyle ne de sübjektif yaklaşımla fail şerik ayrımına yönelik ikna edici çözüme ulaşmak söz konusu değildir. Zira sübjektif yaklaşım bağlamında salt hareketsiz kalmanın faillik veya şeriklik iradesinden hangisine yönelik olduğunu belirleyebilmek güçtür. Cramer/Heine, Strafgesetzbuch Kommentar, s. 508.

53 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 623. Mahkeme kararında esas alınan söz konusu unsurlara yönelik değerlendirme için bkz. Rotsch, ZJS 2009, s. 713 vd. *Animus* teorinin icra suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da uygulanabilirliği olduğunu ileri süren *Arzt*, bu kriterin suça ilişkin katkılara yönelik hukuki bir değerlendirme ölçütü olduğunu ileri sürmüştür. Arzt, JA 1980, s. 558'den aktaran Hans-Jörg Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996, s. 82.

54 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde ihmali hareketiyle suça iştirak edenin kural olarak yardım eden olarak sorumlu tutulacağı yönünde bkz. Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 226. Söz konusu yaklaşımın objektif olay seyriyle somut bağlantı noktasının bulunmadığı yönünde bkz. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 86.

55 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 156; Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 623; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 85.

56 Christian Becker, "*Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen Zugleich Anmerkung zum BGH Urt. v. 12.02.2009 - 4 StR 488/08*", Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), 2009, ss. 242-249, s. 243; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 473; Geppert, Die Beihilfe, s. 271; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 140; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 84.

vam etmektedir. Kendiliğinden devam eden durumun ihmal edenin kendi isteği olduğu şeklindeki kabul zorlama bir yoruma dayanmaktadır[57]. Ayrıca bu şekilde gerçekleşen katkının cezalandırılması düşüncenin cezalandırılması ihtimalini de gündeme getirebilecektir[58].

Özellikle görünüşte ihmali suçlar bakımından garantörlük cezalandırmayı temellendiren özel kişisel unsur olarak, garantörün kendisine içkindir. Garantör yükümlülüğünün ihlalinin bir başkasının fiili olarak görülememesi nedeniyle de sübjektif yaklaşım fail-şerik ayrımı bakımından makul bir gerekçe sunamamaktadır[59].

B. İhmali Suçlarda Fiil Hâkimiyetinin Yansıması Olarak Potansiyel Fiil Hâkimiyeti

Sübjektif teoriyi benimseyenler bakımından durum net olmakla birlikte[60] fiil hâkimiyeti teorisinde benimsenen yaklaşımın ihmali suçları da kapsayıcılığının bulunup bulunmadığını izah etmek güçtür[61]. Fiil hâkimiyeti kriterinin ihmali suçlarla ilişkili olarak icrai suçlarda olduğu gibi somut sınırları bulunduğu söylenemese[62] de fiil hâkimiyeti teorisini savunanlara göre, neticeyi önleme olanağına kim sahipse (ki cezalandırma sadece bu durumda söz konusu olabilir), suçun icrası için verilecek önemli karar kimin elindeyse ve böylece fiil hâkimiyeti kimdeyse[63] buna göre ayrım yapılmalıdır[64]. İhmalin

57 Akbulut Berrin, "*Bağlılık Kuralı*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, 2010, S. 1, ss. 167-214, s. 187. Benzer yönde eleştiri için bkz. Rudolf Rengier, "*Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte*", JuS, 2010, ss. 281-287, s. 284.

58 Geppert, Die Beihilfe, s. 271; Wilhelm Gallas, "*Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*", Juristen Zeitung, 1960, ss. 649-692, s. 651.

59 Krüger Matthias, "*Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten*", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2011, ss. 1-8, s. 3. Sübjektif teoriye yöneltilen eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 85 vd.

60 Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 84.

61 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491.

62 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. Benzer yönde görüş için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 98; Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 284.

63 Duruma ilişkin verilen örnekte, çocuğunun bir başkası tarafından dövüldüğünü evinin penceresinden gören babanın duruma sessiz kalarak çocuğunun dövülmesini izlemesi halinde faillik kapsamında mı yoksa yardım eden kapsamında mı ele alınacağı gündeme gelmiştir. Neticeye engel olma olanağına sahip olan babanın buna yönelik bir harekette bulunmamasının faillik bağlamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 528.

64 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 528; Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 227; Wessels/Beulke/Satzger, Rn.1034; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Ei-

de tipik olarak korunan hukuki değeri ihlal etme niteliğine sahip olması nedeniyle hareket kapsamında ele alınmasının sonucu olarak her kasten işlenen suçlarda olduğu gibi bu tür suçlarda da faillik bakımından fiil hâkimiyetinin esas alınması gereklidir[65]. Gerek ihmali hareketle gerekse icrai hareketle gerçekleştirilen fiile ilişkin sorumluluk derecesinin belirlenmesinde aynı kriterin dikkate alınmasının önünde engel bulunmamaktadır[66]. Konuya ilişkin olarak *Joecks*, fiil hâkimiyeti kriteriyle ihmali suçlar alanında da farklılaşmanın varlığını kabul ederek, neticeyi önlemeyi amaçlayan nedensel sürecin kontrol edilebildiği ölçüde ihmal alanında bir ayrım yapılabileceğini ileri sürmüştür. Böylece fail fiil hâkimiyetine sahipse, mağdura karşı 3. kişinin saldırısını bizzat önleyebilmelidir[67]. Fiil hâkimiyeti teorisine göre ihmali hareketi gerçekleştirenin icrai hareketi gerçekleştirenin yanında fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığı her bir durumda ayrıca incelenmelidir[68]. Nitekim *Busse* garantörün hukuki değer ihlali bakımından sorumlu olması nedeniyle her zaman ihmali fiil hâkimiyetinin de sahibi olacağı kabulüne karşı çıkarak garantörün bir başkasının icrai hareketine dayanan olay seyri üzerinde her zaman merkezi konumda bulunamayacağını ifade etmiştir[69].

Suçun tamamlanıp tamamlanmayacağı bakımından belirleyici etkinin garantörün hâkimiyet alanında bulunduğu durumda artık garantörün failliğinin kabul edilmesi gerekecektir[70]. İhmali hareket edenin fail olarak kabul edilmesi, icrai hareket edenin fiil hâkimiyetine sahip olması şartıyla failliğini ortadan kaldırmaz. Olayın bütünü

---

sele, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 12. bs., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016, s. 753; İzzet Özgenç, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996, s. 317; Çelen, Yardım Etme, s. 277; Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 330. Benzer yönde görüş için bkz. Rengier, Täterschaft und Teilnahme, s. 285.

65 Gössel in Maurach/Gössel, § 47, Rn. 111'den aktaran Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 64. Yazar ayrıca tek başına garantörlük durumunun ne failliği temellendirebileceğini ne de fail ile şerik arasındaki ayrımda göz önünde bulundurulabileceğini esas kriterin fiil hâkimiyeti olduğunu savunmuştur. Gössel in Maurach/Gössel, § 50, Rn. 72'den aktaran Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 65.

66 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 260.

67 Joecks (Anm. 18), § 13 Rdn. 58 f.'den aktaran Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 624.

68 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 753

69 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 281.

70 Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 227. Yazarın gerçek ihmali suçlarda faillik değerlendirmesine ilişkin bkz. Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 228.

göz önünde bulundurulduğunda fiil hâkimiyetinin bölünmesinden söz edilmesi gerekir[71]. Bununla birlikte bu görüş çerçevesinde ihmali suretle iştirak edenin genellikle yardım eden olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Aktif olarak tipik suç seyrini elinde tutan kişi karşısında hareketsiz kalan garantörün tali bir figür olabileceği ve eğer hareket eden suç seyrinin devamına artık hâkim olamayacaksa potansiyel fiil hâkimiyetinin ihmal edenin üzerine geçtiği kabul edilmektedir[72].[73] Ancak söz konusu kabulün benimsenmesi icrai hareket eden failin olay seyrine hâkim olabildiği süre boyunca ihmali hareket edenin fiil üzerinde hâkim olamayacağı ön kabulüne dayanmaktadır[74].

Fiil hâkimiyetinin içeriğinin uygulama ve engel olma olasılığı[75] şeklinde belirlenmesi (*wendungs- oder eingriffsmöglichkeit*) BGH tarafından da sadece ihmali suçlar bakımından dikkate alınmıştır. Kural olarak yükümlülük sahibi, müdahalesiyle durum üzerinde esaslı değişikliği meydana getirdiği sürece olay seyri üzerinde hâkimiyeti sağlayabilecektir[76]. BGH salt sübjektif bakış açısını terk ederek bütüncül bakış açısı ile konuya ilişkin durumları değerlendirmeye baş-

71 Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 227. Yazar böyle bir durumda ne zaman müşterek failliğin ne zaman yan yana failliğin kabul edilmesi gerektiği sorusunun genel iştirak kuralları çerçevesinde çözüm bulacağını belirtmiştir.

72 Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996, s. 696; Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 409 vd.; Friedrich-Christian Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, s. 106. Potansiyel fiil hâkimiyetinin faillik ile şeriklik arasındaki ayrımı sağlayamayacağı eleştirisi için bkz. Wilhelm Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter De Gruyter, Berlin, 1968, s. 169.

73 Fiil hâkimiyetinin değişimi görüşüne ilişkin değerlendirme için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 98. Yazar bu kriterin dikkate alınmasıyla özellikle intihar olaylarında farklı sonuçların ortaya çıkabileceği üzerinde durmuştur. Yazar intihar edenin doğrudan öldürücü etkiye sahip araçla intihar etmesi halinde bunu önlemekle yükümlü garantör bakımından cezasızlık sonucuna ulaşılacağını, bununla birlikte öncelikle bilincinin kaybolmasına neden olabilecek araçla intiharı halinde garantörün hala neticeyi önleyebilmesi sebebiyle fiil hâkimi olduğu kabulünde cezalandırılma ihtimalinin gündeme geleceğini belirtmiştir. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 98.

74 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 185. Yazar bu yaklaşımın ne pratik ne de dogmatik açıdan ikna edici olduğunu savunmaktadır. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 184.

75 Neticeye engel olma olasılığının fail-şerik ayrımında kriter olarak dikkate alınamayacağı, kriterin fail veya yardım eden olup olmadığı fark etmeksizin ilgili suç bakımından ihmali şekilde hareket eden herkese karşı geçerli olduğu yönünde bkz. Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290.

76 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 313. BGH, suçun önlenmesine yönelik garantörün yükümlülüğüne aykırılığının hem failliği hem de yardım etmeyi gerekçelendirebileceğini kabul etmiştir. Kararlar için bkz. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 824.

laması[77] ile birlikte suça iştirak edenin sadece fiile yönelik iradi yönelimini değil, tipikliğin gerçekleşmesine ilişkin katkısının kapsamı ve fiil hâkimiyetinin belirlenmesine ilişkin neticeye yönelik menfaatin tespitini de dikkate almıştır[78].

İcrai suçlar bakımından esas alınan fiil hâkimiyetinin, ihmali suçlar bakımından karşılığı "potansiyel fiil hâkimiyeti" olarak belirtilmektedir[79]. Yükümlülüğüne aykırı şekilde ihmali hareket eden failin icrai hareketle gerçekleştirilen suçlar anlamında fiil hâkimiyeti bulunmadığı kabul edilmekle birlikte, ihmali suçlarda fail-şerik ayrımında fiil hâkimiyetine bağlantı noktasına farklı bir anlam atfetme çabaları[80] potansiyel fiil hâkimiyeti kavramına zemin hazırlamıştır. Böylelikle ihmali hareket eden garantörün müdahale olasılığının farklı ağırlığı üzerinde durulmuştur. Nitekim bir görüşe göre, garantörün potansiyel fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığı, garantörün fiil hâkimiyetini devralmasının, diğer bir ifadeyle olay seyrini tipikliğin gerçekleşmesini önleyecek şekilde organize etmesinin ne kadar kolay veya ne kadar zor olacağına bağlıdır. Bu değerlendirmeye dayanarak garantör bakımından failin aktif iradesini yenmek, kendi gücünü aktif olarak kullanmaktan çok daha zor ise ancak yardım eden olarak kabul edilmelidir. Ancak garantör herhangi bir zamanda ve çaba göstermeksizin tipikliğin gerçekleşmesini engelleyebilirse, fail olarak kabul edilecektir[81].[82] Fiil hâkimiyeti kriterinin söz konusu durum bakımından en uygun olan kriter olduğu iddiasıyla açıkla-

77 BGH'nin benimsediği kriterin dogmatik açıdan ikna edicilikten uzak olduğu, her bir somut olaya dayanan esnek bir değerlendirmeyi mümkün kılsa da böyle bütüncül bir değerlendirmenin belirlilik ve öngörülebilirlikten yoksun kaldığı eleştirisi için bkz. Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 4.

78 Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 3.

79 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 274. *Krüger*, buna yönelik ihmali hareketin nedenselliğine paralel bir gerekçelendirme ileri sürmüştür. Yazara göre hareketin nedenselliği nasıl ki icrai hareket ve ihmali hareket bakımından farklılaşabiliyorsa; aynı durum suça iştirakte fiil hâkimiyeti kavramı bakımından da kavramsal karışıklığa yol açmamak için dikkate alınabilir (Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 4). Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Gimbernat Ordeig, Das Unechte Unterlassungsdelikt, s. 320 vd. Alman doktrininde ihmali hareketin nedenselliğine ilişkin tarihsel süreçte ileri sürülen görüşler için ayrıca bkz. Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 404 vd.

80 Potansiyel fiil hâkimiyetinin esasının fiile ilişkin neticenin nedeni üzerinde hâkimiyetin oluşturmadığına vurgu yapan *Busse*, bu şekilde neticeye yönelik statik bir ilişkiden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 275.

81 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 292.

82 Görüşe yönelik eleştiri için bkz. Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, s. 499.

mada bulunan diğer bir görüş, öncelikle ihmali suçlarda fiil hâkimiyetinin suç seyrini kast kapsamında elinde bulundurma şeklinde anlaşılmaması gerektiğini kabul etmektedir[83]. İhmali hareket eden kişi olay seyrine aktif şekilde yön verememekte, sadece garantörlük durumu nedeniyle belli bir yükümlülük altında bulunmaktadır. Bu nedenle, temel dayanak failin ihmal yoluyla hâkimiyetinin, normatif değerlendirme sayesinde garantörün potansiyel etki olasılığı (*potenzielle Einflussmöglichkeit des Garanten*) olarak görülmesidir. Garantörün hareket yükümlülüğünü gerçekleştirmesi durumunda fail olarak kabulünü sağlayacak oranda olasılığın yüksek olması gereklidir. Yazar böyle potansiyel fiil hâkimiyetinin ancak garantörün varsayımsal müdahale yükümlülüğüne bakılarak belirlenebileceğini kabul etmiştir. Burada söz konusu kişinin mevcut durumu fiilen ne ölçüde kontrol edebildiği araştırılmalıdır[84].

Buna karşılık doktrinde bir görüş, potansiyel fiil hâkimiyeti kavramının fiil hâkimiyetinin özellikle ihmali suçlarda neticenin esas alınarak ölçüt teşkil etmesinin sonucu olabileceğini[85] ileri sürerek, fiil hâkimiyetinde esas belirleyici olanın hareket olarak anlaşılması halinde ihmali suçlarda da gerçek fiil hâkimiyetinden söz edilebileceğini kabul etmiştir. Sonuç olarak, yazara göre garantörün müdahale edip etmeme yükümlülüğü kendi elindedir ve suç seyrinde kalabilmek adına hareketsiz kalıp kalmayacağı veya 3. kişinin icrai nitelikteki fiiline engel olup olmayacağı üzerindeki hâkimiyet kendisindedir[86].

83 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1063.

84 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1063.

85 Ayrıntılı bilgi için bkz. Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 5. Doktrinde bir görüş, potansiyel fiil hâkimiyetinin ancak suçun ihmali hareketle işlenmesi kavramına ait olabileceğini, buna karşılık faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından uygulanabilir bir kriter teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 73.

86 Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 5. Yazar, fiil hâkimiyetinin bu şekilde anlaşılması halinde ihmali hareket edenin icrai hareket eden faille ilişkisinin garantörlük durumuna göre ayrımda da farklı sonuçlara yol açacağını ileri sürmüştür. Yazara göre koruma ve gözetin garantörlüğü şeklindeki bölünme, fiil hâkimiyeti ile bağlantılandırıldığında ihmali suçlar alanında fail-şerik ayrımının sınırlandırılması için belirli bir model işlevi üstlenir. Yazar böylece aşağıda ayrıca ele alınacak garantörlük durumlarına göre ayrım teorisinin ulaştığı sonucun tam tersi bir sonuca ulaşmıştır (Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 7-8). Yazar gözetim garantörünün neden fail olarak kabul edilmesi gerektiğine yönelik çabaya girişmişse de koruma garantörünün neden yardım eden şeklinde kabul edilmesi gerektiğine aynı şekilde yer vermemiştir.

İhmali suçlar bakımından bu teori de eleştirilmektedir. İhmali suçları karakterize eden husus failin hareketsiz kalması ve icrai bir hareket gerçekleştirmemesi iken; hareketsiz kalma bakımından objektif kriterlere dayandırılmak istenirse, neticeyi önleme olanağının yanında ihmal edenin ayrıca fiil hâkimiyetine sahip olup olmadığına göre ayrım yapılması güçlük arz etmektedir[87]. Neticenin önlenmesinin ihmal edilmesinin zorluk derecesi hakkında farklı görüşlerin ileri sürülmesinin mümkün olması kriterin keyfiliğinin göstergesi olmakla birlikte, birçok durumda neticeyi önlemenin zorluk derecesinin belirlenemeyeceği, zira varsayımsal bir nedensel sürecin söz konusu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır[88]. Ayrıca yasal düzenleme bağlamında faillik bakımından belirleyici olan olay seyrinin merkezi konumunda yer alma olup, söz konusu kişinin potansiyel kurtarma olayıyla ilişkisi değildir[89].

Aslında neticeyi önleme yükümlülüğü ihtimalinin ötesine geçen bir "ihmali hâkimiyet" söz konusu değilse, bu alanda fiil hâkimiyeti kriterine rol tanıyan herhangi bir sınırlama önerisinin[90] de uygulanamaz olduğu görülmektedir[91]. Nitekim *Bloy*'a göre, icrai hareket

87 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 528; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*, 6. bs, Franz Vahlen, München, 2011, s. 300; Becker, Herrschaft durch Nichtstun?, s. 245; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 72; Manfred Maiwald, "*Literaturbericht*", ZStW, 1981, ss. 890-901, s. 896. Bu itirazın, subjektif teorinin ve fiil hakimiyeti teorisinin bir araya getirilmesini amaçlayan normatif kombinasyon teorisine (*normative Kombinationstheorie*) de uygun olduğu yönünde bkz. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. *Bloy*, BGH'nin dikkate aldığı, katılım şeklinin belirlenmesine ilişkin ihmal edenin intiharı engellememesi temelinde geliştirdiği yükümlülük sahibinin olgu hakimiyeti kriterinin (*Sachherrschaft des Verpflichteten*) uygun bir kriter teşkil etmemesi nedeniyle zayıf kaldığını ileri sürmüştür. BGH son zamanlarda intihara cezasız kalan yardım etme olduğunu kabul etmiştir. İntihara yol açan ve intihar edenin bağımsız olarak sebep olduğu olaya ihmal edenin hâkim olmayı istemediği sonucuna varmıştır. Aktaran Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Joachim Renzikowski/Christian Laue, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, s. 421.

88 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 293. Benzer yönde bkz. Gallas, Beiträge, s. 186; Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 294.

89 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 625. Yazar konuya ilişkin şu örneği vermiştir: "*Çocuğu üçüncü bir kişi tarafından su altında tutulan ve bu nedenle boğulma tehlikesi bulunan babanın çocuğa tek başına mı yoksa sadece başkalarından yardım isteyerek mi yardım edebileceği, faillik ile şeriklik arasındaki fark açısından önemsizdir.*" Yazara göre ortak bir karar temelinde başkalarına yardım edebilmekle müşterek faillik kabul edilemez.

90 İcrai suçlarda fiil hâkimiyeti kriterinin fail-şerik ayrımında dikkate alındığı şekliyle ihmali suçlarda karşılık bulamayacağına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 393-394.

91 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491.

edenin fiil seyrine yönelik yoğun ilişkisinin ortadan kaldırılmadığı sürece sadece ihmali hareket edenin tali nitelikteki katkısının kabulünde, ihmali hâkimiyetin aktif hareketteki fiil hâkimiyeti gibi neticeye yönelik ilişkiyi aynı şekilde açıklayamadığı itirafı gizlidir[92]. Yazar ayrıca ihmali hâkimiyetin fiil hâkimiyetinin azaltılmış şekli olarak geçerli olamayacağını ileri sürmüştür[93]. Yazara göre ihmali harekete sosyal gerçekliği şekillendiren bir güç verilmesi yanlış olmamasına rağmen, icrai ve ihmali hareket ortak bir paydaya getirilemez[94]. Fiile ilişkin katkının ağırlığına göre, katılım türleri arasındaki farklılaşma burada başarısız olacaktır, zira ihmal edene tipik neticeye yol açma hiçbir şekilde zemin sağlamaz. İhmal edenin suç seyrindeki konumu neticeyi önleme olasılığında bulunan olay yönlendirmesinin negatif yönünde tükendiğinden[95] icrai hareketle işlenebilen suçlardaki fiil hâkimiyeti ile birebir örtüşen bir uygulama alanından söz edilemez[96]. Fiil hakimiyetinin failliğe ilişkin spesifik hareket haksızlığı üzerine temellendirilmesi, failin hareketinin tipikliği gerçekleştirmesi bakımından oluşturulan aktif tehlike ile eşleştirilirse; sadece negatif kontrol gücüne sahip olan ihmali hareket edenin karşılığı bulunamayacaktır[97].

Fiil hâkimiyeti hukuki değer ihlaline engel olabilme olasılığıyla eşit sayılamaz. İhmal nedeniyle cezalandırma her zaman failin neticeyi önleme olasılığına sahip olmasını şart koşar. Neticeyi önleme fiil hâkimiyetiyle özdeşleştirilmediğinde ise müdahale edebilecek garantörün hangi kriterle bazen fail bazen ise şerik olarak ele alınacağı belirsiz kalmaktadır. Kaldı ki neticeyi engelleyebilme ihtimali çoğu durumda şerikte de bulunabilir. Bu nedenlerle fiil hâkimiyeti aktif olarak hâkim olunabilir nedensel sürecin yönetimini gerektirir. Hareketsiz kalanda bu durum zorunlu olarak eksiktir[98]. İhmali hareketi gerçekleştirene neticeye sebep olma emredilmediğinden, bu kişinin fiil seyrinin şekillendirilmesi bakımından etkisi olayın idare-

92 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 215.
93 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 215.
94 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 215.
95 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491; Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 187.
96 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 624.
97 Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 394.
98 Maurach vd., Strafrecht Allgemeiner Teil (2014), s. 422. Aynı yönde Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 675; Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 215.

sinin (*geschehenssteuerung*) negatif yönünde ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle neticeye engel olma olasılığında bulunur[99].

İhmali hareketle suça iştirakin ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği sorununa ihmali suçların yapısal olarak icrai hareketle gerçekleşen suçlardan farklılığı üzerinden kapı aralayan *Mosenheuer*, öncelikle yükümlü kılındığı hareketi ihmal edenin nedensel süreç üzerinde hâkimiyetinin bulunmadığını ve bunun aslında farklı bir isnadiyet yapısına işaret ettiğini göz önünde bulundurmuştur[100]. Yazar ihmali hareketle fiil hâkimiyetinin belirlenmesini perspektif sorunu olarak ele alarak, sürecin hâkimiyetinden mi yoksa durumun hâkimiyetinden (*Beherrschung der Situation*) mi söz edilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. İcrai hareketle işlenen suçlarda haksızlık isnadı bakımından belirleyici yön tipik neticeye sebep olmanın objektif isnat edilebilirliğidir. Bu aynı zamanda tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından farklı sorumluluk derecelendirmesinin değerlendirmesinde bağlantı noktasını teşkil etmekte ve böylece farklı fiil hâkimiyeti şekilleri ile ilişkilendirilebilmektedir. Bununla birlikte ihmali suçlarda böyle bir fiili bağlantıdan söz edilememektedir. İhmali hareket edenin haksızlığı belirli bir durumda yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyledir. Bu tipik durum (*die tatbestandsmaßige Situation*)[101] ihmal edenin davranışının değerlendirilmesi için objektif esası teşkil etmektedir[102].

Yazar ihmali hareket eden kişi için faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından da bu tipik durumla ilişki kurarak failliği üstün gelen engel olma hâkimiyeti sayesinde fiil hâkimiyeti (*Tatherrschaft kraft überlegener Hemmungsherrschaft*) olarak ele almıştır[103]. İcrai hareketle gerçekleştirilen fiile ihmali hareketle iştirak halinde fiil hâ-

99 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 215.

100 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 192.

101 *Hakeri* de terimi bu şekilde tercüme etmiştir (Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 207). *Erbaş* ise terimi *tipiklik teşkil eden durum* olarak Türkçe'ye çevirmiştir. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 208.

102 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 192-193.

103 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 194. Yazar öncelikle tehlikenin bir insandan veya farklı bir sebepten kaynaklanması haline ilişkin ayrımın fail-şerik ayrımının belirlenmesinde önem taşıdığını ileri sürmüştür. İnsan dışı sebeplerden farklı olarak icrai hareket eden kişinin tehlikeye sebep olması durumunda ihmali hareket edenin bu kişinin iradesine bağlı olduğunu kabul etmiştir. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 201.

kimiyetinin farklı yönleri kapsamında değerlendirme yapan yazar, icrai hareketle fiili gerçekleştirenin olay seyrinin şekillendirilmesi üzerindeki hâkimiyetinin ihmali hareketi gerçekleştirenin sorumluluğunun tespiti ile ilgisiz olduğunu belirtmiştir. Zira ihmali hareket bakımından fiil hâkimiyetinin tespitinde dikkate alınması gereken hukuki değer ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği olup, bunun nasıl gerçekleştiği değildir[104]. Bununla birlikte yazar, icrai hareket eden kişinin fiilini engellemeyen garantörün ancak icra hareketlerini gerçekleştirenin tam sorumlu hareket etmediği durumlar bakımından[105] failliğinin kabul edilebileceğini ileri sürmüştür[106]. Böylelikle aslında yardım etme teorisinin ulaştığı sonuca fiil hâkimiyeti kavramına farklı bir anlam atfederek ulaşmıştır. Zira yazar icra hareketlerini gerçekleştiren failin genel olarak olay seyri üzerindeki hâkimiyetini tanımaktadır[107].

---

104 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 194.

105 Bununla birlikte yazar icra hareketlerini gerçekleştirenin sınırlı sorumluluğunun bulunduğu bazı durumlarda da garantörün tipik durum üzerindeki hâkimiyetinin kabul edilebileceğini kabul etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 197 vd.

106 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 196. Yazar annesi tarafından zarar verilen çocuğa yönelik babasının engel olma yükümlülüğünü gerçekleştirmemesi nedeniyle suça iştirakinde suça ilişkin karar hâkimiyetinin annede olduğunu ve bu nedenle babanın ancak suça yardım eden olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Buna karşılık 5 yaşındaki çocuğun küçük kardeşini dövmesine engel olmayan babanın fail olarak kabul edileceğini ileri sürmüştür. Burada baba icra hareketlerini gerçekleştirenin tam sorumlu olmaması nedeniyle tipik durumun merkezi konumunda yer alan kişi olarak ön plana çıkmaktadır (Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 195). İcra hareketlerini gerçekleştirenin kastı bulunmaksızın fiili gerçekleştirmesi halinde de ihmali hareket edenin üstün gelen engel olma hâkimiyeti nedeniyle fail olarak fiil hâkimiyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 197. Yazar verdiği örneklerin dolaylı failliğe paralellik gösterdiğini kabul etmekle birlikte, burada ihmali hareket edene tipik neticenin doğrudan isnadının söz konusu olması nedeniyle söz konusu durumların doğrudan faillik kapsamında ele alınması gerektiğine vurgu yapmıştır. İleri sürdüğü yaklaşım çerçevesinde üstünlükten anlaşılması gerekenin icra hareketlerini gerçekleştirenin araç olarak kullanılması anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 197.

107 Belirtilmelidir ki, yazar bu genel kabulüne yönelik ihmali suçun haksızlık içeriğinin icrai hareketle gerçekleştirilen fiilde tam olarak tükenmediği durum bakımından istisna tanımaktadır. Failin kasten yaralama fiilini gerçekleştirmesi üzerine garantörün mağduru hastaneye yetiştirme imkânına sahip olmasına ve mağdurun gözlerinden birinin görme yetisini kaybedeceğini bilmesine rağmen bunu yapmaması ve buna bağlı olarak mağdurun gözünü kaybetmesi örneğinde garantörün gerçekleştirdiği haksızlığın icrai hareket eden failin haksızlığının gerisine çekilemeyeceğini belirten yazar bu durumda garantörün yardım eden olarak değil, fail olarak sorumlu tutulacağını ileri sürmüştür. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 198.

C. Faillik Teorisi

Faillik teorisi (*Täterschaftstheorie*) kapsamında ileri sürülen yaklaşımlar başkasının fiilini engellemeyen garantörün her zaman fail olacağından hareket etmektedir. 3. bir kişi tarafından gerçekleştirilen fiile garantör yükümlülüğündeki kişinin ihmal suretiyle yardım eden olarak iştiraki kabul edilmemektedir[108]. Bu yaklaşım çerçevesinde belirleyici kriter garantörün yükümlülük ihlali olmalıdır. İhmali hareketle olası şeriklik alanı ACK md. çerçevesinde ele alındığında bizzat işlenebilen suçlar ve özel kişisel unsur içeren suçlarla sınırlanmıştır[109]. Diğer bir ifadeyle, yardım etme sadece özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda söz konusu olabilir. Bununla birlikte faillik ile şeriklik arasında tam anlamıyla gerekçelendirilebilir bir ayrımın yapılamayacağı belirtilmelidir. Zira tipik neticenin engellenmesine yönelik hukuki yükümlülüğün kendi içinde faillik ile şeriklik ayrımına zemin hazırlayacak bir derecelendirme mümkün değildir[110].

Söz konusu yaklaşıma göre, fiil hâkimiyeti düşüncesi ihmali suçların yapısına uygun değildir. İhmali suçlarda neticeye sebep olma değil, neticenin önlenmesi söz konusu olduğundan ihmali suçlarda faillik bakımından fiil hâkimiyeti zorunlu bir şart oluşturmaz[111]. Bununla birlikte tek başına neticeyi engelleyebilme olasılığı failliği temellendirici nitelik taşımaz. Bu nedenle failliğin belirlenmesi bakımından esas faktör garantörlük yükümlülüğüdür. Görünüşte ihmali suçlar da yükümlülük suçları kapsamında yer aldığından[112] söz konusu suçlarda da neticenin önlenmesine yönelik yükümlülük ihlali failliği gerekçelendirmektedir[113]. Neticeyi önleme yükümlülüklerinin kanun temelinde bir derecelendirmesi yapılmadığı için yeknesak bir neticeyi önleme yükümlülüğü söz konusudur[114]. İhmali suçlarda

108 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 529.
109 Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 294 vd.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 750; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 301; Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 224.
110 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 529; Becker, Herrschaft durch Nichtstun?, s. 247.
111 Weiser, a.g.e., s. 97.
112 Bettina Weißer, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, s. 98.
113 Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme, s. 98. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Geppert, Die Anstiftung, s. 365.
114 Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 509, 752.

yükümlülüğünü ihlal eden her bir garantör fail olarak kabul edileceğinden birden fazla ihmali failin müşterek failliği bakımından her birinin katkısının karşılıklı isnad edilebilirliği araştırması yapılmasına gerek yoktur[115]. Yaklaşım, failliğin tespitinde neticenin önlenmesi yükümlülüğünün esas alınması gerektiğini, ihmali davranışın icrai davranışla olan eşdeğerliliğinin, yalnızca önlenmesi gereken netice açısından söz konusu olduğunu kabul etmektedir[116].

Konu bağlamında *Roxin* tarafından geliştirilen yükümlülük suçları teorisinin[117] ise görünüşte ihmali suçlar bakımından uygulanabilirliği, ilgili özgü yükümlülüğü ihlal eden kişinin fail olarak kabulü esasına dayanmaktadır[118]. Garantör yükümlülüğüne aykırı olarak ihmali hareketi gerçekleştirenin sorumluluk tespitinde çifte konumuna[119] dikkat çeken yazar, icrai hareket edenin hareket hâkimiyeti karşısında, ihmali hareket edenin katkısının yardım etme kapsamında kaldığını, ancak aynı zamanda ceza hukukuna ön gelen yükümlülük

115 Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme, s. 97.

116 Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 188.

117 Bu şekilde oluşturulan suç grubunun kapsamının belirsizlik arz ettiği yönünde eleştiri için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 169.

118 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 671 vd. Yazar görünüşte ihmali suçlarda icrai suçlardaki fiil hâkimiyetinin yerine kontrol hâkimiyetinden söz etmektedir. Kontrol hâkimiyetinin koruma hâkimiyeti ve gözetim hâkimiyetinde çözüldüğünü belirterek icrai suçlardaki yönlendirme hâkimiyetine (*Steuerungsherrschaft*) yaklaştığını kabul etmiştir. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 717-718.

119 Bu bağlamda *Özgenç* tarafından benimsenen yaklaşıma da değinilmesi gereklidir. Yazar *ihmali davranışta bulunan kişi bakımından bu ihmali davranış kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise, artık bir başkasının icraî davranışla işlemekte olduğu suça ihmalî davranışla iştirak edilerek yardım eden (şerik) sıfatıyla sorumluluktan değil, ihmali suçtan dolayı fail sıfatıyla sorumluluktan* söz edilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yazar görüşünü şu örnekle temellendirmiştir: *...A B'ye karşı kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu işlemektedir. Duruma muttali olan kolluk görevlileri olaya müdahale etmezler. TCK'da kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi, icrai suça nazaran müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum karşısında, işlenmekte olan suç olgusu ile karşı karşıya olan emniyet görevlisinin, önleme imkân ve iktidarına sahip olmasına rağmen, bu suçun işlenmesine engel olmaması halinde, kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu ihmalî davranışla işlemekten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Aslında kolluk görevlisi bu ihmalî davranışı, bir başkasının işlemekte olduğu kasten öldürme veya kasten yaralama suçuna iştirakten dolayı yardım eden sıfatıyla da sorumluluğunu gerektirmektedir. Ancak, Kanunda kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi müstakil bir suç olarak tanımlandığı için (TCK, m. 83, 88), kolluk görevlisinin bu durumda sadece fail sıfatıyla sorumluluğunu gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.* Yazar, örnekte söz konusu davranışın, *hem bir başkasının işlediği suça yardımda bulunmak dolayısıyla şerik sıfatıyla sorumluluğu, hem de ihmalî davranışla işlenen suçun faili olarak sorumluluğu* gerekli kıldığını belirtmiştir. *Failin şerikliğe nazaran aslîliği ilkesi gereğince bu durumda kişiyi sadece ihmalî davranışla işlediği suçtan dolayı fail olarak cezalandırmak gerekecektir.* Özgenç, İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak, s. 7. Aynı yönde bkz. Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 188.

ihlali nedeniyle bağımsız yan failliğin de gerçekleştiğini belirtmiştir. Böylece yazar ihmali failliğin, yardım etme karşısında önceliğine vurgu yapmıştır[120]. Tipikliği temellendiren neticeye engel olma yükümlülüğünü ihlal eden ve suç tipinin gerektirdiği sübjektif unsurları gerçekleştiren kişinin fail olması, katkısı bu nitelikte olmayan kişinin şerik olarak kabul edilmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır[121]. Böylece ihmali hareketle şeriklik sadece bizzat işlenebilen suçun veya kanunda ayrıca sübjektif tipiklik unsurunun arandığı suçun failine karşı garantörün bir girişimde bulunmaması halinde söz konusu olabilecektir[122]. *Roxin*, ayrıca kişinin bir azmettirme hareketinin engellenmesi bakımından garantör olması halinde[123] ihmali hareketi gerçekleştirenin en azından azmettirmeye[124] ilişkin ceza kapsamın-

120 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 672. Ayrıca bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 284.

121 Arana Raúl Pariona, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010, s. 221.

122 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 672 vd.

123 Konuya ilişkin örnekler için ayrıca bkz. Geppert, Die Anstiftung, s. 365.

124 Doktrinde ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olduğu ve ancak sınırlı durumlar bakımından uygulanabilir olduğu yönünde bkz. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 493-494. Yazar konuya ilişkin garantörün, failin suç kararı almasını engellememesi durumunu ele almıştır. Bu durumda yazara göre garantör yükümlülüğünün neticeyi önleme yükümlülüğü olması nedeniyle reddedilmesi gerektiği ileri sürülse de neticeyi önleme yükümlülüğünün karara engel olma yükümlülüğünü de içermesi sebebiyle garanti yükümlülüğünün ön aşamaya çekilmesi çelişki doğurmayacaktır (Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 494 vd.). Bununla birlikte, yazara göre ihmali hareketle katılımın failde suç kararının oluşumuna engel olma durumunun halihazırda suç işleme kararı vermiş kişiye yönelik motivasyon değişikliği şeklinde ortaya çıkması azmettirme kapsamında değerlendirilemez. Diğer bir ifadeyle, failin karar verme aşamasındaki her bir garantörlük ihmali azmettirme olarak nitelendirilemez. Bir başkasındaki karar oluşumuna engel olmama şeklinde gerçekleşecek azmettirme, eğer ihmal, faili şimdiye kadar var olmayan bir karar oluşumuna motive eden koşullar altında gerçekleşirse mümkündür. Aksi halde hareketsiz kalan garantör sadece ihmali hareketle yardım etmeden dolayı cezalandırılabilir (Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 496). Yazar örnek üzerinden somutlaştırdığı diğer bir ihtimalde de azmettirmeyi kabul etmemiştir. Burada garantörlük durumunun önceden bulunan taksirli azmettirmeden ortaya çıkabileceği iddiasında bulunulmaktadır. Bir banka çalışanın yükümlülüğüne aykırı olarak ve fakat kötü niyet taşımaksızın bankanın güvenlik sistemi hakkındaki teknik ayrıntıları arkadaşına anlatması sonucu arkadaşının öğrendiği bilgilerle sistemi kapatarak hırsızlık yapma kararı alması üzerine banka çalışanının sonradan, anlattıklarının neye sebep olabileceğini fark etmesine rağmen işvereninin zarara uğramasını istediği için bir şey yapmaması ihtimalinde banka çalışanının ihmali hareketle azmettirmeden dolayı cezalandırılması gündeme gelebilecektir (Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 496). Bununla birlikte yazara göre bu ihtimalde azmettirmeyi gerekçelendirmek için tipik haksızlığın gerçekleşmesinden ortaya çıkacak sorumluluk bakımından bu tarz bir ihmal yeterli değildir. Zira failde karar almaya yönelik oluşturulan motivasyon taksirli aktif bir hareketin sonucudur. Sonradan ortaya çıkan kasten ihmal ise yalnızca taksirli hareketin etkisinin devamı niteliğindedir ki bu, suça azmettirmenin spesifik motivasyon değersizliğini sadece taksirli aktif bir harekete atfetmek anlamına gelir, böyle bir hareketin cezai karşılığı yoktur (Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 496). Konuya ilişkin ayrıca bkz. Geppert, Die Anstiftung, s. 365.

da değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Örneğin, bir babanın oğlunu hırsızlığa azmettirme fiilinden alıkoymayı ihmal etmesi halinde babanın oğlunun suça ilişkin hareketinin engellenmesine yönelik sorumluluğu üstlendiğinden hareket etmektedir. Bunu gerçekleştirmemesi halinde ihmali şekilde gerçekleşen faillik ortaya çıkmaz. Zira burada ne mal edinme amacıyla hareket etmektedir ne de mağdur karşısında garantör olarak yerini alır[125]. Yine bir başkası tarafından işlenen suç bizzat işlenebilen suç ise, neticeyi önlemeyen şahsın fail olmasından söz edilemeyecek ve söz konusu kişi ancak yardım eden olabilecektir[126]. *Firar suçunun faili ancak Şrar eden kişi olacağından Şrarı engellemekle yükümlü şahıs engellemeyi yapmadığı takdirde Şrar suçunun faili değil, ancak yardım edeni olacaktır*[127].

Yazar garantörün failliğini kabul etmekle birlikte, bunu icrai hareket eden faille müşterek faillik kapsamında değil, yan yana faillik kapsamında ele almıştır[128]. Müşterek failliğin tek tip isnat kriterine dayandığı ve ihmali suç ile hâkimiyet suçunun bu şekilde birlikte değerlendirilmesinin söz konusu olamayacağını kabul etmiştir[129].

---

125 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 157. *Maurach vd.* de burada babaya azmettiren olarak sorumluluk isnadının mümkün olduğunu belirtmişlerdir. Maurach vd., Strafrecht Allgemeiner Teil (2014), s. 576. Aynı yönde Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 490; Geppert, Die Anstiftung, s. 365.

126 Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 148.

127 Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 188.

128 İhmali suçlar alanında yan yana failliğin ayrı bir öneminin olmadığını belirten *Mosenheuer*, bu kavramın hukuki bir kavram olmadığını ve kanunda düzenlenmeyen iştirak şekli olarak ihmali suçlar alanında da karşılık bulamayacağını, her bir katılanın faillik durumunun ayrı ayrı incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, Unterlassen und Beteiligung, s. 142.

129 Roxin, Täterschaft und Tatherschaft, s. 470 vd. İcrai hareketle işlenen suça ihmali davranışla iştirakte müşterek failliğin kabul edilemeyeceği, böyle bir durumda fiilin üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurulamayacağı, ihmali davranışta bulunmanın kişiyi bir başka suçun faili yapmıyorsa ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği yönünde görüş için bkz. Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 461. "...Aralarında irade birliği oluşsa bile sırf garantörlüğün yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Burada kişi kendi ihmali suçundan sorumlu olur. Bunun sebebi de failliğin şerikliğe asliliği prensibidir." Yargıtay'ın 25.06.2014 tarihli ve Esas 2014/1428, Karar 2014/3654 numaralı kararından aktaran Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 461. İhmali suçlarda müşterek failliğin icrai suçlardaki müşterek failliğe ilişkin şartlar çerçevesinde söz konusu olamayacağına yönelik görüş için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 138. Böyle bir iştirakte müşterek failliğe önem atfedilmemesi gerektiği yönünde Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 53. Müşterek faillikte faillerden birinin ihmali diğerinin ise icrai fail olmasının mümkün olduğu yönündeki görüş için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı, s. 281, 283.

Söz konusu yaklaşımın uygulamada çelişkili sonuçları ortaya çıkarabileceği eleştiri ise ihmali hareket eden garantörün aynı zamanda aktif hareketle suça yardım etmesi ihtimaline yönelmiştir. İhmali hareketin daha az ağırlıkta haksızlık içeriğine sahip olması nedeniyle[130] aktif şekilde gerçekleşen yardım etmenin gerisine çekildiği kabulü halinde[131] ilgili kişinin yardım etmeye ilişkin zorunlu ceza indirimi çerçevesinde sorumluluk değerlendirmesi yapılması gerekecektir. Buna karşılık yardım etmenin geri çekilmesi halinde ihmali failin yardım etme kapsamında aktif bir katkı gerçekleştirip gerçekleştirmemesi ayrımının önemi kalmayacaktır[132]. Bu yaklaşıma yönelik asıl önem taşıyan eleştiri, teorinin dikkate alınmasıyla, görünüşte ihmali suçlarda ihmali hareketi gerçekleştiren garantörün her zaman fail olarak kabul edileceği sonucuna ulaşılacağına ve bunun da iştirak düzenlemelerine aykırılık oluşturacağına ilişkindir[133]. Garantörlük yükümlülüğünün ihlali ile ihmali failliğin genel olarak eş konumda ele alınması icra suçlarındaki faillik ve şeriklik ayrımını devre dışı bırakır. Fail ve şerik hukuki ilişkilerin ihlaline niteliksel olarak farklı şekilde etki eder. Buna karşılık yaklaşımla fail ile yardım eden arasındaki ayrım ortadan kaldırılmaktadır[134]. Ancak kanun koyucunun fail ile şerik arasındaki ayrımı ihmali suçlar bakımından askıya aldığına ilişkin bir kabulü bulunmamaktadır[135]. Aynı zamanda ihmali failliğin garantörlük yükümlülüğünün ihlali ile eş konumlandırılması teşebbüsün cezalandırma alanını da genişletir[136]. Hukuki değere yönelik saldırıda ihmali hareket de icrai hareket gibi farklı anlama sahip olabilir[137]. İhmali hareket eden garantörün her durumda fail olarak kabul edilmesi sonucuna ulaşan bu yaklaşıma yönelik götürü

130 *Grünwald* ihmal suretiyle iştirakte faillik ile şeriklik arasındaki ayrımın niteliksel olarak değerlendirilmesi gerektiğini, yardım etmenin faillik karşısında daha azını değil farklı bir türü ifade ettiğini ileri sürmüştür. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 112.

131 Garantörün fail olarak kabulü halinde hareketsiz kalmasına rağmen icrai hareketle yardım eden karşısında daha fazla cezalandırılmasının hukuka uygun olmadığı iddiasına yönelik eleştiri için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 172.

132 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 291.

133 Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 395.

134 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 626.

135 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 292.

136 Bu yaklaşıma ilişkin eleştiriler kapsamında ayrıntılı bilgi için bkz. Maurach vd., Strafrecht Allgemeiner Teil (2014), s. 423.

137 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 626. Benzer yönde eleştiri için bkz. Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 2.

sonuca ulaştığı iddiasıyla da karşı çıkılmıştır. Bunun özellikle teşebbüs aşamasında kalan yardım etmenin cezasızlığına rağmen failliğin cezalandırılıyor olması nedeniyle adaletsiz sonuca zemin hazırladığı iddia edilmiştir[138].

Bununla birlikte *Roxin*, ihmal yoluyla gerçek bir yardım etmeden hiçbir zaman söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Yardım etme şeklindeki iştirak türünün sadece kasten işlenen icrai suçlar bakımından mümkün olduğunu[139] belirten yazar bu iddiasını şerikliğin cezalandırılma nedenine dayandırarak şerikliğin bağlılığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı olduğuna vurgu yapmıştır. Fail üzerinden tipikliğin gerçekleştirilmesine yönelik aktif katkının bulunması gereğini savunmuştur. Cezalandırılabilirliği sadece hareketsiz kalması üzerine gerekçelendirilen ihmali hareket eden garantörün ise bu şartı karşılamadığının altını çizmiştir[140]. *Otto*, bu itirazın ancak ihmali suçlarda yardım etmenin bağlılığının icrai suçlar alanındaki anlamından farklı şekilde anlaşılması halinde yerinde olabileceğine dikkat çekmiştir[141].

Fiil hâkimiyeti kriterinin ihmali suçlarda yerinin olmadığı ve dahası garantörlük yükümlülüğünün ihlalinde ihmal edenin her zaman fail olacağı savunulmakla birlikte[142]; bazı yazarlar[143], faillik teorisi kapsamında fiil hâkimiyeti kriteri üzerinden bir belirlemeye gitmişlerdir. Kasten icrai fiili gerçekleştiren faille ilişkisinde ihmali hareketi gerçekleştirenin, fiil hâkimiyeti eksik olacağından, her zaman yardım eden olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Suça icrai hareketiyle katılan kişi suç seyrini elinde tutmakta ve bu neden-

138 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1062. Benzer yönde bkz. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 822.

139 Bu yönde Evik, Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, s. 235.

140 Roxin, Täterschaft und Tatherschaft, s. 491; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 672.

141 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 292.

142 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 289; Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 492; Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 111; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 300. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 671 vd. *Akbulut*, neticenin gerçekleşmesini önlemeyen herkes değil, neticenin önlenmesi kendisine yükümlülük olarak yüklenen kişinin fail olabileceğini belirterek, garantörlük dışında suçun işlenişine bulunulan katkının failliğin tespitinde önemli olmadığını kabul etmiştir. Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 188.

143 Gallas, Strafbares Unterlassen, s. 686; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, s. 696; Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 815 vd.

le garantörün ihmali hareketiyle neticenin gerçekleşmesi bakımından etki olasılığı azalmaktadır[144]. Daha açık ifadeyle, ihmali suçlarda fiil hâkimiyeti öğretisine bağlılığın bir sonucu da garantörün icrai hareket eden failin bulunduğu suçlarda her zaman sadece yardım eden olabileceğidir, diğer durumlarda ihmali suçun faili olabilecektir[145]. Böylece icrai hareket edenin fiil hâkimiyeti hâkimiyet ilişkilerinde ihmali hareket edenin yararına sonuç doğuracaktır[146]. Ancak bu yaklaşım, harici olay seyrine önem atfederek ve böylece garantörün yükümlülüğünden doğan, netice ile olan somut ilişkisini, fail ile şerik arasında ayrım yapılırken göz ardı ederek kapsamı daraltmaktadır[147].

D. Şeriklik Teorisi

Şeriklik teorisi (*Teilnahmetheorie*) ise tamamen faillik teorisinin karşı pozisyonunda yer almaktadır[148]. Fiil hâkimiyeti teorisinin ulaştığı sonuçlardan farklı olarak bir başkasının fiili olarak fiil hâkimiyetine sahip olduğu durumda garantörün ihmali hareket etmek suretiyle potansiyel fiil hâkimiyetinin failliğini temellendiremeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bir başkasının fiilini engellemeyen garantör, her zaman yardım eden olarak kabul edilmelidir. Çünkü ihmal eden fiile sadece dolaylı olarak katılmaktadır[149]. Diğer bir ifadeyle, icrai harekette bulunan failin karşısında ihmali harekette bulunan kişi her zaman ikincil planda kalmaktadır[150]. Suça daha yakın olan olarak icra hareketlerini gerçekleştiren failin, ihmali hareket eden kişinin neticeye doğrudan erişimini engellediği kabul edilmelidir[151].

---

144 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 625.

145 Maurach vd., Strafrecht Allgemeiner Teil (2014), s. 420.

146 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. Bu yaklaşımın da ihmali suçlarda faillik ile şeriklik arasındaki ayrım bakımından kabul edilebilir esaslar ortaya koymadığı yönünde bkz. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491.

147 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 625.

148 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 529. Bu teoriyi savunanlar Gallas, Strafbares Unterlassen, s. 687; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, s. 696; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, s. 238 vd.; Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 828; Kielwein, Unterlassen und Teilnahme, s. 257. Ayrıca bkz. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, s. 105.

149 Gallas, Beiträge, s. 187.

150 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1061.

151 Gallas, Beiträge, s. 187 vd.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, s. 238; Heine/Weißer, Schönke/Schröder Komm., s. 555. Görüşe yönelik eleştiri için bkz. Becker, Herrschaft durch Nichtstun?, s. 247.

Ayrıca doğrudan kurtarma girişimi genellikle garantörden karşıt bir hareket etme iradesinin üstesinden gelmekten daha az talebi gerektirmektedir[152]. Böylece ancak icrai hareket eden failin fiilini tamamlaması ve olay seyri üzerinde doğrudan etkisinin kalmaması halinde ihmali hareket edenin failliği gerekçelendirilebilir. Çünkü böyle bir durumda icrai hareket eden failin fiiline yönelik katkısına ihtiyaç duyulmamakta ve ihmali hareket eden garantörün cezalandırılması icrai hareket eden failin fiiline bağlılığı gerektirmemektedir. Neticenin meydana gelmesi yalnızca harekete geçirilen nedensel süreci yükümlülük gereği kesintiye uğratması gereken hareketsiz kalan garantöre bağlıdır[153]. Bu nedenle 3. bir kişinin işlediği suça garantör yükümlülüğü altında bulunanın ihmal suretiyle failliği bu teoriye göre mümkün değildir. Neticenin önlenmesi bakımından tehlikenin mağdurdan kaynaklanıp kaynaklanmadığı veya bir başkasının mı sebep olduğu fark etmemektedir[154]. İhmal eden garantör aktif hareket eden suça katılanın yanında fiil hâkimiyetine sahip değildir düşüncesinin altında yer alan sebep ise ihmali hareketin icrai hareketin yanında daha zayıf kalmasıdır[155].

Şerikliğin cezalandırılma sebebinin bağlı hukuki değer saldırısı olduğu kabulü, bu bağlamda ihmali hareketle suça katılmanın mümkün olup olmadığını inceleme gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Bağlı bir garantör ihmali varsa ihmal suretiyle şerikliğin mümkün olabileceği ihtimalini *Ranft* inceleme konusu yaparak, garantör yükümlülüğüne aykırılığın, suçun önlenmesinin ihmalinin, icrai suçlardaki failin fiilindeki gibi bağlılık şeklinde sınıflandırılabilirse[156], ihmali

152 Gallas, Strafbares Unterlassen, s. 687.

153 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 292.

154 *Karsten*, bir babanın çocuğunun dövülmesine engel olmadığı örneği üzerinden konuyu ele alıp, babanın suça yönelik katkısının icrai hareketle fiili gerçekleştiren kişinin katkısından bağımsız olarak incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Karsten, a.g.m., s. 761.

155 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1062.

156 İhmali suçlarda fail-şerik ayrımına ilişkin yaklaşımını şerikliğin esas fiile bağlılığı üzerinden şekillendiren diğer bir görüş, burada fiili bağlılığın değil, normatif bağlılığın önemine dikkat çekmiştir. İhmali hareket eden garantörün yardım eden olarak tali nitelikteki katkısının fiil hâkimiyeti üzerinden yapılan gönderme ile belirlenmesinin uygun olmadığına dikkat çeken *Otto*, yan figür olarak bağlantı noktasının fiil hâkimi olmadığı olay seyri üzerinde merkezi konumda yer alan faillik pozisyonu olduğunu ifade etmiştir. Burada önemli olanın neticenin önlenmesinin gerçekleştirilmesindeki ayrım olduğunu belirten yazar, tehlikenin kaynağı üzerinden farklılaştırmanın uygun bir kriter teşkil etmediğini kabul etmektedir. Neticenin önlenmesinin zorluk derecesinin veya kapsamının da önem taşımadığına açıklık getiren ya-

hareketle de suça katılımın mümkün olacağı sonucuna varmıştır[157]. Garantör yükümlülüğünün salt neticeye engel olma yükümlülüğü olarak anlaşılması bir başkasının hareket haksızlığını gerekli kılmaktadır. İcrai şekilde hareket eden kişi aynı zamanda hukuki değer ihlaline nasıl devam edeceğine de karar vermekte ve böylece garantörün somut hareket yükümlülüğünü tetiklemektedir[158]. Tipik olarak objektifleştirilen ihmali hareketin, aktif olarak kontrol edilen esas fiilin konusuna ve kapsamına bağlı olması esastır. İcrai hareket eden fail ihmali fiilin yönünü ve şeklini belirlemektedir[159]. Görünüşte ihmal suçunda, suçun tamamlanma aşamasına ulaşılıp ulaşılamayacağı, icrai hareket eden kişinin suçun işlenmesine yönelik kararında ısrar edip etmemesine bağlıdır. Bu sadece neticeye sebep olma açısından icra hareketini gerçekleştiren failin fiiline ihmalde bulunanın bağlılığını oluşturur[160]. Garantörün objektif yükümlülüğe aykırılığının bağlılığı tam sorumlu ve kasten, icrai hareket eden ön plandaki failin

---

zar, özellikle neticenin ne şekilde önlenmesi gerektiğine yönelik farklılığı ön plana çıkarmıştır. İcra hareketlerini gerçekleştiren failin iradesi üzerinde belli bir yükümlülük altındaki garantörün etkisinin bulunması ile tehlikeli nedensel sürecin bağımsız şekilde kesilmesi arasındaki farklılık üzerinden yaklaşımını somutlaştırmıştır (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 292). Suça yönelik katkının ağırlığının değil, türünün belirleyici olması gerektiğini kabul eden yazar, aktif hareket eden 3. kişinin korunan kişinin hayatını tehdit etmesi halinde sorumluluk konumu itibariyle merkezi noktada yer alan ile tali bir rol gerçekleştiren kişinin farklı şekilde sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmüştür (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 294). Böylece yazara göre garantörün, failin iradesi üzerinde herhangi bir doğrudan etkiden bağımsız olarak neticeyi engellemesi mümkün ise ve bu seçeneği kullanmıyorsa, icrai hareketi gerçekleştiren failin yanında (ikincil) faildir. Neticeden bağımsız olarak sorumludur ve olay seyrinde icra hareketlerini gerçekleştiren faile bağlı tali bir rol gerçekleştirdiğinden söz edilemez (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 295).

157 Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 832.

158 *Ranft* aynı zamanda icrai hareket eden failin kastının ihmali hareket eden garantörün kastının konusunu oluşturduğunu belirtmiştir. Garantörün icrai hareket eden failin daha teşebbüs aşamasında bulunduğu zamanda müdahale etmesi gerektiğini belirten yazar, garantörün icrai hareket eden failin kastının neye yönelik olduğunu bilmediği sürece korunan hukuki değerin tehdit edilip edilmediğini, tehdidin ne tür olduğunu ve garantör yükümlülüğünün tehdidin türünü kapsayıp kapsamadığını anlayamayacağının altını çizmiştir. Yazar konuyu çocuğuna bir eşarp ile yaklaşan annenin çocuğunu ısıtmak mı yoksa boğmak mı istediğinin çocuğun babasının müdahale etme yükümlülüğünün doğup doğmayacağında belirleyici olacağını örnek vererek somutlaştırmıştır. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 833.

159 Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 845; Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 409.

160 Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 832-833. Yazar yaklaşımını hukuka uygunluk sebepleri argümanı ile de açıklamıştır. Yazar, ihmali hareket edenin bağımsız failliğinin kabul edilmesi halinde, hukuka uygunluk sebeplerinin tekliği kapsamında hukuk düzeninin icrai hareket edenin bir başkasının hukuki değerine yönelik saldırısına izin verirken; ihmali hareket edene müdahalede bulunma yükümlülüğünü getirmesinin çelişki arz edeceğini belirtmiştir (Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 410). Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 839-840.

haksızlığı üzerinedir. İcrai nitelikte katkısı ile bir başkasının gerçekleştirdiği fiile şerikin katılımı gibi ihmali hareketiyle bir başkasının icrai fiiline katılım bir bağlılık ilişkisini gerektirmektedir[161]. *Ranft*, söz konusu yaklaşımın icrai hareket eden failin neticeyi taksirle gerçekleştirmesi halinde garantörün esas fiile bağlı tasnifinin mümkün olmayacağı iddiasına yönelik iştirak kurallarının icrai hareketle işlenebilen taksirli suçlarda da doğrudan uygulanabilirliğinin olmadığı hatırlatmasında bulunmuştur. Böylece icrai hareketle hareket eden failin taksirinin bulunması ve garantörün kasten bu suça iştirakinin şartlarının oluşması halinde dolaylı faillik kapsamında incelenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir[162]. Yazar ayrıca ihmali hareket edenin icra hareket eden fail yanında fail olarak (*Nebentäterschaft*) kabulüne de karşı çıkmıştır. Yan faillik kavramının suça iştirakte değer içeren bir kavram olmadığını belirten yazar, gerçek iştirak şekilleri ile yan yana faillik arasında her ikisini de mümkün kılan bir ilişkiden söz edilemeyeceğini ileri sürmüştür[163].

Bununla birlikte *Ranft* tarafından ileri sürülen yaklaşım, garantörün kasten işlenen fiilin ihmali faili olduğu gerçeğiyle bağdaşmadığı ve ihmal eden garantör bakımından davranışının haksızlığının icra hareketini gerçekleştiren failin fiilinden türetilemeyeceği gerekçe gösterilerek[164] eleştirilmiştir. İcra hareketini gerçekleştiren failin, garantör bakımından sadece neticenin değersizliğini gerçekleştiren faktör olarak önem taşıdığı ve bu nedenle bu tarz durumlarda tipik olarak korunan hukuki değer bakımından tehlikenin icra hareketini gerçekleştiren failin davranışıyla temellendirildiği ve fakat bunun bağlılık

161 Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 409 vd.

162 Ranft, Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme, s. 410.

163 Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 852-853. Yazar, kişinin kendi fiilini gerçekleştirirken bir başkasının fiiline yardım etmenin ancak söz konusu kişilerin farklı hukuki değerlere yönelik ihlal gerçekleştirmeleri ya da aynı hukuki değere yönelik farklı ihlal süreçlerini harekete geçirmeleri halinde mümkün kabul edilebileceğini savunmuştur. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 856.

164 *Bloy*'a göre, bağlı garantör ihmali, şeriklik hareketinin değersizliğine uygun olan ihmali değersizliğin bulunmasını şart koşar. *Şeriklik hareketinin değersizliği, esas fiilin haksızlığına kişisel bir kontaktla oluşabileceği için; ihmali davranış için bu haksızlık yapısı bakımından eşdeğerliği teşkil edecek özel bir ihmal türünün olması gerekir. Garantörlük yükümlülüğü, hareket şekli eşdeğerliliği bulunmadığından, bu fonksiyonu yerine getiremeyeceğinden, aksine sadece tipik neticeye ilişkin eşdeğer ilişkiyi gerekçelendiren salt bir netice etkisi olduğundan, icrai suçun failine aktif hareketiyle katılan şerikin kişisel kontağına uygun bir haksızlık momentinin ihmal bakımından bulunup bulunmadığı incelemesinde kalır.* Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 493.

kuralıyla bir ilgisinin olmadığı ileri sürülmüştür[165]. Garantörün icra hareketlerini gerçekleştiren failin fiiline bağlılığı ancak fiili nitelikte olup, şerikliğin temelini oluşturan hukuki nitelikte değildir[166].

Bloy'a göre ihmale ilişkin hareket şekli eşdeğerliği olasılığından hareket edilirse, hareketin değersizliğine uygun hangi kriterlerin kabul edilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır. Yazar davranışın sosyal anlam içeriği ile ilişkili olarak her bir değere serbest hareket alanı tanınmak istenmiyorsa, ihmali davranışa başkasının fiiline şeriklikte anlam atfeden ve bu şekilde ihmali davranışın genel çerçevede tanımlanan bir statüye sahip olduğunu gösteren bir kural bulunması gerektiğine dikkat çekmiştir. Şerik haksızlığının esas fiil haksızlığından türetilmesi için şart koşulan kişisel kontaktın ihmali suçlar bakımından garantör olarak katılanlar arasında eksik olduğunu belirten yazar, bu nedenle hangi şartlar altında ihmali hareketin değersizliğinin şerikin icrai hareketine uygun olacağına yönelik kuraldan söz edilemeyeceğine işaret etmiştir. Çünkü garantör ihmali hareketiyle icrai hareketi gerçekleştiren fail ve onun davranışıyla bağlantı kurmamaktadır, diğer bir ifadeyle icrai suç ve garantörün ihmali arasında icrai suçun hareket haksızlığının garantöre isnat edilmesine izin veren köprü bulunmamaktadır. Sonuç olarak yazara göre garantörlük ihmali failliği temellendiren bir etki göstermekte ve bu nedenle ihmali hareketle bağlı şerikliği temellendirmek söz konusu olamamaktadır[167].

Bu bağlamda sözü edilen teoriye yönelik de eleştiri ileri sürülmüştür[168]. Sadece onun için geçerli olan emir normları bakımından garantör olarak yan figür değil, bilakis merkezi konumda olduğu, mağdura yönelik tehlikenin başka biri tarafından yaratılıp yaratılmadığının veya mağdurun kendisinin buna sebep olup olmadığının ya da doğal bir felaketin sebep olup olmadığının önemsiz olması gerektiği ifade edilmiştir[169]. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde çocuğu

165 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 493.
166 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 492.
167 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 493.
168 Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, s. 190 vd. Söz konusu yaklaşımın hata durumlarında tatmin edici sonuçlara ulaşmadığı yönünde görüş için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 189.
169 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 529. Ayrıca bkz. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 301.

boğmaya çalışan faile engel olma yükümlülüğü altındaki garantörün buna engel olmaması ile suya kendi düşen çocuğu kurtarmayan garantör arasında farkın bulunmadığı ileri sürülmüştür. Belirleyici olan tehdidi oluşturan durumun ne şekilde ortaya çıktığı değil, garantörün çocuğu kurtarmamış olmasıdır[170]. Ayrıca çocuklarının açlıktan ölmesine izin veren ebeveynlerin davranışlarının değersizliğinin, aynı neticeyi icrai hareketle sağlamaktan daha az haksızlık içeriğine sahip olmadığı belirtilmiştir[171].

E. Garantörlük Durumuna Göre Ayrım Teorisi

Günümüzde genel kabul, neticeyi önlemeye yönelik yasal yükümlülüğün temelde iki alt durumu bünyesinde barındırdığı yönündedir[172]. Bunların ortak noktası, ilgili kişinin tehdit altındaki hukuki değerin korunmasına ilişkin hukuk düzeni tarafından yükümlülük altına alınmış olmasıdır[173]. Kişinin 3. kişinin hukuki değerine yönelik tehlikeden korunmasına ilişkin kendi sorumluluk alanından doğan sorumluluğu gözetim garantörlüğünü[174] oluştururken; hukuki değerlerin zarar görmemesini sağlamak adına doğrudan sorumluluğunu ortaya çıkarması koruma yükümlülüğüne[175] karşılık gelmektedir[176].

170 Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 675 vd.

171 Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1062. Benzer örnek için bkz. Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, s. 192.

172 *Kaufmann* tarafından ileri sürülen bu görüş için bkz. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 284 vd.

173 Rotsch, ZJS 2009, s. 715; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 278; Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 240. Koruma ve gözetim yükümlülüklerinin somut kaynağının da kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış olabileceği yönünde bkz. Türay, İhmal Suretiyle İcrai Hareket, s. 125.

174 Gözetim garantörlüğü ön gelen tehlikeli ve hukuka aykırı eylemden doğan müdahale yükümlülüğünden, tehlike kaynakları üzerindeki hâkimiyetten doğan yükümlülükten ya da bir başkasının hareketinden dolayı tehlikeyi en aza indirmeye yönelik yetki ve denetim konumundan kaynaklanan yükümlülükler (ki tipik örneği reşit olmayan çocukların fiilleri bakımından öğretmenlerdir) kaynaklanmaktadır. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 478 vd.

175 Koruma garantörlüğü genel olarak aile hukukundan kaynaklanan dar anlamda topluluk ilişkisinden, aile hukukundan kaynaklanmamakla birlikte karşılıklı güven ve bağlılık ilişkisinden kaynaklanan topluluk ilişkisinden (ki bunlar genelde karşılıklı yardım yükümlüğünün doğduğu sosyal-etik ilişkilerden kaynaklanır), sözleşmeden kaynaklanan fiili üstlenmelerden ve kamu görevlilerinin görev alanında yer alan ilgili menfaatlerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerden ortaya çıkmaktadır. Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 474 vd.

176 Rotsch, ZJS 2009, s. 715; Gimbernat Ordeig, Das Unechte Unterlassungsdelikt, s. 332. *Rotsch*, gözetim garantörünün tehlikeyi kaynaklandığı yerde kontrol altına alması, koruma garantörünün ise tehlikeyi gerçekleştiği yerde engellemesi gerekliliğine vurgu yapmıştır. Rotsch, ZJS 2009, s. 715.

Yakın zamanda ihmali suçlara iştirakte ayrım kriterlerine ilişkin olarak ihlal edilen yükümlülük durumunun niteliğinin ve maddi içeriğinin[177] dikkate alınması gerektiği yaklaşımı ön plana çıkmıştır[178]. Bu yaklaşımın önemli savunucularından *Busse* ihmali suçlarda fail-şerik ayrımı bakımından icrai suçlarda olduğu gibi suç yapılarını dikkate alarak değerlendirme yapmıştır. Bu bağlamda yazar fiil hâkimiyeti ile ilişkili olarak hukuki değer ihlalinin mümkün olabileceği ihmali suçlar ile yükümlülük ihlaline dayanan suçları ve bizzat işlenebilen nitelikteki ihmali suçları ayrı kategorize etmiştir. Burada aslında gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar ve bizzat işlenebilen nitelikteki ihmali suçlara dikkat çekmiştir[179]. Görünüşte ihmali suçlar bakımından faillik tespiti için bir ayrıma gidilmesi gerektiğini belirten yazar, ihmal edenin suç bakımından yalnızca katkısının ağırlığına göre mi cezalandırılacağına yoksa bundan bağımsız olarak her durumda hukuki değer ihlalinden dolayı sorumluluğunun faillik kapsamında mı dikkate alınacağına vurgu yapmıştır. Bunun gerçekleştirilen ihmali suçun tipikliğine bağlı olduğu belirtilmiştir[180]. Eğer söz konusu yükümlülük hukuki değeri herhangi bir ihlale karşı korumak ve dolayısıyla mevcudiyeti için doğrudan sorumluluk almayı gerektiriyorsa, bu özel yükümlülüğün ihlali halinde sorumluluğu faillik kapsamında değerlendirilmelidir. Buna karşılık gözetim veya tehlike kaynaklarına engel olma yükümlülüğü söz konusu ise kendisi tarafından engel olunmayan suçtan dolayı sorumluluk statüsü fiile hâkim olup olmadığı kriteri üzerinden belirlenmelidir[181].

Böylece garantörlük durumuna göre ayrım teorisine[182] göre, gözetim garantöründe faillik ile şeriklik arasında farklılaşma mümkün-

177 TCK bağlamında garantörlüğün şekli kritere göre belirlendiğine ilişkin bilgi için bkz. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 193 vd.

178 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. Bu görüş için bkz. Rolf Dietrich Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip,* De Gruyter, Berlin, 2013, 257 vd.; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 83 vd.; Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, s. 32, 138 vd.; Busse, Täterschaft und Teilnahme, 352 vd.; Geppert, Die Beihilfe, s. 271; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 447.

179 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 256.

180 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 256-257.

181 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 257.

182 *Otto* teoriyi şekli garantörlük teorisi olarak nitelendirmiştir (Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 294). Teori yükümlülük içeriği teorisi (*Pflichtinhaltstheorie*) olarak da adlandırılmaktadır. Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 627.

ken, sadece koruma garantörü her zaman ihmali suçun faili olabilir[183]. Bu yaklaşım garantörlüğün türünden hareket etmektedir. Buna göre koruma garantörü esas olarak fail, gözetim garantörü ise sadece yardım eden olabilir[184]. Bu ayrıştırma, gerçek ihmali suçlarda da garanti yükümlüğünün niteliğini belirlemede olduğu gibi, faillik ile şerikliğin ayrımına da hizmet edebileceği şeklinde gerekçelendirilebilir[185]. Çünkü koruma garantörü hukuki değeri her bir tehlikeye karşı korumalıdır, garantörlük durumunu harekete geçirecek sebebin ne olduğundan bağımsız olarak her durumda muhtemel neticeyi önlemelidir[186]. Koruma garantörünün bu yükümlülüğü hukuk normunun yanı sıra sözleşme ile de gerekçelendirilebilir[187]. Koruma garantörü ilgili hukuki değeri korumak adına doğrudan doğruya sorumluluk taşımaktadır[188]. Belli bir hukuki değerle bağlantısından ötürü garantörlük durumu bulunan kişi meydana gelen neticeyi önlememesi halinde faillik kapsamında sorumludur. Bu bağlamda çocuğunu öldüren annenin öldürme fiiline engel olmayan baba ihmal suretiyle gerçekleşen öldürme suçunun faili olarak sorumlu tutulacaktır, annenin kasten öldürme fiiline yardım eden olarak değil[189]. Koruma garantörü korunan değere özel yakınlığı sebebiyle fail olarak kabul edilmekle birlikte, koruma garantörü eğer kendisinde özel tipiklik unsuru (amaç gibi) eksikse veya bizzat işlenebilen bir suç söz konusuysa failliği söz konusu olmaz, ancak yardım eden olarak kabul edilebilir[190].

---

183 *Otto* koruma garantörünün kendisinde suç tipinde aranan faillik niteliğinin, örneğin kamu görevlisi olma özelliği gibi, eksik olması durumunda sadece şerik olarak sorumlu olabileceğini belirtmiştir. Otto, a.g.e. (AT), s. 285.

184 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 82 vd., 96 vd. Ayrıca bkz. Maiwald, Literaturbericht, s. 896.

185 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 530.

186 Bu görüşe yönelik olarak *Herzberg* şu argümanı ileri sürmektedir. (F)'nin, zehrin sağlanması şeklinde, aktif bir hareketle suça katılacağını varsayalım. Aynı zamanda (F)'nin, (M)'nin kahveye zehir attığına ilişkin hataya düştüğünü kabul edelim. Bu durumda (hareketsiz kalması ihtimalinde) (F), ihmali hareketle öldürmeye teşebbüsten dolayı sorumlu olması gerekirdi. Bununla birlikte aktif bir hareketle yardım etmesi halinde ise esas fiil suç teşkil etmediğinden bağlılık kuralı kapsamında teşebbüs aşamasında kalan yardım etme de cezasız kalacaktı. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 84. Teşebbüs aşamasında kalan yardım etmeye ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Geppert, Die Beihilfe, s. 267.

187 Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 283.

188 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 530.

189 Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 151; Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 187.

190 Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 326; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 95.

Bununla birlikte gözetim garantörü ise sadece belirli bir tehlike kaynağına karşı sorumludur[191]. Diğer bir ifadeyle, gözetim garantöründen belli tehlike kaynaklarına karşı garantörü olduğu kişiye yönelik önlem alması beklenmektedir[192]. Hukuki değerle bağlantısı doğrudan değil de dolaylı olan gözetim garantörü koruma garantörüne nazaran hukuki değere daha uzak konumda yer almaktadır. Gözetim garantörünün hukuki değerle bağlantısı ancak tehlike kaynağı üzerindendir[193]. Burada garanti yükümlülüğünün niteliği farklılaşmaktadır. Koruma garantöründen farklı olarak, garantörün yükümlülük ihlali halinde yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir[194]. Garantörlük yükümlülüğü kapsamındaki kişilerin gerçekleştirdikleri hukuki değer ihlali kapsamında sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bu bağlamda öğrenciler üzerinde denetim yükümlülüğü bulunan öğretmenin, öğrencisi tarafından gerçekleştirilen hukuki değer ihlalinde neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde işlenen suça yardım eden olarak katılımı kabul edilecektir[195]. Aynı şekilde anne veya babanın çocuğunun işlemekte olduğu suçu önlemeyi ihmal etmesi durumunda, çocuğun işlediği suça yardım eden olarak kabul edilmeleri gerekecektir[196]. Böylece yaklaşım fail-şerik ayrımından garantör yükümlülüğü ile ihlal edilecek hukuki değer arasındaki ilişkiyi esas almıştır[197].

191 Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 187; Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 530.

192 Bu bağlamda ürün imal edenlerin ve satışını yapanların ürün alıcıya ulaştıktan sonra da tüketici bakımından sağlığa zararlı ürünlerdeki tehlike kaynakları üzerindeki hâkimiyete sahiptirler. Bu nedenle kendileri tarafından oluşturulan tehlike kaynakları ile diğer insanların ilişki kurması nedeniyle ortaya çıkabilecek zarara yönelik ceza hukuku anlamında garantörlük durumu oluşur. Bu nedenle yaralamanın ihmali hareketle gerçekleştirilmesi kapsamında sorumlu tutulmaları mümkündür. Üreticilerin yükümlülük alanı, ürün tüketimiyle tüketicilere karşı oluşacak tehlikelerin engellenmesini içerir. Bu bağlamda denetim mercilerinin hareketsiz kalması, üreticilerin geri çağırma yükümlülüğüne yönelik kabul edilebilir bir itiraz değildir. Diğer bir ifadeyle denetim mercilerinin ihmali, üreticilerin yükümlülüğüne aykırı davranmasının hukuka uygunluk nedeni olamaz (Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme, s. 68). İşletme yöneticileri kriz durumlarının ortaya çıkmasının sonucunda her birinin yetki alanından bağımsız olarak gerçekleşen zarar bildirimleri ile ilgilenmek zorundadır. Bu kişiler ceza hukukuna ilişkin yaptırım altına alınan, zararlı ürünlerin geri çağrılması bakımından garantör yükümlülüğünün muhatabıdırlar. Weißer, Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme, s. 74.

193 Busse, Täterschaft und Teilnahme, s. 294 vd., 407 vd.; Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht, s. 261; Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 83.

194 Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 187.

195 Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 151.

196 Akbulut, Bağlılık Kuralı, s. 187.

197 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 627.

Belirtilen bu yaklaşıma yönelik olarak da eleştiri getirilmiştir. Koruma garantörü ile gözetim garantörünün net şekilde birbirinden ayrılamayacağı durumların varlığına dikkat çekilmiş[198], ilgilinin hem koruma yükümlüsü hem de gözetim garantörü olması halinde hangisinin kabul edileceği noktasında sorun yaşanacağı belirtilmiştir[199]. Nitekim *bir kişinin korunması onu tehdit eden tehlikelerin gözetim altında bulundurulmasını da gerektirir, aynı şekilde belli bir tehlike kaynağının gözetim altında bulundurulması da, bu tehlikeye maruz kalan her hukuki değerin korunması* şeklinde kabul edilebilir[200]. Aynı zamanda kanun düzenlemesinde (ACK md. 13) böyle bir ayrıma yer verilmediği ifade edilmiştir[201]. Kanun görünüşte ihmali suçtan dolayı cezalandırılabilirliği garantörlük durumu ile ilişkilendirmiş olup, bunun ötesinde bir bağlantı noktasına ilişkin sınırlandırmaya yer vermemiştir[202]. İhmali suçlarda da ceza hukukuna ilişkin sorumluluğun tek nedeni, somut haksızlığın yani somut bir fiilin gerçekleş-

198 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 627; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 107.

199 Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 530; Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 293; Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 627; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 679 vd.; Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, 858 vd.; Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 395; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 494; Christoph Sowada, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, JURA, 1986, ss. 399-410, s. 407; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 300 vd.; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 179. Söz konusu eleştiriye ilişkin ayrıca bkz. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 238. Garantörlük durumunun hangi temele dayandığından bağımsız olarak, neticeyi önleme yükümlülüğü bakımından niceliksel veya niteliksel bir derecelendirmenin yapılamayacağı görüşü için bkz. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. *Ranft* söz konusu yaklaşımın icrai hareket eden kişinin kusur yeteneğinin bulunmamasında gözetim garantörünün de fail olabileceği ihtimaline ilişkin istisna tanıması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ranft, Garantiepflichtwidriges Unterlassen, s. 818.

200 Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası, s. 153. *Örneğin bir ebeveyn; dışarıdan çocuğuna yönelecek saldırılar bakımından "koruma yükümlülüğü" altındayken, çocuğunun üçüncü kişilere vereceği zararlar bakımından "gözetim yükümlülüğü" altındadır. Dolayısıyla üçüncü bir şahsın meydana getirdiklerinin dışındaki tehlikeleri engellemeyen "gözetim yükümlüsü garantör" ihmali suç bakımından fail olabilecektir.* Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 325.

201 Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 753; Sowada, Täterschaft und Teilnahme, s. 407; Satzger, Beteiligung und Unterlassen, s. 1062; Becker, Herrschaft durch Nichtstun?, s. 248; Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 109; Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 492.

202 Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 109. Yazar icrai hareketle işlenen suçlardaki hareketin değersizliği bakımından belirleyici olan hususun bir kişinin harekete geçmek için harcayacağı (suça ilişkin) iradi enerjinin ölçütü olduğunu belirterek aynı durumun ihmali suçlar bakımından da geçerli olduğunu ve bu nedenle her bir garantörden yükümlülük aynı şekilde gerekli kılındığından garantör yükümlülüğünün ihlalinin türüne göre farklılaşmaya sonuç bağlanamayacağını ileri sürmüştür. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 110.

tirilmesi olup, ceza hukuku dışında kalan yükümlülüğün ne şekilde ihlal edildiği değildir[203]. Farklılaştırma teorisinin dayandığı esasa genel bir ayrım kriteri olarak geçerlilik tanınmasından söz edilemez[204]. Kanun bizzat kendisi hareket eden için sadece hukuki yükümlülük unsurunu getirmiş ve garantörlük durumlarının fonksiyonları bakımından ayrıma gitmemiştir. Ceza hukuku kapsamında önem arz eden söz konusu garantörlük durumlarının tipik neticeyi gerçekleştirmek bakımından sahip oldukları etkidir ve bu nedenle farklı durumlara dayanan sosyal sorumluluğuna önem atfedilmemektedir[205]. Ayrıca gözetim garantörünün yükümlülük ihlalinin icrai hareketin farklılaşan hareket değersizliğine uygun olarak derecelendirilen ihmal değersizliğine sahip olup olamayacağının problem teşkil edeceği ileri sürülmüştür[206]. Farklı yükümlülükler arasındaki ayrım, temellendirilmeleri ile yakından ilgilidir. Farklı garantör yükümlülükleri arasında ayrım yapıldığında bu yükümlülüklerin ne eşdeğerliğinden ne de aynı etki alanına sahip olduğundan başından itibaren söz edilemez[207]. Nitekim gözetilen tehlike kaynağı olarak bir silahın hukuki değerin ihlal edilmesine yönelik kullanılması ihtimalinde icrai hareketi gerçekleştiren failin tam sorumlu olması halinde ihmali hareketi gerçekleştirenin katkısı yardım etme kapsamında değerlendirilmesine karşılık, icrai hareketi gerçekleştirenin silahın dolu olup olmadığına yönelik taksirinin bulunması halinde aynı sonuca ulaşılamayacaktır. Burada iştirak edilebilir kasten işlenen esas fiilin eksikliği nedeniyle garantörün kasten işlenen fiilden cezalandırılabilmesi için faillik niteliğindeki ihmali hareketin bulunduğu kabulü gereklidir[208].

Bununla birlikte neticeyi önleme yükümlülüğü koruma garantörlüğündeki gibi aynı şekilde yüklenmesine rağmen neden gözetim garantörünün esas olarak sadece yardım eden olarak dikkate alınması gerektiği sorusunu *Herzberg*, negatif hareket kavramına dayanarak

203 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 179.
204 Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 396. Bu yaklaşımın bazı durumlara ilişkin ulaştığı sonuçlar itibariyle faillik teorisinden farklılık göstermediği yönündeki eleştiri için bkz. Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 178.
205 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 180.
206 Bloy, Anstiftung durch Unterlassen, s. 491. Benzer yönde eleştiri için bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 326.
207 Maurach vd., Strafrecht Allgemeiner Teil (2014), s. 425.
208 Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, s. 178.

açıklamıştır[209]. Buna göre gözetim garantörünün yükümlülüğünü icrai suçun faili (*Begehungstäter*) de ihlal etmektedir. Ceza hukukuna ilişkin sorumluluk kişinin kendisinin tehlike kaynağı olmasına dayanan kaçınılabilir neticeyi önlememeye (*Nichtvermeiden eines Erfolges*) bağlıdır[210]. Böylece bu teori gözetim garantörünün icrai ve ihmali suçlarda aynı yapıya sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır[211]. Bunun meşruluğunu ise katılım şekillerinin her iki suç grubu bakımından aynı kritere göre oluşabileceğine dayandırmıştır[212]. Gözetim garantörünün fail mi yoksa şerik mi olduğuna yönelik değerlendirmede belirleyici soru *Herzberg*'e göre, kaçınılmaz nedensel sürece kasten-icrai hareketle neden olsaydı veya süreci ilerletseydi garantörün icrai suç faili olup olmayacağıdır[213]. *Herzberg*'in görüşüne göre de koruma garantörünün ihmali yalnızca netice ile ilişkilidir, ihmali hareketin gerçekleşme türü veya şekliyle ilişkili değildir[214]. İhmali hareketi gerçekleştiren iştirakçinin olay seyrinin merkezine daha yakın olup olmadığının ihmali hareketin niteliğine göre farklılaşmasına dikkat çekerek, bu durumda aynı ceza kapsamında değerlendirmenin yerinde olmayacağını belirtmiştir[215]. Yazar koruma garantörünün ihmal suretiyle icrai hareket eden failin fiiline yardım etme niteliğini taşıdığını ve bu bağlamda failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereği ihmali suçun faili olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir[216]. Yazar bunun asıl öneminin garantörün tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılamaması ihtimalinde olduğunun da altını çizmiştir[217].

Koruma ve gözetim garantörlüğü arasındaki ayrımın çok zayıf olduğu itirazına hak veren ve aynı yükümlülüğün hem koruma garan-

209 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 216.
210 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 97.
211 Yazar ayrıca *Schröder* tarafından geliştirilen yaklaşıma da atıfta bulunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 98.
212 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 216.
213 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 98.
214 Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus, s. 217.
215 Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, s. 99.
216 Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht, s. 261-262.
217 Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht, s. 262. Yazar ayrıca bizzat işlenebilen suçlar ve amaç vb. gibi tipikliğin diğer sübjektif unsurunun gerekli kılındığı suçlar bakımından da koruma garantörünün ilgili niteliği taşımaması halinde yardım eden olarak kabulünün gerektiğini ifade etmiştir. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht, s. 262.

törlüğü hem de gözetim garantörlüğü kapsamında formüle edilebileceğini kabul eden[218] *Jakobs* "kurumsal sorumluluktan kaynaklanan yükümlülükler" ile "organizasyon sorumluluğundan kaynaklanan yükümlülükler" arasındaki farklılaştırmaya yönelik girişimde bulunmuş ve sorumluluk temeline göre maddi olarak garantör yükümlülüğüne dikkat çekmiştir[219]. Yazar yasal kaynağın bu sınıflandırmada öncelik taşımadığını, garantörlüğün varlığı bakımından değil ancak sınırlarının tespiti bakımından belirleyici olabileceğini kabul etmektedir. Zira ebeveynin çocuğa yönelik koruma yükümlülüğü kapsamında bahsedilen yükümlülükler, pozitif hukuk normları olmadan kurucu nitelik taşımaktadır. Bu nedenle evlilik ve ebeveynlik ilişkisi kurumsal olarak tanındığından, bu kurumlara bağlı yükümlülükler kanun koyucu tarafından ayrıca düzenlenmemiş olsa dahi bu eksiklik garantörlük durumunu olumsuz şekilde etkilemeyecekti[220]. Bu yaklaşım kapsamında ebeveyn-çocuk ilişkisi, evlilik ilişkisinden doğan yükümlülükler ya da özel güven ilişkileri kurumsal sorumluluktan kaynaklanan yükümlülükler iken; trafik güvenliğine ilişkin yükümlülükler veya müdahale yükümlülükleri organizasyon sorumluluğundan kaynaklanmaktadır[221]. Yazar böylece garantörlük durumuna ilişkin ayrımı kabul etmekle birlikte burada bu yükümlülüğü ortaya çıkaran kaynağı doğrudan dikkate almıştır.

Schünemann, ihmali suçun işlenmesinde garantörlük niteliğinin neticenin önlenmesi bakımından aynı şekilde oluştuğu ve bu nedenle fail-şerik ayrımında belirleyici kriter teşkil etmediği eleştirilerine yönelik olarak maddi garantörlük teorisi[222] ile karşı çıkmıştır. Görünüşte ihmali suçlarda, garantörün neticenin nedeni üzerindeki hâ-

218 Günther Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. bs., De Gruyter, Berlin, 2011, s. 799.

219 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 800-801. Yazar tarafından ayrımda esas alınan kavramların konunun anlaşılmasını güçleştirdiği yönünde görüş için bkz. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 249.

220 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 801. Buna karşılık yazar söz konusu yasal düzenlemeler göz önünde bulundurulmaksızın yapılacak değerlendirmenin de yanlış olacağının altını çizmiştir. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 802.

221 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 802 vd. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 628. *Jakobs* tarafından ileri sürülen yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 679; Haas, Die Beteiligung durch Unterlassen, s. 396.

222 Teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş, Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 242 vd.

kimiyetinin, icrai suçlardaki aktif fiile tekabül ettiğini ve onun yerine geçtiğini ileri sürmüştür[223]. Bu nedenle suçun icrası aşamasında suçun seyri kapsamında garantör icrai hareket eden fail kadar sorumluyken; suçun hazırlık aşamasındaki katkısı halinde yardım eden olarak sorumludur[224]. Bu yaklaşım suça ilişkin hazırlık aşamasındaki katkıların yardım etme kapsamında ele alınıyor olması sebebiyle eleştirilmiştir. Özellikle organizasyon yapılanmasına dayanan bazı suçlar bakımından organizasyonun tümü kapsamında failin karar verici pozisyonu itibariyle fiilin icrası aşamasındaki eksikliğini dengeleyerek fiilin işlenmesindeki katkısının ağırlığı dikkate alındığında, katkısı suçun hazırlık aşamasında kalmakla birlikte sorumluluğunun faillik niteliğinde olabileceği ileri sürülmüştür[225].

Benzer bir yaklaşımla konuyu ele alan *Hoffmann-Holland* hukuki değerin ihlalini esas alarak çıkış yolunu belirlemiş ve bu bağlamda hukuki değere yönelik saldırının doğrudan veya dolaylı olması üzerinden fail-şerik ayrımının ihmali suçlar alanında da uygulanabilirliğini iddia etmiştir[226]. Fiil hâkimiyeti kriterini hukuki değer ihlali üzerinden dikkate alan yazar failliği hukuki değer ihlalinin merkezi konumunda yer alan kişi şeklinde tanımlamıştır[227]. İhmali suçlarda yardım eden ise hukuki değere yönelik saldırısı doğrudan olmayıp, bağlı şekilde gerçekleşen kişidir[228]. Hukuki değere yönelik saldırıda garantörün durumuna göre bir farklılaştırmanın yapılması gerektiği-

223 Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, s. 91 vd.

224 LK-StGB/Schünemann (o. Fn. 3), § 25 Rn. 211.'den aktaran Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 294. Bu kapsamda ileri sürülen benzer bir görüş de ihmali hareketin icrai hareket eden failin fiiline yönelik etkisinin gerçekleşme zamanına önem atfetmiştir. Bu durumda garantörün, fail olabilmesi için, icrai hareket eden kişinin suça ilişkin icrayı gerçekleştirdiği anda hareketsiz kalması (*tatbestandsunmittelbares Unterlassen*) gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Böylece tipikliğin gerçekleştirilmesine ön gelen aşamada ihmali hareketin gerçekleştirilmesi yeterli değildir. Aksi halde düşüncenin cezalandırılması söz konusu olacaktır. Bu nedenle yazara göre, ihmali harekette tipikliğin zorunlu objektif bağlantısı, zamansal olarak icrai hareket eden failin suça ilişkin teşebbüs aşamasını aştığı andan itibaren gerçekleşebilir. Yazar ancak bu kabulle suçta ve cezada kanunilik ilkesine uyumlu bir sonuca ulaşılabileceği görüşündedir. Becker, Herrschaft durch Nichtstun?, s. 249.

225 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 294; Rengier, Täterschaft und Teilnahme, s. 281 vd. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff, s. 32 vd.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 81 vd.; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, s. 223; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 242; Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 421 vd.

226 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 630.

227 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 630.

228 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 631.

ni belirten yazar, ihmali suretle suça iştirakte üçlü yapının bulunduğunun ve bir yandan hukuki değere yönelik aktif hareketle saldırıda bulunan kişinin diğer yanda ise neticeyi önleme olasılığına sahip olan garantörün söz konusu olduğunun altını çizmiştir[229]. Bu nedenle yazar sadece garantör yükümlülüğünün dikkate alınmasının görüşü oldukça daraltacağını ve yine sadece fiil hâkimiyeti kriterinden hareket edilmesinin ihmali suretle iştiraki izah edemeyeceğini savunmaktadır. Yazar böylece her iki durumun da göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürerek doktrinde tek yönlü görüş belirleyen yazarların aksine sentez bir perspektifle konuya yaklaşmıştır[230]. Suça ilişkin olay seyrinin şekillendirilmesini fiile ilişkin durum (*Tatsituation*) şeklinde ifade eden yazar, durum ilişkili garantör yükümlülüğü (*situationsbezogenen Garantenpflichten*) ile durumdan bağımsız garantör yükümlülüğü arasındaki ayrımı esas almıştır. Garantör yükümlülüğünün bağlantı noktası hukuki değerin korunması için fiile ilişkin durumun şekillenmesi ise, garantör olay seyri bakımından tali rol gerçekleştirmektedir. Çünkü yükümlülüğü fiile ilişkin durumla ilişkilidir ki fiile ilişkin durum öncelikle icrai hareket eden kişinin kontrolündedir. Garantörün hukuki değere yönelik saldırısı bir başkası tarafından yönlendirilen fiile ilişkin duruma bağlıdır[231].

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nda görünüşte ihmali suçlara yönelik genel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öldürme (TCK md. 83), yaralama (TCK md. 88) ve işkence (TCK md. 94/5)[232] suçları bakımından

229 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 633.

230 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 633.

231 Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 633-634. Yazarın konuya ilişkin verdiği örnek için bkz. Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten, s. 634. Yazar tarafından ileri sürülen bu yaklaşıma yönelik eleştiri için bkz. Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 6.

232 Kasten öldürme ve yaralamanın ihmali suretle işlenmesi halinde öngörülen ceza indirimi işkence suçunda şu gerekçe ile kabul edilmemiştir: "*İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımni muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.*"

bu suçların ihmali hareketle gerçekleştirilmesi haline yer verilmiştir. Suçların aktif hareketle gerçekleştirilmesine kıyasla ihmali hareketle gerçekleştirilmesi halinde failin (hâkimin takdirine göre) daha az ceza ile cezalandırılabileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte bir başkası tarafından işlenen suça garantörün ihmali hareketle katılması halinde sorumluluk statüsünün ne şekilde belirlenmesi gerektiğine ilişkin konuda, suçun ihmali hareketle işlenmesinin daha az ceza kapsamına sahip olması argüman olarak dikkate alınmaması gerekir. Böyle bir durum ihmali hareketin icrai hareketin daha azını teşkil ettiği sonucunu ortaya çıkaracak olup, ihmali hareketi gerçekleştirenin sadece icrai fiile yönelik katkısı ile değerlendirilmesini gerekli kılabilecektir. Böyle bir sonuç ise bu şekilde işlenen suçlarda garantörün her zaman ancak yardım eden olarak sorumlu olabileceğine ilişkin değerlendirme tehlikesini barındırır.

Suça iştirakte iştirak statülerinin tespitinde sadece fiile yönelik katkının ağırlığı veya önemi değil aynı zamanda işlenen suçun niteliği de göz önünde bulundurulması gerekir. TCK'nın da fail-şerik ayrımı bakımından kabul ettiği fiil hâkimiyeti kriteri bu esas dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Fiil hâkimiyetinin ihmali suçlarda da fail-şerik arasındaki ayrım bakımından sürdürülebilir bir kriter olmasına yönelik ileri sürülen görüşlerin ortak noktasını, fiil hâkimiyetinin salt icrai suçlardaki anlamıyla hareket hâkimiyeti olarak anlaşılmamasına yönelik gösterilen çaba oluşturmaktadır. Fiil hâkimiyetinin bu şekilde sadece hareket hâkimiyeti olarak anlaşılması halinde, kavram fail-şerik ayrımı bakımından uygun bir kriter teşkil etmemektedir. Zira yükümlülüğüne aykırı hareket ederek ihmali hareketi gerçekleştiren kişi icrai hareketi gerçekleştiren kişinin yanında hiçbir zaman olay seyrine hâkim olamayacaktır[233]. Bir suça yönelik ihmali ve icrai şekilde farklı yapıda hareketlerle gerçekleştirilen katkılar bakımından fiil hâkimiyetinin bunlardan biri esas alınarak değerlendirmeye tabi tutulması her zaman tek yönlü[234] ve bazı durumlarda adil olmayan sorumluluk belirlemesini ortaya çıkaracak sonuca eğilim gösterir.

233 Otto, Beihilfe durch Unterlassen, s. 290.
234 Krüger, Beteiligung durch Unterlassen, s. 4.

İcrai hareketle fiili gerçekleştiren kişinin yanında ihmali hareket eden kişinin failliğinden söz edilemeyeceği eleştirisi yerinde değildir. Suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişiyi fail olarak kabul eden TCK bu kabulü sadece icrai hareket eden kişi ile sınırlandırmamıştır. İhmali hareketi gerçekleştiren garantörün fiile ilişkin iştirakinin ancak icrai hareketin gerçekleştirilmesi üzerine mümkün olabilmesi, garantörün icrai failin fiiline bağlılığının niteliksel yönünde tükenmemektedir. Bunun yanı sıra kanunda ayrıca garantör tarafından gerçekleştirilen haksızlığın ayrı bir suç olarak düzenlenmesi halinde fiilin icrai olarak gerçekleştirilmesi garantör bakımından fiili bağlılığın bulunduğu anlamına gelecektir. Böyle bir sonuç, görünüşte ihmali suçların aslında gerçek ihmali suçlar ile icrai suçlar arasında konumlanmasının bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır.

Suça ilişkin gerçekleştirilen katkıların niteliksel farklılığı her iki katılanın kanunda ayrıca düzenlenmiş olmak şartıyla failliğini mümkün kılabilecektir. İcrai hareket eden kişinin fiilden dolayı sorumluluğunun bulunması, garantörün normatif yükümlülüğünü ihlal ettiği ve bu nedenle fail olarak sorumlu tutulması gereğini engellemez. Burada ihmali hareket edenin olay seyrine farklı iştirak şekline denk gelen katkısının bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Garantörün icrai hareketle gerçekleştirilen fiile bağlılığının çift yönlülüğü de bu kabulü desteklemektedir. Ayrıca garantörlüğün kaynağına yönelik kabul edilen ayrım, ihmali suçlarda neticeyi engelleme yükümlülüğü ile temellendirilen ihmali hareketin cezalandırılmasında her durumda hukuka uygun sonucu ortaya çıkarmayacak olması nedeniyle kabul edilmemektedir. Salt garantörlüğün maddi içeriğine göre yapılacak bir belirleme uygun bir kriter teşkil etmeyecektir. İştirak öğretisinde suça katılanların sorumluluğunun tespitinde ihlal ettikleri hukuki yükümlülüklerin türleri değil, katkılarının niteliği ve ağırlığı belirleyici olmaktadır. Bu nedenle garantör olarak suça iştirak edenin her zaman ilgili ihmali suçun faili olarak götürü bir sonuç kabul edilmeyerek, suçun seyrinde gerçekleştirmiş olduğu katkının niteliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekli görülmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut Berrin, "*Bağlılık Kuralı*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, 2010, S. 1, ss. 167-214.

Arana Raúl Pariona, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, Nomos, Baden-Baden, 2010.

Aydın Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Baumann Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang/Eisele Jörg, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, 12. bs., Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2016.

Becker Christian, "*Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen Zugleich Anmerkung zum BGH Urt. v. 12.02.2009 - 4 StR 488/08*", Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS), 2009, ss. 242-249.

Bloy René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

Bloy René, "*Anstiftung durch Unterlassen?*", Juristische Arbeitsblatter (JA), 1987, ss. 490-497.

Busse Klaus-Hennig, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, 1974.

Cramer Peter/Heine Günter, *Schönke/Schröder/Cramer Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. bs., C. H. Beck, München, 2006.

Çelen Ömer, *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Aslî Fail-Yardım Eden Ayrımı)*, Adalet, Ankara, 2020.

Erbaş Rahime, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, On İki Levha, İstanbul, 2019.

Evik Vesile Sonay, *Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. bs., On İki Levha, İstanbul, 2011.

Freund Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, 2.bs, Springer, Berlin, 2009.

Gallas Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Walter De Gruyter, Berlin, 1968.

Gallas Wilhelm, "*Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*", Juristen Zeitung, 1960, ss. 649-692.

Geppert Klaus, "*Die Anstiftung (§ 26 StGB)*", Juristische Ausbildung (JURA), De Gruyter, Berlin, 1997, ss. 358-366.

Geppert Klaus, "*Die Beihilfe*", JURA, 1999, ss. 266-274.

Gimbernat Ordeig Enrique, "*Das Unechte Unterlassungsdelikt*", ZStW, 1999, ss. 307-334.

Gropp Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs., Springer, Berlin, 2015.

Grünwald Gerald, "*Die Beteiligung durch Unterlassen*", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1959, ss. 110-123.

Haas Volker, "*Die Beteiligung durch Unterlassen*", ZIS 5/2011, ss. 392-397.

Hakeri Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri*, Seçkin, Ankara, 2003.

Heinrich Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. bs, Kohlhammer, Stuttgart, 2014.

Herzberg Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme Eine systematische Darstellung anhand von Grundfallen*, C.H. Beck, München, 1977.

Herzberg Rolf Dietrich, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, De Gruyter, Berlin, 2013.

Hirsch Hans Joachim, *Strafrechtliche Probleme B.2*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

Hoffmann-Holland Klaus, "*Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen*", ZStW, 2006, ss. 620-638.

Jakobs Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. bs., De Gruyter, Berlin, 2011.

Jescheck Hans Heinrich/Weigend Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. 1996.

Karsten Gaede, "*Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB*", JA 2007, ss. 757-762.

Kaufmann Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2. bs., Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1988.

Kielwein Gerhard, "*Unterlassung und Teilnahme*", Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1955, ss. 225-232.

Kindhäuser Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. bs., Nomos, Baden-Baden, 2008.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Krüger Matthias, "*Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten*", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2011, ss. 1-8.

Lackner Karl/Kühl Kristian, *Strafgesetzbuch: StGB Kommentar*, 28. bs., Beck, München, 2014.

Lüderssen Klaus, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden, 1967.

Manfred Maiwald, "*Literaturbericht*", ZStW, 1981, ss. 890-901.

Maurach Reinhart/Gössel Karl Heinz/Zipf Heinz/Dölling Dieter/Renzikowski Joachim/Laue Christian, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.

Mosenheuer Andreas, *Unterlassen und Beteiligung Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.

Otto Harro, "*Anstiftung und Beihilfe*", Juristische Schulung, 1982, ss. 557-566.

Otto Harro, "*Beihilfe durch Unterlassen*", JuS, 2017, ss. 289-295.

Önder Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 2-3, 2. bs., Beta Yayınları, İstanbul, 1992.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Özgenç İzzet, *Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İ.B.B. Hukuk Müşavirliği, İstanbul, 1996.

Özgenç İzzet, "*İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*", CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014, ss. 1-10.

Ranft Otfriend, "*Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme*", ZStW, 1982, ss. 815-863.

Ranft Otfriend, "*Bemerkungen zu Täterschaft und Teilnahme durch garantiepflichtwidriges Unterlassen*", Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Carl Heymans, Berlin, 2007, ss. 403-422.

Rengier Rudolf, "*Täterschaft und Teilnahme – Unverändert aktuelle Streitpunkte*", JuS, 2010, ss. 281-287.

Renzikowski Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

Rotsch Thomas, "*BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08*", ZJS, 2009, ss. 712-718.

Roxin Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C.H. Beck, München, 2003.

Roxin Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. bs., De Gruyter, Berlin, 2015.

Satzger Helmut, "*Beteiligung und Unterlassen*", Juristische Ausbildung, 2015, ss. 1055-1064.

Schroeder Friedrich-Christian, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.

Schwab Hans-Jörg, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1996.

Stratenwerth Günter/Kuhlen Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil Die Straftat*, 6. bs., Franz Vahlen, München, 2011.

Türay Aras, "*İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı*", YÜHFD, C.XVII, 2020/Özel Sayı, ss. 115-154.

Uthmann Jörg v., *Der Urheber des Verbrechen Ein Exkurs in das Niemandsland zwischen Täterschaft und Teilnahme*, Dissertation, 1963.

Weißer Bettina, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

Welzel Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. bs., Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

Yılmaz Zahid, "*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, Haziran 2018, ss. 122-131.

Yurtlu Fatih, *İhmali Suçlar* (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2020.

Yurtlu Fatih, "*Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı*", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, Y. 2021, Sa. 3, ss. 579-636.

Zafer Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 7. bs., Beta, İstanbul, 2019.

SUÇ POLİTİKASI BAKIMINDAN UYUŞTURUCU VE UYARICI MADDE SUÇLARI*

Arş. Gör. Şerif Ahmet ÖZTÜRK**

Özet

Çalışmada Türkiye ve Avrupa ülkelerindeki uyuşturucu suçlarına verilen cezalar ve kabul edilen politikalar incelenmiş ve Türkiye'de verilen cezaların oldukça yüksek olduğu görülmüştür. Devamında, Türkiye'nin cezalandırıcı politikasının nedenleri ve sonuçları üzerinde durulmuştur. Türkiye uyuşturucuyu, transit ülke olmasının da etkisiyle, bir narkoterör sorunu olarak görmekte ve genel olarak cezaları arttırma eğiliminin bir sonucu olarak uyuşturucu suçlarının cezaları yükseltilmektedir. Bunun sonucunda ise cezaevleri ölçüsüz cezalar nedeniyle işlevini yerine getiremeyecek derecede dolmakta ve sık sık af benzeri infaz düzenlemeleri çıkarılmaktadır. Çalışmada son olarak bu sorunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunulmuştur. Uyuşturucu ticareti için cezanın failin kusuruna göre belirlenmesini mümkün kılacak düzenlemeler gerekmektedir. Ceza alt sınırının azaltılması ve nitelikli hallerin çeşitlendirilmesi mümkündür. Uyuşturucu kullanımının ise suç olmaktan çıkarılması ve idari denetim alanına terk edilmesi gerektiği görüşü savunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Uyuşturucu Suçları, Suç Politikası, Ölçülülük, Ceza Adaleti, Bağımlılık

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 27/11/2021. İlk hakem raporu tarihi: 05/12/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 07/12/2021.

** Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, serifahmet@msn.com
Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8107-4367.

DRUG OFFENCES IN TERMS OF CRIME POLICY

Abstract

In this paper, penalties for drug crimes in Turkey and European countries and the accepted policies were examined and it has been observed that the penalties in Turkey were quite high. Afterwards, the reasons and consequences of Turkey's punitive policy are discussed. Turkey as being a transit country for drug trafficking, sees drugs as a narco-terror problem and penalties for drug offences are increased as a result of the general tendency to increase penalties. As a result of this tendency the prisons are so full that they cannot fulfill their functions due to excessive punishments and correctional arrangements reminiscent of amnesty are frequently enacted. Finally, solution of these problems were suggested in the paper. For drug trafficking, regulations are needed to enable the determination of the penalty according to the culpability of the offender. As for this, it is possible to reduce the lower limit of sentence and to diversify the qualified cases. It was argued that the use of drugs should be decriminalized and left to the field of administrative control.

Keywords: Drug Offences, Crime Policy, Proportionality, Criminal Justice, Addiction

GİRİŞ

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımında yaşanan artış nedeniyle Türkiye uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarında sert bir tutum almış ve hem cezalarını artırmış hem de infazı sertleştirmiştir. Buna rağmen uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları artmaya devam etmektedir. Bu da uygulanan ceza politikalarının sorgulanmasını gerektirir. Oysaki AB ülkelerinde uyuşturucu satmaya ilişkin cezaların alt sınırlarının düşük tutulduğu görülmektedir. Bu sayede az miktarda uyuşturucu ile yakalanan kişilerin daha düşük cezalar alması mümkün olmakta; ekonomik zorunluluklar nedeniyle uyuşturucu satmak durumunda kalan ve yeri kolayca doldurulabilen kişilerin topluma yeniden katılmalarının öncelikli hedef olduğu görülmektedir.

Türkiye'nin uyuşturucu maddelerle mücadele politikasında göze çarpan en önemli sorun cezaların alt sınırlarının yüksekliğidir. Bu nedenle hafif uyuşturucularla ağırlar arasında veya küçük çaplı satıcılarla uyuşturucu baronları arasında ceza bakımından ayrım yapmak güçleşmektedir. Bu durumun en önemli nedenlerinden biri Türkiye'nin uyuşturucu satışını bir narkoterör faaliyeti olarak görmesidir. Gerçekten de terör örgütleri uyuşturucu madde imal ve ticaretinden ciddi gelir elde etmektedir ve bu gelirin durdurulması elzemdir. Yine, ülkemiz özellikle eroin ticaretinde en önemli transit ülkelerden biridir. Ancak bu mücadele yürütülürken terör örgütlerine katkı sağlayan uyuşturucu tacirlerine verilen cezaların küçük çaplı satıcılara da aynen uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır.

Çalışmada önce Türkiye ve Avrupa ülkelerindeki uyuşturucu suçlarının cezaları ve başlıca iki uyuşturucu politikasının özellikleri incelenecek, ardından Türkiye'nin cezalandırıcı politikayı seçmesinin nedenleri üzerinde durulacaktır. Son olarak, cezaların yüksekliğinin sonuçları incelenip uyuşturucu politikasında yapılabilecek değişikliklere ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

I. TÜRKİYE'DE VE AVRUPA'DA UYUŞTURUCU SUÇLARININ CEZALARI VE UYUŞTURUCU POLİTİKALARI

Bu bölümde, önce Türk Ceza Kanunu bakımından uyuşturucu suçlarının cezaları incelenerek benzer fiillere Avrupa'da ne gibi yaptırımlar uygulandığı incelenecek, ardından da uyuşturucu politikalarının özellikleri üzerinde durulacaktır.

A. Türkiye'de ve Avrupa'da Uyuşturucu Suç ve Cezaları

1. Türkiye'de Uyuşturucu Suçlarının Cezaları

a. Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu

5237 sayılı TCK 2005 yılı gibi görece yeni bir tarihte kabul edilse de, aradan geçen zamanda hem suç tipleri hem de cezalar bakımından ciddi değişikliklere uğramıştır. Bunlardan biri de 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarında

yapılan değişikliktir[1]. Bu düzenlemeyle uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarının cezaları, bu suçlarla "daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla"[2], ciddi oranda artırılmıştır. Değişikliklerle birlikte Türkiye, bu suça en yüksek cezayı veren ülkeler arasına girmiştir.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçunun düzenlendiği TCK m. 188'in ilk fıkrasında uyuşturucu ve uyarıcı maddenin imal, ithal[3] ve ihracı fiilleri düzenlenmiş, bu fiillere karşı yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Üçüncü fıkrada ise uyuşturucu maddelerin ülke içinde satılması, satışa arz edilmesi, başkalarına verilmesi, sevki, nakli, depolanması, satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması fiillerine yer verilmiş ve bu fiillerin cezası da on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası olarak belirlenmiştir. Ancak maddenin satıldığı veya verildiği kişinin çocuk olması halinde ceza yarı oranında artırılır.

Maddenin dördüncü fıkrasına göre, suçların konusunun eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması halinde ya da üçüncü fıkradaki fiillerin "okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi"[4] halinde ceza yarı oranında artırılır. Yine beşinci fıkraya göre, suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde ceza yarı oranında, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halindeyse bir kat artırılır. Suçu işleyenlerin "tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş

1 RG, 28.06.2014, 29.044.

2 Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 10, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf (erişim tarihi: 04.06.2021)

3 Maddenin Türkiye'den transit olarak geçirilmesi amacıyla ülkeye sokulması halinde fiil ithal değil nakletme olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle transit geçiş halinde ilk fıkradan değil üçüncü fıkradaki suçtan sorumluluk doğacaktır. Transit geçişle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. ELMAS Birsen, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4. b, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 67-72.

4 Bentte sayılan yerlerin özellikleri ve mesafenin hesaplanmasına ilişkin tartışmalar için bkz. ELMAS, a.g.e., s. 151-163.

teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi" olması halinde de, sekizinci fıkraya göre ceza yarı oranında artırılır.

Maddede ayrıca üretimi resmi makamların iznine veya satılması reçeteye bağlanmış uyuşturucu veya uyarıcı etki doğuran her türlü madde için maddenin uygulanacağı, ancak cezanın yarısına kadar indirilebileceği düzenlenmiştir. Yine uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğurmamakla birlikte bunların üretiminde kullanılan maddelerin ithali, imali, satışı, satın alınması, sevk edilmesi, nakli, depolanması veya ihracı için sekiz yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

b. Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu

Bu madde ile uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını kolaylaştırmak için yer, donanım veya malzeme sağlayan; kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan; kullanma yöntemleri hakkında bilgi veren veya maddelerin kullanılmasını alenen özendiren kişilerin beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bu suçu işleyenlerin "tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi" olması halinde ceza yarı oranında artırılır.

c. Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Alma, Kabul Etme veya Bulundurma ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu

TCK m. 191'de düzenlenen bu suçun ilk defa işlenmesi halinde şüpheli hakkında beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Hakkında bir denetim süresi belirlenen kişi, gerekli görüldüğü takdirde tedaviye de tabi tutulabilir. Erteleme süresi içinde kendisine yüklenen yükümlülüklere veya tedavinin gereklerine uymamakta ısrar eden[5], kullanmak amacıyla uyuşturucu

5 Isrardan anlaşılması gerekenin, en az iki kez ihlal olduğu kabul edilmektedir. Uygulamada

veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu madde kullanan[6] kişi hakkında kamu davası açılır. Kişinin erteleme süreci içinde gerçekleştirdiği kullanmaya ilişkin fiiller ayrı bir suç olarak kabul edilmez, tek bir kamu davası açılmasına karar verilir. Bu durumda iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Suçun "okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi" halinde ceza yarı oranında artırılır.

d. Diğer Kanunlardaki Uyuşturucu Suçları

Türk hukukunda TCK dışında iki kanunda daha uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin suçlar düzenlenmiştir. Bunlardan ilki 12.06.1933 tarih ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun'dur. Bu Kanunun m. 23/5 hükmüne göre esrar elde etmek amacıyla kenevir ekilmesi dört yıldan on iki yıla kadar hapis ve beşyüz günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak esrarın münhasıran kişisel kullanım için ekilmesi halinde verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır.

Uyuşturucu maddelere ilişkin diğer bir suç 03.06.1986 tarih ve 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun'da yer almaktadır. Kanunun 4. maddesine göre izinsiz haşhaş ekenler bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası; izin almış olmakla birlikte izinde belirtilen alandan fazla veya başka yere haşhaş ekenlerse altı aydan üç yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

---

en az iki kez ihtar edilmesine rağmen yükümlülüklere uymamak aranmaktadır. BALAN Arzu, "*TCK'nın 191. Maddesinin Suç ve Ceza Siyaseti Bakımından Değerlendirilmesi*", ed. Adem Sözüer, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Filme Festivali: Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu: Tebliğler, 2018, s. 71.

6 Kanunun ilk halinde seçimlik hareketler satın almak, kabul etmek ve bulundurmaktan ibaretti. 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu artık uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak da suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 191'in ilk halinin gerekçesinde kullanmanın suç olarak düzenlenmemesinin nedeni olarak ortaya konan "Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, aslında tedavi ve terapiye ihtiyaç duyan bir kişidir." şeklindeki anlayışın 6545 sayılı Kanunla bir nebze terk edildiği anlaşılmaktadır. EKMEKÇİ İdil Su, "*Suç ve Ceza Siyaseti Açısından Türk Ceza Hukuku'nda Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu*", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015, s. 39, 95.

Her iki düzenleme bakımından ekim yapma ifadesinden anlaşılması gereken tohumun toprağa atılmasından ürünün hasadına kadar geçen süreçtir. Hasat sonrası gerçekleştirilen fiiller veya haşhaşın çizilerek ham afyon üretilmesi Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre değerlendirilir.

2. Avrupa'da Uyuşturucu Suç ve Cezaları

Avrupa Birliği Konseyi'nin 2004 yılında aldığı çerçeve kararda üye ülkelerin uyuşturucu suç ve cezalarına ilişkin uyması gereken kurallar belirlenmiştir[7]. Buna göre üye ülkeler uyuşturucu suçlarına en az bir yıldan üç yıla kadar ceza verecekler, çeşitli nitelikli hallerde cezaların ne şekilde artacağı da Konsey kararına uygun olarak belirlenecektir. Uyuşturucu miktarının yüksek olması veya suça konu uyuşturucunun insan sağlığına en yüksek zarar veren uyuşturuculardan biri olması halinde ceza en az beş yıldan on yıla kadar hapis olacaktır. Konsey'in 2013 yılında yayımladığı rapora göre üye ülkeler büyük oranda karardaki minimum seviyelere uyum sağlamışlardır[8]. Bununla birlikte ülkelerin ceza adaleti sistemlerinin çeşitliliği nedeniyle cezaların miktar ve infazı bakımından ciddi farklılıkların devam ettiği belirtilmiştir[9].

Cezaların minimum seviyelerine bakıldığında dokuz Avrupa ülkesinde asgari cezanın bir yıl veya altında olduğu görülmektedir[10]. Asgari cezanın en yüksek olduğu Avrupa ülkesi ise sekiz yılla Yunanistan'dır[11]. Ülkede uyuşturucu imal veya ticareti için sekiz yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Ancak Yunanistan'daki düzenlemeye göre kişisel kullanımını karşılayabilmek için küçük

7 Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 october 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, https://eur-lex.europa.eu/eli/dec_framw/2004/757/oj (erişim tarihi: 08.06.2021).

8 European Commission, "*Report on the evaluation of the transposition and impacts of the Framework Decision 2004/757/JHA on drug trafficking*", Final Report: March 2013, s. 9, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/drug-control/docs/evaluation-study-drug-trafficking_en.pdf (erişim tarihi: 08.06.2021)

9 European Commission, s. 9.

10 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, "*Drug trafficking penalties across the European Union: a survey of expert opinion*", 2017 s. 8, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/3573/Trafficking-penalties.pdf (erişim tarihi:11.09.2021).

11 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 8.

miktarlarda uyuşturucu ticareti yapan bağımlılar, yakınlarının kişisel kullanımı için kar amacı gütmeden uyuşturucu sağlayan kişiler ve kişisel kullanım için bulundurduğu uyuşturucunun bir kısmını başkasına veren (ikram eden) kişiler üç yıla kadar hapisle cezalandırılır[12]. Yine uyuşturucu ticareti suçundan hükümlü bağımlıların cezalarının beşte birini cezaevinde geçirip uyuşturucu tedavisini başarıyla tamamlamaları halinde cezalarının kalanını cezaevi dışındaki entegrasyon kurumlarında geçirmeleri mümkündür[13].

Avrupa ülkelerindeki düzenlemelerin ayrıntılı olarak incelenmesinde çeşitli nitelikli haller düzenlendiği ve cezanın ciddi oranda artırıldığı görülmektedir. Uyuşturucu miktarının fazla olması 19 Avrupa ülkesinde nitelikli hal olarak düzenlenmiştir[14]. Bazı ülkeler miktarın fazla olmasından ne anlaşılacağını açıkça belirtirken bazıları bunu uygulayıcılara bırakmıştır[15]. Yine uyuşturucunun sağlığa zararları veya hayati tehlike yaratması nedeniyle cezalar ağırlaşabilmektedir. Avrupa ülkelerinden 19'unun sağlığa zarar nedeniyle cezaları artırdığı görülmektedir[16]. Bazı ülkeler belirli uyuşturucular açısından cezayı yükseltirken bazıları somut olayda uyuşturucunun neden olduğu zarar veya ortaya çıkardığı tehlikeyi dikkate almaktadır. Avrupa ülkelerinde çok fazla görülen bir diğer nitelikli hal de suçun suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesidir. 25 ülkede suç örgütünün faaliyeti kapsamında işlenen uyuşturucu ticareti suçlarının cezaları artırılmaktadır[17].

Görüldüğü gibi Avrupa ülkelerinde genellikle uyuşturucu suçları bakımından cezaların minimum hadleri düşük tutulmakta ve ağırlaş-

12 GERASOIDI Eleni, DELLIGIANNIS-VIRSOS Konstantinos, BELEVONI Maria, "*Drug Trafficking*", ed. Efthymios Papastavridis, Eva Tzavala, The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea, Research NESMeS 2017-2019, Palermo, 2019, s. 49, https://www.athenspil.law.uoa.gr/fileadmin/depts/law.uoa.gr/athenspil/uploads/report-grecia.pdf (erişim tarihi: 08.06.2021).

13 Greece Country Drug Report, 2019, s. 5, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11333/greece-cdr-2019_3.pdf (erişim tarihi: 08.06.2021).

14 Bu ülkelerin listesi için bkz. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 8, dn. 2.

15 Örneğin Avusturya'da her uyuşturucu için günlük kullanım miktarı belirlenmiş ve bu miktar üzerinden hesaplanan belli miktarların üzerinde (günlük miktarın 15 katı gibi) cezaların yükselmesi öngörülmüştür. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 103.

16 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 9, dn. 3.

17 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 9, dn. 4.

tırıcı nedenlerin varlığı halinde cezalar artırılmaktadır[18]. Alt sınırın yüksek olduğu Yunanistan gibi ülkelerde ise belli durumlarda daha düşük cezalar verilebileceği kabul edildiği gibi bağımlıların tedavi olmaları şartıyla daha erken salıverilerek topluma kazandırılmaları hedeflenmektedir. Avrupa ülkelerinin uyuşturucuyla mücadele politikalarındaki son dönemde yaşanan değişimlerin genellikle yüksek cezalarla arzı baskılamaya çalışmaktan ziyade tedavi imkanları ve talebi önleme gibi çeşitli çözümlerle talebi azaltma yönünde geliştiği söylenebilir. Bu bağlamda pek çok ülkede eroin gibi hem bağımlılık ve fiziksel zararı yüksek olan hem de enjektör paylaşımı ile çeşitli bulaşıcı hastalık riski taşıyan uyuşturucularla özel olarak mücadele edildiği, buna karşılık esrar gibi daha hafif uyuşturucularla çok sert bir mücadelenin tercih edilmediği görülmektedir[19].

B. Uyuşturucuyla Mücadele Politikaları

Uyuşturucu ile mücadelede cezalandırmanın rolü üzerinde tartışmalar devam etmektedir. Her ülkenin öznel durumu ve uyuşturucu suçlarının zamana göre de değişen yapısı dikkate alındığında uyuşturucu politikalarının uyuşturucu kullanımı veya arzı üzerindeki etkisinin belirlenmesi oldukça zordur. Ancak, uyuşturucu ile mücadele için ayrılan bütçe ve emeğin ne kadarının ceza adaleti sistemine, ne kadarının bağımlılıkla mücadele amaçlı sağlık sistemine aktarılacağı ve bunların uyuşturucu kullanımı ve zararları üzerindeki etkisi belirlenmeden hazırlanan bir uyuşturucuyla mücadele planının başarı şansı yoktur. Bu nedenle her ülke bakımından karşılaştırmalı politikalar ve ülkenin özel koşulları dikkate alınarak bir ulusal politika belirlenmesi gerekir[20].

Uyuşturucu kullanımı, ülkelerin mücadele politikalarının yanında tüketici davranışları ve yerel veya global üreticilerle aracıların kapasitelerinden de etkilenmektedir. Bir uyuşturucunun arzında ya-

18 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 8-10.

19 Ceza adaleti sistemlerindeki farklılık nedeniyle uyuşturucu türleri bakımından farkların salt mevzuat hükümleri bakımından belirlenmesi mümkün olmasa da, uygulayıcılarla kurgusal senaryolar üzerinden yapılan mülakatlarda uyuşturucu tür ve miktarlarının hükmedilen cezaları oldukça önemli şekilde etkilediği görülmektedir. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 15-23.

20 BALAN, s. 76-77.

şanan problemler başka bir uyuşturucunun pazarda ciddi yer kazanmasına neden olabilmektedir[21]. Örneğin ülkemizde yapılan geniş çaplı operasyonlarda esrar üretimine ciddi bir darbe vurulan yıllarda bonzai adı da verilen sentetik kannabinoid kullanımı ciddi oranda artmış[22] ve o dönemde bu uyuşturucu ülkemizde uyuşturucudan kaynaklı ölümlerin en önemli sorumlusu haline gelmiştir[23]. Bunda piyasada esrar maddesinin daha zor bulunması ve pahalanmasıyla sentetik kannabinoidlerin ucuz ve ulaşılabilir bir alternatif olarak ortaya çıkması etkili olmuştur. Bonzai kaynaklı ölümler nedeniyle bu maddeyle mücadeleye odaklanılmış ve kamuoyu da bilinçlendirilmeye çalışılmıştır. Ancak daha sonra skunk olarak bilinen, farklı kenevir türlerinin melezlenmesiyle elde edilen ve etken maddesi ciddi oranda artırılmış esrar maddesinin artışına tanık olunmuştur[24].

Uyuşturucu ile mücadelede bütün dünyada uygulanabilecek tek bir politika oluşturulması mümkün değildir. Ülkenin sosyoekonomik yapısı, uyuşturucu üretim ve tüketim miktarları, transit ülke olup olmadığı ve uyuşturucu bağımlılığı oranlarının izlediği yükseliş veya

---

21 International Drug Policy Consortium, IDPC Drug Policy Guide, 3. b., 2016, s. 8, https://idpc.net/publications/2016/03/idpc-drug-policy-guide-3rd-edition (erişim tarihi: 09.09.2021).

22 Sentetik kannabinoidler 2000'li yılların başından itibaren uyuşturucu olarak kullanımı artan ve esrara benzer etki gösteren nispeten yeni kimyasal maddelerdir. Türkiye'de ilk yakalanışı 2010 yılında gerçekleşmiş ve bunu takiben kullanımı kısa sürede katlanarak artmıştır. 2011 yılında 43 kg sentetik kannabinoid yakalanırken 2020'de ise bu konuda rekor kırılarak 1.737 kg sentetik kannabinoid yakalanmıştır. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2012, s. 189, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/Arsiv/TUBIM/Documents/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202012.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021); Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 49, http://narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/2021-Turkiye-Uyusturucu-Raporu.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021). 2019 yılında Avrupa'da yakalanan toplam sentetik kannabinoid miktarının 200 kg civarında olduğu düşünüldüğünde ülkemizde bu maddenin endişe verici boyutta yaygın olduğu görülecektir. European Drug Report: Trends and Developments, 2021, s. 28, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/13838/TDAT21001ENN.pdf (09.09.2021).

23 2017 yılında uyuşturucu kaynaklı 941 ölümden 564'ü (%59.9) sentetik kannabinoid kaynaklıyken, 2018 yılında 657 ölümün 301'i (%45.8) bu maddeden kaynaklanmıştır. 2019 yılında ise 342 ölümün 45'inden (%13.2) sentetik kannabinoidler sorumludur. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2020, s. 114, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/TU%CC%88RKI%CC%87YE-UYUS%CC%A7TURUCU-RAPORU_26-HAZI%CC%87RAN-FI%CC%87NAL-_1_.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021). 2020 yılına gelindiğinde ise 314 uyuşturucu kaynaklı ölümün 49'unda (%15.6) sentetik kannabinoid bulunmuştur. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 49.

24 Ülkemize genelde Avrupa'dan ithal edilen skunk, Cannabis Sativa ve Cannabis Indica türlerinin melezlenmesiyle elde edilmekte ve içerdiği yüksek THC oranlarıyla esrarın etkisini artırmaktadır. 2020 Türkiye Uyuşturucu Raporu'na göre yakalanan skunk miktarı 2019'da 2017'ye göre 14 kat artmıştır. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2020, s. 42.

düşüş eğilimleri dikkate alınarak bir politika oluşturulması gerekmektedir[25]. Örneğin, uyuşturucu kullanımı yetişkin nüfusun dörtte birini aşmış Avrupa ülkelerinin mücadele stratejisi ile uyuşturucu kullanım oranının nüfusun %3'ünü geçmesinin ciddi bir sorun olarak görüldüğü ülkemizin stratejisi aynı olamaz[26]. Ancak mücadele politikalarının belirlenmesinde diğer ülkelerin tecrübelerinden yararlanmak gerekir. Hangi ülke ne tür bir mücadele politikası izleyip başarılı veya başarısız olmuştur ve bunun nedenleri nelerdir soruları sorulmalı ve ülkenin öznel yapısı da dikkate alınarak bir politika belirlenmelidir.

Uyuşturucu ile mücadele politikaları belirlenirken, her uyuşturucu politikasının faydaları olduğu gibi zararları da olduğu kabul edilmelidir[27]. Uyuşturucunun yasal hale gelmesi halinde uyuşturucu kullanımında artış olacağı kolaylıkla tahmin edilebilir. Uyuşturucu ile mücadelede cezanın caydırıcı etkisinden vazgeçmenin olumsuz bir etkisi olabilir. Bir uyuşturucunun yasallaşması halinde diğer uyuşturuculara geçişin kolaylaşacağı, uyuşturucunun zararsız olduğuna dair bir algı oluşacağı da söylenebilir. Yine, bir kısım uyuşturucu kullanıcısının bu fiilin yasadışı olmasından da haz duydukları ve bir uyuşturucu yasallaşırsa bir diğerine geçecekleri iddia edilmektedir[28]. Bunun yanında cezalandırıcı politikanın da yan etkileri bulunmaktadır. İlk olarak, verilen cezalar insanların hayatlarında ciddi bir yıkıma neden olmaktadır[29]. İkincisi, uyuşturucu kullanan kişilerin ceza korkusuna kapılarak tedavi için başvurmaktan imtina etmele-

25 BABOR Thomas, vd., *Drug Policy and the Public Good*, Oxford University Press, New York, 2010, s. 221.

26 Avrupa Birliği ülkelerinde 15-64 yaş arası nüfusun %28.9'u hayatında en az bir kez uyuşturucu kullanmıştır. European Drug Report: Trends and Developments, 2021, s. 12.

27 Her iki politikayı savunan ve eleştiren görüşler için bkz. PINARCI Mustafa, *Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 77-90.

28 Örneğin Dönmezer'in aktardığına göre dönemin İsveç gençleri arasında esrar kullananlar genellikle bu maddeyi toplumdan dışlanmışlıklarına duydukları isyanın bir sembolü olarak görmektedir, esrarın yasallaşması durumunda bu gençler başka suçları işlemeye meyledeceklerdir. DÖNMEZER Sulhi, "*Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile İlgili Bazı Yönleri*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 36, S. 1-4, ss. 1-14, s. 5-6.

29 Cezaevinde uyuşturucu kullanım oranlarının toplumun genelinden fazla olduğu ve mahkumların ciddi bir kısmının cezaevinde uyuşturucu kullanmaya başladığı da unutulmamalıdır. 2015 verilerine göre dünyada mahkumların üçte biri, cezaevinde olduğu sürede en az bir kez uyuşturucu kullanmıştır. Bu oran genel nüfusta %5 civarındadır. World Drug Report: Global Overview of Drug Demand and Supply, 2017, s. 9, https://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_2_HEALTH.pdf (erişim tarihi: 24.09.2021).

ri ve suçlu alt kültürüne dahil olmaları ile diğer suçları daha rahat işlemeleri mümkündür. Yine uyuşturucunun yasadışı olmasından kaynaklı pahalılığı nedeniyle bağımlı insanların kolay ulaşabildikleri, daha tehlikeli uyuşturuculara geçmeleri veya başka suçlar işlemek zorunda kalmaları mümkündür. Yasadışı uyuşturucu kaçakçılığının organize suç ve terör örgütlerine sağladığı finansman ve güç de cezalandırıcı yaklaşımın sonucudur. Aynı zamanda bu politikanın yozlaşmaya kapı araladığı söylenmelidir. Uyuşturucu kaçakçılığı ile çok yüksek kar elde eden örgütler, uyuşturucuyu rahatça geçirmeleri karşılığında kamu görevlilerine rüşvet vermekten kaçınmamaktadır[30].

Bir ülkenin uyuşturucu politikası değerlendirilirken aşağıda incelenecek iki politik duruşun ideal tipler olduğunu akılda tutmak gerekir. Cezalandırıcı politikayı benimseyen ülkelerde liberal politikaların etkileri görülebildiği gibi tersi de geçerlidir. Bir politikanın benimsenmesi de sorunun çözüldüğünü göstermez. Cezalandırıcı politikayı benimseyen bir ülkede cezaların ne kadar yüksek olacağı, liberal politikayı benimseyende ise hangi uyuşturucuların hangi şartlarda yasal kabul edileceği gibi pek çok sorun çözülmeyi beklemektedir.

1. Liberal Politikalar

Uyuşturucu ile mücadelede liberal politikaları benimseyen ülkeler uyuşturucu yanlısı değildir. Bu ülkelerde uyuşturucu kullanımı genellikle suç olmaktan çıkarılmakta ve uyuşturucu kullanımı ile mücadele ceza adaleti alanından çıkarılarak idari otoritelere bırakılmaktadır[31]. Bunun nedeni uyuşturucu kullanımının suç değil bağımlılık olarak değerlendirilmesi ve önlenmesinin uzmanlaşmış oto-

30 HUSAK Douglas, de MARNEFFE Peter, *The Legalization of Drugs*, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 94-95

31 Burada yasallaşma (legalization) ile suç olmaktan çıkarılma (decriminalization) arasındaki farkı da açıklamak gerekir. Yasallaşma durumunda uyuşturucunun üretimi, satılması ve kullanımı yasal hale gelir. Suç olmaktan çıkarma halinde ise yalnızca uyuşturucu kullanımına ilişkin fiiller suç olmaktan çıkarılır, ancak bu kişilerin idari yaptırımlara tabi tutulmaları mümkündür. Uyuşturucunun üretimi ve satılmasına ilişkin fiillerin suç olmaya devam ettiği de söylenmelidir. Dolayısıyla suç olmaktan çıkarma yanlısı olmak uyuşturucu yanlısı olmak demek değil, tedavinin cezadan daha etkili bir yöntem olduğunu kabul etmektir. HUSAK, de MARNEFFE, s. 110.

riteler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği kabulüdür[32]. Liberal politikaları kabul eden ülkelerde uyuşturucu kullanımında bir miktar artış karşılığında uyuşturucunun neden olduğu zararların engellenmesine yoğunlaşılabilir. İnsanların daha ağır uyuşturuculara geçişi engellenmeye çalışılır, uyuşturucunun neden olduğu doğrudan veya dolaylı sorunlarla (bulaşıcı hastalıklar, aşırı doz gibi) mücadele edilir. Bu doğrultuda söylemek gerekir ki, genellikle uyuşturucu kullanıcısı oranı yüksek olan ülkeler liberal politikalara geçiş yapar. Cezalandırıcı politikanın başarısızlığa uğradığını kabul eden ve nüfusunun önemli bir kısmı uyuşturucu kullanmakta olan ülkelerin bu politikaları benimsemeye daha yatkın olduğu görülmektedir[33].

Liberal politikaları benimseyen ülkelerde uyuşturucu arzı ile mücadele devam etmektedir. Uyuşturucu satıcıları hala cezalandırılmaktadır. Ancak bu suçların da cezalarının azaldığı ve hatta küçük çaplı satıcılar için alternatif yaptırımların devreye sokulabildiği görülmektedir. Uyuşturucu arzı ile mücadele parçalara bölünmüştür. Suçu örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi, büyük miktarlarda uyuşturucu kaçırılması, suç neticesinde insan sağlığına verilen zarar veya yaratılan hayati tehlike gibi çeşitli kriterler getirilerek basit sokak satıcıları ile büyük uyuşturucu kaçakçıları arasında önemli ayrımlar getirilmektedir[34]. Bu sayede uyuşturucu arzı ile mücadele belli ölçüde devam etmekte ancak bu mücadelenin bizatihi neden olduğu zararların azaltılması yönünde de çalışmalar yapılmaktadır[35].

---

32 Husak, 'uyuşturucu kullanımı suç olmaktan çıkarılmalı mıdır?' şeklindeki sorunun yanlış bir soru olduğunu, sorulması gereken sorunun 'uyuşturucu kullanımı suç olmalı mıdır?' olduğunu savunmaktadır. Yazar, ilk sorunun soruluş biçiminin uyuşturucu kullanımının suç olmasının normal olduğu algısı ortaya çıkardığını iddia etmektedir. Oysaki karine bir fiilin suç olmaması yönünde olmalı, suç olması gerektiğini iddia edenler bunu ispatla mükellef olmalıdır. HUSAK, de MARNEFFE, s. 26-27.

33 Örneğin New Mexico eski valisi Gary E. Johnson, uyuşturucu ile savaşı kaybettiklerini kabul etmeleri gerektiğini belirtmiş ve "*eğer uyuşturucuyu yasallaştırırsak daha sağlıklı bir toplıma sahip olabiliriz*" diyerek uyuşturucunun yasallaşması yönündeki görüşünü cezalandırıcı politikanın başarısızlığı üzerine kurmuştur. FRIEDMAN Mark, *Legalization of Drugs, Raintree Publishers*, Londra, 2012, s. 34.

34 Bu konuda örnek olarak Birleşik Krallık Cezaların Belirlenmesi Kurulu'nun koyduğu standartlar verilebilir. Bkz. Sentencing Council, "*Drug Offences: Definitive Guideline*", 2012, https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/drug-offences-definitive-guideline/ (erişim tarihi: 09.12.2021).

35 Uyuşturucu suçlarına verilen ağır cezaların neden olduğu problemler ve çözüm önerileri için bkz. International Drug Policy Consortium, s. 77-82.

Portekiz'de 2001 yılından bu yana kullanmak için uyuşturucu bulundurmak suç olmaktan çıkarılmış ve tamamen rehabilitasyon alanına bırakılmıştır[36]. Bu politika değişikliğini takiben çocuklarda ve gençlerde uyuşturucu kullanımı azalmış, yetişkinlerde bir miktar artış göstermiştir. Ayrıca uyuşturucu kaynaklı ölümlerde bir miktar dalgalanma olsa da uyuşturucu kaynaklı AİDS gibi hastalıkların azaldığı raporlanmıştır[37]. Ancak bu başarının doğrudan ve sadece suç olmaktan çıkarmaya bağlanması zordur. İlk olarak, uyuşturucu arzı suç olmaktan çıkmamıştır, uyuşturucu üretimi ve satışıyla ilgili fiiller halen suçtur. Dolayısıyla Portekiz'in tecrübesi uyuşturucunun yasallaşması süreci olarak okunamaz[38]. İkinci olarak, kullanmak ve bu amaçla gerçekleştirilen fiillerin suç olmaktan çıkarılması, Portekiz'in politika değişikliğindeki tek unsur değildir. Bu fiillerin adli değil idari denetime terk edilmesi ortada herhangi bir denetim olmadığı anlamına gelmez. Aksine bağımlılık tedavisi ve uyuşturucu kaynaklı zararların önlenmesi için ciddi çaba sarf edilmektedir[39].

Avrupa'nın yasal uyuşturucu merkezi olarak görülen Hollanda'nın da ulusal politikası uyuşturucuyu yasallaştırmaya değil ağır uyuşturuculara geçişi engellemeye ve uyuşturucunun neden olduğu zararı azaltmaya dayanmaktadır. Bu yönde "coffee shops" olarak bilinen uyuşturucu merkezlerinde küçük miktarlarda ve belirlenen etken madde oranlarında esrar ve halüsinojen mantar satışına izin veren Hollanda[40], uyuşturucu kullanımını da kural olarak suç olmaktan çı-

36 Uyuşturucular için belirlenen günlük kullanım miktarlarına göre on günlük kullanım ihtiyacını geçmeyecek uyuşturucuyla yakalanan kişiler doğrudan uyuşturucu bağımlılığıyla mücadele ile görevli idari komisyona sevk edilmektedir. Portugal Country Drug Report, 2019, s. 5, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11331/portugal-cdr-2019_0.pdf (erişim tarihi: 09.06.2021).

37 Portugal Counrty Drug Report, 2019. Portekiz'in uyuşturucu kullanımını suç olmaktan çıkarmasını takiben Avrupa ülkeleriyle karşılaştırmalı olarak yapılan bir incelemede, Portekiz'in politika değişikliğinin hem uyuşturucu kullanımı hem de uyuşturucu kaynaklı ölüm ve hastalıkları, politika değişikliği dikkate alınmadan yapılan projeksiyonlara göre ciddi oranda azalttığı ortaya konmuştur. FÉLIX Sónia, PORTUGAL Pedro, TAVARES Ana, "*Going after the Addiction, Not the Addicted: The Impact of Drug Decriminalization in Portugal*", Institute of Labor Economics, Discussion Paper Series, 2017, s. 21, https://ftp.iza.org/dp10895.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

38 LAQUEUR Hannah, "*Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal*", Law & Social Inquiry, C. 40, S. 3, 2015, ss. 746-781, s. 747.

39 LAQUEUR, s. 767-769.

40 2019 ülke raporuna göre Mart 2017 itibarıyla Hollanda genelinde 567 merkezde yasal olarak esrar satılmaktadır. Bu merkezlere izin verilmesi ve denetlenmesi Hollanda Afyon Kanunu'na uymak şartıyla yerel yetkililere bırakılmıştır. Netherlands Country Report, 2019, s.

karmıştır[41]. Bu kapsamda 5 grama kadar esrarla yakalanan kişilerin, istisnai durumlar haricinde ceza soruşturmasına tabi tutulmaması ve yalnızca uyuşturucuya el koyulmasıyla yetinilmesi, ceza adaletinin daha yüksek miktarda uyuşturuculardа devreye girmesi kabul edilmektedir. Ülkede uyuşturucu kullanımının zararlarıyla mücadele ön plana çıktığından, özellikle ağır uyuşturucuların sıklıkla kullanıldığı alanlarda önleme programları yürütülmektedir. Hollanda, uyuşturucu kullanımı ve uyuşturucudan kaynaklı ölümlerde Avrupa seviyesinde olsa da[42], hem kullanım hem de ölümler bakımından yaş ortalaması oldukça yüksektir[43]. Dolayısıyla genç nüfusta uyuşturucu kaynaklı ölümler oldukça azaltılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, hem liberal politikaları benimsemesi hem de Avrupa'nın en büyük limanlarına sahip olması nedeniyle Hollanda, Avrupa'nın en önemli transit geçiş merkezlerinden biridir. Güney Amerika'dan gelen kokainin önemli bir kısmı Avrupa'ya Hollanda ve Belçika üzerinden sokulmaktadır[44]. Hollanda aynı zamanda yeni sentetik maddeler bakımından da önemli bir üretim merkezidir[45].

2. Cezalandırıcı Politikalar

Cezalandırıcı politikaları benimseyen ülkelerde uyuşturucu arzı üzerinde olduğu gibi talep üzerinde de ceza korkusunun yaratacağı

5, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11347/netherlands-cdr-2019.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021)

41 Belirli alanlarda ve durumlarda (okullar ve toplu taşıma gibi) uyuşturucu kullanımının yerel yetkililerce yasaklanması mümkündür. Netherlands Country Report, 2019, s. 5.

42 2017 yılında Hollanda, Avrupa ortalaması ile aynı oranda, milyonda 22 ölüm raporlamıştır. Netherlands Country Report, 2019, s. 13.

43 Örneğin 2019 yılında Türkiye'de aşırı doz uyuşturucu kaynaklı ölümlerde yaş ortalaması 30.9'ken Hollanda'da 44'tür. European Drug Report, Statistical Bulletin, Overdose Deaths, Mean Age, https://www.emcdda.europa.eu/data/stats2021/drd_en (erişim tarihi: 09.09.2021).

44 Kültürel bağlar ve ulaşım kolaylığı gibi nedenlerle yakın zamana kadar İspanya, açık arayla en önemli transit geçiş merkeziydi. Ancak Avrupa'ya aktarılmaya çalışılan kokain miktarının giderek artması ve kokain kaçakçılığında etkin rol alan örgütlerin çeşitlenmesiyle birlikte son yıllarda Antwerp ve Rotterdam limanlarında çok yüksek miktarda kokain yakalaması yapılmaktadır. Bunun yanında Güney ve Doğu Avrupa ve hatta Kuzey Afrika limanlarının da transit geçişte kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. UNODC ve EUROPOL, "*The illicit trade of cocaine from Latin America to Europe – from oligopolies to free for-all?*", Cocaine Insights 1, UNODC, Viyana, 2021, https://www.europol.europa.eu/publications-documents/cocaine-insights-1 (erişim tarihi: 24.09.2021).

45 European Drug Report: Trends and Developments, 2021, s. 32.

bir azalma hedeflenmektedir[46]. Bu kapsamda hem uyuşturucu satıcıları için yüksek cezalar öngörülmekte hem de uyuşturucu kullanımı veya kullanıma ilişkin hareketler (satın alma, bulundurma gibi) suç olarak düzenlenmektedir. İnsanların suç işlemekten duydukları korkunun uyuşturucularla elde etmeyi umdukları hazdan vazgeçmelerine neden olması umulmaktadır. Liberal politikaların kolluk ve ceza adaleti sisteminin uyuşturucu ticareti ile mücadele başarısını düşürdüğü, bu nedenle kolay bulunabilen ve ucuzlayan uyuşturucuyu daha fazla kişinin kullanacağı kabul edilmektedir[47]. Uyuşturucu ile salt tedavi ile mücadele etmek yetersiz olacaktır. Cezalandırıcı politikaların olduğu gibi tedavi politikasının da kendi sorunları bulunmaktadır. Örneğin, eroin bağımlılarında kullanılan ikame tedavisi gibi yaklaşımlar bağımlı sayısını belirgin bir şekilde azaltamamıştır. Aksine tedavi amaçlı verilen bazı maddeler kendileri uyuşturucu etki gösterebilmekte ve hatta bağımlıları ölüme sürükleyebilmektedir[48]. Bundan da görüldüğü gibi tedavi edici yaklaşımların vaat ettiklerini gerçekleştirme şansı oldukça düşüktür.

Türkiye'nin uyuşturucu politikasının cezalandırıcı bakış açısına sahip olduğu açıktır. Bu bakışın başarılı olup olmadığı, uyuşturucu sorununun nasıl bir yol izlediği üzerinden değerlendirilebilir. Bu konudaki politikaların başarısını yapılan operasyon veya yakalanan uyuşturucu miktarı üzerinden ölçmek yerine[49], kaç kişinin uyuşturucunun zararlı etkilerine maruz kaldığı üzerinden değerlendirmek gerekir[50]. Madde kullanımına ilişkin Türkiye çapındaki ilk araştırma

46 Uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevindeki nüfusun artışının genel nüfusta uyuşturucu kullanımını azaltmadığı yönünde bkz. UNODC, WHO, "*Treatment and Care for People with Drug Use Disorders in contact with the Criminal Justice System: Alternatives to Conviction or Punishment*", 2019, s. 2, https://www.unodc.org/documents/UNODC_WHO_Alternatives_to_conviction_or_punishment_ENG.pdf (erişim tarihi: 24.09.2021).

47 PINARCI, s. 81.

48 Eroin ikame tedavisinde en sık kullanılan maddeler olan Metadon ve Buprenorfinler ciddi sayıda ölüme neden olmaktadır. ÇAKICI Mehmet, ARAZ Damla, AKSOY Elif, GÖKYİĞİT Ayşe, "*Opioid Bağımlılığının Tedavisinde Metadon ve Buprenorfin'in Etkinliği: Hangisini Kullanalım?*", Kıbrıs Türk Psikiyatri ve Psikoloji Dergisi, C. 1, S. 3, ss. 194-199, s. 195. Bu tedavi sonucu ölenlerin oranının eroin kullanmaya devam edenlere göre çok düşük olduğu söylense de bu durum ikame tedavisinin başarısı hakkında ciddi şüpheler doğurmaktadır.

49 Yakalanan kişi veya uyuşturucu miktarı aksine, ülkedeki uyuşturucu piyasasının büyüdüğüne veya transit geçişte daha fazla kullanılmaya başlandığına da işaret edebilir ve bir başarıyı değil bir tehlikeyi yansıtabilir.

50 International Drug Policy Consortium, s. 8. "Tedavi görmeyen, iyileşmeyen her bağımlı birey, yakalandıkça azalan arz edicileri tekrar artıracak yegâne unsurdur. Bu nedenle arzı azalt-

2002 yılında Türk Psikologlar Derneği tarafından yapılmıştır[51]. Bu çalışmada hayatları boyunca en az bir kez yasadışı madde kullanan 15 yaş üstü kişi oranı %1.2 olarak tespit edilmiştir[52]. 2011 yılında TUBİM tarafından yapılan bir çalışmada ise hayatları boyunca en az bir kez yasadışı madde kullanan 15-64 yaş arası kişi oranı %2.7 olarak bulunmuştur[53]. Son olarak 2018 yılında yine TUBİM tarafından yapılan araştırmada 15-64 yaş aralığındaki kişilerin %3.1'inin en az bir kez madde kullandıkları belirtilmiştir[54]. Yapılan araştırmalardan 2002-2018 yılları arasında Türkiye'de uyuşturucu kullanımının ciddi oranda arttığı görülmektedir. Madde kaynaklı ölümlere baktığımızda ise 2006 yılında 51 olan sayı[55] 2017'de 941 ile zirve yapmış ve ardından düşüşe geçerek 2020'de 314 olmuştur[56].

II. TÜRKİYE'DE CEZALARIN YÜKSEKLİĞİNİN NEDENLERİ

İlk bölümde incelendiği üzere ülkemizde uyuşturucu suçlarına verilen cezalar oldukça yüksektir. Bu durumun nedenleri sadece uyuşturucuya sıfır tolerans gibi bir politikayla açıklanamaz. Bu bağlamda genel olarak Türkiye'de ceza adaletinin durumu incelenecek ve ardından uyuşturucuyla mücadelede ülkemize özgü sorunların üzerinde durulacaktır.

---

ma çalışmaları ile talep azaltımı çalışmaları birbirinden ayrı yürütülemez." ERCAN Zafer, "*Türkiye'de Uyuşturucu ile Mücadelede Narkotik Süreç*", ed. Ömer Miraç Yaman, Abdullah Sabit Tuna, Ahmet Köroğlu, M. Akif Seylan, Savaş Yılmaz, Türkiye'de Uyuşturucu Madde Bağımlılığı: Önleme, Tedavi ve Rehabilitasyon Çalıştayı, 2. b., Yeşilay Yayınları, İstanbul, 2014, s. 70.

51 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2006, s. 18, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/Ulusal%20Yay%C4%B1nlar/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202006_SON.pdf (erişim tarihi: 11.09.2021).

52 15-24 ve 24 yaş üzeri nüfusta çeşitli değişkenlere göre yapıldığı anlaşılan bu çalışmanın raporu yayımlanmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Uyuşturucu Başta Olmak Üzere Madde Bağımlılığı ve Kaçakçılığı Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*", 2008, s. 120, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/130 (erişim tarihi: 09.09.2021).

53 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2012, s. 56

54 İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, "*Türkiye Genel Nüfusta Tütün, Alkol ve Madde Kullanımına Yönelik Tutum ve Davranış Araştırması Raporu*", 2018, s. 8, http://www.narkotik.pol.tr/turkiyede-genel-nufusta-tutun-alkol-ve-madde-kullanimina-yonelik-tutum-ve-davranis-arastirmasi-raporu-yayimlanmistir (erişim tarihi: 09.09.2021).

55 Türkiye Büyük Millet Meclisi, s. 133.

56 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 102.

A. Türkiye'de Cezalara Genel Bakış

Ülkemizde cezaların yüksekliği sadece uyuşturucu suçlarıyla sınırlı değildir. Sık işlenen suç gruplarının pek çoğunda cezalar oldukça yüksektir. 2005 yılında gerçekleştirilen ceza adaleti reformunu takip eden yıllarda çok sayıda değişiklikle TCK ve CGTİHK'nın yapısı önemli değişikliklere uğramış ve cezalarla birlikte infaz politikası da sertleşmiştir. Uyuşturucu suçları da 6545 sayılı Kanunla bundan nasibini almıştır. Bu Kanunla TCK m. 188'de yapılan değişikliklerle maddede yer alan cezalar iki katına çıkarılırken yeni nitelikli haller de eklenerek cezalar oldukça yükseltilmiştir. Yine TCK m. 190'daki ceza "iki yıldan beş yıla" kadardan "beş yıldan on yıla" kadar şeklinde değiştirilmiştir. Dünyanın pek çok yerinde uyuşturucu madde kullanımının suç olmaktan çıkarılmasına dönük politika değişikliklerinin aksine TCK m. 191'in cezası da "bir yıldan iki yıla" kadar hapis cezasından "iki yıldan beş yıla" kadar hapis cezasına çıkarılmıştır[57]. Yine aynı kanunla TCK m. 188'den dolayı hapis cezasına mahkum olanlar mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi tutulmuştur. Bunun neticesinde koşullu salıverilme, hükmolunan cezanın 2/3'ü yerine 3/4'ünün infazı ile mümkün hale gelmiştir[58]. Cezaların alt sınırları dikkate alındığında, TCK m. 188/3'ten ceza alan bir kişi 5 yıl ceza alıp bunun 2/3'ünü cezaevinde geçirecekken, değişiklikle birlikte 10 yıl ceza alıp bunun 3/4'ünü cezaevinde geçirecektir.

Uyuşturucu maddelere ilişkin suçlar cezaların artırılması eğiliminin tek örneği değildir. 2014 yılında aynı kanunla cinsel suçlar yeniden yapılandırılmış, cezaları oldukça yükseltilmiş ve bunların infazı da mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi kılınmıştır. Yine hırsızlık suçunda nitelikli hallerin cezaları artırılmıştır. Sık işlenen bu suçları düzenlemesi nedeniyle cezaevi nüfusu açısından da önemli bir artı-

57 Bu düzenlemenin Türk ceza siyasetinin temel mantığına ve felsefesine de aykırı olduğuna, örneğin İntihara Yönlendirme suçunda kendisi intihar edip ölmeyen kişinin cezalandırılmamasına benzer şekilde uyuşturucu bağımlısının da cezalandırılmaması gerektiğine ilişkin bkz. BALAN, s. 75-76.

58 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la CGTİHK m. 108/1'de değişiklik yapılarak mükerrirlerin koşullu salıverilmeleri için gereken süre 2/3'e düşürülmüştür. Ancak bu hüküm, koşullu salıverilme için gereken süre 2/3'ün üzerinde olan suçlar için uygulanmayacaktır. Dolayısıyla artık TCK m. 188 kapsamında ilk defa suç işleyenlerin tabi oldukları rejim mükerrirlerden de ağır hale gelmiştir.

şa neden olan bu Kanunun yanında başka değişikliklerle de çeşitli suçların cezaları artırılmıştır.

2005 yılındaki ceza adaleti reformu ile gelen ceza ve infaz sisteminin sonuçları da yavaş yavaş ortaya çıkmıştır. Sistem değişikliği nedeniyle daha önce verilen hükümler açısından yapılan lehe uygulama yargılamaları, hem lehe uygulama nedeniyle hem de ceza adaleti sisteminin iş yükünü oldukça yükseltmesi nedeniyle reformun sonuçlarının hemen ortaya çıkmasını engellemiştir. Özellikle 2010 yılı sonrası lehe uygulamanın etkileri sona ermiş ve ceza yargılamasını hızlandırma amacıyla yapılan çeşitli düzenlemeler devreye sokulmuştur[59]. Bunun sonucunda kesinleşen mahkumiyet sayılarında gerçekleşen ciddi artışla birlikte cezaevlerinin doluluğu artmıştır. Bu sürede 2012, 2016 ve 2020 yıllarında infazla ilgili yapılan önemli düzenlemeler de akılda tutulmalıdır. Bu değişiklikler sayesinde pek çok kişinin cezası cezaevi dışında denetimli serbestlik tedbiri ile infaz edilmiştir[60]. Buna rağmen cezaevindeki kişi sayısının bu kadar yükselmiş olması, Türkiye'nin ceza adaleti problemini göstermektedir.

Uyuşturucu ile bağlantılı suçlardan dolayı cezaevinde bulunan kişi sayısındaki artış, cezaevi nüfusundaki genel artışın üzerindedir. Cezaevinde bulunan toplam kişi sayısı 2010 yılı sonunda 120.500 iken 2020'de 266.831 olmuş ve yaklaşık on yılda 2.21 katına çıkmıştır. Buna karşılık 2010 yılı sonunda uyuşturucu ile bağlantılı suçlardan dolayı cezaevinde 24.925 kişi bulunmaktayken 2020 yılı sonunda bu sayı 85.484'e yükselmiştir ve aynı sürede yaklaşık 3.43 kata ulaşmıştır[61]. Tedavi istatistiklerine bakıldığındaysa; TCK m. 191'e göre tedavi tedbiri kapsamında tedavi merkezlerine gönderilen kişi

59 Bu süreç 09.02.2011 tarih ve 6110 sayılı Kanunla Yargıtay'ın daire sayısının artırılması ile başlamış ve üç yıla yayılan yargı reformu paketleri ile devam etmiştir. Avukatlar için Yargı ve Temel Haklar Projesi, "*Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yargı ve Temel Haklar Faslı*", s. 77-86, https://www.ab.gov.tr/files/pub/yayinlar/AB-MuzakereSurecindeYargiveTemelHaklarFasli.pdf (erişim tarihi: 11.09.2021).

60 Adalet Bakanlığı verilerine göre 30.09.2021 itibarıyla cezası CGTİHK m. 105/A kapsamında denetimli serbestlik uygulanarak infaz edilmekte olan kişi sayısı 155.525'tir. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı 30 Eylül 2021 Tarihi İstatistikleri, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/eylul-202106-10-202110-02-am.pdf (21.08.2021).

61 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2011, s. 114, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/Arsiv/TUBIM/Documents/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202011.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021); Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 106.

sayısı 2010 yılında 70.236 iken 2020 yılında 81.851 olmuştur[62]. Bu da artık uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevinde olan kişi sayısının tedaviye gönderilen kişi sayısını geçtiğini göstermektedir[63].

B. Türkiye'nin Transit Ülke Olması

2019 yılında dünyada toplam 96 ton eroin yakalaması gerçekleşmiştir[64]. Bu yılda Türkiye ise 20 ton eroin yakalayarak dünyada en çok eroin yakalayan ülke olmuştur[65]. Yine 2018 yılında 19 ton eroin yakalayan Türkiye, 25 ton yakalama raporlayan İran'ın arkasında ikinci sırada yer almıştır[66]. Bu sayıların da gösterdiği gibi Türkiye, dünyanın en önemli eroin rotası olan 'Balkan Rotası' üzerinde bulunmaktadır[67]. Afganistan'da üretilen afyon, kimyasal işlemlerden geçirilerek eroine dönüştürülmekte ve Türkiye üzerinden Avrupa'ya ulaştırılmaktadır. Eroin yapımında kullanılan çeşitli kimyasal maddeler de aynı rota üzerinden doğuya geçirilmektedir[68]. Bu hat üzerinde ciddi miktarda eroin taşınırken terör örgütleri ve organize suç örgütleri de önemli gelirler elde etmektedir. Türkiye'nin uyuşturucuyla mücadele politikasının sertliğinde önemli bir etken de bu transit ülke oluştan kaynaklanmaktadır[69].

---

62 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2011, s. 72; Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 107.

63 Halk sağlığı merkezlerinde tedavi edilen toplam uyuşturucu bağımlısı sayısı ise 2010 yılında 137.187 iken 2020 yılında 221.815 kişidir. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2011, s. 71-72; Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 87.

64 World Drug Report, 2021, Drug Market Trends: Cannabis, Opioids, s. 85, https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf (09.09.2021).

65 World Drug Report, 2021, Drug Market Trends: Cannabis, Opioids, s. 89. 2019'da Avrupa Birliği ülkelerinde yakalanan toplam eroin miktarı ise 7.9 tondur. European Drug Report, 2021, s. 30.

66 World Drug Report, 2020, Drug Supply, s. 12, https://wdr.unodc.org/uploads/wdr2020/documents/WDR20_Booklet_3.pdf (erişim tarihi:09.09.2021).

67 2018 yılında dünyada ele geçirilen eroin ve morfinin yüzde 58'i Balkan Rotası'nda ele geçirilmiştir. World Drug Report, 2020, Drug Supply, s. 17.

68 Avrupa'da üretilen asetik andrihit gibi maddelerin doğuya geçirilmesinde Balkan rotasına alternatif olarak Akdeniz üzerinden gemilerle taşıma da kullanılmaktadır. Bu rota bakımından da Mersin limanı sıklıkla kullanılan bir transit merkezdir. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, EUROPOL, "*EU Drug Markets Report 2019*", Publications Office of the European Union, Luxembourg, s. 114, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/12078/20192630_TD0319332ENN_PDF.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

69 TCK m. 188/1 ve 3 açısından yapılan değerlendirmelerde transit geçişin fıkra 3 kapsamında daha az ceza ile karşılanan bir fiil olarak kabul edilmesi, Türkiye'nin transit geçişi engellemeye verdiği önemle bir çelişki oluşturmaktadır. Kaldı ki, m. 188/7 kapsamında uyuşturucu madde üretiminde kullanılan maddeler bakımından maddenin 1 ve 3. fıkralarında belirtilen hareketler seçimlik olarak düzenlenmiş ve eşit ceza öngörülmüştür.

Türkiye'nin, eroin yanında yasadışı uyarıcı maddeler bakımından da transit ülke olduğu yönünde bilgiler bulunmaktadır. Özellikle Avrupa'da üretilen ekstazi[70] gibi sentetik uyarıcı maddeler ve Güney Amerika'da üretilen kokainin Ortadoğu ve Orta Asya'ya geçişinde transit ülke haline geldiği kabul edilmektedir[71]. Özellikle sentetik uyuşturucuların devamlı değişen ve gelişen yapısı nedeniyle üretim yerleri ve transit geçiş rotaları sürekli değişmektedir.

Transit geçişlerde kullanılan uyuşturucu kuryelerinin yüksek cezalar almasının transit geçişi ne kadar engellediği belirsizdir. Zira uyuşturucu kuryeleri de sokak satıcıları gibi yeri görece kolay doldurulabilen elemanlar olduğundan ne kadar cezaevinde kaldıkları, uyuşturucu kaçakçılığının arkasında yer alan organizasyon için çok önemli değildir. Daha önemli olan hususun uyuşturucunun yakalanma ihtimali olduğu kabul edilmektedir. Özellikle büyük miktarlarda uyuşturucunun ele geçirilmesi kaçakçılığı gerçekleştiren suç örgütlerine ciddi darbe vurmaktadır. Bu yakalamada uyuşturucuyla birlikte ele geçirilen kuryenin yüksek cezalar almasa da artık güvenlik otoriteleri tarafından tanınıyor olması nedeniyle uyuşturucu kaçakçılığı için kullanışsız hale geldiği görülmektedir. Bu nedenle kuryelerin yüksek cezalar almasının, bir ülkenin uyuşturucu kaçakçılığında transit ülke olmasını engellemediği söylenebilir[72]. Asıl engel, büyük miktarlarda uyuşturucu ele geçirmedir. Yüksek miktarda uyuşturucu ele geçirmeler ve transit geçiş organizasyonlarının çökertilmesi sonrasında rotaların değiştiği de görülmektedir[73].

---

70 2018 yılında Türkiye, dünyada en fazla ekstazi yakalayan ülke olmuştur. World Drug Report, 2020, Drug Supply, s. 64. Ayrıca belirtmek gerekir ki, 2017, 2018 ve 2019'da Türkiye'de yakalanan ekstazi miktarı bütün Avrupa Birliği ülkelerinin toplamından fazladır. European Drug Report, 2021, s. 24. Ekstazinin ana üretim yerlerinin Hollanda ve Belçika gibi batı Avrupa ülkeleri olduğu da dikkate alınırsa Türkiye'deki yakalama miktarı dikkat çekicidir.

71 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2020, s. 35, 43. Son yıllarda kokainin Avrupa'ya geçişinde de Türkiye'nin transit ülke olarak kullanılmaya başladığına ilişkin bilgiler bulunmaktadır. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 38.

72 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 26.

73 Örneğin Balkan rotasında önlemlerin sıkılaşması sonucu Güney Kafkasya gibi yeni rotaların önem kazandığı görülmektedir. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, EUROPOL, s. 119. Yine, Güney Amerika'da üretilip Avrupa'ya ihraç edilen kokain bakımından Türkiye son yıllarda transit ülke haline gelmiştir. Daha önce İspanya, Hollanda ve Belçika gibi Batı Avrupa ülkelerinin limanları üzerinden yapılan ticaret, buralardaki ciddi yakalamalar sonrasında doğu ve güneye kaymış ve kaçakçılar, yakalandıklarında çok daha ciddi cezalar alacaklarını bilmelerine rağmen Türkiye gibi ülkeleri hedeflemeye başlamıştır. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 38.

C. Narkoterör

Uyuşturucunun dünya çapındaki perakende piyasasının 426 ila 652 milyar dolar olduğu tahmin edilmektedir[74]. Avrupa Birliği içinse yıllık en az 30 milyar Euro tahmini yapılmaktadır[75]. Bu miktar 2017 yılı için en düşük tahmini gösterdiği ve yeni psikoaktif maddeler gibi uyuşturucu pazarında son yıllarda ciddi artış gösteren maddelerin değerleri yer almadığından gerçek değerin daha yüksek olduğu göz önünde tutulmalıdır[76]. Uyuşturucudan elde edilen bu kazancın büyük kısmı organize suç örgütlerine ve terör örgütlerine finansman sağlamaktadır.

Terör örgütleri, doğrudan uyuşturucu üretimi ve kaçakçılığı yapmalarının yanı sıra, üretim veya kaçakçılık yapan kişi ve suç örgütlerinden de pay almaktadır. Bu nedenle sadece doğrudan terör örgütü mensuplarının dahil oldukları değil, elde ettiği kardan terör örgütüne pay veren organize suç örgütlerinin dahil oldukları uyuşturucu suçları da narkoterör mücadelesi kapsamında görülmektedir. Bu bağlamda Türkiye açısından özellikle PKK'nın uyuşturucu kaçakçılığından ciddi gelir elde ettiği bilinmektedir[77]. Örgütün Afganistan'dan Türkiye'ye gelen eroinin Avrupa'ya ulaştırılıp dağıtımında rol aldığı gibi son dönemde Irak ve Suriye'de kurulan eroin laboratuvarlarıyla da uyuşturucu ile olan ilişkisini artırdığı görülmektedir. Uluslararası uyuşturucu kaçakçılığının yanında Türkiye'de üretilen ve iç pazarda tüketilen esrarın büyük bölümünden PKK'nın pay aldığı bilinmektedir[78]. Bu gelirler toplandığında

---

74 2014 yılına ilişki bu tahmin için bkz. MAY Channing, Transnational Crime and the Developing World, Global Financial Integrity, 2017, s. 3, https://secureservercdn.net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

75 European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, EUROPOL, s. 13.

76 Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2020, s. 140. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin 2009-2012 yılları arasında yaptığı bir araştırmada, sadece Balkan rotasından geçirilen afyon bazlı uyuşturucuların yarattığı toplam ekonomik değerin (üretim, uluslararası kaçakçılık, toplu ve perakende satış toplamı) 22 ila 34 milyar dolar olduğu tahmin edilmiştir. UNODC, "*Drug Money: The Illicit Proceeds of Opiates Trafficked on the Balkan Route*", 2015, s. 79, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/IFF_report_2015_final_web.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

77 ÇAKIR Muhammet Faruk, "*Yasadışı Uyuşturucu Ticaretinin Terör Örgütleri Üzerinde Etkileri*", BAİBU Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 20, S. 1, 2020, ss. 303-324, s. 307. Yazara göre PKK, FARC ve Taliban dünyada uyuşturucudan en çok gelir elde eden terör örgütleridir.

78 Türkiye'de tüketilen esrarın büyük kısmı Diyarbakır'da yetiştirilmektedir. Akgül ve Yılmaz'a

örgütün faaliyetlerine devam etmesinin bu yolla sağlandığı söylenebilir.

Terörle mücadele alanının giderek genişlemesi, yöntemlerin giderek daha fazla kişi ve durumu etkiler hale getirmektedir[79]. Uyuşturucu ile mücadelenin de terörle mücadele alanında değerlendirildiği Türkiye'nin konuyla ilgili hemen her rapor, açıklama veya belgesinde görülmektedir. Ancak uyuşturucu suçlarının terör suçlarından farklı bir yapısı bulunmaktadır. Uyuşturucu suçları temel olarak piyasa suçlarıdır. Bu piyasa içerisinde arz-talep dengesi kurulur ve uyuşturucu kaçakçılığı yapan aktörler temelde talebi karşılamak için piyasayı yönlendirirler. Terör örgütleri de bu talebin yarattığı ekonomik fırsatları değerlendirmek için bu alana kaymaktadır. Dolayısıyla yüksek cezalar ve salt arz boyutuyla etkili mücadele yöntemleri ile uyuşturucu piyasasının diğer aktörlerinin aşırı baskılanması terör örgütlerinin bu alandaki faaliyetlerinin artmasına neden olabilir.

Türkiye'nin terörle mücadele ve uyuşturucu suçları arasında kurduğu bağlantı ile çelişen bir durum görülmektedir. Şöyle ki, uyuşturucu imal ve ticaretinin örgüt faaliyeti kapsamında gerçekleştirilmesi durumunda TCK m. 188/5 uyarınca verilen ceza bir kat artırılır. Ancak faaliyeti yürüten bir terör örgütüyse Terörle Mücadele Kanunu m. 4'te sayılan suçlar bakımından cezadaki artırım Terörle Mücadele Kanunu m. 5/2'ye göre yapılacaktır[80]. Buna göre, TCK m. 188/5'teki örgüte ilişkin nitelikli hal uygulanmayacak ve TMK m. 5/1'deki artırım yarı oranında değil en az üçte iki oranında olacaktır. Dolayısıyla suçun TCK m. 220 uyarınca kurulmuş bir suç örgütü faaliyeti içerisinde işlenmesi halinde ceza bir kat artarken terör örgütü

göre bu bölgede yetişen esrarın 'tamamı' PKK kontrolündedir. AKGÜL Arif, YILMAZ Kamil, "*Ramifications of Recent Developments in Turkey's Southeast on Cannabis Cultivation*", International Journal of Drug Policy, 2014, s. 2, https://www.researchgate.net/publication/265394859_Ramifications_of_Recent_Developments_in_Turkey's_Southeast_on_Cannabis_Cultivation (06.09.2021). İçişleri Bakanlığı, PKK'nın doğrudan kendi gerçekleştirdiği esrar üretiminin yanında bölge halkı tarafından gerçekleştirilen üretimden %50 oranında pay aldığını belirtmektedir. Bkz. İçişleri Bakanlığı, "*Narkoterörizm ile Mücadele: Uyuşturucu ve PKK/KCK*", 2017, s. 55, https://www.icisleri.gov.tr/teror-ve-uyusturucu-ile-mucadele-2 (erişim tarihi: 09.12.2021).

79 DİNLER Veysel, "*Ceza Hukukunda Aşınma Sebebi Olarak Terörle Mücadelede Muğlaklık*", Suç ve Ceza Dergisi, 2019, S. 1, ss. 135-152, s. 141.

80 TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 994.

faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde ceza daha az artırılabilecektir[81]. Bu durum açık bir çelişki oluşturmaktadır.

III. TÜRKİYE'DE CEZALARIN YÜKSEKLİĞİNİN SONUÇLARI VE ÖNERİLER

Önceki bölümlerde incelendiği üzere Türkiye'de uyuşturucu suçlarına verilen cezalar oldukça yüksektir ve bunun çeşitli sebepleri bulunmaktadır. Bu bölümde cezaların yüksekliğinin sonuçlarına ve suç politikası bakımından önerilere odaklanılacaktır.

A. Ceza Adaleti Sistemine İlişkin Sonuçlar

1. Ölçülülük Sorunu

Uyuşturucu suçlarında ölçülülük sorunu uyuşturucu ile mücadele politikalarıyla birlikte ele alınmalıdır. Uyuşturucu ile mücadelede belirlenen hedef, uyuşturucu olmayan bir ülke/dünya yaratmak olarak ortaya konduğunda ölçüsüz ve büyük oranda faydasız müdahale ve cezalar uygulamaya konmaktadır[82]. Mücadelenin hedefi ulaşılabilir olmalı ve pek çok aktörün bir araya gelmesi ile bu hedefin gerçekleştirilebileceği kabul edilmelidir[83]. Ceza adaletinden, yapabileceklerinin üzerinde bir beklentiye girmemek gerekir. Bu bağlamda önleme, tedavi ve rehabilitasyonla kolluk ve ceza adaleti tedbirlerinin hangi durumlarda ve ne ölçüde uygulanacağının bilimsel yöntemlerle belirlenmesi gerekir[84]. Tek başına sert cezalarla

81 Terörle Mücadele Kanunu m. 5/3'e göre madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz. Çocuklar hakkında TCK m. 188/5'e göre bir kat artırım devam edecektir. Bu da bir diğer çelişkidir.

82 Bu tarz politikalar aynı zamanda tedavi ve sosyal müdahale programları gibi daha efektif olduğu kanıtlanmış programlara ayrılan kaynağın da azalmasına neden olmaktadır. International Drug Policy Consortium, s. 8.

83 "Uyuşturucu maddeye ilişkin suçlarla mücadele sadece bir ceza hukuku sorunu değildir. Tıp, sosyoloji, psikoloji, kimya, polis ve hukukun birlikte çözümleyebileceği bir sorundur." BAYRAKTAR Köksal, "*Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, S. 1-4, ss. 45-64, s. 64.

84 "Suça karşı Ceza Hukuku marifetiyle ve ceza müeyyideleriyle gösterilen tepkiler mutlaka bir suç siyasetine dayanmalıdır. Şuradan buradan derlenmiş hükümlerle, hal ve şartlara tabî olunarak veya bir kısım kamu oyunun veya baskıların etkisi altında kalınarak meydana getirilmiş veya hükümleri değiştirilmiş bir ceza mevzuatı, bazı yazarların deyimiyle 'panik mevzuatı' elbette ki çağın telakkilerine uygun ve toplumun ihtiyaçlarım karşılayacak hukukî bir araç teşkil etmez." DÖNMEZER Sulhi, "*Suç Siyaseti*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 52, S. 1-4, ss. 1-33, s. 6.

bastırma eğilimi başarısız olmaya mahkumdur[85]. Mücadelenin etkin bir şekilde yürütülebilmesi için neyin hedeflendiği ve mücadelenin kime/neye karşı verildiği de açıkça ortaya konmalıdır. Doğrudan uyuşturucu maddelere karşı mı yoksa bunların neden olduğu bireysel ve toplumsal zararlara karşı mı mücadele edilmektedir? Eğer verilen zararla mücadele ediliyorsa o zaman bu maddelerin aşırı/zararlı kullanımıyla nadiren veya rastlantısal kullanımı[86] arasında, sağlık bakımından yüksek zarar ve risklere neden olan maddelerle daha düşük riskler barındıran maddeler arasında farklılaşan politikalar üretilmelidir[87].

Ülkemizde uyuşturucu suçlarının cezalarına ilişkin en önemli sorun alt sınırların yüksekliğidir. Hafif uyuşturucularda ve düşük miktarlarda bile çok yüksek alt sınır belirlenmesi, cezaların kusurun ağırlığına göre belirlenmesini imkansız hale getirmektedir[88]. Bu tür suçlarda cezanın belirlenmesinde uyuşturucunun türü, failin rolü ve bağımlı olup olmaması, suçun konusunun miktarı ve fiilin örgüt faaliyeti kapsamında işlenip işlenmediği gibi pek çok faktör dikkate alınmalıdır[89]. Bir organize suç örgütünün faaliyetleri kapsamında yüksek miktarlarda uyuşturucu kaçıran bir faille kendi uyuşturucu

85 Son yarım yüzyılda dünyadaki cezalandırıcı yaklaşımın hem uyuşturucu pazarını küçültmekte hem de uyuşturucu kaynaklı zararları engellemekte başarısız olduğu açıktır. Bu konuda bkz. International Drug Policy Consortium, s. 77-78.

86 Uyuşturucu kullanma alışkanlıklarındaki değişimin yaşam ve tüketim alışkanlıklarıyla birlikte değerlendirilmesi neticesinde özellikle esrar gibi hafif uyuşturucular bakımından normalleşme tartışmaları için bkz. DAĞISTANLI Gönül Erdal, "*Normalizasyon Kavramı Bağlamında Esrar Kullanımında Ülke Politikaları; Karşılaştırmalı Bir Analiz*", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Bölümü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 23-36.

87 Uyuşturucu kullanmanın suç olarak düzenlenmesi de bu kapsamda yeniden değerlendirilmelidir. Kişilerin bu nedenle sabıkalı hale gelmeleri hem eğitim ve iş hayatını olumsuz etkileyerek hem de bu kişileri etiketleyerek suçlu alt kültürüne dahil olmalarına veya isteseler de bu alt kültürden çıkamamalarına yol açmaktadır. International Drug Policy Consortium, s. 13. Karşı görüş için bkz. PINARCI, s. 167-169.

88 20.12.1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 3'te uyuşturucu madde imalat ve satışı ile kullanımına ilişkin hareketler sayılarak bunların suç olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Maddenin 4-c bendinde ise imalat ve satışa ilişkin hareketler bakımından; "önemsiz nitelikteki suçların sözkonusu olduğu uygun durumlarda, Taraflar, mahkumiyet ve ceza yerine eğitim, topluma uyum ve katılım gibi önlemler ile failin uyuşturucu madde bağımlısı olması halinde tedavi ve tedavi sonrası bakımını da sağlayabileceklerdir." şeklinde bir düzenleme ile uygun durumlarda ceza vermekten vaz geçilmesinin bile uygun olduğu belirtilmiştir.

89 LAI Gloria, *Drugs, Crime and Punishment: Proportionality of Sentencing for Drug Offences*, Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr. 20, 2012, s. 1, http://fileserver.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20(1).pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

tüketimi için kaynak yaratmak amacıyla küçük miktarlarda uyuşturucu satan birinin yakın cezalar alması adalet problemi doğurmaktadır.

Küçük satıcıların uzun süreler cezaevinde tutulması her şeyden önce faydasızdır. Uyuşturucu piyasasında yeri kolayca doldurulabilen sokak satıcıları veya kuryelerin yüksek cezalar alması caydırıcılık bakımından beklenen etkiyi doğurmamaktadır[90]. Benzer şekilde, uyuşturucu kullanıcılarının da yüksek cezalarla caydırılmasının oldukça zor olduğu söylenmelidir. Bunun yerine, uyuşturucunun üretiminden satılmasına kadar geçen sürede rol oynayan kişilerin bu organizasyon içerisinde aldıkları role ve topluma verilen toplam zarara göre değerlendirilmesi ve buna göre cezalandırılması, uyuşturucu bağımlılarınınsa tedaviye yönlendirilmeleri gerekir. Bu büyük gruba ceza adaleti sistemi içerisinde ayrılan kaynağın rehabilitasyon alanına aktarılması daha faydalı olacaktır[91].

2. Af ve İnfaz Düzenlemeleri

Cezaların yükseltilmesi ülkemiz tarihinde hemen her zaman af ve infaz düzenlemelerine yol açmıştır. Yüksek cezalar nedeniyle kapasitesinin üzerinde çalışan cezaevlerinin yetersizliğinden dolayı mecbur kalınan ve bazen de toplumdan gelen talep ve tepkileri oya devşirme çabalarının sonucu olarak yapılan bu düzenlemelerle ceza adaletinin sistemli ve etkin bir şekilde çalışabilmesi imkansız hale gelmektedir[92]. Sadece son on yıldaki düzenlemeler incelendiğinde dahi durumun vahameti ortaya çıkmaktadır. 2012, 2016 ve 2020 yılında yapılan CGTİHK değişiklikleri yüzbinlerce kişinin cezasını cezaevine girmeden veya koşullu salıverilme tarihlerinden daha erken çıkarak denetimli serbestlik kapsamında çekmelerine neden olmuştur[93]. Özellikle şiddet içeren suçlardan ceza alanların cezalarını

90 International Drug Policy Consortium, s. 78.

91 Türkiye Uyuşturucu Raporu'nda uyuşturucu ile mücadeleye 2020 yılında aktarılan toplam kaynak 1.840.513.297 TL olarak belirtilmiştir. Ancak bu kaynağın hangi mücadele kalemlerine ayrıldığı yönünde ayrıntılı bir açıklamaya yer verilmemiştir. Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, s. 17. Raporda yer alan miktarın kolluk, ceza adaleti/infaz ve rehabilitasyon kurumlarına ayrılan toplam kaynak olup olmadığı da belirsizdir.

92 1960-2000 yılları arasında çıkarılan afların nedenleri ve etkileri hakkında bkz. YÜCEL Mustafa Tören, *Kriminoloji*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014, s. 245-249.

93 Bu çapta büyük değişiklikler getiren düzenlemelerin yanında kamuoyunun dikkatini fazla çekmeyen, açık cezaevine geçişi kolaylaştıran, denetimli serbestlik kapsamını genişleten

bu kapsamda, hemen hiçbir tedbir uygulanmadan çekebilmelerinin izahı güçtür[94].

Af ve infaz düzenlemelerinin caydırıcılık üzerindeki yıkıcı etkisi üzerinde de durulması gerekir. Cezaların caydırıcılığı genellikle kesinlik, yakınlık ve sertlik üzerinden incelenir. Cezanın kesinliği suç işleyen kişinin kanunda belirtilen ceza ile karşılaşma olasılığını, yakınlığı ne kadar süre içerisinde bu yaptırımla karşı karşıya geleceğini ve sertlik de cezanın uzunluğu, infaz koşulları gibi unsurlarını ifade eder. Cezanın sertliğinin caydırıcılık üzerindeki etkisi sınırlıdır ve kesinlik ve yakınlık unsurları ile desteklenmesi gerekir. Aksi halde amaçlanan caydırıcılığa ulaşılamaz. Af ve infaz düzenlemeleri cezanın kesinliği üzerinde yıkıcı etkiler bırakmaktadır[95]. Kişiler, mahkum olup aldıkları cezaların kesinlikle infaz edileceği algısını kaybetmekte, siyasi iradenin sıklıkla kullandığı af yetkisini bir kez daha kullanacağı beklentisine girmektedir[96].

Belirli nedenlerle af çıkarılabileceğine dair görüşler bulunmaktadır[97]. Ancak salt cezaevleri dolduğu için yapılan düzenlemelerin

---

ve koşullu salıverilme şartlarını yumuşatan pek çok değişiklik yapılmıştır. Bu konuda bkz. AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil, ALPAN Arca, "*Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye'de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet*", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, ss. 5-37.

94 Kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde (TCK m. 87) dahi çoğu hükümlünün cezası cezaevine girmeden denetimli serbestlik kapsamında infaz edilirken küçük miktarda hafif uyuşturucu satılması halinde bu kadar yüksek cezalar alınması ölçülülük sorunu bakımından da önemlidir. UN System Coordination Task Team on the Implementation of the UN System Common Position on Drug-Related Matters, "*What We Have Learned Over the Last Ten Years: A Summary of Knowledge Acquired and Produced by the UN System on Drug-Related Matters*", 2019, s. 29, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/2019/Contributions/UN_Entities/What_we_have_learned_over_the_last_ten_years_-_14_March_2019_-_w_signature.pdf (erişim tarihi: 09.09.2021).

95 DEMİRBAŞ Timur, "*7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af*", Suç ve Ceza Dergisi, C. 13, S. 2, ss. 387-406, s. 392.

96 TANER Tahir, "*Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 19, S. 3-4, ss. 523-575, s. 525. 6123 sayılı Kanunla pek çok suçun cezası ağırlaştırılmış ve infaz rejimi de sertleştirilmiştir. Taner bu düzenlemeyi; "Ceza kanunlarında suç mukabili olarak gösterilen cezalar nekadar ağır olursa olsun, böyle sık sık af kanunlarının isdarı halinde, gerek âmme vicdanında ve gerek bizzat suç failleri nezdinde, o cezaların hiçbir vakit tam olarak çektirilmeyeceği kanaati yerleşip kökleşir." şeklinde eleştirmiştir. Gerçekten de söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesinden yedi yıl sonra 26.10.1960 tarih ve 113 sayılı Kanunla (RG, 28.10.1960, 10641) genel af çıkarılmış ve 6123 sayılı Kanunla öngörülen cezalarda ciddi indirimler getirilmiştir.

97 Af lehinde ve aleyhinde görüşler için bkz. ÖZEK Çetin, "*Umumi Af*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 24, S. 1-4, ss. 118-175, s. 136-138; DURSUN Hasan, "*Af Kavramına Genel Bir Bakış*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, ss. 373-402, s. 374-383.

savunulması mümkün değildir[98]. Bu şekilde toplu ve plansız şekilde cezaevinden salıverilen kişiler, kısa sürede tekrar suç işlemekte ve hem cezaevleri tekrar dolmakta hem de toplumun suç korkusu artıp adalete olan güveni de ciddi anlamda zedelenmektedir[99]. Başta uyuşturucu suçları olmak üzere, pek çok suçta cezaların ölçüsüz derecede yüksek tutulmasının kaçınılmaz sonucu olan af ve infaz düzenlemeleri, ceza adaleti sistemini temelinden sarsmaktadır.

B. Politika Önerileri

Türkiye'nin uyuşturucu ile mücadele politikası, ceza adaleti sistemi ve bilhassa arzla mücadele stratejileri üzerine bina edilmiştir. Taleple mücadelenin önleme boyutu ve tedavi/rehabilitasyona verilen önemin cezalandırma seviyesinde olmadığı anlaşılmaktadır. Politika önerilerinde ilk odaklanılması gereken husus budur, ceza adaletinin mücadeledeki sınırlılığı kabul edilip diğer aktörlerin sürece daha fazla dahil edilmesi ve bunlara daha fazla kaynak ayrılması gerekmektedir. Ancak ceza adaleti bakımından da çeşitli çözüm önerileri getirmek gerekir. Bu bölümde uyuşturucu ile mücadelenin ceza adaleti boyutuna ilişkin üç öneriye yer verilecektir.

1. Ceza Alt sınırlarının Azaltılması

Faydacı teorinin kurucularından Jeremy Bentham'ın cezanın şiddetine ilişkin bir kriteri, kişinin işlemeyi düşündüğü kötülüğün her bir bölümü için ayrı bir caydırıcılık sağlamasıdır[100]. Bu sayede, suç

98 2020 yılında Covid 19 salgını nedeniyle yapıldığı söylenen infaza ilişkin değişiklikler de esasında cezaevlerindeki doluluk sorununun giderilmesi amacını taşımaktadır. Zira değişiklik yapıldığı sırada üç yüz bini aşmış olan cezaevi nüfusu, kapasitenin çok üstünde olmasının yanı sıra düzenli olarak da artmaktaydı. Konuyla ilgili farklı açıklamalar getirilse de cezaevlerinin doluluk sorunuyla mücadele edilmeye çalışıldığı açıktır. Bu konuda bkz. AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil, ALPAN Arca, "*Salgın Fırsatıyla Ceza Politikası: İnfaz Kanunu Değişikliği, Siyasi Arka Planı ve Olası Etkileri*", Suç ve Ceza Dergisi, C. 14, S. 2, ss. 211-246.

99 Dursun, s. 401-402. Salıverilenlerin denetimli serbestlik kapsamına alınması da, denetimli serbestlik sistemine aşırı yüklenmeye neden olduğundan bu kurumun da etkin şekilde işlemesi mümkün değildir. Akdeniz, Elveriş, Alpan, "Salgın Fırsatıyla Ceza Politikası", s. 235.

100 BENTHAM Jeremy, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, Çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2017 s. 167. Örneğin; cinsel saldırı suçunun işlenmesinin engellenmesi tabii olarak bu suç için yeterince yüksek bir ceza verilmesini gerektirir. Ancak cinsel saldırı suçu için belirlenen cezanın kasten öldürme suçunun cezasına yakın olması durumunda, cinsel saldırı suçunu işleyen kişi mağduru öldürerek, biraz daha fazla ceza almak pahasına yakalanma riskini azaltma yolunu seçebilir. Bu nedenle cinsel saldırı suçu ile kasten öldürmenin cezaları arasında, suçlunun daha ağır olan suçu işlememeyi seçmesine neden olacak kadar yüksek bir fark olmalıdır.

işlemeye karar veren kişi daha hafif olan suçu işlemeye teşvik edilecektir. Hafif olan suça ölçüsüz derecede yüksek cezaların verilmesi durumunda kişi daha ağır suçu işlemekten çekinmeyecektir ve bu da fayda ilkesine aykırıdır. Düşünür bunu şu şekilde açıklamıştır; "Her bir suç için ceza öyle bir tarzda ayarlanmalıdır ki kötülüğün her bölümü için suçluyu bunu işlemekten alıkoyacak bir sâik olsun."[101]

Uyuşturucu suçları bakımından cezanın kusura göre belirlenebilmesinin önündeki en büyük engellerden biri alt sınırların yüksek belirlenmesidir[102]. Uyuşturucu satma ve satmaya ilişkin hareketler bakımından on yıldan başlayan cezalar, hafif uyuşturucularla ağırlar arasında ve sokak satıcıları ile büyük uyuşturucu kaçakçıları arasında önemli bir farklılık yaratılabilmesini engellemektedir. Bu şekilde, hafif uyuşturucuları küçük miktarlarda satan veya kullanan kişinin ağır uyuşturuculardan uzak durmasını sağlayacak bir ek caydırıcılığın sağlanabilmesi mümkün görünmemektedir. Uyuşturucu suçlarında alt sınırlar düşük belirlenmeli ve küçük çaplı uyuşturucu satıcılarının daha hafif cezalar almasının önü açılmalıdır.

Ülkemizde uyuşturucu suçlarındaki yüksek alt sınırlar, ABD'deki zorunlu asgari cezalara benzemektedir. Bu sistemde, kişinin suçtaki katkısı, kusuru ve olayın özellikleri dikkate alınmaksızın kişiye minimum olarak belirli bir hapis cezası verilmek zorundadır[103]. Genellikle uyuşturucu ve silahla ilgili suçları içeren kanuni düzenlemelerle mahkemelerin cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yetkisi büyük oranda ellerinden alınmakta ve hüküm ve infaz aşamalarındaki esneklik engellenmektedir. Bu düzenlemelerin uyuşturucu ile mücadeledeki etkinliği tartışıldığı gibi[104] ABD'deki cezaevi doluluğu sorununun

101 BENTHAM, s. 167.

102 Cezaların yüksekliğinin yanında CGTİHK m. 108/9 uyarınca TCK m. 188 bakımından koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin hükmolunan cezanın dörtte üçü olduğunu da dikkate almak gerekir. 7242 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu koşullu salıverilme sürelerinin kural olarak cezanın yarısı olduğu düşünüldüğünde uyuşturucu suçlarında hem cezanın hem de infaz oranının çok yüksek belirlendiği görülecektir.

103 ABD'de hemen her eyalette farklı suçlar için farklı şartlarda yer alan zorunlu asgari cezalar (mandatory minimum sentences) genellikle uyuşturucu ve silahla ilgili suçlarda, mahkemenin kusuru ve olayın özelliklerini değerlendirme yetkisini belli oranda elinden almaktadır. TONRY Michael, "*The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings*", Crime and Justice, C. 38, S. 1, ss. 65-114, s. 66.

104 Tonry, New York'ta 1973 yılında yürürlüğe giren ve uyuşturucu suçları için zorunlu asgari cezalar getiren kanun sonrasındaki yıllarda yakalama ve mahkumiyet sayılarının düştüğünü

temel sebeplerinden biri olduğu belirtilmektedir[105]. Ülkemizde de herhangi bir hafifletici neden kabul edilmeksizin belirlenen yüksek alt sınırların etkinliği tartışmaya açılmalıdır. Özellikle esrar gibi hem bireysel hem de toplumsal zararı bakımından hafif kabul edilebilecek uyuşturucular bakımından alt sınırların indirilmesi gerekmektedir.

2. Miktar veya Değer Azlığına veya Çokluğuna İlişkin Düzenlemeler

Uyuşturucu suçlarında alt sınırların azaltılması eğer suç politikası bakımından zararlı görülüyorsa bir miktar veya değer azlığı düzenlemesi getirilebilir. Malvarlığına karşı bazı suçlarda olduğu gibi ufak çaplı zarar veren fiillerin daha hafif cezalandırılması kabul edilebilir[106]. Bu sayede, küçük miktarlarda sokak satıcılığı yapan ve sistemde yeri kolayca doldurulabildiği için uyuşturucu piyasasını pek etkilemeyen kişilerin hem ölçüsüz cezalarla uzun süreler cezaevinde kalmaları engellenmiş hem de cezaevlerinin doluluğuna karşı bir adım atılmış olacaktır.

Alt sınırların azaltılması durumunda da uyuşturucu maddelerin miktar veya değeri bakımından nitelikli hal düzenlemeleri getirilebilir. Bu sayede yüksek miktarlarda uyuşturucu kaçıran ve uyuşturucu piyasası bakımından ciddi etkileri bulunan kişilerin yakalanmaları durumunda hafif cezalar almaları ihtimali ortadan kaldırılabilir[107]. Bu düzenlemeler doğrudan uyuşturucu miktarı üzerinden olabileceği gibi kişinin uyuşturucu kaçakçılığı yapan organizasyon içerisindeki rolü de dikkate alınabilir[108]. Zira yukarıda açıklandığı üzere özellikle sınır aşan uyuşturucu kaçakçılığında kurye olarak kullanılan kişiler genellikle üyesi oldukları örgütün pek de önemli olmayan elemanları olmaktadır[109]. Burada önemli olan yüksek miktarda uyuşturucu

---

tespit etmiştir. Ancak kullanma bakımından böyle bir düşüş tespit edilmemiştir. Ona göre, uygulayıcıların çok sert bulduğu cezaları uygulamamaya çalıştığı da açıktır. Tonry, s. 76-77.

105 ABD'de 2020 yılı itibarıyla federal, eyalet ve şehir cezaevlerinde toplam 450.000 civarında kişi uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevindedir. Bu sayı, tüm mahkumların yaklaşık beşte biridir. SAWYER Wendy, WAGNER Peter, "*Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*", 2020, https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html (erişim tarihi: 11.09.2021).

106 Hırsızlık suçunda malın değerinin azlığı konusunda bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 773-777.

107 Yukarıda da belirtildiği üzere Avrupa ülkelerinin ciddi bir kısmında uyuşturucu miktarının fazlalığı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, s. 8-9.

108 International Drug Policy Consortium, s. 77.

109 Bu kişilerin suçtan elde ettikleri gelir de genelde pek yüksek değildir. İspatla ilgili sorun-

kaçıran organizasyonun yöneticileridir. Bu kapsamda TCK m. 188 ve m. 220 arasındaki ilişkinin de tekrar yapılandırılması veya uyuşturucu kaçakçılığı yapan örgütlerin TCK m. 220'deki suç kapsamından çıkarılarak TCK m. 188'de ayrıca tanımlanıp cezalandırılmaları faydalı olacaktır. Bu suçların cezaları belirlenirken örgüt yapısı içerisindeki rollerin daha iyi tanımlanması (yönetici, önemli/önemsiz üye, kurye gibi) ve buna uygun cezalar verilmesi mümkündür. Yürürlükteki düzenleme, kişinin örgüt içerisindeki rolünü dikkate almaksızın cezayı otomatik olarak bir kat artırdığından cezanın kusura göre belirlenmesini zorlaştırmaktadır.

3. Bağımlılığa İlişkin Düzenlemeler

Uyuşturucu suçlarından mahkum edilen kişilerin ciddi bir kısmı kendileri de bağımlı olan kişilerdir. Bağımlılıklarını finanse edebilmek amacıyla uyuşturucu satan bu kişilerin uzun süreler cezalandırılmaları yerine bağımlılık merkezlerine sevk edilerek tedavi olmaları halinde cezalarının ertelenmesi gibi bir imkana kavuşmaları faydalı olacaktır[110]. Hem tedaviyi daha istekli bir şekilde kabul etmeleri ihtimali artacak hem de uzun süre cezaevinde kalmanın neden olduğu yıkıcı etkiler nedeniyle tekrar uyuşturucu bağımlılıklarına dönmeleri engellenmiş olacaktır. Bu bağlamda bağımlıların isteğe bağlı şekilde rehabilitasyon merkezlerinde tedaviye alınıp tedaviyi başarıyla bitirenlerin de topluma yeniden katılarak cezaevinin zararlı etkisinden korunmaları etkili bir yöntem olabilir.

Türkiye'de uyuşturucu suçlarından dolayı cezaevinde bulunan kişi sayısı, bu suçlar nedeniyle bir yılda rehabilitasyon merkezlerine

---

lar çıkacağını kabul etmekle beraber suçtan elde edilecek gelir veya fayda üzerinden, en azından mahkemelerin takdir yetkisini genişletecek bir düzenleme öngörülebilir. Örneğin 765 sayılı TCK m. 522'de mal aleyhine cürümler bakımından değer azlığı veya fazlalığı bakımından nitelikli haller düzenlenmiştir. Yargıtay, kullanmak amacıyla işlenen yağma suçuna ilişkin yaptığı değerlendirmede; "Oto kullanılmak amacıyla gasp edilmiştir. Bu itibarla 522. maddenin uygulanmasında otonun yıpranması ve yakıt gideri gibi bu kullanmadan doğan zarar esas alınmak gerekirken, oto değeri olan 800,000 TL'nin esas alınması suretiyle maddenin pek fahiş değere ilişkin hükmünün uygulanması doğru değildir." şeklinde değerlendirme yapmıştır. CGK, 11.04.1988, 6-46-141'den aktaran; KÖPRÜLÜ Timuçin, "*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 71, ss. 254-263, s. 256. Benzer bir şekilde uyuşturucudan kişinin elde ettiği menfaat üzerinden değerlendirme yapılmasına imkan sağlayacak bir düzenleme yapılabilir.

110 Bu konudaki Yunanistan örneği için bkz. Greece Country Drug Report, 2019, s. 5.

sevk edilen kişi sayısından fazladır[111]. Bu da, uyuşturucu politikamızın aslında önleme ve rehabilitasyona değil cezalandırmaya dayandığını göstermektedir. Bu politika sonucunda Türkiye'nin uyuşturucu ile mücadelede başarısız olduğu açıktır. Bu aşamada artık uyuşturucunun yol açtığı zararlarla mücadele edilen bir politikaya dönülmesi gerekmektedir[112] ve bu zararlardan biri de bağımlılık nedeniyle uzun süre cezaevinde kalmaktır[113]. Bunun engellenmesi bile tek başına Türkiye'nin uyuşturucu ile mücadelesinde ciddi bir adım olacaktır.

SONUÇ

Uyuşturucu ile mücadele politikaları genelde ikiye ayrılır. Cezalandırıcı politikaları seçen ülkelerin uyuşturucu ile mücadelede sertlik taraftarı olduğu, uyuşturucuyu yasallaştıran veya kullanmayı suç olmaktan çıkarıp satıcıların cezalarını da hafifleten ülkelerinse ceza adaletinden çok zarar önleme politikalarına önem verdiği açıktır. Ancak politika yapıcıların önündeki tek sorun bazı fiillerin suç olarak kabul edilip edilmeyeceği değildir. Bir fiil suç olarak kabul edildikten sonra ceza miktarı ve alternatif tedbirler gibi konularda verilmesi gereken kararlar da suç olarak kabul etmek kadar hayati önemdedir.

Türkiye'nin gittikçe sertleşen uyuşturucu politikası, ceza adaleti ve kolluk üzerine kaldırabileceklerinin üzerinde yük getirmektedir. Uyuşturucu suçlarının piyasa suçları olduğunu, uyuşturucuya olan talep devam ettikçe arzın da o veya bu şekilde devam edeceğini

111 Bkz. dn. 56 ve 57.

112 Esasında Türkiye, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin devam ettiği yıllarda zarar azaltımına ilişkin ikame tedavisi gibi birtakım uygulamaları hayata geçirmiştir. 5237 sayılı TCK'da uyuşturucu kullanma fiilinin suç olarak düzenlenmemesi de bu sürecin bir yansıması olarak görülebilir. PINARCI, s. 46-49. Ancak özellikle 2014'te yürürlüğe giren Kanunla bu politikanın terk edildiği ve cezalandırıcı yaklaşımın uyuşturucu politikamızın temel taşı haline geldiği görülmektedir.

113 TCK m. 57/7 hükmü suç işleyen alkol ve uyuşturucu bağımlısı kişilerin bunlara özgü sağlık kuruluşlarında tedavi altına alınması güvenlik tedbirini düzenlemektedir. Hükme göre, bu kişilerin hakkındaki güvenlik tedbiri bağımlılıklarından kurtulmalarına kadar devam eder ve ardından infaz hakimi kararıyla serbest bırakılırlar. Buradaki eleştiri, bu hükmün kapsamında olan (TCK m.32/1 uyarınca işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış) bağımlılarla ilgili değildir. Eleştiri, TCK m. 191 kapsamında uyuşturucu kullanmaktan dolayı cezalandırılan veya bağımlılığı TCK m. 32/1 kapsamında ceza sorumluluğunu kaldıracak düzeyde olmasa da bu nedenle uyuşturucu ticareti suçunu işleyen kişilere ilişkindir. Ayrıca TCK m. 57/7 hükmü bağımlılık nedeniyle işlenen diğer suçlara uygulanabilirken TCK m. 191 açısından uygulanmamaktadır. Bkz. Y. 10. CD, E. 2016/3511, K. 2017/3522, 14.07.2017, https://www.lexpera.com.tr/ (erişim tarihi: 09.12.2021).

kabul etmek, uyuşturucunun neden olduğu zararlar arasına da bu suçlardan cezaevinde olan ve tedavi olmak için başvurmaktan çekinen insanları katmak gerekir. Ayrıca etkili talep azaltımı çalışmaları yapmadan doğrudan arzı yok etmeyi amaçlayan politikaların etkili olamadığı dikkate alınmalıdır. Bu nedenle Türkiye'nin uyuşturucu politikasında bir yumuşamaya ihtiyaç bulunmaktadır.

Türkiye'yi transit geçiş için kullanan ve genelde PKK gibi terör örgütleriyle de doğrudan veya dolaylı ilişki içinde olan suç örgütleri ile mücadele, uyuşturucu türü ve miktarı ile örgüt bağlantısının dikkate alındığı bir ceza politikası ile aynı etkinlikte devam ettirilebilir. Kolluğun dikkatinin hafif uyuşturucuların küçük çapta satılmasından çok bu tür ciddi uyuşturucu suçlarına çekilmesi sayesinde bunlarla daha etkili bir mücadele de mümkün olabilir. Bu sayede, kendi bağımlılığı nedeniyle veya hayatını idame ettirebilmek için uyuşturucu suçları işleyen kişilerin çok sert cezalar almasının da önüne geçilmiş olur. Yeri basitçe doldurulabilen bu kişilerin çok uzun süreler cezaevinde kalmasının faydasızlığı karşısında, cezanın kusura göre belirlenebildiği bir ceza politikasına ihtiyaç vardır. Aksi halde, ceza infaz sisteminin işlevini yerine getirebilmesi, üç dört yılda bir on binlerce kişinin salıverilmesine bağlı kalmaya devam edecektir.

Son olarak, uyuşturucu kullanımının suç olarak düzenlenmesi ve cezasının da oldukça yüksek belirlenmesi, uyuşturucu ile çok yönlü mücadelede zararı yararından fazla olan, artık terk edilmesi gereken bir politikadır. Uyuşturucu bağımlılarının gönüllü olarak tedaviye başvurmalarını engelleyen bu politika yerine, en başta insanların uyuşturucu ile tanışmamalarını, tanışanların da bağımlı olmamalarını sağlamaya dönük, sivil bir önleme politikası ön plana alınmalıdır. Eğlence amaçlı ve düzensiz uyuşturucu kullanımı karşısında da bu politika yararsızdır. Bu kişiler ciddi anlamda suçlu alt kültürüne ait değildir, gündelik hayatlarını normal şekilde devam ettirip eğlence amaçlı uyuşturucu kullanmaktadır. Bunların ciddi bir ceza tehdidi ile karşılaşması toplum dışına itilip suçlu alt kültürüne dahil olmalarına neden olabilir. Bu kişilerin sağlık ve idare otoriteleri tarafından uygulanacak tedbirlere terk edilmeleri hem ceza adaleti sisteminin üzerindeki yükü azaltacak hem de bu kişiler üzerindeki olumsuz etkilerin önüne geçilebilecektir.

KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı 30 Eylül 2021 Tarihi İstatistikleri, https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/eylul-202106-10-202110-02-am.pdf

AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil, ALPAN Arca, "*Görünen Ceza, Görünmeyen İnfaz: Türkiye'de Ceza ve İnfaz Politikaları Işığında Hükme Riayet*", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, ss. 5-37.

AKDENİZ Galma, ELVERİŞ İdil, ALPAN Arca, "*Salgın Fırsatıyla Ceza Politikası: İnfaz Kanunu Değişikliği, Siyasi Arka Planı ve Olası Etkileri*", Suç ve Ceza Dergisi, C.14, S.2, ss.211-246.

AKGÜL Arif, YILMAZ Kamil, "*Ramifications of Recent Developments in Turkey's Southeast on Cannabis Cultivation*", International Journal of Drug Policy, 2014, https://www.researchgate.net/publication/265394859_Ramifications_of_Recent_Developments_in_Turkey's_Southeast_on_Cannabis_Cultivation

Avukatlar için Yargı ve Temel Haklar Projesi, "*Avrupa Birliği Müzakere Sürecinde Yargı ve Temel Haklar Faslı*", s.77-86, https://www.ab.gov.tr/files/pub/yayinlar/AB-MuzakereSurecindeYargiveTemelHaklarFasli.pdf

BABOR Thomas, vd., *Drug Policy and the Public Good*, Oxford University Press, New York, 2010.

BALAN Arzu, "*TCK'nın 191. Maddesinin Suç ve Ceza Siyaseti Bakımından Değerlendirilmesi*", ed. Adem Sözüer, 8. Uluslararası Suç ve Ceza Filme Festivali: Ceza Hukuku ve Sağlık Perspektifinden Uyuşturucu Sorunu: Tebliğler, 2018.

BAYRAKTAR Köksal, "*Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.51, S.1-4, ss.45-64.

BENTHAM Jeremy, *Ahlak ve Yasama İlkeleri*, Çev. Ömer Saruhanlıoğlu, Uğur Kaşif Boyacı, Litera Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Council Framework Decision 2004/757/JHA of 25 october 2004 laying down minimum provisions on the constituent elements of criminal acts and penalties in the field of illicit drug trafficking, https://eur-lex.europa.eu/eli/dec_framw/2004/757/oj

ÇAKICI Mehmet, ARAZ Damla, AKSOY Elif, GÖKYİĞİT Ayşe, "*Opioid Bağımlılığının Tedavisinde Metadon ve Buprenorfin'in Etkinliği: Hangisini Kullanalım?*", Kıbrıs Türk Psikiyatri ve Psikoloji Dergisi, C. 1, S. 3, ss.194-199.

ÇAKIR Muhammet Faruk, "*Yasadışı Uyuşturucu Ticaretinin Terör Örgütleri Üzerinde Etkileri*", BAİBU Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.20, S.1, 2020, ss.303-324.

DAĞISTANLI Gönül Erdal, "*Normalizasyon Kavramı Bağlamında Esrar Kullanımında Ülke Politikaları; Karşılaştırmalı Bir Analiz*", Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Bölümü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

DEMİRBAŞ Timur, "*7242 Sayılı Kanun ve Dolaylı Af*", Suç ve Ceza Dergisi, C.13, S.2, ss.387-406.

DİNLER Veysel, "*Ceza Hukukunda Aşınma Sebebi Olarak Terörle Mücadelede Muğlaklık*", Suç ve Ceza Dergisi, 2019, S.1, ss.135-152.

DÖNMEZER Sulhi, "*Suç Siyaseti*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.52, S.1-4, ss.1-33.

DURSUN Hasan, "*Af Kavramına Genel Bir Bakış*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.85, 2009, ss.373-402.

EKMEKÇİ İdil Su, "Suç ve Ceza Siyaseti Açısından Türk Ceza Hukuku'nda Uyuşturucu Madde Kullanma Suçu", İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2015.

ELMAS Birsen, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları*, 4.b, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ERCAN Zafer, "Türkiye'de Uyuşturucu ile Mücadelede Narkotik Süreç", ed. Ömer Miraç Yaman, Abdullah Sabit Tuna, Ahmet Köroğlu, M. Akif Seylan, Savaş Yılmaz, Türkiye'de Uyuşturucu Madde Bağımlılığı: Önleme, Tedavi ve Rehabilitasyon Çalıştayı, 2.b., Yeşilay Yayınları, İstanbul, 2014.

European Commission, "*Report on the evaluation of the transposition and impacts of the Framework Decision 2004/757/JHA on drug trafficking*", Final Report: March 2013, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/default/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/drug-control/docs/evaluation-study-drug-trafficking_en.pdf

European Drug Report, Statistical Bulletin, Overdose Deaths, Mean Age, https://www.emcdda.europa.eu/data/stats2021/drd_en

European Drug Report: Trends and Developments, 2021, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/13838/TDAT21001ENN.pdf

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, EUROPOL, "*EU Drug Markets Report 2019*", Publications Office of the Europe-

an Union, Luxembourg, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/12078/20192630_TD0319332ENN_PDF.pdf

European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, "*Drug trafficking penalties across the European Union: a survey of expert opinion*", 2017, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/3573/Trafficking-penalties.pdf

FÉLIX Sónia, PORTUGAL Pedro, TAVARES Ana, "*Going after the Addiction, Not the Addicted: The Impact of Drug Decriminalization in Portugal*", Institute of Labor Economics, Discussion Paper Series, 2017, https://ftp.iza.org/dp10895.pdf

GERASOIDI Eleni, DELLIGIANNIS-VIRSOS Konstantinos, BELEVONI Maria, "*Drug Trafficking*", ed. Efthymios Papastavridis, Eva Tzavala, The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea, Research NESMeS 2017-2019, Palermo, 2019, https://www.athenspil.law.uoa.gr/fileadmin/depts/law.uoa.gr/athenspil/uploads/report-grecia.pdf

Greece Country Drug Report, 2019, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11333/greece-cdr-2019_3.pdf

International Drug Policy Consortium, "*IDPC Drug Policy Guide*", 3. b., 2016, https://idpc.net/publications/2016/03/idpc-drug-policy-guide-3rd-edition

İçişleri Bakanlığı, "*Narkoterörizm ile Mücadele: Uyuşturucu ve PKK/KCK*", 2017, s. 55, https://www.icisleri.gov.tr/teror-ve-uyusturucu-ile-mucadele-2

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, "*Türkiye Genel Nüfusta Tütün, Alkol ve Madde Kullanımına Yönelik Tutum ve Davranış Araştırması Raporu*", 2018, s.8, http://www.narkotik.pol.tr/turkiyede-genel-nufusta-tutun-alkol-ve-madde-kullanimina-yonelik-tutum-ve-davranis-arastirmasi-raporu-yayimlanmistir

KÖPRÜLÜ Timuçin, "*Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlarda Değer Azlığı*", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.71, ss.254-263.

LAI Gloria, "*Drugs, Crime and Punishment: Proportionality of Sentencing for Drug Offences*", Series on Legislative Reform of Drug Policies Nr.20, 2012, http://fileserver.idpc.net/library/Drugs-crime-and-punishment-Proportionality-of-sentencing%20(1).pdf

LAQUEUR Hannah, "*Uses and Abuses of Drug Decriminalization in Portugal*", Law & Social Inquiry, C.40, S.3, 2015, ss.746-781.

MAY Channing, "*Transnational Crime and the Developing World*", Global Financial Integrity, 2017, https://secureservercdn.

net/45.40.149.159/34n.8bd.myftpupload.com/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf

Netherlands Country Report, 2019, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11347/netherlands-cdr-2019.pdf

ÖZEK Çetin, "*Umumi Af*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.24, S.1-4, ss.118-175.

PINARCI Mustafa, *Uyuşturucu Sorunu ve Mücadele Politikası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Portugal Country Drug Report, 2019, https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11331/portugal-cdr-2019_0.pdf

SAWYER Wendy, WAGNER Peter, "*Mass Incarceration: The Whole Pie 2020*", 2020, https://www.prisonpolicy.org/reports/pie2020.html

Sentencing Council, "*Drug Offences: Definitive Guideline*", 2012, https://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/drug-offences-definitive-guideline/

TANER Tahir, "*Türk Ceza Kanununun 9.7.1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri*", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.19, S.3-4, ss.523-575.

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

TONRY Michael, "*The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings*", Crime and Justice, C. 38, S. 1, ss. 65-114.

Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss592.pdf

Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Uyuşturucu Başta Olmak Üzere Madde Bağımlılığı ve Kaçakçılığı Sorunlarının Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*", 2008, https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/130

Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2006, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/Ulusal%20Yay%C4%B1nlar/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202006_SON.pdf

Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2011, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/Arsiv/TUBIM/Documents/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202011.pdf

Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2012, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/Arsiv/TUBIM/Documents/TURKIYE%20UYUSTURUCU%20RAPORU%202012.pdf

Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2020, http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/TU%CC%88RKI%CC%87YE-UYUS%CC%A7TURUCU-RAPORU_26-HAZI%CC%87RAN-FI%CC%87NAL-_1_.pdf

Türkiye Uyuşturucu Raporu, 2021, http://narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/2021-Turkiye-Uyusturucu-Raporu.pdf

UN System Coordination Task Team on the Implementation of the UN System Common Position on Drug-Related Matters, "*What We Have Learned Over the Last Ten Years: A Summary of Knowledge Acquired and Produced by the UN System on Drug-Related Matters*", 2019, https://www.unodc.org/documents/commissions/CND/2019/Contributions/UN_Entities/What_we_have_learned_over_the_last_ten_years_-_14_March_2019_-_w_signature.pdf

UNODC, "*Drug Money: The Illicit Proceeds of Opiates Trafficked on the Balkan Route*", 2015, https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Studies/IFF_report_2015_final_web.pdf

UNODC, WHO, "*Treatment and Care for People with Drug Use Disorders in contact with the Criminal Justice System: Alternatives to Conviction or Punishment*", 2019, s. 2, https://www.unodc.org/documents/UNODC_WHO_Alternatives_to_conviction_or_punishment_ENG.pdf

World Drug Report: Global Overview of Drug Demand and Supply, 2017, https://www.unodc.org/wdr2017/field/Booklet_2_HEALTH.pdf

World Drug Report, 2020, Drug Supply, https://wdr.unodc.org/uploads/wdr2020/documents/WDR20_Booklet_3.pdf

World Drug Report, 2021, Drug Market Trends: Cannabis, Opioids, https://www.unodc.org/res/wdr2021/field/WDR21_Booklet_3.pdf

YÜCEL Mustafa Tören, *Kriminoloji*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2014.

HUKUK DÜNYASINDA BİR ŞEHİR EFSANESİ: ANAYASAL SUÇ*

Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK*

Özet

Son yıllarda Türkiye'de yaygın olarak kullanılan "anayasal suç" sözü, mevcut hukuka aykırı olduğu gibi var olsaydı da sorunlara yol açacak tamamen yanlış bir ifadedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, yasa, anayasal suç, yasallık, belirlilik

AN URBAN LEGEND IN THE WORLD OF LAW: CONSTITUTIONAL CRIME

Abstract

The expression "constitutional crime" commonly used in recently years in Turkey is totally contrary to the current Turkish Law. Moreover, if it legally existed, it would cause a lot of legal problems.

Keywords: Constitution, law, constitutional crime, legality, certainty

GİRİŞ

Hukuk dünyasında son yıllarda en popülerleşen kavramlardan birisi hiç şüphesiz ki "anayasal suç" kavramıdır. Özellikle tartışmaların arttığı/sertleştiği bir dönemde, teknolojik atılıma koşut olarak bilgiye ulaşmanın kolaylaşması ve son derece ucuzlaşmasıyla birlikte

* Hakemsiz makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 14/12/2021.

** MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, akyurekg@mef.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5835-793X.

kavramların, kurumların birbirine girdiği, belirsizleştiği bir süreçten geçiyoruz[1]. Dolayısıyla teknik anlamda yanlış, hatalı söylemlerin ısrarlı biçimde söylenmesinin sürdürülmesi, ister istemez toplumsal alanda, yanlış da olsa, bir kabulün oluşmasını sonuçluyor[2].

Anayasal suç tam da böyle bir kavram. Belki de en sonda söylenmesi gerekeni baştan söylemek artık bir zorunluluk: anayasal suç diye bir şey yok ve teknik hukuk bakımından da külliyen yanlış. Zira hem anayasa kavramıyla hem de suç kavramıyla çatışma durumundaki bir ifade.

I. SUÇ KAVRAMI VE SUÇUN TANIMLANMASI

Öncelikle suçtan başlamak gerekiyor. Her ne kadar suçun ne olduğuna ilişkin bir yasal düzenleme olmasa da, öğreti ve yargı kararları dikkate alındığında; yasa tarafından tanımlanan ve ceza hukuku yaptırımına bağlı kılınan, hukuka aykırı insan eylemi olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır[3].

Suçun yasada tanımlanmak zorunda olmasının nedeni de bir yandan öngörülebilirlik, belirlilik diğer yandan da halkın/milletin temsilcilerinin oluşturduğu meclisin o halk/meclis adına karar vermesi yani toplumsal meşruiyettir[4]. Bu bağlamda "suçun yasal/kanuni tanımı/tarifi" ifadesini birçok yasa, eser ve kararda görmek olanaklıdır[5].

Aynı mantık içerisinde özellikle ceza hukuku kaynaklarında KHK[6], yönetmelik, genelge[7] gibi idarenin düzenleyici işlemleriyle

1 Elde edilen "bilginin" ne kadar güvenilir olduğu, güvenilirliğin denetlenmesinin giderek önemsizleşmesi ise elbette bir başka yazının konusudur.

2 Örneğin Google'a "anayasal suç" yazıldığında 35.000'den fazla sonuç çıkıyor (Erişim: 9.11.2021)

3 CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11.Baskı, İstanbul 2020, s. 213; KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, 2021, s. 41; DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C:1, 13.Baskı, İstanbul, 1997, s. 311; PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 16e éd., Paris, 2006, s. 241

4 BATUM Süheyl – YILMAZ Didem – KÖYBAŞI Serkan, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, İstanbul, 2021, s.247; AKYÜREK Güçlü, *AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi*, Suç ve Ceza Dergisi, 2018/3, s.9 vd.

5 Örneğin: TCK m.21/1, m.30/1; ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17.Baskı, Ankara, 2021, s.587; YCGK E.2014/729 K.2016/151 T.29.3.2016, www.lexpera.com.tr (Erişim: 16.11.2021)

6 OHAL KHK'leri ile yaratılan hukuksuzluklar bir başka yazının konusudur.

7 Pandemi sürecinde adeta "anayasal" hatta "anayasa üstü" bir güçle donatılan genelgeler yine bir başka yazının konusudur.

suç ve elbette ceza düzenlenebilip düzenlenemeyeceği tartışmaları bulunmaktadır. Bu alanda çeşitli tartışmalara yer verilse de, genellikle oybirliği ile verilen yanıt aynıdır: hayır... Zaten yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile böylesi bir olasılık, haklı olarak, açıkça yasaklanmıştır (TCK m.2).

Diğer taraftan büyük hukukçu Kelsen'in normlar hiyerarşisi piramidi, bu alanda, tersten bir sorgulamaya konu olmamıştır. Bir başka deyişle idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamayacağı tartışmasız bir gerçek iken, piramidal yapıda yasanın üstünde yer alan anayasa ile suç ve ceza yaratılabilir mi? Öncelikle yine belki sonda söylenmesi gerekeni baştan söylemek gerekiyor: mevcut Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında hiçbir suç tanımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti topraklarında "şu eylem anayasaya göre suç oluşturmaktadır (anayasal suç?)" denebilecek hiçbir eylem bulunmamaktadır.

Elbette yürürlükteki Anayasada, diğer anayasalar gibi, çok sayıda kural, kısıtlama, yasak bulunmaktadır. Ancak bunlardan herhangi birine aykırı davranılması, herhangi birinin ihlal edilmesi durumunda hangi ceza hukuku yaptırımıyla karşılaşılacağına ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır[8]. Başkaca bir anayasal düzenlemeden atıf yoluyla gidilmesi de söz konusu olmadığından "eksik ceza normu" da söz konusu değildir. Söz konusu aykırılık ya da ihlallerden bazıları başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere ancak ve ancak yasal düzenlemeler uyarınca cezalandırılabilmektedir.

Dolayısıyla anayasada tanımını ve cezasını bulan bir suç bulunmamaktadır. Zaten anayasada böylesi bir tanımın bulunması teknik hukuk yönünden de çok sayıda soruna yol açacaktır. Her ne kadar belirlilik ve meşruiyet ölçütleri sağlanmış olsa da: birincisi, anayasanın değiştirilmesi daha katı ve zor bir usule bağlı olduğundan[9] yasa yapma tekniği açısından zorlayıcı olacaktır. İkincisi, anayasa düzenlemeleri her koşulda yasa hükmünden üstün olduğu için (AY m.11/2), olası bir çatışma durumunda genel-özel veya önceki ya-

8 Diğer anayasalardan çeşitli örnekler için bkz. DİNLER Veysel, *Anayasal Suç Ne(Değil)dir?,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, 2016, s.1550

9 BATUM-YILMAZ-KÖYBAŞI, 246-247

sa-sonraki yasa ilkelerinden hareketle sorun çözülemeyecek ve doğrudan anayasa hükmü uygulanacaktır. Hatta anayasaya aykırı olan yasa hükümlerinin iptali gündeme gelecektir (AY m.150 vd.). Üçüncüsü her ne kadar yasallık ilkesi anayasal düzeyde korunan bir ilke olduğu için uygulanabilir olsa da (AY m.38/1), lehe yasa ilkesi yasal düzeyde olduğu için (TCK m.7/2), kurgusal "anayasal suç" bakımından geçerli olamayacaktır. Aynı şekilde, içtima, af, koşullu salıverme gibi yasal düzenleme konusu kurumlarda da sayısız uygulama sorunu çıkabilecektir.

Bu tartışma bakımından, sonuç olarak, anayasada vücut bulan bir "anayasal suç" yoktur ve teknik nedenlerle olmamalıdır.

II. ANAYASAYA AYKIRILIK VE SUÇ İLİŞKİSİ

Kurgusal "anayasal suç" kavramının teknik anlamda bir suç olmadığının açık olması karşısında, daha çok anayasaya aykırılık, anayasal kurallara aykırı hareket etmek anlamında ve siyasi bir bağlamda kullanıldığı söylenebilir. Burada da sorulması gereken soru şudur: anayasaya her aykırılık suç oluşturur mu?

Ceza Hukukunun mevcut ilke ve kuralları karşısında, bir eylem ancak yasada açıkça suç olarak tanımlanmış ise suç oluşturabilir (TCK m.2/1). Öyleyse genel olarak anayasaya her aykırılığın suç oluşturduğunu söyleyebilmek teknik anlamda olanaklı değildir. Anayasal kurallara uymayan eylemin ancak ve ancak başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere yürürlükteki bir yasada suç olarak tanımlanan eyleme uyduğu ölçüde suç oluşturması söz konusu olabilecektir (tipiklik, yasal unsur).

Örneğin bir başka insanı bilerek ve isteyerek öldüren kişi, tartışmasız biçimde yaşam hakkını ihlal etmiş olacak ve ilgili anayasa hükmüne aykırı davranmış olacak (AY m.17) ve cezalandırılacaktır (TCK m.81-82), hukuka aykırı olarak mağduru hapseden fail de yine anayasada bulunan "kişi hürriyetine" aykırı davranmış olacak (AY m.19) ve cezalandırılacaktır (TCK m.109). Ancak bu eylemler yasalara göre suç oluşturduğu için cezalandırılmaktadır. Yoksa her aykırılık, fail ya da faillerin cezalandırılması anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda anayasaya aykırı bir yasa yapan milletvekilleri açısından,

kural olarak, tek sonuç yasanın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi olabilecektir (AY m.148). Özel olarak suç oluşturmamaktadır.

Burada yeri gelmişken görevi kötüye kullanma suçuna da değinmek yararlı olabilir (TCK m.257). Bir kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı hareket ederek ya da bunu ihmal ederek kişilerin mağduriyetine, kamu zararına ya da haksız menfaate yol açması cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla anayasaya aykırı hareket eden her kamu görevlisi değil ancak yasadaki koşulları yerine getiren kamu görevlisi suç işlemiş olacaktır. Bununla birlikte tersi yöndeki eski tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararına karşın[10], söz konusu yasal düzenlemenin belirlilik ilkesi açısından sorunlu olduğu, "kamu görevlisi" kavramının da geniş tanımlanması nedeniyle (TCK m.6/1-c), yasallık ilkesine aykırı olduğu yeri gelmişken vurgulanmalıdır[11].

Bu tartışma bakımından da, anayasaya aykırılık başlı başına değil yalnızca yasadaki tanıma uyduğu ölçüde suç oluşturduğundan anayasal değil olsa olsa "yasal" suçtan söz etmek olanaklıdır.

Sonuç yerine

Yukarıda açıklandığı üzere teknik anlamda bir "anayasal suç" yoktur, olmaması da ceza hukuku bakımından çok daha uygundur. Diğer yandan ülkemizde uzun zamandır varlığını sürdüren, her soruna anayasa üzerinden çözüm üretme alışkanlığından vazgeçmek de oldukça etkili bir yol olabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde yaklaşık 250 yıldır aynı anayasanın olduğu, Birleşik Krallık'ta yüzyıllardır yazılı bir anayasanın bile olmadığı düşünülecek olursa anayasayı bu kadar zorlamanın, üstüne üstlük teknik yanlışlarla zorlamanın gereği olmadığını söylemek pek de yanlış olmayacaktır.

10 AYM E.1965/27 K.1965/55 T.12.10.1965

11 Söz konusu yasal düzenlemenin kaldırılarak suç olmaktan çıkarılması ve disiplin suçuna dönüştürülmesi düşünülmelidir.

KAYNAKÇA

AKYÜREK Güçlü, *AİHM İmret-Türkiye (2) Kararı Işığında Yasallık İlkesi*, Suç ve Ceza Dergisi, 2018/3, s.9-16

BATUM Süheyl – YILMAZ Didem – KÖYBAŞI Serkan, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, İstanbul, 2021

CENTEL Nur – ZAFER Hamide – ÇAKMUT Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11.Baskı, İstanbul 2020

DİNLER Veysel, *Anayasal Suç Ne(Değil)dir?,* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:65, S:4, 2016, s.1545-1575

DÖNMEZER Sulhi – ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C:1, 13.Baskı, İstanbul, 1997

KOCA Mahmut – ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Baskı, Ankara, 2021

ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17.Baskı, Ankara, 2021

PRADEL Jean, *Droit pénal général*, 16e éd., Paris, 2006

www.lexpera.com.tr

SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇU AÇISINDAN YARGI YERİNİN BELİRLENMESİ*

Cüneyt DEMİRCİ**

Özet

Özellikle FETÖ/PDY terör örgütü üyelerinin yargılamalarının başlamasıyla birlikte soruşturma ve kovuşturma safhasında yargılamaya yetkili adli mercilerin tespiti sorunu ortaya çıkmıştır. Uygulama ve doktrinde bu konuda iki farklı görüş ortaya konulmaktadır. Bu iki temel görüş; eylem yoğunluğu ve temadinin kesildiği yer olarak tasnif edilebilir. Bir görüş suçun temadi eden suçlardan olduğunu bundan dolayı şüphelinin yakalandığı yerin yetkili olduğunu belirtirken, diğer görüş delillere ulaşma ve soruşturma işlemlerinin kolaylığı açısından eylem yoğunluğu bulunan yerin yargılamaya yetkili olduğunu belirtmektedir. Faaliyetteki Bölge Adliye Mahkemelerinden yedisi eylem yoğunluğu kriterini benimserken, dokuzu temadinin kesildiği yerin yetkili olduğunu benimsemektedir. Yargıtay ise daha önceleri eylem yoğunluğu kriterini kabul ederken, son kararlarında temadinin kesildiği yerin yargılamaya yetkili olduğunu kabul etmiştir.

Anahtar Kelimeler

Silahlı Terör Örgütü, Yetki Yeri Belirlemesi, Örgüt Üyeliği, TCK 220, Üst Derece Mahkemelerinin Yargılamaya Yetkili Mahkeme Görüşleri

* Hakemsiz makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 13/08/2021.

** Hakim, Siirt 4.Ağır Ceza Mahkemesi, demirci.cuneyt@icloud.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9847-5666.

DETERMINING THE PLACE OF JURISDICTION IN TERMS OF THE CRIME OF BEING A MEMBER OF AN ARMED TERRORIST ORGANIZATION

Abstract

Especially with the beginning of the trials of the members of the FETÖ / PDY terrorist organization, the problem of determining the judicial authorities authorized to judge during the investigation and prosecution phase has arisen. There are two (2) different views on this subject in practice and doctrine. These two (2) basic views; It can be classified as the place where action intensity and contact is cut. One opinion states that the crime is one of the main crimes and therefore the place where the suspect was arrested is authorized, while the other opinion states that the place with the intensity of action is authorized to prosecute in terms of access to evidence and ease of investigation. While seven of the active Regional Courts of Justice adopt the intensity of action criteria, nine of them adopt that the place where the contact is cut is authorized. While the Court of Cassation had previously adopted the criterion of action intensity, it now accepts that the location where the touch was severed in the most recent judgments was allowed to judge.

Keywords: Armed Terrorist Organization, Determination of Bailiwick, Membership of the Organization, TCK 220, Competent Court Opinions of Higher Courts

GİRİŞ

İçişleri Bakanlığı'nın terörden arananlar sayfasında 20 farklı terör örgütü arama seçeneği bulunmaktadır. Bu terör örgütlerinin bir çoğu farklı yapı ve oluşum içerisinde illegal varlığını sürdürmeye çalışmaktadır. Bu terör örgütlerinden PKK terör örgütü üyeleri birbirini tanıyor iken FETÖ/PDY terör örgütü üyeleri sadece kendi gurubunu bilmekte, üst ve yan grupları bilmemektedir. Bu gibi farklılıklardan dolayı sahada yaşanan zorlukların yanı sıra hukuk sistemimizde de zorluklar yaşanmaktadır. Terör suçlarında yetkili adli yargı biriminin belirlenmesi de bu zorlukların başında yer almaktadır.

Ülkemizdeki iki büyük terör örgütü üzerinden gidilmek gerekirse PKK terör örgütü üyelerinden her biri silahlı eylemlerini daimi olarak farklı yer ve bölgelerde gerçekleştirirken, FETÖ/PDY terör örgütü üyeleri silahlı eylemlerini belirli dönemlerde gerçekleştirmesine karşın yapılaşmalarını farklı bölgelerde inşa etmektedir. Hal böyleyken soruşturma ve kovuşturma evresinde yetkili yargı mercilerinin tespitinde eylemlerin yoğun olduğu yer ve temadinin kesildiği yer olarak iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Yargıtay 16. CD FETÖ/PDY terör örgütü üyelerinin yargılamalarının başladığı dönemlerde eylem yoğunluğu kriterini baz alsa da son kararlarında temadinin kesildiği yeri baz almaktadır. Bölge Adliye Mahkemelerinin bir kısmı eylem yoğunluğu kriterini uygularken, bir kısmı temadinin kesildiği yer kriterini uygulamaktadır. Bu durumda da Yargıtay 16. CD ile bazı BAM daireleri arasında farklı kararlar çıkabilmektedir. Bu durum da uygulama açısından sorun teşkil etmektedir.

1. SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTLERİNİN AMACI

Demokratik düzeni yıkmak amacına yönelik olarak, karakterleri icabı korkuya açık olan toplum bireylerinin özellikle iradelerinin direncini kırmaya, azaltmaya elverişli sayılan vasıtalarla gerçekleştirilen ve tüm değerlere ilgisiz, bağışlamasız, acımasız bir şiddet kullanımı amaçlanmaktadır.[1] Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere terör örgütlerinin amacı toplum üzerinde korku ve panik yaratarak illegal amaçlarının kabulünü sağlamaktır. Suç örgütleri işledikleri suçların haber alınmasını istemezken, terör örgütleri bu suçları üstlenerek toplum üzerindeki korkuyu artırmaya çalışmaktadır.[2]

2. SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇUNDA KANUNİ DÜZENLEME

Türk Ceza Kanunu(TCK) Madde 220;

"(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç

1 Zeki Hafızoğlulları/Günal Kurşun, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, TBB Dergisi, Sayı 71, Yıl 2007, s.47

2 Ahmet Taşkın, Terörizm ve Sivil İtaatsizlik, Polis Bilimleri Dergisi, Sayı 1-2, Yıl 2004, s.121

ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) (Değişik: 02.07.2012 – 6352/85 md.) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11.04.2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır. ”

(7) (Değişik: 02.07.2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

(8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

TCK Madde 221;

(1) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu nedeniyle soruşturmaya başlanmadan ve örgütün amacı doğrultusunda suç işlenmeden önce, örgütü dağıtan veya verdiği bilgilerle örgütün dağılmasını sağlayan kurucu veya yöneticiler hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Örgüt üyesinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeksizin, gönüllü olarak örgütten ayrıldı-

ğını ilgili makamlara bildirmesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(3) Örgütün faaliyeti çerçevesinde herhangi bir suçun işlenişine iştirak etmeden yakalanan örgüt üyesinin, pişmanlık duyarak örgütün dağılmasını veya mensuplarının yakalanmasını sağlamaya elverişli bilgi vermesi halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(4) Suç işlemek amacıyla örgüt kuran, yöneten veya örgüte üye olan ya da üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin, gönüllü olarak teslim olup, örgütün yapısı ve faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili bilgi vermesi halinde, hakkında örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçundan dolayı cezaya hükmolunmaz. Kişinin bu bilgileri yakalandıktan sonra vermesi halinde, hakkında bu suçtan dolayı verilecek cezada üçte birden dörtte üçe kadar indirim yapılır.

(5) Etkin pişmanlıktan yararlanan kişiler hakkında bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine hükmolunur. Denetimli serbestlik tedbirinin süresi üç yıla kadar uzatılabilir.

(6) (Ek: 06.12.2006 – 5560/8 md.) Kişi hakkında, bu maddedeki etkin pişmanlık hükümleri birden fazla uygulanmaz.

TCK Madde 314;

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır. "

3. SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇUNUN UNSURLARI

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Silahlı terör örgütü üyeliği suçu kanunda kamu barışına karşı işlenen suçlar arasında yer almaktadır. Suçla korunan hukuki değerin

toplumun huzur ve barış içinde yaşama hakkı olduğu açık olup kanun maddesinin gerekçesinde de ilgili husus belirtilmiştir.[3]

B. Fail

Suçun faili silahlı terör örgütü hiyerarşisi içerisine dahil olan bütün gerçek kişiler olabilir. Bu suçta failler aynı amaç doğrultusunda birlikte hareket etmektedirler.[4]

C. Mağdur

İlgili suç kamu barışının engellenip, toplum düzeni ve kamu güvenliğinin bozulması amacıyla işlendiğinden mağdur toplumu oluşturan herkestir.[5]

Silahlı terör örgütü üyelerince işlenen yağma gibi suçlardan açılan davalara bu suçlardan doğrudan zarar görenler katılabilecektir.[6] Ancak salt silahlı terör örgütü üyeliği suçu var ise doğrudan suçtan zarar görme durumu olmayacağından bu suç bakımından katılma talepleri kabul edilmeyecektir.

D. Fiil

Silahlı terör örgütüne üye olmak için; suç işlemek amacıyla kurulmuş silahlı terör örgütünün hiyerarşisine dahil olunması gerekir. Silahlı terör örgütünün oluştuğunun kabulü için suç veya suçların işlenmesine gerek yoktur. Silahlı terör örgütü üye ve yöneticilerinin illegal faaliyetler için bir araya gelmeleri yeterlidir.

Terör örgütü grupları faaliyetlerinin devamı için gerekli maddi kaynağı uyuşturucu ticareti ve göçmen kaçakçılığı gibi organize suç faaliyetlerinden sağlamakta olup, bu yönüyle organize suçlar ve terör suçları arasındaki ayrım zorlaşmıştır.[7] Silahlı örgüt değer-

---

3 İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2013, Ankara, s.13

4 A.Caner Yenidünya/Zafer İçer, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813290 (26.10.2020)

5 İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2013, Ankara, s.13

6 A.Caner Yenidünya/Zafer İçer, *Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma*, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813290 (26.10.2020)

7 A.Rıza Gökbunar, Organize Suç ve Terör Örgütleri İle Mücadelede Sivil Silah: Sosyal Destekler, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 12 Sayı: 2, Yıl 2014, s. 235

lendirilmesinde, yurt çapında silahlı eylemlerin bulunması örgütün silahlı olduğunu göstermekle birlikte, silahlı eylemi olmasa da örgüt mensuplarının bir kısmının silahlı olması ve örgütün organize olduğunun belirlenebilir olması durumunda örgütün silahlı olduğunun kabulü gerekir.[8]

Örgüte üye olmak için örgüt yöneticilerinin rızasının varlığına gerek yoktur. Failin tek taraflı iradesiyle de silahlı terör örgütüne katılım mümkündür.[9] Failin silahlı terör örgütüyle organik bağ içinde süreklilik, çeşitlilik, yoğunluk ve etkinlik gösteren faaliyetlerinde bulunduğunun anlaşılması gerekir.[10] Yargıtay 9. Dairesi 13.03.2006 tarih 5798E. 1480 sayılı kararıyla ilgili kriterleri benimsemiştir.[11] Kişinin iradesinin örgütün hiyerarşisinde devamlı şekilde kalmak olması gerekir. Burada kişi silahlı terör örgütüne kısa bir süre dahil olup çıkma gayesinde ise devamlılık olmayacağından silahlı terör örgütü üyesi olarak değerlendirilemez.

Bu konuda önem arz eden son husus ise, silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olacak kişinin, örgütün faaliyetlerini ve örgütün yapısını bilmesi gerekmektedir. Kişi bu bilgilerden yoksun şekilde silahlı terör örgütüne girdiğini belirtse de örgüt hakkında bilgisi olmadığından kişinin örgüte üye olduğu kabul edilemeyecektir.

E. Manevi Unsur

Silahlı terör örgütüne üye olma suçu kasten işlenebilecek suçtur. Failin kurulmuş silahlı terör örgütüyle birlikte örgütün illegal

---

8 Mehmet Taştan, Silahlı Örgüt Kurmak Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 20, Nisan 2008, s. 115

9 5237 Sayılı Kanun Madde 220 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleripkanunlarno=24110&pkanunnumarası=5237

10 Mehmet Taştan, Silahlı Örgüt Kurmak Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 20, Nisan 2008, s. 115

11 Yargıtay 9. Dairesi 13.03.2006 tarih 5798E. 1480 K. "Sanığın örgüt fikirlerini benimseyerek Elif kod adını kullandığı, bildiri dağıtmak, duvarlara yazı yazmak, T.. F...B...'in beyanlarında belirttiği gibi örgüt tarafından düzenlenen gösteri ve yürüyüşlere katılmak, üst düzey örgüt mensupları ile kontak kurarak İstanbul Anadolu Yakasında bulunan örgüt elemanlarının çevrede kimlerle ilişki kuracağı ve ne yapmaları gerektiği hususunda yönlendirmek gibi örgüte yardım yataklık yapmak suçu kapsamı aşan ve örgüt mensubu olanlarca yapılabilecek nitelikteki süreklilik ve çeşitlilik içeren eylemlerde bulunduğu anlaşılmakla, sanığın yasa dışı örgüte üye olmak suçundan cezalandırılması gerekirken belirtilen şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırı bulunduğundan hükmün BOZULMASI.."

amaçları doğrultusunda, bu amaçların gerçekleşeceği zamana kadar eylem ve faaliyetlerine katılma kastı bulunup, bu kastının devam etmesi gerekir. Burada meşru savunma hakkı kapsamında örgütlenme bu durumun dışındadır. Kanun koyucu da TCK'nın 220. maddesinin gerekçesinde suçun oluşumu için faillerde genel kastın yeterli olacağını, ancak bu kastın hem silahlı terör örgütünün kurulmasına, hem de örgütün suç işlemek amacına yönelik olması gerektiğini belirtmiştir.[12]

4. SİLAHLI TERÖR ÖRGÜTÜNE ÜYE OLMA SUÇUNDA YARGILAMA YETKİSİ

Bir dönem failin eylemlerinin yoğun olduğu mahallin mi veyahut yakalandığı yerin mi yetkili olduğu hususunda farklı görüşler mevcut olan silahlı terör örgütü üyeliği suçunun ilgili çerçevede incelemesini yapacağız;

A. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yetki Hususu:

CMK'nın 12. maddesinde:

(1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir.

(2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.

(3) Suç, ülkede yayımlanan bir basılı eserle işlenmişse yetki, eserin yayım merkezi olan yer mahkemesine aittir. Ancak, aynı eserin birden çok yerde basılması durumunda suç, eserin yayım merkezi dışındaki baskısında meydana gelmişse, bu suç için eserin basıldığı yer mahkemesi de yetkilidir.

(4) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan hakaret suçunda eser, mağdurun yerleşim yerinde veya oturduğu yerde dağıtılmışsa, o yer mahkemesi de yetkilidir. Mağdur, suçun işlendiği yer dışında tutuklu veya hükümlü bulunuyorsa, o yer mahkemesi de yetkilidir.

12 5237 Sayılı Kanun Madde 220 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=24110&pkanunnumarası=5237 (26.10.2020)

(5) Görsel veya işitsel yayınlarda da bu maddenin üçüncü fıkrası hükmü uygulanır. Görsel ve işitsel yayın, mağdurun yerleşim yerinde ve oturduğu yerde işitilmiş veya görülmüşse o yer mahkemesi de yetkilidir demektedir.

Cumhuriyet Başsavcılıkları yer bakımından yetkili mahkemelerde dava açmakla görevlendirilmişlerdir. Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu itibarla ceza yargılama usulü sistemimizde, kural olarak kanıt serbestisi ilkesi benimsenmiş, her şeyin kanıt olabileceği, davanın taraflarının kanıt ileri sürebilecekleri, hakimin resen kanıtları araştırabileceği ve toplanan kanıtları vicdani kanı prensibine göre serbestçe değerlendirebileceği öngörülmüştür.[13] Ancak her şeyin kanıt olabileceği belirtilse de yasak deliller bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Kanun koyucu 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesinin gerekçesinde bu kanun maddesinin, yargılamanın engelsiz ve kesintisiz olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla yapıldığını belirtmektedir. Yine aynı kanun maddesinin gerekçesinde delillerin kolaylıkla bulunması ve toplanabilmesi yönünden önemli olan yerin, suçun işlendiği yer olduğu belirtmiştir. Bu yerin yetkili kılınmasında suçun işlendiği yerde kamuoyu duyarlılığının daha fazla olması da etkili olmuştur.[14] Her ne kadar kanun koyucu bu hususu genel yetki düzenlemesi olarak ele alıp, temadi eden suçları istisnai olarak ele alsa bile, yine de bu istisnai durum genel yetki kuralının gerekçesiyle birlikte değerlendirilebilir.

B. Ani ve Mütemadi Suç Ayrımı;

Ani suçlar hareketin yapılması ile neticenin anlık meydana geldiği suç tipidir. Mütemadi suç ise hareket ile neticenin anlık meydana gelmediği, zaman içerisinde neticenin devam ettiği suç tipidir. Mütemadi suçlar temadinin kesilmesi ile işlenmiş sayılır.[15] Temadi ise failin iradi davranışının kesintiye uğraması ile kesileceği gibi failin ya-

13 Mehmet Taştan, Silahlı Örgüt Kurmak Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 20, Nisan 2008, s. 116

14 5271 Sayılı Kanun Madde 12 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarası=5271 (26.10.2020)

15 M.Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A.Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yıl 2014, s. 243

kalanması, tutuklanması veya fiil ile ilgili bir hukuki işlem yapılması halinde de kesilecektir.[16] Burada kişinin terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmasıyla terör örgütü üyeliği suçu oluşup, silahlı terör örgütünün hiyerarşisi içinde kaldığı süre zarfında da üyelik suçu kişi için devam edecektir.

Terör örgütüne üye olma suçu da yukarıda bahsedilen mütemadi suçlardandır. Hukuki ve fiili kesinti gerçekleşinceye kadar kişinin bu eylemi tek suçu oluşturacaktır.[17]

Bu nokta da hukuki ve fiili kesinti kavramları şu şekilde açıklanabilir; hukuki kesinti iddianamenin düzenlenmesi, mahkumiyet kararı, vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, af kanunu gibi durumların ortaya çıkması ile gerçekleşmektedir. Fiili kesinti ise failin eylemine ara vermesi veya tutuklanması, askere gitmesi gibi bir nedenle eylemin sürdürülmemesi hallerinde meydana gelmektedir. Bu durumlarda eylemlerin gerçekleştirildiği yer ve araya giren zaman aralığı, yeni bir suç işleme kastı, fiili kesintinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti açısından önem arz etmektedir.[18]

Kişinin örgüt hiyerarşisi içerisinde kaldığı süre zarfında terör örgütüne üye olma suçunun devam etmesinin birkaç önemli sonucu vardır. Bunlara ceza zamanaşımının başlaması ve ilgili suçu yargılamaya yetkili adli mercin belirlenmesi örnek olarak verilebilir.

C. Üst Derece Mahkemelerin İlgili Suç Yönünden Görüşleri

Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2019/5500 esas, 2019/2946 sayılı kararında; Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Hatay ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesinin akabinde dosyayı ele alan Bölge Adliye Mahkemesi, ilgili kararında Osmaniye 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Hatay 2. Ağır Ceza mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

16 Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Yıl 2018, s. 247-249
17 Selami Turabi, Terör Örgütleri ve Terör Suçları, 2. baskı, Yıl 2018, s. 315
18 Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2018/10341E. 2020/14859K. 02/07/2020

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1189 esas, 2020/1027 sayılı kararında; Ankara 17. Ağır Ceza Mahkemesi suçun temadi eden suçlardan olduğunu ve sanığın Kırşehir'de yakalandığından dolayı yetkisizlik kararı vermesinin akabinde dosyayı ele alan Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Ankara 17. Ağır Ceza Mahkemesi'nin suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2018/2331 esas, 2018/1929 sayılı kararında; Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Afyonkarahisar ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Afyonkarahisar 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2019/4284 esas, 2019/1633 sayılı kararında; Çanakkale 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Balıkesir ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Çanakkale 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1367 esas, 2020/359 sayılı kararında; Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesi suçun temadi eden suçlardan olduğunu ve sanığın Batman'da yakalandığından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Kırşehir Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1143 esas, 2020/2031 sayılı kararında; Ağrı 2. Ağır Ceza Mahkemesi su-

çun temadi eden suçlardan olduğunu ve sanığın Ardahan'da yakalandığından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Ardahan Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi 2019/1528 esas, 2019/1349 sayılı kararında; Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Siirt ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Siirt Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi 2020/1254 esas, 2020/1269 sayılı kararında; İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesi suçun temadi eden suçlardan olduğunu ve sanığın Edirne'de yakalandığından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Edirne Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi 2020/38 esas, 2020/273 sayılı kararında; Manisa 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun İzmir ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Manisa 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli İzmir 22. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/502 esas, 2020/407 sayılı kararında; Niğde 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Nevşehir ilinde olmasından dolayı yetkisizlik

kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Niğde 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Nevşehir 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/2281 esas, 2020/1786 sayılı kararında; Konya 7. Ağır Ceza Mahkemesi suçun temadi eden suçlardan olduğunu ve sanığın Karaman'da yakalandığından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Karaman Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2019/886 esas, 2019/621 sayılı kararında; Bolu Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Zonguldak ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Bolu Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/4447 esas, 2020/2927 sayılı kararında; Trabzon 3. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Samsun ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Trabzon 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Samsun 4. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2019/53 esas, 2019/45 sayılı kararında; Trabzon 3. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Artvin ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında suçun

temadi eden suçlardan olmasından dolayı temadin kesildiği yer olan Trabzon 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nce yargılama yapılmasına karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin temadin kesildiği yer olduğuna karar vermiştir.

Van Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2020/1420 esas, 2020/820 sayılı kararında; Muş 2. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eylem yoğunluğunun Van ilinde olmasından dolayı yetkisizlik kararı vermesi akabinde Bölge Adliye Mahkemesi ilgili kararında Muş 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin eylem yoğunluğu gerekçesine göre dosyanın yetkili ve görevli Van 5. Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermekle bu suçun yargılama yapma yetkisinin şüphelinin/sanığın eylemlerinin yoğun olduğu yer olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2020/3773 esas, 2020/11964 sayılı kararında; Bitlis 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanığın son ikametgahının ve ifadesinin alındığı yer olan Manisa İl sınırları içerisinde kaldığından temadinin Manisa ilinde kesildiği gerekçesine göre yetkili mahkemenin Manisa Ağır Ceza Mahkeme'leri olduğuna karar vermiş olup Yargıtay kararında bu suçun temadi eden suçlardan olduğunu, bundan bahisle şüphelinin yakalandığı yerin yargılamaya yetkili olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2019/7329 esas, 2109/9767 sayılı kararında; Aydın 3. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın Siirt ilinde yakalandığını, suçun temadi eden suçlardan olduğunu belirterek yetkili ve görevli mahkemenin Siirt Ağır Ceza Mahkeme'leri olduğundan yetkisizlik kararı vermiştir. Siirt 4. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın Aydın'da daimi ikamet ettiğini, Siirt iline 20 gün kadar kardeşinin yanına geldiğini bundan dolayı sanığın Siirt CBS'ye gelerek teslim olduğunu, bu durumun arızi olduğundan yargılamanın sanığın mukim olduğu Aydın ilindeki Ağır Ceza Mahkeme'leri olduğunu belirterek yetkisizlik kararı vermiştir. Yargıtay ilgili kararında Siirt 4. Ağır Ceza Mahkemesindeki gerekçeye göre karar vererek suçun temadi eden suçlardan olduğunun kabulüyle şüphelinin yakalandığı yerde kısa süreli bulunmasından bahisle bu yeri arızi sayarak ilgili dönemde mukim olduğu adresin yargılamaya yetkili olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi uzun süredir ve artık yerleşik içtihadı haline gelen kararlarında temadinin kesildiği yer mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermekle birlikte, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2019 tarihli kararından anlaşılacağı üzere eylemlerin yoğun olduğu yer mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermektedir. Önem arz eden diğer husus olan sanığın geçici olarak bulunduğu yerde yakalanıp temadi kesilmesi durumunda ise Yargıtay 5. Ceza Dairesi arızi bulunma durumunu yetkili yer mahkemesi tespitinde dikkate almamıştır.

D. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. Maddesi Kapsamında Silahlı Terör Örgütü Üyeliği Suçunun Değerlendirilmesi;

CMK'nın 12. maddesi kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirtmiştir. Mütemadi suçlardan olan terör örgütü üyeliği suçunun yargılamaya yetkili yerin, temadinin kesildiği yer mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Uygulamada yargılamaya yetkili yer mahkemesinin tespitinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3.CD 2019/5500E. Sayılı kararındaki gibi eylem yoğunluğunun bulunduğu yer mahkemesinin yargılamaya yetkili olduğu görüşüyken, ikincisi Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5.CD 2020/1180 E. Sayılı kararındaki gibi kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesinin yargılamaya yetkili olduğu görüşüdür. Bu iki görüşün de uygulamadaki avantajları ve dezavantajları şu şekilde sıralanabilir;

Eylem yoğunluğunun bulunduğu yer mahkemesinin yargılamaya yetkili olduğunun kabulünde, şüphelinin eylemleri belirli bir il veya illerde toplanmışsa lehe ve aleyhe delilleri toplamaya yetkili merci olan Cumhuriyet Başsavcılığı eylemler kendi mülki sınırları içerisinde olduğundan delilleri daha hızlı ve etkin şekilde toplayacaktır. Cumhuriyet Başsavcılığının gerek doğrudan çalıştığı kolluk güçlerinin bilgisi, gerekse kendisinin mahalli bilgisi daha güçlü olacağından değerlendirme daha sağlıklı olacaktır. Kanun koyucu 5271 sayılı CMK'nın 12. maddesindeki genel yetkili yer tespitinin gerekçesinde de suçun işlendiği yer mahallinde toplumun duyarlılığı fazla olaca-

ğından ayrıca delillerin bulunması ve hızlı şekilde toplanabilmesi açısından eylemin gerçekleştiği yerin suçun işlendiği yer sayılması gerektiğini belirtmiştir.[19] Ancak bu durumda eylemler birkaç ilde toplanmışsa, eylem yoğunluğunun hangi ilde olduğunun tespiti zor olmaktadır. Şöyle ki; terör örgütü üyelerinin eylemleri tek bir çeşit olmayıp, farklı tür ve yoğunlukta eylemleri de bulunmaktadır. Örnek üzerinden açıklanacak olur ise; FETÖ/PDY terör örgütüne üye olan şüphelinin bir ilde mahrem sorumlu olması, başka bir ilde ise üst mütevelli heyetinde bulunması durumunda herhangi bir yoğunluk kriteri bulunmadığından hangi eylemin daha yoğun olduğunu tespit etmek çok zordur. Bu durumlarda da çok sık olarak Cumhuriyet Başsavcılıkları ve mahkemeler arasında eylem yoğunluğunun başka bir ilde olduğu düşünülerek yetkisizlik kararları çıkabilmekte ve bu durum ise yargılamayı uzatmaktadır.

Temadin kesildiği yer mahkemesinin yargılamaya yetkili olduğunun kabulünde, Cumhuriyet Başsavcılıkları ve mahkemeler arasında yetki yeri sorunu oluşmayacaktır. Kesintinin gerçekleştiği yerin tespiti kriteri daha belirlenebilir olduğundan dosyalar sürüncemede kalmayacaktır. Ancak bu durumda kesinti, eylemin yoğun olduğu farklı bir ilde gerçekleşmişse lehe ve aleyhe delil toplayacak Cumhuriyet Başsavcılıkları eylemler başka bir ilde yoğunlaşmış olduğundan delillere uzak kalacak, hem delillerin toplanması hem de değerlendirmesi zorlaşacaktır.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde Adil Yargılama Hakkını;

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni

19 5271 Sayılı Kanun Madde 12 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarası=5271 (26.10.2020)

veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak." olarak saymıştır.[20]

Anayasa Mahkemesi 2013/2253 başvuru no, 15.04.2014 tarihli kararında; yargılama sürecinin uzamasında yetkili makamlara atfedilecek gecikmeler, yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklanabileceği gibi, yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden de ileri gelebilir. Zira Anayasa'nın 36. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesi, hukuk sistemi-

20 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf (26.10.2020)

nin, mahkemelerin davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu yüklemektedir diyerek yargılama süresinin uzaması nedeniyle hak ihlali olduğunu kabul etmiştir.[21]

Avrupa insan Hakları Mahkemesi (AİHM) 18623/03 başvuru numaralı C.D kararında; AİHM, yargılamanın süresinin makul olup olmadığının, davaya ilişkin olaylar ışığında ve davanın karmaşıklığı, başvuranın ve ilgili makamların tutumu kriterleri göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiğini yinelemektedir (bkz. diğer pek çok kararın yanı sıra, Pélissier ve Sassi – Fransa [BD], 25444/94). AİHM, bu başvurudaki konularla benzer konular ortaya koyan davalarda sıklıkla AİHS'nin 6/1 maddesinin ihlalini tespit etmiştir (bkz. örneğin, Sertkaya – Türkiye, no. 77113/01, 22.06.2006; Hasan Döner – Türkiye, no. 53546/99, 20.11.2007; Uysal ve Osal – Türkiye, no. 1206/03, 13.12.2007). Kendisine sunulan tüm verileri inceleyen AİHM, Hükümet tarafından somut başvuruda farklı bir sonuca varmasını sağlayacak bir olgu veya iddianın ortaya konmadığını değerlendirmiştir. Konuya ilişkin içtihadını göz önünde tutan AİHM, söz konusu davada yargılama süresinin fazlasıyla uzun olduğuna ve "makul süre" şartına uymadığına karar vermiştir.[22]

AİHS, AİHM kararları, Anayasa Mahkemesi kararları ve kanun maddesi ile gerekçesi de göz önünde bulundurulduğunda; eylem yoğunluğu kriterinin belirlenmesi durumunda soruşturmanın daha etkin yürütüleceği açıktır. Kanun koyucu da kanun maddesinin gerekçesinde delillerin kolay bulunup toplanılmasının önemine vurgu yapmıştır. Bu haliyle eylem yoğunluğu kriteri kanun ruhuna daha uygun gözükse de, bu durumda mahkeme ve savcılıklar arasında yetki yeri belirlemesi hususu çok sık gündeme gelerek yargılamalar uzayacaktır. Uzun yargılama süreleri neticesinde AİHS'in 6. maddesi ihlal edilerek Anayasa Mahkemesi'nce ve AİHM'ce ihlal kararları verilebilecektir. Ayrıca kanuni düzenlemede de temadinin gerçekleştiği yerin yetkili kılındığı açıktır. Sosyolojik olarak durumun incelenme-

21 Anayasa Mahkemesi, 2013/2253 başvuru no, 15/4/2014 tarih, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2253 (26.10.2020)

22 Cahit Demirel – Türkiye, no. 18623/03, 07.07.2009

sinde ise, yargılamaların uzunluğu sebebiyle sanık veya şüpheliler silahlı terör örgütüne üye olma suçu gibi ağır bir ithamı üzerinde taşıyacaklardır. Toplum dinamiklerimiz de düşünüldüğünde, bu suç ithamıyla yaşamını devam ettiren kişiler toplumca soyutlanacaktır. Yargılama sonucunda şüpheli veya sanık lehine bir karar çıkması durumun da ise durumun telafisi giderek güçleşecektir.

Bu haliyle kişilerin ağır suç ithamını uzun süre üzerinde taşımaması, AİHS'in ihlal edilmemesi ve kanunun açık düzenlemesi karşısında temadin kesildiği yerin yargılamaya yetkili olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Ancak kişi arızi olarak daimi ikametinden farklı yargı çerçevesinde bulunurken yakalanmış ise, yakalandığı yerin yargılamaya yetkili olduğu söylenemez. Burada şüpheli örgütsel eylem için bulunmamaktadır. Şüpheli yakalandığı yeri sadece geçiş için kullanmaktadır. Bu durumda delillerin şüphelinin daimi ikametinde bulunmasından dolayı soruşturma daha sağlıklı olacağından, ayrıca şüphelinin yargı erklerine ulaşmasının daha kolay olacağından şüphelinin daimi ikametinin bulunduğu yerde temadin kesildiğinin kabulü gerekir.

KAYNAKÇA

Kitaplar:

Artuk M. Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yıl 2014, s. 243

Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler,13. baskı, Yıl 2018, s. 247-249

Özgenç İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayıncılık, Ekim 2013, Ankara, s. 13

Turabi Selami, Terör Örgütleri ve Terör Suçları, 2. baskı, Yıl 2018, s. 315

Makaleler:

Gökbunar A. Rıza, Organize Suç ve Terör Örgütleri İle Mücadelede Sivil Silah: Sosyal Destekler, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt:12 Sayı:2, Yıl 2014, s. 235

Hafızoğulları Zeki/Kurşun Günal, Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, TBB Dergisi, Sayı 71, Yıl 2007, s. 47

Taşkın Ahmet, Terörizm ve Sivil İtaatsizlik, Polis Bilimleri Dergisi, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 121

Taştan Mehmet, Silahlı Örgüt Kurmak Yönetmek ve Silahlı Örgüte Üye Olmak Suçu, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 20, Nisan 2008, s. 115

Mahkeme Kararları:

Adana Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2019/5500 E. 2019/2946 S.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1189 E. 2020/1027 K.

Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2018/2331 E. 2018/1929 K.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2019/4284 E. 2019/1633 K.

Diyarbakır Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1367 E. 2020/359 K.

Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/1143 E. 2020/2031 K.

Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi 2019/1528 E. 2019/1349 K.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Ceza Dairesi 2020/1254 E. 2020/1269 K.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi 2020/38 E. 2020/273 K.

Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/502 E. 2020/407 K.

Konya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/2281 E. 2020/1786 K.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2019/886 E. 2019/621 K.

Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi 2020/4447 E. 2020/2927 K.

Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2019/53 E. 2019/45 K.

Van Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi 2020/1420 E. 2020/820 K.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2020/3773 E. 2020/11964 K.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2019/7329 E. 2109/9767 K.

Yargıtay 9. Dairesi 13.03.2006 tarih 5798E. 1480 K.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2018/10341E. 2020/14859K.

AİHM Cahit Demirel – Türkiye, no. 18623/03, 07.07.2009 K.

İnternet Kaynakları:

Yenidünya A. Caner/İçer Zafer, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/813290 (26.10.2020)

5237 Sayılı Kanun Madde 220 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleripkanunlarno=24110&pkanunnumarası=5237 (26.10.2020)

5271 Sayılı Kanun Madde 12 gerekçesi. www.mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=23594&pkanunnumarası=5271 (26.10.2020)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf (26.10.2020)

Anayasa Mahkemesi, 2013/2253 başvuru no, 15.04.2014 tarih, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2253 (26.10.2020)

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